

Mr. J. M. van Dunné

# Normatieve uitleg van rechtshandelingen

Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende  
verbintenissenrecht

B 1614

**KATH. UNIVERSITEIT LEUVEN**

*Nederlandse afdeling*

**FAC. RECHTSGELEERDHEID**

**BIBLIOTHEEK**

**KLUWER — DEVENTER — 1971**

Deze uitgave kwam tot stand met steun  
van de Nederlandse Organisatie voor  
**Zuiver - Wetenschappelijk Onderzoek (ZWO)**

**ISBN 90 268 0549 7**

© 1971, N.V. Uitgeverij **W. B. E. Kluwer**, Deventer.

Niets uit deze uitgave mag worden veelevoudigd en/of openbaar gemaakt door middel  
van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze ook, zonder voorafgaande schriftelijke  
toestemming van de uitgeverij.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm  
or any other means without written permission of the publisher.

B 1614

**KATH. UNIVERSITEIT LEUVEN**  
*Nederlandse afdeling*  
**FAC. RECHTSGELEERDHEID**  
**BIBLIOTHEEK**

Dit boek verscheen eerder als 'proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit te Leiden . . . te verdedigen . . . op woensdag 15 december . . .'

# Inhoud

KATH. UNIVERSITEIT LEUVEN  
Nederlandse afdeling  
FAC. RECHTSGELEERDHEID  
BIBLIOTHEEK

B 1614

## AFKORTINGEN

## INLEIDING . . . . . 7

1. Probleemstelling. De historisch-psychologische contra de normatieve methode van uitleg . . . . . 7
2. Opzet van deze studie. Werkhypothesen . . . . . 10

## HOOFDSTUK I. DE UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN NAAR GELDEND RECHT . . . . . 14

### § 1. Betaling (nakoming) . . . . . 14

#### *a. Inleiding* . . . . . 14

1. Uitgangspunt. Betaling als eenzijdige rechtshandeling. Gebruikte terminologie . . . . . 14

#### *b. De opvatting over betaling in de rechtspraak* . . . . . 16

2. Twee standaard-arresten: *Van Limburg - Möller* (1899) en *Van der Schuyt - Bank v.d. Middenstand* (1927). Betaling als eenzijdige, normatief uit te leggen rechtshandeling . . . . . 16
3. De jurisprudentie inzake de imputatie van betaling. Het wettelijk toerekenings-systeem . . . . . 18
4. Objektivering van de toerekening in het arrest van 2 december 1953 . . . . . 20
5. Normatieve toerekening van betaling in *Kwant - Lentz* (1960) . . . . . 21
6. Het onbevredigende arrest van 11 februari 1966. . . . . 23
7. Conclusie . . . . . 25

#### *c. De opvattingen over de betaling in de literatuur* . . . . . 26

8. Drie theorieën: betaling als tweezijdige rechtshandeling, als eenzijdige rechtshandeling, en als feitelijke handeling . . . . . 26
9. De 'Theorie der realen Leistungsbewirkung'; de 'beschränkte Vertragstheorie'. De tussenoplossingen van Rutten en Wiersma . . . . . 27
10. Betaling opgevat als rechtshandeling in normatieve trant bij Suijling en Groen . . . . . 31
11. Conclusie . . . . . 32

#### *d. Het betalingsbegrip in het Nieuw BW* . . . . . 32

12. Rechtskarakter van de betaling in het ontwerp in het midden gelaten. De begrippen 'nakoming' en 'betaling'. Kritiek . . . . . 32

e. Nadere uitwerking van de hier verdedigde opvatting. Zakenrechtelijke aspecten van betaling. Enkele bijzondere betalingsfiguren . . .	34
13. Samenvatting van het eerder betoogde . . . . .	34
14. Obligatoire en zakenrechtelijke aspecten van de betaling . . . . .	35
15. Aanbod van gerede betaling, gevolgd door consignatie . . . . .	36
16. Medewerkingsplicht van crediteur bij betaling . . . . .	37
17. Betaling in het bank- en giroverkeer . . . . .	38
18. 'Onverschuldigde betaling': een contradictio in terminis . . . . .	39
<b>§ 2. Opzegging</b> . . . . .	<b>40</b>
a. <i>Inleiding</i> . . . . .	40
1. Omschrijving van de opzeggingsfiguur. Afbakening van het terrein . . . . .	40
2. De opzegging in de doctrine. Probleemstelling . . . . .	40
b. <i>De opzegging in het systeem van de wet</i> . . . . .	41
3. De opzeggingsbevoegdheid bij benoemde overeenkomsten . . . . .	41
4. De rechtsgevolgen van opzegging bij benoemde overeenkomsten . . . . .	43
5. De in het wettensysteem neergelegde beginselen. Eigen opvatting inzake opzegging . . . . .	44
6. Beginselen van de wet van toepassing op lastgeving, bewaarneming en aan-neming van werk . . . . .	47
7. Beginselen van de wet van toepassing op onbenoemde overeenkomsten. . . . .	49
c. <i>De opzegging in de jurisprudentie</i> . . . . .	50
8. Uitgangspunt bij het onderzoek. De werking van de goede trouw bij opzegging in de lagere jurisprudentie tot 1950 . . . . .	50
9. De hoge raad contra Houwing: opzegging te goeder trouw contra opzegging naar willekeur. Bestrijding van Houwing. . . . .	51
10. De lagere rechtspraak in de jaren '50 en '60. Opzegging te goeder trouw . . . . .	55
11. Het standaard-arrest <i>Sanders - Sanders</i> (1966), sluitstuk van een ontwikkeling . . . . .	58
d. <i>De opzegging in de literatuur</i> . . . . .	62
12. De opzegging in de literatuur inzake misbruik van recht. Het ontwerp-BW . . . . .	62
13. De preadviezen <i>NJV</i> 1952 . . . . .	64
14. Samenvatting van de doctrine . . . . .	66
15. Een omstreden kwestie: zijn overeenkomsten voor onbepaalde duur in beginsel opzegbaar? . . . . .	66
<b>§ 3. Kwijtschelding, afstand van recht, bekrachtiging, rechtsverwerking</b> . . . . .	<b>68</b>
a. <i>Kwijtschelding</i> . . . . .	68
1. Doctrine en rechtspraak m.b.t. het rechtskarakter van de kwijtschelding: tweezijdige- of eenzijdige rechtshandeling? . . . . .	68
2. Eigen opvatting: kwijtschelding als eenzijdige rechtshandeling. Bestrijding van Rutten . . . . .	71
3. Kwijtschelding in het Nw BW. Een weinig doordachte regeling . . . . .	72
b. <i>Afstand van recht en bekrachtiging</i> . . . . .	75
4. Afstand van recht als eenzijdige rechtshandeling. 'Gerichtheid' van de handeling . . . . .	75
5. Eigen opvatting. Normatieve uitleg van de afstandshandeling . . . . .	77

6. Uitwerking van de eigen opvatting. De leer van de HR inzake in dwaling ver- richte afstand. Het Nw BW . . . . .	78
7. Bekrachtiging opgevat als afstand van recht . . . . .	82
8. Aan de figuur van kwijtschelding naast afstand van recht is geen behoefte . . . . .	83
<i>c. De verhouding tussen de rechtsfiguren afstand van recht en rechts- verwerking op grond van de goede trouw . . . . .</i>	
9. De opvatting van Meijers en Houwing inzake afstand van recht en rechts- verwerking . . . . .	83
10. Analyse van de vooroorlogse jurisprudentie. Bestrijding van de visie van Meijers en Houwing . . . . .	85
11. <i>Maaskant - De Oude</i> (1952). Samenvatting eigen opvatting inzake afstand - rechtsverwerking . . . . .	88
12. Figuur van rechtsverwerking o.g.v. de goede trouw is niet nieuw . . . . .	90
13. Steun voor eigen opvatting in de jurisprudentie na 1952. De opvatting van H. Drion . . . . .	92
14. Conclusie . . . . .	98

HOOFDSTUK II A. DE UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN NAAR GELDEND RECHT (VERVOLG) . . . . .	100
---	-----

### De rechtshandelingen aanbod en aanvaarding

§ 1. Aanbod . . . . .	100
<i>a. Een oude controverse: Is het aanbod herroepelijk of onherroepelijk?</i>	100
1. De probleemstelling bij Kist. De onherroepelijkheid van het aanbod in de doc- trine van de vorige eeuw . . . . .	100
2. De eenzijdig bindende belofte en het wetsstelsel. Eigen uitgangspunt: het aan- bod als onherroepelijke rechtshandeling . . . . .	102
3. De controverse in de hedendaagse doctrine. Bestrijding van Rutten en Van Opstall . . . . .	104
4. Jurisprudentie inzake de onherroepelijkheid van het aanbod. <i>Lindeboom - gem. Amsterdam</i> (1969) . . . . .	107
<i>b. Normatieve uitleg van het aanbod, als eenzijdige rechtshandeling</i>	110
5. Eigen opvatting nader uitgewerkt. Het vereiste van 'gerichtheid'. <i>Stoom- Brood- en Scheepsbesluitfabriek - Kalden</i> (1923) . . . . .	110
6. Rechtsgevolgen van het aanbod. De verbintenis om de toezegging gestand te doen . . . . .	114
7. Rechtsgevolgen (vervolg). Nevenverbintenissen. De pre-contractuele rechtsver- houding; onderzoek- en spreekplicht. <i>Baris - Riezenkamp</i> (1957) . . . . .	115
8. Rechtsgevolgen (vervolg). De voorwaardelijke verbintenis om de overeenkomst uit te voeren . . . . .	121
9. In de hier verdedigde opvatting de controverse omzeild? Het 'vrijbijvend aan- bod' . . . . .	121
<i>c. Het aanbod in het Nieuw BW en in de Eenvormige wet inzake totstand- koming van internationale koopovereenkomsten</i> (1964) . . . . .	122
10. Natuurrecht in het Nw BW: aanbod en aanvaarding als onzelfstandige onder- delen van een als eenheid opgevatte meerzijdige rechtshandeling. Bestrijding . . . . .	122

- 11. Verdere kritiek op het Nw BW. De herroepelijkheid van het aanbod . . . . . 124
- 12. De Eenvormige wet van 1964, een juridisch compromis . . . . . 126

**§ 2. Aanvaarding van een aanbod . . . . . 128**

- a. Normatieve uitleg van de aanvaarding, als eenzijdige rechtshandeling . . . . . 128*
  - 1. Eigen opvatting. Omschrijving van de rechtshandeling aanvaarding . . . . . 128
  - 2. De 'stilzwijgende aanvaarding' . . . . . 130
  - 3. De aanvaarding en het vereiste van 'gerichtheid' in het Nw BW. Kritiek . . . . . 132
  - 4. 'Herroeping van de aanvaarding', een verwerpelijke terminologie. Correctie van de aanvaarding . . . . . 135
- b. De jurisprudentie inzake het 'toestemmings'-vereiste van art. 1356 BW. Bestrijding van het ontwerp-Meijers, Van der Heijden en Rutten . . . . . 136*
  - 5. De te volgen uitlegmethode. De rechterlijke beslissing als rechtshandeling. . . . . 136
  - 6. *Delwel - Van Es* (1912) en *Cayzer Irvine - Smit* (1925) . . . . . 138
  - 7. *Vas Dias - Salters* (1926), *Altena - Van der Horst* (1926), *Van der Schuyt - Bank v.d. Middenstand* (1927), *Ostendorf - Knoop* (1933) . . . . . 142
  - 8. *Eelman - Hin* (1959) . . . . . 146
  - 9. Conclusie. Rechtspraak biedt steun voor de hier verdedigde opvatting . . . . . 150

**HOOFDSTUK II B. DE UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN NAAR GELDEND RECHT (VERVOLG) . . . . . 153**

De totstandkoming van overeenkomsten. De overeenkomst

**§ 3. Een oude strijdvraag: de totstandkoming van overeenkomsten . . . 153**

- a. De totstandkoming van overeenkomsten in doctrine en rechtspraak . 153*
  - 1. Inleiding . . . . . 153
  - 2. De verschillende theorieën. Vernemingstheorie aanvaard in *Hoekstra - Tiemensen* (1893) . . . . . 154
  - 3. Uitingstheorie aanvaard in *Stoom- Brood- en Scheepsbesluitfabriek - Kalden* (1923) . . . . . 155
  - 4. Ontvangsttheorie aanvaard in *Bosch - Van Maren* (1933) . . . . . 156
  - 5. Heersende leer: vernemings-ontvangsttheorie. Aldus ook het Nw BW . . . . . 157
- b. Eigen opvatting: de uitingstheorie-nieuwe stijl . . . . . 159*
  - 6. Eigen opvatting. Argumenten pro. . . . . 159
  - 7. Argumenten pro eigen opvatting (vervolg). Heersende leer en Nw BW halfslachtig . . . . . 161
  - 8. Mogelijke argumenten contra eigen opvatting. Weerlegging daarvan. De risikovraag bij falende berichtgeving; bestrijding heersende leer . . . . . 162
  - 9. Argumenten contra eigen opvatting weerlegt (vervolg). Rechtsgevolgen van gebreken bij de bezorging van het bericht van aanvaarding . . . . . 165
  - 10. Rechtsgevolgen van gebreken bij de weergave van het bericht van aanvaarding. 'Oneigenlijke dwaling'; kritiek op het Nw BW . . . . . 168
  - 11. Kanttekeningen bij de uitingstheorie-oude stijl . . . . . 169

<b>§ 4. De vraag naar de grondslag van de overeenkomst: de consensus van partijen, of het beginsel 'belofte maakt schuld'?</b>	170
1. Inleiding	170
2. Verwerping van het consensus-beginsel door de HR in <i>Lindeboom - gem. Amsterdam</i> (1969)	171
3. Consensus-beginsel in het Nw BW terloops verworpen. Meijers gedesavoueed?	175
4. Consensus-beginsel in de literatuur alleen door Paul Scholten verworpen	180

<b>§ 5. Naar een nieuw overeenkomstbegrip</b>	181
<i>a. Het overeenkomst-model</i>	181
1. Samenvattende beschouwingen. Introductie van het overeenkomst-model	181
2. Beschrijving van het overeenkomst-model	183
<i>b. De toepassing van het overeenkomst-model op andere privaatrechtelijke leerstukken</i>	186
3. Verwerping van de 'eenzijdige overeenkomst'. Pre- en post-contractuele fase	186
4. Derdenbeding	188
5. Vertegenwoordigingsfiguren. Rechtmatige daden	190
6. Perspectief	191
<i>c. Het hier verdedigde overeenkomst-model en het systeem van de wet</i>	191
7. Art. 1349 BW; wetsgeschiedenis. Bestrijding van de uitleg van art. 1349 in de heersende leer	191
8. Uitleg van art. 1349 (vervolg). Het wetsstelsel	193
9. Conclusie. De wet biedt steun voor de hier verdedigde opvatting	195

HOOFDSTUK III A. DE TOEREKENINGSLEER . . . . . 196

Normatieve uitleg van rechtshandelingen

<b>§ 1. Samenvattende beschouwingen omtrent het in de vorige hoofdstukken ingestelde onderzoek. De toerekeningsleer</b>	196
1. Tendens van tweezijdige- naar eenzijdige rechtshandeling in de rechtspraak	196
2. Herformulering van de werkhypothesen. De toerekeningsleer	197
3. Voordelen van de toerekeningsleer boven de wilsleer. De kloof tussen doctrine en rechtspraak	198
4. Praktische bezwaren tegen de wilsleer. Waar een wil is, is een weg	201
5. Karakter van de toerekeningsleer. Geen dogmatiek, maar een frame voor de rechtsvinding	202
6. De verbintenis. Kanttekeningen bij de toepassing van de wilsleer buiten het verbintenissenrecht	202
<b>§ 2. Nadere uitwerking van de toerekeningsleer. Het rechtskarakter van de uitleg</b>	206
<i>a. Normatieve uitleg: uitleg opgevat als rechtsvinding</i>	206



1. Inleiding. Casus: Trierer Weinversteigerung. Methode van rechtsvinding; elke rechtsnorm is een blanketnorm . . . . .	206
2. Betekenis van een rechtsverhouding voor de uitleg van handelingen. Twee wegen bij de rechtsvinding. Drie casus . . . . .	208
3. Analyse van de beide wijzen van rechtsvinding. De leer van de HR inzake uitleg van bevoegdheid . . . . .	211
4. Nogmaals: de betekenis van een rechtsverhouding voor de uitleg van handelingen . . . . .	214
5. Samenvatting. De handeling als voorwerp van uitleg, niet de rechtsverhouding (bijv. de overeenkomst) . . . . .	216
6. Misbruik van recht. Bij aanvaarding van normatieve uitleg een contradictio in terminis . . . . .	217
7. Varianten op misbruik van recht. Beroep op een recht i.s.m. de goede trouw. Rechtsverwerking . . . . .	219
8. Normatieve uitleg en vertegenwoordiging . . . . .	221
<i>b. Kanttekeningen bij de hier gevolgde methode van rechtsvinding . . . . .</i>	<i>222</i>
9. Overeenkomst tussen de hier gevolgde methode en die van Paul Scholten . . . . .	222
10. De wetsuitleg bij Scholten. Een nog steeds revolutionaire visie . . . . .	223
<i>c. Normatieve uitleg en het leerstuk van de vertegenwoordiging . . . . .</i>	<i>226</i>
11. Twee visies op vertegenwoordiging: toerekenen van rechtshandelingen (Scholten) contra fingeren van rechtshandelingen (Meijers) . . . . .	226
12. Heersende leer inzake volmacht, handelen 'in naam van', en bekrachtiging . . . . .	227
13. Eigen opvatting: Toerekening d.m.v. normatieve uitleg. Het <i>De Gruyter</i> -arrest (1942) . . . . .	229
14. Eigen opvatting (vervolg). Middellijke vertegenwoordiging. Verbintenissen uit rechtmatige daad . . . . .	233
15. Samenvatting. Van Schilfgaarde bestreden . . . . .	234
<b>§ 3. Normatieve uitleg en het leerstuk van de 'uitleg van overeenkomsten'</b>	<b>236</b>
<i>a. De doctrine inzake uitleg van overeenkomsten. Twee scholen: historisch-psychologische uitleg contra normatieve uitleg . . . . .</i>	<i>236</i>
1. Inleiding. Verklaring van de bestaande controverse. Twee visies op het wetsstelsel . . . . .	236
2. Verklaring van de controverse (vervolg). Twee visies op de artt. 1378 en 1379 BW. De hercodificatie van de artt. 932 e.v. BW . . . . .	239
3. Onbekendheid van de controverse . . . . .	244
<i>b. Uitleg van overeenkomsten in de jurisprudentie. Normatieve uitleg aanvaard door de hoge raad . . . . .</i>	<i>245</i>
4. Normatieve uitleg in de oudere jurisprudentie. <i>Van Prooye - Veltenaar</i> (1925) . . . . .	245
5. Nog een miskend standaard-arrest: <i>rederij Koppe</i> (1949). Houwings noot bestreden . . . . .	249
6. Het <i>Dorrius</i> -arrest (1951). Een sluitstuk van een ontwikkeling: <i>Van Stijverden - Van Olst</i> (1951) . . . . .	253
<i>c. Normatieve uitleg en de zgn. leemte-theorie. Overmacht en conversie als uitlegvraagstukken. Rechtsvergelijkende notities . . . . .</i>	<i>256</i>
7. <i>Staalman - Horeca</i> (1962). De leemte-theorie door de HR aanvaard? . . . . .	256
8. De leemte-theorie van Suijling. Door de HR niet aanvaard . . . . .	258

9.	Bregsteins leemte-theorie. Bij normatieve uitleg geen behoefte aan een leemte-theorie. Overmacht als uitlegvraagstuk . . . . .	260
10.	Conclusie. Bregsteins leer niet door de HR aanvaard. Drions noot verder bestreden . . . . .	263
11.	Conversie. Bij normatieve uitleg geen behoefte aan deze rechtsfiguur . . . . .	264
12.	Rechtsvergelijkende notities . . . . .	266
<b>§ 4.</b>	<b>De grenzen tussen rechtshandeling, onrechtmatige daad, rechtmatige daad en ongegronde verrijking in de dogmatiek. Het alternatief in de toerekeningsleer . . . . .</b>	<b>268</b>
<i>a.</i>	<i>De grenzen tussen rechtshandeling en onrechtmatige daad . . . . .</i>	<i>268</i>
1.	Inleiding. Het grensprobleem als rechtsvindingsprobleem. . . . .	268
2.	Onrechtmatige daad opgevat als rechtshandeling. Mogelijke dogmatische bezwaren weerlegd . . . . .	269
<i>b.</i>	<i>De grenzen tussen rechtshandeling, rechtmatige daad en ongegronde verrijking . . . . .</i>	<i>274</i>
3.	Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongegronde verrijking in de wilsleer . . . . .	274
4.	Het alternatief in de toerekeningsleer. De problematiek herleid tot rechtsvindingsvragen. Rechtmatige daad opgevat als rechtshandeling . . . . .	275
<i>c.</i>	<i>Het stelsel van de toerekeningsleer en het wetsstelsel . . . . .</i>	<i>279</i>
5.	Art. 1389 BW, een constructievoorschrift. <i>Mol - Verbove</i> (1946). . . . .	279
6.	De artt. 1390 e.v. BW. Hamaker bestreden. . . . .	281
7.	Conclusie. Toerekeningsleer contra quasi-dogmatiek . . . . .	285
<b>§ 5.</b>	<b>De grenzen tussen rechtshandeling en feitelijke handeling in de dogmatiek. Het alternatief in de toerekeningsleer . . . . .</b>	<b>288</b>
<i>a.</i>	<i>Een oude grenssteen: het causa-vereiste . . . . .</i>	<i>288</i>
1.	Inleiding. Verwerping van het causa-vereiste; het alternatief in de toerekeningsleer . . . . .	288
2.	De oplossing van het Nw BW. Kritiek . . . . .	290
3.	Het causa-vereiste en de 'eenzijdige' rechtshandeling. Het <i>afstands</i> -arrest (1938) en de 'abstrakte rechtshandeling' bestreden. . . . .	292
4.	Conversie van 'nietige rechtshandelingen' en de toerekeningsleer. . . . .	295
<i>b.</i>	<i>Nog een oude grenssteen: het wilsvereiste . . . . .</i>	<i>296</i>
5.	Inleiding. De 'wilsgebreken'. Rechtersrecht contra schrijversrecht. . . . .	296
6.	Alternatief voor de dwalingsregeling van Boek 6 Nw BW. Dwang, bedrog, misbruik van omstandigheden . . . . .	298
7.	'Wilsgebreken' bij eenzijdige rechtshandelingen. Voorstel tot wijziging van art. 3.2.10 Nw BW. 'Misleiding'. . . . .	301
8.	Conclusie . . . . .	304

Bestrijding van de wilsleer

**§ 6. Een vergeten revolutie in het privaatrecht. De strijd tegen het wilsdogma in de negentiende eeuw, door aanhangers van de vertrouwens-theorieën in Nederland Duitsland en Skandinavië . . . . . 305**

*a. De bestrijding van het wilsdogma in de nederlandse literatuur van de vorige eeuw*

1. Inleiding. De wilsleer . . . . . 305

2. De leidse revolutie van 1875. Een copernicaanse wending. Van 'nieuwe leer' tot 'vertrouwensleer'. . . . . 306

3. Oorzaken van het tenondergaan van de nieuwe leer. Bestrijding van de leer in de literatuur. . . . . 309

4. Vervolg. Hoe de leer van het vertrouwen onder het stof raakt. Analyse van een mislukte revolutie. . . . . 310

*b. De bestrijding van het wilsdogma in de duitse literatuur van de vorige eeuw . . . . . 313*

5. De strijd tegen het wilsdogma, een uitputtingsslag. . . . . 313

6. Drie stromingen. Toerekeningsconstructies. . . . . 314

*c. De bestrijding van het wilsdogma in de skandinavische literatuur van de vorige eeuw . . . . . 316*

7. De Löfte-theorie, een skandinavische vertrouwensleer. . . . . 316

**§ 7. De wilsleer, zoals in de twintigste eeuw in de nederlandse doctrine inzake de rechtshandeling verdedigd; de school van Meijers, Van der Heijden en Rutten. Bestrijding van die leer . . . . . 317**

*a. Inleiding. De rechthandeling in het ontwerp-Meijers . . . . . 317*

1. Inleidende opmerkingen. . . . . 317

2. De rechtshandeling in het Nw BW. . . . . 319

*b. Meijers' dubbele grondslag van de gebondenheid uit overeenkomst: wil naast vertrouwen . . . . . 321*

3. Meijers' uitgangspunten, in zijn artikel van 1921. Bestrijding daarvan . . . . . 321

4. Het gevaarzettingsbeginsel als grondslag voor de contractuele aansprakelijkheid. Meijers' fidesfobie . . . . . 327

*c. De visie op de rechtshandeling in Meijers' Algemene Begrippen . . 330*

5. Meijers' a priori: de op het rechtsgevolg gerichte wil als vereiste voor de rechtshandeling. Bestrijding. . . . . 330

6. Knelpunten in Meijers' systeem. Zijn gebruik van de fictie als 'systematisch hulpmiddel'. Bestrijding. . . . . 332

*d. Conclusie ten aanzien van het rechtshandelingsbegrip bij Meijers en het Nieuw BW. . . . . 338*

7. De regeling van het ontwerp berust niet op de in de hedendaagse theorie en praktijk heersende rechtsopvattingen. . . . . 338

8. Voorstel tot wijziging van de hybride artt. 3.2.2. e.v. Nw BW. De doelstellingen bij hercodificatie. . . . .	340
---	-----

**§ 8. De rechtshandeling in de wilsleer (vervolg). De opvatting van Van der Heijden en van Rutten. Rechtsvergelijkende notities . . . . .** 343

<i>a. Van der Heijdens leer van de toerekenbare schijn . . . . .</i>	343
1. Van der Heijdens uitgangspunt een a priori. Zijn visie op het wil-vertrouwensvraagstuk mist feitelijke grondslag. . . . .	343
2. Conclusie. Van der Heijdens leer een schijn-leer. . . . .	345
<i>b. De opvatting van Rutten inzake de rechtshandeling . . . . .</i>	346
3. Rutten in het voetspoor van Meijers. Weerlegging van oude argumenten. . . . .	346
4. Bestrijding van Ruttens visie op de rechtspraak en op de vertrouwensleer. De toerekeningsformule van Van der Heijden. . . . .	349
<i>c. Rechtsvergelijkende notities . . . . .</i>	351
5. De wilsleer op het continent de heersende leer. De aanzet tot vernieuwing in rechtssociologische stromingen. . . . .	351

**HOOFDSTUK IV. RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK NAAR DE GRONDSLAG VAN DE OVEREENKOMST: CONSENSUS OF 'BELOFTE MAAKT SCHULD'? . . . . .** 354

**§ 1. De grondslag van de overeenkomst in het engelse en het amerikaanse recht . . . . .** 354

<i>a. Het systeem van het engelse en amerikaanse contractenrecht inzake de totstandkoming van overeenkomsten, en de gevolgde methode van uitleg . . . . .</i>	354
1. De begrippen 'promise' en 'consideration' naar engels recht . . . . .	354
2. Het begrip 'agreement' naar engels en amerikaans recht . . . . .	356
3. Het begrip 'intention'. Normatieve uitleg van partijbedoelingen in de engelse en amerikaanse rechtspraak. . . . .	358
4. Normatieve uitleg in de engelse en amerikaanse literatuur. De Restatement; de begrippen 'promise' en 'contract'. . . . .	362
5. Amerikaanse kritiek op het intention-begrip. De partijbedoeling en het leerstuk 'frustration of contract' (overmacht). . . . .	366
<i>b. De strijd tegen het consideration-vereiste: 'Promise or Bargain?' De leer van de 'reasonable expectations' . . . . .</i>	368
6. Inleiding. Uitholling van de consideration-eis in de engelse en amerikaanse rechtspraak: 'Quasi-estoppel' en 'instinct with an obligation'. . . . .	368
7. Bestrijding van de consideration-eis in de engelse en amerikaanse literatuur. . . . .	371
8. Vervolg: 'Promise or Bargain?' Roscoe Pound contra Cheshire and Fifoot. 'Reasonable expectations'. . . . .	374
9. De kritiek op de consideration-eis in de engelse handboeken. . . . .	377
10. Het standpunt t.a.v. consideration in de amerikaanse handboeken, en in de Restatement-Second. Bestrijding daarvan. . . . .	380

<i>c. De invloed van de continentale wilsleer op het engelse en amerikaanse recht</i> . . . . .	385
11. De invloed van Pothier en Von Savigny op het engelse en amerikaanse recht.	385
12. De wilsleer in het engelse recht: het leerstuk van de 'mistake'. Bestrijding van de opvatting van Blok. . . . .	387
<b>§ 2. De grondslag van de overeenkomst in het duitse, het zwitserse en het skandinavische recht</b> . . . . .	390
<i>a. De bestrijding van de consensusleer in de duitse doctrine. De fenomenologische en rechtssociologische benaderingen van de overeenkomst-figuur</i> . . . . .	390
1. Inleiding. . . . .	390
2. De germaansrechtelijke visie van Siegel c.s. 'Das Versprechen' als grondslag van de overeenkomst. . . . .	391
3. De revolutionaire visie van Schlossmann. De overeenkomst als 'ein juristisches Nichts'. . . . .	393
4. Vervolg. Het door Schlossmann geboden alternatief. Kritiek. . . . .	395
5. De fenomenologische stroming. Reinach en zijn 'Sozialer akt'. Kritiek. . . . .	399
6. Volgelingen van Reinach. Larenz' 'Geltungserklärung'. . . . .	401
7. De funktionele contractstheorie, een rechtssociologische benadering. Schmidt-Rimpler en Reinhardt. 'Auflockerung' van de dogmatiek. . . . .	404
8. Vervolg. De visie van Siebert en van Raiser. 'Anpassung' van de dogmatiek. Kritiek. . . . .	406
9. Verwerping van het consensus-beginsel bij Thiele. . . . .	410
10. De oudere duitse jurisprudentie en de consensusleer. . . . .	411
<i>b. De ontwikkelingen ten aanzien van de consensusleer in het zwitserse recht</i> . . . . .	412
11. De zwitserse doctrine. Slechts een 'assouplissement' van de wilsleer. . . . .	412
12. De consensusleer in de jurisprudentie. . . . .	414
<i>c. De overeenkomst in het skandinavische recht</i> . . . . .	414
13. De Löfte-theorie en de uniforme contractenwet. Belofte maakt schuld. . . . .	414
14. De funktionele contractstheorie van Jørgensen c.s. . . . .	415
<b>§ 3. De grondslag van de overeenkomst in het franse en het italiaanse recht</b> . . . . .	417
<i>a. De leer van 'la déclaration unilatérale de volonté' in het franse recht</i> 417	
1. Inleiding. Het ontstaan van de leer van 'la déclaration unilatérale'. De verschillende uitgangspunten; Worms contra Dollat. . . . .	417
2. De bestrijding van de leer van de eenzijdig bindende belofte, o.a. door Rieg. Bestrijding van Rieg. . . . .	419
3. De bestrijding van de leer door Bonassies. Het standpunt van de jurisprudentie. Bestrijding van Bonassies. . . . .	424
4. Conclusie. Steun voor de leer bij De Page. . . . .	427

<i>b. De rechtssociologische visie op de overeenkomst. De theorieën van Duguit, Lévy e.a.</i> . . . . .	430
5. Bestrijding van de wilsautonomie bij Duguit c.s. 'La socialisation du droit'. . . . .	430
6. Vertrouwenstheorieën. Lévy en zijn leer van 'la confiance légitime'. . . . .	431
<i>c. De bestrijding van de consensusleer in de italiaanse doctrine</i> . . . . .	433
7. De vertrouwensleer van Gorla. . . . .	433
<b>§ 4. Conclusies uit dit rechtsvergelijkend onderzoek</b> . . . . .	435
1. Consensusleer in de rechtspraak niet gevolgd. In de doctrine van het continent blijft het bij een 'Auflockerung' van de dogmatiek. . . . .	435
2. De pogingen tot vernieuwing van de grondslagen van het privaatrecht. Methodiek en maatschappijvisie gaan hand in hand. . . . .	436
<b>SAMENVATTING</b> . . . . .	439
<b>SUMMARY</b> . . . . .	444
<b>Lijst van verkort aangehaalde literatuur.</b> . . . . .	449
<b>REGISTERS</b>	
1. Zakenregister. . . . .	455
2. Personenregister. . . . .	465
3. Rechtspraakregister. . . . .	471
4. Register op het Nw BW. . . . .	477

# Afkortingen

<i>AA</i>	<i>Ars Aequi</i>
A.C.	Appeal Cases (Law Reports)
<i>Arch. civ.Praxis</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
a-g	advokaat-generaal
Al E.R.	All England Reports
<i>A.T.F.</i>	<i>Recueil Officiel des arrêts du Tribunal Fédéral suisse</i>
AV	Algemene Voorschriften voor de uitvoering en het onderhoud van werken onder beheer van het Departement van Waterstaat, 1938-1939.
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch von Deutschland
BGH	Bundesgerichtshof
BW	Burgerlijk Wetboek
B en W	Burgemeester en Wethouders
<i>Canadian Bar Rev.</i>	<i>Canadian Bar Review</i>
Cand.-Not.	Broederschap der Candidaat-Notarissen
CC	Code civil
Ch.D.	Chancery Division (Law Reports)
c.i.f.	cost insurance freight
<i>Col.Law Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
Comecon	Raad voor Wederzijdse Economische Hulp
<i>Cornell L.Q.</i>	<i>Cornell Law Quarterly</i>
<i>Dalloz</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
diss.	dissertatie
<i>Doc.</i>	<i>Documents</i>
dr.	druk
ed.	edition
EW (-tot standkoming)	Eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken (1964)
Ex.D.	Exchequer Division (Law Reports)
F	Faillissementswet
f.o.b.	free on board
<i>Fam.RZ</i>	<i>Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht</i>
GAB	gewestelijk arbeidsbureau
<i>Gaz.Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i> (France)
gem.	gemeente
GG	Geschäftsgrundlage
G.S.	Gedeputeerde Staten
<i>Hand.</i>	<i>Handelingen</i>
<i>Hand.NJV</i>	<i>Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging</i>

<i>Harv.L.Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Hoge Raad
J.	Judge
<i>Jaarboek</i>	Jaarboek van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland
<i>Jahrbüch. für Dogm.</i>	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
<i>Jherings Jahrbüch.</i>	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Jur.Stud.Gesellschaft Karlsruhe	Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe (Schriftenreihe)
<i>JZ</i>	<i>Juristenzeitung</i>
K	Wetboek van Koophandel
K.B.	King's Bench Division (Law Reports)
Ktg.	Kantongerecht
L.J.	Lord Justice
<i>Law Quart.Rev.</i>	<i>Law Quarterly Review</i>
<i>Modern Law Rev.</i>	<i>Modern Law Review</i>
M.v.A.	Memorie van Antwoord
M.v.T.	Memorie van Toelichting
Ned.Ver.v.rechtsverg.	Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking
<i>NJ</i>	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
<i>NJB</i>	<i>Nederlands Juristenblad</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
nt.	noot
NV	naamloze vennootschap
<i>Nw.Bijdr.</i>	<i>Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving</i>
Nw BW	Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek
N.Y. 2d	New York Reports, Second Series (Law Reports)
OG	Obligationengesetz (Schweiz)
OLG	Oberlandesgericht
Ov.	overweging
p-g	procureur-generaal
<i>Phil.Abhand.</i>	Philosophische Abhandlungen
pp.	partijen, pagina's
preadv.	preadvies
Q.B.	Queen's Bench Division (Law Reports)
Rb.	Rechtbank
RG	Reichsgericht
<i>Rec.Dalloz</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Restatement</i>	Restatement of the Law of Contracts
<i>Restatement-Second</i>	Restatement of the Law – Second (Contracts)
<i>Rev.Trim.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RM</i>	<i>Rechtsgeleerd Magazin</i>
<i>RmTh</i>	<i>Rechtsgeleerd Magazijn Themis</i>
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
<i>RvdW</i>	<i>Rechtspraak van de Week</i>
Sr	Wetboek van Strafrecht
<i>Sydney Law Rev.</i>	<i>Sydney Law Review</i>
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
<i>Toel.</i>	Toelichting op het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek



TF	Tribunal Fédéral
<i>Tijdschr.v.Rechtsgesch.</i>	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis</i>
UAV	Uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken, 1968
Unidroit	Institut International pour l'Unification du Droit Privé
Uniform Comm.Code	Uniform Commercial Code, 1952 (U.S.A.)
v.	versus
Ver.v.Wijsb.des Rechts	Vereniging voor Wijsbegeerte des Rechts
<i>Verspr.Geschr.</i>	<i>Verspreide Geschriften</i>
Verz. Mij.	verzekeringsmaatschappij
<i>Verz.Opst.</i>	<i>Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen</i>
<i>Verz.Werk</i>	<i>Verzameld Werk</i>
VOF	vennootschap onder firma
<i>Voorl.Verslag</i>	Voorlopig Verslag
vol.	volume
V.U.	Vrije Universiteit te Amsterdam
<i>W</i>	<i>Weekblad van het Recht</i>
<i>WPNR</i>	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie</i>
<i>Yale L.J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>

# Inleiding

*‘De civilistische theorie gevoelt, dat zij het leven schenken moet aan een zelfstandig leerstelsel, vrije uitdrukking onzer eigene en niet van geleende en op vreemd gezag slaafs aangenomen begrippen, en hare barensweeën zijn zwaar!’*

*J. Kappeyne van de Coppello  
Themis 1880*

## *1. Probleemstelling. De historisch-psychologische contra de normatieve methode van uitleg*

Degeen die zich verdiept in het vraagstuk van de uitleg van rechtshandelingen, wordt al direkt met een tweetal vragen geconfronteerd. Wat dient men onder ‘uitleg’ te verstaan? Wat wordt onder ‘rechtshandeling’ verstaan? Het lijken voor de hand liggende vragen, in een voor de hand liggende samenhang. Het is des te merkwaardiger dat die vragen te onzent maar weinig gesteld zijn, in de literatuur van deze eeuw. Aangezien de wet daartoe een aanknopng verleent, is de uitleg van overeenkomsten en testamenten wél regelmatig onderwerp van rechtsgeleerde beschouwingen geweest, doch de vraag naar het rechtskarakter van de ‘uitleg’ in het algemeen kwam daarbij slechts zelden aan de orde. De literatuur over de ‘rechtshandeling’ is nog schaarser, hetgeen op zijn minst merkwaardig is, als men bedenkt welk een centrale plaats deze rechtsfiguur in ons privaatrecht inneemt.<sup>1</sup> De stiefmoederlijke aandacht die men tot dusver aan de rechtshandeling en haar uitleg gaf, heeft de ontwikkeling van het privaatrecht naar het mij voorkomt geen goed gedaan. In dit werk wordt een poging ondernomen belangstelling voor deze kernvragen op te wekken, die de wortels van het gehele privaatrecht raken. Uit de loop van het betoog zal blijken, hoe nauw vele leerstukken bij de opgeworpen vragen betrokken zijn. Daarbij zal ook naar voren komen, dat het hier geen academische vragen betreft.

Indien men de gestelde vragen nader beziet, dan dringt het onderling verband daartussen zich al direkt op. Primair is de vraag naar de aard van de rechtshandeling; de beantwoording van die vraag heeft direkte consequenties met betrekking tot de secundaire vraag, naar de aard van de ‘uitleg’. Met het hier gestelde wordt op zich reeds een keus gedaan. Het is namelijk niet ongebruikelijk in de literatuur, dat men aan de tweede vraag voorrang geeft, of zelfs aan de eerste vraag geheel voorbijgaat. Daarbij miskennend, dat men intussen de eerste vraag stilzwijgend in een bepaalde zin beantwoordt. Daarbij wreekt zich de omstandigheid, dat het hier rechtsfiguren be-

1. Op de schaarste aan literatuur op dit punt werd onlangs nog gewezen door G. Hamaker, *De vordering uit onverschuldigde betaling*, diss. Amsterdam 1971, p. 37.

treft, die in methodisch opzicht tot de onderontwikkelde gebieden behoren, terwijl de praktijk daarentegen om een oplossing roept.

De eerste vraag nu, heeft tot dusver in de doctrine een nagenoeg eensluidend antwoord opgeleverd. In de heersende leer definieert men de rechtshandeling als 'een *handeling met beoogd rechtsgevolg*'.<sup>2</sup> Essentieel is in deze visie, dat de handelende de *wil* heeft gehad om rechtsgevolgen teweeg te brengen. Indien die wil niet aanwezig, of gebrekkig is, vindt het recht daarin aanleiding om de handeling voor vernietiging vatbaar te verklaren, of zelfs om haar als nietig te beschouwen. Deze theorie, die de wil van de handelende als rechtscheppend element van de handeling aanmerkt, staat al jaar en dag als de *wilsleer* bekend. In de doctrine – de jurisprudentie is een andere zaak – is deze leer ten aanzien van de rechtshandeling vrijwel algemeen aanvaard. Een enkeling brengt een wijziging op die leer aan, door te stellen dat het hier niet de subjektieve wil van de handelende betreft, maar de *objectieve*, uit de wilsverklaring af te leiden bedoeling.<sup>3</sup> Doch het blijft bij een enkele, nauwelijks gehoorde dissonant. Typerend voor deze leer is, dat men spreekt van het *wilsdogma*. Inderdaad berust die zienswijze op een bij wijze van dogma aanvaard uitgangspunt – dat dan ook geen nader bewijs of adstruktie behoeft –, dat de wil van de handelende de basis van de rechtshandeling vormt. Deze opvatting, die in de eerste helft van de vorige eeuw op het europese vasteland ontwikkeld werd, en sindsdien algemeen aanvaard werd, paste wonderwel bij de toen gangbare maatschappijopvatting, die door liberalisme en individualisme gekenmerkt werd.<sup>4</sup>

Het laat zich raden, hoe voor degenen die de rechtshandeling op de aangegeven wijze opvat, de beantwoording van de tweede vraag, naar het karakter van de uitleg van rechtshandelingen, uitvalt. Uitleggen is niet anders dan *het vaststellen van de wil die de handelende bij het verrichten van de rechtshandeling bezat*.

Aangezien die wil bij zijn vaststelling moeilijkheden oplevert, omdat het immers een psychisch verschijnsel betreft, dat niet voor directe waarneming vatbaar is, dient men zich bij de uitleg noodgedwongen te richten op de uiterlijke verschijning van die wil, hetgeen bekend staat als de *wilsverklaring*. Aldus verkrijgt men een beeld van hetgeen naar alle waarschijnlijkheid de

2. Vgl. Asser-Rutten II, *De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, p. 2 v. Op p. 4 wordt de rechtshandeling gedefinieerd als: 'die handelingen, waaraan het objectieve recht het ontstaan of tenietgaan van een recht of van een rechtsverhouding verbindt, omdat zodanig gevolg door de handelende persoon (personen) beoogd is', mijn curs. Aldus ook E. M. Meijers, vlg. art. 3.2.2, lid 1, Nw BW: 'Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil, die zich door een verklaring heeft geopenbaard' (mijn curs.). In deze zin ook Paul Scholten: 'Rechtshandelingen zijn wilsuitingen' (mijn curs.), Asser-Scholten-Bregstein, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, 1954, p. 107, vgl. ook p. 26, 29 v. Echter anders p. 6 v. Verder nog in deze zin: Anema, vgl. Asser-Anema-Verdam, *Van Bewijs*, 5e dr. 1953, p. 109 v.

3. Aldus J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1e stuk, 1918, p. 134 v.

4. Vgl. daaromtrent o.a. F. Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1953, Jur. Studiengesellschaft Karlsruhe, no. 3.

*reële* wil van de handelende, *ten tijde van het handelen* was. In deze opvatting geldt uitleg derhalve als een bewijsprocedure, waardoor de historische, psychische wil van de handelende komt vast te staan, zij het slechts bij wijze van waarschijnlijkheidsberekening. Deze uitlegmethode zou ik de *historisch-psychologische methode* willen noemen, hieronder in de wandeling ook wel de 'feitelijke methode' te noemen.

Nu zou men verwachten, dat gezien het feit dat ten aanzien van het begrip rechtshandeling de wilsleer de heersende is, ook op het stuk van uitleg de daaruit voortvloeiende historisch-psychologische uitlegmethode in de doctrine algemeen aanvaard zou zijn. Uit het hieronder beschreven onderzoek blijkt dit niet het geval te zijn. Slechts een kleine minderheid onder de schrijvers – zij het een illustere groep – aanvaardt die methode<sup>5</sup>; de overgrote meerderheid van de schrijvers, – en overigens ook de vaste jurisprudentie sinds het midden van de vorige eeuw – is een andere methode toegedaan.<sup>6</sup> Een methode, die ik de *normatieve methode van uitleg* zou willen noemen. Alvorens die opvatting ten tonele te voeren verdient het aanteekening, dat de hier geschetste tegenstelling geen algemene bekendheid geniet. Een van de factoren die hiertoe geleid hebben, is naar mijn indruk de omstandigheid dat sleutelfiguren in beide stromingen als Meijers en Paul Scholten, niet met elkaar polemiseerden.<sup>7</sup>

In de normatieve methode staat de gedachte centraal, dat niet de subjectieve wil van de handelende voorwerp van uitleg vormt, maar *de handeling zélf*. Uitleggen is in deze zienswijze *het vaststellen van de rechtsbetekenis van een feitelijke handeling*, het bepalen van haar rechtsgevolgen.

In de literatuur van deze eeuw vindt men deze gedachte doorgaans als volgt uitgewerkt. Evenals in de zoëven beschreven feitelijke uitlegmethode, kent men aan de wil van de handelende persoon een centrale plaats toe. De inhoud van dat begrip is hier echter een geheel andere: slechts de *geobjektiveerde wil* van de handelende heeft men op het oog, d.w.z. de wil zoals die door de wederpartij van de handelende *redelijkerwijze mocht worden opgevat*. Hiermee komt het normatieve element in het spel. Een gevolg van deze zienswijze is dan ook, dat de uitleg beheerst wordt door de *beginselen van goede trouw*, m.a.w. het betreft in deze opvatting een *rechtsvraag*, en geen bewijsvraag. Terzake is hier niet de vraag – nog wel als enige – of de

5. Als aanhangers van deze methode, die tot 1875 onbestreden was gebleven, vallen te noemen, wat de vorige eeuw betreft o.a. Opzoomer, en in deze eeuw: Meijers, Ph. A. N. Houwing, P. W. van der Ploeg, J. H. Beekhuis, S. N. van Opstall, M. H. Bregstein terwijl ook F. J. de Jong, L. J. Hijmans van den Bergh en G. J. Scholten zich in deze richting uitspraken. Vgl. verder, onder III, § 3, no. 1 v.

6. Als voorstanders van deze methode vallen o.a. te noemen, in de vorige eeuw: H. J. Hamaker, S. J. Fockema Andreae, Modderman, H. L. Drucker, J. F. Houwing, M. Smit, J. P. Moltzer, N. K. F. Land. In onze eeuw o.a. de schrijvers: J. H. Thiel, W. H. de Savornin Lohman, J. Goudekot, W. L. P. A. Molengraaff, L. E. Visser, Paul Scholten, K. Jansma, P. A. J. Losecaat Vermeer, J. J. Polderman, J. Ph. Suijling, L. B. A. M. Janssens, M. N. S. Troelstra, L. C. Hofmann, G. de Grooth, J. Eggens, Pitlo, J. Zeylemaker, en ten dele: J. C. van Oven, L. E. H. Rutten, S. van Brakel. Vgl. verder onder, III, § 3.

7. Vgl. Langemeijer, *Rm Th.* 1950, p. 35 v.

wil van de handelende op een gegeven moment door de 'wederpartij' op een bepaalde wijze opgevat werd, als *historisch* feit. Doorslaggevend is in deze visie de vraag, hoe de wil – gezien de omstandigheden – door derden opgevat mócht worden, naar beginselen van goede trouw. De psychische wil van de handelende vormt – zo aantoonbaar – hier slechts een van de vele omstandigheden die bij de uitleg in beschouwing genomen moeten worden.<sup>8</sup>

## 2. Opzet van deze studie. Werkhypothesen

In de onderhavige studie wordt getracht deze normatieve methode te stroomlijnen, en van een andere, aan huidige rechtsinzichten aangepaste, theoretische grondslag te voorzien. In die nieuwe grondslag *is voor het wilsbegrip, ook in geobjektiveerde vorm, geen plaats*.<sup>9</sup> Een analyse van de jurisprudentie van deze eeuw inzake de uitleg van overeenkomsten en testamenten, bracht mij tot het inzicht, dat de hantering van dit negentiende eeuwse begrip om twee redenen verworpen moet worden. Een inzicht waarin ik door de bestudering van andere rechtshandelingen slechts gesterkt werd.

Allereerst geldt een bezwaar uit het oogpunt van de theorie, de methodiek van het privaatrecht.<sup>10</sup> Het wilsbegrip staat naar mijn mening de ontwikkeling van het privaatrecht, zijn aanpassing aan maatschappelijke structuren en geldende rechtsopvattingen, in de weg. Het door de wilsleer beheerste recht zit nog steeds gevangen in een stelsel dat door achttiende eeuwse natuurrechtsleraren, en negentiende eeuwse pandektisten ontwikkeld werd op basis van een maatschappijstructuur, en maatschappelijke opvattingen, die sindsdien ingrijpende wijzigingen hebben ondergaan.<sup>11</sup> Juist op deze gronden ontstonden er op de vooravond van de industriële revolutie in de meeste westeuropese landen stromingen, die de afschaffing van de traditionele wilsleer, en de invoering van een nieuwe rechtsleer bepleitten: de aanhangers van de in onze tijd vergeten *vertrouwenstheorieën* ( $\pm$  1875). Het was hen niet louter om de vervanging van het wilsbegrip door dat van het 'redelijke vertrouwen' te doen, het ging om de keus: het *individu* als uitgangspunt van het recht, dan wel de *rechtsgemeenschap*. Men koos voor de laatste, hetgeen een copernicaanse wending in het privaatrecht betekende. Niet

8. Kenmerkend voor deze uitlegopvatting is bovendien, dat men geen grens wil trekken bijv. bij uitleg van overeenkomsten, tussen *uitleg* en *aanvulling* van de overeenkomst. Dit is een natuurlijk gevolg van het uitgangspunt, dat de rechtshandeling (in haar totaliteit) het voorwerp van uitleg vormt. In de historisch-psychologische methode ziet men daarentegen uitleg en aanvulling als scherp gescheiden bezigheden, hetgeen ook weer een gevolg is van het afwijkende uitgangspunt, dat nl. de psychische wil het voorwerp van uitleg is. Vgl. hieromtrent nader, onder III, § 3, no. 1 v.

9. Vgl. in deze zin reeds mijn beschouwingen in *WPNR* 5049 (1969) p. 317.

10. Hieronder versta ik ook hetgeen doorgaans als *dogmatiek* aangeduid wordt.

11. Vgl. behalve het al genoemde werk van Wieacker, ook de uitspraak van W. Schmidt-Rimpler, een schrijver, die het naoorlogse duitse privaatrecht sterk beïnvloed heeft: 'Wir arbeiten vielfach noch mit einem System, dessen Sinn verloren gegangen ist.'

ten onrechte sprak men aanvankelijk slechts van 'de nieuwe leer', hetgeen eerst later de 'leer van het vertrouwen' werd.<sup>12</sup> Al bracht de strijdvraag 'Wil of vertrouwen?' vele pennen in beweging, de ondernomen revolutie in het recht bloedde dood. Het is nu in de literatuur – zowel te onzent als in het buitenland – waar de wilsleer nog steeds hecht in het zadel zit, vergeten en vergeven.<sup>13</sup> Alleen bij de totstandkoming van overeenkomsten herinnert de 'vertrouwensleer' nog aan deze episode.<sup>14</sup> Toch is het mijns inziens aan 'de leer van het vertrouwen' te danken, dat de normatieve uitlegmethode behalve in de jurisprudentie, ook in de literatuur zo'n sterke aanhang kreeg.

Mijn tweede bezwaar tegen de wilsleer is van praktische aard. Op tal van rechtsgebieden valt een discrepantie waar te nemen tussen de vaste jurisprudentie en de in de doctrine heersende leer. Die situatie wordt veelal versluierd door de hantering van het dubbelzinnige wilsbegrip. Vele misvattingen zijn daarvan het gevolg, en daarmee vele onnodige procedures.<sup>15</sup>

Uit het tot dusver betoogde zal duidelijk geworden zijn, dat de ter discussie gestelde rechtsfiguren, 'rechtshandeling' en 'uitleg' – die doorgaans los van elkaar aan de orde gesteld worden – een niet te scheiden geheel vormen. Een bestrijding van het wilsbegrip op het stuk van uitleg, dient derhalve vergezeld te gaan van eenzelfde betoog ten aanzien van de rechtshandeling. Het is derhalve zaak, om aan te tonen dat de wil van de handelende, als psychisch gebeuren, niet de bestaansgrond van de rechtshandeling vormt (zoals de wilsleer wil). Een volgend probandum zou zijn, de stelling, dat het geobjektiveerde wilsbegrip – als begrijpelijke reactie om de starre doctrine met de behoeften van de praktijk te verzoenen – nóch een noodzakelijke, nóch de meest functionele voorstelling van de rechtshandeling oplevert.

Nu kan een dergelijk betoog op vele manieren opgezet worden. Hier werd gekozen voor de volgende indeling. Door middel van een analyse van een aantal rechtshandelingen, zoals die in de jurisprudentie gestalte hebben gekregen, wordt getracht een inzicht te krijgen in de betekenis die in het geldend recht aan die rechtshandelingen verbonden wordt.<sup>16</sup>

Bij deze benadering van de problematiek – mijns inziens een voorwaarde, wil men niet in een louter academisch betoog verzanden – zal al gauw blijken, dat vragen omtrent de rechtshandeling, en die omtrent haar uitleg, niet te scheiden zijn.

Om het onderzoek naar het geldend recht enige richting te verlenen, lijkt

12. Vgl. voor deze materie uitvoeriger, onder III, § 6.

13. Het feit dat de revolutionaire vertrouwensleer in onze literatuur van na de eeuwwisseling onbekend is, valt m.i. te wijten aan de onhoudbare bespreking van die leer door L. M. Rollin Couquerque, C. Asser en Meijers; vgl. onder III, § 6, no. 4.

14. Ten onrechte wordt in de heersende leer geleerd, dat op dit stuk ook een 'verklaringsleer' verdedigd werd. Eerder betoogde ik al dat te onzent een dergelijke leer onbekend is, vgl. *WPNR* 5049 (1969), p. 321.

15. Men tracht bijv. toch een bepaalde psychische wil aan te tonen, die afwijkt van de door de wederpartij redelijkerwijze opgevatte wil, vgl. onder III, § 1, no. 4.

16. Behalve de jurisprudentie, komen daarbij ook doctrine, wet en *Nw BW* ter sprake waardoor aan het standpunt van de rechtspraak reliëf verleend wordt.

het mij dienstig een *werkhypothese* op te stellen van hetgeen naar mijn mening onder een rechtshandeling en haar uitleg verstaan moet worden. Tijdens het onderzoek kan die hypothese telkens op zijn deugdelijkheid getoetst worden.<sup>17</sup>

*Werkhypothese: een rechtshandeling is een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldend recht – gezien de aard van de handeling, de omstandigheden waaronder, en de wijze waarop zij tot stand kwam – rechtsgevolgen ontstaan die de handelende toegerekend worden.*

Dit toerekeningsproces nu, wordt *uitleg* genoemd. Het zou als volgt omschreven kunnen worden – eveneens bij wijze van *werkhypothese*:

*Onder de uitleg van een rechtshandeling wordt verstaan het vaststellen van de rechtsgevolgen die de handelende persoon toegerekend worden. Dit betekent de vaststelling – op grond van de voor het concrete geval geldende rechtsnorm(en) – dat ten opzichte van de handelende persoon bepaalde verbintenissen ontstaan zijn en/of tenietgegaan zijn, en in het eerste geval, de bepaling van hun inhoud.*

Uit deze omschrijving blijkt het *normatieve* karakter van de uitleg. Het betreft hier immers geen reconstructie van een feitenconstellatie (bijv. de aanwezigheid op een bepaald moment van een psychische wil bij de handelende, dan wel van een feitelijk vertrouwen bij een derde), maar een op rechtsnormen gebaseerde toerekening van verbintenissen.

Een kwestie die nog niet aan de orde kwam, is dat – hoe men ook over de besproken rechtsfiguren mag denken – de uitdrukking ‘uitleg van rechtshandelingen’ in wezen onzuiver en daardoor misleidend is. Men kan namelijk licht uit het oog verliezen, dat men pas van rechtshandeling kan spreken *nadat* men door middel van uitleg vastgesteld heeft dat de feitelijke handeling in kwestie een *rechtshandeling* vormt.<sup>18</sup> Op het terrein van de overeenkomsten maskeert men dit probleem door te spreken van ‘totstandkoming van overeenkomsten’, naast ‘uitleg van overeenkomsten’. Niettemin wordt de eerste figuur even zeer beheerst door de uitleg (vgl. bijv. de vraag of een bepaalde handeling als ‘toestemming’ in de zin van art. 1356 BW uitgelegd moet worden). Op deze plaats moet het bij een constateren blijven; hieronder wordt deze kwestie nog nader aan de orde gesteld.<sup>19</sup> Teneinde verwarring te voorkomen, wordt hier het gebruik van de term ‘uitleg van rechtshandelingen’ gehandhaafd, al zou het juister zijn te spreken van de ‘rechtsuitleg van handelingen’.

Tot slot nog – gelijk van een inleiding verwacht kan worden – een enkele opmerking over de verdere inrichting van dit onderzoek. Zoals gezegd

17. Ten gerieve van de lezer — men mag immers niet veronderstellen dat een dissertatie als een roman gelezen wordt, van begin tot eind — zal bij de bespreking van elke rechtshandeling, telkens weer het eigen uitgangspunt geformuleerd worden.

18. Dit geldt zowel voor de algemene term ‘rechtshandeling’, als voor de termen waarmee specifieke rechtshandelingen aangeduid worden, zoals ‘betaling’, ‘opzegging’, etc.

19. Vgl. onder III, § 1 v.

is het eerste hoofdstuk gewijd aan een analyse van een aantal rechtshandelingen – die overigens niet alle als zodanig bekendheid genieten, c.q. algemeen aanvaard zijn – te weten: betaling (nakoming), opzegging, kwijtschelding, afstand van recht<sup>20</sup>, bekrachtiging. Hoofdstuk II wordt gewijd aan aanbod en aanvaarding en vervolgens aan een figuur die als *tweezijdige* rechtshandeling te boek staat<sup>21</sup>, de *overeenkomst*. Bij deze centrale figuur uit het privaatrecht wordt zo uitvoerig stilgestaan, aangezien in dit werk het begrip tweezijdige rechtshandeling verworpen wordt. Een overeenkomst is in mijn opvatting een *rechtsverhouding*, die tot stand komt doordat (tenminste) twee personen twee eenzijdige rechtshandelingen verricht hebben, aanbod en aanvaarding genaamd. De in onze doctrine algemeen aanvaarde consensusleer wordt derhalve verworpen.<sup>22</sup> Als alternatief voor de heersende leer is door mij een *overeenkomstmodel* ontwikkeld, met behulp waarvan aan tal van rechtsfiguren – met name die welke verbintenissen uit rechtmatige daad opleveren – een bevredigende grondslag gegeven kan worden.

In hoofdstuk III wordt de oogst uit de vorige hoofdstukken binnen gehaald, en op een systematische wijze opgeslagen. De in deze inleiding geformuleerde werkhypothese die bij het onderzoek met betrekking tot de eerder genoemde rechtshandelingen al op hun deugdelijkheid getoetst werden, vinden hier een nadere uitwerking (III A).<sup>23</sup> Men vindt daarbij ook de vertegenwoordigingsfiguur besproken, en verder de grenzen tussen rechtshandelingen en rechtmatige en onrechtmatige daden enerzijds, en feitelijke handelingen anderzijds nader aangegeven. De daaruit voortvloeiende *toerekeningsleer* wordt vervolgens afgezet tegen de in de doctrine heersende wilsleer, in zijn subjektieve en objectieve gedaante (III B).

Hoofdstuk IV wordt gevormd door een rechtsvergelijkend onderzoek naar de grondslag van de overeenkomst, een materie die door het genoemde arrest van de hoge raad uit 1969, *Lindeboom – gem. Amsterdam*, bijzonder aktueel geworden is. Daarnaast geldt, dat met het gestelde onderwerp een doorsnee geboden wordt van wat de rechtsontwikkeling in het buitenland in theorie en praktijk te bieden heeft. Voor een toerekeningsleer blijken daarbij vele aanknopingspunten te bestaan. Een samenvatting rondt op een ook voor de buitenlandse lezer verstaanbare wijze dit onderzoek af.

20. Hierbij komt ook de rechtsverwerking ter sprake.

21. Dit geldt overigens ook voor een enkele, in Hfdst. I te onderzoeken rechtshandeling.

22. Daarvoor biedt een recent arrest van de hoge raad steun, *Lindeboom – gem. Amsterdam* (1969).

23. Daarbij komt tevens de vraag ter sprake naar de betekenis van het bestaan van een *rechtsverhouding* (bijv. een overeenkomst) voor de uitleg van handelingen. Aan het traditionele leerstuk 'uitleg van overeenkomsten' wordt een afzonderlijke paragraaf gewijd, § 3.



# Hoofdstuk I: De uitleg van rechtshandelingen naar geldend recht

*'The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law'.*

*Justice Holmes  
The Path of the Law, 1897*

## § 1. BETALING (NAKOMING)

### a. Inleiding

#### *1. Uitgangspunt. Betaling als eenzijdige rechtshandeling. Gebruikte terminologie*

Indien men zich afvraagt of de door mij hierboven, in de Inleiding, no. 2, bij wege van hypothese aanvaarde opvatting over de rechtshandeling opgaat ten aanzien van een rechtshandeling als de betaling<sup>1</sup>, dient men zich eerst de vraag te stellen of deze rechtsfiguur wel als rechtshandeling aangemerkt kan worden. Doch de beantwoording van deze laatste vraag zal, gelijk ook Wiersma opmerkt<sup>2</sup>, afhangen van de rechtshandelingsconceptie waarvan men uitgaat, en daarmee is de cirkel gesloten. Om deze kringloop te doorbreken begin ik met te stellen dat de betaling een *eenzijdige rechtshandeling* in de door mij bedoelde zin is, om dan na te gaan of voor deze opvatting steun in de rechtspraak en literatuur te vinden is.

Betaling zou ik derhalve willen omschrijven als: *een door één persoon verrichte handeling die krachtens de geldende rechtsnormen – gezien de wijze waarop zij verricht werd en de omstandigheden waaronder dit gebeurde – beschouwd dient te worden als nakoming van een bepaalde verbintenis*. In deze zienswijze is dus de *toerekening van het rechtsgevolg* (hier: het teniet gaan van een verbintenis) het essentiële van de handeling, en niet de op dat rechtsgevolg gerichte wil. In deze opvatting zal, indien een debiteur bij vergissing een schuld voldoet die door hem ontkend wordt, en deze vergissing de crediteur niet bekend hoefde te zijn, die handeling als een betaling aangemerkt worden. Of die betaling weer ongedaan gemaakt kan worden

1. Overeenkomstig de gangbare terminologie spreek ik hier van 'betaling', alhoewel ik zelf aan het begrip *nakoming* de voorkeur zou willen geven. Vgl. voor het Nieuw BW hieronder.

2. Hofmann-Drion-Wiersma, p. 296, een probleem dat Wiersma overigens in het midden laat.

## § I. BETALING

– een vraag die zich bij elke rechtshandeling laat stellen – is een andere zaak. Vooral nog geldt die prestatie in rechte als betaling.<sup>3</sup> Bij de omschrijving van de betaling lijkt het mij niet nodig als element van de handeling op te nemen de gerichtheid daarvan op de schuldeiser. Dit is immers een zaak die aan de hand van de (vermelde) rechtsnormen uitgemaakt moet worden, waarbij geldt dat ook ten aanzien van de gerichtheid de intentie van de handelende niet doorslaggevend is.<sup>4</sup> De plaats en wijze van betaling welke in concreto geboden zijn, zijn immers eerst door uitleg van de verbintenis vast te stellen, welke uitleg van normatieve aard is (vgl. onder). Daarbij dient men te bedenken dat in het merendeel van de overeenkomsten, om een belangrijke bron van verbintenissen te noemen, de persoon van de schuldeiser slechts indirect bij de nakomingshandeling betrokken is, zoals bijvoorbeeld het geval is indien clausules als ‘af fabriek’ overeengekomen zijn, bij de c.i.f.-koop en (uiteraard) in geval van een derdenbeding. Daarnaast is bij voldoening van een geldschuld de betaling steevast gericht tot de bank of girodienst, die blijkens de faktuur of het briefhoofd van de crediteur door hem gemachtigd is het geldbedrag in ontvangst te nemen. Ook bij deze laatste figuur blijkt men door uitleg – werd de schijn gewekt dat de bank tot ontvangst gemachtigd was? – te komen tot de contractueel vereiste vorm van betaling, of eigenlijk, plaats van betaling.

In de hier door mij verdedigde opvatting over de betaling ging ik ervan uit dat de betaling een rechtshandeling is, in de eerder door mij aanvaarde zin, terwijl verder de handeling als eenzijdig gedacht wordt. De voltooiing van de betalingshandeling is in mijn opvatting dus onafhankelijk van de acceptatie van die handeling door de schuldeiser. De wil tot schulddelging van de debiteur, noch de wil van gelijke strekking van de crediteur spelen in deze opvatting een rol van enige betekenis.

Alvorens mijn betalingsbegrip te testen en nader uit te werken door het af te zetten tegen de in de literatuur en Nieuw BW aangehangen opvattingen, lijkt het mij raadzaam eerst eens na te gaan of voor mijn standpunt steun te vinden is in de jurisprudentie. De vele vragen die het door mij aanvaarde betalingsbegrip zal oproepen, komen naar ik meen, daarbij gaandeweg aan de orde.

Indien in het vervolg de term ‘prestatie’ gebruikt wordt, dan wordt hieronder een kleurloos begrip verstaan, als synoniem van de term ‘handeling’. Met name is dus, indien gesproken wordt van een ‘prestatie’, het bestaan van een verbintenis die daartoe zou verplichten, een open vraag. Indien ik daarentegen van ‘betaling’ spreek, dan heb ik uitsluitend het oog op de rechtsbetekenis van dat woord, namelijk de nakoming van een verbintenis.

3. Vgl. voor de ‘onverschuldigde betaling’ het slot van deze beschouwing, no. 18.

4. Vgl. voor het gericht zijn van de handeling nader bij de behandeling van het aanbod, II, § 1, no. 5.

## b. De opvatting over betaling in de rechtspraak

2. *Twee standaard-arresten: Van Limburg – Möller (1899) en Van der Schuyt – Bank v.d. Middenstand (1927).*

*Betaling als eenzijdige, normatief uit te leggen rechtshandeling*

Over het rechtskarakter van de betaling heeft de rechter zich zeer zelden uitgesproken. Er bestaat een vergeten uitspraak van de hoge raad, die de handboeken nooit gehaald heeft, waarbij bepaald wordt dat de betaling tot de rechtshandelingen gerekend moet worden. Het arrest van 23 november 1899 *W 7365, Van Limburg – Möller* handelde over het inmiddels vervallen art. 1933 BW<sup>5</sup>, met name over de vraag of een betaling van een schuld die f 300 te boven ging door getuigen bewezen mocht worden. In het middel werd gesteld dat art. 1933 slechts betrekking heeft op overeenkomsten, en niet op handelingen, welke strekken tot voldoening aan een overeenkomst, zoals in deze de teruggave van geleende gelden. De hoge raad overweegt dat 'al is die teruggave geen overeenkomst, door die teruggave eene verbintenis te niet gaat', en vervolgt, na aanhaling van art. 1933:

'dat het niet aannemelijk is dat in die wetsbepaling het woord "akte" dezelfde betekenis zou hebben als "overeenkomst", doch dat de bedoeling van de bepaling is het bewijs door getuigen uit te sluiten *van elke rechtshandeling* – in welken zin het woord "akte" ook in art. 1484 BW voorkomt – of overeenkomst, welke eene waarde van f 300 te boven gaande, verbintenis of *ontheffing van schuld bevat*' (mijn curs.).

Waarna verwerping van het beroep volgt, conform de conclusie van a-g Gregory, die eveneens de betaling als rechtshandeling ziet.<sup>6</sup> Het valt overigens op, dat de hoge raad de 'teruggave', de betaling van een leenschuld, niet als een tweezijdige, doch als een eenzijdige *rechtshandeling* blijkt te zien, want de teruggave is *geen overeenkomst*, maar wél gaat door de *teruggave eene verbintenis teniet*.

In de jurisprudentie van deze eeuw kan als standaardarrest voor het leerstuk van betaling genoemd worden het arrest van de hoge raad van 18 februari 1927, *Van der Schuyt – Bank v.d. Middenstand*<sup>7</sup>, al geniet het als zodanig geen bekendheid. De bank had van mevr. Kooy, grootaandeelhoud-

5. art. 1933: 'Dit bewijs wordt niet toegelaten om het aanwezen aan te tonen van eenige akte of overeenkomst, welke hetzij eene verbintenis, hetzij eenige ontheffing van schuld bevat, wanneer het onderwerp de som of de waarde van f 300 te boven gaat' (vervallen in 1923).

6. Het standpunt van de hoge raad vindt bij H. J. Hamaker felle bestrijding in diens — naar aanleiding van dit arrest verschenen — artikel *De betaling en art. 1933 BW*, *WPNR* 1575-76, (1900) *Verspr. Geschr.* V, p. 229 v. Vgl. ook hieronder, no. 8.

7. *NJ* 1927-574, nt. E. M. M. *Van der Schuyt's Stoombootrederij — Alg. Centrale Bank-vereening voor den Middenstand*. Het arrest is ook voor de problematiek rond de 'toestemming' van art. 1356 BW van belang, en voor de uitleg in het algemeen, vgl. nog onder II, § 2, no. 7; III, § 3, no. 4.

## § I. BETALING

ster van de NV Kooy & Cnopius, opdracht gekregen aan Van der Schuyt een geldsom te betalen. De bank betaalt het bedrag echter per abuis zonder de daarbij gestelde voorwaarden (i.v.m. een nog te sluiten overeenkomst), terwijl bovendien ten onrechte de NV als lastgever vermeld werd. De vordering uit onverschuldigde betaling, door de bank ingesteld, krijgt het fiat van het hof. De hoge raad overweegt:

‘Dat nu bij de beantwoording van de vraag of de Bank terecht het betaalde terugvordert, het Hof rekening houdt niet met de betaling, zooals de Bank die inderdaad tegenover de te goeder trouw zijnde Van der Schuyt heeft verklaard te doen, namelijk in opdracht van Kooy & Cnopius, maar met die, zooals de Bank die heeft bedoeld te doen, namelijk in opdracht van Mevr. Kooy;

dat het middel in zijn eerste gedeelte terecht hiertegen opkomt;

dat toch betaling is nakoming eener verbintenis en voor die nakoming gelden moet wat ook geldt voor het ontstaan of den inhoud eener verbintenis, namelijk: dat bij de beoordeeling van een en ander niet in aanmerking komen niet geopenbaarde en aan de wederpartij onbekende bedoelingen, maar alleen dat geldt, wat deze uit de gedane wilsverklaring moest afleiden.’<sup>8</sup>

Het belang van dit arrest stijgt boven de figuur van betaling uit: de hoge raad aanvaardt hier de methode van uitleg die ik *de normatieve methode* zou willen noemen, zowel ter bepaling van het *ontstaan* van een verbintenis, van haar *inhoud*, en van haar *tenietgaan*, te weten door de *betaling (nakoming)*. Ten aanzien van al die rechtsvragen – aldus meen ik de laatst geciteerde overweging te kunnen parafraseren – is niet de *bedoeling* die bij de handelende voorzat normgevend, maar de betekenis die degeen tot wie de handeling gericht werd, daaraan *moest* verbinden op grond van de in casu geldende rechtsnormen.<sup>9</sup> Het accent wordt hierbij van de subjektieve sfeer – de interne bedoelingen van de handelende – verlegd naar de objektieve, normatieve sfeer – de verschijning van die handeling in de rechtsorde, waarbij de aan de handeling te hechten rechtsbetekenis centraal staat.

Dat dit arrest niet de bekendheid heeft gekregen die het verdient, valt mede toe te schrijven aan de sobere noot eronder van Meijers, wiens visie dan ook diametraal tegenover de zoëven weergegevene staat.<sup>10</sup> Meijers merkt slechts op dat de hoge raad in dit arrest ten aanzien van de vraag ‘wil of vertrouwen’, wederom ‘onvoorwaardelijk voor de laatste opvatting partij kiest’, een uitspraak die hij later vergeten lijkt te zijn.<sup>11</sup>

Voor de hier verdedigde betalingsopvatting vormt, zo zou ik willen con-

8. Mijn curs., conform de conclusie van a-g Tak die hier — sprekend van de uitleg van rechtshandelingen (!) — de uitlegmethode van Suijling volgt, waarover onder IIIA, § 3, no. 1 v.

9. Deze laatste staan wel bekend als ‘de regels der goede trouw’ vgl. III, § 2, no. 1 v.

10. Vgl. daarvoor i.h.b., onder III, § 2, nos. 9 v., 11; § 3, no. 1 v.; § 7.

11. *Toel.* Nw BW, p. 182 ad art. 3.2.2. In het ontwerp wordt een combinatie van wilsleer en vertrouwensleer aanvaard. Vgl. voor een bestrijding daarvan, onder III, § 7, nos. 2, 7 v. en nog II, § 2, no. 5 v. Asser-Rutten II, p. 71, die Meijers hierin volgt, beroept zich ten onrechte o.a. op het onderhavige arrest. Vgl. voor Rutten, II, § 2, no. 7, III, § 8, no. 4.

cluderen, het *Van der Schuyt - Bank v.d. Middenstand*-arrest een goede grondslag.

*3. De jurisprudentie inzake de imputatie van betaling. Het wettelijk toerekeningssysteem*

Afgezien van de hierboven besproken arresten, komt de betalingsfiguur nog aan bod in uitspraken die doorgaans de volgende casuspositie betreffen. Een debiteur, die ten aanzien van één crediteur verschillende geldschulden heeft, maakt aan de laatste geld over, zonder dat duidelijk is welke schuld door de betaling teniet is gegaan, althans partijen verschillen daarover van mening. In dit kader komt ter sprake, welke de kenmerken van een betalingshandeling zijn. Nu wordt zoals bekend deze problematiek beheerst door de bepalingen inzake de toerekening van betalingen, de artt. 1432-1435 BW, voorzover partijen daarvan niet bij overeenkomst zijn afgeweken.<sup>12</sup> Om het systeem van deze wettelijke regeling in herinnering te brengen – hetgeen voor de beoordeling van de hiervolgende jurisprudentie van belang is – maak ik graag gebruik van overwegingen van de hoge raad in het arrest van 20 maart 1964<sup>13</sup>, die als compendium van de onderhavige stof zeer geschikt zijn.

Het college overweegt daarbij:

‘... dat in een geval waarin een schuldenaar bij aanwezigheid van verscheidene schulden, gebruik makende van het hem in art. 1432 gegeven recht, verklaart de betaling te willen doen strekken tot gedeeltelijke voldoening van een der schulden, de schuldeiser op grond van het in art. 1426 bepaalde die gedeeltelijke afbetaling kan weigeren;

dat, indien de schuldenaar bij de betaling geen der schulden aanwijst, de schuldeiser overeenkomstig art. 1434 in de kwijting kan verklaren dat hetgeen hij ontvangen heeft in het bijzonder tot voldoening van een der schulden strekt en de schuldenaar die deze kwijting heeft aangenomen alsdan aan die verklaring gebonden is;

dat echter, indien de schuldeiser de betaling heeft aanvaard zonder dat pp. zich op een der in de voornoemde bepalingen aangegeven wijzen hebben uitgelaten, hij achteraf er zich niet over kan beklagen dat, met toepassing van art. 1435, de betaling wordt gerekend te zijn gedaan ter voldoening van de schuld welke de schuldenaar ten dage der betaling het meeste belang had te voldoen, ook al zou die betaling slechts tot gedeeltelijke voldoening van die schuld hebben gestrekt;

dat mitsdien in het stelsel der wet het in art. 1426 neergelegde beginsel zich niet, gelijk het middel bepleit, tegen zodanige toerekening van de betaling verzet;

dat aan een en ander niet kan afdoen dat de schuldeiser intern, bijvoorbeeld in zijn boekhouding, de betaling als geschied ter voldoening van een bepaalde schuld heeft

12. Rutten verdedigt daarnaast, dat de art. 1432-35 ook hebben te wijken voor de toerekening die naar gebruik en billijkheid uit de overeenkomst voortvloeit, Asser-Rutten I, p. 355. *Anders Hofmann-Drion-Wiersma*, p. 324, die niet verder wil gaan dan het ‘stilzwijgend overeengekomen’ afwijken. Vgl. ook hieronder, nt. 17.

13. *NJ* 1964, 461, nt. G. J. S., *curator Ficca NV — Krau*. Partijen verschilden in deze procedure van mening of betalingen aangemerkt moesten worden als (gedeeltelijke) stortingen op aandelen, dan wel als geldleningen aan de NV.

## § I. BETALING

aangemerkt, zodat hetgeen daaromtrent aan het slot van subonderdeel 2 wordt gesteld evenmin doel treft.<sup>14</sup>

In dit wettelijk systeem, waarbij de benaming 'toerekening van betaling' reeds te denken geeft, is steun te vinden voor de hier verdedigde betalingsopvatting. Ingevolge art. 1432 kan de debiteur bij het verrichten van de prestatie verklaren tot voldoening van welke schuld zij geschiedt. Wordt de prestatie ongecauseerd verricht, dan wordt zij in de heersende opvatting<sup>15</sup> geacht te zijn geschied ter betaling van die schuld welke met de hoogte van het betaalde bedrag overeenstemt. Door de omstandigheid dat die bedragen overeenstemmen, wordt de handeling de handelende persoon als betaling van de daarvoor in aanmerking komende schuld *toegerekend*, ook al kan de handelende aantonen dat zijn wil bij het verrichten van die handeling niet op delging van die schuld gericht was (vgl. het hierboven gegeven voorbeeld dat een debiteur per abuis een schuld voldoet die hij – niet kenbaar voor de crediteur – voornemens is te betwisten). Daarnaast biedt art. 1435, lid 1 steun voor de gedachte dat het essentiale van de betaling gevormd wordt door de toerekening, en niet door de wil van de handelende: indien de storting van een geldsom bijvoorbeeld, van debiteur noch crediteur een 'earmark' kreeg als strekkende ter voldoening van een bepaalde schuld, geven de belangen van de debiteur ten tijde van de storting de doorslag bij de vaststelling tot delging van welke schuld de prestatie strekte. Dit naar mijn mening objektief te hanteren criterium van 'het meeste belang'<sup>16</sup>, beheerst de toerekening van de betaling aan de handelende, en dus niet bijvoorbeeld de *wil* van de handelende. Of de objektieve duiding van dit wettelijk criterium verdedigbaar is – Wiersma, Rutten en de Toelichting Nw BW zwijgen over dit aspect<sup>17</sup> – zal aan het in de rechtspraak ingenomen standpunt getoetst moeten worden.

14. G. J. Scholten meent in zijn noot onder het arrest dat deze overweging apodictisch is, met het argument dat in een situatie zoals hier aan de orde is de crediteur die een kwijting afgeeft *niet behoeft te denken* aan de schuld die door de betaling slechts ten dele voldaan zou worden, welke betaling hij dan ingevolge art. 1426 zou kunnen weigeren. Deze gedachtengang is m.i. hierom onzuiver. Stel: er zijn twee opeisbare schulden, de 1e à f 1 500, de 2e à f 2 200. De crediteur ontvangt f 2 200 zonder omschrijving waartoe de betaling strekt; in dat geval mag hij zijn debiteur de betaling van de 2e schuld toerekenen, en wel *ingevolge art. 1432*. De verklaring van de debiteur wordt hier afgeleid uit de omstandigheden, en wel uit het feit dat de betaalde som correspondeert met het bedrag dat de 2e schuld bedroeg (vgl. Hof Amsterdam 31 okt. 1940 *NJ* 1941-720, onderschreven door Hofmann-Drion-Wiersma, p. 239 en Asser-Rutten I, p. 355). Maakt in het gestelde geval de debiteur f 1 000 over, dan is mij niet duidelijk onder welke omstandigheden de crediteur aan een gedeeltelijke betaling van de 1e schuld (terecht) *niet behoefde* te denken, zoals Scholten stelt.

15. Vgl. de in de vorige noot genoemde jurisprudentie en literatuur en ook nog HR 2 dec. 1953, vgl. onder, no. 4.

16. Vgl. ook art. 6.1.6.13, lid 2, Nw BW dat spreekt van 'de meest bezwarende' verbintenis.

17. Het objektieve karakter van dit criterium heeft voor mij tot gevolg dat het zoëven naar vorengebrachte standpunt van Rutten, dat de door gebruik en billijkheid aangewezen toerekening boven de wettelijke gaat, veel aan belang inboet. Immers 'het meeste belang' laat zich, indien objektief beschouwd, slechts vaststellen aan de hand van gebruik en billijkheid.

Vervolg noot op pag. 20.

4. *Objektivering van de toerekening in het arrest van 2 december 1953*

Het eerste van een drietal arresten van de hoge raad dat bespreking verdient, is een uitspraak van 2 december 1953.<sup>18</sup> Dit geval lag als volgt. Q werd na echtscheiding veroordeeld zijn gewezen vrouw Z en het uit het huwelijk geboren kind uitkeringen te betalen van resp. f 20 en f 5 per week. Q betaalt ongeregeld, en maandelijks niet meer dan de helft van de verschuldigde totale som. De belanghebbende in de procedure leeft in concubinaat met Mej. Z en doet een beroep op kinderaftrek, aangezien volgens zijn stelling Q slechts de helft van de uitkering à f 5 ten behoeve van het kind voldeet, zodat de kosten van het kind voor het overige ten laste van belanghebbende komen. De raad van beroep denkt er anders over: uit het feit dat de moeder van het kind met belanghebbende in concubinaat leeft, en dus door hem, althans ten dele, wordt onderhouden, leidt de raad af, dat 'de door Q gedane uitkeringen in de eerste plaats *geacht moeten worden* door hem te zijn bedoeld en geschied t.b.v. het kind' (mijn curs.). Ten aanzien van de klacht dat dit laatste alleen het geval kan zijn indien Q *uitdrukkelijk bij de betaling deze bedoeling zou hebben te kennen gegeven en Z zich daarmee akkoord zou hebben verklaard*, m.a.w. de klacht dat miskend werd dat betaling een *tweezijdige rechtshandeling* is, overweegt de hoge raad:

'dat volgens artikel 1432 BW de schuldenaar van verscheidene schulden het recht heeft, bij het doen der betaling, te verklaren tot voldoening van welke dier schulden hij de betaalde som wil doen strekken; dat deze bepaling *geen uitdrukkelijke wilsverklaring vergt*, zodat de daarbedoelde verklaring ook – zoals te dezen door den Raad is geschied – bij *gevolgtrekking uit de omstandigheden van het geval kan worden afgeleid*' (mijn curs.).

Deze uitspraak – die overigens een bevestiging vormt van het reeds genoemde arrest van het amsterdamse hof van 31 oktober 1940 – is in twee opzichten van groot belang. Allereerst negeert de cassatierechter de stelling van het middel, dat betaling een *tweezijdige rechtshandeling* zou zijn, en komt met een overweging die slechts past in de visie dat het hier om een *eenzijdige rechtshandeling* gaat.<sup>19</sup> In de tweede plaats geeft de hoge raad – door de verklaring met de omstandigheden te laten versmelten – de toerekening van de betaling een *objektief karakter*: de omstandigheden van het

Vervolg noot van pag. 19

Het belang van de debiteur bij de betaling is in de door de goede trouw beheerste rechtsbetrekking toch enkel relevant indien het een redelijk, '*gerechtvaardigd*' (zie de HR in *Baris - Riezenkamp* (1957)) belang betreft. Dit wordt miskend door Rutten, p. 355, 1e al. in fine (vgl. voor de verklaring ingevolge art. 1432 hieronder).

18. *NJ* 1954-229, nt. Ph. A. N. H., beroepschrift tegen een uitspraak van een raad van beroep voor de dir. bel.

19. Welk rechtshandelingsbegrip men hierbij aanvaardt, doet niet veel ter zake; ook aan de traditionele opvatting wordt voldaan, nu het hier gaat over een wilsverklaring, gericht op een rechtsgevolg, nl. voldoening van een bepaalde schuld.

## § I. BETALING

geval zijn bepalend bij de vraag tot delging van welke schuld de prestatie 'geacht moet worden' te strekken (waarmee de prestatie tevens het predikaat 'betaling' verkrijgt). De subjektieve, niet kenbare bedoeling die bij de handelende voorzat, speelt geen rol.<sup>20</sup>

### 5. Normatieve toerekening van betaling in *Kwant – Lentz* (1960)

De betalingshandeling komt wederom aan de orde in het arrest van 29 januari 1960, *Kwant – Lentz*.<sup>21</sup> Het betrof hier een geschil tussen de architect Lentz en de aannemer Kwant, hetwelk uit de overwegingen van de hoge raad voldoende duidelijk wordt:

1. 'dat in het onderhavige geding Lentz betaling heeft gevorderd van een geldvordering van pro resto f 5000 en Kwant als verweer heeft aangevoerd, dat hij aan deze schuld gedeeltelijk heeft voldaan doordat hij aan Lentz een geldsom van f 2500 heeft betaald;

2. dat Lentz deze betaling heeft erkend doch heeft gesteld dat het betaalde bedrag in mindering moet komen van een andere geldvordering die hij op Kwant zou hebben;

3. dat Kwant heeft ontkend, dat hij nog een tweede schuld aan Lentz heeft;

4. dat in het bestreden arrest is beslist, dat onder deze omstandigheden Kwant het bewijs moet leveren, dat de betaling is geschied op de ingevorderde schuld;

5. dat bij de beoordeling van het tegen deze beslissing gericht cassatiemiddel moet worden vooropgesteld, dat krachtens art. 1902 BW Lentz bewijs moet leveren van zijn stelling, dat hij, behalve de vordering, waarvan hij in dit geding betaling vordert, nog een tweede geldvordering op Kwant heeft verkregen;

6. dat derhalve, zolang Lentz dit bewijs niet heeft geleverd, moet worden aangenomen, dat Kwant, toen hij aan Lentz een bedrag van f 2500 betaalde, alleen het thans gevorderde bedrag verschuldigd was;

7. dat aan 's Hofs beslissing blijkbaar ten grondslag ligt, dat voor het tenietgaan ener geldschuld door betaling niet voldoende is, dat de schuldenaar de prestatie verricht waartoe hij krachtens de verbintenis gehouden is, doch bovendien het vereiste moet worden gesteld, dat hij bij de betaling de voor den schuldeiser kenbare bedoeling heeft gehad om daarmee aan deze bepaalde verbintenis te voldoen;

8. dat dit vereiste in de wet geen steun vindt;

9. dat integendeel uit het in art. 1435 bepaalde blijkt, dat bij het verrichten ener betaling in het midden kan worden gelaten op welke schuld de betaling moet worden toegerekend;

20. Houwing — zelf aanhanger van de wilsleer — gaat in zijn uiterst korte noot geheel voorbij aan de aspecten die dit arrest biedt voor de vraag naar het rechtskarakter van de betaling. Hij stelt slechts dat de wil van de debiteur geopenbaard moet worden om relevant te kunnen zijn, en geeft een voor de hand liggende interpretatie van de door de raad van beroep gehanteerde term 'geacht moesten (lees: moeten) worden'. Het laat zich aanzien dat de noot er niet toe heeft bijgedragen dat het arrest de aandacht kreeg die het ongetwijfeld verdient, evenals eerder het geval was t.a.v. Meijers' noot onder het *Van der Schuyt - Bank v. d. Middenstand*-arrest, vgl. boven. Beide arresten behoren met het *rederij Koppe*-arrest (zie onder, bij de uitleg III, §3, no. 5) dat eveneens door Houwing geannoteerd werd, en het door G. J. Scholten van een noot voorzien *Sanders - Sanders*-arrest (zie onder, bij de opzegging, § 2, no. 11), tot de lelijke eenden in het privaatrecht, tot de laatbloeiers.

21. *NJ* 1960-133, nt. L.E.H.R. Geen der raadsheren die het arrest van 1953 hadden gewezen, had ditmaal zitting in de kamer, wél de toenmalige annotator Houwing.



10. dat het Hof mitsdien ten onrechte van Kwant het bewijs heeft gevorderd, dat de betaling is geschied op de ingevorderde schuld, zodat het middel gegrond is en het bestreden arrest niet in stand kan blijven'. (cijfers van mij.)

Is in dit arrest nu steun te vinden voor de hier verdedigde betalingsopvatting? De overwegingen 7 e.v., welke naar een obiter dictum neigen, zijn in dit opzicht van belang. De hoge raad stelt daar naar mijn mening, dat in geval verschillende (geld)schulden uitstaan, aan de betaling, anders dan het hof 'kennelijk' meent, naast de feitelijke prestatie niet het vereiste moet worden gesteld dat de debiteur de bedoeling heeft gehad – welke voor de crediteur kenbaar was – om aan een bepaalde verbintenis te voldoen. De wet leert ingevolge art. 1435 zelfs het tegendeel, aldus de raad, aangezien blijkens dit artikel bij het verrichten van een betaling (lees: prestatie) in het midden kan worden gelaten 'op welke schuld de betaling moet worden toegerekend'. Met andere woorden *wanneer een debiteur verschillende schulden bij zijn crediteur heeft, is voor de toerekening van de betaling de intentie van de debiteur, zijn op schulddelging gerichte wil, van geen belang*. Dit standpunt van de hoge raad is tegengesteld aan hetwelk te onzent door Rutten, en in Duitsland door o.a. Enneccerus-Lehmann verdedigd wordt.<sup>22</sup>

Wat is het belang van dit arrest? Rutten meent in zijn noot, dat de hoge raad, met het afwijzen van de animus solvendi als onmisbaar vereiste voor de betaling, deze handeling *niet als een rechtshandeling ziet*, en associeert deze opvatting met de in Duitsland heersende theorie van de 'reale Leistungsbewirkung', waarover hieronder meer. Deze conclusie is slechts gerechtvaardigd, indien men met de annotator ervan uitgaat dat de wil het centrale element van de rechtshandeling uitmaakt, en bovendien veronderstelt – gelijk Rutten stilzwijgend doet – dat de hoge raad deze zienswijze deelt. Hier doemen de al in de aanvang van deze paragraaf gesignaleerde cirkels weer op. In mijn opvatting past de onderhavige uitspraak in de eerder, bij arrest van 2 december 1953 ontwikkelde leer van de hoge raad, waarbij de betaling als een *eenzijdige* rechtshandeling gezien wordt. Wederom wordt de medewerking van de crediteur aan de betalingshandeling, in de vorm van een akkoord gaan met de betaling, niet vereist, hetgeen te meer spreekt, indien men bedenkt dat in casu de crediteur Lentz met de betaling in het geheel niet akkoord ging. Daarnaast is uit dit arrest op te maken, dat in de opvatting van de hoogste rechter, bij die eenzijdige rechtshandeling, de (op schulddelging gerichte) wil van de handelende niet de doorslag geeft bij de bepaling van de inhoud van die handeling (in casu: op welke schuld de prestatie gericht was). Dit strookt met de door mij verdedigde opvatting over de rechtshandeling.

Al met al meen ik in het arrest *Kwant – Lentz*, dat gewezen werd voor het geval verschillende gelijksoortige schulden aan eenzelfde crediteur be-

22. Asser-Rutten I, p. 301 v.; Enneccerus-Lehmann, *Schuldrecht*, 1958, p. 250 v. Waarover nog nader hieronder, no. 9, bij de bespreking van de literatuur.

## § I. BETALING

staan, steun te vinden voor mijn betalingsopvatting. Ik zie het arrest als een voortzetting van de lijn die via het arrest van 2 december 1953, en de principiële uitspraak in *Van der Schuyt – Bank v.d. Middenstand* (1927), zijn beginpunt vindt in het arrest van 1899, *Van Limburg – Möller*. Deze laatste arresten worden door Rutten overigens in zijn noot niet vermeld<sup>23</sup>, terwijl zij evenmin door a-g Loeff in ogenschouw genomen worden in zijn conclusie.

### 6. *Het onbevredigende arrest van 11 februari 1966*

In 1966 tenslotte, leidt de onderhavige problematiek weer tot een uitspraak van de hoge raad. Het geval, beslist bij arrest van 11 februari 1966<sup>24</sup>, betrof een ongehuwde vrouw, werkzaam aan een onderwijsinstelling in de Nederlandse Antillen, bij wie door een collega Y een kind verwekt werd. De vrouw neemt tijdens haar zwangerschap ontslag en reist op eigen kosten terug naar Nederland, terwijl bovendien nog een gedeelte van de reis- en uitrustingskosten voor haar rekening komen. Na de geboorte van het onwettige, niet erkende kind, wordt de man Y veroordeeld de kosten van bevalling en zes weken onderhoud te voldoen, ten bedrage van f 700, naast een maandelijks uitkering aan het kind vanaf de dag der geboorte. Nu had Y vóór de geboorte de vrouw f 500 afgedragen, en daarna f 750. De laatste meent dat deze bedragen door Y aan haar ter hand werden gesteld als tegemoetkoming in de lasten, welke haar ontslagname en verhuizing naar Nederland met zich brachten, terwijl Y zich daarentegen op het standpunt stelt dat deze uitkeringen hebben gestrekt tot voldoening van op hem ingevolge bevalling en geboorte rustende verplichtingen. Voor dit probleem hebben rechtbank, hof, a-g Van Oosten en tenslotte de hoge raad ieder een andere oplossing, terwijl de oplossing die ik zou willen verdedigen van alle andere weer verschilt.

Het haagse hof stelt, anders dan de rechtbank, de man Y in het gelijk, met de overweging, dat *'nu het tegendeel niet blijkt* moet worden aangenomen, dat deze betalingen ad in totaal f 1.250 gestrekt hebben ter voldoening van de op Y rechtens rustende verplichtingen'. De hoge raad stemt hiermee in, voor wat de betalingen ná de geboorte betreft, en legt de overweging van het hof aldus uit:

'dat immers tegenover het beroep, door Y gedaan op het met deze betalingen gekweten zijn van voormelde bestaande en vervallen schulden, *X had te stellen en te bewijzen* hetzij dat ten tijde van die betalingen tevens openstond een andere, eveneens vervallen schuld, waarop toerekening van betalingen had moeten zijn gedaan, hetzij dat Y die bedragen met een ander doel dan ter voldoening van die verplichtingen aan haar had toegezonden' (mijn curs.).

23. In zijn handboek merkt Rutten n.a.v. het arrest van 1953 slechts op, dat de verklaring van de schuldenaar als bedoeld in art. 1432 geen uitdrukkelijke behoefte te zijn, t.a.p. 355.

24. *NJ* 1966-194, nt. G.J.S.

## I. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

Het feit dat de vrouw X niet aan het hier door de raad geformuleerde vereiste had voldaan, blijkt fataal te zijn. Anders ligt het echter met het *voor de geboorte* terhand gestelde bedrag van f 500: met betrekking tot deze prestatie 'heeft Y het bewijs te leveren dat hij dit bedrag destijds aan X heeft doen toekomen teneinde het, in voorschot, te doen strekken ter voldoening van hetgeen hij in geval van bevalling en geboorte van een kind aan kosten en aan onderhoud voor haar en dat kind mocht schuldig worden', overweegt de hoge raad. Hier gaat de toerekening van het hof 'bij gebreke van bewijs van het tegendeel' dus niet op, immers de verplichtingen ex 344 en 344c (oud) BW bestonden ten tijde van de prestatie nog niet. Daarnaast is ook hier van belang, dat het bestaan van andere schulden op dat tijdstip niet gesteld of bewezen is. In dat geval is – in de gedachtengang van de cassatierechter – de keus slechts tussen het aanmerken van de geldoverdracht als een onverschuldigde betaling, dan wel als een voorschot op de eerst na de geboorte van het kind te verwachten verplichtingen. Y wordt toegelaten dat laatste te bewijzen, doch enige richtlijn voor dat bewijs wordt niet gegeven.<sup>25</sup> Het lijkt niet aannemelijk dat de hoge raad daarbij op een dergelijke bedekte wijze, in afwijking van de bovenvermelde jurisprudentie, met een bewijs van de subjektieve bedoeling van Y genoegen heeft willen nemen. Hier behoefde de kwestie: subjektieve bedoeling ten aanzien van de betaling, waarbij de wil van de handelende centraal staat, contra toerekening van de betaling aan de hand van objectieve maatstaven, niet aan de orde te komen, aangezien de hoge raad zich (naast het hof) op het formele standpunt stelt dat ten processe van enige schuld niet gebleken is.

In dit laatste zit voor mij het onbevredigende, het aanvechtbare van de onderhavige beslissing. Zowel vóór als na de geboorte van het kind bestond voor de man Y een zo dringende verplichting van moraal en fatsoen om in de kosten welke de terugreis en de verhuizing van X met zich brachten bij te dragen, dat mijns inziens hier sprake is van een *natuurlijke verbintenis*. Door de verrichte geldstortingen werd deze natuurlijke verbintenis omgezet in een civiele. De rechter (d.w.z. hof en hoge raad) had hier terdege, en nog wel ambtshalve, met het bestaan van die natuurlijke verbintenis rekening moeten houden, zodat de op procesgang en bewijsrecht steunende argumentatie van hof en hoge raad geen hout snijdt. De hier verdedigde oplossing is overigens in resultaat dezelfde die de haagse rechtbank bereikte, helaas zonder enige motivering.

Al heeft de hoge raad geen natuurlijke verbintenis aanvaard, ik krijg toch de indruk dat het college niet onsympathiek tegenover het standpunt van de vrouw X staat, hetgeen blijkt uit het feit dat op Y de bewijslast (en het bewijsrisiko) gelegd wordt om waar te maken dat het presteren van f 500 als betaling aangemerkt moet worden. Het is zeer wel mogelijk dat Y door een bewijslast de lust tot verder procederen ontnomen werd, in elk geval is de zaak bij het haagse hof niet opnieuw aanhangig gemaakt, zoals mij bij navraag bleek.

Deze bewijslastverdeling wordt uit het oog verloren door Scholten in zijn noot, waar gesteld wordt dat de hoge raad 'kennelijk' de regel aanneemt dat 'een prestatie vermoed wordt tot betaling van eigen schuld te strekken', met als consequentie dat

25. Ook de annotator, G. J. Scholten, laat in het midden hoe dit bewijs geleverd zou moeten worden, vgl. de 3e al. van zijn noot.

## § I. BETALING

degene die de betaling ter kwijting van een schuld tegenspreekt, het tegendeel heeft te bewijzen. (Overigens door de annotator opgemerkt i.v.m. de overdracht van f 750 ná de geboorte verricht.) Deze regel werd zoals wij zagen door de raad ten aanzien van de f 500 prestatie allerm minst aanvaard, terwijl wat de f 750 prestatie betreft, door Scholten niet onderkend wordt dat op dat tijdstip een wettelijke verplichting bestond, een voor dat vermoeden bepalende faktor. Daarmee is meteen de problematiek rond de bewijslast bij de betalingshandeling aangegeven. Scholten ziet zijn regel als algemeen beginsel, en bepleit de opneming ervan in het Nw BW. Het is hier niet de plaats om diep op deze materie in te gaan, daarom slechts een enkele opmerking hierover.

In de hier verdedigde opvatting over betaling, als rechtshandeling die de handelende op grond van de omstandigheden naar objectieve maatstaven toegerekend wordt, betreft de bewijslast slechts het aanvoeren van omstandigheden en feiten, die een toerekening rechtvaardigen. De toerekening zelf is een rechtsvraag, ambtshalve ter beoordeling aan de rechter. Het zal duidelijk zijn dat in deze conceptie de bewijslast sterk gebonden is aan de omstandigheden van het zich voordoende geval, zodat slechts de redelijkheid en billijkheid richtsnoer kunnen zijn bij de bewijslastverdeling. Een opvatting die tegenwoordig wel de heersende genoemd kan worden in het bewijsrecht. (Vgl. daaromtrent Haardt, *Rm Th* 1970, p. 262 en de daar aangehaalde literatuur). Aan een bewijsregel zoals door Scholten voorgesteld bestaat mijns inziens dan ook naar huidig recht geen behoefte.

Afgezien van dit algemeen bezwaar, is Scholten's regel ook om andere redenen niet aantrekkelijk. Zijn regel: 'een prestatie schept het vermoeden van betaling van eigen schuld', gaat uit van grootheden die op zich juist onderwerp van geschil vormen; in de eerste plaats kan het de vraag zijn óf er wel in casu sprake is van een (eigen) schuld (in geval van de zgn. 'onverschuldigde betaling'), ten tweede kan er sprake zijn van meer dan één schuld van de prestant, en is het juist de vraag wélke van die schulden door de prestatie gedelgd wordt (het geval van imputatie van de betaling). Het eerste geval illustreert trouwens ook dat het niet altijd hoeft op te gaan, dat degeen die de betaling tegenspreekt het tegenbewijs moet leveren. Indien de prestant zelf zijn prestatie niet als betaling aangemerkt wil zien, en derhalve uit onverschuldigde betaling ageert, is het zeer wel denkbaar dat degeen aan wie gepresteerd werd – die de betaling *niet* tegenspreekt – belast wordt met het bewijs dat er een schuld bestond. Aan zijn wederpartij zou in aansluiting daarop bijv. te bewijzen zijn dat die schuld door kwijtschelding, overmacht, etc. is tenietgegaan.

### 7. Conclusie

Concluderend meen ik te kunnen stellen, dat uit dit jurisprudentieonderzoek blijkt dat de hoge raad in zijn (schaarse) uitspraken sinds 1899 een betalingsopvatting tot uitdrukking brengt, die zeer wel past bij het door mij verdedigde rechtskarakter van de betaling, als eenzijdige rechtshandeling. Met name de arresten *Van Limburg – Möller* van 1899, *Van der Schuyt – Bank v.d. Middenstand* (1927), dat van 2 december 1953, en het arrest *Kwant – Lentz*, bieden steun voor mijn opvatting.

## c. De opvattingen over de betaling in de literatuur

## 8. Drie theorieën: betaling als tweezijdige rechtshandeling, als eenzijdige rechtshandeling en als feitelijke handeling

Tot slot een korte bespreking van de opvattingen in de literatuur over het karakter van de betaling. Bij de inleiding gaf ik al aan, dat met name de vraag of de betaling een rechtshandeling is, voor zijn beantwoording afhankelijk is van het rechtshandelingsbegrip waarvan men uitgaat.

De oudere schrijvers zien voor het merendeel de betaling als een rechtshandeling, in klassieke zin. Land<sup>26</sup> ziet 'schulddelging' als een rechtshandeling, terwijl ook Diephuis dat standpunt inneemt.<sup>27</sup> Goudsmit blijkt de betaling eveneens als een rechtshandeling op te vatten, gezien zijn omschrijving van betaling als 'de voldoening door of namens den schuldenaar, in overeenstemming met den schuldeischer, van het verschuldigde, met het doel om een bepaalde verbintenis voor goed op te heffen'.<sup>28</sup> Goudsmit volgt hierbij Römer, die het tweezijdig karakter van deze rechtshandeling nog sterker accentueert:

'Erfüllung ist die Leistung des geschuldeten gegenstandes . . . mit der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung des Willens, dass diese concrete Obligation getilgt sein solle, und die Entgegennahme der Leistung von Seiten des Gläubigers mit der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung seiner Uebereinstimmung mit der von dem Leistenden gegebenen Willenserklärung.'

Ook Land ziet trouwens betaling als een tweezijdige rechtshandeling; bij de behandeling van art. 1423 stelt schr.: 'Geldige betaling is prestatie van het verschuldigde, *maar tegenover het verkrijgen van schuldbevrijding*; een onbekwame kan dergelijke schuldbevrijding niet geven, in dat geval zal dus het gegevene op den schuldeischer zijn overgegaan, maar schuldbevrijding is niet verkregen'.<sup>29</sup> Een schrijver die tegen dit in de handboeken ingenomen standpunt ingaat, is H. J. Hamaker. In de hem zo typerende levendige stijl betoogt hij met overgave, dat de betaling géén rechtshandeling is, en wel hierom, omdat de wet een verbintenisopheffende kracht aan een geven of doen van de debiteur toekent, *onafhankelijk van de wil van de betrokken persoon*.<sup>30</sup>

26. *Verklaring* III 2, p. 414, no. 1 (1e dr.), n.a.v. art. 1933 BW en de franse Ordonnantie van 1667.

27. *Ned. Burg. Regt* III, p. 34 II, p. 45 v.; X, p. 506. Vgl. Hamaker, *Verspr. Geschr.* V, p. 230 v.

28. *Pandecten-Systeem* II, p. 177.

29. Land-Lohman IV, p. 376, mijn curs.

30. In zijn al genoemde opstel *De betaling in art. 1933 BW*, *WPNR* 1575-76 (1900); *Verspr. Geschr.* V, p. 229 v., i.h.b. p. 242. Vgl. voor Hamakers rechtshandelingsbegrip nader onder III, § 6, no. 2 v.

Bij schrijvers uit latere tijd overheerste na verloop van tijd het inzicht dat betaling in elk geval géén *tweezijdige* rechtshandeling is.<sup>31</sup> Anders echter Bregstein die naar aanleiding van art. 1395 BW stelt dat betaling is het *bewust* overdragen van enig goed of het *bewust* bewijzen van zekere diensten, die ook *bewustelijk* door de verrijkte in ontvangst worden genomen.<sup>32</sup> Deze opvatting werd onlangs eveneens verdedigd door G. Hamaker.<sup>33</sup> Doch afgezien van de visie van beide laatste schrijvers, is de enige kwestie die op dit moment in de literatuur nog punt van discussie vormt te onzent, de vraag of betaling een *eenzijdige* rechtshandeling is, dan wel een feitelijke handeling. Losecaat Vermeer beantwoordt deze vraag in de laatste zin, uit de overweging dat een op schuldbevrijding gerichte wil van een schuldenaar (*animus solvendi*), hoewel meestal aanwezig, geen onmisbaar vereiste is voor de betaling.<sup>34</sup>

9. *De 'Theorie der realen Leistungsbewirkung'; de 'beschränkte Vertragstheorie'. De tussenoplossingen van Rutten en Wiersma*

Het standpunt van Losecaat Vermeer vertoont grote overeenkomst met de in Duitsland heersende leer bij de schrijvers, welke leer door Larenz – die haar eveneens aanvaardt – de *Theorie der realen Leistungsbewirkung* genoemd wordt. Deze leer werd aan het begin van deze eeuw, toen nog algemeen aanvaard was dat de betaling een tweezijdige rechtshandeling was, ontwikkeld<sup>35</sup>, en kreeg de instemming van nagenoeg alle schrijvers van naam.<sup>36</sup> In deze zienswijze is van 'Erfüllung' reeds sprake, in geval van – in de woorden van Larenz – 'die Herbeiführung des Leistungsfolges durch eine Leistungshandlung, die in erkennbare Weise der geschuldeten entspricht'. De betaling is geen rechtshandeling omdat het daarbij gaat – zo betoogt Kretschmar – om een 'realer Tilgungsakt' die de debiteur bevrijdt aange-

31. Vgl. Suijling, *Inleiding* II 2, no. 381, Van Brakel, § 108, Asser-Rutten I, p. 302, waarbij ook naar Oertmann verwezen wordt. Het arrest *Van Limburg - Möller* van 1899 (zie boven) blijft daarbij onvermeld. Vgl. ook nog H. Kingma Boltjes, die in zijn noot onder HR 11 nov. 1955, *NJ* 1957-605, *Van Rooyen - Van den Heuvel*, de ('normale') betaling opvat als rechtshandeling in klassieke zin.

32. *Ongegronde vermogensvermeerdering*, rapport Ass. Henri Capitant, *Verz. Werk* I, pp. 291-294. Vgl. ook diss., p. 168.

33. *De vordering uit onverschuldigde betaling naar nederlands recht*, diss. Amsterdam 1971, pp. 39, 47, 51 v. Hamaker eist op het terrein van de onverschuldigde betaling de aanwezigheid van de intentie tot schulddeging bij 'betaler' én 'ontvanger', en spreekt (evenals Bregstein) van 'een nietige, tweezijdige rechtshandeling'. De betalingsfiguur buiten het terrein van de onverschuldigde betaling wordt door schr. niet aan een onderzoek onderworpen. Hamaker laat – gezien de bestaande controverse – in het midden of betaling een rechtshandeling is of niet, p. 37 v. De controverse: wilsleer - vertrouwensleer, wordt eveneens door hem ontlopen, p. 47 v., zij het in schijn. Vgl. voor een bestrijding van Hamaker's uitgangspunt, onder, bij de onverschuldigde betaling, III, § 4, no. 4 in fine.

34. Asser-Losecaat Vermeer, 1e stuk, 1948, p. 302.

35. Kretschmar, *Die Erfüllung*, 1906, Boehmer, *Der Erfüllungswille*, 1910.

36. Vgl. Larenz, *Schuldrecht* I, 1968, p. 315, nt. 3, en Enneccerus-Lehmann, p. 249, nt. 5.

zien hij 'die geschuldete Leistung in die Wirklichkeit umsetzt'. In het geval de prestatie slechts door het verrichten van een rechtshandeling, zoals de levering van zaken, tot stand kan komen, vormt die rechtshandeling een deel van de 'Leistungshandlung', en geen 'Erfüllungsvertrag', zo betoogt Larenz. Naast de medewerking aan de levering is een 'Erfüllungsannahme' niet vereist.

Inhoudelijk komt deze betalingsopvatting in grote lijnen overeen met de hier door mij verdedigde. Doordat voor de genoemde duitse schrijvers de wil het centrale element van de rechtshandeling uitmaakt, waren zij gedwongen de zoëven beschreven weg in te slaan, en een krampachtig aandoend begrip als de 'reale Tilgungsakt' te ontwerpen, de feitelijke handeling die bestaat uit het verwerklijken van een verplichte prestatie.<sup>37</sup> In plaats van de rechtshandeling aan een hernieuwde beschouwing te onderwerpen, kwam men tot deze hybride figuur, een feitelijke handeling, die echter met de rechtshandeling gemeen heeft dat zij rechtsgevolgen teweeg brengt (zoals bevrijding van de debiteur).

Enkele schrijvers, van wie Enneccerus-Lehmann de belangrijkste is, nemen in de duitse literatuur een ander standpunt in, dat staat tussen de zoëven beschreven theorie en de oude *allgemeine Vertragstheorie*. Onder deze opvatting, door Larenz de *beschränkte Vertragstheorie* genoemd, geeft men toe dat bij vele soorten verbintenissen (tot een non-facere, tot verrichting van enkele diensten e.d.) de aard van de prestatie meebrengt dat met de feitelijke verrichting van de prestatie de nakoming haar voltooiing vindt. Dat neemt niet weg, volgens deze stroming, dat in geval van andere verbintenissen de betaling het karakter van een rechtshandeling kan hebben, met name indien de prestatie, zoals een levering, slechts door middel van een zakelijke overeenkomst gerealiseerd kan worden. In dat geval is er een 'Annahmewillen' van de schuldeiser vereist, — een acceptatie 'zum Zwecke der Erfüllung' — en daarmee corresponderend, het oogmerk tot schuldelding bij de debiteur.

Hier is dus van een tweezijdige rechtshandeling (Vertrag) sprake. Bij de betaling is in deze visie de '*Erklärung der Tilgungsabsicht*' van de zijde van de debiteur van kardinaal belang, met name ook indien verschillende gelijksoortige schulden bestaan.<sup>38</sup>

In onze literatuur neemt Rutten een tussenstandpunt in, daartoe gebracht door zijn aanvaarding van de klassieke rechtshandelingsopvatting. De betaling komt soms tot stand door het enkele feit van de verwezenlijking van de

37. Een soortgelijke figuur zien wij in de duitse doctrine bij de zgn. '*faktische Vertragsverhältnisse*'. Wegens ontbreken van een op rechtsgevolgen gerichte wil van een persoon kan geen sprake zijn van een rechtshandeling, doch gezien de 'sozial-typische Bedeutung' van zijn handelen treden dezelfde rechtsgevolgen in, als wanneer het een rechtshandeling betrof. Vgl. Larenz, p. 33 v., en nog onder IV, § 2, no. 8 v.

38. Vgl. Enneccerus-Lehmann, p. 250 v., die deze leer vooral aantrekkelijk acht i.v.m. de figuur van de handelingsonbekwame crediteur. Vgl. ook nog Larenz, p. 315, sub 2.

## § I. BETALING

prestatie, doch veelal is daartoe tevens een op schulddelging gerichte wil van de schuldenaar nodig, meent Rutten. In het eerste geval zal de betaling niet, in het tweede geval zal zij wél als een eenzijdige rechtshandeling moeten worden beschouwd. Deze opvatting vertoont grote overeenkomst met die van Enneccerus-Lehmann, met dit verschil dat waar sprake is van een rechtshandeling, deze door laatstgenoemde als tweezijdig gezien wordt. Evenals deze schrijver volgt Rutten slechts gedeeltelijk de duitse heersende leer van de 'reale Leistungsbewirkung'. Rutten noemt gevallen van een kwijten zonder dat de debiteur zich daarvan bewust is, zoals bij een verplichting tot nalaten, en die tot verrichten van enkele diensten, waar de betaling enkel door de verwezenlijking van de prestatie tot stand komt, en stelt daartegenover, dat de *prestatie soms bestaat uit een rechtshandeling*, gelijk die tot eigendomsoverdracht, welke alleen dan voldoening van een schuld oplevert, indien zij *met dat doel* is verricht.<sup>39</sup> Uitwerking van dit gegeven leidt schr. tot de conclusie dat betaling een rechtshandeling kan zijn en dit zelfs meestal is. Alvorens op die uitwerking in te gaan, moet mij van het hart, dat Ruttens uitgangspunt onzuiver is: uit het feit dat de toegezegde prestatie bestaat uit het verrichten van (of medewerken tot) een rechtshandeling, vloeit nog niet voort dat de prestatie als *betaling* een rechtshandeling vormt. Een stelling overigens die ook Rutten in noot 1 naar voren brengt, zonder daaruit zoals blijkt, voor zich de consequenties te trekken.<sup>40</sup> Afgezien nog hiervan, geeft schr.'s verdere uitwerking van de geciteerde zin, aanleiding tot een kanttekening.

Hij geeft het voorbeeld, dat indien men iemand f 100 geeft, dit kan geschieden om een koopschuld te kwijten, doch evenzeer om dat bedrag te schenken of te leen te geven. 'Betaling van de koopschuld kan slechts worden aangenomen — zo stelt schr. — *indien blijkt dat het geld dáártoe is gegeven*. Omdat hier de *animus solvendi* wél een onmisbaar vereiste is voor de betaling, zal men m.i. moeten aannemen dat deze betaling een eenzijdige rechtshandeling is' (eerste curs. van mij). Deze gedachtengang is overigens dezelfde als die van Enneccerus-Lehmann. Niet duidelijk is om te beginnen, waarom voor Rutten in geval de verbintenis tot een *facere* verplicht, het doel van de verrichte handeling zónder betekenis is voor het tot stand komen van de betaling.<sup>41</sup> Een ander bezwaar is, dat Rutten na-

39. p. 303, mijn curs. Vgl. voor de problematiek rond de eigendomsoverdracht ook nog hieronder no. 14. De opvatting van Rutten komt overeen met die van Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 290. Daar wordt gesteld dat nakoming een ('voortbouwende') rechtshandeling is, 'voorzover daartoe een rechtshandeling vereist is — type de levering —'....

40. Het in die noot gestelde ondervindt kritiek van Wiersma, p. 296 nt. 1, vanwege het daar gemaakte onderscheid, dat de wil van degen wiens prestatie bestaat uit het verrichten van een rechtshandeling, slechts op het rechtsgevolg (bijv. eigendomsovergang) en niet op de schulddelging gericht dient te zijn. Dit onderscheid acht Wiersma moeilijk te handhaven.

41. Indien men contractueel tot het verrichten van bijv. een reparatie verplicht is, kan zich immers een soortgelijke interpretatievraag voordoen, nl. of de prestatie als betaling, dan wel als daad van service (coulance) geïdentificeerd moet worden. Dat laatste is dan even (on)waarschijnlijk,

Vervolg noot op pag. 30.



laat aan te geven op welke wijze het doel van de verrichte handeling moet blijken, en wat de daarbij aan te leggen maatstaven zijn.<sup>42</sup> Indien men met mij de interne bedoeling van de handelende niet toonaangevend acht in deze, en kiest voor de indruk die de ontvanger van de prestatie daarvan had en moest hebben als bepalende faktor<sup>43</sup>, dan bekijkt men het vereiste van animus solvendi met zeer gemengde gevoelens. Daarmee is de problematiek dezelfde geworden als die rond de vraag of de wil als vereiste voor de rechtshandeling gezien moet worden.

Hofmann-Drion-Wiersma laat zoals eerder werd opgemerkt de vraag of betaling een rechtshandeling is in het midden, na aangegeven te hebben dat de beantwoording afhankelijk is van het begrip rechtshandeling dat men aanvaardt. Wiersma volstaat met op te merken, dat in verreweg de meeste gevallen de betaling zich krachtens een op bevrijding gerichte wil van de schuldenaar zal voltrekken. Ten aanzien van het voorbeeld dat ook Rutten gaf, stelt schr. dat dan de *wil tot schulddelging* zelfs het enige criterium zal zijn bij de vaststelling of van betaling sprake is of niet. Maar, zo vervolgt schr., de betalingswil hoeft niet per se uit verklaringen van de debiteur te worden afgeleid, zij kan ook *op grond van andere omstandigheden worden aangenomen*, waarbij zelfs geldt dat men aan de aanhef van art. 1395 het beginsel kan ontlenen dat het enkele feit van de prestatie reeds een vermoeden schept dat zij dient tot betaling van een schuld, waarop een verwijzing naar Suijling volgt. Men ziet hier een inschrompelen van de wil van de prestant, onder de druk van de omstandigheden, hetgeen door de verkeersvereisten gedicteerd schijnt. Het centraal stellen van de wil bij de betaling, zoals dit bij Wiersma en Rutten geschiedt, komt mij voor in strijd te zijn met de jurisprudentie van de hoge raad, in het bijzonder met het boven besproken arrest van 1960, *Kwant – Lentz*, waarbij toch beslist werd dat indien verschillende schulden bestaan, aan een betaling niet het vereiste moet worden gesteld dat de prestant bij zijn handeling de voor de crediteur kenbare bedoeling heeft gehad een bepaalde schuld te voldoen, doch dat dit blijkens art. 1435 in het midden kan worden gelaten. De betalingswil als essentiale voor de betaling, zo blijkt mijns inziens uit dit arrest, staat bij de hoge raad niet hoog genoteerd, vgl. mijn betoeg hierboven.

Vervolg noot van pag. 29.

als het geval dat de overgave van f 100 als geldleen of schenking gezien moet worden, indien een schuld ter hoogte van datzelfde bedrag openstond. Het voorbeeld dat Rutten van een facere geeft, de krankzinnig geworden concertviolist, acht ik erg ongelukkig, en hoort m.i. meer thuis rond de bittertafel.

42. Bij de behandeling van betaling door een derde laat schr. eveneens na het begrip 'tot kwijting van de schuldenaar' (vgl. art. 1418, lid 2) nader te duiden, p. 303 no. 2, 304 v.

43. Ruttens verwijzing — bij de introductie van het doel waarmee de handeling verricht werd — (zie hieromtrent ook) naar Suijling is nogal polyinterpretabel. Vgl. voor Suijling hieronder, no. 10.

10. *Betaling opgevat als rechtshandeling in normatieve trant bij Suijling en Groen*

De diepe knieval die Wiersma met betrekking tot de betalingswil maakt voor de verkeerseisen, brengt mij ertoe, nog even stil te staan bij de opvatting van de ook door hem aangehaalde schrijver, Suijling. Bij de behandeling van de betaling stelt Suijling nergens expliciet dat de betaling zijns inziens een rechtshandeling zou zijn.<sup>44</sup> Toch komt het mij voor, dat indien men Suijlings rechtshandelingbegrip in aanmerking neemt<sup>45</sup> het vermoeden gewettigd is, dat door hem betaling als rechtshandeling aangemerkt wordt. Naar aanleiding van het beginsel 'iedere prestatie wordt verondersteld tot kwijting van een schuld te geschieden' stelt schr. immers: 'Tusschen twee partijen geldt toch als strekking van de handeling der eene partij wat de andere uit de handeling redelijkerwijze mag afleiden. Vgl. *Inleiding I*, no. 205' (p.5). Even verder leest men dat zowel debiteur als crediteur hebben te gedogen 'dat de volbrenging der prestatie naar de opvatting van het maatschappelijk leven, als een betalingshandeling wordt geïnterpreteerd'.<sup>46</sup> De passage van *Inleiding I* waarnaar schr. bij het eerste citaat verwijst – die een onderdeel vormt van § 34, gewijd aan *rechtshandeling* en wilsverklaring – biedt nog verdere steun voor onze interpretatie, vgl. met name ook no. 207. Doch toegegeven moet worden, dat men eerst door interpretatie van Suijlings betoog tot onze gevolgtrekking kan komen. Van daar wellicht dat men haar in de handboeken niet aantreft.

De enige schrijver die ik vond, die de betaling uitdrukkelijk als rechtshandeling ziet *zonder* volledig van de traditionele opvatting daaromtrent uit te gaan, is K. Groen.<sup>47</sup> Zich afzettend tegen de opvatting van Losecaat Vermeer stelt Groen dat het feit dat voor betaling niet altijd een op schuldbevrijding gerichte wil nodig is, geenszins belet de betalingshandeling als een rechtshandeling aan te merken. 'Het is toch – zo betoogt schr. – geheel geen zeldzaamheid dat aan handelingen rechtsgevolgen worden verbonden welke de handelende zich zeker niet of niet alle voor ogen stelde. Dat maakt die handeling niet minder een rechtshandeling d.w.z. een (ook) rechtens relevante handeling', aldus Groen, onder aanhaling van Dooyeweerd. Op deze wijze ziet men een bres in de heersende rechtshandelingconceptie geslagen, waarbij voor schr. het motief was dat de alternatieven voor hem niet aantrekkelijk waren: de betaling als feitelijke handeling, dan wel als 'een op een rechtshandeling gelijkende handeling' beschouwd.

44. *Inleiding II*, 2e st. (1936) no. 381 v.

45. Een rechtshandeling is voor Suijling een handeling aan welke de rechtsorde om de daarmee uitgesproken bedoeling rechtsgevolgen toekent. *Inleiding I*, p. 341.

46. p. 6. Vgl. ook de voorbeelden op pp. 5 en 6, en verder nog p. 321 v.

47. *WPNR* 4105 (1949) p. 445, ter inleiding van zijn opstel *Wanneer is er per postwissel, postcheque of postgiro betaald?*

11. *Conclusie*

Samenvattend kan men stellen, dat in de vorige eeuw die opvatting in de literatuur de heersende was, waarin de betaling als tweezijdige rechtshandeling gezien wordt. In deze eeuw kreeg de zienswijze de overhand dat betaling een eenzijdige rechtshandeling is — met op het terrein van de onverschuldigde betaling Bregstein en G. Hamaker als dissenters —, terwijl de jongste ontwikkeling het beeld vertoont van de betaling opgevat als feitelijke handeling (Losecaat Vermeer) en daarna, de betaling als soms feitelijke handeling, doch meestal eenzijdige rechtshandeling (Rutten). Welke laatste ontwikkeling sterke overeenkomst bleek te vertonen met de in Duitsland aangehangen ‘reale Leistungsbewirkung’, resp. de ‘beschränkte Vertragstheorie’. Zoals te verwachten, gezien mijn opvatting inzake de rechtshandeling, is de steun die ik in de literatuur voor mijn standpunt omtrent het karakter van de betaling kan vinden, miniem. Slechts Groen<sup>48</sup> en, indien mijn interpretatie juist is, wellicht ook Suijling, meen ik als medestanders te kunnen zien. De door de overige schrijvers aangehangen opvattingen lieten zich van kritische kanttekeningen voorzien, en bleken niet in de pas te lopen met de jurisprudentie van de hoge raad.

d. **Het betalingsbegrip in het Nieuw BW**12. *Rechtskarakter van de betaling in het ontwerp in het midden gelaten. De begrippen ‘nakoming’ en ‘betaling’. Kritiek*

Om met het Nieuw BW te besluiten, de *Toelichting* zwijgt merkwaardigerwijze over het rechtskarakter van de betaling. Dat heeft zijn neerslag gehad op de ontworpen regeling, die dan ook niet kan bevredigen. De ontwerpers volgen moderne buitenlandse wetgevingen door aan de nakoming van verbintenissen een afzonderlijke afdeling te wijden, afdeling 6 van Boek 6, titel 1. De *Toelichting* merkt op, dat de termen ‘voldoening’ en ‘nakoming’ door elkaar zijn gebruikt, terwijl het woord ‘betaling’ bij art. 5 e.v. van die afdeling gebruikt wordt, omdat eerst ten gevolge van het in deze artikelen bepaalde de verrichte prestatie (in sommige gevallen) de werking van een voldoening of nakoming verkrijgt.<sup>49</sup>

Eerst bij lezing van de toelichting op de aangegeven artikelen krijgt deze

48. Rutten meent dan ook — in zijn gedachtengang begrijpelijk — dat Groen het begrip rechtshandeling te ruim opvat, p. 302, nt. 3.

49. p. 506. Als argument hiervoor geeft de *Toelichting* dat een volkomen uniform woordgebruik het gevaar zou scheppen van het ontstaan van een interpretatiemethode waarin men voor de betekenis, die aan een woord in een bepaald verband toekomt, beslissend acht welke betekenis dit woord elders in de wet heeft. Een uitlating die door iedere rechtgeaarde wetsuitlegger niet anders dan als ‘contempt of court’ opgevat kan worden, naar het mij voorkomt.

## § I. BETALING

opmerking meer relief. De toelichting op art. 5 vangt aldus aan: 'De vier thans volgende artikelen hebben uitsluitend betrekking op verbintenissen, voor welker voldoening *een in ontvangsnemen nodig is*'. Alleen bij deze verbintenissen kan men zeggen dat 'aan iemand wordt betaald' (p. 508, mijn curs.). Het vereist enig nadenken voor men het systeem van het ontwerp door heeft.<sup>50</sup> In navolging van het italiaanse wetboek wordt naast het begrip nakoming, het begrip betaling gebezigd, en wel ten aanzien van die verbintenissen waaraan slechts met medewerking van de crediteur – door in ontvangstname – voldaan kan worden. De ontwerpers denken hierbij kennelijk aan een zakelijke overeenkomst als de levering, waarin de nakoming uitmondt in geval van een verplichting tot een *dare* en verder – veronderstel ik – aan het ter beschikking stellen van het object van de handeling, waar van een verplichting tot een *facere* sprake is (bijv. in geval van een operatie).

Indien men de regeling van de onverschuldigde betaling van het ontwerp hiernaast legt, afdeling 6.4.2, dan ziet men dat de term betaling in de *Toelichting* alleen gebruikt wordt om een prestatie te omschrijven die in het geven van een goed bestaat.<sup>51</sup> De enige kink in de kabel bij deze uitleg van de begrippen nakoming en betaling in het ontwerp, vormt de opmerking in de toelichting op art. 6.1.6.7 (1422 BW) dat men 'enerzijds kan laten gelden, dat een schuldeiser niet buiten zijn toestemming of zijn schuld het hem toekomende recht behoort te verliezen'.<sup>52</sup> Dit riekt in sterke mate naar een betalingsbegrip à la Bregstein, betaling als tweezijdige rechtshandeling, op welk algemeen beginsel de regel van art. 1422 weer inbreuk maakt met het oog op de eisen van het betalingsverkeer. Het komt mij echter aannemelijk voor, dat wij hier met een slip of the pen van de ontwerpers te maken hebben.<sup>53</sup> Of laten de ontwerpers zich hier in de kaart (wilsleer troef) kijken? Zekerheid hierover ontbreekt echter, nu een algemene beschouwing over het rechtskarakter van de nakoming (alias betaling) in de *Toelichting* ontbreekt. Aangezien het ontwerp slechts die vormen van nakoming nader uitwerkt waarbij medewerking van de crediteur, bijv. bij de levering, vereist is, blijft deze kwestie onder de oppervlakte. Immers in die situatie is de toestemming van de crediteur al een vereiste om de zakelijke overeenkomst rond te krijgen, terwijl men in het midden kan laten, gelijk de ontwerpers doen, of die toestemming ook enige functie heeft ten aanzien van de betalingshandeling.

50. Een verwarrende faktor is daarbij, dat de term 'betaling' ook nog in andere artikelen voorkomt, zoals art. 14, lid 1 en art. 16.

51. p. 716 v.; vgl. art. 6.4.2.8 voor prestaties anders dan die welke in het geven van een goed bestaan, en het 'ongedaan maken' daarvan.

52. p. 509; anderzijds geven de ontwerpers voorkeur — mede met het oog op het vlotte betalingsverkeer — aan de gedachte dat het veelal billijker is de schuldeiser met het risico van een verkeerde betaling te belasten, dan de schuldenaar.

53. Vgl. in dit verband echter ook Schoordijk, *De betekenis van het ontwerp-BW voor de rechtsvinding*, *Pitlo-Bundel*, p. 54, die bij zijn kritische bespreking van de onverschuldigde betaling in Boek 6 Nw BW opmerkt dat de ontwerpers z.i. Bregsteins betalingsbegrip als uitgangspunt nemen.

Aan dit gelijktijdig aan de dag treden van zakenrechtelijke en obligatoire momenten zullen hieronder nog enkele opmerkingen gewijd worden (vgl. no. 14).

Overigens wordt mij niet duidelijk, wat de motieven voor de ontwerpers zijn geweest, om naast het begrip nakoming, het betalingsbegrip – als vervanging van het thans gangbare gelijknamige begrip – te hanteren. De verwijzing naar het italiaanse wetboek kan toch niet afdoende geacht worden. De ontwerpers hebben zich de gelegenheid voorbij laten gaan om van de dubbelzinnige term betaling – in het dagelijks verkeer slechts als overdracht van een geldsom opgevat – af te komen. Daarnaast kan men de vraag stellen, of er wel behoefte bestaat aan bepalingen als die van de artt. 6.1.6.5 en 6, welke in navolging van artt. 1423 en 1421 BW de betaling aan een onbekwame crediteur resp. aan een tot aanneming niet bevoegde persoon regelen, gesteld dat men met de heersende leer de betaling als eenzijdige rechtshandeling ziet. Maar ik wil het hier bij het stellen van deze vraag laten.

Ik meen het met mijn kritiek op het ontwerp hierbij te moeten laten, en van een beschouwing over afdeling 6 in haar geheel, op deze plaats te moeten afzien. Dat deze afdeling in andere opzichten een juridisch allegaartje vormt, wordt uitvoerig betoogd door Van Opstall in een vernietigende bespreking die hij aan deze afdeling wijdt.<sup>54</sup> Aan de door deze afdeling gevormde straat – zo stelt Van Opstall – staan niet slechts huizen die stylistisch niet bij elkaar behoren, maar bovendien bouwsels die er volgens het vastgestelde uitbreidingsplan van de gemeente waarin de straat zich bevindt, nooit gebouwd hadden mogen worden (p. 64). En dan te bedenken dat het rechtskarakter van de betaling (nakoming) en hetgeen de ontwerpers daarmee uitrichten, in schr.'s bespreking niet eens aan de orde gesteld wordt.<sup>55</sup> Hieruit blijkt overigens weer, hoezeer de betalingsfiguur tot de onderontwikkelde delen van het recht behoort, of – om Van Opstalls beeldspraak te volgen – een achteraf straatje is, waar het dagelijks verkeer niet doordringt, en dat ook niet door de plaatselijke VVV tot de bezienswaardigheden van de stad bestempeld werd. Wel een steeg waar een eenzame wandelaar bij toeval in terecht kan komen, zoals hier gebleken is.

#### **e. Nadere uitwerking van de hier verdedigde opvatting. Zakenrechtelijke aspecten van betaling. Enkele bijzondere betalingsfiguren**

##### *13. Samenvatting van het eerder betoogde*

In de aanvang werd de eenzijdige rechtshandeling *betaling* door mij om-

54. *Het Ontwerp voor het zesde boek van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Afdeling 6.1.6. WPNR 4754-57* (1963).

55. Vgl. p. 73 v.

schreven als: *een door één persoon verrichte handeling die krachtens de geldende rechtsnormen – gezien de wijze waarop zij verricht werd en de omstandigheden waaronder dit gebeurde – beschouwd dient te worden als nakoming van een bepaalde verbintenis*. In de jurisprudentie bleek voor deze opvatting steun gevonden te kunnen worden. Evenals in de moderne literatuur, is in de rechtspraak de eenzijdigheid van de handeling geen punt meer; alleen de vraag of betaling een rechtshandeling is, is bij haar beantwoording afhankelijk van het standpunt dat men ten aanzien van die materie inneemt. Het Nieuw BW bleek aan het rechtskarakter van de betalingshandeling geen aandacht te schenken. Op een enkele plaats wekt het ontwerp de schijn van een betaling als tweezijdige rechtshandeling uit te gaan. In die opvatting zou echter de ontwikkeling in jurisprudentie en doctrine, te onzent en in Duitsland, miskend worden.

#### 14. *Obligatoire en zakenrechtelijke aspecten van de betaling*

Hier boven kwam ter sprake, dat een prestatie waartoe iemand – bijv. contractueel – verplicht is, kan bestaan uit het verrichten van een rechtshandeling. Indien men de verplichting tot een *dare* neemt, zal dit steeds het geval zijn, aangezien de levering van zaken in de heersende leer als een rechtshandeling gezien wordt. Zoals bekend is in ons recht de zakelijke overeenkomst ontwikkeld, welke aan Von Savigny ontleend werd.<sup>56</sup> Hoe verhoudt zich nu de rechtshandeling-betaling tot de rechtshandeling-levering? Mijns inziens is bij een dergelijke prestatie sprake van een samenval van rechtsmomenten, om Eggens' bekende formulering te gebruiken: de rechtshandeling-levering valt, omdat die handeling rechtens als nakoming van een verplichting aangemerkt moet worden, samen met de rechtshandeling-betaling.<sup>57</sup> Dit is het normale patroon bij een verplichting tot een geven van een zaak: door de levering van een zaak (geldsom) gaat, indien dit rechtsgeldig geschiedt, de nakomingsplicht te niet.

Naar het mij voorkomt heeft deze omstandigheid het zicht op het betalingsbegrip versluierd; het in ontvangstnemen van een prestatie – zakenrechtelijk bezien een voorwaarde voor het tot stand komen van de levering –

56. Vgl. voor de zakelijke overeenkomst Asser-Beekhuis, *Alg. Deel*, p. 149 v., Asser-Rutten II, p. 13 v. Beekhuis acht de toestemming van partijen gericht op de vestiging (wijziging) van een zakelijk recht reeds een zakelijke overeenkomst, welke rechtshandeling weer een element vormt van de overdracht als rechtshandeling in haar geheel genomen. Rutten daarentegen, duidt de rechtshandeling in haar geheel (dus inclusief de overgave, etc.) aan als zakelijke overeenkomst. Vgl. ook Meijers, *Alg. Begr.*, p. 293, die slechts (terloops) stelt dat levering van zaken een rechtshandeling is.

57. Vgl. ook J. C. van Oven, in zijn opstel *Zakelijke overeenkomst en huwelijksvoorwaarden*, *WPNR* 3440, p. 527, 2e kol., waar hij spreekt van de 'bevrijdende en tevens zakelijke overeenkomst die men betaling noemt'. Het heeft er alle schijn van, dat Van Oven de betaling hier als een tweezijdige rechtshandeling ziet, i.c. samenvallend met de zakelijke overeenkomst. Vgl. ook p. 528, 1e kol., en voor zijn visie op de zakelijke overeenkomst, p. 519 v.

ging men verwarren, en op een lijn stellen met de acceptatie van de prestatie in het obligatoire vlak, die schuldbevrijdend zou werken. Op het eerste gezicht lijkt deze verwarring van weinig betekenis: door de levering, waaraan de crediteur meewerkt, gaat doorgaans de nakomingsplicht teniet. Doch indien de debiteur per abuis een verkeerde zaak levert, bewijst het hierboven aangegeven onderscheid zijn nut. Het kan namelijk de crediteur in dat geval niet baten, indien de prestatie *rechtens* niet als betaling aangemerkt kon worden, te stellen dat door zijn acceptatie (in het kader van de zakelijke overeenkomst) *tegelijktijd* de nakomingsplicht te niet ging, met het gevolg dat hij eigenaar werd. Zijn acceptatie is hier slechts uit *zakenrechtelijk* oogpunt van belang; de crediteur is door levering bezitter geworden en wel te kwader trouw, aangezien hij behoorde in te zien dat de levering niet als betaling opgevat kon worden. Eigenaar is hij niet geworden door de levering, aangezien een titel ontbrak. Het onderscheiden van de betalings- en de leveringshandeling, heeft derhalve in een dergelijk geval het resultaat, dat de per abuis geleverde zaak gerevindiceerd kan worden door de debiteur-bezitsverschaffer.<sup>58</sup>

Afgezien hiervan geldt, dat al hoeft bij de normale, bevrijdende levering in geval van een verbintenis tot een *dare* het niet uiteenhouden van de betalings- en de leveringshandeling niet tot brokken te leiden, er bij een verbintenis tot een *facere* (non facere) voor een vereiste van acceptatie — waardoor de betalingshandeling tot een tweezijdige gemaakt wordt — geen grond is. Is de medewerking van de debiteur noodzakelijk om de prestatie te kunnen realiseren, zoals bijv. in geval van een overeengekomen chirurgische ingreep, dan hangt die medewerking samen met *de aard van de prestatie*<sup>59</sup>, zij vormt geen onderdeel van de betaling op zích, opgevat als tweezijdige rechtshandeling.

### 15. Aanbod van gerede betaling, gevolgd door consignatie

Een randfiguur in deze materie is het aanbod van gerede betaling, gevolgd door consignatie. Hier wordt in geval van een verplichting tot het geven van een zaak, de debiteur van zijn nakomingsplicht bevrijd, zonder dat er van een zakelijke overeenkomst met de crediteur, en de daaraan inherente acceptatie sprake is.<sup>60</sup>

Deze betalingsfiguur vormt overigens een wettelijk steunpunt voor mijn

58. Het hier gemaakte onderscheid is ook van belang voor de vraag in hoeverre een presenteren aan een handelingsonbekwame bevrijdt, een onderwerp dat traditioneel bij de betaling geregeld wordt (vgl. ook art. 6.1.5 Nw BW). Deze vraag laat ik verder rusten; vgl. hierover voor het duitse recht Larenz I, p. 317, nt. 1; Enneccerus-Lehmann, p. 250 v. Vgl. voor de levering *door* een onbekwame, Van Opstall, t.a.p. p. 73 v.; Asser-Beekhuis, p. 152. 59. Vgl. ook Asser-Rutten I, p. 311, en Hofmann-Drion-Wiersma, p. 307 v., in verband met de gerichtheid van de betaling.

60. Tenzij men de constructie voorstaat, dat de crediteur middels een — door de wet aangewezen — derde bezit verschafft wordt.

## § I. BETALING

betalingsopvatting: de medewerking van de crediteur – in het zakenrechtelijke en obligatoire vlak – is immers geen vereiste voor de (bevrijdende) betaling door de debiteur<sup>61</sup>. Het beginsel van art. 1422 sluit trouwens ook goed aan bij de hier verdedigde betalingsgedachte. Het feit dat diegene die te goeder trouw zijn prestatie op een schijn-crediteur richt, van zijn verplichting bevrijd wordt, dus een betaling verricht, geeft aan, dat voor de beoordeling of een handeling als een rechtshandeling-betaling aangemerkt moet worden, objectieve en niet subjektieve maatstaven doorslaggevend zijn. Die objectivering gaat hier zoals bekend zeer ver: het gemis aan toestemming van de schuldeiser is voor de bevrijding van de debiteur irrelevant, sterker nog, de schijn waarop de debiteur afging, behoefde niet door de crediteur te zijn opgewekt om rechtens relevant te zijn (dus ook geen toerekening van toestemming). Makro-juridische motieven geven hier de doorslag; het belang van een vlot betalingsverkeer wettigt een risikoverdeling waarbij de debiteur aan het langste eind trekt, aldus de heersende leer te onzent. Het betreft hier een toerekening – pur sang van de betaling.<sup>62</sup>

### 16. Medewerkingsplicht van crediteur bij betaling

In nauw verband met de hier aangesneden problematiek staat de vraag, of de crediteur in het algemeen de verplichting heeft aan de prestatie van zijn debiteur (en daarmee aan de uitvoering van het contract) mee te werken, een kwestie die traditioneel onder de figuur van mora creditoris te boek staat. Naar de huidige stand van doctrine en rechtspraak kan zonder tegenspraak op te roepen gesteld worden dat de goede trouw, die de contractsverhouding beheerst, bepaalt dat de crediteur zijn medewerking dient te verlenen aan de prestatie van de debiteur, indien de aard van de prestatie, gezien de inhoud van het contract en de omstandigheden, dit vordert.<sup>36,64</sup>

61 Vgl. de tekst van art. 1440, lid 2: Zoodanig aanbod, gevolgd van bewaargeving, bevrijdt den schuldenaar, *en strekt te zijnen opzichte tot betaling* . . . (mijn curs.) Vgl. echter ook art. 1444 v., en in dat verband HR 27 febr. 1931, NJ 1932-81, nt. P.S., *NV Uitgevers-Mij. Nederland - Saudek*. Een huurder biedt na een tegen hem ingestelde ontbindingsaktie alsnog betaling van het verschuldigde bedrag aan, en stort dit na weigering van de verhuurder in de consignatiekas. De verhuurder neemt het bedrag op en verklaart het in mindering te zullen brengen op de schadevergoeding. De HR stelt, dat uit art. 1440 lid 2, jo 1444-1447 volgt, dat hij daarmee betaling heeft aangenomen, en hij aan deze betaling niet de betekenis kan ontnemen door een eenzijdige tegenstrijdige verklaring. M.a.w. hier is sprake van toerekening van betaling, ongeacht de wil van de crediteur, al is het woordgebruik in dit opzicht dubbelzinnig.

62. Vgl. voor een andere opvatting het boven vermelde standpunt, dat een rol speelde in het ontwerp, waarbij het beginsel van art. 1422 gezien wordt als uitzondering op de regel dat een schuldeiser niet zonder zijn toestemming zijn vorderingsrecht mag verliezen (no. 12).

63. Vgl. HR 13 mei 1921, NJ 793, *vof Pasman, Ten Klooster en Winkel - Rosen* waarbij bepaald werd dat de koper, bij een bedongen levering op wagon, verplicht is tot aanwijzing van wagons (aldus ook de HR 6 nov. 1903, *W 7988 Kemps - vof Kooy*). In dezelfde zin HR 29 dec. 1922, NJ 1923-360, *Gomperts - Claassen* terzake van de verplichting een

Vervolg noot op pag. 38.



Het is een punt om bij stil te staan dat in de jurisprudentie de problematiek rond de acceptatie van de prestatie niét via de betalingsfiguur opgelost wordt (door bijv. betaling als tweezijdige rechtshandeling te construeren), maar los daarvan, onder de regels van de goede trouw gebracht wordt.<sup>65</sup> De overeenkomst met de problematiek bij de opzegging van overeenkomsten is frappant. Daar is zoals wij zullen zien (vgl. onder, § 2) het motief voor degenen die de opzegging als tweezijdige rechtshandeling zien, dat aldus een onredelijke opzegging tegengegaan zou kunnen worden door het simpele feit dat de toestemming van de wederpartij van de opzeggende contractant ontbreekt. Eenzelfde gedachtengang zullen wij eveneens bij de kwijtschelding tegenkomen, een figuur die net als de tot dusver besproken rechtshandelingen van een tweezijdige naar een eenzijdige rechtshandeling is geëvolueerd, hetgeen ook eerst door een ontwikkeling van de regels van de goede trouw mogelijk gemaakt werd (vgl. onder, § 3 no. 1 v.).

### 17. *Betaling in het bank- en giroverkeer*

Tenslotte verdient nog aantekening dat bij mijn beschouwing een alledaagse vorm van betaling van een geldschuld onbesproken bleef, nl. die door middel van storting of overschrijving op de bank- of postgirorekening van de schuldeiser. Hierover wil ik slechts opmerken, dat de heersende leer zeer wel in mijn betalingsopvatting past. Ingevolge de gangbare opvatting wordt immers een dergelijke betaling voltooid geacht op het moment dat de bank (giro-dienst) de tegoedschrijving ten gunste van de crediteur verricht, aangenomen dat de bank door de crediteur gemachtigd is voor hem geld in ontvangst te nemen.<sup>66</sup> Ten aanzien van de *acceptatie* door de bank-gemachtigde geldt, dat deze slechts in het zakenrechtelijk vlak zijn betekenis heeft, en niet in het obligatoire vlak, ten aanzien van de betalingshandeling. Deze laatste kan immers ook hier beschouwd worden als een eenzijdige rechtshan-

Vervolg noot van pag. 37.

schip aan te wijzen, indien een f.o.b.-beding deze verplichting met zich bracht. Van groot belang is ook HR 9 mrt. 1923, *W* 11 090 *Meijer - Honegger & Co*: 'De beantwoording der vraag of een koper verplicht is indien overigens aan de overeenkomst is voldaan, het gekochte te ontvangen, hangt niet alleen af van wat op grond der wet moet worden aangenomen, maar mede van de inhoud der koopovereenkomst en van tal van andere feitelijke omstandigheden, waaruit die verplichting kan voortvloeien.' Vgl. ook nog HR 18 juni 1926, *NJ* 1078, *Spoorwegkamp Andruicq*.

64. Vgl. voor dit onderwerp Rutten, p. 286 v., en Wiersma, p. 342 v., alwaar meer jurisprudentie en literatuur.

65. Deze problematiek wordt in het volgende hoofdstuk nader uitgewerkt, en in een methodisch kader geplaatst. Vgl. vooral II, § 5, en het daar beschreven overeenkomstmodel no. 1 v.

66. Vgl. Hofmann-Drion-Wiersma, p. 320; Asser-Rutten I, p. 347 v. en de daar genoemde schrijvers; en verder Larenz, *Schuldrecht* I, § 26, p. 318. In het arrest HR 21 maart 1969, *NJ* 304, nt. G.J.S., *Stasse - Loeff*, werd dit beginsel eveneens toegepast op betaling aan een crediteur in den vreemde. In de internationale situatie komt deze oplossing mij echter weinig bevredigend voor; een kwestie die ik hier moet laten rusten.

## § I. BETALING

deling. Voor de verwezenlijking daarvan zijn, zoals boven betoogd werd, nog andere factoren van belang, naast de toestemming of acceptatie van de schuldeiser of de door hem tot in ontvangst nemen gemachtigde.<sup>67</sup> Anders gesteld, de acceptatie is slechts indirect voor de betaling van belang, omdat door die acceptatie de levering rond komt, terwijl de levering de voltooiing van de betalingshandeling mogelijk maakt.<sup>68</sup>

### 18. 'Onverschuldigde betaling': een *contradictio in terminis*

Tenslotte wil ik er nog op wijzen, dit als laatste opmerking, dat bij de in de wet geregelde figuur van onverschuldigde betaling, het begrip betaling – welk rechtskarakter men daaraan ook moge geven – misbruikt wordt. Betaling is immers de nakoming van een verbintenis. De term 'onverschuldigde betaling' is een *contradictio in terminis*, aangezien betaling per definitie *verschuldigd* is. Het begrip zou dan ook moeten luiden: *onverschuldigde prestatie*, of zo men wil, onverschuldigd handelen. Het is opmerkelijk dat in de handboeken en het Nw BW bij de inwendige tegenstrijdigheid van de 'onverschuldigde betaling' niet wordt stilgestaan.<sup>69</sup>

Bij deze opmerking blijkt overigens weer eens de waarde van het oud-testamentische gezegde, dat er niets nieuws onder de zon is: in een redactionele noot in een nummer van het *Weekblad van het recht* uit 1917 vond ik dezelfde gedachte neergeschreven.<sup>70,71</sup>

67. Hetgeen nog niet wil zeggen dat de acceptatie voor het obligatoire vlak geheel zonder betekenis is. Het vermoeden kan eraan ontleend worden, dat de prestatie strookte met hetgeen partijen overeenkwamen, met name indien dat laatste voor interpretatie vatbaar is. Vgl. ook Larenz, t.a.p. p. 317.

68. Vgl. ook de opmerking van Larenz, t.a.p. p. 316, meer in het algemeen ten aanzien van een derde die van de crediteur 'Empfangszuständigkeit' verkregen heeft.

69. Dit is waarschijnlijk te wijten aan het feit, dat men hier, waar het de nakoming van geldschulden betreft, het woord betaling licht in de zin gebruikt die het in het dagelijks verkeer heeft. In het Nw BW wordt, zoals gemeld, onder betaling verstaan het nakomen van een verbintenis waartoe een in ontvangstname vereist is. Ook dan blijft de benaming echter inconsequent. Ingeval van prestaties die niet in het geven van een goed bestaan, spreekt het ontwerp van 'ongedaanmaking' indien de prestatie zonder rechtsgrond verricht werd, vgl. art. 6.4.2.8, tegenover art. 6.4.2.1.

70. No. 10 106, p. 2 onder HR 13 april 1917, *Hermans - Pieters*. 'De HR spreekt, in navolging van de wet, van 'onverschuldigd betalen'. 'Betalen' betekent: *iemand het verschuldigde doen toekomen*. In 'betalen' ligt dus de verschuldigdheid opgesloten, zodat de woorden 'onverschuldigd' en 'betalen' zich eigenlijk niet laten vereenigen. Intussen, wat de wetgever met 'onverschuldigd betalen' bedoelt is duidelijk, nl. *'iemand iets doen toekomen ten onrechte menende het verschuldigd te zijn'*. Die laatste zienswijze werd overigens in de jurisprudentie van de HR verworpen, vgl. G. Hamaker, diss. p. 42. Voor een beschouwing over het leerstuk van de onverschuldigde betaling verwijs ik naar het onder betoogde, III, § 4, no. 3 v.

71. Het bovenstaande was reeds geschreven toen ik van de gelijkkluidende bedenking van Schoordijk tegen het begrip onverschuldigde betaling kennis nam, vgl. *Pitlo-bundel* (1970), p. 46.

## § 2. OPZEGGING

## a. Inleiding

## 1. Omschrijving van de opzeggingsfiguur. Afbakening van het terrein

Alvorens ons te verdiepen in de rechtshandeling die als opzegging te boek staat, dient aangegeven te worden wat hier onder opzegging verstaan wordt. Opzegging zou ik voorlopig willen omschrijven als de eenzijdige beëindiging van de partijen, nadat de tenuitvoerlegging van de overeenkomst al een aanvang heeft genomen, zonder dat die beëindiging op de wanprestatie van de wederpartij gegrond hoeft te zijn. De bevoegdheid om op te zeggen kan daarbij uitdrukkelijk overeengekomen zijn, dan wel door partijen ongeregeld gelaten zijn. In het laatste geval kan aan de leemte in het contract door middel van uitleg inhoud gegeven worden, bijv. in die zin dat de overeenkomst, gezien de in de precontractuele sfeer tot uitdrukking gekomen bedoelingen van partijen, de overige contractsbepalingen en de aard van de overeenkomst, opzegbaar geoordeeld wordt. De opzegging geschiedt door middel van een tot de wederpartij gerichte verklaring.

De beëindiging van overeenkomsten voor *bepaalde tijd* aangegaan, de tussentijdse opzegging dus, valt buiten het door mij opgemaakte bestek. Dit geschiedt met opzet, aangezien deze problematiek beheerst wordt door de vraag welke invloed veranderde omstandigheden op het overeengekomene hebben, een vraag die in dit werk buiten de orde is.<sup>72</sup> Evenmin heb ik het oog op het zgn. annuleren, het eenzijdig terugtreden uit een overeenkomst voordat hieraan een begin van uitvoering (van enige betekenis) is gegeven, hetgeen in Duitsland Rücktritt genoemd wordt.<sup>73</sup>

## 2. De opzegging in de doctrine. Probleemstelling

De opzegging heeft als rechtshandeling nooit een overweldigende belangstelling van de zijde van de schrijvers gehad. Clavareau geeft er enige aandacht aan in zijn *Themis*-artikel van 1943, en in 1952 wordt zij uit de obscuriteit gehaald doordat de *NJV* haar tot onderwerp kiest van de jaar-

72. Vgl. echter nog III, § 3, no. 9.

73. Vgl. voor het annuleren Suijling, *Inleiding* II, 1e ged., 2e dr. (1934) p. 432 v, en L. J. Hijmans van den Bergh, *preadv. NJV 1952, Hand. I*, p. 122 v. Suijling onderscheidt verder nog de 'onechte opzegging' bij overeenkomsten voor *bepaalde tijd* aangegaan: de opzegging vóór het aflopen van de bedongen termijn voorkomt dat de overeenkomst automatisch voor een nieuwe termijn aangegaan wordt.

## § 2. OPZEGGING

vergadering.<sup>74</sup> In de handboeken vinden we afzonderlijke beschouwingen aan de opzegging gewijd bij Suijling, Van Brakel en Asser-Rutten.<sup>75</sup> Nog steeds is in de doctrine geen klaarheid gekomen omtrent de problemen waartoe deze rechtshandeling aanleiding geeft, terwijl de rechtspraak, zoals wel meer, zijn eigen weg ging en tot een vaste jurisprudentie kwam. Dit alles vormt voor mij een aanleiding wat langer bij deze rechtsfiguur stil te staan, terwijl daarnaast geldt dat de opzegging een ideale figuur is om de aangesneden problematiek te illustreren, om ons met name af te vragen welke plaats de wil van de handelende bij deze rechtshandeling inneemt. Ook op dit terrein vindt men namelijk de wilsleer aangehangen, vooral door Ph. A. N. Houwing in enkele noten, en daartegenover de opvatting waarbij de wil niet langer als centraal element van de rechtshandeling geaccepteerd wordt, welke men in de jurisprudentie aanvaard vindt. In de eerste opvatting is men, indien men op grond van het contract het recht heeft dit op te zeggen, volstrekt vrij om *naar eigen inzicht* te bepalen óf men zal opzeggen, en op welk tijdstip dit zal geschieden. In de tweede, hoofdzakelijk in de rechtspraak ontwikkelde opvatting, kan men, om het bondig te zeggen, een overeenkomst slechts opzeggen indien dit geschiedt met inachtneming van de *goede trouw*.

### b. De opzegging in het systeem van de wet

#### 3. De opzeggingsbevoegdheid bij benoemde overeenkomsten

Teneinde een oordeel over de opzeggingshandeling te kunnen vormen, is het goed eerst eens in vogelvlucht na te gaan, wat het stelsel van de wet is. Bij nagenoeg alle benoemde duurcontracten wordt de mogelijkheid van opzegging vermeld; ik zou allereerst willen nagaan of in het wetssysteem aan de mogelijkheid tot opzeggen perken gesteld worden, en daarna wat de rechtsgevolgen van opzegging in het wettelijk stelsel zijn, te herleiden tot de vraag of er geld op tafel moet komen of niet.

Wat de opzeggingsbevoegdheid betreft zijn er enkele artikelen die de opzegger absolute vrijheid toekennen. Bij de aanneming van werk schrijft art. 1647 BW voor dat de aanbesteder 'des goed vindende' na aanvang van het werk de aanneming kan opzeggen, weliswaar met als keerzijde een verplich-

74. Resp. *Rm Th* 1943, p. 119 v. *Opzegging; preadv. NJV 1952: Bestaat er behoefte aan een wettelijke regeling voor de beëindiging van duurzame contractuele rechtsbetrekkingen, in de opzegging waarvan niet is voorzien?*, door Hijmans van den Bergh en H. Winkel. Besproken door J. C. van Oven in *NJB* 1952, p. 505 v. Meijers behandelt in zijn *preadv. NJV* 1918, p. 140 v, slechts de tussentijdse opzegging.

75. Resp. *Inleiding*, t.a.p. p. 428 v.; *Leerboek III*, 1937, p. 204 v.; Asser-Rutten II, p. 240 v.

ting de aannemer 'volkomen schadeloos' te stellen.<sup>76</sup> De bewaargever kent ook grote vrijheid om de bewaargeving op te zeggen: 'zoodra hij zulks vordert', stelt art. 1762, moet hem de in bewaring gegeven zaak teruggegeven worden, ongeacht de daartoe overeengekomen termijn. De lastgever kan door opzegging de last doen eindigen, 'wanneer hem zulks goeddunkt' (artt. 1850, lid 2, jo. 1851). De lasthebber heeft het moeilijker; hij kan eveneens door opzegging terugtreden, doch onder omstandigheden heeft hij een schadevergoedingsplicht, vgl. onder. Voor de beëindiging van de borgtocht verwijst art. 1882 slechts naar de oorzaken die overige verbintenissen doen eindigen. Bij de artt. 518s e.v. en 881 e.v. K tenslotte, wordt in het midden gelaten op welke gronden bevrachter of vervoerster de bevrachtingsovereenkomst kunnen opzeggen (over de schadevergoedingsplicht zo dadelijk meer).

In een groter aantal gevallen vindt men een wettelijke regeling waarbij de wetgever minder scheutig is met de vrijheid van de contractant om naar eigen inzicht op te zeggen. Bij de mondeling overeengekomen huur vindt men in het burgerlijk wetboek slechts aangegeven dat bij opzegging de termijnen die plaatselijk gebruikelijk zijn, in acht genomen moeten worden, art. 1607 (vgl. ook de artt. 1614, 1616). Doch latere wettelijke regelingen hebben de vrijheid van de verhuurder om de huur op te zeggen aan banden gelegd, vgl. de Huuropzeggingswet van 1918, het Huurbeschermingsbesluit van 1941, en de Huurwet. Bij de arbeidsovereenkomst valt een soortgelijke ontwikkeling te constateren, hetgeen voor de hand ligt aangezien deze rechtsverhouding evenals de huurovereenkomst van groot sociaal en economisch belang is. Het burgerlijk wetboek regelt bij de artt. 1639e-k wel de termijnen voor opzegging, doch niet de gronden waarop dit kan geschieden, zie met name art. 1639g, voor de dienstbetrekking van onbepaalde duur (de dringende redenen voor ontslag, die opzegging overbodig maken, art. 1639o e.v., staan hierbuiten). Art. 6 BBA is hier de spelbreker, door te bepalen dat de directeur van het GAB toestemming moet verlenen, wil de beëindiging van de arbeidsverhouding door werkgever of werknemer rechtsgeldig zijn (vgl. art. 9).

Voor vele andere benoemde contracten geeft het burgerlijk wetboek wél aan dat de opzeggingsbevoegdheid beperkt is, en op welke wijze dat het geval is. De maatschap voor onbepaalde tijd aangegaan, kan door opzegging van een der vennoten ontbonden worden, doch slechts indien de opzegging te goeder

76. In de uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV) wordt deze materie iets uitvoeriger geregeld dan in de oude AV het geval was. In de laatste regeling bepaalde § 15 (staking van het werk): '1. De Minister is bevoegd de uitvoering van het werk te doen staken. 2. In dat geval vervalt de overeenkomst, behoudens de verplichting van het Rijk om aan de aannemer alle daardoor ontstane kosten en interessen te vergoeden.' In de nieuwe UAV is de regeling als volgt: § 14, lid 7: 'De opdrachtgever is bevoegd de aannemer op te dragen het werk in de onvoltooide staat te beëindigen', lid 10: 'De aannemer heeft alsdan recht op de aannemingsom, vermeerderd met de kosten die hij als gevolg van de niet-voltooiing heeft moeten maken en verminderd met de hem door de beëindiging bespaarde kosten. Aanspraken van de aannemer en de opdrachtgever op hetgeen overigens ter zake van de overeenkomst verschuldigd is blijven onverlet'.

## § 2. OPZEGGING

trouw en niet ontijdig geschiedt, art. 1686. Het artikel dat volgt, geeft bij wijze van voorbeeld aan, hoe een opzegging strijdend met de goede trouw, of ontijdig kan zijn.<sup>77</sup> Men zie voor de rederij art. 337 K, en nog de artt. 325, 328. De bewaarnemer, zo stelt art. 1763 BW, moet om de bewaargaving vóór het overeengekomen tijdstip te kunnen beëindigen 'wettige redenen' hebben, anders dan zoals vermeld, de bewaargever. In geval van bruikleen geldt, dat de uitlener slechts indien hij de geleende zaak 'om dringende en onverwachts opkomende redenen' zelf nodig heeft, de overeenkomst kan opzeggen vóór de overeengekomen tijd van lening verstreken is, of vóór de behoefte om de zaak te gebruiken bij de gebruiker is opgehouden te bestaan, art. 1788. In dat geval kent de rechter 'naar gelang der omstandigheden', de uitlener het recht op teruggave toe. Bij verbruikleen zonder tijdsbepaling vindt men de regeling dat de rechter, indien de uitlener de overeenkomst opzegt, ook weer 'naar gelang der omstandigheden' de verbruiker van de zaak 'eenig uitstel' bij de teruggave kan toestaan, art. 1797. Het erop volgende artikel bepaalt dat, in geval overeengekomen werd dat de verbruiker de zaak zal teruggeven wanneer hij daartoe in staat zal zijn, de rechter naar gelang der omstandigheden het tijdstip van teruggave zal bepalen. Dit zal met name van belang zijn indien de uitlener de overeenkomst opzegt, vgl. HR 24 november 1927, *NJ* 1928-390. Dat een last zonder dat daar wettelijke beperkingen aan gesteld worden herroepen kan worden, gaat niet op in het geval van art. 1673: wanneer een beherend vennoot zijn volmacht aan de maatschapsovereenkomst ontleent, kan deze volmacht slechts op grond van 'wettige redenen' herroepen worden.

Tenslotte kent het zeerecht een regeling voor de reisbevrachting, in een bepaalde overmachtssituatie. Indien door een maatregel van hoger hand, ten aanzien van het schip, dan wel van de ten vervoer aangeboden goederen, de reis van het schip geen aanvang kan nemen of voortgezet kan worden, heeft elk der partijen het recht aan de overeenkomst een einde te maken, zonder dat men van de wederpartij schadevergoeding kan verlangen, vgl. de artt. 520a e.v., en 533u e.v. K voor het personenvervoer. Het wegvallen van de schadevergoedingsplicht bij opzegging valt hier aan de force majeure toe te schrijven.

### 4. *De rechtsgevolgen van opzegging bij benoemde overeenkomsten*

De *rechtsgevolgen* van de rechtsgeldige opzegging, vormden het tweede onderwerp dat onze aandacht had bij het blootleggen van de fundamente van het wettelijk systeem. Het voor de hand liggende gevolg dat de duurovereenkomst ontbonden wordt daarlatend, interesseert ons slechts of er van schadevergoeding sprake is. Wij zagen reeds dat de aanbesteder, indien hij

77. Voor deze opvatting, dat art. 1687 niet limitatief aangeeft wat i.c. onder kwade trouw en ontijdig verstaan moet worden, biedt de rechtspraak steun, vgl. onder, no. 10.

opzegt als het werk al een aanvang genomen heeft, voor een verplichting tot volledige schadeloosstelling van de aannemer gesteld wordt, art. 1647.<sup>78</sup> De lasthebber die zijn last teruggeeft moet ingevolge art. 1854 de lastgever schadeloos stellen indien zijn opzegging ontijdig is, of indien zij 'uit eenigen anderen hoofde, door schuld van den lasthebber aan den lastgever tot na-deel verstrekt'. Dit is slechts anders indien het de lasthebber onmogelijk was de last te volbrengen zonder zelf aanmerkelijke schade te lijden.

In het zeerecht regelt art. 518 K voor de reisbevrachting de gevolgen van opzeggen (verbreken) van de overeenkomst door de bevrachter, indien de belading nog niet begonnen is; art. 519 ziet op het geval dat de belading al een aanvang genomen heeft, of zelfs reeds voltooid is. In beide gevallen is de bevrachter aansprakelijk voor de schade die de vervrachter door de verbreking oploopt; in het laatste geval dient de bevrachter zekerheid te stellen voor de kosten van wederuitlading en de overige schade. Indien er meer bevrachters zijn, en het vertrek van het schip door het verbreken van de overeenkomst door een bevrachter vertraagd wordt, dan kan het verbreken alleen geschieden met toestemming van de overige bevrachters, art. 519a. Vgl. verder nog de artt. 518t en u; en voor de binnenvaart de artt. 881, 882, 914 en 917.

##### 5. De in het wetssysteem neergelegde beginselen. Eigen opvatting inzake opzegging

Welke vuistregels kan men uit de onderzochte wettelijke regeling van de opzegging afleiden? Alleen de lastgever en de bewaargever kunnen naar eigen goeddunken de overeenkomst opzeggen, zonder een veer te hoeven laten in de vorm van schadevergoeding aan de wederpartij voor de gedeerde winst (de door hem gemaakte kosten moeten uiteraard vergoed worden, vgl. de artt. 1845 en 1761). Bij de beoordeling van deze regeling dient men echter in het oog te houden, dat de wetgever zich op het klassieke standpunt stelde dat lastgeving en bewaargeving in beginsel *om niet* geschieden, vgl. ook de artt. 1831 en 1733. Uit de regeling van de overige benoemde contracten in de wet, kan men echter het algemene beginsel destilleren, dat *op-*

78. Ten aanzien van de omvang van de schadeloosstelling onder de werking van § 14, lid 10, UAV (vgl. boven), is verschil van mening mogelijk. Zonderland verdedigt bijv. de mogelijkheid van schadevergoeding voor de aannemer i.v.m. de aantasting van de goede naam door de opzegging, vgl. Cremers - Zonderland, *Bouwwrecht*, VI, no. 14. Anders daarentegen, zonder motivering, Van Wijngaarden, *De Nieuwe A.V.*, diss. VU Amsterdam, 1969, p. 203. De laatste meent ook dat de aftrek van de post risico, welke bij de raad van arbitrage gebruikelijk is, bij toepassing van § 14 niet op zijn plaats is, een probleem dat Zonderland (t.a.p.) in het midden laat. Vgl. voor het verschil in schadeafwikkeling i.g.v. toepassing van resp. de artt. 1302 (j° 1279 v.), 1647 BW, § 14, lid 10, UAV, de weinig bevredigende beschouwingen van Van Wijngaarden, nos. 57, 395 v. Naar mijn indruk is voor hem de naar de letter genomen tekst van de wet van meer belang dan het stelsel dat daarmee verwoord wordt.

## § 2. OPZEGGING

*zegging slechts met inachtneming van de regels van de goede trouw rechtsgeldig kan geschieden.* In het vergaarbekken van alles wat redelijk en billijk is, de goede trouw, kan men die elementen aantreffen – die in regels nader geconcretiseerd kunnen worden – die de wetgever met ‘ontijdig’ ‘wettige redenen’, ‘naar gelang der omstandigheden’, e.d. omschreef. Het beginsel van de goede trouw maakt verder ook mogelijk om de ‘dringende en onverwachts opkomende’ redenen die een partij tot opzegging brengen, af te wegen tegen de belangen van zijn wederpartij.

Een tweede algemeen beginsel dat te formuleren is, luidt dat *een partij die door opzegging de overeenkomst beëindigt, de schade die hij daardoor zijn wederpartij toebrengt, dient te vergoeden; op de omvang van de schadevergoeding zijn de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval van invloed.* Aldus zou ook de kwestie bezien moeten worden of de wederpartij recht op vergoeding van winstderving heeft, zoals bij aanneming van werk uitdrukkelijk in de wet gesteld wordt (art. 1647). Hierbij valt ook te denken aan een toepassing van de artt. 1282 e.v. BW, doch een uitwerking van de schadevergoedingsregeling bij opzegging moet ik daarlaten.

De zoëven door mij aan de wettelijke regeling van de opzegging ontleende beginselen zijn bepalend voor de hier verdedigde visie op de opzegging. Het beginsel dat opzegging slechts met inachtneming van de regels van goede trouw rechtsgeldig kan geschieden, laat zich als volgt in een methodisch kader plaatsen. Een handeling van een contractspartij, gericht tot haar wederpartij, met het doel de beëindiging van de overeenkomst te bewerkstelligen, kan eerst dan als rechtshandeling ‘opzegging’ aangemerkt worden, als aan de hand van *normatieve uitleg* van die handeling vastgesteld wordt dat zij ingevolge de geldende rechtsnormen de beëindiging van de overeenkomst teweegbrengt. Doorgaans zal die handeling bestaan in het doen van een mededeling, mondeling of schriftelijk, aan de wederpartij. Onder *normatieve uitleg* wordt hier die methode van rechtsvinding verstaan, waarbij men de rechtsbetekenis van een menselijke handeling vaststelt uitsluitend aan de hand van rechtsnormen, en niet, zoals in de historisch-psychologische uitlegmethode, door de feitelijke wil van de handelende, zijn oogmerk, te bepalen.<sup>79</sup> In casu zijn het de ongeschreven rechtsnormen – dat wil enkel zeggen: niet in de wet met zoveel woorden neergeschreven normen – die bekend staan als de regels of eisen van de goede trouw, die de uitleg beheersen. In deze visie is een opzegging naar willekeur een ongerijmdheid, omdat de uitleg van de opzeggingshandeling niet in de wil van de handelende, maar in de rechtsnormen haar middelpunt vindt.

Verder is voor de rechtsvinding van belang, of de overeenkomst een regeling van de opzeggingsbevoegdheid inhoudt, van de hand van partijen dan

79. Vgl. voor deze materie reeds hierboven, *Inleiding*, no. 1 v.; § 1, no. 1 v.



wel aan de wet of standaardvoorwaarden ontleend. Een regeling die steeds in het licht van de omstandigheden van het geval, uitleg behoeft.<sup>80</sup>

Of de opzeggingshandeling als tot de wederpartij *gericht* kan gelden, is eveneens een vraag van normatieve uitleg. Ook in dit opzicht is niet de bedoeling die bij de handelende voorzat doorslaggevend, maar zijn dit de rechtsnormen die in de verkeerseisen hun grondslag vinden. Aldus ook het standaard-arrest dat echter nagenoeg geen aandacht heeft getrokken, *Stoom-Brood- en Scheepsbeschuitfabriek - Kalden*, van 1923.<sup>81</sup> Dit arrest wordt hieronder bij de bespreking van het aanbod aan de orde gesteld, aangezien op dat terrein de eis van gerichtheid in de literatuur enige aandacht kreeg, vgl. II, § 1, no. 5. In de hier verdedigde opvatting is het zeer wel mogelijk dat een handeling van een partij, waarbij de wil voorzat de overeenkomst te beëindigen, rechtens niet als opzegging gekwalificeerd kan worden, aangezien – populair gezegd – de goede trouw zich daartegen verzet. Bijv. omdat de aard van de overeenkomst met zich brengt dat onder de gegeven omstandigheden de contractsverhouding als niet opzegbaar beoordeeld moet worden. Bij afweging van de belangen van beide partijen, kunnen de belangen van de wederpartij van de partij die wenst op te zeggen, zwaarder wegen dan die van de laatste. Bij het hieronder ingestelde jurisprudentieonderzoek (no. 8 v.) komen talloze van dergelijke situaties aan de orde. In zo'n situatie heeft de beoogde opzegging geen rechtskracht. Men heeft derhalve met een *feitelijke handeling* te doen, en niet met de rechtshandeling-opzegging, hetgeen uitleg van de handeling uitwijst.

Samenvattend kan als omschrijving van de rechtshandeling-opzegging gegeven worden:

*Opzegging is de handeling van een partij bij een overeenkomst van onbepaalde duur, gericht tot haar wederpartij, welke ingevolge de geldende rechtsnormen – gezien de wijze waarop zij verricht werd en de omstandigheden waaronder dit gebeurde – de beëindiging van de overeenkomst teweeg brengt.*

Wat de rechtsgevolgen van de opzegging betreft, ik wees er al op, dat in de wet het beginsel is neergelegd van 'wie (de contractsband) breekt, moet betalen'. Een uitwerking daarvan op deze plaats, voert te ver. Wel verdient nog aantekening, dat dit beginsel onjuist wordt weergegeven, indien men stelt dat bij opzegging 'in strijd met de goede trouw', een schadevergoedingsplicht op de opzeggende partij rust. Dit is immers te ongenueanceerd. Enerzijds geldt dat in dat geval de opzegging geen rechtskracht kan hebben (het betreft m.a.w. een feitelijke handeling, en geen rechtshandeling); anderzijds kan de opzegging als rechtsgeldig aangemerkt worden (m.a.w. er is sprake van een rechtshandeling), terwijl tóch ook de belangen van de wederpartij gehonoreerd worden door het toekennen van een recht op schadevergoeding

80. Vgl. bijv. voor de uitleg van de clause 'opzegging te allen tijde', onder no. 9.

81. HR 7 dec. 1923, *W* 2838 (1924) nt. E.M.M. Het betrof een geval van opzegging ex art. 1639o BW.

## § 2. OPZEGGING

jegens de opzeggende partij.<sup>82</sup> Deze nuances in de rechtsvinding worden door termen als 'in strijd met de goede trouw' niet gedekt.<sup>83</sup>

### 6. *Beginselen van de wet van toepassing op lastgeving, bewaarneming en aanneming van werk*

De hierboven uit het systeem van de wet afgeleide algemene beginselen inzake de opzegging, welke door mij nader uitgewerkt werden op basis van de normatieve uitlegmethode, acht ik óók van toepassing op de overeenkomsten van *lastgeving* en *bewaarneming*, ondanks het zwijgen van de wet in dat opzicht. Ten aanzien van de figuur van *aanneming van werk* ben ik dezelfde mening toegedaan, doch dit vereist een nadere toelichting. In die situatie werd de bittere pil van de mogelijkheid voor de aanbesteder om naar eigen goeddunken de overeenkomst op te zeggen, door de wetgever verguld door een volkomen schadeloosstelling van de aannemer daar tegenover te stellen. Een stelsel dat in de oude AV alsook in de nieuwe UAV overgenomen werd, zoals zoëven al naar voren kwam. Naar mijn mening is de opvatting dat de aanbesteder naar willekeur de door hem gesloten overeenkomst kan beëindigen een anomalie in het geldend contractenrecht, en derhalve naar geldend recht onaanvaardbaar.

Het feit dat de gedupeerde wederpartij 'volkomen' schadeloos gesteld wordt doet daaraan niet af, met name niet indien men bedenkt, dat in sommige situaties die schadeloosstelling niet volkomen kán zijn, omdat de aannemer er slechts belang bij heeft om het werk te voltooien. Om verschillende redenen kan dat het geval zijn. Allereerst valt te denken aan de omstandigheid dat de ontneming van het werk aan de aannemer in het algemeen zijn goede naam aantast; dan kan ook het verkrijgen van nieuwe opdrachten bemoeilijkt worden als gevolg van een vermindering van het vertrouwen bij derden, en tenslotte kunnen zijn krediet- en handelsfaciliteiten nadelig beïnvloed worden door de staking van werk (in deze gevallen kende de raad van arbitrage voor de bouwbedrijven een schadevergoeding toe met toepassing van § 15 AV, vgl. *Jaarverslag* 1964, no. 4295, p. 78; 1965, no. 4329/4482, p. 24).

Ten aanzien van al deze schadelijke effecten van de opzegging zonder redelijke gronden geldt, dat zij moeilijk met geld goed te maken zijn, temeer daar zij pas enige tijd ná de afwikkeling van de schadevergoeding kunnen optreden, als zij al überhaupt voor directe waarneming vatbaar zijn. Daarnaast belast men de aannemer, die niets op zijn kerfstok behoeft te hebben, – in geval dat wel zo is, kan de aanbesteder o.g.v. § 46 UAV ageren – met het bewijsrisiko van de schade, die uit zijn (ideële) aard al moeilijk vast te stellen is. Een andere voor de aannemer bezwarende omstandigheid kan zijn, dat hij zich kan afvragen of de door hem gemaakte onkosten wel volledig gedekt zullen worden, hetgeen bijv. geldt ten aanzien van speciaal voor het werk in kwestie aangeschaft materiaal (bijv. VW-busjes voor vervoer buiten de stad), of

82. Deze constructie werd door de HR t.a.v. afstand van recht aangenomen in het arrest *De Zaan - Intercoal* (1967), vgl. onder, § 3, no. 5.

83. Vgl. ook de problematiek van de rechtmatige daad met schadevergoedingsplicht, die tot de bekende controversen tussen J. Drion en Bregstein heeft geleid.

## I. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

daartoe vervaardigde materialen (bijv. bekistingshout van bepaalde afmetingen). Materialen die voor een volgend werk overbodig of ongeschikt kunnen zijn. Al wordt de aannemer uiteindelijk volledig schadeloos gesteld, in het gunstigste geval, dan is dat alleen het geval ten koste van grote bewijsrechtelijke inspanningen zijnerzijds, waarom hij in het geheel niet gevraagd heeft.

De eerstgenoemde bezwaren wegen mijns inziens het zwaarst. Onder omstandigheden – die lang niet denkbeeldig zijn – kan de goede naam van de aannemer slechts gediend zijn bij de voltooiing van het werk. Aan derden, die uit de staking van het werk afleiden dat de betrokken aannemer wel niet bonafide zal zijn, kan moeilijk uitgelegd worden, dat slechts willekeur van de aanbesteder in het spel is, alleen al omdat die derden de aannemer onbekend zijn, al betreft het potentiële nieuwe contractpartners. Het hoeft trouwens niet alleen zuivere willekeur aan de kant van de opzeggende principaal te zijn, motieven in het persoonlijke vlak kunnen de grond voor de opdracht tot beëindiging zijn. Daarmee kan de mogelijkheid van opzegging zonder geldige redenen het uitoefenen van undue influence op de aannemer mogelijk maken.

Ik noemde de opzegging ex art. 1647 BW, resp. § 14, lid 7, UAV een anomalie in het contractenrecht, aangezien zij – volgens de letter van de wet althans – zonder enige geldige reden zou kunnen geschieden, zoals de heersende leer wil. Bij Asser-Kamphuisen, p. 442, staat art. 1647 overigens te boek als een ‘enigszins wonderlijk artikel’. Daarnaast is de term anachronisme evenzeer op zijn plaats. De mentaliteit waarvan de regeling getuigt, past enkel in de eerste helft van de vorige eeuw. Een mentaliteit die in de rede van F. J. Nieuwenhuis van 1884 geschetst wordt: ‘Alle rechten worden hem (de aannemer) ontzegd; uitdrukkelijk moet hij verklaren afstand te doen van de bescherming, hem door de gewone wet gewaarborgd. Alle formaliteiten, die de wet tegenover ieder verlangt, worden hem geweigerd. In alle twijfelachtige gevallen maakt zijn tegenpartij in de regel de zaak uit. Natuurlijk zelden in zijn voordeel’. Etc. (Vgl. Zonderland, II, no. 1.) De vernieuwingsbeweging, ingezet met de nota van minister Lely van 1899, (eveneens te vinden bij Zonderland, t.a.p.) zou men verwachten in de nieuwe UAV tot een culminatie te zien komen, gedachtig de woorden van minister Bakker, dat in de nieuwe AV partijen veel meer als gelijkwaardige contractpartners naar voren komen met al hun rechten en verplichtingen (id. no. 5 in fine). Ten aanzien van de opzegging komt men in deze verwachting bedrogen uit. Dat de regeling een anachronisme is, vindt een illustratie in de geschiedenis van art. 1639 (oud) BW. Dat artikel ging terug op art. 1658 BW–1830 en art. 57 wet van 1 maart 1825, en hield ten aanzien van dienstboden en andere lieden die voor loon arbeiden het stelsel in – in de woorden van de regering – om ‘aan den meester het vermogen te verleenen, om, *zonder het aanvoeren van redenen, doch tegen eene billijke schadevergoeding*, zijne dienstboden te doen vertrekken’. (Voorduin V, p. 243. De schadeloosstelling bedroeg volgens het artikel zes weken loon). Een stelsel dat de vernieuwing van het arbeidsrecht begrijpelijkerwijs niet overleefd heeft, doch dat nog steeds aan de nieuwe § 14, lid 7, UAV ten grondslag ligt.

Om tot een conclusie te komen: voor het geldend recht dient in mijn opvatting het ‘des goetvindend’ van art. 1647 BW aldus geïnterpreteerd te worden, gezien het stelsel van de wet op het gebied van opzegging en de vaste jurisprudentie, dat de wil om op te zeggen bij de aanbesteder alleen relevant is indien zij zich met de goede trouw verdraagt, d.w.z. indien bij afweging van de belangen van partijen de aanbesteder zijn belang mag laten prevaleren, naar redelijkheid en billijkheid. Is dat laatste niet het geval, dan is die opzegging zonder rechtskracht, en dient de aanbesteder voltooiing van het

## § 2. OPZEGGING

werk door dezelfde aannemer te gedogen.<sup>84</sup> Hetzelfde moet gelden ten aanzien van § 14, lid 7, UAV; daar is de situatie in één opzicht eenvoudiger, omdat de (letterlijke) tekst van de bepaling, in zijn grammatikale betekenis, aan onze opvatting niet in de weg staat. De motieven voor de beëindiging worden daar immers in het geheel niet gereleveerd. Een mogelijk bezwaar tegen mijn uitleg van de UAV zou kunnen zijn, indien men mij inzake art. 1647 niet bereid is te volgen, dat men met een dergelijke uitleg van de wet – en wel art. 1647 in traditionele zin – zou afwijken. Hiertegen zou aan te voeren zijn, dat zoiets al eerder vertoond is bij de vorige AV's, en wel ten aanzien van art. 1646 BW.<sup>85</sup>

De regeling van art. 1647 en § 14, lid 7 lijkt in de bouwrechtelijke literatuur op weinig verzet te stuiten, al wordt zij niet altijd vanzelfsprekend gevonden.<sup>86</sup> Wellicht speelt het feit dat men sinds 1838 niet anders gekend heeft, daarbij een grote rol.

### 7. *Beginselen van de wet van toepassing op onbenoemde overeenkomsten*

Om terug te keren tot de hierboven door mij geformuleerde beginselen die mijns inziens de opzegging van benoemde contracten beheersen, deze beginselen acht ik eveneens van toepassing op *onbenoemde* contracten voor onbepaalde tijd aangegaan. Daarmee spreek ik mij tegelijkertijd uit voor het standpunt dat deze contracten in beginsel opzegbaar zijn. Dit laatste is in de literatuur niet algemeen aanvaard; degenen die deze opvatting afwijzen beroepen zich er doorgaans op dat de wettelijke regeling te zeer verbrokkeld en telkens op de bijzondere overeenkomst in kwestie toegespitst is, dan dat zij een dergelijke gevolgtrekking zou kunnen rechtvaardigen. Het lijkt mij juist eerst de in de rechtspraak gehuldigde opvatting aan de orde te stellen, die met de mijne zal blijken overeen te komen, om vervolgens bij de behandeling van de literatuur op deze beginselvraag terug te komen (vgl. onder no. 15). De wijze van opzegging treedt bij dit jurisprudentie-onderzoek echter op de voorgrond.

84. Vgl. in deze zin Rb. Rotterdam 25 juni 1931, *NJ* 1932-950, *NV Scheepswerf 'De Hoop' - NV Transport Mij. Terneuzen*, welk vonnis hieronder besproken wordt, no. 8.

85. In dit verband wil ik nog opmerken dat in mijn ogen een contract waarop de UAV van toepassing verklaard is, een *privaatrechtelijk* karakter heeft, ook al betreft het een contract met de overheid. Vgl. *anders*, Zonderland, II, no. 7, die spreekt van een 'zuiver administratiefrechtelijk contract'. M.i. ten onrechte, omdat de overheid hier in rechte handelt als privaat persoon, al werden de standaardvoorwaarden door haar eenzijdig (zij het met inspraak) vastgesteld, bij ministeriële beschikking. Het toepasselijk zijn van een ministeriële beschikking, bijv. een prijzenbeschikking, ontnemt immers aan een overeenkomst nog niet het privaatrechtelijk karakter, ook al is de overheid daarbij partij.

86. Zonderland, VI, no. 14, noemt het wel een 'merkwaardig geval' dat één contractspartij de uitvoering kan beëindigen zonder opgave van redenen te hoeven geven. Maar daar blijft het dan ook bij, vgl. XII, no. 42, *in fine*.

## c. De opzegging in de jurisprudentie

8. *Uitgangspunt bij het onderzoek. De werking van de goede trouw bij opzegging in de lagere jurisprudentie tot 1950*

Dan is het nu zaak om na te gaan of de door mij uit het systeem van de wet ontwikkelde algemene beginselen in de rechtspraak terug te vinden zijn, waarbij ik mij beperk tot het eerste beginsel, dat de goede trouw de opzegging beheerst. Zoals hieronder zal blijken, vindt men voor dit beginsel in de rechtspraak alle steun. Het standpunt van Ph. A. N. Houwing, zoals in enkele noten neergelegd, waarbij dit beginsel ontkend wordt, zal bij dit onderzoek naar het rechtersrecht in de beschouwing betrokken worden.

De kantonrechter te Amsterdam stelt in een vonnis van 4 december 1917 *NJ* 1239, dat de aandacht van G. J. van Brakel en Clavareau getrokken heeft<sup>87</sup>, dat het aan een huurovereenkomst ontleende recht om te allen tijde met een termijn van een week de huur op te zeggen, behoort tot de uitvoering van de overeenkomst, welke door art. 1374 beheerst wordt. De verhuurder kon geen gegronde reden aanvoeren voor de opzegging, hetgeen de kantonrechter tot de overweging brengt:

'dat naar Onze meening eene op willekeur berustende huuropzegging in de tegenwoordige tijdsomstandigheden niet met eene uitvoering der huurovereenkomst te goeder trouw is overeen te brengen, daar thans, nu de woningnood zoo hoog is gestegen, de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen mag hebben, dat, indien hij al zijne verplichtingen nakomt, niet enkel de willekeur van zijnen medecontractant hem op de straat brengt'.

Derhalve wordt de huurovereenkomst als niet beëindigd beschouwd. Een vonnis van vóór de huuropzeggingwet, dat door de redactie van het *Weekblad van het Recht* bestempeld wordt als 'ongetwijfeld zeer belangrijk en in zijne mogelijke consequenties verreikend'.<sup>88</sup>

Uit de twintiger jaren valt een opmerkelijk vonnis van de haagse rechtbank te noemen, inzake *Electriciteits-Mij. 'Wassenaar' - Timmers c.s.*<sup>89</sup> Een elektriciteitsbedrijf - het enige ter plaatse - had een afnemer de overeenkomst tot levering van elektriciteit opgezegd en de toevoer afgesneden, en wel omdat deze in strijd zou hebben gehandeld met een erfdiensbaarheid

87. Resp. *WPNR* 2525-27 en *Rm Th* 1943, p. 138. G. J. van Brakel meent dat een opzegging uitsluitend mag geschieden op een tijdstip waarop volgens billijkheid of gebruik opgezegd kan worden, *tenzij een uitdrukkelijk toegezegde opzeggingsbevoegdheid in het spel is*, dit laatste in afwijking van de amsterdamsche kantonrechter.

88. *W* 10 182, p. 4. Vgl. verder nog, uit dezelfde tijd de uitspraken die Winkel noemt in zijn preadvies, p. 201, nt. 3, Ktg. Amsterdam 10 juli 1917, *NJ* 970 en Rb. Amsterdam 2 juli 1917, *NJ* 802. En ook nog: Rb. Rotterdam 18 juni 1924, *W* 11 352, en Rb. Maastricht 18 oktober 1934, *NJ* 1935-377, genoemd door Van den Bergh, p. 132 v.

89. Rb. Den Haag 21 juni 1927, *W* 11 804, besproken door Helmich, p. 192.

## § 2. OPZEGGING

die ten behoeve van het bedrijf op de grond van de afnemer rustte. De rechtbank overweegt . . . 'dat – een regel dien de wet onder meer duidelijk huldigt in de artt. 1686 en 1687 BW – eene opzegging van de tusschen partijen gesloten overeenkomst, indien al toegelaten, toch in ieder geval *te goeder trouw* moet zijn . . .'; mijn curs. In casu acht het college de opzegging niet te goeder trouw, aangezien deze 'geenszins haar grond vindt in eenige reden in verband staande tot de stroomlevering, terwijl toch alleen het bestaan van zulk een verband de opzegging zoude doen zijn te goeder trouw'.

Niet veel later doet de rotterdamse rechter een uitspraak die het noteren eveneens waard is.<sup>90</sup> Het betreft een geval van aanneming van werk, waar het bovenbesproken art. 1647, met de 'des goedvindend'-formule de toon aangeeft. Ondanks de bewoording van dat artikel, die de schijn heeft opzegging naar willekeur te billijken, overweegt de rechtbank dat opzegging te goeder trouw moet geschieden. Naar aanleiding van de omstandigheden van het geval stelt de rechter, dat opzegging 'slechts dan te goeder trouw mogelijk zou zijn, indien haar (Terneuzen) gebleken was, althans zij op goede gronden mocht aannemen, dat de Werf het aangenomen werk in strijd met haar verklaring nog niet had uitgevoerd'. Ten aanzien van de onderhavige opzegging oordeelt de rechter dat zij '*niet aan dien eisch van goede trouw voldeed en mitsdien te dien aanzien geen effect kan sorteeren*', mijn curs.

Een decennium later overweegt het haagse hof<sup>91</sup> in een geval van borgtocht zonder tijdsbepaling aangegaan, dat opzegging van een borgtocht als de onderhavige naar aard en strekking mogelijk is, mits de opzegging *te goeder trouw* geschiedt. Eveneens met een beroep op de aard van de overeenkomst acht het arnhemse hof in 1949<sup>92</sup> een overeenkomst tot vriendschappelijke samenwerking eenzijdig opzegbaar, naar analogie van arbeidsovereenkomst of maatschap van onbepaalde tijd.

### 9. De hoge raad contra Houwing: opzegging te goeder trouw contra opzegging naar willekeur. Bestrijding van Houwing

De belastingkamer van de hoge raad heeft in enkele na-oorlogse uitspraken, geannoteerd door Houwing, de opvatting dat de goede trouw de opzegging beheerst een flinke stoot gegeven, al is het aan twijfel onderhevig of die stoot geregistreerd werd. Bij het geval, leidend tot een arrest van 16 november 1949<sup>93</sup>, kwam de opzeggingsproblematiek aan de orde door een fis-

90. Rb. Rotterdam, 25 juni 1931, NJ 1932-950, *Scheepswerf 'De Hoop' - Transport Mij. Terneuzen*.

91. Hof Den Haag 15 december 1941 NJ 1942-176, *Voereman - Verhagen*.

92. 4 jan. 1949, NJ 581.

93. NJ 1950-73, beroepschrift in cassatie van de minister van financiën tegen de uitspraak van de raad van beroep voor de directe belastingen II te Rotterdam.

## I. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

caal meningsverschil tussen de inspecteur en een bedrijf. De eerste was van mening dat de pensioenverplichtingen van het bedrijf, aangegaan onder voorbehoud dat de pensioenuitkering te allen tijd zonder opgave van redenen kon worden ingetrokken, niet onder de passiva opgevoerd konden worden, aangezien zij geen rechtsverplichtingen zouden vormen. De raad van beroep koos de zijde van het bedrijf, met het oordeel dat 'het gemaakte voorbehoud aan belanghebbende niet het recht geeft om willekeurig de uitkering te doen eindigen, omdat belanghebbende *slechts te goeder trouw* dit opzeggingsrecht mag hanteren', mijn curs. De inspecteur gaat in cassatie, maar zonder succes. De hoge raad overweegt 'dat voorts de Raad terecht oordeelde, dat ook dit opzeggingsrecht wordt beheerst door art. 1374, lid 3, bepallende dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden ten uitvoer gebracht', daarmee terloops een wettelijke grondslag aan de overweging van de raad van beroep toevoegend.

In zijn noot onder het arrest begint Ph. A. N. Houwing te stellen dat de overweging dat het opzeggingsrecht door art. 1374, lid 3, beheerst wordt, voor hem niet duidelijk is. Even verder, sub. 3, stelt hij het scherper; zijns inziens past een beroep op dat artikel hier niet. Zijn bezwaar is niet dat van G. J. van Brakel eertijds, dat het bewuste artikel de uitvoering en niet de beëindiging van de overeenkomst betreft, doch gaat veel dieper. 'Waarom – zo vraagt Houwing zich af – zou niet de ene partij eenzijdig en volkomen willekeurig mogen bepalen op welk moment de overeenkomst – bijv. de huur – en daarmee de verplichtingen van beide partijen, zullen eindigen?' (sub. 2). Een beroep op art. 1374, lid 3, wijst schr. af omdat *uitsluitend* beslissend is wat partijen omtrent de beëindiging zijn *overeengekomen*. Dit uitgangspunt brengt schr. ertoe, slechts twee mogelijkheden te kunnen aanvaarden. Enerzijds kan men uit de omstandigheden afleiden dat partijen waren *overeengekomen* dat alleen met inachtneming van de goede trouw opgezegd zou kunnen worden. Anderzijds zou men uit het feit dat de werkgeefster zich het recht had voorbehouden *zonder opgave van redenen* de uitkering te beëindigen kunnen afleiden, 'dat het hare, aan de wederpartij volkomen duidelijke *bedoeling* was, ten aanzien van de beëindiging volstrekt vrij te zijn en bepaaldelijk *niet* aan een beoordeling naar deze maatstaf der goede trouw of redelijkheid onderworpen', (eerste curs. van mij). De laatste uitleg lijkt de annotator veel aannemelijker: wat zouden de woorden 'zonder opgave van redenen' anders betekenen', zo stelt hij, daarmee een grammatikale interpretatie dicht naderend. Houwings zienswijze is samen te vatten met de zinsnede die hij even te voren, sub 1, neerschreef: 'beslissend is immers uitsluitend de *bedoeling van partijen*', mijn curs. Uit het slot van zijn noot komt de reden van schr.'s bevreemding over de toepassing van art. 1374, lid 3, door de hoogste rechter naar voren: het staat de rechter toch, ingevolge de vaste leer van de hoge raad, niet vrij het tussen partijen uitdrukkelijk overeengekomene met een beroep op dat artikel terzijde te stellen? De verwijzing die volgt naar zijn noot onder het *rederij-Kop-*

## § 2. OPZEGGING

*pe*-arrest, waar schr. zich onomwonden voor de historisch-psychologische uitlegmethode uitspreekt<sup>94</sup>, maakt veel duidelijk.

Dit is de opvatting van Houwing over de opzegging, welke wij in noten onder de zo dadelijk te bespreken arresten steeds zien terugkeren. Het zal niet onopgemerkt gebleven zijn, dat Houwings opvatting een natuurlijk gevolg is van het aanvaarden van de *wil* van de handelende als uitgangspunt voor de bepaling van de rechtsgevolgen van zijn handeling, zelfs indien dit tot *willekeur* leidt. Dit alles onder het sterreteken van de partijautonomie, de vrijheid van de individu om zijn handel en wandel naar eigen inzicht te bepalen.

Het eerstvolgende arrest waaraan Houwing wederom een noot wijdt om zijn standpunt weer te geven, is dat van 28 mei 1952<sup>95</sup> wederom van de belastingkamer van de hoge raad. Ook hier betreft het een pensioenuitkering aan werknemers, met de clausule dat deze 'te allen tijde te verminderen of te beëindigen' zou zijn. De cassatierechter overweegt dat voor de beoordeling van de kans dat van de clausule gebruik gemaakt gaat worden, de vraag van belang is of '*naar de bedoeling van partijen en met het oog op het bepaalde bij art. 1374 BW de werkgever onder alle omstandigheden de vrijheid heeft van het door hem gemaakte voorbehoud gebruik te maken*' (mijn curs.). Het college acht verder nog van belang of aannemelijk is dat die vrijheid – indien aanwezig – benut zal worden en casseert de uitspraak van de raad van beroep.

De noot van Houwing staat in majeur; hij komt tot de conclusie dat de hoge raad zijn standpunt overgenomen heeft, door te erkennen dat de mogelijkheid bestaat voor een debiteur om bij het aanvaarden van een verplichting de *volledige* vrijheid voor te behouden haar te beëindigen, 'in dier voege dat de beëindiging óók aan de toetsing aan de goede trouw niet zal zijn onderworpen'. De vraag óf de schuldenaar zodanige vrijheid toekomt, vervolgt de annotator, 'hangt van de overeenkomst, van de bedoeling van partijen af', waarna een verwijzing naar zijn vroegere noot volgt. Naar mijn mening heeft Houwing echter te vroeg gejuicht; de hoge raad geeft, voor de beantwoording van de vraag of er van een absolute vrijheid om op te zeggen sprake is, uitdrukkelijk als richtsnoeren aan de bedoeling van partijen 'en' de eisen van de goede trouw, met andere woorden stelt beide factoren op één lijn. Houwing leest de overweging, alsof hier alternatieven gesteld worden, hetgeen mijns inziens alleen verdedigbaar zou zijn, indien de raad in plaats van 'en' het woordje 'of' gebezigd zou hebben. Ook al zou schrijver menen dat in de overweging van alternatieven sprake is, dan nog is mij niet duidelijk waarom hij enkel van het eerste, de bedoeling van partijen, gewaagt. Evenmin begrijp ik hoe dit alles te rijmen valt met hetgeen

94. Zie daaromtrent onder III, § 3, no. 5.

95. *NJ* 1953-394; hier ging een belastingplichtige in beroep tegen een uitspraak van een raad van beroep voor de direkte belastingen.



in de aanhef van de noot gesteld wordt, namelijk dat dit arrest 'geheel in overeenstemming' is met dat van 16 november 1949. Ik meen dan ook dat Houwings standpunt feitelijke grondslag mist.

Onder het arrest van de hoge raad van 8 januari 1954 NJ 249, *Vrolijk - Rusman*, verdedigt Houwing zijn zienswijze ten derde male, als gold het scheepsrecht. Wederom verklaart hij waarom bij een opzeggingsbeding 'te allen tijde' art. 1374, lid 3, uit den boze is. Het is dan, bijvoorbeeld in geval een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd werd aangegaan, 'geheel en al aan het inzicht overgelaten' van de partij die tot opzeggen gerechtigd is, of omstandigheden de beëindiging van de huur wenselijk maken. 'Niemand zal menen, - zo vervolgt schr. nogal stellig - dat de rechter den wens, de overeenkomst te beëindigen, hier nog aan art. 1374 zou mogen toetsen'. Uit dit algemeen beginsel, dat de wens om op te zeggen niet op zijn redelijkheid kan worden getoetst, leidt Houwing af dat het in het betrekkelijke geval dat de hoge raad voorgelegd was, niet anders is. In casu had de huurder bedongen, dat de huur zou voortduren zolang hij niet een naar zijn mening geschikte andere woning voor zich en zijn gezin had gevonden, hetgeen tot de procedure aanleiding geeft. Dit persoonlijke inzicht van de huurder kon volgens schr. evenmin op de redelijkheid worden getoetst. De aanvaarding van de wil als uitgangspunt door Houwing, komt in de passage die volgt sterk naar voren. Men moet nu niet tegenwerpen, zo stelt hij, dat toch onderzocht moet kunnen worden of de huurder in strijd met de goede trouw een woning ongeschikt verklaart, *terwijl hij haar in werkelijkheid wel geschikt acht*. Doet hij dit, aldus nog steeds Houwing, dan komt hem inderdaad het recht niet toe in het gehuurde te blijven; 'echter *niet* omdat hij in strijd met de goede trouw handelt, maar omdat *het feit*, waaraan de overeenkomst dat recht verbindt, *zich in werkelijkheid niet voordoet*' (mijn curs.). Nu kan men wel uit de omstandigheid dat het onredelijk is de woning ongeschikt te achten, afleiden 'dat de huurder haar *in werkelijkheid* ook niet ongeschikt heeft geacht, maar deze *bewijsconstructie* heeft met de goede trouw niets te maken' (mijn curs.). Uitgaande van de hegemonie van de goede trouw, zou ik schr.'s betoog willen omkeren: de goede trouw heeft met die bewijsconstructie van de werkelijke wil niets te maken. De reden waarom ik Houwings gedachtengang zo uitvoerig weergaf ligt hierin, dat duidelijk aan de oppervlakte komt dat voor Houwing de wil van het betrokken individu, zoals die *in werkelijkheid* bestaan heeft, van doorslaggevende betekenis is, en met name het overwicht moet hebben boven hetgeen de goede trouw in casu eist. Een standpunt, conform aan dat van Meijers, waaruit zoals reeds opgemerkt werd Houwings visie op de opzegging als vanzelfsprekend voortvloeide.<sup>96</sup>

96. De preadviezen voor de *NJV* van 1952 worden door Houwing in zijn annotatie helaas niet betrokken.

## § 2. OPZEGGING

### 10. De lagere rechtspraak in de vijftiger en zestiger jaren

Houwings wat apodictische uitspraak, dat niemand zal menen dat de opzegging aan de goede trouw getoetst moet kunnen worden, heeft op de rechter geen diepe indruk gemaakt. De lijn die van de vooroorlogse jurisprudentie naar de zoëven besproken arresten van de hoge raad uit het begin van de vijftiger jaren voert, wordt in de lagere jurisprudentie van de laatste decennia doorgetrokken.

Het amsterdams hof bijvoorbeeld, meent in een uitspraak van 28 april 1955, *NJ 530, Furth en Mesquita - NV Asscher's Diamant Nijverheid*, dat de onmiddellijke beëindiging van een rechtsbetrekking van duurzaam karakter in strijd is met de goede trouw, en acht een redelijke termijn bij de opzegging een vereiste. In deze zin ook het hof Den Haag, 11 februari 1953, te kennen uit HR 27 november 1953, *NJ 1954-129, nt. J. D., Van Rappard - Looijen c.s.*, inzake de opzegging van erfpacht ex art. 779 BW, onderschreven door J. Drion in zijn noot. Vgl. voor deze materie ook nog HR 3 april 1963, *NJ 258, burg. Rotterdam - Den Polder Prins Alexander*.

In zijn uitspraak van 19 juni 1958, *NJ 1959-369, NV Elsevier - Elsevier SA* beslist het amsterdams hof in dezelfde zin, met een uitvoerige overweging die het vermelden waard is. In het voorgelegde geval had de NV Elsevier te Amsterdam de overeenkomst waarbij aan Elsevier SA te Brussel het alleenverkooprecht van Elsevier-produkten voor België en de Kongo toegekend werd met een termijn van een jaar opgezegd. Het hof overweegt:

'Het Hof onderschrijft ook het oordeel van de Rechtbank, *dat opzegging van dergelijke overeenkomsten – evenals trouwens van alle overeenkomsten, die voor onbepaalde tijd zijn aangegaan – met inachtneming van de eisen van de goede trouw heeft te geschieden. Dit kan meebrengen, dat opzegging onder bepaalde omstandigheden niet toelaatbaar is. Maar al zou men, anders dan het Hof, medegaan met het betoog van de pleiter voor geïntimeerde, dat bij onveranderde omstandigheden en onveranderde inhoud van wederzijdse rechten en plichten er geen redelijke grond voor opzegging kan worden aangevoerd en dat daardoor de opzegging niet te goeder trouw zou kunnen zijn, dan helpt deze redenering in casu geïntimeerde niet, omdat hier naar tussen partijen vaststaat wel degelijk de omstandigheden veranderd zijn*', etc. (mijn curs.).

Het hof overweegt vervolgens, in afwijking van de rechtbank, dat voor de opzegging het doen van een afwikkelingsvoorstel geen vereiste is, en meent dat de termijn redelijk is. Deze uitspraak van het amsterdams hof is daarom zo belangrijk, omdat hier uit de heerschappij van de goede trouw de consequentie wordt getrokken *dat onder omstandigheden de goede trouw opzegging niet toelaat*. En daarmee is trouwens de kern van de materie geraakt, want dat de goede trouw met zich brengt dat de opzeggings-termijn een redelijke dient te zijn, en derhalve conversie rechtvaardigt, kon langzamerhand als gemeengoed in de geldende rechtsopvatting beschouwd worden. Alvorens na te gaan of de hoge raad dit standpunt – dat zoals gebleken zal zijn door mij gedeeld wordt – in recente jurisprudentie onderschrijft, wil ik nog schetsen hoe de ontwikkeling van de rechtspraak in het begin van de zestiger jaren vaste vorm begint aan te nemen.

Het hof Arnhem krijgt een geval te beoordelen, waarin twee naamloze vennootschappen een overeenkomst aangaan welke door hen als dading wordt aangemerkt, waarbij o.a. de beëindiging van samenwerking, en een concurrentieregeling voor de toekomst wordt vastgelegd. Het hof stelt in zijn uitspraak van 28 juni 1961, *NJ 1962-*

## I. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

117 (kort geding) *NV Van Katwijk - SA Tuberies Julien*, dat aard en strekking van de onderhavige dading

'een beëindiging daarvan door middel van een éézijdige opzegging niet volkomen uitsluiten, doch wel medebrengen, dat aan een dergelijke éézijdige opzegging alleen rechtskracht mag worden toegekend, indien de partij, die éézijdig opzegt, daarvoor klemmende redenen heeft, welke alsdan duidelijk en tijdig aan de wederpartij moeten worden kenbaar gemaakt'.

Dit in afwijking van de president Rb. Zutphen, in diens vonnis van 11 juli 1958, *NJ 426*: deze acht de onderhavige overeenkomst niet opzegbaar, en meent trouwens dat opzegging in strijd met de goede trouw zou zijn, gezien aard en strekking van de overeenkomst, en het feit dat zich geen gewijzigde omstandigheden voordeden.

Het amsterdams hof heeft andermaal gelegenheid van zijn visie op de opzeggingshandeling blijkt te geven, dit maal op het terrein van de maatschap. Bij zijn uitspraak van 13 november 1963, *NJ 1964-104, Nieberg - Unger*, bepaalt het college dat art. 1687 BW slechts voorbeelden heeft willen geven en geen uitputtende omschrijving van wat onder kwade trouw en ontijdigheid bij opzegging verstaan moet worden. Het hof vervolgt in afwijking van het standpunt van de lagere rechter:

'dat het bepaalde bij de artt. 1686 en 1687 erop wijst, dat het enkele feit, dat een der vennoten dit wil, niet steeds voldoende is om de maatschap te doen eindigen en er naar 's-Hofs oordeel geen reden is om de daarbij aangebrachte beperking zo eng mogelijk te interpreteren' (mijn curs.).

Vgl. voor de opzegging van een maatschap verder nog Rb. Maastricht 16 mei 1963, *NJ 1964-52*; Hof Den Bosch 4 maart 1958, *NJ 624* en Pres. Rb. Middelburg 10 juni 1953, *NJ 1954-773*. In de laatste uitspraak vindt men art. 1687, lid 1, eng geïnterpreteerd, waarbij echter een rol speelde dat eiser het gemis van een concurrentiebeding trachtte te overkomen door de opzegging te kwader trouw te achten.

Het haagse hof draagt andermaal een steen bij aan de opbouw van de leer inzake opzegging. In zijn arrest van 27 oktober 1961, *NJ 1962-458, Stichting Hervormd Burger-Weeshuis - Hervormde Gemeente te Delfshaven*, kwam een geval van opzegging van een derdenbeding bij schenking ter sprake, dat uit 1872 dateerde. Een hervormde gemeente had zich verplicht de opbrengst van het derde collectezakje te bestemmen voor een weeshuis in oprichting. In 1955 werd die verbintenis door de gemeente 'opgezegd' met een beroep op de gewijzigde omstandigheden: er waren geen wezen meer, en het weeshuis werd verhuurd aan een andere stichting. Hier is slechts van belang dat het hof niet met de grief meegaat, dat in de onderhavige, niet aan een tijdsduur gebonden verbintenis geen bevoegdheid tot opzegging besloten zou zijn. Het college meent daarentegen dat de verplichting gezien haar aard en strekking vervalt 'bij geheel gewijzigde omstandigheden', zodat de gemeente bij een zich voordoen van omstandigheden die een eind maakten aan haar verbintenis, gerechtigd was het weeshuis aan te kondigen dat zij de afdracht van gelden zou staken, hetgeen ook op een redelijke termijn was geschied. In deze beslissing speelt de opzeggingshandeling slechts een ondergeschikte rol. Zij is mogelijk geworden, aangezien hier de verbintenis naar het oordeel van het hof teniet is gegaan, omdat 'het doel der collecte is vervallen', te weten de exploitatie van een weeshuis. Dat laatste was in deze benadering – waarbij van de befaamde arresten van de hoge raad uit 1926 terecht afgeweken werd – het kardinale punt.

Aan deze verdere ontwikkeling in de rechtspraak heeft de hoogste rechter geen deel

## § 2. OPZEGGING

gehad. Nu had de belastingkamer in het begin van de vijftiger jaren, zoals wij zagen, het licht al op groen gezet, al is het twijfelachtig of dit licht opgemerkt werd. In 1963 ontloopt de hoge raad het probleem, daartoe in staat gesteld door de feitelijke merites van het aan zijn oordeel onderworpen geschil, doch geeft tevens de indruk dat het een kwestie van tijd is, dat de opzegging geheel aan de eisen van goede trouw onderworpen gaat worden, door de burgerlijke kamer. Ik denk hier aan het arrest van 22 november 1963, *NJ 1964-128, Garage Kost - Pon's Automobielhandel*. Het hof had vastgesteld dat partijen, toen zij na afloop van hun dealercontract in onderhandeling verkeerden over een nieuw dealercontract, op grond van hun gedragingen een overeenkomst waren aangegaan van onbepaalde duur, welke zou eindigen door het beëindigen van de onderhandelingen, zonder dat daartoe opzegging vereist was. De hoge raad overweegt:

‘dat toch, *wat er zij van de stelling* dat op den aangevoerde grond het recht van pp. om de onderhandelingen te beëindigen door de eisen van billijkheid en goede trouw werd beperkt, er voor het Hof geen reden bestond om aan te nemen dat in het gegeven geval de beëindiging van de onderhandelingen door Pon niet aan die eisen voldeed’ (mijn curs.).

De cassatierechter analyseert vervolgens het gegeven geval en meent dat de nieuwe overeenkomst ‘uitsluitend diende om hun verhouding gedurende hun onderhandelingen over een nieuw dealercontract te regelen’, en dat partijen op het te allen tijde beëindigen van onderhandelingen verdacht moesten zijn, en concludeert dan:

‘*dat onder die omstandigheden een – overigens aan pp. vrijstaande – beëindiging van de onderhandelingen niet gezegd kan worden, met de eisen van billijkheid en goede trouw in strijd te zijn omdat zij het onmiddellijke einde van de voor den duur der onderhandelingen aangegane overeenkomst medebracht*’ (mijn curs.).

De specifieke omstandigheden van dat geval blijken voor de hoogste rechter de doorslag gegeven te hebben bij zijn oordeel, zonder aan de hamvraag te hoeven toe-komen.

In de lagere rechtspraak raakt de nieuwe opvatting over opzegging steeds meer ver-breed. Het haagse hof spreekt zich andermaal in die zin uit, bij arrest van 3 juni 1965, *NJ 1967-84, Stichting Het Z-H Landschap - Padberg*, dat handelde over een overeenkomst waarbij toestemming werd gegeven om met een woonboot van een lig-plaats gebruik te maken, tegen betaling van liggeld. Om verschillende redenen acht het hof de opzegging van deze overeenkomst, die in zijn ogen maatschappelijk gezien op huur lijkt, in strijd met de goede trouw, en overweegt o.a. dat:

‘de belangen welke app.e nastreeft – recreatie en natuurbescherming – hoezeer ook van gewicht, toch achterstaan bij het woonbelang van geïnt. en bovendien daardoor niet zo-danig worden verstoord, dat van app.e niet een zeer grote zorgvuldigheid en gematigd-hed m.b.t. dit belang zou mogen worden verlangd’.

Het hof liet bij zijn oordeel meewegen dat de opzeggingstermijn kort was; dat de opzegger geen medewerking had verleend tot de verkrijging van een nieuwe ligplaats, en het feit dat de waarde van een woonboot zonder ligplaats in ernstige mate wordt bedreigd. Wederom blijkt het inroepen van de goede trouw te resulteren in een belan-genafweging, hetgeen het hof hier met grote zorgvuldigheid verricht.

## I. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

Verdere steun voor de opvatting dat opzegging slechts te goeder trouw kan geschieden vindt men nog bij twee vonnissen die op een huurovereenkomst betrekking hebben: Rb. Breda 9 oktober 1962, *NJ* 1963-43 en Ktg. Den Haag 22 januari 1964, *NJ* 360. Dan nog Ktg. Alphen a.d. Rijn 3 september 1963, *NJ* 1964-60 inzake een dienstbetrekking als dienstbode, en Pres. Rb. Arnhem 9 november 1960, *NJ* 1961-219 inzake een volmacht tot premie-incasso t.a.v. een assurantiebezorger.

### *11. Het standaardarrest Sanders – Sanders (1966), sluitstuk van een ontwikkeling*

Indien men zich van de geschetste trend in de rechtspraak bewust is, komt het niet als verrassing wanneer de hoge raad die ontwikkeling in een arrest afrondt. De *leading case* in deze materie is voor mij *Sanders – Sanders*, een arrest van 15 april 1966<sup>97</sup>. Aangezien velen de opvatting van de rechtspraak pas serieus nemen indien deze van de hoge raad afkomstig is en daarnaast het arrest naar mijn indruk onbekend en onbemind is, lijkt een uitvoerige bespreking op zijn plaats. De casuspositie is de volgende. Sanders jr. komt met zijn vader overeen, dat hij in verband met zijn huwelijk een schuur die op het erf van zijn vader staat en eigendom van de laatste is, op eigen kosten mag verbouwen en uitbreiden, om aldus een woning voor hem en zijn gezin te verkrijgen. De kosten van onderhoud voor de woning zouden ten laste van Sanders jr. komen, waar tegenover stond dat hij voor de bewoning niets aan zijn vader verschuldigd zou zijn, met uitzondering van een bijdrage in de kosten van water en elektriciteit. Aan de verbouwing en uitbreiding van de schuur besteedt de zoon een belangrijk bedrag, en met toestemming van Sanders sr. bouwt hij nog een schuur en een stal op het erf. De verstandhouding tussen vader en zoon verslechtert echter, en na een bewoning van acht jaar wordt de zoon door Sanders sr. het gebruik van de woning met een termijn van ruim drie maanden opgezegd, waarbij gesteld wordt dat Sanders jr. personen die zich op het erf van Sanders bevonden, zonder diens toestemming hardhandig verwijderd zou hebben. Sanders jr. weigert de woning te ontruimen, en daarom worden de raderen van justitie in beweging gezet. De haagse rechtbank komt tot een vonnis dat grote gelijkenis toont met de opmerkelijke beslissing van de amsterdamse kantonrechter van 1917. Het college overweegt:

‘dat de Rb. op grond van de door Sanders jr. gestelde feiten – en mede in aanmerking genomen het nog steeds hier te lande bestaande grote gebrek aan behoorlijke woon- en werkruimte, waardoor aannemelijk is dat het voor Sanders jr. zeer moeilijk zal zijn andere hem passende woonruimte te krijgen – van oordeel is, dat Sanders sr. *naar beginselen van goede trouw en billijkheid alléén wegens een stringente reden de ontruiming kan eisen* van de bij Sanders jr. in gebruik zijnde litigieuze ruimten’ (mijn curs.).

97. *NJ* 302, nt. G.J.S.; gewezen door De Jong, Wiarda, Hülsmann, Petit en Beekhuis.

## § 2. OPZEGGING

Dan gaat de rechtbank na of de door Sanders sr. opgegeven reden tot opzegging als stringent aangemerkt kan worden, en komt na een onderzoek van de feitelijke toedracht tot het oordeel dat dat niet het geval is, en overweegt verder dat een slechte verstandhouding tussen partijen niet zonder meer voldoende is om de opzegging te rechtvaardigen.

Het haagse hof is het roerend met de rechtbank eens, en stelt, mede gelet op de woningnood en de vastgestelde feiten, *'dat naar de aard van de overeenkomst van pp. door de billijkheid wordt gevorderd, dat Sanders sr. alleen wegens een stringente reden het gebruik van de woning door opzegging kan doen eindigen'* (mijn curs.). Welk label aan de bewuste overeenkomst gehecht moet worden laat het hof intussen uitdrukkelijk in het midden; enerzijds verwerpt het college de stelling van de zoon dat het hier een huurovereenkomst betreft<sup>98</sup>, anderzijds gaat het hof evenmin met Sanders sr. mee, dat hier van bruikleen sprake is. De rechtbank mocht volstaan, zo stelt het hof naar aanleiding van een grief van vader Sanders, met de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst (ov. 8).

Sanders sr. voert in zijn tweede cassatiemiddel de stelling, dat:

*'wanneer een overeenkomst van de in het bestreden arrest met zoveel woorden vooropgestelde inhoud niet voor bepaalde tijd en niet met een afgegrensd doel is aangegaan, dezelve door de uitlener te allen tijde kan worden opgezegd, althans wanneer de uitlener daarbij een redelijk eigen belang heeft en niet handelt met het uitsluitend oogmerk om de gebruiker schade aan te brengen en wanneer hij bij de opzegging een passende termijn in acht neemt (sub. 1; mijn curs.).*

In het tweede onderdeel van dit middel wordt betoogd dat ons recht voor de door het hof omschreven overeenkomsten geen uitdrukkelijk voorschrift kent dat *'opzegging door de eigenaar van het onroerend goed bij het grote gebrek aan behoorlijke woon- en werkruimte hier te lande alleen wegens stringente redenen kan geschieden'*, terwijl evenmin blijkt dat partijen een dergelijke regeling stilzwijgend zijn overeengekomen. De hoge raad schenkt allereerst aandacht aan dit tweede middel:

*'dat het eerste onderdeel van dit middel berust op de stelling dat, wanneer een overeenkomst als de onderhavige niet voor een bepaalde tijd of voor een begrensd doel is aangegaan, deze, onder het in het middel opgenomen voorbehoud, door de 'uitlener' te allen tijde kan worden opgezegd.*

*dat deze stelling in haar algemeenheid echter niet juist is, immers de goede trouw of de naar aard van de overeenkomst gevorderde billijkheid in verband met de verdere omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een zodanige ruime opzeggingsbevoegdheid niet kan worden aanvaard'.*

Het tweede onderdeel heeft al evenmin kans van slagen; de raad onderschrijft het standpunt van het hof, met aanhaling van diens overweging, na nog de omstandigheid benadrukt te hebben dat Sanders jr. woning, schuur

98. Dit blijkt uit de conclusie van de a-g Mevr. Minkenhof, 2e alinea.

en stal op eigen kosten had gesticht en daaraan veel kosten en arbeid had besteed.

De zoëven gecursiveerd weergegeven overweging van de hoge raad laat niets aan duidelijkheid te wensen over. Zij bouwt voort op de in het begin van de vijftiger jaren gelegde fundamenten – ondanks de oppositie van Houwing – en vestigde daarmee als vaste jurisprudentie, dat bij opzegging niet de wil(lekeur) van de opzeggende partij in hoogste instantie beslist, doch de goede trouw – het synoniem voor de billijkheid – gelet op de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval. En wel in die zin, dat de goede trouw niet alleen kan voorschrijven dat de opzegging eerst na het verstrijken van een redelijke termijn rechtsgeldig kan geschieden, maar ook kan gebieden dat de opzegging onder de geldende omstandigheden geheel onmogelijk is. Aldus wordt de wil van de individu door de rechtsnormen uit het zadel gestoten, daarmee de heerschappij van de laatste vestigend. De wil van de tot opzeggen bevoegde is voortaan slechts van belang, voorzover de normen van het positieve recht dit gedogen.<sup>99</sup> Het ‘redelijk eigenbelang’ van de opzegger waar het middel zich op beroept, blijkt op zich zelf onvoldoende om de opzegging te rechtvaardigen, en wel met name indien tegenover dat belang veel grotere belangen van de wederpartij van de opzegger geplaast kunnen worden. Ook hier blijkt weer dat voor het recht men zijn broeders hoeder is.

De overwegingen die de hoge raad laat volgen zijn niet minder boeiend. Het eerste middel omzeilend, waarbij aangevoerd wordt dat in casu van een bruikleenovereenkomst sprake is – gaat de cassatierechter na, in hoeverre het tevoren aangegeven algemene beginsel op de bruikleen van toepassing is. Na een beschouwing van de artt. 1787 en 1788 komt de raad tot de conclusie, dat de wet de opzegging van bruikleenovereenkomsten welke voor onbepaalde tijd werden aangegaan, niet heeft geregeld, en vervolgt:

‘dat nu, al zal naar de aard van dergelijke bruikleenovereenkomsten de billijkheid *in het algemeen* meebrengen dat de uitlener de overeenkomst met in achtneming van een redelijke, aan de omstandigheden aangepaste termijn kan opzeggen, wanneer hem dit goed dunkt, de onderhavige overeenkomst, waarbij de gebruiker zelf de kosten heeft gedragen die nodig waren om de zaken in de vorm waarin hij deze thans gebruikt, tot stand te brengen en daaraan bovendien veel arbeid heeft besteed, ook indien deze als bruikleenovereenkomst moet worden beschouwd, zodanig afwijkt van de figuren die zich bij een bruikleenovereenkomst in het algemeen voordoen, dat een dergelijke opzeggingsbevoegdheid daarin niet past en *mede met het oog op de verdere door het Hof vastgestelde omstandigheden moet worden aangenomen dat de opzegging slechts kan plaatsvinden om redenen als door het Hof in zijn door het tweede middel bestreden beslissing zijn omschreven*’ (mijn curs.).

99. Voor deze ontwikkeling is ook nog steun te vinden bij het arrest HR 23 juni 1961, NJ 1962-263, nt. L.E.H.R., *Ontvanger dir.bel. - Schot*, waarbij beslist werd dat de beslaglegger het recht van opzegging dat de geëxecuteerde toekomt mag uitoefenen. Het recht tot opzeggen wordt hier losgedacht van de wil van degeen die dat recht toekomt.

## § 2. OPZEGGING

Deze overweging past geheel in het eerder gegeven algemene beginsel dat de opzegging beheerst wordt door de goede trouw, met inachtneming van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden. Ook hier valt bij de methode van rechtsvinding van de hoogste rechter op, het gewicht dat hij hecht aan de omstandigheden van het concrete geval, een benadering die de laatste jaren steeds meer op de voorgrond treedt. Ik verwijs slechts naar het *Saladin – HBU-arrest*.<sup>100</sup> De hard and fast rules gaan tot het verleden behoren; de wetenschap kan hiermee mijns inziens alleen maar haar voordeel doen.

Aldus vormt het *Sanders – Sanders-arrest* de bekroning van de al eerder door de lagere rechter ontwikkelde opvatting dat de opzegging van duurcontracten, voor onbepaalde tijd aangegaan, beheerst wordt door de goede trouw, waarbij aan de aard van de overeenkomst en de omstandigheden recht gedaan wordt.<sup>101,102</sup>

Dat ook de wetgever het oordeel van de rechter deelt, dat bij afweging van de belangen van partijen, het eigenbelang van de opzegger niet zonder meer prevaleert, anders gezegd, dat zijn wil aan banden is gelegd, blijkt eens te meer uit de ontworpen regeling voor de opzegging van huur. Het ontwerp van wet houdende bepalingen met betrekking tot het einde van huur en verhuur van woonruimte<sup>103</sup> bevat naast een uitgebreide regeling van de opzeggingstermijn, in art. 1623*d* een bepaling op grond waarvan de rechter na opzegging de huurder een verzoek tot verlenging kan toestaan. Het artikel luidt:

art. 1623 *d*: De rechter wijst het verzoek alleen toe, indien van de huurder op grond van bijzondere omstandigheden die hem of zijn gezin betreffen, *bij afweging van het belang daarvan tegen het belang dat de verhuurder bij oplevering heeft*, niet kan worden gevergd dat hij het gehuurde ontruimt op de dag waarop de overeenkomst ein-

100. HR 19 mei 1967, *NJ* 261, nt. G.J.S.

101. In zijn noot onder het arrest, gaat G. J. Scholten niet op het algemene karakter van de opzegging in, en beperkt hij zich tot bruikleenovereenkomsten. Daarmee miskent hij dat dit arrest een *leading case* is op het gebied van opzegging van duurovereenkomsten. De vroegere jurisprudentie, en de noten van Houwing komen trouwens niet ter sprake in zijn annotatie, evenmin in de conclusie van a-g Mevr. Minkenhof.

102. Het arrest van het hof Amsterdam van hetzelfde jaar, 29 nov. 1966, *NJ* 1968-336, *Bakker - Waayer*, past geheel in de opvatting van de hoge raad. In dat geval, dat grote overeenkomst vertoont met *Sanders - Sanders*, oordeelde het hof: 'dat, naar 's Hof's oordeel een overeenkomst als de onderhavige, waarbij een zeer klein gedeelte van een perceel aan de eigenaar van een daarop gebouwde woning ter beschikking wordt gesteld om hem het gebruik van zijn woning te verzekeren, *alleen wegens stringente redenen volgens beginselen van goede trouw en billijkheid, naar de omstandigheden te beoordelen, door opzegging kan worden beëindigd*; dat de ontruiming van het perceelsgedeelte voor Waayer het verlies van zijn woonruimte zou meebrengen; dat tegenover dit dringende belang van Waayer geen belang van appellante en haar broer staat, dat daartegen kan opwegen' (mijn curs). Zie voor die belangenafweging verder nog het arrest (ook hier werd de onderwerpelijkte overeenkomst niet als huur gekwalificeerd).

103. Tweede Kamer zitting 1969-1970 - 10 451, ingediend 8 december 1969. Het ontwerp ziet op de invoering van de artt. 1623*a-e* in het BW, om de overgang ingevolge de Besluiten liberalisatie huurbeleid van de huurwet naar de regels van het burgerlijk wetboek in goede banen te leiden, vgl. M.v.T. p. 4.



digt. Indien de rechter het verzoek toewijst, bepaalt hij tevens het tijdstip tot hetwelk de overeenkomst wordt verlengd. De rechter kan tevens op verzoek van de meest gerede partij de huurprijs nader vaststellen, indien deze niet meer overeenstemt met die van een vergelijkbare woonruimte.<sup>104</sup>

Bij de voorbereiding van dit ontwerp, – een detail dat in deze beschouwing vermelding verdient – is ook Houwing betrokken geweest, als bewerkster van de titel Huur van Boek 7 Nw BW.

#### d. De opzegging in de literatuur

##### *12. De opzegging in de literatuur inzake misbruik van recht. Het ontwerp-BW*

Na aldus in de jurisprudentie een bevestiging gevonden te hebben van het door mij reeds aan het systeem van de wet ontleende standpunt, dat een opzegging slechts rechtskracht heeft, indien zij met inachtneming van de eisen van de goede trouw geschiedt, rest ons nog een blik op de literatuur te werpen die ik in de aanvang van deze beschouwing noemde. Ik krijg daarbij niet de indruk, dat ik mij met mijn opvatting op veel getreden paden bevind.

Twee schrijvers die in 1945 op misbruik van recht promoveren, Helmich en Okma, geven in dat kader enige aandacht aan de opzegging, de eerste uitvoeriger dan de laatste. Helmich beschrijft de vooroorlogse jurisprudentie inzake de opzegging (in ruime zin) die op een contractsbeding steunt, hetgeen hem tot de slotsom voert: . . . 'het (is) algemeene jurisprudentie, dat het beroep op een dergelijke ontbindingsclausule slechts te goeder trouw en niet zonder redelijk belang mag geschieden'.<sup>105</sup> Is dat niet het geval, dan is de opzegging zonder rechtskracht. Met betrekking tot overeenkomsten voor onbepaalde tijd gesloten – ons terrein van onderzoek – merkt Helmich op, dat in de moderne rechtspraak en wetgeving, in het bijzonder inzake arbeids-, huur- en pachtovereenkomsten 'sterk het streven tot uitdrukking komt ook de uitoefening van dit recht aan het vereischte van een geldige reden te binden'.<sup>106,107</sup>

104. Mijn curs. Vgl. ook nog art. 1623e.

105. *De theorie van het rechtsmisbruik in het Romeinsche, Fransche en Nederlandsche recht*, diss. Nijmegen 1945, p. 187 v. In het amerikaanse recht vond ik overigens een uitspraak in dezelfde zin: *Philadelphia Storage Battery Co. v. Mutual Tire Stores*, 161 S.C. 487, 159 SE 825 (1931).

106. p. 191. De enige daarbij genoemde uitspraak die niet een arbeidscontract betreft is het boven besproken vonnis van de haagse rechtbank inzake *Electriciteits-Mij. 'Wassenaar' - Timmers c.s.* (1927).

107. De franse rechtspraak staat op hetzelfde standpunt. De remedie tegen ongegronde opzegging van een duurcontract, d.m.v. de figuur van *abus de droit*, is echter slechts schadevergoeding; de opzegging zelf blijft in stand. Aldus Helmich, p. 73 v.

## § 2. OPZEGGING

Okma is wat de overeenkomsten zonder een wettelijke opzeggingsregeling betreft, nog kariger in zijn beschouwingen. Hij volstaat met de leer van het rechtsmisbruik aan te bevelen bij de overeenkomsten tot verrichten van enkele diensten, aanneming van werk, leverantiecontracten, en 'wellicht ook' lastgeving.<sup>108</sup>

Het standpunt dat beide schrijvers inzake de opzegging innemen, is naar het mij voorkomt alleen door Meijers gesignaleerd, en lijkt van invloed te zijn geweest op zijn ontwerp-BW. De visie van het ontwerp-Meijers ten aanzien van dit vraagstuk heeft overigens – wellicht juist door die invloed – een halfslachtig karakter. In de toelichting op art. 8, lid 3 van de Inleidende Titel, komt de figuur van opzegging in het algemeen ter sprake. Meijers stelt daar, dat het derde lid tot uitdrukking brengt dat er nog bevoegdheden in het burgerlijk recht worden aangetroffen, waarbij niet van misbruik van bevoegdheid kan worden gesproken, 'omdat de uitoefening van de bevoegdheid door het recht *geheel* aan het *vrije oordeel* van hem, wie deze bevoegdheid is toegekend, is overgelaten'.<sup>109</sup> Als voorbeeld noemt Meijers de 'zgn. wilsrechten', o.a. de bevoegdheid 'rechtsverhoudingen door een opzegging – al of niet met inachtneming van een opzeggingstermijn – te doen eindigen'. Op dit rigoreuze standpunt wordt echter al direkt afgedongen. Of die uitoefening aan de vrije willekeur is overgelaten, zo leest men, wordt door de wet, en bij het zwijgen van de wet door de heersende rechtsovertuiging bepaald. Schr. vervolgt dan:

'Met de toeneming van het besef, dat bij het uitoefenen van bevoegdheden voor iedereen de plicht bestaat om de belangen van zijn medemens en van de maatschappij niet geheel te verwaarlozen, worden deze geheel naar willekeur uit te oefenen bevoegdheden zeldzamer. Vooral geldt dit ten aanzien van de opzegging van wederkerige overeenkomsten. Was het nog in het begin van deze eeuw een axioma, dat men deze overeenkomsten, wanneer zij voor onbepaalde tijd waren aangegaan steeds kon opzeggen met inachtneming van de door de wet vastgestelde opzeggingstermijn, tegenwoordig erkent men ook hier de mogelijkheid van een misbruik van bevoegdheid, ja wordt zelfs deze opzeggingsbevoegdheid veelal wettelijk aan banden gelegd.<sup>110</sup>

Deze passage die voornamelijk steunt op het jurisprudentieonderzoek van Helmich, laat weinig heel van het eraan voorafgaande betoog, hetgeen door schr. echter niet ingezien wordt. Er blijkt dus volgens de vaste rechtspraak geen sprake te zijn van een 'geheel aan het vrije oordeel overlaten' van de bevoegdheid tot opzegging. Ook ten aanzien van het tweede door

108. *Misbruik van recht*, diss. Amsterdam (VU) 1945, p. 106, daarbij verwijzend naar de rechtspraak, o.a. het in de voorlaatste noot genoemde vonnis.

109. *Toel.*, p. 32, mijn curs. De tekst van lid 3 is nagenoeg gelijklopend. Vgl. in dezelfde zin: *Misbruik van recht en wetsontduiking*, 1937, *Verz. Opst.* I, p. 71 v.

110. t.a.p. Een eerste noot verwijst naar de bij Helmich besproken jurisprudentie. In de tweede noot bestrijdt Meijers m.i. ten onrechte Okma; de laatste stelt in het geheel niet wat Meijers hem toeschrijft.

Meijers genoemde wilsrecht is dat laatste het geval.<sup>111</sup> Daarmee komt – dit slechts terzijde – de zin aan de onderhavige bepaling te ontvallen.<sup>112</sup>

De visie van het ontwerp-Meijers op de opzeggingsfiguur wordt derhalve gekenmerkt door een grote tegenstrijdigheid. Ook hier blijkt weer dat Meijers zijn aanvankelijk, op de wilsleer – ook een axioma dat aan het begin van deze eeuw gelding had, vgl. zijn dissertatie – gebaseerde standpunt niet bereid is prijs te geven met het oog op de realiteit van het rechtsleven, zoals dat in de rechtspraak naar voren komt.<sup>113</sup>

### 13. De preadviezen NJV 1952

In de genoemde preadviezen voor de NJV van 1952 vindt men de tot dusver besproken literatuur niet verwerkt. Van de preadviseurs sprak alleen H. Winkel zich in de hier verdedigde zin over de wijze van opzeggen uit, zij het op enigszins bedekte wijze. De gedachte dat opzegging alleen afhankelijk zou zijn van de willekeur van één der partijen wordt door Winkel verworpen. Vervolgens stelt hij:

‘... van willekeur (is) geen sprake, omdat deze wijze van opzegging moet geschieden *met inachtneming van een – door omstandigheden bepaalde – termijn en te goeder trouw*, eisen, welke geredelijk kunnen worden verklaard uit het feit, dat het gaat om een duurzame overeenkomst van onbepaalde tijd, op de plotselinge opzegging waarvan de wederpartij niet bedacht behoeft te zijn’.<sup>114</sup>

Met een beroep op de lagere jurisprudentie<sup>115</sup> betoogt schrijver dat art. 1374 BW voldoende waarborgen biedt tegen willekeur bij de *wijze* en het tijdstip van opzegging. Dit gaat mijns inziens verder (vgl. ook de aangehaalde rechtspraak) dan – zoals zovele schrijvers<sup>116</sup> – te stellen dat de werking van de goede trouw bij opzegging slechts meebrengt dat een *redelijke termijn* in acht genomen wordt. Dat kan slechts uitstel van executie geven, en niet, in de hierboven verdedigde opvatting, onder omstandigheden ook afstel. Bij

111. De bevoegdheid om legaten te maken. Ten aanzien daarvan wordt inderdaad zoals schr. opmerkt nog niet de mogelijkheid van misbruik van recht erkend, maar hier bepaalt evenwel de wet, ingevolge de regels inzake de legitieme, hoever men met zijn willekeur mag gaan, hetgeen schr. uit het oog verliest.

112. Vgl. hieromtrent, en over misbruik van recht i.h.a., hieronder, III, § 2, no. 6.

113. Een standpunt overigens, waarbij zelfs gesuggereerd wordt dat men ook zonder een opzeggingstermijn in acht te nemen zou kunnen opzeggen, indien men dat wil.

114. *Preadvies NJV 1952, Hand. I*, p. 200, mijn curs.

115. Jurisprudentie van na 1942 wordt door de preadviseur niet genoemd, dus ook niet de boven besproken beslissingen van de belastingkamer van de HR van 1949 en 1952. Deze arresten worden door zijn medepreadviseur en de debaters evenmin genoemd (Houwing was ter vergadering niet aanwezig).

116. Suijling II, 1e st., p. 431; in dezelfde zin Hijmans van den Bergh, *Hand. I* pp. 134, 152, en J.C. van Oven in zijn recensie, *NJB 1952*, pp. 505, 508 v.; Asser-Rutten II, p. 240.

zijn bespreking van Winkels standpunt komt M. V. van der Woude<sup>117</sup> tot een gelijke interpretatie van het preadvies.

Winkels medepreadviseur Hijmans van den Bergh, komt aan de vraagstelling niet toe, aangezien hij van mening is dat naar geldend recht duurzame contractuele rechtsbetrekkingen, aangegaan voor onbepaalde tijd en in de opzegging waarvan niet is voorzien, *niet opgezegd* kunnen worden.<sup>118</sup> En wel hierom, omdat zijns inziens de wet nergens een voorschrift bevat waarop zulk een algemene bevoegdheid zou kunnen steunen, terwijl bij de rechtspraak evenmin steun zou zijn te vinden voor deze zienswijze. Op deze principiële kwestie zal, zoals al aangekondigd werd, zo dadelijk nader ingegaan worden (vgl. no. 15). Zijn weinig overtuigende bespreking van de jurisprudentie daarlatend<sup>119</sup>, wil ik er slechts op wijzen, gelijk Winkel ook reeds deed in zijn repliek, dat Van den Bergh het arrest van de HR van 4 juni 1886, *W* 5301 uit het oog verliest. In dit arrest, dat door de laatste schr. onjuist gelezen wordt<sup>120</sup>, ligt al de principiële aanvaarding besloten van de opvatting dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd aangegaan eenzijdig opzegbaar zijn. In beginsel, het kan natuurlijk voorkomen dat men door uitleg van de overeenkomst in kwestie tot het inzicht komt dat *deze* overeenkomst *naar haar aard* als een niet opzegbare overeenkomst beschouwd moet worden. Doch dit zullen uitzonderingsgevallen zijn – veelal van voor de codificatie stammend<sup>121</sup> – die aan de werking van het beginsel niet afdoen.

117. *De opzegbaarheid van wederkerige overeenkomsten*, *WPNR* 4675 (1961). Van der Woude lijkt deze consequentie van het stellen van de opzegging onder het teken van de goede trouw te aanvaarden, met aanhaling van Van Brakel.

118. Hierbij doet schr. een beroep op het overeenkomstig standpunt van Suijling, t.a.p., p. 430, en Clavareau, t.a.p., p. 123. Deze opvatting van de preadviseur werd bij het debat bestreden door o.a. J. H. Beekhuis en Löwensteyn.

119. pp. 129-133. Schr.'s analyse is onzuiver, aangezien hij bij zijn conclusie in no. 47 geen rekening houdt met de onder no. 45 aangehaalde rechtspraak. Het euvel zit hem dacht ik hierin dat Van den Bergh, waar in deze rechtspraak 'uit de aard' van de overeenkomst tot opzegbaarheid geoordeeld wordt, meent dat hier met de *stilzwijgende wilsverklaring* gewerkt wordt door de rechter, hetgeen door hem kennelijk met uitleg geassocieerd wordt (een denktrant analoog aan die van Houwing, vgl. boven no. 9). Op die grond liet schr. deze rechtspraak, waarbij juist interessante analogieën (door hem 'merkwaardig' genoemd) gemaakt worden met benoemde, opzegbare contracten, bij zijn conclusie terzijde.

120. p. 129-130, waarover terecht Winkel, debat p. 91 v.; als Winkel reeds Land-Lohman IV, p. 250 nt. 3. Het arrest HR 17 maart 1927, *NJ* 1025 heeft Van den Bergh evenmin tot andere gedachten kunnen brengen (p. 130), al stelt de raad daar dat 'geen wetsbepaling zich verzet tegen de mogelijkheid van eenzijdige opzegging eener voor onbepaalde tijd aangegane overeenkomst'. Doch ook hier liet schr. zich door zijn uitlegvisie meeslepen, naar het mij voorkomt.

121. Vgl. de voorbeelden die Meijers bij het debat geeft van eeuwigdurende contracten p. 37 v., en verder nog Hof Den Haag 16 mei 1962, *NJ* 1963-203 inzake een plantrecht, dat in 1710 gevestigd werd. Datzelfde hof besliste in het bovenbesproken arrest (vgl. no. 10) *stichting Hervormd Burger-Weeshuis - Hervormde Gemeente te Delfshaven* van 1961, dat een niet aan termijn gebonden verbintenis 'geenszins voor eeuwig blijft bestaan, doch vervalt bij *geheel gewijzigde omstandigheden*, bijv. wanneer het houden der collecte onmogelijk is geworden of wanneer het *doel* der collecte (hier: de exploitatie van een weeshuis, v. D.) is *vervallen*', mijn curs. In deze visie, die mij juist lijkt, kunnen niet-Vervolg noot op pag. 66.

Misschien dacht Suijling wel aan deze gevallen toen hij de door beide preadviseurs aangehaalde zin neerschreef: 'Het bloote feit dat een contract voor *onbepaalde* tijd is aangegaan, sluit echter nog niet in, dat de partijen hare overeenkomst eenzijdig opzegbaar willen verklaren'.<sup>122</sup>

#### 14. *Samenvatting van de doctrine*

Samenvattend, kan men stellen dat verschillende schrijvers het standpunt innemen dat de goede trouw bij opzegging van duurovereenkomsten in acht genomen moet worden, hetgeen erop neerkomt dat de termijn van opzegging redelijk moet zijn, gezien de omstandigheden en de belangen van de wederpartij.<sup>123</sup> Van Oven meent zelfs in zijn genoemde recensie, dat dit voor een ieder een vanzelfsprekende zaak zal zijn – en dat nog wel terwijl Houwing omstreeks dezelfde tijd het tegendeel bepleit in zijn annotaties –, hetgeen hem waarschijnlijk heeft ingegeven de tegenstelling tussen beide preadviseurs ten aanzien van de opzeggingsmogelijkheid van de onderwerpelijke overeenkomsten, te vergoelijken.<sup>124</sup> Voor de consequentie van deze opvatting – zoals boven door mij verdedigd – in die zin dat de opzeggingshandeling, indien in strijd met de goede trouw, *geen rechtskracht* kan hebben, vond ik slechts, en dan nog bij welwillende lezing, bij Winkel enige steun, terwijl daarnaast de schrijvers genoemd kunnen worden die door middel van de figuur van misbruik van recht tot een gelijke uitkomst komen, Helmich en – minder uitgesproken – Okma, daarin gevolgd door Meijers in diens ontwerp-BW, zij het met aarzeling.

#### 15. *Een omstreden kwestie: zijn overeenkomsten voor onbepaalde duur in beginsel opzegbaar?*

Dan tenslotte nog enkele opmerkingen over een vraag die de schrijvers verdeeld houdt, namelijk of in het algemeen overeenkomsten voor onbepaalde duur aangegaan opzegbaar zijn. Hierboven sprak ik mij reeds in bevestigende zin uit, en wij zagen dat dit standpunt ook door de rechtspraak ingenomen wordt. Bij onbenoemde overeenkomsten, zoals die in de procedure

Vervolg noot van pag. 65.

opzegbare overeenkomsten (i.c. een derdenbeding) door de werking van veranderde omstandigheden die de zin aan de regeling ontnemen, opzegbaar worden. Een problematiek die zoals gesteld hier echter buiten beschouwing gelaten wordt.

122. p. 430. Bij lezing van deze weinig doorzichtige zin, dient men te bedenken dat Suijling een normatieve uitleg voorstaat, al suggereert de passage het tegendeel.

123. Aan de al genoemde schrijvers kan nog toegevoegd worden Rutten, Asser-Rutten II, p. 240. Deze schr. rekent opzegging tot de *uitvoering* van de overeenkomst.

124. T.a.p., pp. 505, 508. De opvatting van Van den Bergh acht Van Oven in zekere zin juist, hetgeen pas begrijpelijk wordt indien men van de interpretatie die de recensent daaraan geeft, kennis neemt, welke ik slechts als hinein interpreteren kan beschouwen.

## § 2. OPZEGGING

*Sanders – Sanders*, welke door de rechter uitdrukkelijk niet als huur- of bruikleenovereenkomst geïnterpreteerd worden, blijkt de opzegbaarheid op zich geen punt te zijn en liet de vraag zich slechts stellen of de goede trouw in casu opzegging gedooft.

Ondanks deze vaste jurisprudentie, die een comfortabele ruggesteun biedt, is het uit methodisch oogpunt van belang nog eens bij de kwestie stil te staan, want een dergelijk probleem kan zich ten aanzien van andere rechtsvragen evenzeer voordoen. De vraag laat zich dan stellen, in hoeverre men uit de wel in de wet voorkomende regelingen tot algemene beginselen mag concluderen, die men ook van toepassing verklaart op niet in de wet geregelde gevallen, hier: op onbenoemde contracten. Land<sup>125</sup>, Van Brakel en Hijmans van den Bergh menen uit de wettelijke, lapidaire regeling geen algemene gevolgtrekkingen ten aanzien van opzegbaarheid te kunnen maken. Daargelaten dat hun weergave van het wetssysteem lapidair is, en derhalve een minder sluitend beeld geeft van de wettelijke regeling van benoemde contracten, die zeker voor benoemde contracten al het opstellen van algemene beginselen toestaat, blijft het probleem wat te doen met de onbenoemde contracten.

Mijns inziens is een discussie tussen voor- en tegenstanders van het beginsel van opzegbaarheid gedoemd tot onvruchtbaarheid, indien men zich niet bezint over de vraag, wat nu eigenlijk een algemeen beginsel, of een algemene regel inhoudt. Indien men namelijk in navolging van de school van Paul Scholten en die van Eggens, zich bij de rechtsvinding door de dialektische methode van denken laat leiden, komt men tot het inzicht dat een algemeen gestelde regel de mogelijke uitzondering op die regel reeds in zich sluit. Concreter gesteld, indien men zoals ik hierboven reeds deed<sup>126</sup> als *algemene rechtsregel* aanvaardt *dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd aangegaan opzegbaar zijn*, dan dient men steeds aan die regel toe te voegen: *tenzij de goede trouw zich daartegen verzet, gezien de aard van de overeenkomst of de verkeersopvatting*.<sup>127</sup> Bij juiste lezing (uitleg) van de regel is deze toevoeging *in wezen* overbodig: het recht kan nu eenmaal niet een persoon een recht toekennen waarvan, óók indien uitoefening daarvan zou strijden met de goede trouw, de uitoefening gegarandeerd wordt. Deze materie op dit moment latend voor wat zij is, kan intussen zonder veel tegenspraak uit te lokken gesteld worden, dat de bedoelde toevoeging naar de huidige stand van de rechtsbeoefening niet ten overvloede geschiedt.

125. Land-Lohman IV, p. 250; de opvatting van Land wordt echter gecorrigeerd door Lohman in nt. 3, onder verwijzing naar HR 4 juni 1886.

126. In dezelfde zin, echter zonder beroep op het wetssysteem Helmich, p. 190, Pitlo t.a.p. p. 182 (slechts met een beroep op HR 17 maart 1927), en Asser-Rutten II, p. 232. Hofmann-Van Opstall, p. 419, spreekt zich niet uit, vgl. echter nt. 1 waaruit een voorkeur voor opzegbaarheid blijkt, als regel. Th. A. Fruin, preadv. *NJV* 1918, p. 47 v. achte de hier bedoelde overeenkomsten opzegbaar, doch slechts in geval van gewijzigde omstandigheden. 127. Vgl. in dezelfde zin - zonder commentaar echter - ook Asser-Rutten II, p. 232. Vgl. voor de methodische aspecten van deze materie, onder, III, § 2, nos. 1 v., 9 v.

Wat ik hiermee wil betogen is, dat een argument tegen de aanvaarding van de opzegbaarheid als algemene regel, in die zin, dat met de aanvaarding van die regel miskend wordt dat er wel degelijk overeenkomsten uit hun aard onopzegbaar kunnen zijn, niet concludent is.<sup>128,129</sup>

Ter verdediging van mijn visie op de algemene regel (-beginsel) kan ik mij beroepen op de jurisprudentie van de hoge raad. In het *Sanders – Sanders*-arrest, meende de raad, terwijl a-g Mevr. Minkenhof het bestaan van de algemene regel ontkend had, dat 'naar de aard van dergelijke bruikleenovereenkomsten de billijkheid *in het algemeen* (zal) meebrengen' dat de overeenkomst opzegbaar is, waarna het college een uitzondering maakt voor het hem voorgelegde geval (mijn curs.).<sup>130</sup>

### § 3. KWIJTSCHELDING, AFSTAND VAN RECHT, BEKRACHTIGING, RECHTSVERWERKING

#### a. Kwijtschelding

##### *1. Doctrine en rechtspraak m.b.t. het rechtskarakter van de kwijtschelding: tweezijdige- of eenzijdige rechtshandeling?*

Een volgende rechtsfiguur die zich voor de toetsing van het door mij ontworpen rechtshandelingsbegrip aandient, is de kwijtschelding. De behandeling van deze omstreden figuur die in de wet geen nadere omschrijving vond, voert ons vanzelf ook op het terrein van afstand van recht, bekrachtiging en rechtsverwerking. In de doctrine is het nog steeds geen uitgemaakte zaak, of de rechtshandeling die met kwijtschelding aangeduid wordt, een tweezijdige

128. Vgl. behalve Hijmans van den Bergh en Van Brakel nog mevr. Minkenhof in haar conclusie voor *Sanders - Sanders*, voorlaatste alinea. Zij verwerpt opzegbaarheid als algemene regel: 'Waar de wet zwijgt moet naar mijn mening iedere opzeggingsmogelijkheid in concreto aan de aard van de overeenkomst en de billijkheid worden getoetst'.

129. Van der Woude betoogt in zijn reeds genoemde artikel, dat opzegbaarheids- en onopzegbaarheidsleer beide tot hetzelfde resultaat kunnen voeren, aangezien in feite steeds sprake is van interpretatie van de overeenkomst. Schr. doet zelf geen keus.

130. Vgl. voor de oudere jurisprudentie in dezelfde zin boven, no. 13. Ook de duitse rechtspraak staat op het standpunt dat duurovereenkomsten opzegbaar zijn, 'aus wichtigem Grund'. Vgl. het *Bierbezugsvertrag*-arrest van het Bundesgerichtshof van 1953, besproken Bij Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1963, p. 114. Ook hier staat de billijkheid centraal. Het BGH overwoog: 'Dieses Kündigungsrecht wird aus Treu und Glauben hergeleitet; es findet in diesem Gedanken auch seine Schranken. Voraussetzung des Kündigungsrechts ist, dass dem Schuldner die weitere Erfüllung nicht mehr zugemutet werden kann'. Een methode van rechtsvinding waar Larenz overigens niets van moet hebben, vgl. onder III, § 3, no. 12.

### § 3. KWIJTSCHELDING

of een eenzijdige handeling is.<sup>131</sup> De historische argumenten die rond deze strijdvraag naar voren gebracht werden, wil ik daarlaten<sup>132</sup>; opmerkelijk is, dat vele voorstanders van de eenzijdige kwijtscheldingshandeling, zoals bijvoorbeeld reeds Diephuis, voor hun standpunt een beroep doen op de figuur van afstand van recht: als algemeen beginsel geldt, dat iedere rechthebende eenzijdig afstand kan doen van zijn recht. Op de voorhand zou ik reeds willen stellen dat ik met J. C. van Oven de kwijtschelding zie als een species van het genus afstand van recht. Het prijsgeven van een vorderingsrecht hoort thuis in de reeks waartoe de afstand van zakelijke rechten (vgl. bijv. art. 854, sub 4), en die van de zgn. 'wilsrechten' (bijv. beroep op nietigheid ingevolge 'wilsgebreken'; de afstand van verjaring, art. 1984) behoren. Op de vraag, of voor de kwijtschelding van een schuld nog een afzonderlijke plaats in ons rechtssysteem ingeruimd moet worden, wordt hieronder nog ingegaan, naar aanleiding van het ontwerp-BW (vgl. no. 8).

Al spoedig werd onder ogen gezien, dat de strijdvraag eenzijdig – tweezijdig weliswaar een sterk academische inslag heeft, aangezien in het normale geval een debiteur zich over een kwijtschelding slechts zal verheugen in plaats van zich gepasseerd te voelen bij de totstandkoming ervan, deze toch, afgezien daarvan, van praktisch belang is. Land wijst er al op, dat voor het geval de crediteur zijn kwijtschelding herroept alvorens de debiteur haar aanvaard heeft, het wel degelijk van belang is welke theorie men huldigt – gesteld dat men met de meeste oudere schrijvers aanneemt dat ook een aanbod voor de aanvaarding herroepen kan worden. Naast de herroeping kan in de praktijk de niet ondenkbare figuur zich voordoen, dat de debiteur de kwijtschelding weigert. Voor de aanhangers van tweezijdigheid wordt daarmee kwijtschelding onmogelijk gemaakt (geen wilsovereenstemming), terwijl de reacties uit het eenzijdige kamp verschillend zijn. Rutten meent dat die weigering de kwijtschelding niet in de weg staat, terwijl anderen, met Paul Scholten aan het hoofd, tot een stelsel komen waarbij onder omstandigheden een weigering van de debiteur de kwijtschelding verhindert. Maar het lijkt mij beter op deze kwestie eerst in te gaan, na een blik op de jurisprudentie geworpen te hebben.

131. Kwijtschelding wordt als *tweezijdige* rechtshandeling opgevat door: Opzoomer VII, p. 259; Land-Lohman IV, p. 471 v.; Suijling II, no. 441; art. 6.1.10.1 Nw BW. J. M. Polak neemt een tussenstandpunt in: indien men ter bevoordeling wil kwijtschelden, is wilsovereenstemming vereist; wil de crediteur zich enkel van zijn recht ontdoen, dan is een eenzijdige handeling voldoende, vgl. *WPNR* 4155 (1950), p. 409. J. C. van Oven meent weliswaar dat de wetgever de kwijtschelding als een tweezijdige handeling heeft gezien, doch vraagt zich af, of voor deze figuur in ons recht nog plaats is gezien de ontwikkeling van afstand van recht en rechtsverwerking, *NJB* 1958, p. 408. v. Enige tijd later geeft Van Oven op deze vraag een ontkennend antwoord, *WPNR* 4731 (1962), p. 326 v. Voorstanders van een *eenzijdige* kwijtschelding zijn: Diephuis X, p. 651; Van Brakel, § 175; Völlmar, no. 813; Paul Scholten, nt. *NJ* 1938-377; Hofmann-Drion-Wiersma, p. 392; Pitlo, p. 299; Asser-Rutten I, p. 461 v.

132. Vgl. daarvoor Polak en Van Oven, t.a.p.



Met betrekking tot de vraag of de kwijtschelding een tweezijdige, dan wel eenzijdige handeling is, is de stand van de rechtspraak niet erg duidelijk. Bij de lagere jurisprudentie van voor de oorlog overheerst de mening, dat de kwijtschelding tweezijdig is<sup>133</sup>, terwijl de hoge raad er steeds in slaagt de vraag te ontlopen, bijv. ook in het arrest van 12 november 1937, *Arona - Stedehouder*.<sup>134</sup> Na de oorlog persisteert de cassatierechter in die houding; in het arrest van 2 juni 1950, *Groen - De Boer* laat de raad het advies van a-g Langemeijer – inhoudende dat kwijtschelding eenzijdig kan geschieden – voor wat het is, en laat het probleem in het midden. Nadien werd alleen een uitspraak van het hof Arnhem in de *Nederlandse Jurisprudentie* opgenomen, waarbij gesteld wordt dat kwijtschelding een eenzijdige rechtshandeling is, waarvoor geen overeenkomst nodig is.<sup>135</sup> Indien men ook let op de vlucht die de figuur van de rechtsverwerking in de vijftiger en zestiger jaren heeft genomen, op basis van de goede trouw, dan lijkt de bewering niet al te boud, dat er een tendens naar de eenzijdigheid van kwijtschelding valt te bespeuren.<sup>136</sup> Wellicht dat anderen echter uit de arnhemse zwaluw nog geen zomer concluderen.

De conclusie van Langemeijer bij het arrest van 1950, *Groen - De Boer* is het waard om nog bij stil te staan, in verband met het zoëven gestelde probleem. Langemeijer gaat voort op de weg die Scholten in zijn noot van 1937, onder *Arona - Stedehouder* wees, en neemt met de laatste schrijver aan dat kwijtschelding eenzijdig kan geschieden, doch dat dit niet wegneemt dat de debiteur haar kan weigeren indien hij daarbij een *gerechtvaardigd belang* heeft.<sup>137</sup> De a-g acht deze laatste situatie zo uitzonderlijk, dat hem een bescherming van het belang van de debiteur waar het metterdaad blijkt, voldoende voorkomt, zodat het eenzijdige karakter van de kwijtschelding gehandhaafd kan blijven. Scholten wees er trouwens al op, dat de rechtspraak nog al eens de overeenkomstleer hanteert, juist om de debiteur tegemoet te komen, indien hij goede gronden heeft om een kwijtschelding niet aan te nemen. Doch datzelfde resultaat kan men evenzeer bereiken door middel van de door Scholten en Langemeijer aanvaarde constructie.<sup>138</sup>

133. Vgl. de jurisprudentie genoemd in de noot van Houwing, *NJ* 1951-19.

134. *NJ* 1938-377, nt. P.S.

135. 20 november 1957, *NJ* 1958-270, *Boll - Westera*. In de dertiger jaren werd hetzelfde standpunt al door de Rb. Arnhem ingenomen, in een vonnis van 13 juli 1935, *NJ* 1936-570, *Verzijl - Blommestein*. Vgl. ook, in dezelfde traditie, Ktg. Arnhem 8 juni 1942, *NJ* 859. Men krijgt de indruk met een arnhemse school te maken te hebben.

136. In het vonnis van de Rb. Groningen, 29 april 1960, *NJ* 559 wordt er overigens ook van uit gegaan dat kwijtschelding eenzijdig kan geschieden.

137. Als voorbeeld van een juiste uitwerking van dit beginsel noemt de a-g het vermelde vonnis van de arnhemse kantonrechter. Het cassatiemiddel - van de hand van Veegens - was trouwens ook op Scholtens noot geïnspireerd.

138. Ook Völlmar en Pitlo aanvaardden die constructie.

### § 3. KWIJTSCHELDING

#### 2. Eigen opvatting: kwijtschelding als eenzijdige rechtshandeling. Bestrijding van Rutten.

Om stelling te kiezen in de controverse: ik zou mij bij Scholten en Lange-meijer willen aansluiten, en hun opvatting als volgt willen uitwerken: kwijtschelding is een eenzijdige rechtshandeling, *te weten een handeling verricht door de crediteur, welke ingevolge de geldende rechtsnormen de ontheffing van de debiteur uit zijn verplichting(en) teweegbrengt*. Een van die normen luidt, dat de handeling geen rechtskracht heeft, indien een gerechtvaardigd belang van de debiteur zich daartegen verzet (indien zij strijdt met de goede trouw).<sup>139</sup> Ook hier ziet men weer hetzelfde als wij bij de opzegging tegenkwamen; kwijtschelding is geen 'wilsrecht' in absolute zin, d.w.z. in die zin dat de crediteur naar eigen vrije wil zich van een vordering kan ontdoen, daarmee zijn debiteur voor een voldongen feit stellend. Niet de vrije wil van de crediteur, als individu, is hier maatgevend, doch de goede trouw bepaalt óf de crediteur gezien de omstandigheden mag kwijtschelden; of – zoals het in de praktijk zal gaan – zijn verklaring van kwijtschelding rechtskracht heeft.<sup>140,141</sup>

Ik merkte al eerder op dat Rutten, hoewel hij voorstander van eenzijdige kwijtschelding is, in de weigering van de debiteur geen beletsel ziet voor de kwijtschelding, zelfs indien de debiteur daarbij een gerechtvaardigd belang heeft. De constructie van Scholten c.s. acht Rutten 'niet bruikbaar', en wel omdat de weigering wordt voorafgegaan door de *verbintenis-vernietigende* kwijtschelding. Die constructie kan slechts bestaan, aldus schrijver, door hem te koppelen aan de fictie, 'dat de *weigering* van de schuldenaar een ontbindende werking heeft ten aanzien van de gevolgen der kwijtschelding en daardoor de verbintenis wordt geacht te zijn blijven voortbestaan, dan wel herleeft' (p. 463). In de (wils-)gedachtengang van Rutten is dit alles zeer begrijpelijk: het in vrijheid uit te oefenen wilsrecht van de schuldeiser om indien hem dat goed dunkte een schuld kwijt te schelden, kan door niets in zijn loop gestuit worden. Aangezien dat recht in de wil van de schuldeiser zijn centrum heeft, komt onbereikbaar voor invloeden van buitenaf (zoals de positie van de debiteur in kwestie), de uitoefening van dat recht tot stand door de verklaring van het individu, dat het wil kwijtschelden, welke verklaring dan ook niet bij toeval 'wilsverklaring' genoemd wordt.<sup>142</sup> Rutten kon de zienswijze van Scholten c.s. niet

139. Vgl. ook nog onder no. 5 v.

140. Houwing houdt zich in zijn noot van 1951 ten aanzien van de eenzijdigheid op de vlakke; hij doet wel voorkomen de vooroorlogse lagere rechtspraak (pro tweezijdigheid) van belang te vinden, hetgeen met zijn in dezelfde tijd ingenomen standpunt t.a.v. de opzegging zou stroken, vgl. § 2, no. 9.

141. Rutten meent – zoals te verwachten is – dat kwijtschelding een rechtshandeling is, omdat voor haar een onmisbaar vereiste is de *wil* van de schuldeiser om de schuldenaar van zijn verplichting te ontheffen en de verbintenis te doen vervallen, p. 461. Voor de novatie eist schrijver overigens eveneens de *animus novandi*, p. 407. Vgl. voor Ruttens wilsleer en de bestrijding daarvan onder III, § 8, no. 3 v.

## I. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

volgen zonder de door hem aanvaarde wilsleer de rug toe te keren, hetgeen door hem kennelijk een te hoge prijs geacht werd.<sup>143</sup> Men ziet hierbij weer, hoe de aanvaarding van de wilsleer, of meer in het algemeen, het hanteren van het wilsbegrip, in concreto tot gevolgen kan leiden die weinig aantrekkelijk zijn.

Onze analyse van de kwijtschelding leidt tot de gevolgtrekking dat de hier verdedigde opvatting van de rechtshandeling zeer wel bruikbaar is bij die rechtsfiguur, en overeenstemt met de tendens die in de lagere rechtspraak van de laatste jaren valt te bespeuren, en met de opvatting die een belangrijke groep schrijvers huldigt. De geschetste relevantie van de gerechtvaardigde belangen van de debiteur, onder het sterreteken van de goede trouw, maakt dat ook hier de rechtsnormen aangeven of, gezien de omstandigheden, de handeling van de schuldeiser als kwijtschelding moet worden aangemerkt, hem als zodanig kan worden toegerekend. De bij hem aanwezige wil om kwijt te schelden is niet doorslaggevend, aangezien – zoals altijd – ook andere belangen dan eigenbelang op het spel kunnen staan.

Het in de rechtspraak ontwikkelde vereiste voor kwijtschelding, nl. dat de verklaring gericht moet zijn tot de debiteur, of tot degeen die door hem gemachtigd werd die verklaring in ontvangst te nemen, zou ik hieronder ter sprake willen brengen bij de afstand van recht, waar hetzelfde vereiste gesteld wordt (vgl. § 3, no. 4).

### *3. Kwijtschelding in het Nw BW. Een weinig doordachte regeling*

Nog onbesproken bleef tot dusver de regeling van het ontwerp-BW met betrekking tot de kwijtschelding, en in verband daarmee de vraag in hoeverre er aan de figuur van kwijtschelding voor het huidige en komend recht nog behoefte bestaat, vanuit het rechtssysteem bezien. In het ontwerp wordt de volgende bepaling voorgesteld:

143. Rutten meent ook dat de wet voor de gewraakte constructie geen steun biedt, en dat integendeel zijn opvatting wel op de wet gegrond is. Daarbij beroept hij zich op de artt. 1639o en 1647 BW, die bepalen dat de debiteur eenzijdig van zijn verplichting ontslagen kan worden, zonder dat het daardoor schaden van redelijke belangen van de debiteur het ontslag zou kunnen ontkrachten. Wat betreft het laatst aangehaalde artikel, m.b.t. opzegging bij aanneming van werk, art. 1647 - dat men in het systeem van de wet dient te zien -, ben ik het zoals boven gebleken zal zijn (vgl. § 2, no. 6), volkomen oneens met Rutten. Ook de bepaling van art. 1639o acht ik niet erg overtuigend in dit opzicht, aangezien bij de arbeidsverhouding, die zo in de persoonlijke sfeer ligt, eigen normen tot ontwikkeling zijn gebracht. Los daarvan kan ik mij indenken dat onder bijzondere omstandigheden een ontslag zonder opzegging indien geen dringende reden aanwezig is, geen rechtskracht kan hebben als strijdend met de goede trouw, met name indien het belang van de werkgever niet opweegt tegen dat van de werknemer, vgl. de voorbeelden die art. 1639s geeft (kennelijk onredelijk ontslag). De wetgever kon zich dat kennelijk ook indenken, vandaar art. 1639t, dat de rechter in het hier bedoelde geval, én in geval van kennelijk onredelijk ontslag in het algemeen machtigt om de dienstbetrekking te herstellen voor een door hem te bepalen duur. Ruttens beroep op 1639o is derhalve evenmin steekhoudend. Het systeem van de wet pleit juist voor de door Rutten verworpen zienswijze.

### § 3. KWIJTSCHELDING

Art. 6.1.10.1. Een verbintenis gaat teniet, indien de schuldeiser aan zijn schuldenaar aanbiedt daarvan afstand te doen en deze dit aanbod aanneemt.

2. Een aanbod tot afstand om niet (kwijtschelding), dat ter kennis van de schuldenaar is gekomen en niet onverwijld is afgewezen geldt als aangenomen.

De kwijtschelding wordt zoals men ziet onder afstand van recht gebracht, terwijl de term slechts gereserveerd wordt voor afstand om niet. Indien men de *Toelichting* ter hand neemt, komt men voor verrassingen te staan. De ontwerpers doen het allereerst voorkomen, alsof hét probleem rond de kwijtschelding is, of met die in de artt. 1474 e.v. BW geregelde figuur iedere afstand van een vorderingsrecht bedoeld wordt, dan wel slechts de afstand om niet, waarna met een beroep op het spraakgebruik voor de laatste zienswijze wordt gekozen. De kwestie tweezijdig-eenzijdig wordt alleen vanuit de vergelijking van wetgevingen belicht; dat te onzent de doctrine verdeeld is in dit opzicht vindt men slechts in een voetnoot vermeld.<sup>144</sup> Nu kan men er vrede mee hebben, dat het standpunt van eenzijdigheid van de kwijtschelding door China en Japan vertegenwoordigd wordt – de aardkloot wordt tenslotte steeds kleiner – maar het veronachtzamen van de nederlandse doctrine wreekt zich, als men bemerkt dat de constructie van Paul Scholten c.s. voor de ontwerpers geen punt van overweging heeft gevormd. Sterker nog, Scholten wordt toegedicht in zijn noot het stelsel van het ontwerp verdedigd te hebben, dat toch op tweezijdigheid gebaseerd is.<sup>145</sup> Aldus suggereren de ontwerpers dat de door hen ontworpen regel door de schrijvers in den lande met instemming begroet zal worden. De reaktie van J. C. van Oven, die bij zijn bespreking het schrappen van het gehele artikel bepleit, is er een voorbode van dat men zich van die begroeting niets moet voorstellen. Dat valt ook niet te verwonderen als men een regel ontwerpt die recht tegen een leer in gaat die gedurende meer dan een halve eeuw steeds meer aanhangers kreeg, zonder dat men de moeite neemt die leer te bestrijden.

De toelichting op het artikel – een verdediging kan men het dus niet noemen – is geheel geschreven in de wilsleer, zoals zo dadelijk zal blijken. Eerst verwerpt men de eenzijdigheidsvisie, met het argument dat men de schuldenaar geen geschenken moet kunnen opdringen die hij van de gever niet wenst te aanvaarden. Daargelaten dat deze situatie, zoals in de *Toelichting* ook even verder opgemerkt wordt, zeldzaam is, kan men hiertegen aanvoeren, dat indien de schuldenaar van de hem bewezen gunst niet gediend is, niets hem belet om de materiële schenking weer ongedaan te maken. Dat dit dan ingevolge een nieuwe rechtshandeling dient te geschieden is dacht ik niet zó afschrikwekkend, dat men maar van eenzijdigheid van de kwijtschelding moet afzien. De tegengestelde oplossing, die van de overeenkomstleer, komt de ontwerpers intussen evenmin geheel geslaagd voor,

144. p. 577, nt. 2, in de vorm van een verwijzing naar het artikel van Polak.

145. p. 577, nt. 4. Deze fout wordt door Van Oven niet opgemerkt in zijn bespreking van het ontwerp, vgl. *WPNR* 4731 (1962) p. 326, 1e kol.

en wel hierom, omdat het eisen van een overeenkomst voor kwijtschelding zou suggereren dat steeds ‘wilsovereenstemming zou moeten worden aangetoond’ (mijn curs.). ‘Dit zou te ver in de andere richting gaan’, menen de ontwerpers; het feit dat een weigering van de zijde van de schuldenaar zo zelden zal voorkomen, is voor hen de rechtvaardiging om te stellen dat men uit het achterwege laten van een reactie, de instemming van de debiteur mag afleiden, vandaar lid 2. De ontwerpers gaan hier zozeer uit van de wilsleer, dat zij automatisch het begrip overeenkomst associëren met ‘wilsovereenstemming’, hetgeen nog daadwerkelijk aangetoond zou moeten worden ook. Mijns inziens verliezen zij daarbij de heersende leer ten aanzien van de totstandkoming van overeenkomsten uit het oog, waarbij de toestemming uit de gedraging van een partij afgeleid wordt<sup>146</sup>, welke gedraging soms ook uit een stilzitten kan bestaan (‘wie zwijgt, stemt toe’). Een heersende leer die het driemanschap elders in het ontwerp, afdeling 2 van titel 5 nota bene overneemt.<sup>147</sup> De opmerking in de *Toelichting*, dat de voorgestelde regeling de rechtszekerheid bevordert omdat zij geschillen over de vraag of de schuldenaar in de kwijtschelding heeft toegestemd, afsnijdt, kan alleen opkomen bij degenen die meent dat toestemming vastgesteld wordt door het aantonen van een wil om toe te stemmen.<sup>148</sup>

Op deze plaats is vooral van belang, dat in het ontwerp bij kwijtschelding om niet gekozen wordt voor de overeenkomstgedachte<sup>149</sup> en men zich met Van Oven kan afvragen of daarmee niet verouderd recht gecodificeerd wordt. Ik meen dat men dit met Van Oven kan beamen. De ontwikkeling van de eenzijdige afstand van recht en de figuur van de rechtsverwerking naar stellig recht, maakt de creatie van een kwijtschelding als tweezijdige rechtshandeling van meet af aan een anachronisme. Terecht stelt Van Oven

146. Vgl. HR 16 december 1937, *NJ* 1938-526, nt. P.S., *Van Wijk - Van Baren*, en HR 29 december 1939, *NJ* 1940-274, *Doorn - N.V. De Prins* waarbij dit algemeen beginsel aanvaard wordt. Vgl. nog uitvoeriger onder II A, § 2, no. 5 v.

147. De *Toelichting* stelt daar onomwonden: ‘Voor het tot stand komen van een overeenkomst eist het ontwerp niet, dat op enig tijdstip tussen de betrokken partijen wilsovereenstemming heeft bestaan’, p. 741. Vgl. over deze materie onder II, § 4, no. 3.

148. In dezelfde geest is het bij het artikel gestelde vereiste, dat het aanbod tot kwijtschelding *ter kennis* van de schuldenaar gekomen moet zijn. In nt. 3, p. 577, wordt toegelicht, dat indien de laatste het aanbod ontvangen heeft, maar daarvan nog geen kennis heeft genomen, het achterwege laten van een reactie *geen* consequenties heeft. Inderdaad kan dan de *wil* van de debiteur niet gevormd zijn, maar moet de crediteur er de dupe van worden dat de eerste bijv. de brief zoek maakt, of verzuimt de brief open te maken? Dat ligt toch in de risikosfeer van de debiteur, evenals ingeval een vertegenwoordiger of ondergeschikte van de debiteur verzuimt hem van het aanbod op de hoogte te stellen. Indien men echter de wil centraal stelt, komt men aan die gedachte niet toe. Ook in dit opzicht zijn de ontwerpers hier inconsequent: in art. 3.2.4 lid 2, wordt immers de *ontvangsttheorie* aanvaard, naar welke bepaling de *Toelichting* op p. 747 verwijst.

149. Hetgeen zoals gemeld het standpunt is van Polak. Overigens moet volgens het ontwerp ook de afstand van beperkt zakelijke rechten tweezijdig geschieden, tenzij men zich van de aan dat recht verbonden lasten wil bevrijden, vgl. art. 3.4.2.11. Vgl. daarentegen ook *Toelichting* ad art. 3.2.3, p. 184, waar van ‘afstand’ als *eenzijdige* rechtshandeling gewaagd wordt.

dan ook voor art. 6.1.10.1 te schrappen, en de afstand van recht in Boek 3 te regelen.

## b. Afstand van recht en bekrachtiging

### 4. Afstand van recht als eenzijdige rechtshandeling. 'Gerichtheid' van de handeling

In de vaste jurisprudentie van de hoge raad kan afstand van recht eenzijdig geschieden, maar dient wel de verklaring van afstand gericht te zijn tot de debiteur die het aangaat<sup>150</sup>, welke vereiste ook voor de kwijtschelding door de hoogste rechter gesteld wordt. Daarmee is de afstandsverklaring tot een 'aan mededeling onderworpen' handeling (Suijling), tot een 'empfangsbedürftige' handeling gemaakt, gelijk opzegging. Ook hier laat zich de vraag stellen op welke wijze bepaald wordt, of de handeling in kwestie wel op de debiteur gericht was: is de bedoeling van de handelende daarbij doorslaggevend, of zijn de rechtsnormen en omstandigheden maatgevend? De hoge raad zegt in het arrest van 1957 zeer fraai, dat een eenzijdige mededeling als een verklaring van afstand van recht opgevat kan worden 'wanneer zij *blijkens de omstandigheden waaronder zij is gedaan* was gericht tot den schuldenaar', doch vervolgt minder fraai: 'hetgeen medebrengt dat zij, zo zij niet is afgelegd ten overstaan van den schuldenaar persoonlijk, moet zijn afgelegd op zijn minst ten overstaan van een persoon die haar *overeenkomstig de bedoeling van hem die haar aflegt* ten behoeve van den schuldenaar in ontvangst heeft genomen' (steeds mijn curs.). Dit laatste acht ik minder fraai, omdat immers het bestaan van een volmacht (vertegenwoordigingsbevoegdheid) bij de tussenpersoon niet enkel kan afhangen van de intentie van degeen die met hem handelt, maar juist ook hier weer van de omstandigheden, die voor de toerekening – ook bij vertegenwoordiging het centrale begrip – bepalend zijn. Zowel de bedoeling van de crediteur als die van de vertegenwoordigde (debiteur), vormen slechts schakels uit het geheel van 'surrounding circumstances'.<sup>151</sup>

Maar dit doet niet af aan de waarde van de eerste zinsnede waarbij de cassatierechter benadrukt dat de omstandigheden van het geval de gerichtheid bepalen.<sup>152</sup>

150. Vgl. HR 23 jan. 1942, *NJ* 298, *Utrechtse Provinciebank - De Bruijn*; HR 2 juni 1950, *NJ* 1951-19, nt. Ph.A.N.H., *Groen - De Boer*; HR 22 november 1957, *NJ* 1958-2, nt. L.E.H.R., *Buining - Kuiper*. Vgl. voor het berusten in de zin van art. 334 Rv. HR 3 april 1941, *NJ* 835, nt. P.S., in dezelfde zin (*anders* P.S., o.g.v. het procesrechtelijk karakter van de berusting).

151. Vgl. voor deze materie, onder III, § 2, nos. 8, 11 v.

152. A-g Langemeijer zegt in zijn conclusie, vrij subtiel, dat afstand van recht een rechtshandeling is, 'en dus, zou ik menen, moet zijn een handeling, die de bedoeling om het rechtsgevolg van afstand te weeg te brengen *minstens doet veronderstellen*', mijn curs.

## I. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

Zoals al naar voren kwam roept het vereiste van gerichtheid van de verklaring op de schuldenaar met name problemen op indien sprake is van een tussenpersoon, problemen die echter in het vlak van de vertegenwoordiging liggen. De kwestie wordt dan beheerst door de vraag of de accountant (zoals in het geval *Arona - Stedehouder*, van 1937) of de notaris (zoals in de zaak *Buining - Kuiper*) door de schuldeiser mocht gezien worden als vertegenwoordiger van de schuldenaar, een vraag die de hoge raad steeds van feitelijke aard heeft geoordeeld, gezien het belang van de omstandigheden in kwestie begrijpelijk. Indien de verklaring van afstand (kwijschelding) gezien de omstandigheden niet gekwalificeerd kan worden als zijnde 'gericht' tot de debiteur, waarmee zij de ballotage niet met succes passeert, wil dit nog niet zeggen dat een dergelijke verklaring rechtens verder zonder betekenis is. Stel dat de crediteur aan een vriend, of zaken- of familierelatie van beide partijen mededeelt dat hij van zijn vordering op de debiteur afstand doet. Indien dit de debiteur ter ore komt, kan door deze omstandigheid, gevoegd bij het feit dat de schuldeiser geruime tijd niets van zich laat horen, onder omstandigheden van rechtsverwerking sprake zijn, in overeenstemming met de heersende leer in dit opzicht.<sup>153</sup> De mededeling vormt dan slechts een van de factoren die in casu tot de aanvaarding van rechtsverwerking kunnen leiden.

Dit laatste dient men voor ogen te houden indien men zich afvraagt of het vereiste van gerichtheid voor de afstandsverklaring terecht gesteld wordt. Indien men de bescherming van de individu tegen al te spontane opwellingen van vrijgevigheid een goed hart toedraagt, zal men dit vereiste kunnen onderschrijven. Indien bijv. een crediteur, in hoge mate geïrriteerd door chicanes van zijn debiteur bij een derde zijn hart lucht en zegt dat hij van X geen cent meer hoeft te zien, kan men het aanvaardbaar achten dat de crediteur door die verklaring niet jegens de debiteur gebonden wordt.<sup>154</sup> Rutten tekent in zijn noot onder het arrest *Buining - Kuiper* van 1957 aan, dat zijns inziens voor afstand van recht de gerichtheid van de verklaring op de debiteur niet als vereiste moet worden gesteld, met een beroep op de artt. 1985 en 1492 BW – die inderdaad niets van die aard voorschrijven, maar dan ook het tegendeel evenmin aantonen – en de figuur van de rechtsverwerking, die in de oudere rechtspraak nog als afstand van recht geconstrueerd werd. Rutten wijst tenslotte nog op de vloeiende grenzen

153. Vgl. echter ook onder, no. 9 v., voor een eigen opvatting over de rechtsverwerking en de verhouding tussen deze figuur en afstand van recht.

154. Vgl. in deze zin ook a-g Langemeijer in zijn conclusie voor het arrest van 1957, in afwijking van het middel. Wordt een dergelijke verklaring onder gelijke omstandigheden tot de debiteur zelf gericht, dan ligt de zaak anders: Vgl. het geval van Rb. Arnhem 13 juni 1935, *NJ* 1936-570, *Verzijl - Blommestein*. De crediteur (Prof. Verzijl) had zijn debiteur op oudejaarsavond geschreven: 'Daar U blijkbaar niet bereid is Uwe schuld correct af te doen en het mij alleen om het spel en niet om de knikkers te doen was, zie ik ervan af, er verder werk van te maken en kunt U desgewenst Uw verblijf in Domburg deze zomer verder van mij cadeau krijgen... U zult van mij dan ook niet meer hooren'. De Rb. nam hier kwijschelding aan, ook al was een reactie van de debiteur achterwege gebleven.

### § 3. AFSTAND VAN RECHT

tussen afstand van recht, en rechtsverwerking op grond van de goede trouw.

Het tot dusver betoogde over gerichtheid van de afstandshandeling had, zoals gebleken zal zijn, slechts betrekking op die handeling die bestaat in een zgn. 'uitdrukkelijke' verklaring, het doen van een mededeling door middel van woorden of gebaren. Niet ter sprake kwam de handeling bestaand in de zgn. 'stilzwijgende' verklaring, zoals een niet-doen, of het verrichten van handelingen die met de handhaving van het recht in kwestie in strijd zijn.<sup>155</sup> In die laatste situatie is eveneens van belang, dat de debiteur met betrekking tot het recht, van die gedraging kennis droeg, maar de wijze waarop de debiteur daarvan op de hoogte is gekomen speelt daarbij slechts een rol van geringere betekenis. Immers, in zo'n geval zal die gedraging *op zich genomen* niet voldoende grond bieden om afstand van recht aan te nemen; slechts bezien tegen het geheel van de omstandigheden van het geval, zal mede op grond van die gedraging de rechthebbende afstand van recht *toegerekend* kunnen worden.<sup>156</sup> De wijze waarop de debiteur van het gedrag kennis nam – hetgeen vooral speelt in geval van handelingen die met het recht in kwestie in strijd zijn – vormt hierbij slechts een van die vele omstandigheden. Hiermee is tegelijk naar voren gebracht dat ook deze rechtshandeling vastgesteld wordt door middel van *normatieve uitleg* van de gedragingen van de rechthebbende.<sup>157</sup> Dat voor deze zienswijze steun gevonden kan worden in de jurisprudentie zal hieronder nog aangetoond worden, vgl. no. 9 v. Daar zal ook de door mij verworpen opvatting inzake afstand aan de orde komen, waarbij, de wilsleer getrouw, voor de rechtshandeling afstand van recht als vereiste gesteld wordt – zoals trouwens voor elke rechtshandeling in die leer – de (werkelijke) *wil* om een recht prijs te geven.

#### 5. *Eigen opvatting. Normatieve uitleg van de afstandshandeling*

Indien men aldus, door middel van uitleg, tot de vaststelling van de rechtshandeling afstand van recht komt, wil dit nog niet zeggen dat dan niets meer het tenietgaan van het betrekkelijke recht, dan wel het prijsgeven van het recht zich op een nietigheidsgrond te beroepen, in de weg kan

155. Het traditionele onderscheid tussen 'uitdrukkelijke' en 'stilzwijgende' verklaring wordt door mij verworpen, vgl. hieronder, II, § 2, no. 3 in fine. Ook door een stilzwijgen kan nl. een rechtshandeling tot 'uitdrukking' worden gebracht. Het door mij voorgestane onderscheid berust op handelingen die in een *doen*, en die in een *niet-doen* bestaan.

156. Vgl. voor deze materie, het nog te bespreken arrest *Borsje - De Hoop* (1932), onder no. 10.

157. Bij de in woorden (gebaren) uitgedrukte verklaring zijn de omstandigheden uiteraard ook van belang bij de normatieve uitleg van die verklaring. De 'gerichtheid' van een dergelijke handeling heeft in die situatie een meer uitgesproken functie, anders dan wanneer het handelen uit een niet-doen bestaat, of uit een handeling die met het recht in kwestie in strijd is. Zie echter over het begrip 'gerichtheid', dat m.i. normatief geduid moet worden, uitgebreider hieronder II, § 1, no. 5; § 2, no. 3, m.b.t. aanbod en aanvaarding.



staan. Evenals ten aanzien van kwijtschelding, en eerder ten aanzien van opzegging door mij werd aangenomen, meen ik dat ook hier de goede trouw kan beletten dat de afstandshandeling rechtsgevolg heeft, voor het geheel dan wel voor een gedeelte. Boven deze traditionele formulering en benadering zou ik de voorkeur willen geven aan de zienswijze, dat bij *de uitleg van de handeling* de werking van de goede trouw zich in die zin kan doen gelden, dat in verband met de omstandigheden het resultaat van de uitleg slechts inhoudt de vaststelling van afstand van recht met gedeeltelijk rechtsgevolg, dan wel de vaststelling dat van afstand in het geheel geen sprake kan zijn. In het laatste geval is het resultaat van de normatieve uitleg dat men met een *feitelijke* handeling te doen heeft, en niet met de rechtshandeling afstand van recht.<sup>158</sup> Alvorens deze beperkende werking van de goede trouw voor de onderhavige figuur nader uit te werken, is het dacht ik goed ter inventarisatie mijn opvatting over afstand van recht samen te vatten, daarbij steunend op hetgeen ik hierboven ook ten aanzien van kwijtschelding opmerkte.

*Afstand van recht* zou ik willen omschrijven als: *een eenzijdige rechtshandeling, te weten een handeling – bestaande in een doen of niet-doen – verricht door de crediteur, die ingevolge de geldende rechtsnormen ten opzichte van de debiteur het tenietgaan van bepaalde verbintenissen ten gevolge heeft, dan wel het ontstaan van bepaalde verbintenissen aan de zijde van de debiteur verhindert.* Van die normen maken de volgende beginselen deel uit. Allereerst het beginsel, dat de handeling tot de debiteur (of diens vertegenwoordiger) gericht dient te zijn, welke gerichtheid aan de hand van normatieve uitleg vastgesteld moet worden. Vervolgens geldt het beginsel, dat de afstandshandeling geheel of gedeeltelijk rechtskracht kan ontberen, indien gerechtvaardigde belangen van de debiteur zich tegen afstand verzetten. In de hier verdedigde visie laat dat laatste beginsel zich als volgt formuleren: normatieve uitleg van de handeling kan met zich brengen, indien gerechtvaardigde belangen van de debiteur zich in casu tegen afstand verzetten, dat aan de handeling slechts gedeeltelijk rechtsgevolg toegekend wordt, ofwel dat de handeling niet als rechtshandeling aangemerkt wordt.

#### *6. Uitwerking van de eigen opvatting. De leer van de HR inzake in dwaling verrichte afstand. Het Nw BW*

Het zoëven gestelde verdient zoals gezegd nog nadere bespreking. Hierboven werd bij de kwijtschelding al naar voren gebracht, dat onder omstandigheden een kwijtscheldingshandeling geen rechtseffekt kan hebben, namelijk indien de gerechtvaardigde belangen van de debiteur zich daartegen verzetten. Mijns inziens is dit beginsel ook van toepassing op afstand van recht in

158. Vgl. hetgeen boven t.a.v. de opzegging opgemerkt werd, § 2, no. 5. De onderhavige problematiek wordt in algemener verband nog aan de orde gesteld in III, § 2.

### § 3. AFSTAND VAN RECHT

het algemeen.<sup>159</sup> Daarnaast werd zoëven door mij gesteld, dat de afstandshandeling *gedeeltelijk* geen rechtskracht kan toekomen. Hierbij valt te denken aan de leer van de hoge raad inzake de afstand van recht verricht onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken (dwaling) aan de zijde van de handelende. Drie arresten zie ik hier als bakens, die de ontwikkeling in de opvatting van de cassatierechter aangeven.

In het arrest van 1 december 1938, *NV Illustra - Reinartz*<sup>160</sup> betrof het een (stilzwijgende) bekrachtiging, hetgeen volgens de raad 'in wezen is het doen van afstand van een tevoren bestaand recht om beroep te doen op de nietigheid'.<sup>161</sup> Het college overweegt vervolgens dat '*wil aan een handeling deze beteekenis kunnen worden toegekend* (m.a.w. toerekening van rechtsgevolgen aan een handeling, v.D.), daarvoor bij de handelende vereischt is kennis van het bestaan van het recht, hetwelk men laat varen . . .', met een beroep op art. 1929 BW (mijn curs.). De rechtbank heeft derhalve terecht geen stilzwijgende bekrachtiging aanwezig geacht, aangezien Reinartz uitsluitend heeft betaald 'omdat zij meende daartoe wettelijk verplicht te zijn, derhalve onkundig van de bevoegdheid zich op de nietigheid der overeenkomsten te beroepen'. Van belang is nog de verwerping van een onderdeel van het middel, met de overweging:

'dat toch de daarin neergelegde stelling, dat ook een onvrijwillige ten uitvoerlegging der overeenkomst steeds bekrachtiging daarvan ten gevolge heeft, tenzij blijkt, dat het onvrijwillige der ten uitvoerlegging aan de wederpartij bekend was, geen steun vindt in de wet.'<sup>162</sup>

In het bekende arrest van 15 mei 1959, *Van Dongen - Van den Oetelaar*<sup>163</sup>, vindt men een voortzetting van deze opvatting. De hoge raad overweegt daar:

'dat het middel de stelling inhoudt dat, wanneer degeen die een wilsverklaring aflegt niet in staat is zijn wil te bepalen doch dit aan de wederpartij niet bekend is, het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij dat de verklarende wel in staat is zijn

159. Er kunnen bijv. voor de debiteur fiscale nadelen aan verbonden zijn indien een afstand van recht op een bepaald tijdstip plaatsvindt.

160. *NJ* 1939-459, nt. E.M.M.

161. In casu ging het om de vraag of de weduwe Reinartz, met het gedeeltelijk nakomen van de door haar voor de dood van haar man gesloten overeenkomsten, deze had bekrachtigd. Haar man had haar indertijd, hoewel hij wegens verkwisting onder curatele verkeerde, gemachtigd de overeenkomsten aan te gaan; op grond van 'deskundig' advies van een notaris meende de weduwe aanvankelijk tot nakoming wettelijk verplicht te zijn.

162. Meijers is het in zijn noot (laatste alinea) eens met de verwerping van dit onderdeel, met het argument: 'Het betrof hier immers *niet een vraag van uitlegging van de handeling*, maar een wettelijke voorwaarde voor het aanwezig zijn eener bekrachtiging. Iedere voorstander van normatieve uitleg zal het hiermee bepaald oneens zijn, vgl. de daareven gecursiveerde overweging van de hoge raad. De slotzin van Meijers' noot kan ik evenmin onderschrijven, aangezien daarbij het voor de dwaling ontwikkelde kenbaarheidsvereiste miskend wordt. Vgl. over die materie nog Kingma Boltjes, *preadv. NJV* 1949, I, p. 78 v. en de daar vermelde literatuur.

163. *NJ* 516, nt. D.J.V.; *AA*, IX, p. 238, nt. J.H.B.

## I. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

wil te verklaren, behoort te worden beschermd in die zin dat de verklarende nochtans aan deze verklaring gebonden is;

dat wat er zij van de juistheid van deze stelling in het algemeen, er voor een bescherming als in deze stelling bedoeld geen grond bestaat in een geval als het onderhavige, waarin de verklaring een afstand van recht inhoudt zonder dat de wederpartij daartegenover harerzijds in vertrouwen op de verklaring meer heeft gepraesteerd dan waartoe zij, naar achteraf blijkt, rechtens gehouden was'.

Het standpunt van de hoge raad wordt hier uitvoeriger toegelicht dan in 1938 het geval was, en lijkt te steunen op het artikel van Houwing – die van de kamer deel uitmaakte – *Positief en negatief belang bij rechts-schijn* uit 1944.<sup>164</sup> Uitgangspunt is, dat de bescherming van degeen die op gerechtvaardigde wijze zijn vertrouwen in een opgewekte schijn stelt, niet zover hoeft te gaan dat ook voordelen die hem aldus in de schoot geworpen werden, door hem behouden kunnen worden. De belangenafweging slaat bij een handeling om niet – aldus deze zienswijze – door naar de zijde van degeen die op grond van een onjuiste voorstelling van zaken een recht op een zaak prijs gaf. Dit beginsel vond nadere uitwerking, en daarmee verfijning, in het arrest van 10 februari 1967, *De Zaan – Intercoal*.<sup>165</sup> Een borg, NV De Zaan, had zich ex art. 1885 BW op ontslag uit borgtocht kunnen beroepen, aangezien de crediteur in kwestie, NV Intercoal, met de debiteur was overeengekomen een 2e hypotheek op een bepaald schip te vervangen door een 3e hypotheek op dat schip en enkele andere schepen. Uit onkunde van de wettelijke bepaling was De Zaan, na kennis genomen te hebben van de verandering in de verstrekte zekerheid, doorgegaan met het doen van aflossingen. De hoge raad casseert het arrest van het amsterdams hof, dat van de gedachte uitging dat een beroep op onkunde van wettelijke bepalingen niet kon baten, door allereerst de overweging van 1938, inzake de vereiste kennis van het recht dat men laat varen, opnieuw uit te spreken. Dan vervolgt het college:

'dat mogelijk is, dat een rechthebbende bij wie kennis van het bestaan van zijn recht in vorenstaande zin ontbreekt, nochtans door zijn gedragingen bij de wederpartij het vertrouwen wekt dat hij dat recht prijs geeft, en dit vertrouwen mede hierdoor gerechtvaardigd kan zijn dat de wederpartij geen rekening behoefde te houden met de mogelijkheid dat de rechthebbende dat recht niet kende;

*dat alsdan onder omstandigheden, zoals indien de wederpartij door hetgeen hij op grond van dat vertrouwen heeft gedaan in ongunstiger toestand is gekomen dan hij zonder dien zou zijn geweest, de goede trouw de rechthebbende in zijn beroep op dat recht kan beperken.'*<sup>166</sup>

164. *WPNR* 3868-3872, vgl. ook Veegens in zijn noot. Men zie voor Houwings tegenwoordige opvatting ook nog, *preadv. Cand.-Not.* 1968, *Rechtsverwerking*, p. 40 v., 62 v., en hieronder, no. 9.

165. *NJ* 1967-212, nt. G.J.S. Vgl. ook mijn opmerking over dit arrest tijdens het debat ter vergadering van de *Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking*, 1968, p. 22.

166. Mijn curs. *Anders a-g* Mevr. Minkenhof. De formulering van de HR doet denken aan de Amerikaanse 'injurious reliance doctrine', vgl. onder, IV, § 1, nos. 4, 7, 10.

### § 3. AFSTAND VAN RECHT

Deze overwegingen, die voor de eigenlijke en oneigenlijke dwaling bij eenzijdige rechtshandelingen in het algemeen van groot belang zijn, kan ik van harte onderschrijven. Zij sluiten geheel aan bij mijn beschouwingen hierboven over kwijtschelding en afstand, en bij die welke ik eerder aan opzegging wijdde. Daarbij verdedigde ik – met bij de laatste figuur een beroep op de rechtspraak van de hoge raad – dat onder omstandigheden de afweging in redelijkheid en billijkheid van de belangen van beide partijen (m.a.w. de goede trouw) kan meebrengen dat het eenzijdig uit te oefenen recht *in het geheel niet* gerealiseerd kan worden.<sup>167</sup> Minder zeldzaam zal zijn dat het recht een gedeeltelijke beperking ondergaat; bij afstand van recht kan die beperking hierin bestaan, dat men weliswaar met vrucht het recht kan uitoefenen, met dien verstande dat men daarbij tevens verplicht is – uit hoofde van de goede trouw – om de schade die de wederpartij opgelopen heeft toen hij in gerechtvaardigd vertrouwen op de verrichte afstand handelde, voor zijn rekening te nemen.<sup>168</sup>

Ook deze situatie valt niet te rijmen met de wilsleer: de gebrekkige wilsvorming van de handelende heeft niet zonder meer tot gevolg dat de verrichte rechtshandeling nietig (bij het ontbreken van een wil) of vernietigbaar (bij dwaling) is. Het feit dat de handelende onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken – negentiende-eeuws gezegd: indien zijn wilsvorming gebrekkig verliep, of in het geheel niet kon plaatsvinden – tot zijn rechtshandeling kwam, wordt in het recht wel degelijk van belang geacht, zij het dat de positie van de handelende altijd bezien wordt in verband met de positie van anderen die met de rechtshandeling geconfronteerd werden. Bij de tweezijdige rechtshandeling onder bezwarende titel leidt dit in de leer van de hoge raad (*Eelman – Hin*) tot de uitkomst dat het verkeersbelang eist dat men de belangen van de wederpartij laat prevaleren boven die van de dwalende (in ruime zin)<sup>169</sup>, terwijl bij de eenzijdige rechtshandeling in de boven beschreven constructie het belang van de handelende alleen dan opgeld doet, indien het belang van de derde die de handeling aangaat zich daar niet tegen verzet, als vereiste van de goede trouw. De schijnwerper is wederom niet uitsluitend op het individu van de handelende en diens soevereine wil gericht.

167. G. J. Scholten acht dit in zijn noot niet waarschijnlijk, gezien het woordgebruik van de hoge raad. Ik breng hierbij in herinnering dat Scholten in zijn noot onder het *Sanders - Sanders-arrest* van 1966 — in mijn ogen een *leading case* op het terrein van opzegging — voor de beperking van het recht van opzegging o.g.v. de goede trouw *voor het geheel*, geen oog had. Vgl. boven § 2, no. 11. Als in de tekst ook: Houwing, p. 63, vgl. ook p. 42.

168. Scholten giet dit in zijn noot in de vorm van een voorwaardelijk recht voor de recht-hebbende, 'nl. slechts als hij vergoeding van het negatief belang aanbiedt, wat dan soms misschien het beste kan in de vorm van afstand van recht'. De annotator ziet dus het zich houden bij de opgewekte schijn door de rechthebbende, door zich bij de afstand van recht neer te leggen, slechts als vorm van schadevergoeding, niet als rechtstreeks geboden door de goede trouw.

169. Anders dan Houwing, p. 40 en G. J. Scholten in zijn noot, kan ik het verkeersbelang en de billijkheid niet als gescheiden grootheden zien, waarvan in casu de eerste zou prevaleren.

Art. 3.2.3 van het ontwerp-BW is door deze ontwikkeling in de jurisprudentie, die in de doctrine – naar het zich laat aanzien – weinig tegenstand ontmoet, in een ander licht komen te staan, waar het de eenzijdige rechtshandeling betreft. Het ontwerp heeft een uniform systeem voor een meerzijdige rechtshandelingen, dat inhoudt dat een ieder die te goeder trouw een handeling (verklaring) zo opvat, als onder de gegeven omstandigheden een redelijk oordelend mens hem mocht opvatten, de handelende aan die handeling mag houden. De andere mogelijkheid – nietigheid van de handeling gekombineerd met vergoeding van het negatieve belang – wordt door Meijers als ‘te subtiel onderscheid’ uitgeschakeld; de regeling van het ontwerp wordt geacht in overeenstemming te zijn met ‘de zekerheid die de praktijk behoeft’.<sup>170</sup> Ik wil op deze plaats in het midden laten of het stelsel van het ontwerp voor het wordend recht niet aantrekkelijker is dan het thans gangbare<sup>171</sup>, waarvoor het stellig recht op tal van plaatsen aanknopingspunten biedt, gelijk Houwing in zijn artikel van 1944 aantoonde (nog met betrekking tot het wegvallen van derdenbescherming bij een handeling om niet, de regel *Van Dongen - Van den Oetelaar*). Die kwestie hangt o.a. samen met de vraag of men met het aanvaarden van de ‘hard and fast rule’ van het ontwerp, niet zijn fiat geeft aan een ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van degeen tot wie de handeling gericht was, gelijk bijv. Houwing meent, *preadv.* p. 63. Die rechtvaardiging kan evenwel in het verkeersbelang, en daarmee tegelijk in het belang van de derde liggen. Voor een oordeel daarover moet men echter kunnen steunen op een analyse van de eisen van het rechtsverkeer, en van de opvattingen die daarover leven. Of het ‘gedane zaken nemen geen keer’ ook hier moet gelden, valt derhalve niet in een handomdraai te beoordelen.<sup>172</sup> Intussen is wel opmerkelijk dat het stelsel van het ontwerp nóg minder rekening houdt met de soevereiniteit van de wil van de handelende, dan het in het systeem van de hoge raad al het geval is.<sup>173</sup>

### 7. Bekrachtiging opgevat als afstand van recht

Om terug te keren tot mijn omschrijving van afstand van recht, tot deze fi-

170. *Toel.* p. 184, onder verwijzing naar engels recht.

171. Aldus Van Opstall bij het debat van de broederschapsdag van cand.-notarissen van 1968, met als argument dat het schadebewijs voor degeen, die het voordeel kreeg te bezwaard is. Vgl. voor de toepassing van de goede trouw bij de bewijslastverdeling in deze, G. J. Scholten in zijn noot in *NJ* 1968-251. Vgl. verder ook nog Kingma Boltjes, *preadv. NJV* 1949, p. 76 v.

172. Vgl. voor deze materie nog onder III, § 5, no. 7, waar door mij in beginsel de zijde van het ontwerp gekozen wordt.

173. De *Toelichting* stelt op p. 184: ‘Het ontwerp volgt niet de dogmatische redenering, volgens welke bij gebreke van wil een rechtshandeling niet geldig kan zijn’; uit deze stelling worden echter geen consequenties getrokken m.b.t. de vereisten voor de rechtshandeling, art. 3.2.2, vgl. voor die materie onder III, § 7, nos. 2, 7 v.

guur reken ik ook de bekrachtiging, in navolging van de hoge raad in het zoëven besproken arrest *Illustra - Reinartz*. In de wet wordt over het karakter van de bekrachtiging slechts opgemerkt, dat zij ook stilzwijgend kan geschieden, vgl. de artt. 1492 en 1929 BW, hetgeen alle mogelijkheden biedt voor de toerekeningsgedachte, in de door mij voorgestane zin.<sup>174</sup> Zo stelt art. 1929, lid 3, dat vrijwillige nakoming van een verbintenis 'wordt gerekend voor eenen afstand der middelen en exceptiën, welke men anders tegen die akte zou hebben kunnen in het midden brengen'. Handelen en stilzitten van de debiteur vallen hier samen, paradoxaal genoeg.<sup>175</sup>

*8. Aan de figuur van kwijtschelding naast afstand van recht is geen behoefte*

Bij een aldus geconstrueerd afstand van recht, bestaat mijns inziens voor het huidig recht geen behoefte aan de conceptie van kwijtschelding als een zelfstandige rechtsfiguur. Het is een species van het genus afstand van recht, een verschijningsvorm die door regels beheerst wordt die synchroon lopen met die betreffende afstand van recht in het algemeen. Gezien de huidige stand van rechtspraak en doctrine behoeft de beslissing om de kwijtschelding de status van zelfstandigheid te ontnemen niet voor het *ius constituendum* gereserveerd te worden.<sup>176</sup>

**c. De verhouding tussen de rechtsfiguren afstand van recht en rechtsverwerking op grond van de goede trouw**

*9. De opvatting van Meijers en Houwing inzake afstand van recht en rechtsverwerking*

Men kan de afstand van recht niet bespreken zonder ook de rechtsverwerking op grond van de goede trouw in de beschouwingen te betrekken. Ik

174. Vgl. voor het aannemen van stilzwijgende bekrachtiging op grond van gedragingen, HR 21 mei 1943, *NJ* 472. En verder het geval van een accountant die wist bedrogen te zijn, en desondanks om uitstel van betaling verzocht, waaromtrent het hof Amsterdam 9 juni 1943, *NJ* 651, *Bekking - Strengholt*, overweegt 'dat zijn verzoeken om uitstel — ook in aanmerking genomen zijn ontwikkeling en rechtskennis — moeten worden beschouwd als een bekrachtiging van de gesloten overeenkomst', waardoor een beroep op bedrog uitgesloten wordt (mijn curs.). Vgl. ook nog Rb. Rotterdam 10 okt. 1951, *NJ* 1953-162 (geen bekrachtiging van overeenkomst indien deze buiten iemands medeweten is gesloten).

175. Vgl. voor bekrachtiging van nietige rechtshandelingen, het opstel van Van Brakel in de *Van Oven-bundel* (1946), p. 62 v., en het *preadv. Cand.-Not.* 1947 van Eggens.

176. Afstand van beperkt zakelijke rechten, afstand van de huwelijksgemeenschap (vgl. het onbevredigende arrest HR 24 juni 1938, *NJ* 1939-337, nt. P.S. dat onder III, § 5, no. 3, nog ter sprake komt), en de berusting in de zin van art. 334 Rv. laat ik verder buiten beschouwing. Vgl. voor die laatste figuur ook nog onder, no. 13 in fine, p. 98.

moest nog nagaan in hoeverre voor mijn standpunt inzake afstand steun te vinden is in de rechtspraak; het lijkt mij het meest praktisch dit te doen in het kader van de confrontatie van de twee zoëven genoemde rechtsfiguren, waarbij aan de laatste figuur sinds kort de naam van Houwing verbonden is. Alvorens nu het rechtersrecht op te tekenen, dient Houwing opvatting over de afstand aangegeven te worden, welke opvatting zoals zal blijken bepalend is voor zijn benadering van de rechtsverwerking, in de door hem aangebrachte vormgeving.

In zijn preadvies voor de *Broederschap van Cand.-Notarissen* van 1968, *Rechtsverwerking*, stelt Houwing in klare taal dat slechts sprake is van afstand van recht, indien in gedragingen van de gerechtigde 'de werkelijk bestaande wil tot uitdrukking komt het recht prijs te geven'.<sup>177</sup> Gezien dit uitgangspunt, dat men voor een goed begrip van Houwings standpunt steeds voor ogen moet houden, is het begrijpelijk dat hem een doorn in het dogmatische oog is, de onoprechte wijze waarop in de rechtspraak om een overigens oirbaar doel te bereiken afstand van recht door de rechthebbende gefingeerd wordt, door middel van de 'stilzwijgend'-constructie. Schr. fulmineert dan ook tegen de door de rechter zo vaak gehanteerde 'geacht moet worden'-formule<sup>178</sup>, en betuigt wederom<sup>179</sup> zijn instemming met Meijers' kruistocht tegen de stilzwijgende wilsverklaring in diens bekende artikel van 1937.<sup>180</sup>

Vergelijkt men hetgeen Meijers in dat artikel ten aanzien van afstand van recht en rechtsverwerking betoogt met de zoëven weergegeven zienswijze van Houwing, dan blijkt het betoog van de laatste slechts een uitwerking te zijn van Meijers' opvatting in deze materie.<sup>181</sup> Ook Meijers spreekt van 'het persen van de verwerking in een stilzwijgende afstand', door de hoge raad. Dit uitgangspunt, afstand van recht op basis van de wil van de rechthebbende, zal bij de hiervolgende analyse van de jurisprudentie getoetst worden, want het zal duidelijk zijn dat alleen indien dit houdbaar blijkt, de door Houwing – en eerder door Meijers – geformuleerde kritiek gegrond kan zijn.

Om Houwings visie op de afstand van recht af te ronden: naar zijn mening is er voor de vertrouwensleer geen plaats bij afstand van recht, omdat in die leer volgens schr. *vertrouwen in de wil* van de andere partij gewekt moet zijn, en in de onderhavige situatie doorgaans de rechthebbende van het bestaan van het recht geen weet heeft, laat staan een wil daaromtrent heeft, p. 22. Ficties zijn derhalve onvermijdelijk. Deze aanvechtbare lezing van de vertrouwensleer, gezien door de bril van de wilsleer<sup>182</sup> verklaart

177. p. 35, mijn curs.; vgl. ook pag. 62.

178. p. 19, vgl. ook p. 64, nt. 85.

179. Vgl. ook zijn noot onder het *rederij Koppe*-arrest van 1949, zie onder bij de uitleg van overeenkomsten, III, § 3, no. 5.

180. *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring*, *Verz. Opst.* III, p. 277 v.

181. t.a.p. p. 292 v.

182. Vgl. voor de bestrijding van deze, in de school van Meijers gangbare visie, onder, III, §§ 7, 8.

ook waarom Houwing ertoe komt een variatie op de vertrouwensleer aan te brengen, die zich voor toepassing leent bij de rechtsverwerking buiten de wil van de rechthebbende om, uitsluitend steunend op de eisen van goede trouw. Al is er geen vertrouwen gewekt dat de rechthebbende afstand wilde doen, dan kan er nog vertrouwen gewekt zijn dat het recht in kwestie niet bestond.<sup>183</sup> Dank zij de uitbreiding die schr. – in zijn ogen – aan vertrouwensleer geeft, is voor hem de weg vrij om deze leer in te schakelen bij een vorm van rechtsverwerking waarbij ficties van wil, en derhalve ficties van afstand van recht vermeden kunnen worden. Overigens komt Houwing in zijn preadvies terug op het door hem in 1944 ingenomen standpunt dat de hoge raad in zijn vooroorlogse rechtspraak bij afstand de vertrouwensleer (in de zin van vertrouwen in de wil) aanvaard zou hebben. Een nadere ontleding van deze rechtspraak brengt schr. tot de conclusie, ‘dat deze niet op de vertrouwensleer is gebaseerd, maar – zij het in strijd met de feiten – in rechtsverwerking een *werkelijk gewilde* afstand ziet’, p. 41, mijn curs. Vgl. ook p. 8 v., waar schr. deze rechtspraak ‘niet gerechtvaardigd’ noemt.

*10. Analyse van de vooroorlogse jurisprudentie. Bestrijding van de visie van Meijers en Houwing*

Dan is het nu zaak de rechtspraak van de hoge raad te analyseren, ten einde na te gaan of deze steun biedt voor Houwings standpunt, dat de hoogste rechter afstand op de wil van de rechthebbende baseert en daarbij niet schroomt met de feiten te marchanderen, dan wel voor de door mij hierboven verdedigde opvatting, waarbij met loslaten van het wilsbegrip, afstand gezien wordt als een rechtshandeling die de rechthebbende op grond van zijn gedragingen in verband met de omstandigheden toegerekend wordt. Allereerst de vooroorlogse rechtspraak, waarop ook Houwing zich beroept ter ondersteuning van zijn standpunt, p. 2 v.

In arresten uit de twintiger jaren stelt de hoge raad herhaaldelijk dat de feitelijke rechter *uit bepaalde feiten een aanvaarding* van een geleverde zaak *afleidt*, hetgeen een afstand van het recht om uit wanprestatie te ageren inhoudt.<sup>184</sup>

Illustratief is het arrest van 8 december 1927<sup>185</sup>, waarbij de hoge raad overweegt:

183. p. 22, 47 v. Dit gegeven wordt nader uitgewerkt in hfdst. II van het preadv., p. 49 v. Het hoofdstuk dat erop volgt is gewijd aan die gedragingen die een onredelijke verzwarende van de positie van de verplichte meebrengen, en derhalve rechtsverwerking ten gevolge kunnen hebben.

184. Vgl. HR 4 dec. 1924, NJ 1925-274, *Benes & Co. - Taschl*; HR 11 juni 1920, NJ 703, *Van Namen - Van Rietschoten*; HR 14 april 1927, NJ 1180, *Scheepvaart en Steenkolen Mij. - Terwindt en Arntz*.

185. NJ 1928-336, nt. E.M.M., *Kerstholt - Rasker*.



## I. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

‘dat het bestreden arrest in dien zin is te verstaan, dat het Hof uit de gedragingen van Kerstholt na het ontdekken der gebreken – het niet terstond of althans kort daarop ter beschikking van zijn wederpartij stellen van de woningen – de gevolgtrekking heeft gemaakt, dat hij ondanks het ontdekken van die gebreken niet heeft willen terugkomen op de aanvankelijke aanvaarding van die woningen, en daardoor te kennen heeft gegeven deze wet met haar gebreken goed te keuren; . . .

dat . . . *hierin ligt óf* erkenning dat de geconstateerde gebreken niet in strijd zijn met de eischen die ingevolge het contract mogen worden gesteld, *óf afstand van het recht* om zich op zoodanigen strijd te beroepen;

dat, waar geen van de in het middel aangehaalde wetsartikelen bepaalt onder welke omstandigheden een goedkeuring in bovenvermelden zin mag of moet worden aangenomen, het Hof, *door haar af te leiden uit een niet ter beschikking stellen van de woningen*, die wetsartikelen niet heeft kunnen schenden’ (mijn curs.).

Volgens de hoge raad kan uit de omstandigheden een afstand van recht ‘afgeleid’ worden, ook indien de koper, alvorens de zaak te gebruiken of te verwerken, uitdrukkelijk protesteert tegen de aanwezigheid van gebreken. Vgl. het arrest van 8 juni 1923, en dat van 4 december 1924.<sup>186</sup> Het is te begrijpen, dat dit volgens Houwing (p. 9, vgl. ook p. 17) niet door de beugel kan, omdat hier toch van een baseren van een erkenning dan wel een afstand op de *wil* van de protesterende koper geen sprake kan zijn. In de visie van de hoge raad moet men echter alle gedragingen van de rechthebbende in ogenschouw nemen, en komt niet die gedraging welke op de wil van die persoon zou teruggaan (de protestverklaring) daarom reeds voorrang boven andere gedragingen toe.<sup>187</sup>

De ontwikkeling in de gedachtengang van de hoge raad, waarbij de wil van de rechthebbende losgelaten wordt, wordt in de jaren dertig markanter. In een uitspraak van 7 januari 1932<sup>188</sup> stelt de cassatierechter, dat het hof niet de stelling heeft aanvaard dat het recht uit wanprestatie te ageren verloren gaat indien men niet terstond reklameert, en vervolgt dan:

‘dat toch de beslissing steunt op ’s Hof’s *waardeering van de beteekenis van eischers gedragingen*, uit welke het Hof *afleidde*, dat deze eischer, met kennis van zaken, de levering, zooals die door verweerster was geschied, heeft goedgekeurd, en daarmee genoegen heeft genomen, welke beslissing is van feitelijke aard, terwijl het Hof daaraan met juistheid de slotsom verbond, dat tegen deze wilsverklaring niet met vrucht op wanprestatie beroep kan worden gedaan’ (mijn curs.).

Hier stelt de cassatierechter met zoveel woorden dat in het geding is de *waardering van de betekenis van de gedragingen* van de rechthebbende, der-

186. Resp. NJ 1923-952, *Ruyter - ‘De Hoop’*, en het al genoemde *Benes & Co. - Taschl.*

187. De omstandigheden kunnen echter ook van die aard zijn, dat de koper die na een onmiddellijke klacht over de ondeugdelijke levering de zaken desondanks gebruikt, toch geacht wordt zijn recht uit wanprestatie niet te hebben prijsgegeven, bijv. indien hij door de eisen van zijn bedrijf daartoe genoodzaakt is, en i.v.m. zijn verplichting de veroorzaakte schade zoveel mogelijk te beperken. Vgl. in die zin het al genoemde *Scheepvaart en Steenkolen Mij - Terwindt & Arntz* van 1927 (het doven van een oven zou grote schade opgeleverd hebben). Vgl. verder nog HR 10 mei 1928, NJ 1226, *Zimmermann - Hartmans.*

188. NJ 1932-374, *Leguit - Den Oudsten & Domburg.*

### § 3. AFSTAND EN RECHTSVERWERKING

halve de vaststelling van de rechtsgevolgen van gedragingen, hetgeen niet anders is dan *uitleg*, in de hier verdedigde normatieve zin.

Deze conclusie vindt zijn bevestiging in een ander arrest van datzelfde jaar, van 15 januari 1932, *Borsje - 'De Hoop'*.<sup>189</sup> Borsje was in dienst van bakkerij 'De Hoop'; voor zijn ontslag hadden de leden van het pensioenfonds – waartoe ook B. behoorde – tot liquidatie besloten, terwijl leden en gepensioneerden premies teruggestort zouden krijgen en verdere pensioenuitkering zou worden gestaakt. Het verdere verloop van de geschiedenis wordt uit de overwegingen van de hoge raad duidelijk:

'dat toch de Rechtbank uit het feit, dat de eischer onder de aangegeven omstandigheden kwijting gaf, *afleidde*, niet alleen dat hij in de restitutie van door hem betaalde premie berustte, maar ook, dat hij – volgens het interlocutoir vonnis vanzelfsprekend – zijn recht op pensioen prijs gaf;

dat door deze beslissing de Rechtbank *den inhoud der stilzwijgende wilsverklaring* van eischer, blijkende uit zijn met zekere wetenschap handelen, *vaststelde*, waardoor aan zijn aanspraak op pensioen een einde werd gemaakt, tegen welke vaststelling in cassatie niet kan worden opgekomen;

dat zulk eene wilsverklaring naar haren aard geenszins dubbelzinnig behoeft te zijn, zoodat, nu uit het vonnis *niet blijkt dat de Rechtbank deze wilsverklaring voor onderscheidene uitleggingen vatbaar achtte*, het slot van het middel feitelijkten grondslag mist' (mijn curs.).

Hieruit blijkt dat de hoogste rechter het 'afleiden' van afstand van recht uit de omstandigheden ziet als de uitleg, de vaststelling van de inhoud van de stilzwijgende wilsverklaring. De slotoverweging is hierom nog van groot belang, aangezien het middel klaagde dat de rechtbank aan de *bedoeling* van de rechthebbende voorbij was gegaan – nl. in die zin dat Borsje zijn recht op pensioen voor de toekomst niet wilde prijsgeven – en een evenmin naar buiten blijkende wetenschap bij B. afdoende achtte om tot zijn oordeel te komen. Het middel betoogt met een beroep op de artt. 1378 e.v., dat in casu 'de handelingen die toestemming behelzen' derhalve voor onderscheiden uitleggingen vatbaar zijn, zodat een onderzoek naar de bedoelingen van partijen ingesteld had moeten worden. Uit de verwerping van dit onderdeel van het middel door de raad, mag geconcludeerd worden dat de interne bedoeling van de rechthebbende, zijn wil, bij de uitleg van zijn handeling, derhalve ook bij de toerekening van afstand van recht, buiten beschouwing kan blijven.

Uit Meijers' noot blijkt weer zijn totaal andere benadering van de problematiek, te wijten aan zijn aanvaarden van de historisch-psychologische uitlegmethode. De uitleg van stilzwijgende wilsverklaringen stellend tegenover die van in woorden uitgedrukte verklaringen – waarvoor de artt. 1378 e.v. eigenlijk geschreven zijn – waar slechts uitleg naar 'grammaticale beteekenis' op zijn plaats is, merkt schr. op: 'Een in woorden of in daden vervatte stilzwijgende verklaring kan slechts met behulp van ander

189. NJ 1932-380, nt. E.M.M.

uitleggingsmateriaal vastgesteld worden en *is steeds, gelijk trouwens ook de grammaticale uitlegging, een zoeken naar een bedoeling*', mijn curs. Hierdoor wordt ook begrijpelijk hoe Meijers, en in navolging van hem Houwing, de steeds herhaalde stelling van de hoge raad uit die jaren interpreteert, nl. dat het 'afleiden' van afstand van recht een *feitelijke* kwestie is, niet ter beoordeling in cassatie. Hieronder verstaat Meijers het *feitelijk* vaststellen wat de *bedoeling* (de wil) van de rechthebbende was, toen hij een op afstand gelijkende gedraging verrichtte.<sup>190</sup> Terwijl mijns inziens de hoge raad slechts wil zeggen, dat de uitleg van de afstandshandeling zozeer door de *omstandigheden van het geval* bepaald wordt, dat deze zich aan de beoordeling van de cassatierechter onttrekt, en alleen een marginale toetsing op zijn plaats is. Men zie bijv. het arrest *Scheepvaart en Steenkolen Mij - Terwindt & Arntz* van 1927: de hoge raad stelt daar dat geen wetsartikel bepaalt onder welke omstandigheden het geleverde als goedgekeurd geldt, en 'dat daaruit volgt, dat het *aan de rechter die over de feiten oordeelt, blijft overgelaten om naar de omstandigheden van het geval te beslissen, of een definitieve goedkeuring*, die aanspraak op schadevergoeding wegens wanpraestatie uitsluit, *heeft plaats gehad*', mijn curs.<sup>191</sup> Evenals bij de uitleg van rechtshandelingen in het algemeen, moet de uitleg van de afstandshandeling gezien worden als betreffende een rechtsvraag, die echter zo feitelijk gekleurd is, dat de cassatierechter in zijn toetsingsmogelijkheden beperkt is. Anders Houwing<sup>192</sup>, die het bepalen van afstand van recht als een feitelijke vraag ziet. Zijn opmerking over de wijze waarop de hoge raad het hanteren van de goede trouw door de feitelijke rechter toetst, namelijk door enkel na te gaan of de laatste zonder miskenning van art. 1374 tot zijn beslissing is kunnen komen, komt echter overeen met hetgeen ik daareven ook ten aanzien van de afstand stelde.

Uit deze analyse van de rechtspraak van de hoge raad van voor de oorlog meen ik te kunnen concluderen, dat daarin steun kan worden gevonden voor de door mij verdedigde opvatting, terwijl ik niet kan inzien hoe die rechtspraak Houwings lezing daarvan kan rechtvaardigen. Bij de bespreking van de arresten liet ik steeds naar voren komen op welke wijze mijns inziens Houwings visie te kort schiet.

### *11. Maaskant - De Oude (1952). Samenvatting eigen opvatting inzake afstand - rechtsverwerking*

Dan zou ik vervolgens nog willen nagaan in hoeverre de zoëven beschreven

190. Vgl. ook Houwing, p. 41, die — zoals ik al opmerkte — meent dat de hoge raad in zijn vooroorlogse rechtspraak '— zij het *in strijd met de feiten* — in rechtsverwerking een *werkelijk gewilde* afstand ziet', mijn curs.

191. In hetzelfde arrest herhaalt de HR het standpunt zoals een jaar tevoren in *Kerstholt - Rasker* neergelegd, dat bij goedkeuring 'in ligt', hetzij erkenning dat levering conform contract geschiedde, hetzij een afstand van recht om uit wanprestatie te ageren.

192. p. 35 v., vgl. ook p. 29, alwaar verwezen wordt naar Veegens' *Cassatie*.

zienswijze van de hoge raad, de toerekening van afstand van recht aan een rechthebbende door middel van normatieve uitleg van diens handelingen, in de naoorlogse rechtspraak van het college is terug te vinden. Allereerst het arrest *Maaskant – De Oude*, van 14 november 1952<sup>193</sup>, in de ogen van Houwing een mijlpaal in de leer van de hoge raad op dit gebied. Sinds 1952 mag – aldus Houwing p. 28 – worden aangenomen dat de goede trouw verval van een recht door rechtsverwerking kan meebrengen, en daarmee ‘zijn we dan bevrijd van een opvatting die naar mijn mening te onzent altijd aan een redelijke ontwikkeling van het begrip rechtsverwerking in de weg heeft gestaan’, een opmerking die bij mij gemengde gevoelens teweegbrengt. Het merkwaardige is ook, dat schr. – terecht – opmerkt dat het in 1952 ingenomen standpunt ‘niet volkomen nieuw is’, met een verwijzing naar het bekende arrest van 10 november 1927, *Verz. Mij Almelo - Vermeulen*<sup>194</sup>, een kwestie waarop ik zo dadelijk nog terugkom. In het arrest van 1952 overweegt de hoge raad:

‘Dat het Hof dienaangaande heeft geoordeeld, dat *onder de omstandigheden welke in 's Hofs arrest nader zijn omschreven niet kan worden aangenomen, dat De Oude zijn recht heeft verwerkt;*

dat voor zover in dat beroep op rechtsverwerking opgesloten lag, dat De Oude *stiltwijgend van zijn rechten heeft afstand gedaan*, het Hof op feitelijke, en dus in cassatie onaantastbare gronden heeft vastgesteld, dat zulks niet het geval is, en, voor zover in dat beroep opgesloten lag, dat *de goede trouw onder de gegeven omstandigheden De Oude verbodt zijn rechten te doen gelden*, het Hof zonder miskennis van art. 1374 BW op de in het arrest vermelde gronden deze stelling kon verwerpen’ (mijn curs.).

Deze tweeledige grondslag voor rechtsverwerking welke de hoge raad formuleert – waarvan vooral het laatste gedeelte de aandacht van schrijvers als Rutten<sup>195</sup> en Houwing getrokken heeft – is in verschillende opzichten interessant. Allereerst blijkt, dat de cassatierechter – overigens conform het spraakgebruik van voor de oorlog<sup>196</sup> – onder het begrip rechtsverwerking (mede) begrijpt de afstand van recht.<sup>197</sup> Daarnaast is terecht sprake van een *nevenschikking* van (normatief gedachte) afstand van recht enerzijds, en de *beperving van* (de uitoefening van) *een contractueel recht op grond van de goede trouw* anderzijds. Een juxtapositie die door de schrijvers, ik noem weer Houwing, niet onderkend is. Het tweede element van dit duo, is gelijk de laatste schr. ook vermeldt, in het geheel niet nieuw. Ook deze wetenschap verhindert Houwing niet om aan te nemen dat het laatste element

193. NJ 1953-135, nt. D.J.V.

194. NJ 1928-251, nt. E.M.M.

195. Bijv. al in zijn noot in NJ 1957-124, onder *Blom - Van Woudenberg*.

196. à titre d'exemple: Meijers in zijn noot in NJ 1932-380, *Borsje - De Hoop*.

197. Dat de bepaling daarvan ‘feitelijk’ geacht wordt, moet men lezen tegen de geschetste achtergrond van de vooroorlogse jurisprudentie: in feite blijkt de feitelijkheid gelijk te stellen te zijn met het traditioneel niet-feitelijk gedachte karakter van het toetsen op het beginsel van art. 1374, vgl. boven, no. 10.

het eerste *vervangt*, als correctie daarop. Mijns inziens is het eerder zo, dat, zoals ook de hoge raad aangeeft, hier sprake is van een raaklijn van twee rechtsfiguren, of liever rechtsbeginsels. Enerzijds het beginsel dat een recht-hebbende afstand kan doen van zijn recht, hetgeen op normatieve wijze bepaald wordt aan de hand van de door hem verrichte handelingen, en waarbij geldt dat die toe te rekenen afstandshandeling beperkt, en zelfs belet kan worden door de goede trouw. Anderzijds het beginsel van nog algemener aard, dat een contractueel recht altijd slechts in zoverre gelding heeft, als overeenkomt met de goede trouw. Het betreft hier twee verschijningsvormen van eenzelfde grondgedachte: de eerste vorm ('afstand van recht') getuigt van een dynamische benadering, bepaalde rechtsgevolgen – het teniet gaan van een recht – worden iemand op grond van *zijn gedragingen* toegerekend, tegen wil en dank, de tweede vorm ('rechtsverwerking') biedt een meer statisch beeld: vastgesteld wordt *wat een recht inhoudt*, en bij die eveneens normatieve uitleg zijn de gedragingen van de rechthebbende van cruciale betekenis. In de eerste benaderingswijze staat de *handeling* centraal, in de tweede de *bevoegdheid* om zich op een recht te beroepen.<sup>198</sup>

## 12. *Figuur van rechtsverwerking o.g.v. de goede trouw is niet nieuw*

Al enkele malen werd gesteld dat de figuur, bekend als rechtsverwerking op grond van de goede trouw, in ons recht geen novum is. Daarbij zou ik nog even willen stilstaan.

Houwing noemt het standpunt dat de hoge raad zijns inziens met ingang van 1952 ingenomen heeft 'niet volkomen nieuw', p. 30. Al spreekt de raad sindsdien met zoveel woorden van rechtsverwerking, aldus schr., het beginsel valt ook in vroegere rechtspraak te onderkennen (zonder dat van afstand van recht sprake is), waarop schr. bij wijze van voorbeeld wijst op *Verz. Mij Almelo - Vermeulen*, van 10 november 1927 *NJ* 1928-251, nt. E.M.M., waar wegens een gedraging van de Almelo haar beroep op statutaire bepalingen in strijd met de goede trouw werd geacht. Deze uitspraak staat zoals bekend op een lijn met het kort tevoren gewezen arrest inzake de directeur van een NV die bedrog had gepleegd en zich na het uitkomen daarvan beriep op de hem verleende décharge door de A.V., HR 20 juni 1924, *NJ* 1107, *Truffino - De Kanter c.s.*, vgl. ook HR 17 juni 1921 *NJ* 737, *Deen - Perlak Petroleum Mij*. Het is jammer dat Houwing daarbij geen aandacht schenkt aan een voor de rechtsverwerking veel belangrijker arrest uit de – voor de goede trouw – gay twenties: HR 2 november 1922, *NJ* 1923-90, *Verwayen - Eerste Ned. Automobiel Mij*. De casuspositie wordt uit de hierna volgende overwegingen duidelijk (Verwayen was directeur van de NV die nu als procespartij tegenover hem staat). Het haagse hof overweegt:

'dat toch de Rechtbank terecht heeft overwogen dat na haar vonnis van 6 mei 1919, waarbij de beslissing over de hoofdzaak aan scheidslieden werd overgelaten, het op Verwayens weg had gelegen om, wanneer hij meende, dat de benoeming van scheids-

198. De methodische aspecten van deze materie worden hieronder nog uitvoerig aan de orde gesteld, vgl. III, § 2, no. 1 v.

### § 3. AFSTAND EN RECHTSVERWERKING

lieden slechts kon plaatsvinden in eene door hem uitgeschreven vergadering, zulk eene vergadering uit te schrijven;

dat, nu hij dit niet heeft gedaan en gedurende het tijdverloop, gelegen tusschen laatstgenoemd vonnis der Rechtbank en de vergadering van 22 november daaraan volgende, waarin de scheidslieden benoemd zijn – dus meer dan zes maanden – heeft stilgezeten, hij *geacht moet worden* zijn recht te hebben verwerkt om op te komen tegen de wettigheid van een door een ander, namelijk: Van der Valk, uitgeschreven vergadering (voor) welke ook hij, Verwayen, is opgeroepen;

dat toch niet is aan te nemen, dat Verwayen door stil te zitten en niets te doen eene beslissing door scheidslieden geheel onmogelijk zou kunnen maken’.

De hoge raad meent, dat het enige punt dat in cassatie ten toets moet komen is: ‘of het Hof, *door de bedoelde verwerking van recht aan te nemen*, de in de middel aangehaalde wetsbepalingen, met name *artikel 1374 BW heeft geschonden of verkeerd toegepast*’, steeds mijn curs., en geeft als oordeel:

‘dat volgens het derde lid van artikel 1374 BW, hetwelk blijkens het boven overwogene ten deze alleen van belang kan zijn, alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebracht;

dat het Hof kennelijk heeft geoordeeld dat, zoo de vennootschap en Verwayen door overeenkomst aan elkander verbonden mochten zijn, eene uitvoering daarvan te goeder trouw medebracht, dat Verwayen, nadat de rechter overeenkomstig zijn, Verwayens verzoek, de beslissing der hoofdzaak aan scheidslieden had overgelaten, zelf eene aandeelhoudersvergadering tot benoeming van scheidslieden uitschreef, zoo hij dit den eenigen wettigen weg oordeelde om tot zoodanige benoeming te geraken, en dat nu hij zulks niet deed en door stil te zitten, en niets te doen, de beslissing door scheidslieden geheel onmogelijk zou maken, hij de *overeenkomst niet te goeder trouw uitvoerde en dusdoende zijn recht ter zake deed teloorgaan*;

dat door deze beslissing het Hof niet is gegaan buiten de grenzen van het wettelijk begrip; ten uitvoerbrengring te goeder trouw van overeenkomsten, waarvan in art. 1374, derde lid BW sprake is’ (mijn curs.).

Het hof had een formulering gebruikt – ‘geacht moet worden zijn recht te hebben verwerkt’ – die overeenstemt met de wijze waarop men in die jaren rechtsverwerking door afstand van recht onder woorden bracht. De hoge raad nu, doet een in verschillende opzichten opmerkelijke uitspraak. Terwijl p-g Noyon, kennelijk opgevoed met de *nulla poena*-regel, lakoniek opmerkt dat geen der aangehaalde wetsartikelen iets omtrent verwerking van recht bepaalt, zodat van schending of verkeerde toepassing der wet geen sprake kan zijn, brengt de hoge raad de rechtsverwerking nadrukkelijk onder de vigeur van art. 1374 lid 3. Wordt daarmee nu ook de rechtsverwerking bij wege van afstand van recht aan de eisen van goede trouw onderworpen geacht? Indien men let op het woordgebruik van de hoge raad – door stil te zitten, hetgeen in strijd met de goede trouw geacht moet worden, – ‘deed V. zijn recht *dusdoende* teloorgaan’ – kan men dit zeer wel als een stilzwijgende afstand van recht zien, af te leiden uit de gedraging van V, waarmee een bevestigend antwoord op die vraag op zijn plaats is. Ziet men dit anders, dan is nog de uitkomst van het dictum, dat rechtsverwerking – in de zin dan dat de goede trouw op grond van V’s gedraging een beroep op zijn recht belet – beheerst wordt door de goede trouw, en derhalve getoetst kan worden aan art. 1374, lid 3. Precies hetgeen Houwing – en trouwens ook Rutten in zijn noten – als verdienste van de rechtspraak van de hoge raad van 1952 en de jaren die volgen beschouwt.

De vorm van rechtsverwerking die hierin bestaat, dat op grond van een ge-

draging van de rechthebbende, de uitoefening van zijn recht door de goede trouw verhinderd wordt – hetgeen ik liever aldus zou willen formuleren, dat de normatieve uitleg van de inhoud van het recht gezien de omstandigheden tot het resultaat voert dat het recht een beperkte werking toegerekend krijgt, of zelfs alle werking ontzegd wordt –, deze vorm van rechtsverwerking is een figuur die zoals gebleken is in de twintiger jaren al door de hoge raad aanvaard werd. Uit dezelfde tijd stamt, zoals ik hierboven heb getracht aan te tonen, de figuur om door normatieve uitleg te komen tot afstand van recht. Houwing, die van een andere zienswijze uitgaat, en uiteindelijk meent dat de cassatierechter met ingang van 1952 een vervanging van de zo frauduleus gehanteerde afstand van recht aan de hand heeft gedaan in de vorm van rechtsverwerking op grond van de goede trouw, voert ter ondersteuning van zijn stelling uitsluitend nadien gewezen arresten aan, die slechts inhouden dat de goede trouw het contractuele recht – en daarmee de uitoefening daarvan – kan beperken, in verband met de gedragingen van de rechthebbende.<sup>199</sup> Maar dat was sinds de jaren twintig al bekend, en legt derhalve geen gewicht in de schaal.<sup>200</sup>

Ik kan derhalve niet inzien wat het nieuwe van de rechtsverwerking à la bonne foi is, en evenmin onderschrijven dat sinds 1952 de hoge raad de figuur van afstand van recht de rug toegekeerd zou hebben. Dat zou wel opgaan voor een afstand van recht à la volonté zoals Houwing c.s. die voor ogen hebben, maar een dergelijke figuur is door de hoogste rechter evenwel sinds de jaren twintig nooit aanvaard. De feestelijke introductie van de nieuwe rechtsfiguur 'rechtsverwerking' zoals door de hoge raad anno domini 1952 aanvaard, is naar mijn mening slechts mogelijk vanuit het aangegeven *petitio principii* ten aanzien van afstand van recht in de leer van de raad.

### 13. Steun voor eigen opvatting in de jurisprudentie na 1952. De opvatting van H. Drion

Nagegaan dient te worden of voor mijn zienswijze steun te vinden is in de rechtspraak na 1952. Een drietal arresten uit de vijftiger jaren verdienen allereerst aandacht. In de zaak van 28 januari 1955, NJ 1959-174, *Bierenbroodspot - Straus*, kreeg de hoge raad een geval te beoordelen van iemand die acht jaar na dato een aktie wil instellen teneinde f 1000 die aan het eind van de oorlog voor een fiets betaald werd, terug te bekomen. De am-

199. Houwing noemt, p. 29 v.: HR 2 nov. 1956, NJ 1957-124, nt. L.E.H.R.; 11 nov. 1960, NJ 599, *Feitz - Gem. Vaals*; 23 dec. 1960, NJ 1962-225, *Peper - Gem. Bloemendaal*; 3 mei 1963, NJ 1964-486, *Oxyde - IGO*; 1 maart 1963, NJ 126, *Straeter - Drema*; 22 nov. 1963, NJ 1964-2, *Vita - Leeuwerke*; 12 febr. 1965, NJ 139, nt. D.J.V. *Fabisch - Pintsch Bamag Ned.* en 10 febr. 1967, NJ 212, *De Zaan - Intercoal*.

200. De relatie tussen de beperkende werking van de goede trouw — zoals bij de normatieve uitleg van eenzijdige rechtshandelingen naar voren komt — en de figuur van misbruik van recht, wordt hieronder nog afzonderlijk aan de orde gesteld, vgl. III, § 2, no. 6 v.

sterdamse rechtbank had overwogen, dat 'uit het feit dat hij gedurende meer dan acht jaren het nemen van enigen rechtsmaatregel heeft achterwege gelaten *in de gegeven omstandigheden moet worden afgeleid*, dat B een eventuele aanspraak op terugvordering van de door hem betaalde f 1000 heeft *prijgegeven*', mijn curs.<sup>201</sup> De hoge raad meent, 'dat de Rechtbank daarmee heeft gegeven een feitelijke beslissing omtrent *den inhoud van een stilzwijgende wilsverklaring* van Bierenbroodspot m.b.t. de aanspraak, die hij op grond van het door hem gestelde thans weer gelden doet', mijn curs. Zoals men ziet, betreft het hier een toerekening van afstand van recht.

In het kort daarop gewezen arrest van 18 maart 1955, *NJ 356, Koek - Van der Meer*, werd het oordeel van de cassatierechter gevraagd over een beslissing van de rotterdamse rechtbank, waarbij aangenomen werd dat Koek, 'door de aanvaarding van de schrotschaar zijn rechten terzake van eventuele gebreken heeft verwerkt'. De rechtbank meent dat Koek door de schaar ondanks de beweerde gebreken bijna drie jaar te gebruiken en met een beroep op haar onmisbaarheid voor zijn bedrijf aan Van der Meer de gelegenheid te onthouden om reparaties te verrichten teneinde die gebreken te verhelpen, *blijk heeft gegeven* de gebreken van de schaar op de koop toe te hebben genomen', mijn curs. Ten aanzien van het tweede middel, waarbij geklaagd wordt dat uit die gedragingen geen (stilzwijgend) afstand van recht volgt, overweegt de hoge raad, 'dat de rechtbank *kon oordelen* dat deze houding van Koek onverenigbaar was met een handhaving van een aanspraak terzake van gebrekkige levering', mijn curs. Men ziet hier overigens dat de toerekening van afstand<sup>202</sup> (aanvaarding houdt hier immers afstand in) door de feitelijke rechter, marginaal getoetst wordt, conform de toetsing aan art. 1374.

Het handhaven door de hoge raad van de constructie van toerekening van afstand, naast de 'rechtsverwerking-nieuwe stijl' komt duidelijk naar voren in het arrest van 2 november 1956, *NJ 1957-124*, nt. L.E.H.R., *Blom - Van Woudenberg*, dat een gehuurd landgoed betrof, dat in strijd met de (overeengekomen) bestemming als kampeerterrein geëxploiteerd zou zijn. De raad veronderstelt dat de alkmaarse rechtbank de constructie heeft gehanteerd van stilzwijgende toestemming van de verhuurder, en aldus ook de stellingen van de huurder heeft opgevat. Het vierde middel, geschoeid op de leest van rechtsverwerking op grond van de goede trouw, heeft geen succes, aangezien de raad van mening is, 'dat de rechtbank door te overwegen dat uit dit niet antwoorden van Van Woudenberg tot het bestaan van *een stilzwijgende toestemming en alzo tot rechtsverwerking* niet mocht worden ge-

201. De Rb. had ook overwogen, dat gezien de bijzondere omstandigheden waaronder de handeling plaatsvond, van hem die de aanspraak niet wilde prijsgeven een spoedig geldend maken daarvan na de bevrijding mocht worden verwacht.

202. Dat de rechtbank van 'verwerken van rechten' spreekt, heeft geen betekenis voor de keus afstand of rechtsverwerking à la Houwing, aangezien zoals reeds opgemerkt werd, in het juridische spraakgebruik al jaar en dag de term 'rechtsverwerking' ook op afstand betrokken wordt. Vgl. in dezelfde zin H. Drion in zijn noot *NJ 1968-289*.



concludeerd, aan het verweer van Blom op dit punt in zijn vollen omvang recht heeft doen wedervaren', mijn curs. De weg via afstand van recht (alias *rechtsverwerking*) wordt door de hoogste rechter als legaal aangemerkt, *naast* die van rechtsverwerking à la bonne foi, waarop Blom zich voor de feitelijke rechter evenwel niet had beroepen.

In de zestiger jaren biedt de rechtspraak voor ons vraagstuk nieuw materiaal. Doorgaans hebben wij te maken met een feitelijke rechter die tot 'rechtsverwerking' concludeert, zonder nader aan te geven welke van de twee zoëven aangegeven wegen hij volgt, zodat het zeer interessant is de reaktie van de cassatierechter daarop te registreren. In het arrest van 3 mei 1963, *NJ* 1964-486, *Oxyde - IGO* komt de raad aan de kwestie echter niet toe, en wordt het rechtskarakter van de verwerking van het recht of verweer tegen de weigering tot afneming, zoals door het haagse hof aangenomen, in het midden gelaten. Dit is anders in het arrest van hetzelfde jaar van 22 november 1963, *NJ* 1964-2, *Vita - Leeuwerke* dat aansluit bij de zienswijze van Houwing c.s., hetgeen niet te verwonderen is, aangezien deze schrijver van de kamer deel uitmaakt. Het haagse hof had aangenomen dat de levensverzekeringsmaatschappij Vita door enige malen premies van Leeuwerke te aanvaarden, haar beroep op nietigheid van de verzekering heeft verwerkt, tout court. De overwegingen van de hoge raad lijken de hand van Houwing te verraden:

'dat het Hof *niet heeft beslist* dat de Vita door deze aanvaarding van Leeuwerke (lees: van premies betaald door Leeuwerke) heeft te kennen gegeven of bij hem het vertrouwen heeft gewekt, dat zij afstand *wilde* doen van haar recht zich op de nietigheid te beroepen;

dat dan ook de Hoge Raad 's Hof's beslissing *aldus verstaat*, dat de door art. 1374, lid 3, B.W. gevorderde *goede trouw er zich tegen verzet*, dat de Vita na aanvaarding van deze premie zich nog op de nietigheid van de verzekering beroept'.<sup>203</sup>

Nu het hof open liet welke vorm van rechtsverwerking hem voor ogen stond, moest de raad een keus maken, waarbij opmerkelijk is dat het – hier niet verkozen – alternatief van rechtsverwerking ex art. 1374 is, die welke grond wordt op de *wilsleer*, aangelengd met de vertrouwensleer opgevat als vertrouwen *in de wil*, zoals dit bij aanhangers van de wilsleer gebruikelijk is.<sup>204</sup>

In 1968, het jaar van het preadvies van Houwing, zijn door de hoge raad nog enkele arresten aan de rechtsverwerking gewijd. De uitspraak van 23 februari 1968<sup>205</sup> maakt ons niet veel wijzer ten aanzien van het onderhavig vraagstuk. Een verhuurder had geprotesteerd tegen het onderverhuren van

203. Mijn curs.; welke toepassing van art. 1374 vervolgens door de raad verworpen wordt.

204. Vgl. boven, no. 9. In het later gewezen arrest *De Zaan - Intercoal* (1967) spreekt de raad echter van de rechthebbende die bij de wederpartij 'het vertrouwen wekt dat hij *dat recht prijsgeeft*' (mijn curs.) en niet zoals in de visie van Houwing, van: 'dat recht *wil* prijsgeven.'

205. *NJ* 1968-248, *Parzenczewska - Kruyssen*.

### § 3. AFSTAND EN RECHTSVERWERKING

het pand door de huurder, doch ging eerst na vier jaar tot een gerechtelijke aktie over. De hoge raad overweegt slechts dat 'het enkele feit dat zij nadien dit protest niet zou hebben herhaald, of niet eerder een vordering heeft ingesteld, haar *niet het recht deed verliezen*, om later te dier zake te ageren ....', mijn curs., dit naar aanleiding van de grief dat de verhuurder zijn recht om te ageren verwerkt zou hebben. Het arrest van 5 april 1968 inzake pekingeenden<sup>206</sup>, staat in het teken van rechtsverwerking als beperking van contractuele rechten op grond van de goede trouw. Het college overweegt:

'dat het Hof, na in het arrest van 12 april 1967 als bewezen te hebben aangenomen, dat Oldenhavé door of namens Calot regelmatig in kennis was gesteld van de reden voor de door haar op de diverse eendenleveranties van Oldenhavé toegepaste kortingen... geen rechtsregel heeft geschonden, ook niet het in de artt. 1374 en 1375 BW bepaalde, door te beslissen, dat Oldenhavé voor zover hij zijn bezwaren tegen die kortingen niet tijdig kenbaar had gemaakt, naderhand niet te goeder trouw aanspraak kon maken op de door Calot gekorte bedragen'.<sup>207</sup>

Dit arrest vormt dus een voortzetting van de leer uit de twintiger jaren, dat de goede trouw kan meebrengen dat een rechthebbende, gezien zijn gedragingen, in de uitoefening van zijn recht beperkt wordt, hetgeen zelfs verlies van dat recht kan opleveren.

Interessanter voor ons vraagstuk is het geval beslist bij arrest van 5 april 1968<sup>208</sup>, dat uit de weergave van de overwegingen voldoende duidelijk wordt:

'dat Van der Veen Zeppenfeldt in eerste aanleg als verweer heeft gevoerd dat aan Perret-Gentil generlei actie toekomt, omdat hij heeft berust in de scheiding en deling doordat hij ruim zestien jaar heeft stilgezeten en geen aanmerking of protest heeft doen horen tegen de inhoud van de akte van scheiding en deling, welke hem in 1949 ter kennisneming is aangeboden;

dat de eerste rechter dit verweer heeft aanvaard, ten eerste omdat in het stilzitten van Perret-Gentil rechtsverwerking besloten ligt en ten tweede omdat hij in strijd met de goede trouw handelt door ondanks zijn stilzitten de onderhavige rechtsvordering in te stellen;

dat het Hof het verweer echter heeft verworpen uit overweging dat niet is gebleken van enigerlei gedraging van Perret-Gentil waaruit moet worden afgeleid dat hij zijn rechten te dezen tegenover Van der Veen Zeppenfeldt zou hebben prijsgegeven;

dat het Hof, op deze grond het verweer verwerpende, niet gehouden was tot bespreking van de gronden waarop de eerste rechter zijn anders luidende beslissing had doen rusten'.

De rechter te Curaçao had de tweeledige grondslag van rechtsverwerking onderkend. In de gedraging van Perret-Gentil, te weten zestien jaar stilzitten

206. NJ 1968-251, *Oldenhavé - Calot*, nt. G.J.S.

207. Vervolgens overweegt de raad, dat het hof voldoende duidelijk heeft gemaakt waarom O. terzake van iedere leverantie binnen een korte tijd diende te protesteren tegen de te zijner kennis gebrachte door C. toegepaste kortingen, 'op straffe van verlies van zijn eventuele recht om later betaling van de door Calot gekorte bedragen te vorderen', mijn curs.

208. NJ 1968-289, *Van der Veen Zeppenfeldt - Perret-Gentil*, nt. H.D., een geval van 'koloniaal appel'.

## I. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

'ligt rechtsverwerking besloten', overweegt de eerste rechter, daar uit deze gedraging Zeppenfeldt heeft kunnen opmaken dat Gentil haar handeling 'heeft goedgekeurd dan wel zich daarbij heeft neergelegd' (Gentil is de zoon van Zeppenfeldt, die als zijn lasthebber was opgetreden). Daar voegt de rechter aan toe, dat 'overigens' ook van rechtsverwerking op grond van de goede trouw sprake is aangezien Zeppenfeldt in een moeilijke bewijspositie komt te verkeren. Het hof negeerde het als 'overigens' gestelde, en verschilde met de eerste rechter van mening over hetgeen uit de tot dusver ten processe gebleken gedragingen van Gentil 'moet worden afgeleid'. Men kan zich nu afvragen wat de betekenis is van de laatste overweging. De hoge raad houdt zijn handen hiervan af, en meent dat het hof mocht afzien van een bespreking van de gronden waarop de eerste rechter tot rechtsverwerking in de vorm van afstand kwam.

Pikant is hetgeen Drion in zijn noot hierover opmerkt. Hij stelt allereerst dat de bewuste overweging van de raad alleen begrijpelijk is,

'als men het (door stilzitten) zonder reden verzwaren van de procespositie van gedaagde als eenzelfde feitelijke grondslag zou beschouwen als het prijsgeven van een recht door stilzwijgende goedkeuring. Dat lijkt onjuist. Dat beide feitelijke verweren van gedaagde, indien juist bevonden, op grond van eenzelfde wetsbepaling (1374, lid 3) of eenzelfde rechtsbeginsel, tot afwijzing van de vordering zouden moeten leiden en dat onze rechtstaal in beide gevallen van rechtsverwerking spreekt heeft hier niet mee te maken. *Misschien heeft de H.R. zich willen distantieëren van de in het vonnis van de rechtbank gelegen suggestie dat alleen de laatste vorm zou worden beheerst door de goede trouw.* Maar een dergelijke distantieëring had beter op een andere manier kunnen worden uitgedrukt' (mijn curs.).

Het hier in de aanvang gestelde lijkt onjuist. Drion meent, als ik het wel heb, dat het feitelijk verweer tegen de stelling dat van verzwareing van de procespositie sprake is, een andere feitelijke grondslag heeft dan het feitelijk verweer tegen de (toe te rekenen) afstand, ondanks dat beide vormen van rechtsverwerking die in het geding zijn, door de goede trouw beheerst worden. Naar mijn mening is die feitelijke grondslag steeds dezelfde. Ook bij het construeren van afstand van recht kan een faktor zijn, dat zestien jaar stilzitten, juist gezien de verzwareing van de procespositie van de ander (hetgeen feitelijk te weerleggen valt), aangemerkt moet worden als (stilzwijgende) afstand van recht. Deze toerekening wordt door de goede trouw gevorderd, o.a. omdat de ander met het verstrijken van de tijd geen acht meer hoefde te slaan op zijn procespositie, hetgeen temeer kan gelden in een moeder-zoon relatie zoals in casu, waarbij naar ik aanneem toch wel sprake is van regelmatig met elkaar in contact staan.<sup>209</sup>

209. Vgl. ook het geval van de schrotschaar, *Koek - Van der Meer*. Zowel bij de aanvaarding van afstand van recht als van rechtsverwerking ex art. 1374 is de feitenconstellatie dezelfde: nl. het — te weerleggen — feit dat door kopers weigering om tijdens het gebruik (gedurende drie jaar) van de schaar de gereklameerde gebreken te laten verhelpen, niet of bezwaarlijk meer door de verkoper valt vast te stellen in hoeverre de gebreken bij de koop al Vervolg noot op pag. 97.

### 3. AFSTAND EN RECHTSVERWERKING

Opmerkelijk blijft, dat Drion intussen te kennen geeft, dat de goede trouw ook de (toerekening van) afstand van recht beheerst, en – hier wordt de noot pikant – zelfs de veronderstelling uit, dat de hoge raad er ook zo over denkt. Dit lijkt op het eerste gezicht te gewaagd, men kan zich immers voorstellen dat de raad niet veel meer wil zeggen dan dat rechtsverwerking door afstand van recht op zich een volwassen en legale figuur is, die los van de rechtsverwerking door de goede trouw gehanteerd mag worden, gelijk eerder al bij de arresten *Maaskant – De Oude* en *Blom – Van Woudenberg* bepaald werd. De reden hiervoor, zou echter kunnen zijn, indien men dit teneinde denkt, dat ook bij de afstandsvariatie de goede trouw aan haar trekken dient te komen – vgl. het ‘moet worden afgeleid’ van de prijs-gave van rechten, zoals het hof het uitdrukt –, en dan is men bij de door Drion geopperde gedachte beland. Als deze lezing juist zou zijn, kan men de hoge raad intussen moeilijk van nieuwlichterij betichten: bijna een halve eeuw tevoren had het college immers al een arrest in die zin gewezen, het bovenbesproken *Verwayen - Eerste Ned. Automobiel Mij.* van 1922. Een standpunt dat in de latere jurisprudentie zijn bevestiging vond in de steeds gehanteerde normatieve uitleg van de afstandshandeling, vgl. no. 10.

Hoe men ook over de interpretatie van het laatste arrest van de hoge raad denkt, in elk geval blijkt er niet uit – evenmin als uit de overige rechtspraak van na 1952 – dat het college de figuur van afstand van recht naar de rommelzolder heeft willen brengen, en dat voortaan slechts rechtsverwerking op grond van de goede trouw in de raadkamer zou prijken, als nieuwe aanwinst. De nieuwigheid is er trouwens al geruime tijd af, zoals ik al te vaak opmerkte.

Ook in de lagere jurisprudentie uit de laatste jaren vindt het hier verdedigde steun. Het haagse hof hanteert in zijn uitspraak van 18 januari 1961, *NJ 1962-106, Schippers - De Roo* de figuur van afstand van recht. Verwerking van recht om ontbinding van de koopovereenkomst te vorderen wordt t.o.v. de koper aangenomen met de overweging ‘dat immers afgezien van het feit dat een dergelijke gedraging in strijd is te achten met de goede trouw welke in deze moet worden inachtgenomen, uit voren- genoemde gedragingen van geint. moet worden afgeleid dat hij tenslotte genoegen heeft genomen met het ondeugdelijke kentekenbewijs en er de voorkeur aan heeft gegeven met de auto te blijven rijden en de daaraan verbonden risico's voor zijn rekening te nemen, waaraan niet afdoet dat hij kort na 3 november 1956 app. tot afgifte van een rechtsgeldig kenteken heeft aangemaand’, mijn curs. Interessant is hier de rol die de goede trouw toegewezen krijgt, en verder nog de wijze waarop het hof de aanmaning van de koper tot de verkoper tot afgifte van een geldig kentekenbewijs, kort na de ontdekking van de valsheid ervan waardeert. Anders dan de rechtbank meent het hof dat deze aanmaning de vaststelling van verwerking door afstand niet belet, gezien de

Vervolg noot van pag. 96.

aanwezig waren. Vgl. ook *Maaskant - De Oude* waarbij het hof onder ‘de gegeven omstandigheden’ géén rechtsverwerking aannam, daarbij overwegende dat de bezwaren ‘het hart van Maaskants prestatie raakten’, m.a.w. *te allen tijde nog te constateren vielen* (afgezien daarvan werd gesteld dat M. niet was verschenen toen hij voor de proefvaart van de boot was uitgenodigd).

## I. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

overige gedragingen en omstandigheden (zie arrest). Een standpunt dat alleen ingenomen kan worden indien men van de wil als basis van afstand afziet, en dat wij boven al eerder tegenkwamen (vgl. no. 10).

Het hof Arnhem spreekt inzake een geschil omtrent het recht om erkenning van een kind te betwisten van afstand van recht of rechtsverwerking, daarmee beide wegen aangevend, 19 mei 1964, *NJ* 1965-398. Het amsterdamse hof wijst 6 mei 1965, *NJ* 1966-82, een arrest dat van belang is voor afstand van recht. Na bijna vijftien jaar wordt uit onrechtmatige daad geageerd wegens een indertijd gepleegd bedrog bij een boedelscheiding (art. 1162 BW stelt een termijn van drie jaar). Het hof volgt de amsterdamse rechtbank, en overweegt: 'dat - even aangenomen het door geïnt. gestelde bedrog - geïnt. haar recht te dier zake tegen haar gewezen echtgenoot (en dus ook tegen app. als enige erfgenaam) uit onrechtmatige daad te ageren, niet heeft verwerkt door het haar door app. in dit verband tegengeworpen stilzitten zelfs gedurende welhaast 15 jaar (ook al heeft geïnt. hiervan geen overtuigende verklaring gegeven), nu uit dit enkele stilzitten zonder - relevante - bijkomende gedraging (door app. niet gesteld en ook anderszins niet gebleken) door V. *niet kon althans niet mocht worden afgeleid* (en evenmin door app. zodra het haar aanging), dat geïnt. van haar aanspraken te dier zake afzag', mijn curs. Ook hier is toerekening troef.

De jurisprudentie van rechtbanken die in de jaren zestig gepubliceerd werd betreft nagenoeg steeds processuele rechtsverwerking, een onderwerp dat hier buiten beschouwing gelaten wordt. Vgl. o.a. Rb. Amsterdam 30 oktober 1962, *NJ* 1963-420; Rb. Den Bosch 17 januari 1964, *NJ* 276; Ktg. Den Haag 10 juni 1964, *NJ* 498; Rb. Rotterdam 21 januari 1966, *NJ* 1967-228. Voor ons onderwerp kan nog gewezen worden op Rb. Amsterdam 28 maart 1968, *NJ* 173, waar n.a.v. het recht om scheiding van tafel en bed te vorderen (i.c. na vijftien jaar) overwogen wordt, dat afstand van de vordering anders dan door verzoening niet mogelijk is, hetgeen eveneens geldt voor rechtsverwerking, 'zijnde een speciaal geval van afstand van recht, te weten uit de omstandigheden af te leiden niet uitdrukkelijke rechtsafstand'. Erg opzienbarend is deze uitspraak niet.

### 14. Conclusie

De conclusie lijkt mij gerechtvaardigd dat hetgeen ik naar aanleiding van het arrest *Maaskant - De Oude* over de verhouding van rechtsverwerking door afstand, en die door werking van de goede trouw opmerkte (vgl. no. 11), in harmonie is met de rechtspraak van de hoge raad na 1952. Beide vormen van rechtsverwerking zo betoogde ik daar, zijn verschijningsvormen van eenzelfde oude grondgedachte, namelijk dat een (contractueel) recht zijn begrenzing in de goede trouw vindt. Beide figuren staan de rechter alternatief ter beschikking, waarbij het belang van de keuze getemperd wordt door de omstandigheid dat ook de meer dynamische omschrijvingsvorm van rechtsverwerking, de afstand van recht, beheerst wordt door de goede trouw. Indien men de lezing die Drion met enige terughoudendheid geeft van het *Zeppenfeldt - Gentil*-arrest onderschrijft, kan men stellen dat het hier gestelde ook de mening van de hoge raad in deze tijd is.

Het voordeel dat Houwing verbindt aan de rechtsverwerking op grond van de goede trouw, boven die door het aannemen van afstand van recht, hierin bestaande dat bij de eerste benadering aan de hand van de omstandig-

### § 3. AFSTAND EN RECHTSVERWERKING

heden bepaald kan worden in hoeverre het recht in kwestie beperkt wordt, is in de door mij aanvaarde zienswijze slechts schijn. Zoals ik al aangaf is, indien men de wil als basis van afstand van recht laat varen, het in het geheel geen noodzakelijk gevolg van de toerekening van afstand, dat het onderwerpelijke recht voor het geheel verloren gaat. Ook daar zijn alle tussenoplossingen uit het assortiment dat de goede trouw ter beschikking heeft, mogelijk, zodat de keuze tussen beide vormen van rechtsverwerking niet daardoor beïnvloed hoeft te worden.

Men kan intussen wel stellen – dit als laatste opmerking – dat aanhangers van het wilsbegrip als Rutten en Houwing met het wagenwijd openen van de poorten voor het fenomeen ‘rechtsverwerking ex art. 1374’ het paard van Troje hebben binnengehaald bij de verdediging van het wilsbegrip dat beide schrijvers zo ter harte gaat. Immers, het beginsel dat een recht door verwerking teniet gaat, indien tengevolge van een gedraging van de rechthebbende de uitoefening van dat recht in strijd met de goede trouw is, toont toch op sprekende wijze aan dat ook hier weer de wil van de individu niet telt bij het bepalen van de rechtsgevolgen die zijn gedragingen teweeg brengen. Want doorgaans is gelijk ook Houwing steeds beklemtoont, de wil van de rechthebbende bij zijn gedragingen op andere zaken dan de prijsgeving van zijn recht gericht, dan wel in het geheel niet te bespeuren. In dat opzicht kan men de belangstelling die deze variant op de rechtsverwerking de laatste tijd heeft, slechts toejuichen. De geschiedenis zal leren of het slechten van de veste van de wil daardoor bespoedigd werd.

# Hoofdstuk IIA. De uitleg van rechtshandelingen naar geldend recht (vervolg)

## De rechtshandelingen aanbod en aanvaarding

*'De vraag of eene overeenkomst denkbaar is zonder overeenstemmende wil van twee partijen, behoorde naar rechten geene vraag te zijn!'*

P. R. Feith  
Hand. NJV 1878

### § 1. AANBOD

#### a. een oude controverse: Is het aanbod herroepelijk of onherroepelijk?

##### 1. De probleemstelling bij Kist. De onherroepelijkheid van het aanbod in de doctrine van de vorige eeuw

De figuur van het aanbod leent zich als weinig andere onderdelen van het recht ertoe, te demonstrenen, tot welke consequenties het aanvaarden van de wilsleer, of zelfs maar het hanteren van het wilsbegrip, leidt. Daarbij denk ik dan met name aan het bekende vraagstuk, of een aanbod herroepelijk is of niet<sup>1</sup>, een probleem dat al meer dan een eeuw de aandacht van de schrijvers te onzent heeft. Bij Kist, in diens *Beginselen van Nederlandsch Handelsregt* van 1870, vinden wij de problematiek al uitgesteld.<sup>2</sup> Uit het betoog van Kist wordt duidelijk, dat het onontkoombaar gevolg van het aanhangen van de wilsleer is dat men tevens de herroepelijkheid van het aanbod aanvaardt, een combinatie die heden ten dage nog door sommige schrijvers gemaakt wordt, zoals wij dadelijk zullen zien. Ervan uitgaande, dat de overeenkomst 'de zelfbewuste vereeniging van twee willen' is, meent Kist dat een overeenkomst slechts ontstaat op het moment dat de aanbieder weet dat de wederpartij zijn aanbod heeft aangenomen.<sup>3</sup> Voordien is de aanbieder gerechtigd zijn wil te veranderen, zijn aanbod te herroepen, zelfs na acceptatie van dat aanbod, mits hij daarvan nog niet op de hoogte was. De vereeniging

1. In overeenstemming met het in de moderne handboeken ingenomen standpunt, ga ik er hierbij van uit dat slechts herroeping na ontvangst van het aanbod door de ander ter discussie staat. Vgl. onder no. 9.

2. III, p. 1 v. (id. 2e dr., 1875).

3. Deze zgn. vernemingstheorie werd ook door C. Asser voorgestaan, preadv. NJV 1877, p. 102, terwijl in Duitsland o.a. de naam van Von Savigny daaraan verbonden was.

## § I. AANBOD

van de twee willen is immers door de wilsverandering aan de zijde van de aanbieder onmogelijk geworden: één wil is weggefallen. Deze plastische voorstelling van het begrip 'overeenkomst' ligt volgens schr. in onze wet besloten, en wel met name ook, omdat volgens onze wet – anders dan de duitse<sup>4</sup> – nu eenmaal een eenzijdige belofte geen verbintenis doet ontstaan.<sup>5</sup> De soep blijkt echter niet zo heet gegeten te worden, aangezien Kist verklaart:

'Strengregtelijk zal men moeten zeggen: zolang er niet is vereeniging, tegelijk bestaan van twee willen, is er geene overeenkomst, dus geene verbintenis. Ik geloof echter dat hier de oude spreuk 'belofte maakt schuld' veel invloed zal uitoefenen, en dat het in het algemeen niet moeilijk zal zijn om eene *overeenkomst* te vinden daar, waar eigenlijk slechts eene *belofte* is'.

Daarop besluit Kist met het uitspreken van de wens, dat door onze wet aan de toezegging – zoals De Groot, en ook Kemper in zijn ontwerp van 1820 de belofte noemen – 'eenige meerdere kracht werd toegekend, aangezien de beginselen van het tegenwoordig handelsregt dit schijnen te vorderen'. Een koopman, zo betoogt schr. onder aanhaling van duitse auteurs, acht zich aan zijn aanbod gebonden, waaruit Kist afleidt dat de goede trouw schijnt te eisen dat aan het aanbod rechtskracht wordt toegekend.

Het belang van deze nog steeds aktuele beschouwing ligt hierin, dat door de schrijver aangegeven wordt, waarop de problematiek in wezen terug te leiden valt: de keus tussen het romeinsrechtelijke beginsel van 'duorum in unum placitum consensus'<sup>6</sup>, dat – aldus schr. – in de bedoeling van de wetgever lag, dan wel het germaanse beginsel van 'belofte maakt schuld'. Men ziet dat Kist hier vooruitloopt op de enkele jaren later ontbrandende strijd tussen aanhangers van de wilsleer, en degenen die het vertrouwen in hun vaandel schrijven en de terugkeer naar het 'belofte maakt schuld' voorstaan, met verwerping van de consensus-gedachte en het wilsdogma.

In deze leidse revolutie van 1875<sup>7</sup> maakte van de beginne af ook de rechtsfiguur van het aanbod onderwerp van discussie uit. Fockema Andreae, De Marez Oyens en Modderman stonden de onherroepelijkheid van het aanbod voor<sup>8</sup>, een standpunt dat ook door Levy met vuur verdedigd werd. De laatste verweet Modderman vooral, dat hij het terrein van de strijd niet had verlegd naar de eenzijdige belofte, in plaats van de figuur van de overeenkomst.<sup>9</sup> Ook Levy vond inspiratie bij de germanen; de belofte bindt, juist

4. Art. 319 v. Allg. Deutsches Handels Gesetz Buch van 1861.

5. Art. 1349 BW zou dat laatste nog kunnen suggereren, aldus schr., doch deze lezing valt gezien art. 1356 sub 1 niet te handhaven; vertaal-perikelen hebben de wetgever bij art. 1349 parten gespeeld, p. 6 v. Vgl. voor deze kwestie nog onder, § 5, no. 7 v.

6. Op de oorsprong van dit beginsel, dat het klassieke romeinse recht vreemd was, kom ik hieronder nog terug. Vgl. onder no. 10; III, § 7, no. 5.

7. Vgl. daaromtrent onder, III § 6, no. 1 v.

8. Resp.: *Nw. Bijdr.* 1875, p. 297 v.; *preadv. NJV* 1877; *Wil of vertrouwen*, 1880, p. 38.

9. *Nw. Bijdr.* 1881, p. 323. Levy stelt daar, dat de overeenkomst het samentreffen van de wederzijdse wil is, doch de wil ziet schr. slechts als 'oorsprong' of 'steunpunt' van de verbintenis, p. 340; vgl. ook onder, III, § 6, no. 2.



omdat zij belofte is, dus vertrouwen veronderstelt, zo betoogt schr. (p. 364). Evenals Hamaker al eerder had gedaan<sup>10</sup>, wijst Levy erop dat de herroepelijkheid van het aanbod een consequentie is van het aanvaarden van de soevereiniteit van de wil, gelijk in de wilsleer het geval is.

Behalve van de zijde van de aanhangers van de 'nieuwe leer', valt ook steun te beluisteren voor de aanvaarding van de verbindende kracht van de eenzijdige verklaring van de kant van aanhangers van de wilsleer, uit welke hoek men dat geluid minder zou verwachten. Doch – dit typeert overigens de denkwijze binnen die stroming – hierbij wordt slechts gedacht aan het *ius constituendum*. Zo bijvoorbeeld – Kist werd al genoemd – Goudsmit<sup>11</sup>, in navolging van Windscheid en Unger; en ook C. Asser<sup>12</sup>, die dit een van de weinige vruchten acht, die de 'vertrouwensleer' zijns inziens te bieden heeft.<sup>13</sup> De vergadering van de *NJV* tenslotte, sprak zich in 1877 ervoor uit – met slechts enkele onthoudingen – de wet in die zin aan te vullen, dat bepaald wordt dat de aanbieder gebonden is aan zijn aanbod tot het tijdstip dat hij een antwoord redelijkerwijze had kunnen verwachten.<sup>14</sup>

## 2. De eenzijdig bindende belofte en het wetssysteem. Eigen uitgangspunt: het aanbod als onherroepelijke rechtshandeling

Zoals al naar voren kwam speelt bij het onderhavige vraagstuk een grote rol, het feit dat de wet zich er niet over uitlaat of de eenzijdige verklaring verbindende kracht heeft, en daarentegen alleen uitdrukkelijk stelt dat slechts de overeenkomst en de wet bronnen van verbintenissen kunnen zijn (art. 1269). Voor veel schrijvers vormde dit belangrijke artikel een onoverkomelijke barrière op de weg naar een aanvaarding van de bindende belofte.<sup>15</sup> Heden ten dage is dit zo omstreden artikel in een nieuw licht komen te staan door het 'Epoche machende' arrest van 30 januari 1959, *Quint - Te*

10. *Verspr. Geschr.* II, p. 253 v.

11. *Pandecten systeem* II, § 23, p. 82 nt. 1.

12. Asser-van Heusde III, p. 238; vgl. ook diens *preadv.* *NJV* 1877; p. 180 v.

13. Als schrijvers uit de vorige eeuw die voor het positieve recht *herroepelijkheid* van het aanbod voorstaan moeten nog genoemd worden: Opzoumer VI, p. 17 v.; Diephuis X, p. 359 v.; Land-Lohman IV, p. 194 v. Opmerkelijk is wel, dat volgens Opzoumer de herroeping van een aanbod een *onrechtmatige daad* kan zijn, die verplicht tot vergoeding van reeds gemaakte uitgaven en andere schade, vgl. Opzoumer V (2e dr.), p. 49. Vgl. ook de correctie die Von Jhering op de wilsleer aanbracht met zijn *culpa in contrahendo-constructie*, vgl. onder, III § 6, no. 6.

14. *Hand.* II, p. 112 l. De aanvaarde stelling is vrijwel gelijkloidend aan de tekst van art. 319, lid 1, Allg. Deutsches HGB. De aanvaarding van het beginsel van onherroepelijkheid voor het gemene recht — o.i.v. schrijvers als Köppen, Siegel, ('Gebundenheit ans Wort') en Kohler, culminerend in § 145 BGB (1900), vindt men beschreven bij M. N. S. Troelstra, *Het vrijblijvend aanbod*, diss. Leiden 1925, p. 60 v. Vgl. voor Siegel nog onder, IV, § 2, no. 2.

15. Vgl. voor de diverse constructies die in de duitse en franse literatuur het licht zagen, Asser-Van Goudoever, p. 266 v., en L. B. A. M. Janssens, *Het aanbod*, diss. Amsterdam 1926, p. 119 v. Meijers stond op het standpunt dat bij het zwijgen der wet, de wetstoepasser de vrijheid heeft om de meest billijke oplossing te vinden, vgl. nt. NJ 1934-368.

## § I. AANBOD

*Poel*.<sup>16</sup> Nu de verbindendheid van een eenzijdige verklaring in de visie van de hoogste rechter niet langer op een wetsbepaling hoeft te steunen, maar ook uit het 'stelsel der wet' kan voortvloeien, wordt de problematiek in een andere context geplaatst. Vele aanhangers van de wilsleer – vgl. bijv. Goudsmit – lieten immers uit het ontbreken van een wetsbepaling simpelweg volgen, dat dan ook de eenzijdige belofte niet kan binden, behoudens enkele uitzonderingen. Uiteraard moet men het er wel mee eens zijn, indien men met mij het *Quint - Te Poel*-arrest ook voor het aanbod van belang acht, dat met 'het stelsel der wet' de wet bedoeld wordt zoals deze naar de hedendaagse rechtsopvatting geldt, en niet de wet, zoals die de wetgever van 1838 voor ogen stond. Alleen in de laatste zienswijze is het huldigen van de wilsleer door de wetgever van 1838 van doorslaggevende betekenis.<sup>17</sup>

Het systeem waarin ik het aanbod zou willen plaatsen, is dat van de *rechtshandeling* zoals zij zich op de boven beschreven wijze in ons recht manifesteert.<sup>18</sup> Bij de opzegging, afstand van recht (kwijschelding) en betaling zagen wij dat het niet de individuele wil van de in rechte handelende persoon is die telt, doch dat het recht die persoon bepaalde rechtsgevolgen toerekent, op grond van diens gedragingen, bezien tegen het licht van alle omstandigheden. Ook hier bij het aanbod, moet hetzelfde gelden: niet de wil van de aanbieder geeft als enige aan, wat de rechtsbetekenis van het aanbod is, in die zin dat verandering van de wil het aanbod zelfs ongedaan zou kunnen maken, na ontvangst van het aanbod door de wederpartij. De rechtsnormen, gevoed door de eisen van het handelsverkeer, geven ook hier aan of het aanbod herroepelijk is of niet.

Naar ik meen vindt de hier aangesneden vraag inzake de herroepelijkheid van het aanbod in het recht een negatieve beantwoording: door zich uit te spreken, door een aanbod te richten tot de ander, wekt men het vertrouwen dat men het aanbod gestand zal doen. Dat vertrouwen dient, indien gerechtvaardigd, gehonoreerd te worden, waarmee naar het mij voorkomt ook het handelsverkeer gediend wordt. Of dat vertrouwen gerechtvaardigd is, kan eerst na uitleg van het aanbod rekening houdend met de omstandigheden en geldende gebruiken, vastgesteld worden. De uitkomst moet derhalve zijn, het beginsel, dat het aanbod *onherroepelijk* is, als vereiste van de goede trouw. De onherroepelijkheid is, in de woorden van Molengraaff, een 'onafwijsbare verkeerseisch'. Aanvaardt men dit beginsel, dan zal direkt duidelijk zijn, dat alle gewicht nu komt te liggen op de vraag, wannéér van een aanbod sprake is. Ook dit is in mijn opvatting een kwestie van uitleg van

16. *NJ* 1959-548, nt. D.J.V.; *AA* VIII, p. 173 nt. J.H.B. Voordien in 1926, betoogde Janssens echter al, met een beroep op de nieuwe koers inzake art. 1401, dat naar ons recht de eenzijdige verklaring bron van een verbintenis kán zijn, diss. p. 126 v. Op andere gronden koos schr. echter voor herroepelijkheid. Ook Eggens liet zich door art. 1401 inspireren vgl. onder, no. 3.

17. Vgl. hieromtrent nog onder, III, § 2, no. 10, § 4, no. 5.

18. De opvatting waarbij men ervan uitgaat dat het doen van een aanbod géén rechtshandeling is, komt hieronder ter sprake wanneer het ontwerp-BW aan de orde gesteld wordt, waar men die opvatting gehuldigd vindt, vgl. no. 10 v.

de afgelegde verklaring. Heeft men – normatief uitleggend – de verklaring eenmaal als *aanbod* aangemerkt (als alternatieven zie ik slechts de uitnodiging tot het doen van een aanbod, of wel de losse mededeling), dan valt daarmee tevens de slagboom, en heeft men met een onherroepelijke rechtshandeling te maken.

Hiermee gaf ik slechts de contouren aan van mijn opvatting in deze; hieronder vindt zij nadere uitwerking, na de bespreking van de zienswijzen welke in de moderne handboeken en in de rechtspraak aanvaard worden. Als slot volgt een blik op het ontwerp-BW en de eenvormige wet met betrekking tot deze materie.

### 3. *De controverse in de hedendaagse doctrine. Bestrijding van Rutten en Van Opstall*

Het standpunt dat Rutten ten aanzien van de onherroepelijkheid van het aanbod inneemt, is een ijzeren consequentie van de door hem aangehangen wilsleer. Rutten is daarin vaster in de leer dan bijvoorbeeld Meijers, wiens in het Nieuw BW neergelegde visie aanstonds nog ter sprake komt. Ruttens grote bezwaar tegen de heersende leer – deze benaming is van hem – waarbij het aanbod als onherroepelijk gezien wordt, bestaat met name hierin, dat in die leer ‘ten onrechte het aanbod beschouwd (wordt) als een ding dat een *eigen bestaan leidt, los van de wil van de aanbieder*. Hier wreekt zich de wijze van voorstellen, welke de voor het tot stand komen van een overeenkomst *noodzakelijke wilsovereenstemming* ontleedt in aanbod en aanvaarding’.<sup>19</sup>

Schr. erkent het ontstaan van een verbintenis aan de zijde van de aanbieder door het doen van een aanbod, doch is van mening dat de schuldenaar het in zijn macht heeft om deze verbintenis ‘in feite’ niet na te komen, en dus wanprestatie te plegen: de aanbieder kan – aldus schr. – de totstandkoming van de overeenkomst verhinderen ‘door de daartoe zijnerzijds vereiste toestemming *in feite* te weigeren’. Hiermee geeft Rutten duidelijk aan, dat voor hem uitgangspunt is de *wil* van de aanbieder, zoals die *feitelijk* gevormd wordt: het recht moet buigen voor het individu en zijn soevereine wil.<sup>20</sup> De overeenkomst is dan ook in Ruttens ogen niet anders dan het product van *wilsovereenstemming*. Bij herroeping van een aanbod is evenwel

19. P. 95, mijn curs. Vgl. ook p. 91 waar schr. stelt dat de gebondenheid aan een gedaan aanbod berust op de *wil* van de aanbieder zich rechtens te binden, zodat hier sprake is van een rechtshandeling.

20. Van dit beginsel blijft echter weinig over, als Rutten schrijft (p. 96) dat in zijn opvatting de aanbieder op verbeurte van een dwangsom gedwongen kan worden zijn verplichting na te komen, terwijl hij daarnaast zelfs de mogelijkheid oppert, dat een vonnis van de rechter in de plaats zou kunnen treden van de achterwege gebleven wilsverklaring. Met name het laatste maakt een gekunstelde indruk, en toont aan hoe ver schr. bereid is te gaan om zijn stellingen niet prijs te hoeven geven.

## § I. AANBOD

de wil van de aanbieder niet meer gericht op het doen ontstaan van een overeenkomst, zo betoogt schr. 'Zijn (d.i. de acceptant) wil kan die van de aanbieder niet meer ontmoeten, want die wil bestaat niet meer, gelijk hem onomwonden is medegedeeld. Er kan dus geen wilsovereenstemming tot stand komen, ergo ook geen overeenkomst'. Het hier gebruikte beeld van de elkaar ontmoetende willen stamt lijnrecht uit de vorige eeuw, het doet denken aan de boven behandelde visie van Kist en Asser. Het ontmoeten van de twee willen werd door Opzoomer eens vergeleken met elkaar treffende ballen, hetgeen aan Levy schampere opmerkingen ontlokte.<sup>21</sup>

Bij de beschouwing van deze aan de wilsleer ontsproten variant op de heersende leer dient men echter niet uit het oog te verliezen dat Rutten in-tussen in geval van een gedaan aanbod een gebondenheid van de aanbieder aanneemt, rechtstreeks berustend op een eenzijdige belofte. Daarmee stelt hij zich in de voetsporen van Levy en de zijnen. Terecht verweert Rutten zich hierbij tegen een mogelijke tegenwerping, gebaseerd op art. 1269 BW, met een beroep op het arrest *Quint - Te Poel*.

Ruttens opvatting kreeg kritiek van schrijvers als Houwing (noot *NJ* 1954-248) en De Grooth (*WPNR* 4435 p. 102) en werd meteen al in een boekbespreking diepgaand bestreden door Eggens, in *WPNR* 4294 (1953). In een betoog waarbij Rutten erop aangevallen wordt de wilsleer aan te hangen, fungeert de figuur van het aanbod als demonstratiemateriaal. Het verweer van de laatste tegen deze bestrijding in latere drukken van zijn Asser-bewerking heeft een pover aanzien. Rutten licht uit Eggens' betoog slechts de passage, dat intrekking van het aanbod krachtens de artt. 1371 en 1373 nietig is, en stelt dat deze tegenwerping langs de zaak heengaat. Ongetwijfeld blijft de verbintenis in stand, zo betoogt schr., doch dit neemt niet weg dat de aanbieder wanprestatie kan plegen door in *feite* zijn toestemming te weigeren. Dit alles omdat men het aanbod niet los mag zien van de wil van de aanbieder, vgl. boven. Welnu, ten aanzien van het grootste gedeelte van Eggens' bestrijding, dat juist tegen dat laatste uitgangspunt gericht was, doet Rutten er het zwiigen toe, daarmee de schijn wekkend niets daartegen in het veld te kunnen brengen.<sup>22</sup>

Ook Van Opstall is het met Rutten inzake het aanbod op weinig punten eens, doch op andere gronden. Om te beginnen gaat het hem te ver om, zoals Rutten doet, een gebondenheid van de aanbieder aan te nemen op grond van diens eenzijdige verklaring, ook al heeft men een ruime kijk op art.

21. De opvatting van Rutten is overigens dezelfde die Brinz reeds aanhing, *Pandekten IV* 2e dr. (1892), p. 308. Vgl. ook Pothier, *Traité de la Vente*, no. 32, inzake de schadevergoeding bij herroeping.

22. Eggens' aanvaarding van de onherroepelijkheid van het aanbod vindt men eerder neergelegd in *WPNR* 2784 (1925), p. 239; 4159 (1950) p. 454. Vgl. in dit verband ook de in Frankrijk door verschillende schrijvers aangehangen theorie, waarbij herroeping van een (bindend) aanbod als *abus de droit* opgevat wordt. In deze zin o.a. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, p. 13 (1939), en Ripert, *La règle morale*, p. 175 v. (1949).

1269.<sup>23</sup> Waarom dit schr. te ver gaat – of ging: wellicht dat Van Opstall er nu, in het post-*Quint* – *Te Poel*-tijdperk, anders over denkt – wordt mij niet duidelijk. Zijn bezwaar is (p. 314) dat de wet nu eenmaal voor het ontstaan van een *verbintenis* door een daarop gerichte rechtshandeling de toestemming van debiteur en crediteur eist. Naar mijn mening stelt de wet dit vereiste slechts voor de verbintenis *uit overeenkomst* terwijl gezwegen wordt over die welke uit een eenzijdige verklaring zou kunnen voortvloeien. Dat laatste acht schr. voor ons recht iets ‘ongewoons’, en kennelijk daarom ook onaantrekkelijk. Merkwaardig is, dat Van Opstall stelt dat een eenzijdige verklaring naar het systeem van ons recht wél een onherroepelijk aanbod kan opleveren, doch géén *verbintenis* te weeg kan brengen. Wat is in het eerste geval, zo vraag ik mij af, het aannemen van de figuur van een onherroepelijk aanbod nu anders dan het aannemen van een verbintenis, nl. om het gedane aanbod gestand te doen?<sup>24</sup>

Met verwerping van Ruttens variant op de heersende leer (herroepen *mag* niet, *kan* wel), bepleit schr. overigens de constructie, dat in geval van een onherroepelijk aanbod, sprake is van afstand van recht, en wel van het recht dat de aanbieder heeft om zijn aanbod te herroepen.<sup>25</sup> Een omweg die men mijns inziens beter links kan laten liggen.<sup>26</sup>

Uit Van Opstalls beschouwing krijgt men intussen wel een beeld van de verwarring die inzake het aanbod heerst. Met verwijzing naar Meijers, neemt schr. aan dat het aanbod in het algemeen niet onherroepelijk is, omdat zijns inziens het handelsverkeer dat niet eist. Dit is echter anders, indien de aanbieder een termijn voor acceptatie heeft gesteld. Hierbij denkt schr. aan een verklaring van de aanbieder dat zijn aanbod gedurende zekere tijd bindt, en aan het geval dat hij zijn wederpartij de bevoegdheid heeft gegeven het bod binnen zekere tijd te accepteren. Daarnaast meent hij dat onherroepelijkheid kan voortvloeien uit de in een bepaalde bedrijfstak heersende opvatting, waarmee de behoeften van het handelsverkeer weer in zicht komen. De standpunten blijken derhalve dichter bij elkaar te liggen dan men op het eerste gezicht zou zeggen: voor Van Opstall is het aanbod onherroepelijk indien dit uitdrukkelijk verklaard wordt, of indien het gebruik dit meebrengt.<sup>27</sup>

23. In de laatste druk van Hofmann-Van Opstall, van 1959, kon het *Quint* - *Te Poel*-arrest niet meer verwerkt worden, een leemte die zich in de tweede oplage van 1968 eens te meer doet voelen.

24. Vgl. over deze kwestie ook nog onder, no. 6, bij de bespreking van het overeenkomstige standpunt van G. J. Scholten.

25. Deze constructie is overigens al bij Regelsberger te vinden, onder de naam *Widerrufsverzicht*, vgl. *Civ. Erörterungen* I (1868) p. 71 v.

26. De constructie van afstand van recht wordt door H. Drion, *Jaarboek* XI p. 286, ‘aan-trekkelijk’ genoemd, en zeker een stuk eleganter dan die van een stilzwijgend (fictief) nevencontract. Het lijkt mij hier een keus tussen twee kwaden.

27. Ten onrechte meent Ruttens, p. 94, dat Van Opstall slechts onherroepelijkheid aanneemt ingeval dit in een *overeenkomst* tussen aanbieder en ontvanger is vastgelegd (de opvatting van Van Brakel).

Evenals ten aanzien van Rutten het geval was, is ook deze opvatting niet nieuw, zij werd in 1926 al verkondigd door Janssens<sup>28</sup>, een schrijver die Van Opstall ten onrechte onder de voorstanders van het (steeds) onherroepelijke aanbod rekent.<sup>29</sup>

Alvorens naar het rechtersrecht over te stappen tot slot nog een overzicht waaruit tevens blijkt hoe andere schrijvers uit onze eeuw in deze controverse hun plaats bepaalden. Om de verwarring niet groter te maken, zie ik er van af de nuances in de diverse opvattingen nader aan te geven. *Vóór onherroepelijkheid* van het aanbod (steeds, dan wel in beginsel): Goudekot, *Afspraken tot het sluiten van overeenkomsten*, diss. Amsterdam 1906, p. 129 v.; Polderman, *Het openbaar aanbod*, diss. Utrecht 1913, p. 141 v.; Kist-Visser III, p. 15 v.; Rupke, *Wilsrechten*, diss. Utrecht 1914, p. 81; Asser-Van Goudoever, p. 267 v.; Suijling I, no. 227; Molengraaff, o.a. *RM* 1926, p. 152; Eggens, *WPNR* 2784 (1923); Pitlo III, p. 161 v.; Asser-Rutten II, p. 95 v. *Tegen onherroepelijkheid* zijn de schrijvers: Meijers, *WPNR* 2676 (1921); Troelstra, diss. p. 73 (1925); Janssens, diss. p. 129 v. (1926); Veegens-Oppenheim-Polak III, p. 89 v.; Van Brakel III (1937), § 295; Hofmann-Van Opstall, p. 313 v.; H. Drion, *WPNR* 4828 (1964), p. 416.

Aantekening verdient nog, dat de tegenstemmers zich bij hun keus veelal laten leiden door de gedachte, dat de praktijk aan het onherroepelijk aanbod geen behoefte heeft. Een door Troelstra ingestelde enquête met die uitkomst, heeft hierbij grote invloed gehad. Op dit aspect kom ik hieronder nog terug bij de bespreking van het Nieuw BW.

#### 4. *Jurisprudentie inzake de onherroepelijkheid van het aanbod. Lindeboom - gem. Amsterdam (1969)*

De hoge raad heeft tot dusver steeds het probleem van de onherroepelijkheid van het aanbod, met name de vraag of een eenzijdige verklaring een verbintenis kan opleveren, weten te ontlopen.<sup>30</sup> Slechts het arrest van 19 december 1969, *Lindeboom - gemeente Amsterdam*<sup>31</sup>, werpt enig licht op deze materie. Uit dit arrest vallen twee regels af te leiden: allereerst, dat men door middel van *uitleg* heeft na te gaan of het aanbod als onherroepelijk

28. Diss. p. 132. Suijling (I no. 227) heeft overigens ook in het midden willen laten of verkeerdsgebruik en redelijkheid *steeds* onherroepelijkheid van het aanbod meebrengen. Voor de 'eigenlijke handel' acht Suijling onherroepelijkheid geboden, behoudens bijzondere omstandigheden.

29. P. 313, nt. 1. Vgl. in dezelfde zin als Janssens en Van Opstall: D. C. Fokkema, *Grote Winkler Prins* I, p. 32 v., *Aanbod of offerte*.

30. Vgl. HR 16 mei 1929, *NJ* 1486, nt. E.M.M., *Ned. Handels- en Landbouwbank - Wolterstorff*, en HR 18 dec. 1953, *NJ* 1954-248, nt. Ph.A.N.H., *Godefroy - Fontein*. Het zwijgen van de cassatierechter in dit opzicht, wordt door beide annotatoren betreurd.

31. *NJ* 1970-154, nt. G.J.S.

## II. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

heeft te gelden. Staat de onherroepelijkheid vast, dan volgt als tweede regel, dat intrekking van het aanbod vóór het verstrijken van de daaraan verbonden termijn, rechtens geen gevolg heeft, d.w.z. de totstandkoming van de overeenkomst in geval van aanvaarding van het aanbod niet kan verhinderen. Daarmee werd de leer van Rutten verworpen.

Het geval lag als volgt. Lindeboom had bij brief van 29 juli 1964 aan de gemeente Amsterdam te koop aangeboden het voortdurend recht van erfpacht van een perceel grond, de rechten op de opstallen, te weten de Pieter van Foreestkliniek, en de inventaris van die kliniek. Een en ander onder voorwaarde dat koop en overdracht tussen 15 november en 15 december 1964 zouden plaats vinden. Bij brief van 25 augustus kreeg Lindeboom bericht, dat B. en W. op de 21e van die maand besloten hadden aan de gemeenteraad voor te stellen het aanbod te aanvaarden. Op 28 oktober besloot de raad dienovereenkomstig, welk besluit 10 november door gedeputeerde staten werd goedgekeurd. Intussen zit de aanbieder, Lindeboom, niet stil, en daarmee ontstaan alle problemen. Op 18 augustus verzocht hij de gemeente hem van zijn verkoopbelofte te ontslaan, waarin de gemeente niet heeft bewilligd. In brieven van 13 en 27 oktober bericht hij vervolgens de gemeente, dat hij zijn vrijheid tegenover de gemeente hernomen heeft. Op 11 december weigert Lindeboom aan het passeren van de akte van overdracht mee te werken. De rechtbank te Amsterdam veroordeelt hem tot medewerking aan het passeren van de akte, na zijn verweer verworpen te hebben, dat hij niet gebonden zou zijn, aangezien hij op 7 september definitief bescheid van de gemeente gehad zou moeten hebben. De rechter acht deze bewering in strijd met het gedane aanbod, en meent dat Lindeboom niet achteraf eenzijdig een andere termijn kan stellen.

Het hof overweegt, naar aanleiding van Lindebooms grief, dat door het hernemen van zijn vrijheid ten opzichte van de gemeente *geen wilsovereenstemming* tot stand kwam:

‘dat uit Lindebooms aanbod zelf voortvloeit – mede gelet op de daarvan deel uitmakende eerste ‘stipulatie’ in zijn brief van 29 juli 1964 en temeer gezien het feit dat het aanbod werd gedaan aan een overheidsinstantie, zodat noodzakelijkerwijze geruime tijd moest verlopen alvorens dit definitief en bindend kon worden aanvaard – dat het aanbod niet kon worden herroepen dan op of na de dag, op welke de aanvaarding van het aanbod niet meer zou kunnen leiden tot een overdracht op 15 december 1964, althans op 15 november 1964’.

De gemeente mocht aannemen dat het aangeboden overgedragen zou worden, vervolgt het hof, mits zij maar zorgde voor een definitieve acceptatie die overdracht binnen de in het aanbod aangegeven termijn mogelijk maakte. Uit niets bleek, dat de gemeente had behoren te begrijpen dat de aanbieder er ook nog belang bij had om reeds enige maanden voor die termijn zekerheid te hebben omtrent een definitieve aanvaarding. Het hof trekt de conclusie, dat de goedkeuring van het raadsbesluit door G.S. heeft mede-

## § I. AANBOD

gebracht dat de wilsovereenstemming is tot stand gekomen welke tot overdracht moet leiden.

Wat het hof doet, is het *uitleggen* van het aanbod, in verband met de omstandigheden. De genoemde termijn van overdracht, het feit dat met een overheidslichaam in onderhandeling getreden werd waarvan de molens der besluitvorming bekend zijn (ook de gestelde termijn maakt dat reeds duidelijk), vormen de bepalende factoren bij deze uitleg, die een normatief karakter heeft. Aan dit karakter van de uitleg valt met name toe te schrijven, dat het hof geen aanleiding ziet om de door Lindeboom naar voren geschoven termijn van 7 september, tot de inhoud van het aanbod te rekenen. Was de subjektieve bedoeling van de aanbieder, zijn wil, in tel, dan lag dat anders.

Lindeboom volhardt in zijn grief, en legt zich in zijn cassatiemiddel – van de hand van Wijckerheld Bisdom – voor het anker van Rutten: aangezien *wilsovereenstemming ontbrak*, nu niet gelijktijdig bij beide partijen de wil tot het aangaan van een overeenkomst aanwezig was, kon geen overeenkomst tot stand komen, daargelaten de mogelijkheid van wanprestatie aan de zijde van Lindeboom. De hoge raad overweegt hieromtrent:

‘dat het Hof heeft geoordeeld, dat uit Lindebooms aanbod zelf voortvloeit dat het aanbod niet kon worden herroepen dan op of na de dag, op welke de aanvaarding van het aanbod niet meer zou kunnen leiden tot een overdracht op 15 december 1964, althans op 15 november 1964;

dat het Hof hieruit terecht de conclusie heeft getrokken, dat door tijdige aanvaarding van het aanbod door de Gemeente de betreffende overeenkomst tot overdracht van de Pieter van Foreestkliniek tot stand was gekomen, ongeacht het feit dat Lindeboom op dat moment reeds zijn aanbod had ingetrokken;

dat immers degeen die zijn aanbod onherroepelijk maakt, daarmee zichzelf de bevoegdheid ontnemt om alsnog te voorkomen, dat door een aanvaarding van het aanbod binnen de gestelde termijn de overeenkomst tot stand komt;

dat zich aldus wel het geval kan voordoen, dat niet gelijktijdig bij beide partijen de wil tot het aangaan van de overeenkomst bestaat, maar dat – anders dan in het middel wordt aangenomen – geen rechtsregel deze laatste eis voor het tot stand komen van een overeenkomst stelt’.

Wij zien hier dat de hoge raad zich achter het hof opstelt, en met name instemt met diens benadering om door *uitleg* van het aanbod tot de bepaling te komen of het aanbod als onherroepelijk beschouwd moet worden of niet. In casu ‘vloeide’ dat laatste uit het aanbod zelf voort. Tegen die achtergrond moet men de zinsneden uit de voorlaatste overweging plaatsen, waar gesproken wordt van ‘degeen die zijn aanbod onherroepelijk maakt’. Dit dient men mijns inziens niet strikt letterlijk te nemen, in die zin, dat hier alleen bedoeld zou zijn het geval dat de aanbieder uitdrukkelijk – d.w.z. met zoveel woorden – een termijn aan zijn aanbod verbindt. Ook uit omstandigheden, of uit de context van de bewoordingen van het aanbod, kan bij normatieve uitleg – gelijk door het hof toegepast – tot een ‘onherroepelijk maken’ geconcludeerd worden, al of niet willens en wetens geschied.



Welk standpunt neemt de hoge raad nu in ten aanzien van de controverse rond de onherroepelijkheid van het aanbod? Naar mijn mening huldigt het college het volgende stelsel, waarmee een brug geslagen wordt tussen de twee zienswijzen die in uitkomst niet ver van elkaar staan. Of een aanbod onherroepelijk is kan alleen beslist worden na uitleg van dat aanbod, waarbij behalve de bewoordingen van het aanbod, ook alle bijkomende omstandigheden van belang zijn. Levert de uitleg het resultaat op dat het aanbod in kwestie onherroepelijk is, dan komt door aanvaarding daarvan de overeenkomst tot stand, zonder dat de aanbieder het in zijn macht heeft om dit door het intrekken van zijn verklaring te voorkomen.

**b. Normatieve uitleg van het aanbod, als eenzijdige rechtshandeling**

*5. Eigen opvatting nader uitgewerkt. Het vereiste van 'gerichtheid'. Stoom-Brood- en Scheepsbeschuitfabriek – Kalden (1923)*

Dan wordt het nu tijd, na een indruk gegeven te hebben van doctrine en jurisprudentie, mijn in de aanvang van deze paragraaf in de grondverf neergezette opvatting nader uit te werken. Een *aanbod* is in mijn ogen *elke handeling door middel van woorden of gedragingen, waaromtrent aan de hand van normatieve uitleg vastgesteld wordt dat zij gericht is tot een andere persoon (andere personen) en dat zij voor de handelende bepaalde verbintenissen doet ontstaan*. Allereerst de verbintenis welke de verplichting inhoudt de in de handeling tot uitdrukking gebrachte toezegging – bijv.: 'ik bied ten verkoop aan, die zaak voor die prijs' – gestand te doen; daarnaast de voorwaardelijke verbintenis om, na aanvaarding van het aanbod, de uit overeenkomst voortvloeiende verplichtingen na te komen, welke overeenkomst door de aanvaarding tot stand komt.

Bij deze omschrijving van de rechtshandeling 'aanbod'<sup>32</sup> werd niet de term 'verklaring' gebruikt, doch ik sprak van 'handeling door middel van woorden of gedragingen'. Met het hanteren van het woord 'verklaring' loopt men het gevaar, dat daarbij alleen aan een mededeling in woorden uitgedrukt, gedacht wordt. Daarnaast acht ik het minder elegant om een aanbod dat uit een gedraging blijkt, zoals het in een bus stappen, het uitstellen van koopwaar e.d., als 'verklaring' te omschrijven. Op deze kwestie, evenals op de vraag welke factoren bij de uitleg van het aanbod van belang zijn, kom ik hieronder nog terug bij de bespreking van de tweelingzuster van de onderhavige rechtshandeling, de aanvaarding. Bij die laatste figuur heeft die problematiek al meer in de aandacht gestaan, onder de benaming 'stilzwijgende aanvaarding'.

32. Vgl. voor soortgelijke benaderingen van het aanbod in andere rechtssystemen onder, IV, met name voor de Lofte-theorie in het Scandinavisch recht, § 2, no. 13 v., en voor de leer van 'la déclaration unilatérale de volonté', § 3, no. 1 v.

Ook het aspekt van *gerichtheid* van de handeling valt zoals aangegeven onder de uitleg. Een belangrijke uitlegfaktor is hierbij het gebruik; met name in het geval van het zgn. openbare aanbod (gericht tot het publiek, en niet tot een geïndividualiseerd persoon of aantal personen) is dit in sterke mate het geval.<sup>33</sup> In dit vereiste van gerichtheid van de handeling zit het vereiste van kenbaarheid besloten. Eerst dan kan van een gerichte handeling gesproken worden, indien zij door de wijze van uitvoering kenbaar wordt voor degene tot wie zij gericht werd, d.w.z. redelijkerwijze kenbaar, en daarmee dient de objektivering van dat begrip zich reeds aan.<sup>34</sup> Het kan dus zijn dat een handeling voor de geadresseerde *feitelijk* niet kenbaar was zonder dat dit een smet werpt op de vereiste gerichtheid (en daarmee: kenbaarheid) van de handeling. Dat is het geval, indien de waarneming van de handeling verhinderd wordt door omstandigheden die in de risikosfeer liggen van de geadresseerde (onaangekondigde verhuizing, vakantie, ziekte, fouten van ondergeschikten e.d.).

Wat betreft gebreken in de gebezigde communicatiemiddelen ben ik van mening – in afwijking van de heersende leer –, dat deze voor rekening komen van degeen die zich daarvan bedient, mits het gebruikte middel als algemeen gangbaar kan gelden in de betrekkelijke situatie.<sup>35</sup>

Voor de hier verdedigde opvatting inzake het begrip 'gerichtheid' kan steun gevonden worden bij een wat ouder arrest van de hoge raad, dat weinig bekendheid geniet. Het arrest van 7 december 1923, *NV Stoom Brood- en Scheepsbesluitfabriek – Kalden*<sup>36</sup>, handelt over een geval van opzegging als bedoeld in art. 1639o BW, doch kan gezien worden als een uitspraak die de verklaring in het algemeen betreft, met name ten aanzien van de vraag wanneer een verklaring aan een ander gedaan is.<sup>37</sup> Hetgeen niet anders is dan de vraag naar de gerichtheid van een verklaringshandeling. In het geval in kwestie had de werknemer Kalden een mededeling, inhoudende zijn ontslagname op staande voet wegens een dringende reden, gedaan aan het kantoorpersoneel van de broodfabriek met het verzoek zijn ontslagname aan de directeur over te brengen. De rechtbank had opgemerkt, ten aanzien van de wijze waarop de mededeling geschied was, dat 'in casu mocht worden aangenomen, dat zij in dier voege gedaan den directeur onverwijld zoude bereiken'. Het cassatiemiddel berust kennelijk op de stelling dat het *vernemen* van de verklaring door de geadresseerde essentieel is voor haar rechtsgeldigheid. De klacht luidt, dat de wijze van mededelen 'niet voldoende is om de werkelijke onverwijldde overbrenging aan den directeur van de reden van het ontslag te *bewijzen*' (mijn curs.). De hoge raad overweegt, na opgemerkt te

33. Vgl. de voorbeelden die Pitlo op de hem eigen, beeldende wijze geeft, p. 154.

34. De problematiek van het gerichtheidsvereiste kwam hierboven ook reeds aan de orde bij de opzegging, I, § 2, no. 5, en bij de afstand van recht, I, § 3, no. 4.

35. Vgl. hiervoor nader, onder, § 3, no. 8, m.b.t. totstandkoming van overeenkomsten.

36. *W* 2838 (1924), nt. E.M.M.

37. In deze zin ook Meijers in zijn noot, en Janssens, diss. 1926, p. 144 v.

hebben dat de wet niet aangeeft op welke wijze de in art. 1639<sup>o</sup> bedoelde onverwijde mededeling van de reden tot het beëindigen van de dienstbetrekking moet worden gedaan:

‘dat die mededeeling derhalve kan geschieden op elke wijze, die, in aanmerking genomen de omstandigheden van het gegeven geval, *naar de opvattingen van het verkeer als daartoe deugdelijk mag worden beschouwd*;

dat de Rechtbank, waar zij overweegt, dat in casu mocht worden aangenomen, dat de mededeeling, zoals die van Kalden is uitgegaan, den directeur onverwijld zou bereiken, niet – gelijk ter ondersteuning van het cassatiemiddel is aangevoerd – gewicht hecht aan een subjectieve opvatting van Kalden daaromtrent, doch kennelijk de wijze, waarop de mededeeling is gedaan, toetsende aan de opvattingen van het verkeer en daarbij de omstandigheden van het onderhavige geval in aanmerking nemende, tot de slotsom komt, dat deze wijze van mededeelen in dit geval als deugdelijk was te beschouwen om den inhoud der mededeeling onverwijld ter kennis van den directeur te brengen;

dat hieruit volgt, dat ongegrond is de bij het middel te berde gebrachte grief, dat het uiten van het verlangen tegenover het personeel, dat dit de mededeeling aan den directeur zou overbrengen, niet voldoende is om de *werkelijk onverwijde overbrenging* van de reden van het ontslag van den directeur te bewijzen;

dat toch Kalden in dit geding die overbrenging niet had te bewijzen, doch kon volstaan met aan te toonen, gelijk hij, naar feitelijk is beslist, heeft aangetoond, dat hij de mededeeling heeft gedaan op zoodanige wijze, dat de onverwijde overbrenging aan den directeur *redelijkerwijs mocht worden verwacht*;

dat het middel mitsdien niet tot cassatie kan leiden’ (mijn curs.).

Twee conclusies kunnen uit dit arrest worden getrokken met betrekking tot de vereiste gerichtheid van de verklaringshandeling. Uitgangspunt is allereerst voor de hoge raad, dat de verkeersopvatting, in verband met de omstandigheden van het geval, bepaalt of een wijze van verklaren *deugdelijk* is om de inhoud van die verklaring ter kennis van de geadresseerde te brengen. Met andere woorden, de vraag of aan een verklaring rechtswerking toekomt – of zij gericht is – is een vraag van *normatieve uitleg*. De ‘subjectieve opvatting’ van de verklarende, zo stelt de cassatierechter expliciet, is hierbij niet van belang.

Een tweede gevolgtrekking, die kan worden gemaakt, is dat voor de hoge raad niet de (te bewijzen) werkelijke kennisneming van de verklaring door de geadresseerde het thema van de uitleg is en dan ook de doorslag moet geven, maar dat de uitleg enkel betreft de vraag of op objektieve gronden de verklaring aangemerkt moet worden als *redelijkerwijze* die kennisneming mogelijk makend. Ook hier is de gehanteerde methode niet feitelijk, maar *normatief* van karakter. De implicaties van dit standaardarrest op het gebied van de verklaringshandeling, in het bijzonder met betrekking tot de problematiek van de totstandkoming van overeenkomsten, komen hieronder nog ter sprake, vgl. § 3 no. 3. Ook daar heeft dit arrest, dat van groot belang is gezien de gangbare vernemings- en ontvangsttheorie, nauwelijks enige aandacht getrokken.

In de literatuur wordt met betrekking tot de gerichtheid van de handeling doorgaans het in de duitse doctrine gangbare begrip 'empfangsbedürftig' gehanteerd.<sup>38</sup> Het ontwerp-BW sluit daar in art. 3.2.4 nauw bij aan. Uitgaande van de ontvangsttheorie, wordt daar gesteld, dat een tot een andere persoon gerichte verklaring om gevolg te hebben die andere persoon moet hebben *bereikt*. Ook in dit laatste begrip zit, evenals in het door mij uitsluitend gehanteerde begrip 'gerichtheid', de kenbaarheid besloten, zo leert men uit de *Toelichting*.<sup>39</sup> In het vervolg van het ontworpen artikel wordt aan het 'niet-bereiken' van de geadresseerde dezelfde gevolgen verbonden als aan het 'bereiken', en wel voor het geval de oorzaak van het niet-bereiken in persoonlijk betreffende omstandigheden van de geadresseerde ligt, welke 'rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt'.

Mijn constructie verschilt hierin van die van het ontwerp-Meijers, dat bij mij de beslissing met betrekking tot de rechtsgevolgen reeds valt bij het verlenen van het predikaat 'gericht' aan de handeling – hetwelk normatief geduid wordt –, terwijl in het ontwerp het adjektief 'gericht' slechts een epitheton ornans voorstelt, aangezien in het vereiste van 'bereiken' het criterium ligt. In mijn opvatting kan het doen van een aanbod door het verzenden van een brief met die strekking, welke bij de verzending zoek raakt, niet als een 'gerichte' handeling gelden: het functioneren van dit normale communicatiemiddel komt immers voor rekening van degenen die zich ervan bedient, en daarmee wordt de handeling niet van rechtswege als *gericht* beschouwd. Bij Meijers daarentegen heeft de gerichtheid een feitelijk karakter (het adresseren van de brief). Een andere mogelijkheid is, dat bij hem de gerichtheid op de wil van de afzender valt terug te voeren. In dat geval is het duidelijk dat de praktijk een correctie eist – hier in de vorm van het criterium 'bereiken' – want willen is, zoals men weet, nog niet altijd kunnen. Het verschil in constructie blijkt ook hier weer tot een verschil in uitgangspunt terug te voeren te zijn, hetgeen niet verwonderlijk is, aangezien het ook hier de *uitleg* van een handeling betreft. Dat Meijers daarbij de historisch-psychologische methode huldigt, wordt bij de onderhavige materie eens te meer duidelijk.<sup>40</sup>

De daareven genoemde uitlegfaktor, het gebruik dat ter plaatse, of wel in het algemeen in de tak van handel in kwestie geldt, is eveneens van gewicht bij een volgende uitlegvraag, namelijk die met betrekking tot de duur van het aanbod.<sup>41</sup> Een vraag die niet minder van belang is, aangezien uiteraard

38. Suijling sprak, zoals bekend, van de 'aan mededeling onderworpen wilsverklaring'.

39. p. 186: een verklaring heeft de wederpartij slechts dan bereikt, 'wanneer deze haar vernomen heeft of een normaal individu haar onder de gegeven omstandigheden had kunnen vernemen'.

40. Hieronder wordt bij de bespreking van de aanvaarding het begrip gerichtheid en de visie daarop van de ontwerpers van Boek 6 Nw BW nog nader aan de orde gesteld. Vgl. § 2, no. 1 v.

41. De enquête die Troelstra in 1925 instelde, bracht aan het licht, dat men toen in de praktijk een gebondenheid aan een (herroepelijk opgevat) aanbod gedurende ongeveer 2 dagen voorstond. Ook het in sommige handelskringen onherroepelijk geachte aanbod werd als van korte duur beschouwd. Vgl. diss. p. 22.

een aanvaarding na het verstrijken van de termijn van het aanbod, in de regel geen rechtsgevolg heeft. Zoals bekend staan vele voorstanders van de herroepelijkheid van het aanbod op het standpunt dat dit anders is indien een termijn aangegeven werd bij het aanbod, of deze uit het gebruik af te leiden viel. In die gevallen – en uiteraard ook wanneer de termijn uit een overeenkomst voortvloeit – nemen zij onherroepelijkheid aan voor de duur van de termijn.<sup>42</sup>

#### 6. *Rechtsgevolgen van het aanbod. De verbintenis om de toezegging gestand te doen*

De rechtsgevolgen die bij de uitleg degeen die de aanbodshandeling verrichtte toegerekend worden, verdienen nog een nader onderzoek. Ik sprak hierboven van een onvoorwaardelijke en een voorwaardelijke verbintenis. De eerste verbintenis, welke de verplichting inhoudt de toezegging gestand te doen welke in de handeling tot uitdrukking werd gebracht – bijv. ter zake van de levering van een bepaalde zaak – is van een bijzonder karakter. Het recht reageert namelijk op een bijzondere wijze op het schenden van die verplichting. Het ongedaan maken van de toezegging door de aanbieder gedurende de termijn dat deze van kracht is – plastischer uitgedrukt: het herroepen van de mededeling waarin de toezegging besloten lag –, wordt gezien als strijdend met de goede trouw in verband met de eisen van het maatschappelijk verkeer, en derhalve *genegeerd*. Het heeft geen rechtsgevolg. Dat de goede trouw in pre-contractuele verhoudingen regeert heeft de hoge raad ons met *Baris - Riezenkamp* geleerd, terwijl daarnaast bij de uitleg van een verklaring de verkeerseisen altijd al hoog genoteerd stonden in de rechtspraak.<sup>43</sup> Hebben wij hier met een *rara avis* onder de verbintenissen te maken, nu toch het kenmerkende van die rechtsfiguur is dat hij niet nagekomen *kan* worden? G. J. Scholten meent in zijn noot onder het hierboven besproken arrest van wel, en gaat zelfs zover, te ontkennen dat hier van een verbintenis sprake is, om in plaats daarvan een ‘gebondenheid’ aan te nemen als spiegelbeeld niet van een vorderingsrecht, maar van een *wilsrecht*. Daarbij speelde voor Scholten ook een rol dat een verbintenis verplicht tot een geven, een doen of een nalaten, waarvan hier geen sprake zou zijn. Dat laatste ben ik al direkt met schr. oneens, zoals uit het daareven gestelde blijkt. Blijft nog het probleem, dat in dit geval de verbintenis niet geschonden *kán* worden. Mijns inziens is dat niet zo’n vreemde figuur als op het eerste gezicht wel lijkt. Als men ziet dat naar positief recht ook de uitoefening van een recht *belet* kan worden door de goede trouw, gelet op de verkeerseisen, hetgeen zoals wij boven zagen het geval is bij opzegging en

42. Vgl. vooral de franse literatuur, o.a. Planiol - Ripert - Esmein § 134, en bij ons Troelstra, p. 73; Janssens, p. 132; Hofmann - Van Opstall, p. 314; Nw BW, *Toel.* p. 744.

43. Vgl. daaromtrent onder, § 2, no. 5 v., en III, § 3.

afstand van recht<sup>44</sup>, dan is het niet zo verwonderlijk om hier een verbintenis aan te treffen die een verplichting oplevert die niet geschonden kan worden. De handeling waarbij de aanbieder zijn aanbod ‘herroept’ wordt ingevolge de normen die de uitleg van die handeling beheersen, rechtens genegeerd. Evenals dit het geval is bij een opzegging die in strijd met de goede trouw verricht werd, zoals de vaste jurisprudentie leert. Niet alleen ten aanzien van zijn rechten, ook ten aanzien van zijn verplichtingen wordt het individu door het recht in zijn doen en laten kort gehouden, en bij tijde zelfs, zoals hier weer blijkt, aan banden gelegd. De eisen van de goede trouw bleken daarbij goede diensten te bewijzen. Aldus gaat heden ten dage het ‘*belofte maakt schuld*’ op, het tot het germaanse recht teruggaande beginsel dat de aanhangers van de ‘nieuwe leer’ in de vorige eeuw in hun blazoën voerden.<sup>45</sup> Ik zie derhalve geen aanleiding G. J. Scholten te volgen.<sup>46</sup> Ik vraag mij trouwens af, wat de term ‘verbintenis’ anders doet dan een ‘gebondenheid’ aan te geven.

Een argument ten gunste van mijn zienswijze – het aanbod als verbintenissen teweegbrengende rechtshandeling – is nog, dat aldus een fundament gegeven wordt aan de heersende opvatting, dat in geval van dood of verlies van handelingsbekwaamheid van de aanbieder, het aanbod van kracht blijft, tenzij op grond van uitleg van het aanbod het tegendeel aangenomen moet worden. In die situatie volgen immers de verbintenissen uit aanbod dezelfde weg die voor verbintenissen in het algemeen de aangewezen is.

7. *Rechtsgevolgen (vervolg). Nevenverbintenissen. De pre-contractuele rechtsverhouding; onderzoek- en spreekplicht. Baris - Riezenkamp (1957)*

Aan deze eerste verbintenis uit het aanbod, de verplichting om de in het aanbod vervatte toezegging gestand te doen, kunnen *nevenverbintenissen* verbonden zijn. In geval bijv. bij koop de levering van een bepaalde zaak, met de omschrijving ‘uit voorraad leverbaar’, aangeboden wordt, brengt deze toezegging met zich, dat men die zaak ter beschikking van eventuele kopers houdt, en haar niet alvorens de termijn van aanbod verstreken is aan

44. Vgl. boven, I, § 2, nos. 5, 8 v.; § 2, no. 5 v. Vgl. verder nog, meer in het algemeen, de beperking van het eigendomsrecht, artt. 625 jo. 1401 BW, en het leerstuk van misbruik van recht, waarover III, § 2, no. 6 v.

45. Vgl. onder, III, § 6, no. 1 v.

46. Het standpunt van Scholten werd behalve door Van Opstall (vgl. boven) eerder verdedigd door Polderman, diss. p. 145 v., die zich daarbij ten onrechte beroept op Siegel. Als enige verbintenis ziet Polderman die welke de verplichting tot presteren tot onderwerp heeft, hij miskent het bestaan van de verbintenis, met als inhoud de verplichting zijn woord te houden, welke Siegel aanvaardt. De laatste spreekt immers van twee ‘Verplichtingen’, zonder van een onderscheid in rechtskarakter te gewagen, vgl. onder, IV, § 2, no. 2. De reden waarom Polderman de laatst omschreven verplichting niet als *verbintenis* ziet, ligt hierin, dat in dat geval de *wil* van de geadresseerde ontbreekt, p. 145.

Ook Molengraaff neemt geen verbintenis uit aanbod aan; hij wordt daarin bestreden door Janssens, p. 102 v. Vgl. voor de visie van het ontwerp-BW nog onder, no. 10.

een derde van de hand doet, vgl. art. 1272 BW in fine. Verder rust meer in het algemeen op iedere aanbieder de verplichting om gedurende de termijn van aanbod als een 'goed huisvader' voor de aangeboden zaak te zorgen, vgl. art. 1271 BW. Neemt men dit niet aan, dan zou iedere aanbieder het in de hand hebben om zijn toezegging waardeloos te maken, hetgeen zou strijden met de aangegeven hoofdverbintenis. Wordt de zaak in het aanbod als van een bepaalde kwaliteit omschreven – hetgeen ook stilzwijgend uit de aard van de zaak kan voortvloeien –, dan rust op de aanbieder de verplichting om gedurende de termijn van aanbod voor het in stand blijven van die kwaliteit te zorgen. Wordt deze zorgverplichting in zijn onderscheiden gedaanten geschonden, dan gaat de aanbieder vrijuit indien dit toe te schrijven valt aan een 'vreemde oorzaak, die hem niet kan worden toegerekend', zoals art. 1280 BW het nog steeds fraai zegt. Wil dat nu zeggen dat het risico voor de beschadiging van de zaak voor degeen komt tot wie het aanbod gericht werd? Indien men bedenkt dat de geadresseerde vrij is om het aanbod te verwerpen, ziet men in dat dit onaanvaardbaar zou zijn. Men hoeft niet te dulden dat men door een wellicht zelfs ongevraagd aanbod een risico op de hals geschoven krijgt, zonder dat men in enige relatie tot de zaak in kwestie staat. De zaak blijft derhalve tot aan de aanvaarding voor risico van de aanbieder.<sup>47</sup> Uit het zoëven gestelde vloeit slechts voort, dat indien eerst na aanvaarding bekend wordt dat de zaak vóór de aanvaarding door een toeval is beschadigd of vergaan, de aanbieder dan het verwijt van de acceptant dat hij zijn zorgverplichting geschonden zou hebben, naast zich neer kan leggen. In geval er sprake is van schending van die zorgverplichting – bijv. het geval dat door onzorgvuldige behandeling van een aanbieder onderhevige zaak bij de opslag, zij wanneer de aanbieder wil leveren, bedorven blijkt te zijn – kan de sanctie daarop bestaan in de vorm van een verplichting tot schadevergoeding (vgl. art. 1272 BW). Daarnaast bestaat de mogelijkheid, dat die zorgverplichting geconverteerd wordt in een verplichting, om eenzelfde zaak van elders te betrekken, waarbij extra kosten uiteraard voor rekening van de wanpresterende aanbieder komen.<sup>48</sup>

Hiermee zijn wij ongemerkt op het terrein van de overeenkomst beland. Het behoeft immers geen betoog, dat een dergelijke aktie van de geadresseerde tegen de wanpresterende – nl. zijn toezegging niet gestand doende – aanbieder doorgaans alleen zin heeft en ingesteld zal worden, indien het aanbod *aanvaard* is, waarmee tevens de overeenkomst het licht ziet. De zoven aangehaalde artikelen, 1271 en 1272 uit de afdeling 'Van verbintenissen om iets te geven', worden trouwens in het algemeen in het kader van de verplichtingen uit overeenkomst geleverd. Al zal dus bij een schade-toebrengend handelen van de aanbieder vóór het tijdstip van aanvaarding, de

47. De problemen rond het verspringen van het risico na aanvaarding laat ik hier buiten beschouwing.

48. Vgl. voor de hantering van *conversie* als uitlegmiddel, hieronder, III, § 3 (uitleg van overeenkomsten), no. 11.

## § I. AANBOD

acceptant zijn remedie zoeken in de vorm van contractuele middelen die hem ten dienste staan, door eenvoudigweg te stellen dat de contractueel verplichte prestatie uitblijft of niet voldoet aan het overeengekomene, het blijft niettemin een schade-toebrengend handelen dat vóór het totstandkomen van de rechtsverhouding 'overeenkomst' plaatsvond.

Het is evenwel geen kwestie om lang bij stil te staan, want zoals de lezer al bedacht zal hebben is het karakter van het probleem nogal academisch. Een beroep van de aanbieder op het feit dat zijn handelen buiten de overeenkomst valt, en derhalve ook buiten het regime dat die verhouding beheerst, kan sinds 1957 op eenvoudige wijze worden weerlegd door het *Baris - Riezenkamp*-arrest aan te halen: ook de pre-contractuele verhouding wordt beheerst door de goede trouw, en daarmee verschijnt de goede huisvader weer ten tonele, de romeinse vader Doorsnee. Toch is het boeiend ook nog een tweede blik op deze academische kwestie te werpen, hetgeen in een proefschrift meen ik toegestaan is. De hoge raad stelt nl. in zijn befaamde uitspraak,

'dat immers partijen, door in *onderhandelingen te treden over het sluiten van een overeenkomst*, tot elkaar komen 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' (mijn curs.).

Het is mij te doen om het woord dat veel kritiek heeft ontmoet<sup>49</sup>: '*rechtsverhouding*'. In de kritiek op het gebruik van deze term gaat men ervan uit dat de hoge raad zich vergaloppeerd heeft met de – overigens toegejuichte – invoering van de goede trouw in het pre-contractuele stadium. Het kenmerkende van dat stadium – aldus die schrijvers – is immers dat dan nog van geen rechtsverhouding sprake is, *omdat (uiteraard) de overeenkomst nog niet tot stand gekomen is*. Deze conclusie is minder voor de hand liggend, indien men in het oog houdt, dat het 'in onderhandelingen treden over het sluiten van een overeenkomst', bij nadere analyse blijkt te bestaan uit een 'aanbod' van de zijde van de ene partij gevolgd door een 'aanvaarding' van de zijde van de ander. Dat dit feitelijk bezien – bijv. wanneer het geen adhesiecontract betreft, met het aanbod in 'take it or leave it'-stijl – niet hoeft te betekenen dat slechts van tweeën op elkaar afgestemde verklaringen sprake is, ligt voor de hand. Een reeks van besprekingen of een langdurige correspondentie kan uiteindelijk een overeenkomst opleveren. Dit neemt niet weg, dat in juridisch opzicht van aanbod en aanvaarding kan worden gesproken. De heersende leer neemt immers aan, dat indien de geadresseerde een wijziging op het aanbod voorstelt, dit als tegenaanbod geduid moet worden (vgl. ook art. 6.5.2.8, lid 1, Nw BW). Zo

49. Vgl. bijv. Van der Grinten, nt. AA VII, p. 106; Kamphuisen, *WPNR* 4610, p. 546. Anders P. Zonderland, *WPNR* 5122 (1971), p. 131, nt. 1.



kunnen tijdens de onderhandelingen aanbieder en acceptant steeds van rol wisselen.<sup>50</sup> De uiteindelijke rolverdeling in zo'n situatie is van belang voor het mechanisme van de contractssluiting.

In de tegenwoordige praktijk van de contractssluiting, doet zich de vraag voor, of dit rollenspel nog wel een juridische realiteit is. In 'big business' kent men namelijk steeds meer de situatie, zoals beschreven door de Amerikaanse schrijver Schlesinger, *Formation of Contracts* II, p. 1584. In eerste aanleg worden onderhandelingen door zakenlieden gevoerd, die elkaar op het zakelijk vlak proberen te vinden, zonder over en weer tot het doen van een (bindend) aanbod over te gaan, of op juridische aspecten van de transactie in te gaan. Zijn zij het eens geworden, dan treden juristen voor beide partijen in het veld, die de transactie in een juridisch kader plaatsen. Ook dan is geen sprake van een om beurten uitbrengen van een aanbod, dan wel een aanvaarding, aangezien zij doorgaans daartoe geen volmacht hebben. Zij trachten daarentegen gezamenlijk, door het uitwisselen en bespreken van concept-contractsakten te komen tot een uiteindelijke akte die door beide partijen ondertekend zou kunnen worden. Dat laatste vormt, in een al of niet plechtige bijeenkomst, de sluiting van de overeenkomst in eigenlijke zin.

Schlesinger meent – anders dan vooraanstaande schrijvers als Williston en Corbin en de ontwerpers van de Uniform Commercial Code en de *Restatement (Second)* – dat deze vorm van contracteren een in de praktijk veel voorkomende en belangrijke figuur is. Hij is tevens van mening dat op dit soort 'large-scale dealings' het traditionele patroon van aanbod en aanvaarding niet van toepassing is, p. 1585. Hierin ben ik het met schr. niet eens. Het doet immers niet ter zake van wie de formulering van het aanbod (resp. de aanvaarding) afkomstig is. Zij kan van de hand van derden zijn (bijv. in geval van standaardvoorwaarden, die al of niet met inspraak van belangenorganisaties van één of beide partijen tot stand zijn gekomen, vgl. bijv. de UAV 1968, en de condities van de Comecon en de Economische Commissie voor Europa), of ook door lasthebbers of ondergeschikten van beide partijen gezamenlijk opgesteld zijn, zoals in casu. Ook indien partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend bepalingen van regelen recht op hun overeenkomst van toepassing laten zijn, laten zij de vaststelling van de inhoud van hun aanbod resp. aanvaarding – en daarmee van de ontstane rechtsverhouding, de overeenkomst – voor een deel aan een derde, hier de wetgever, over.

Op het moment van ondertekening van de akte is het aldus, dat de eerste ondertekenaar het in de akte vervatte aanbod doet, hetwelk door de tweede ondertekenaar aanvaard wordt, op in dezelfde akte omschreven voorwaarden. (In deze zin reeds Salmond and Winfield, *Law of Contracts* (1927), p. 60, en trouwens ook Williston I, § 23, hetgeen door Schlesinger miskend wordt.)

Dat bij deze gang van zaken die een contracteren tussen aanwezigen inhoudt, waarbij aanbod en aanvaarding naar de tijd genomen haast samenvallen – hetgeen weer doet denken aan overeenkomsten die de behoeften van het dagelijks leven betreffen – de perikelen die het contracteren tussen *afwezigen* kenmerken achterwege blijven, is een andere kwestie. De uitleg van een dergelijke overeenkomst vertoont overigens

50. De vraag naar de aansprakelijkheid voor het doen afbreken van onderhandelingen, betreft doorgaans in feite de vraag of de verwerping van een aanbod door een van de onderhandelende partijen rechtsgevolgen heeft, indien dit na enige tijd loven en bieden geschiedt, d.w.z. indien die partij zelf ook minstens eenmaal een tegenbod gedaan heeft, dat verworpen werd. Dit zal alleen het geval zijn indien de omstandigheden dat billijken; een schadevergoeding ligt dan het meest voor de hand. Als grondslag hiervoor wordt in de literatuur meestal art. 1401 aangewezen. Aldus reeds Opzoomer V, p. 49 (2e dr.). Vgl. verder het genoemde preadv. van Drion, *Jaarboek XI*; L. Hardenberg, *WPNR* 4969-71 (1967), *De onderhandeling*, en Schoordijk, *De verbintenis uit de wet*, 1968.

## § I. AANBOD

gelijkenis met de wetsuitleg – hetgeen te onzent met betrekking tot standaardcontracten al eerder is verkondigd. De deense schrijver S. Jørgensen, *Vertrag und Recht*, 1968, p. 37 v., heeft ook bezwaren tegen het mechanisme van aanbod en aanvaarding, waaronder soortgelijke als die van Schlesinger.

Voor de *uitleg* van de overeenkomst kan het eveneens van groot belang zijn om te weten van welke zijde een bepaalde clause afkomstig is, indien over de betekenis ervan verschil van mening bestaat tussen partijen.<sup>51</sup> Daarnaast kan het voor die uitleg van belang zijn om te weten of de bewuste clause ontstond als een amendement op een eerder door de tegenpartij voorgestelde bepaling. Ook kan het voorkomen, dat wanneer op initiatief van één, of wel beide partijen een bepaling in het concept-contract (m.a.w. in het aanbod) geschrapt wordt, men de wijzigingen van andere, daarmee verband houdende artikelen over het hoofd gezien heeft. Deze laatste komen dan in de lucht te hangen, en kunnen zelfs een dubbelzinnige betekenis krijgen. Kennis van de ontstaansgeschiedenis van die bepaling bij de uitlegger, kan voor de keuze tussen mogelijke betekenissen doorslaggevend zijn.<sup>52</sup>

Ziet men in dat het 'handjeclap' dat aan de contractssluiting vooraf gaat, in de regel tot aanbod en aanvaarding te herleiden valt, dan wint de uitspraak van de hoge raad in *Baris – Riezenkamp* aan belang. Want het college zegt niet minder dan dat partijen in het tijdperk tussen aanbod en aanvaarding tot elkaar in een *rechtsverhouding* staan, die door de goede trouw beheerst wordt. Dit past wonderwel in mijn visie, waarin het aanbod een *rechtshandeling* is, die bepaalde verbintenissen teweeg brengt. De cassatierechter geeft zelf als grondslag van die verbintenissen de goede trouw aan, geconcretiseerd in de verplichting van de aanbieder om zijn gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij in spe. Een van die belangen is, zoals wij zagen, de onafwijsbare verkeersei (Molengraaff) dat de geadresseerde de aanbieder aan zijn toezegging mag houden, met daarnaast de boven besproken belangen die daarmee verband houden (goede staat van de zaak, etc.). Gezien de eisen van het maatschappelijk verkeer, moeten die belangen als gerechtvaardigd beschouwd worden. Naar mijn mening moet de formulering van de hoge raad dan ook zeker niet als een slip of the pen opgevat worden. Door de introductie van het begrip *rechtsverhouding* in de pre-contractuele sfeer, kan het *Baris - Riezenkamp*-arrest gezien worden als het belangrijkste steunpunt dat de jurisprudentie voor mijn opvatting inzake het aanbod, gedacht als rechtshandeling, biedt.

Met het bovenstaande is het scala van nevenverbintenissen, staande naast de hoofdverbintenis om de in het aanbod neergelegde toezegging gestand te doen, nog geenszins uitputtend beschreven. Vooruitlopend op de nog vol-

51. Vgl. HR 13 maart 1925, NJ 561, *Sas van Gent - Hombach*.

52. Vgl. HR 13 april 1951, NJ 1952-76, nt. Ph.A.N.H., *Dorrius*-arrest. Vgl. voor dit arrest, en de uitleg van overeenkomsten in het algemeen, onder, III, § 3.

gende beschouwingen, wil ik nog wijzen op de 'gehoudenheid' die de hoge raad in het *Baris - Riezenkamp*-arrest aanneemt voor degeen die overweegt een overeenkomst aan te gaan, nl. 'om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft'. Hier is met andere woorden sprake van een *onderzoekplicht* voor de aanbieder, dit om te voorkomen dat hij bij het doen van zijn aanbod in dwaling verkeert. Eenzelfde verplichting rust op de geadresseerde bij het verrichten van zijn aanvaarding.

Een andere verplichting die in dit verband te noemen valt – waarop ik eveneens nog nader terugkom – is de *spreekplicht*, door de hoge raad aanvaard in het *kantharos-arrest*.<sup>53</sup> Bij het doen van een aanbod kan geboden zijn dat een bepaalde kwaliteit van de zaak waarop de toezegging betrekking heeft (of een bepaalde daarmee verband houdende omstandigheid) in het aanbod vermeld wordt. Bijvoorbeeld het feit dat de aangeboden zaak, anders dan de prijs zou doen vermoeden, niet antiek is; of de omstandigheid dat een vergunning van een overheidsinstantie, anders dan men zou verwachten, nog niet verkregen is. Ook deze verbintenissen danken hun bestaan aan de omstandigheid dat bij afwezigheid daarvan, aan de hoofdverbintenis inzake het gestand doen van de gegeven toezegging de zin komt te ontvallen. Bij gebondenheid van de aanbieder aan een toezegging die *afwijkt* van de toezegging zoals de geadresseerde haar mocht opvatten (door normatieve uitleg te ijken), is het maatschappelijk verkeer immers niet geënd. En daarmee is de bron van de verbintenis uit een toezegging, indien deze louter in historisch-psychologische zin geduid wordt, opgedroogd.

De ontwikkeling in onze rechtspraak waarbij onder leiding van de hoge raad de zoëven beschreven regels van de goede trouw opgesteld werden die de pre-contractuele verhouding beheersen, vertoont een opmerkelijke overeenkomst met die welke zich in de zwitserse jurisprudentie voltrok. Met name het arrest van het tribunal fédéral, *Meyer - Ville de Neuchâtel* van 1951<sup>54</sup>, getuigt van dezelfde visie die in onze *Baris - Riezenkamp*- en *kantharos*-arresten naar voren komt. Ik laat enkele overwegingen van de zwitserse cassatierechter hier volgen:

'... La pratique des tribunaux suisses a aussi reconnu la cause de responsabilité dérivant de la culpa in contrahendo. Selon les principes aujourd'hui communément admis en Allemagne et en Suisse, les pourparlers des parties créent entre elles, dès avant la conclusion de contrat, un rapport juridique qui donne naissance à certaines obligations de diligence, notamment l'obligation, pour chaque partie, de renseigner, dans une certaine mesure, l'autre partie sur les circonstances qui peuvent avoir une influence sur sa décision de conclure le contrat et de le conclure à certaines conditions. La violation de ces obligations fonde le droit à des dommages-intérêts...'

'... La responsabilité dont il s'agit repose sur l'idée que, dès l'ouverture de transac-

53. HR 19 juni 1959, *NJ* 1960-59, nt. H.B. Vgl. voor deze materie mijn beschouwingen in *WPNR* 4978 (1968), en nog onder, III, § 5, no. 5 v.

54. T.F. 6 juni 1951, *A.T.F.*, 77, II, p. 135 v.

## § I. AANBOD

tions en vue d'un contrat, les parties sont tenues, en vertu des règles de la bonne foi, d'observer certains devoirs dont la violation fautive les oblige à réparer le dommage qui en est la conséquence. Cette responsabilité ne dépend pas de la conclusion du contrat envisagé.<sup>55</sup>

### 8. Rechtsgevolgen (vervolg). De voorwaardelijke verbintenis om de overeenkomst uit te voeren

Een tweede hoofdverbintenis die uit het aanbod voortvloeit, een *voorwaardelijke verbintenis*, houdt de verplichting aan de zijde van de aanbieder in, om na aanvaarding de aldus tot stand gekomen overeenkomst ten uitvoer te brengen. Dat betekent het nakomen van verplichtingen die de overeenkomst krachtens regels van geschreven en ongeschreven recht met zich brengt. Zoals eerder betoogd, wordt de inhoud van de rechtsbetrekking 'overeenkomst', d.w.z. de inhoud van de partijverplichtingen, vastgesteld door middel van normatieve uitleg. Dat voor die uitleg het aanbod, zoals aanvaard door de wederpartij, de hoofdschotel vormt, werd zoëven al opgemerkt.<sup>56</sup> Doch deze kwestie brengt ons op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten, een onderwerp dat hieronder nog afzonderlijk aan de orde zal komen, waarbij ik overigens nogmaals op het arrest *Lindeboom - gem. Amsterdam* terugkom.

### 9. In de hier verdedigde opvatting de controversale omzeild? Het 'vrijblijvend aanbod'

Men kan zich afvragen of aldus, door de uitleg van het aanbod op de voorgrond te stellen, niet de aangesneden controversale omzeild wordt. Wanneer is nu een aanbod ònherroepelijk? In mijn opvatting dient, zoals gesteld, de term 'aanbod' ter aanduiding van een rechtshandeling, welke de hierboven geanalyseerde rechtsgevolgen teweegbrengt. Komt na uitleg van een handeling vast te staan dat in casu van een dergelijke rechtshandeling sprake is, dan valt niet in te denken dat zij eenzijdig ongedaan gemaakt ('herroepen') zou kunnen worden, wil men het begrip rechtshandeling niet volledig uithollen. Hier betreft het immers verbintenissenrecht, en niet bijv. het erfrecht, met zijn typisch herroepelijk gedachte eenzijdige rechtshandeling als de uiterste wilsbeschikking. Het enige dat herroepen kan worden, is de mededeling waarin het aanbod vervat is, doch dit heeft slechts effect indien de herroeping de geadresseerde bereikt vòòr de ontvangst van de oorspronkelijke

55. Ontleend aan R. Patry, *Le principe de la confiance*, 1953, p. 227. De passage die op de hier geciteerde volgt, handelt over de problematiek van de afgebroken onderhandelingen.

56. Bij adhesiecontracten spreekt dit wel het sterkst. Vgl. voor de vrije onderhandeling het hierboven betoogde. Op deze uitlegproblematiek wordt hieronder nog uitvoerig ingegaan, vgl. III, §§ 2, 3.

mededeling, of wel samenvallend daarmee. Deze laatste figuur is in de literatuur trouwens algemeen aanvaard, ook door voorstanders van een onherroepelijk aanbod.<sup>57</sup>

Het aanbod is derhalve voor mij – in het jargon van de controverse – ‘onherroepelijk’. In plaats van ‘aanbod’ zou ik eigenlijk liever van *toezegging* spreken, het oude woord voor een rechtens bindende belofte, maar de term aanbod lijkt mij te vast in het recht geworteld om voor het positieve recht invoering van een nieuwe term te bepleiten.

Het zgn. ‘vrijblijvend aanbod’ is in mijn ogen dan ook geen aanbod, maar – gelijk ook vele andere schrijvers al verdedigen<sup>58</sup> – *een uitnodiging tot het doen van een aanbod*. Van dat standpunt bezien is in zo’n situatie niets bijzonders aan de hand; dat geval komt overeen met dat waarbij van een (onherroepelijk) aanbod sprake is, zij het dat de momenten van aanbieden en aanvaarden een slag verschoven zijn. De ‘aanvaarding’ van een vrijblijvend aanbod moet geduid worden als een aanbod in juridische zin, een toezegging. De acceptatie daarvan door de eerste hand (de vrijblijvend-aanbieder) geldt als de eigenlijke aanvaarding, waardoor de overeenkomst tot stand komt. Die laatste aanvaarding kan ‘uitdrukkelijk’, d.w.z. met zoveel woorden geschieden, dan wel – hetgeen gebruikelijk zal zijn – ‘stilzwijgend’, bijv. door de goederen in kwestie te verzenden.

Een ‘herroepelijk aanbod’ is in mijn opvatting een term die aanduidt dat de afgelegde verklaring na uitleg niet als een aanbod aangemerkt kan worden, en is dus in mijn systeem een *contradictio in terminis* (bij aanvaarding van de term ‘toezegging’, bijv. voor het wordend recht, doet zich dat probleem uiteraard niet voor, dat geldt dan ook voor de term ‘vrijblijvend aanbod’).

### **c. Het aanbod in het Nieuw BW en in de Eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten (1964)**

#### *10. Natuurrecht in het Nw BW: aanbod en aanvaarding als onzelfstandige onderdelen van een als eenheid opgevatte meerzijdige rechtshandeling. Bestrijding*

Het aanbod heeft in het ontwerp-BW een plaats gevonden in afdeling 2 van Boek 6, titel 5, gewijd aan het tot stand komen van overeenkomsten. Bepa-

57. Hieronder, bij aanvaarding, kom ik op deze kwestie nog terug, vgl. § 2, no. 4.

58. Vgl. Asser-Van Goudoever, p. 269; Janssens, p. 164 v.; Losecaat-Vermeer, *WPNR* 2895 (1925); H. Drion, *Jaarboek XI*, p. 286; Asser-Rutten II, p. 96 v., en de daar aangehaalde jurisprudentie. Men kan m.i. van een *heersende leer* spreken. Een ander standpunt wordt ingenomen door Meijers, *WPNR* 2676 (1921) en Suijling, no. 229, terwijl Troelstra (p. 129 v.), Van Opstall (p. 313), Van Brakel (§ 295) en Pitlo (p. 155), geen keus maken.

## § I. AANBOD

lend voor de gehele regeling van het aanbod, is het feit dat de ontwerpers Meijers volgen, en zonder enige argumentatie stellen dat men aanbod en aanvaarding niet mag opvatten als afzonderlijke rechtshandelingen, doch slechts als onzelfstandige onderdelen van een als éénheid opgevatte meerzijdige rechtshandeling.<sup>59</sup> Behalve dat deze uitspraak zonder steun van argumenten tot ons komt, à prendre ou à laisser, valt bovendien op, dat daarin een groot beroep op ons voorstellingsvermogen gedaan wordt. Een aanbod is een onzelfstandig onderdeel van de meerzijdige rechtshandeling 'overeenkomst' stelt het ontwerp. Doch volgens hetzelfde ontwerp kan een aanbod onherroepelijk zijn, dus bindende kracht hebben, gedurende een bepaalde termijn, waarbinnen de aanvaarding door de geadresseerde (al weer zo'n onzelfstandig onderdeel) een overeenkomst kan doen ontstaan. Waarop berust die bindende kracht van het aanbod? Op de overeenkomst die later door aanvaarding ontstaat? En als er nu geen aanvaarding plaatsvindt, is er dan ook nooit van bindende kracht sprake geweest? Kan iemand daar in geloven? Hoe moet men zich het 'herroepen' van een aanbod voorstellen, zoals dat in het stelsel van het ontwerp mogelijk is?<sup>60</sup>

In de toelichting wordt even verder ook gesteld: 'Het *rechtsgevolg* van het aanbod is dus, dat het ten laste van de aanbieder *een wilsrecht scheidt* voor degene tot wie het is gericht' p. 741. Hier blijkt het onzelfstandig onderdeel van een nog niet totstandgekomen meerzijdige rechtshandeling een *rechtsgevolg* teweeg te kunnen brengen. En toch is het aanbod geen rechtshandeling? Ik kan de ontwerpers hier niet serieus nemen.

Is dit reeds een inconsequentie van formaat, het is niet de enige, noch de voor degene tot wie het is gericht' p. 741. Hier blijkt het onzelfstandig onderdeel van een meerzijdige rechtshandeling is, stamt regelrecht uit het *natuurrecht*. Pothier, die dezelfde opvatting aanhangt, zegt dan ook: *de bouwguyhrt*

'La pollicitation aux termes du pur Droit naturel ne produit aucune Obligation proprement dite, et celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire, tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite'.<sup>61</sup>

Blijkt hieruit hoezeer dit uitgangspunt samenhangt met de herroepelijkheid van het aanbod, uit het vervolg van de passage wordt het fundament zichtbaar waarop deze zienswijze berust, de *consensusgedachte*. Onder verwijzing naar De Groot stelt Pothier immers:

'car il ne peut y avoir d'Obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée contre la personne obligée; ... je ne peux pas par ma promesse

59. *Toel.* p. 741; bij Meijers, *Toel.* p. 185, ontbreekt eveneens een redengeving.

60. Op de hier bestreden opvatting werd reeds kritiek uitgeoefend door Goudekot, p. 130, en de daar genoemde andere schrijvers. Schlossmann sprak in dit verband van 'juristische Mystik', vgl. onder, IV, § 2, no. 3.

61. *Traité des oblig.* no. 4. Het Droit civil voegt hier slechts aan toe, vervolgt Pothier, de beloften van een burger aan zijn stad, en de bepalingen van de Ordonnance van 1731, inzake schenking.

accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, jusqu' à ce que *sa volonté concoure* pour l'acquérir par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse'.<sup>62</sup>

De reden waarom ik hierbij stilsta is deze, dat de ontwerpers, na eerst het aanbod zelfstandige waarde ontzegd te hebben, even later, de consensusgedachte in ronde taal *verwerpen*, op zich overigens een heuglijk feit.<sup>63</sup> Door deze inconsequentie is het hele systeem van de ontworpen regeling ongeloofwaardig geworden. Met hinken op twee gedachten zijn nog nooit grote vorderingen gemaakt, zeker niet bij een controversiële materie als deze.

H. Drion probeert in zijn bespreking van afdeling 2 van de beginselverklaring van het driemanschap inzake het aanbod – waar hij niet erg gelukkig mee is – nog te maken wat er van te maken valt, door haar uiterst welwillend uit te leggen.<sup>64</sup> Na alle interpretatie rolt er tenslotte uit, dat de ontwerpers 'bedoelden uit te drukken', 'dat de regels over meerzijdige rechtshandelingen ook toepasselijk zijn op aanbod en aanvaarding'.<sup>65</sup> Helaas, dit is nu precies wat de ontwerpers uitdrukkelijk *niet* wilden, vgl. p. 741, sub. 2, laatste twee zinnen. Men kan er niet omheen, het uitgangspunt van het driemanschap is voor het hedendaagse recht onverdedigbaar, en lijnrecht in strijd met de ontworpen regeling zelf. Door het aanbod niet als rechtshandeling op te vatten, heeft men zich de kans laten ontgaan om een strak, inwendig consequent systeem te bouwen, en zo het dilemma herroepelijk – onherroepelijk aanbod te doorbreken. Maar laat ik niet op de conclusie vooruitlopen.

### *11. Verdere kritiek op het Nw BW. De herroepelijkheid van het aanbod*

Het ontworpen stelsel ademt geheel de geest van Meijers, de bespreking daarvan kan na de eerder gevoerde beschouwingen kort zijn. In het ontwerp wordt uitgegaan van een *herroepelijk* aanbod, terwijl de scherpe kanten, die deze opvatting voor de praktijk heeft, weggevijsd worden door enerzijds Meijers' verzendconstructie op te nemen, en anderzijds – bij de voorstanders van herroepelijkheid haast bestendig gebruik – aanvaard wordt dat onherroepelijkheid van het aanbod kan voortvloeien uit de bewoordingen van het aanbod zelf, uit gebruik of uit overeenkomst.

Art. 6.5.2.2, lid 1, luidt:

62. In de eerste alinea van no. 4 zegt Pothier trouwens al: 'Le contrat renferme *le concours des volontés* de deux personnes, dont l'une promet quelque chose à l'autre et l'autre accepte la promesse qui lui est faite' (mijn curs.). Vgl. ook no. 3, 5e alinea.

63. *Toel.* p. 741, sub 4. Zoals gezegd wordt hieronder nog ingegaan op het leerstuk van de totstandkoming van overeenkomsten, waar de problematiek rond de consensusgedachte nader ter sprake komt. Vgl. voor het consensusbegrip in het klassieke romeinse recht nog III, § 7, no. 5.

64. *WPNR* 4828 (1964), p. 415. De stelling dat aanbod en aanvaarding niet als afzonderlijke rechtshandelingen opgevat mogen worden gaat Drion 'wat ver'.

65. Een uitkomst waarover Drion trouwens meteen weer zijn twijfel uit, p. 415, nt. 1.

## § I. AANBOD

Tenzij uit overeenkomst of gewoonte of uit het aanbod zelf iets anders voortvloeit, kan een aanbod worden herroepen zolang het niet is aanvaard en evenmin een mededeling, houdende aanvaarding van het aanbod, is verzonden.

Krijgt door de aanhef van dit lid de aanvaarde herroepelijkheid al een dubbele bodem, ook uit het vervolg van de regeling blijkt dat men ten aanzien van dit beginsel halfslachtig, zo niet inconsequent te werk gaat. Het volgende lid van art. 2 bepaalt dat bij twijfel het daar genoemde beding als onherroepelijk aanbod beschouwd moet worden; art. 3 gaat uit van de gedachte dat een bij uitloving gedaan aanbod normalerwijze onherroepelijk is, terwijl datzelfde uitgangspunt ook aan art. 5 ten grondslag lijkt te liggen.

Ziet men af van vormgeving en constructie – al is dit een bij het beschouwen van nieuwbouw ongebruikelijke handelwijze –, en let men op het resultaat waartoe men met toepassing van de ontworpen regeling kan komen, dan blijkt dat weinig te hoeven verschillen van dat waartoe men in het door mij verdedigde stelsel komt. Ook in de opvatting van het ontwerp kan men, zoals in de gelijklopende opvatting van Janssens, Van Opstall c.s. (vgl. boven) niet anders is, eerst na uitleg van het aanbod vaststellen of dit een onherroepelijk karakter heeft of niet, vgl. *Toel.*, p. 743 v.<sup>66</sup> Onherroepelijkheid volgt niet alleen uit een uitdrukkelijke verklaring met die strekking, doch moet ook aangenomen worden indien degenen tot wie het aanbod gericht was 'dit zo mocht opvatten', leest men daar.

Zal de in deze uitleg gelegen correctie op het uitgangspunt van herroepelijkheid weinig tegenstand ontmoeten, een ander lot lijkt het andere correctief, de verzendconstructie beschoren. Deze constructie, door Meijers hardnekkig verdedigd, vindt bij medestanders inzake de leer van het herroepelijke aanbod reeds geen gunstig onthaal. Van Opstall acht de constructie te gecompliceerd en niet geheel billijk<sup>67</sup>; H. Drion laat in zijn bespreking blijken niet veel behoefte aan die constructie te hebben.<sup>68</sup> Het laat zich raden dat in het hier verdedigde systeem van een onherroepelijk gedacht aanbod, aan een dergelijke regeling in het geheel geen behoefte bestaat, een regeling die slechts bestaat bij de gratie van herroepelijkheid van het aanbod.

Mijn voornaamste bezwaar tegen de regeling van het ontwerp, geldt het beginsel van herroepelijkheid van het aanbod, als voortvloeiend uit het natuurlijke uitgangspunt van de ontwerpers, het onzelfstandig karakter van het aanbod.<sup>69</sup> De verdediging daarvan in de toelichting (p. 743) kan

66. De ontwerpers van Boek 6 volgen Meijers' uitlegmethode, zoals neergelegd in art. 3.2.2 en 3, vgl. *Toel.*, p. 741 v. Zie voor kritiek op dit stelsel, onder, III, § 7, nos. 2, 7 v.

67. p. 311, waar de verzendconstructie in samenhang met de door het ontwerp aanvaarde ontvangsttheorie besproken wordt.

68. *WPNR* 4828 (1964), p. 416. Drion geeft de voorkeur aan de oplossing van art. 1328, lid 2, italiaans CC.

69. Het standpunt van het ontwerp wordt onderschreven door A. W. Hellema, *De toestemming als geopenbaarde wil*, Hijmans-bundel, *Met eerbiedigende werking*, 1971, p. 155 v. Het artikel kon hier niet meer verwerkt worden.



niet erg overtuigen, zowel wat het beroep op de handelspraktijk betreft, als dat op de jurisprudentie die al vele jaren in die zin zou zijn gevestigd.<sup>70</sup> Daarnaast achten de ontwerpers het een bezwaar van het stelsel van onherroepelijkheid, dat dit leidt tot offertes met de clausule 'vrijblijvend', 'welke clausule tot veel geschillen aanleiding geeft omdat de strekking daarvan moeilijk vast te stellen is'.

Hiertegen zou ik ten eerste willen aanvoeren, dat ook in de huidige praktijk (die volgens het ontwerp in het teken van de herroepelijkheid staat), deze clausule reeds algemeen verbreid is. De vlucht die een dergelijke clausule kan nemen, hoeft dus niet meer geducht te worden. Mijn tweede tegenwerping is, dat toch wel van de ontwerpers verwacht mag worden dat zij ten aanzien van het 'vrijblijvend aanbod' een standpunt bepalen<sup>71</sup>, zeker nu, zoals ik al eerder opmerkte, van een heersende leer gesproken kan worden.<sup>72</sup> Door aan deze problematiek voorbij te gaan, lieten de ontwerpers zich de kans ontgaan om – de heersende leer in deze volgend – tot een nieuwe grondslag van het aanbod te komen. Ziet men immers het vrijblijvend aanbod niet als aanbod in zijn juridische zin, maar als uitnodiging tot het doen van een aanbod<sup>73</sup>, dan vervalt de behoefte aan een herroepelijk karakter van het aanbod. In alle gevallen waar sprake is van een 'vrijblijvend aanbod', dan wel de uitleg van de verklaring geen *aanbod* (d.w.z. een onherroepelijke toezegging, bijv. om te verkopen) oplevert, doet de noodzaak zich niet voelen om door herroeping het ontstaan van een overeenkomst te verijdelen: er is toch nog aanvaarding door de 'aanbieder' nodig om een overeenkomst tot stand te doen komen. Doch met het grijpen van die kans zou men zijn leermeester Meijers wel in de steek hebben moeten laten.

De nadere bijzonderheden van de ontworpen regeling laat ik daar, om niet buiten het bestek van deze beschouwing te treden. Op de visie van het ontwerp op de totstandkoming van overeenkomsten kom ik hieronder nog terug.

## 12. De Eenvormige wet van 1964, een juridisch compromis

Tenslotte nog enkele opmerkingen over de in het haagse verdrag van 1 juli

70. Het eerste steunt slechts op de enquête die Troelstra in 1925, dus bijna een halve eeuw geleden (!) instelde; bij de jurisprudentie die het laatste beroep schraagt, hoort Rb. Zwolle 24 febr. 1954 niet thuis, welke uitspraak de door het ontwerp verworpen leer van Rutten volgt, terwijl de overige rechtspraak van vóór 1936 is.

71. Vgl. in dezelfde zin Drion, die daarbij ook het standpunt van de heersende leer formuleert.

72. Opmerkelijk is wel, dat de *Toelichting* in verband met de onduidelijke strekking van deze clausule, voor de nederlandse doctrine slechts naar Meijers' leerling Troelstra verwijst, die zelf geen standpunt in deze bepaalt, en niet naar de leerling van Paul Scholten, Janssens, die — zoals later de meeste schrijvers — de clausule als een uitnodiging tot het doen van een aanbod opvat.

73. Vgl. voor dit onderscheid, dat in alle rechtsstelsels van betekenis gemaakt wordt, het rechtsvergelijkend werk *Formation of Contracts*, gen. ed. R. B. Schlesinger (1968), deel I, sub A-1, *Offer or invitation to deal?*, p. 325-389.

## § I. AANBOD

1964 vastgestelde Eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken<sup>74</sup>, zoals te onzent in het wetsontwerp van 23 september 1968 vervat.<sup>75</sup> De regeling van de Eenvormige wet komt grotendeels overeen met die van het ontwerp-BW. De artikelen die in dit kader van belang zijn laat ik hier volgen:

*art. 4-1.* Een mededeling die een persoon richt tot een of meer bepaalde personen met het doel een koopovereenkomst te sluiten, vormt slechts dan een aanbod, wanneer zij voldoende bepaald is om mogelijk te maken dat door aanvaarding ervan de overeenkomst tot stand komt, en eruit blijkt van de wil van de aanbieder om zich te binden.

2. De mededeling wordt uitgelegd aan de hand van en aangevuld door de voorafgaande onderhandelingen, de tussen partijen gebruikelijk geworden handelwijzen, de gewoonte en de bepalingen van de Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken.

*art. 5-1.* Het aanbod bindt de aanbieder pas dan, wanneer het de geadresseerde heeft bereikt<sup>76</sup>; het vervalt, indien de intrekking ervan de geadresseerde vóór of gelijktijdig met het aanbod bereikt.

2. Het aanbod kan, nadat het de geadresseerde heeft bereikt, nog worden herroepen, tenzij de herroeping niet te goeder trouw of in strijd met goede handelsgebruiken geschiedt, dan wel het aanbod een termijn voor aanvaarding inhoudt of aangeeft dat het bindend of onherroepelijk is.

3. Dat het aanbod bindend of onherroepelijk is, kan volgen uit een uitdrukkelijke verklaring, of uit de omstandigheden, de voorafgaande onderhandelingen, de tussen partijen gebruikelijk geworden handelwijzen of uit de gewoonte.

4. Herroeping van het aanbod heeft slechts gevolg, wanneer zij de geadresseerde bereikt vóórdat deze zijn aanvaarding verzendt of een handeling verricht die daarmee ingevolge art. 6, tweede lid, gelijk staat.

*art. 6-1.* De aanvaarding bestaat in een verklaring die de aanbieder bereikt, ongeacht op welke wijze.<sup>77</sup>

2. De aanvaarding kan ook bestaan in de verzending, van de zaak of de koopprijs of in elke andere handeling, die op grond van het aanbod, de tussen partijen gebruikelijk geworden handelwijzen of de gewoonte kan worden beschouwd gelijk te staan met de in het voorgaande lid bedoelde verklaring.

Het ontworpen systeem verschilt niet wezenlijk van dat van het ontwerp-BW, wellicht dat het eerste iets sterker benadrukt dat men eerst na uitleg van een mededeling daaruit kan opmaken of men met een aanbod te doen heeft (art. 4). Mijn bezwaren tegen dit ontwerp verschillen dan ook niet wezenlijk van die welke ik al tegen het Nw BW naar voren bracht. Ook dit ontwerp staat in het teken van de gemiste kansen. Men had ook hier het di-

74. Aan deze Eenvormige wet werd het proefschrift van H. C. J. G. Janssen gewijd, *Totstandkoming van internationale handelskoop*, Nijmegen 1970. In de bijlagen daarvan treft men een weergave van de wet aan.

75. *Hand. Tweede Kamer, zitting 1968-1969*, 9817 (R 666), opgenomen bij Janssen, p. 177 v.

76. Art. 12 definieert 'bereiken' als: afgegeven worden aan het adres van degene tot wie de mededeling is gericht.

77. Art. 8 bepaalt dat de aanvaarding slechts gevolg heeft indien zij de aanbieder bereikt binnen de bepaalde, of bij gebreke daarvan, binnen een redelijke termijn.

lemma herroepelijk-onherroepelijk, waarvoor men bij de unificatie gesteld werd<sup>78</sup>, tot een oplossing te brengen door de knoop ten aanzien van een ander dilemma door te hakken, namelijk inzake het 'vrijblijvend aanbod'. Had men het standpunt van (o.a.) de Internationale Kamer van Koophandel gevolgd<sup>79</sup>, en in deze figuur een uitnodiging tot het doen van een aanbod gezien<sup>80</sup>, dan was daarmee de weg tot een minder gekunstelde wettelijke regeling ontsloten. Het is jammer dat een dergelijke doorbraak niet gelukt is, en er — zoals ook Janssen opmerkt — na alle touwtrekken een compromis tot stand is gekomen.<sup>81</sup> Een feit dat uit politiek oogpunt bezien aanvaardbaar kan zijn, maar uit rechtsmethodisch oogpunt te betreuren valt. Maar het Unidroit is niet voor niets in Rome gevestigd, een stad waarheen, zoals bekend, vele wegen leiden.<sup>82</sup>

## § 2. AANVAARDING VAN EEN AANBOD

### a. Normatieve uitleg van de aanvaarding, als eenzijdige rechtshandeling

#### 1. Eigen opvatting. Omschrijving van de rechtshandeling aanvaarding

Een rechtshandeling die na het voorgaande afzonderlijke bespreking verdient, is de aanvaarding van een aanbod. Op de voorhand werd door mij al gesteld dat wij hier met een rechtshandeling te maken hebben, hetgeen, waar het hier het spiegelbeeld van de rechtshandeling aanbod betreft, slechts een natuurlijk gevolg is van het boven ingenomen standpunt. Vandaar ook, dat de eerder gegeven omschrijving van de tweelingzuster ook hier als uitgangspunt van dienst kan zijn. Een *aanvaarding* is derhalve *elke*

78. Rabel, de grondlegger van deze Eenvormige wet, had 3 hoofdsystemen in de verschillende rechtsstelsels aangetroffen: 1e. ieder aanbod heeft bindende kracht; 2e. enkel het aanbod onder termijn is bindend; 3e. het aanbod heeft geen bindende kracht. De sanktie op het schenden van de verplichting kan weer variëren. Vgl. ook Janssen, p. 134 v.

79. *Doc.* 1964, p. 440, Janssen p. 135.

80. Deze opvatting — in ons land de heersende — werd in art. 9 van de Scandinavische Overeenkomstenwet (van 1915-1918) neergelegd, vgl. *WPNR* 2831 (1924), p. 158, waar men de wet afgedrukt vindt.

81. Het Unidroit-ontwerp van 1958, dat op de conferentie van 1964 aan de orde was, ging nog uit (in beginsel) van onherroepelijkheid van het aanbod, art. 4, lid 2 (behoudens een andersluidend beding, en het geval dat door uitleg herroepelijkheid kwam vast te staan). Rabels voorontwerp van 1934, en dat van 1936, waaraan mede de naam van Meijers verbonden is, stonden in het teken van de herroepelijkheid. Vgl. Janssen, Bijlagen 4, 5 en 6.

82. Janssen, die zich van een standpuntbepaling in de 'dogmatische controverses' omtrent de onherroepelijkheid (helaas) onthoudt, heeft op het uitgangspunt van de E. W. geen kritiek. Hij gaat dan ook uit van de consensusedachte voor het ontstaan van overeenkomsten, en neigt naar een subjectieve uitlegmethode. Vgl. p. 106 v. (in beginsel is 'elk der partijen meester over zijn eigen wilsverklaring').

*handeling door middel van woorden of gedragingen, waaromtrent aan de hand van normatieve uitleg vastgesteld wordt dat zij gericht is tot een andere persoon (andere personen), en dat zij bepaalde verbintenissen in het leven roept.*

Om bij het laatste te beginnen, evenals bij het aanbod het geval is, houdt de aanvaardingshandeling een *toezegging* in. Deze toezegging betreft, zoals bijv. in het geval van koop, de prestatie die in het aanbod aangegeven werd.<sup>83</sup> Aangezien met de aanvaarding een rechtsband tussen partijen, genaamd overeenkomst, tot stand is gekomen, is hier geen sprake van een onschendbare verbintenis om de toezegging gestand te doen, gelijk bij het aanbod het geval is. Daarentegen doet zich hier een samenvallen voor van de verbintenis om de in het aanbod neergelegde prestatie te verrichten, en de verbintenis om de verplichtingen die krachtens geschreven en ongeschreven recht uit de overeenkomst voortvloeien, na te komen.

Hieruit blijkt al, dat aanbod en aanvaarding in ieder geval geen een-eiige tweeling zijn. De bron van de verbintenissen uit overeenkomst ligt voor de acceptant in *zijn toezegging*, dat wil zeggen zijn aanvaarding van het aanbod, hetgeen ik boven ook voor de aanbieder verdedigde. Het begrip 'overeenkomst' staat voor niets anders dan de *rechtsbetrekking* tussen partijen, welke steunt op twee onderscheiden – zij het op elkaar afgestemde – éénzijdige rechtshandelingen.<sup>84</sup>

Bij de behandeling van het aanbod zette ik al uiteen, dat het vereiste van gerichtheid, dat ook voor de aanvaardingshandeling gesteld moet worden, een begrip is dat in mijn opvatting op normatieve wijze geduid moet worden, vgl. § 1, no. 5 v. Daarbij werd door mij gesteld, dat in de gerichtheid van de handeling de *kenbaarheid* besloten ligt. Wat de aanvaarding betreft laat zich dit goed illustreren aan een paar voorbeelden die ik aan het engelse recht ontleen. Zo stelt Cheshire and Fifoot<sup>85</sup>: 'Suppose that a man, by word of mouth, offers to marry a woman and that her shy assent is inaudible. If the man, smarting from his assumed repulse, promptly marries another woman, the first could surely not sue him for breach of promise of marriage.' In de toegevoegde noot merkt schrijver fijntjes op: 'It is assumed that the original offeree dit not supplement her inadequate efforts at articulation by demonstrative conduct.'

Een ander – even academisch – voorbeeld geeft Lord Denning in *Entores Ltd. v. Miles Far East Corp.* (1955). Stel dat A op de ene rivieroever, aan B, die zich aan de overkant bevindt, al roepend een aanbod doet. Het antwoord van B gaat verloren in het gedreun van een overkomend

83. Is de overeenkomst *om niet*, dan heeft de toezegging betrekking op de aanvaarding van de in het vooruitzicht gestelde prestatie, d.w.z. op de medewerking aan de zakelijke overeenkomst waardoor de bezitsoverdracht kan plaatsvinden.

84. Vgl. voor de uitwerking van deze gedachte hieronder, IIB, § 5, no. 1 v., en III, § 1, no. 1 v. waar ook het begrip 'tweezijdige rechtshandeling' verworpen wordt.

85. *The Law of Contract*, 7th ed. (1969), p. 41.

vliegtuig, zodat A het niet kan horen. Dan is geen overeenkomst tot stand gekomen. B moet zijn (geroepen) aanvaarding herhalen.

In beide gevallen kan de oplossing op een *subjektieve*, op de wilsleer gebaseerde benadering, of wel op een *normatieve* benadering van de kwestie steunen. In de eerste staat centraal, dat de wederpartij van de aanvaarding geen kennis heeft kunnen nemen; in de tweede benaderingswijze – door mij voorgestaan – is doorslaggevend dat de mededeling van aanvaarding op onverstaanbare, en daarmee niet-gerichte wijze gedaan werd, hetgeen de mededelende *had moeten* begrijpen. Als niet *gerichte* handeling heeft die aanvaarding derhalve in mijn opvatting geen rechtsgevolg.<sup>86</sup>

## 2. De ‘stilzwijgende aanvaarding’

Zoals iedere handeling, kan ook de aanvaarding bestaan uit een *doen* of een *niet-doen*. In het eerste geval kan de toezegging tot uitdrukking komen in een mededeling die tot de aanbieder gericht wordt, dan wel in het verichten van handelingen die duiden op een aanvaarding, en die de uitvoering van de overeenkomst betreffen. Te denken valt aan het overmaken van de koopprijs, het verzenden van de bestelde goederen, e.d.

De tweede handelwijze, de aanvaarding door een niet-doen, kan in de praktijk dicht tegen de laatste figuur aanliggen. Hier wordt het enkele stilzwijgen, het niet-reageren, als aanvaarding aangemerkt. Deze vorm van aanvaarding wordt al geruime tijd in de literatuur verdedigd<sup>87</sup>, en steunt op een vaste jurisprudentie.<sup>88</sup> Nog vrij onlangs stelde de hoge raad uitdrukkelijk, conform de conclusie van p-g Langemeijer, dat naar ons recht een aanbod wel degelijk stilzwijgend aanvaard kan worden.<sup>89</sup>

Is dit een aspect van de onderhavige rechtshandeling dat nadere beschouwing verdient, allereerst wil ik nog opmerken dat de vereiste gerichtheid van de handeling – die bij het aanbod al ter sprake kwam – ook in geval van een niet-doen blijft gelden. Daar heeft het die betekenis, dat slechts ten opzichte van de aanbieder van een niet-reageren sprake moet zijn. Aanvaar-

86. Vgl. voor deze materie verder nog, onder, § 3, en voor het engelse recht — waar de heersende leer in beginsel een subjektieve benadering inhoudt, hetgeen bij ons als de vernemings-theorie bekend staat — i.h.b. IV, § 1. Het vereiste van gerichtheid komt aanstonds, in de volgende paragraaf nogmaals aan de orde.

87. Vgl. Kist-Visser III, p. 19 v.; Asser-Rutten II, p. 101; *Toel.* Nw BW, p. 748. Vgl. voor De Groot, Meijers, *Verz. Opst.* III, p. 255. Vgl. voor kritiek op de term ‘stilzwijgende aanvaarding’ nog no. 3, in fine.

88. Vgl. HR 12 jan. 1912, *W* 9302, *Delwel — van Es*; 26 juni 1925, *NJ* 977, *Cayzer Irvine & Co — Smit* (beide arresten worden onder, no. 6, besproken); 23 jan. 1931, *NJ* 673, *Volgraaf — Kuipers c.s.*; 24 juni 1932, *NJ* 1587, nt. P.S., *Letterie — Holtzhuizer*; 8 dec. 1932, *NJ* 1933-287, *Staat — Bozicnik*; 16 dec. 1937, *NJ* 1938-526, nt. P.S., *Van Wijk — Van Baren*; 29 dec. 1939, *NJ* 1940-274, *Doorn — N.V. De Prins*.

89. HR 15 mei 1964, *NJ* 472, *Heesen — Smit*. Vgl. ook nog Hof Den Haag 14 sept. 1960, *NJ* 1961-292, *Eerste Rotterdamse — Niedenzu*, en uit de talrijke beslissingen inzake ‘opgewekt vertrouwen’ van toestemming: HR 19 jan. 1968, *NJ* 233, *De Globe — gem. Wijhe*.

dingshandelingen (bijv. mededelingen in die zin) welke tot derden gericht worden die in geen enkele verhouding staan tot de aanbieder, kunnen, normatief bezien, niet als tot de aanbieder gericht beschouwd worden. Hierboven, bij de kwijtschelding – in mijn opvatting eveneens een eenzijdige, gerichte rechtshandeling – kwamen wij deze figuur ook reeds tegen. Ontboezemingen tegenover derden bleken ook in die situatie op zich genomen – d.w.z. onafhankelijk van de overige omstandigheden – in het algemeen geen rechtsgevolgen met zich te brengen.

De figuur van aanvaarding door een niet-doen, doet denken aan een andere situatie waarin een niet-doen eveneens verbintenisscheppend kan zijn, namelijk op het terrein van de onrechtmatige daad. De rechtsgrond van het ontstaan van verbintenissen is in beide gevallen dezelfde: de eisen van het maatschappelijk verkeer. Hiermee is tevens aangegeven dat niet onder alle omstandigheden stilzwijgen een aanvaarding impliceert. De normen die in het maatschappelijk verkeer gelden, met andere woorden de goede trouw, moet een dergelijke toerekening van aanvaarding aan de niet-doende persoon kunnen billijken. Dit brengt met zich, dat er bijkomende factoren nodig zijn om in een zuiver niet-doen een aanvaarding te zien; doorgaans zal dit het gebruik zijn dat tussen partijen op grond van vroegere transakties geldt, dan wel dat in die bepaalde tak van handel van kracht is.<sup>90</sup> Visser bijv. wijst op het gebruik dat een opdracht tot verkoop (aankoop) van effecten niet door de bankier bevestigd pleegt te worden, alvorens hij tot uitvoering overgaat (p. 20), hetgeen met talloze andere voorbeelden uit de praktijk aangevuld kan worden, zoals het bestellen van boeken, bloembollen, bouwmaterialen etc., om slechts enkele gevallen te noemen welke schr. dezes uit eigen wetenschap bekend zijn.<sup>91</sup> Deze gevallen tonen overigens aan, dat het doorgaans van geen belang is om het aanvaarden door niet-doen als zelfstandige rechtshandeling voor het voetlicht te brengen, aangezien vrijwel steeds een handelen volgt dat als een aanvaarden door een doen gekenmerkt kan worden. Alleen in geval de acceptant weigert tot uitvoering van de overeenkomst over te gaan, is de eerste vorm van aanvaarding van betekenis. Illustratief voor ons onderwerp is intussen art. 1830, lid 2, BW, dat voor de overeenkomst uit lastgeving bepaalt: 'De aanneming van eenen last kan ook stilzwijgend geschieden en afgeleid worden uit de volvoering van den last door den lasthebber'.<sup>92</sup>

Resumerend kan men stellen, dat de rechtshandeling aanvaarding kan bestaan in een doen (in de vorm van mededelingen of gedragingen), of wel in een niet-doen. Dat laatste slechts indien de goede trouw dit, gezien de eisen

90. In dezelfde zin, ontwerp-BW, *Toel.* p. 747 ad art. 6.5.2.6 (vgl. ook p. 185). Vgl. verder EW-totstandkoming, art. 2, lid 2 en 6.

91. De *Toelichting* wijst op gebruik in dit opzicht, bij bankiers, notarissen, advocaten en octrooibezorgers, t.a.v. verstrekte opdrachten.

92. Vgl. voor de andere plaatsen waar de wet met een stilzwijgende verklaring genoegen neemt, Smit, *De zgn. stilzwijgende wilsverklaringen bij het aangaan van overeenkomsten in het Ned. recht*, diss. Groningen 1890, pp. 137 v., 160 v.

van het maatschappelijk verkeer, met zich brengt.<sup>93</sup> Ook bij de eerste wijze van handelen zijn de rechtsnormen echter van beslissende betekenis, aangezien eerst door middel van normatieve uitleg bepaald kan worden of een handeling die in een doen bestaat, als een aanvaarding heeft te gelden. Tot welke uitwassen het kan komen, indien men deze opvatting niet huldigt, bewijst het historische voorbeeld dat J. Carbonnier<sup>94</sup> geeft. De eenvoudige boer drinkt na ontvangst van een zilverstuk van een recruteur op de gezondheid van de koning, om dan te bemerken dat hij geacht wordt 's konings wapenrok te hebben aanvaard.

### 3. De aanvaarding en het vereiste van 'gerichtheid' in het Nw BW. *Kritiek*

Hierboven bleek bij de behandeling van het aanbod reeds, dat in het ontwerp ook de aanvaarding niet als een rechtshandeling, maar als een onzelfstandig deel van de meerzijdige rechtshandeling 'overeenkomst' beschouwd wordt (§ 1, no. 10). Voor mijn bestrijding van die zienswijze volsta ik met naar hetgeen naar aanleiding van het aanbod door mij opgemerkt werd te verwijzen. Voor het overige besteedt het ontwerp-BW voornamelijk in de *Toelichting* aandacht aan het karakter van de aanvaarding.

De tekst van art. 6.5.2.6 is vrij sober:

Tenzij uit overeenkomst of gewoonte of uit het aanbod zelf iets anders voortvloeit, wordt de verklaring, houdende aanvaarding van een aanbod, gericht tot de aanbieder.

De uitzonderingen op het vereiste van de gerichtheid tot de aanbieder zijn blijkens de toelichting drieërlei. De verklaring van aanvaarding kan (mede dan wel uitsluitend) tot een derde worden gericht; zij kan in de feitelijke uitvoering van de overeenkomst besloten liggen; en tenslotte kan zij in de vorm van een achterwege laten van een reactie geschieden. Slechts de laatste wijze van accepteren kan niet uitsluitend uit het aanbod voortvloeien. Tegen de inhoud van de toelichting steekt het artikel zelf mager af; dit brengt Drion – die aan het artikel in deze vorm geen behoefte heeft – tot de vraag, of art. 6 er vroeger niet anders heeft uitgezien. Naar mijn mening zou het artikel meer zin hebben, indien de beschouwingen van de toelichting erin tot uitdrukking kwamen.<sup>95</sup>

Interessant is het nog om na te gaan of het begrip 'gerichtheid' bij het

93. Vgl. voor een rechtsvergelijkend beeld, *Formation of Contracts II*, sub B-5, *Acceptance by Silence*, pp. 1071-1203, en sub B-6, *Acceptance by Performance*, pp. 1203-1299 (vgl. ook B-7 e.v.).

94. *Théorie des Obligations*, Paris 1963, p. 100. Een gegeven waaraan Brecht zelfs een toneelstuk heeft gewijd.

95. Ik kan Drion niet volgen, als hij opmerkt dat de interessante beschouwingen in de toelichting inzake stilzwijgende aanvaarding buiten het onderwerp van art. 6 schijnen te gaan, p. 418, nt. 6.

## § 2. AANVAARDING

driemanschap net als bij Meijers een feitelijk-psychologische lading dekt, of wel een normatief te duiden begrip is, zoals door mij voorgestaan wordt. De toelichting is in dit opzicht verhelderend. Het aanbod kan meebrengen, zo wordt daar gesteld, 'dat de aanvaarding in het geheel niet tot een bepaalde persoon behoeft te worden gericht, doch bijvoorbeeld in de feitelijke uitvoering van de overeenkomst besloten kan liggen', p. 747. Hieruit komt naar voren dat de ontwerpers het richten van de aanvaarding slechts als een feitelijkheid beschouwen. Daarnaast valt op, dat ook al staat men op dat standpunt, de gedachtengang mank gaat. Een feitelijk uitvoeren (bijv. verzenden van goederen) kan toch evenzeer als een tot de aanbieder gerichte handeling beschouwd worden. Opmerkelijk is in dit opzicht ook een uitspraak die even later volgt, met betrekking tot gedragingen die op grond van gebruik als aanvaarding gelden: 'Zo ook zal een niet tot de aanbieder gerichte handeling als het in de tram stappen dadelijk en zonder dat de daarin besloten wilsuiking de vervoerder reeds heeft bereikt, een vervoersovereenkomst tot stand doen komen.' De feitelijk-psychologische benaderingswijze van de problematiek springt uit deze zinsnede direkt naar voren. Alleen in die zienswijze zal men immers kunnen betogen dat het instappen een niet tot de aanbieder (de trambestuurder, namens de vervoersmaatschappij) gerichte handeling was. Alleen dan kan men spreken van een wilsuiking die de aanbieder moet hebben bereikt, als het normale geval waarop hier het gebruik een inbreuk maakt.<sup>96</sup> Bezie men de gerichtheid van de handeling – zoals hierboven verdedigd werd – van een objectief standpunt, d.w.z. door normatieve uitleg stelt men vast of een handeling gericht is, dan is duidelijk dat hier de uitkomst moet zijn dat het in de tram stappen wel degelijk een gerichte handeling is.

Dit verschil in methode kan ook zijn praktische consequenties hebben. Indien de passagier bijv. per abuis in de tram stapt, in de mening dat de tram naar het station gaat, of bijvoorbeeld in de mening dat in dat land openbaar vervoer gratis is, dan vindt men in de vaststelling van de gerichtheid aan de hand van normatieve maatstaven een gezonde basis voor de gebondenheid van de 'dwalende' passagier. In de feitelijk-psychologische benadering moet men het gebruik te hulp roepen om de bres in het systeem te dichten.<sup>97</sup> Het verschil tussen beide methoden spreekt nog meer in het volgende geval. Stel een leverancier heeft twee bestellingen binnengekregen die beide hetzelfde goed betreffen (bijv. een machine), één van een vaste, belangrijke klant A, en één van een nieuwe onbeduidende klant B. Stel dat van

96. Dat deze verklaring ondanks het niet-bereiken van de andere persoon, in het systeem van het ontwerp toch nog rechtsgevolgen met zich brengt, moet berusten op art. 3.2.4, lid 2. De omstandigheden die het 'bereiken' verhinderen (de tram is vol, e.d.) komen voor rekening van de aanbieder.

97. Zoals hierboven bij het aanbod al werd betoogd (no. 5 in fine) vormt het criterium van 'bereiken' al een correctie op het feitelijk en subjectief gedachte 'richten' van de verklaring in het stelsel van Meijers. Het betreft hier dus een correctie op een correctie, hetgeen doet denken aan lapjeswerk.



het gevraagde goed, waar grote vraag naar bestaat aangezien het uit de produktie is genomen, nog slechts één exemplaar in voorraad is. Terwijl de leverancier de aantoonbare bedoeling heeft zijn vaste klant A tevreden te stellen, wordt door een fout van zijn personeel de machine abusievelijk aan de andere, obscure klant B geleverd. Staat men volledig achter de feitelijk-psychologische methode, dan zou de machine van B teruggenomen en aan de vaste klant A geleverd kunnen worden, van een gebruik als reddende engel is immers geen sprake. Ook voor aanhangers van deze opvatting zal die uitkomst echter onaanvaardbaar zijn. Vandaar dat men grijpt naar een correctiemiddel, namelijk de goede trouw, en daarmee komt de controverse tussen de historisch-psychologische methode van uitleg en de normatieve methode, zoals die al bijna een eeuw bestaat, weer tot uiting. In de eerste methode wordt B in bescherming genomen met de formulering dat hij mocht vertrouwen dat de op hem gerichte (feitelijk) aanvaardingshandeling voor hem *bedoeld* was (de 'schijn van wil' van Van der Heijden en Rutten).<sup>98</sup> In de normatieve methode luidt de formulering aldus, dat B mocht vertrouwen dat de aanvaardingshandeling tot hem *gericht* was, waarmee meteen het begrip 'gerichtheid' als criterium voor de uitleg naar voren geschoven wordt.

Dezelfde problematiek kwamen wij hierboven bij de nakoming (betaling) tegen. In het gegeven voorbeeld valt zelfs de aanvaarding met de nakoming samen. Ook daar werd door mij gesteld, dat voor de vraag of een handeling als nakoming aangemerkt moet worden, bijv. in hetzelfde geval van twee crediteuren, niet de wil (bedoeling) van de handelende doorslaggevend is, maar dat daarentegen de handeling ingevolge de normen van het recht de handelende als nakoming toegerekend wordt.<sup>99</sup>

Samenvattend kan men stellen dat de bezwaren tegen de visie van het ontwerp op de 'tot een andere persoon gerichte verklaring', als berustend op een historisch-psychologische methode die op de wilsleer teruggaat, dezelfde zijn als die welke tegen de overeenkomstige visie op de rechtshandeling en haar uitleg kunnen worden ingebracht.

Opmerkelijk is intussen wel, dat het ontwerp de traditionele termen 'stilzwijgende' en 'uitdrukkelijke aanvaarding' heeft vermeden. Uit het bovenstaande zal reeds gebleken zijn dat ook ik er de voorkeur aan geef te spreken van aanvaarden door een doen en een niet-doen, in plaats van het traditionele onderscheid, dat afkomstig is van de verklaring in het algemeen.<sup>100</sup> Beide wijzen van aanvaarden zijn in zeker opzicht 'uitdrukkelijk', aangezien steeds door een handelen (doen of niet-doen) een rechtshandeling tot uitdrukking wordt gebracht, d.w.z. dat handelen levert aanknopingspun-

98. Vgl. daaromtrent, onder III, § 8.

99. Vgl. boven, I, § 1, nos. 1, 13 v. Is men het overigens met mijn opvatting eens dat nakoming een rechtshandeling is, dan vormt dit een argument te meer om de aanvaarding (vgl. het onderhavige voorbeeld) ook als rechtshandeling te zien.

100. Ook Rutten, p. 88, is geen voorstander van het gebruik van de term 'stilzwijgende wilsverklaring', en geeft voorkeur aan de vraagstelling, of een niet-handelen een verklaring van de wil kan zijn.

ten voor de toerekening op. Ging het in de wilsleer – waar de oorsprong van dit onderscheid te vinden is – om een wil die tot uitdrukking kan worden gebracht, met het accent op de autonomie van het individu om zijn wil naar eigen goeddunken te vormen en te uiten, in de door mij aanvaarde visie – uitgaande van de normatieve uitleg van rechtshandelingen – wordt niet de wil, maar een *rechtshandeling* tot uitdrukking gebracht.<sup>101</sup> Geschiedt dit door een doen, dan kunnen woorden, gebaren, of andere gedragingen als expressiemiddel fungeren, terwijl steeds normatieve uitleg nodig is om tot de rechtsbetekenis van die tekens te kunnen komen, en daarmee tot het verlenen van het iudicium ‘rechtshandeling’. Zo komt ook bij de handeling die in een niet-doen bestaat, eerst na normatieve uitleg van dat niet-doen de vaststelling van de aanvaarding tot stand. Aldus komt het adagium ‘*wie zwijgt stemt toe*’ tot zijn recht, *bona fide volente*.<sup>102</sup>

#### 4. *Herroeping van de aanvaarding, een verwerpelijke terminologie. Correctie van de aanvaarding*

In het hier verdedigde stelsel is de term ‘herroeping van een aanvaarding’ uit den boze. Het recht gedooft in het algemeen immers niet dat men eenzijdig een verrichte rechtshandeling ongedaan maakt, althans in het verbintenissenrecht. Bedoeld wordt met de term het herroepen van de mededeling die de aanvaarding inhield<sup>103</sup>, welke herroeping algemeen toelaatbaar wordt geacht, mits zij de aanbieder vóór, of tegelijkertijd met de gewraakte mededeling bereikt. Zoals men bij mondelinge communicatie een zin kan inslikken, alvorens hem de haag der tanden te laten ontsnappen, wordt hier een in schrift neergelegde mededeling teruggenomen, voordat deze aan de buitenwereld blootgesteld wordt.

Bij het aanbod – doorgaans in de vorm van een mededeling gedaan – kent men hetzelfde probleem, dat in de heersende leer op gelijke wijze wordt opgelost.

De gedachte dat bij gelijktijdig kenbaar maken van een uiting en herroepen van die uiting, het laatste prevaleert, dient mijns inziens ook buiten het terrein van communicatie tussen afwezigen toegepast te worden. Ook bij de

101. Het gebruik van de term ‘*uitdrukkelijk*’ m.b.t. de verklaring, verdient ook geen aanbeveling vanwege de mogelijke verwarring die het oproept. Men kan daaronder nl. verstaan — met name indien men de wil centraal stelt — het *met zoveel woorden* tot uitdrukking brengen van de wil. Waarbij de vraag zich laat stellen, wat voor zin die afpaling heeft. Vgl. in dit verband HR 8 dec. 1932, NJ 33-287, Staat — Bozicnik.

102. Smit, p. 148 v., ziet de stilzwijgende toestemming hierin van de uitdrukkelijke toestemming (z.i. objectief uit te leggen) verschillen, dat de eerste uit gedragingen i.v.m. de omstandigheden, door *vermoedens* afgeleid wordt. Een zienswijze die tot de wilsleer teruggebracht kan worden. Vgl. in dit verband ook J. F. Houwing, *Uitlegging of bewijs door vermoedens*, WPNR 1911/12, *Rechtshk. Opst.*, p. 419 v.

103. Vgl. ook art. 10 EW-totstandkoming, waarop Janssen, p. 147, overeenkomstige kritiek heeft.

onderhandelingen tussen aanwezigen moet dit beginsel gelding hebben, in die zin dat een mondeling gedane mededeling (inhoudende een aanbod of aanvaarding) ongedaan gemaakt kan worden, mits terstond. Indien men zich bijv. verspreekt in het aantal te verhandelen goederen, en direkt daarop de vergissing herstelt, zonder dat er – in toneeltermen gesproken – ‘wit’ tussen de ‘klausen’ zit, geldt de verbeterde verklaring als de rechtens erkende.<sup>104</sup> Een verklaring die uit een gedraging bestaat, tenslotte, kan in zijn totstandkoming belet worden, ook weer slechts indien die gedraging nog niet kenbaar was voor degenen tot wie hij gericht was (bijv. het afzenden van goederen). Bij handelingen tussen aanwezigen zou ik eveneens correctie willen toestaan, mits die gelijktijdig of nagenoeg gelijktijdig geschiedt: bijv. in geval een op een veiling opgestoken hand meteen weer wordt teruggetrokken.<sup>105</sup>

Ik meen dat de goede trouw voorschrijft om de verklaring aldus op te vatten. Vergissen is menselijk, in de precontractuele verhouding moet niet het recht van de rimboe gelden, waar men als een hyena zijn prooi bespringt zonder hem op adem te laten komen.<sup>106</sup>

**b. De jurisprudentie inzake het ‘toestemmings’-vereiste van art. 1356 BW. Bestrijding van het ontwerp-Meijers, Van der Heijden en Rutten**

*5. De bij het jurisprudentieonderzoek te volgen uitlegmethode. De rechterlijke beslissing als rechtshandeling*

Naar geldend recht staat in de problematiek rond de aanvaarding van een aanbod – beide rechtsfiguren komen in het BW niet voor – het begrip ‘toestemming’ van art. 1356, lid 1, BW centraal. Ook hier zal aan de hand van een analyse van de vaste jurisprudentie getracht worden de betekenis van dat rechtsbegrip vast te stellen. Dat de wetsterm ‘toestemming’ om uitleg vraagt, komt duidelijk naar voren uit de benaming die Meijers er eens aan gaf: ‘het groote blanco-woord’.<sup>107</sup>

Prealabel aan de hiervolgende beschouwingen is de vraag, welke interpretatiemethode men hanteert bij de lezing van rechterlijke beslissingen. Bij het onderhavige onderwerp is deze vraag van groot belang, en men kan het betreuren dat zij niet eerder uitdrukkelijk gesteld werd. Evenals ten aanzien

104. Vgl. het geval van Rb. Amsterdam, 14 febr. 1968, NJ 257, waarin een 74-jarige antiquair zijn verspreking inzake het aantal onderdelen van een Doorniks servies herstelde, doch eerst nadat de koper ogenblikkelijk toegehaapt had, zonder verdere informatie te vragen.

105. In het engelse recht geldt, dat een op een veiling gedaan bod gezien moet worden als een aanbod dat steeds tot het moment van het vallen van de hamer ingetrokken kan worden, vgl. *Payne — Cave* (1789), en § 58 (2) van de Sale of Goods Act, 1893 (zie voor de herroepelijkheid van het aanbod i.h.a. naar engels recht nog onder, IV, § 1).

106. Ingeval men zijn verklaring niet terstond corrigeert, hoeft het overigens nog niet altijd zo te zijn, dat men aan de wilden overgeleverd is. Vgl. het leerstuk van de ‘oneigenlijke dwaling’, waarbij de vertrouwensleer aanvaard werd, waarover nog onder, § 3, no. 10.

107. In zijn noot onder *Bosch — Van Maren*, NJ 1934-368, vgl. onder, IIB, § 3, no. 4.

## § 2. AANVAARDING

van wetsuitleg het geval is, staat men voor de keus tussen verschillende, onderling sterk afwijkende uitlegmethoden, die dan ook tot verschillende resultaten voeren. De ten aanzien van de hier aan de orde gestelde jurisprudentie gangbare uitlegmethode – zoals toegepast door Meijers, Van der Heijden en Rutten – kan aangeduid worden als de *grammatikale uitlegmethode*. In deze benaderingswijze ziet men het arrest als een schriftelijk stuk, waarvan de betekenis enkel aan de hand van taalkundige uitleg vastgesteld wordt. De vier hoeken van de akte vormen hier de grensstenen van het uitlegterrein. Indien aanhangers van deze zienswijze het woord 'wil' in een dictum tegenkomen, dan staat voor hen zonder meer vast, dat in dat dictum de *wilsleer* gevolgd werd.<sup>108</sup>

Deze uitlegmethode wordt door mij zowel voor de uitleg van rechterlijke beslissingen, als voor de wetsuitleg<sup>109</sup> verworpen. Ook hier dient naar mijn mening de *normatieve uitlegmethode* gevolgd te worden. In deze zienswijze is de rechterlijke beslissing een *rechtshandeling*, en wel een waarop bepaalde wettelijke vormvoorschriften van toepassing zijn. Het meest opvallende is daarbij, dat zij in een geschrift neergelegd moet zijn, terwijl andere voorschriften, die de goede procesgang en de rechtsbedeling waarborgen, op haar rechtsgeldigheid betrekking hebben. Bij de uitleg van het dictum nu, zijn behalve de woorden van het dictum in hun taalkundige betekenis, tal van andere uitlegfactoren in het spel, zoals het in de cassatiemiddelen (of grieven) gestelde, de conclusie van de a-g of p-g, de inhoud van de daarbij naar voren gebrachte wetsbepalingen, opvattingen in de doctrine, jurisprudentie, het vonnis of arrest a quo, de dingtalen, etc.<sup>110</sup> Dat een rechtsbeslissing om uitleg vraagt, blijkt reeds uit de werkzaamheden van de hoge raad, die als cassatierechter regelmatig de zinsnede gebruikt, 'dat de overweging van het Hof aldus moet worden uitgelegd . . .'<sup>111</sup> In de *normatieve uitlegmethode*

108. Hetzelfde kan men bij het leerstuk van de totstandkoming van overeenkomsten – waarvan deel B van dit hoofdstuk gewijd werd – opmerken t.a.v. het wòrd 'wilsovereenstemming'.

109. Vgl. daaromtrent onder, III, § 2, no. 10, § 4, no. 5, waar tegenover de methode van Meijers, die van Hijmans, Paul Scholten c.s., gesteld wordt.

110. In tegenstelling tot vele andere rechtsstelsels (bijv. Duitsland, V.S.) wordt in onze rechtspraak de relevante literatuur en jurisprudentie in de regel buiten het dictum gehouden. M.i. zou de rechtsontwikkeling er sterk bij gebaat zijn als men dit traditionele stelsel zou laten varen, gelijk de lagere rechter soms doet. Indien men een standaardarrest van het Bundesgerichtshof, bijv. BGH 26-11-1968, *NJW* 1969, p. 269 v. (inzake produktenaansprakelijkheid) legt naast een arrest van de HR, waarin kortweg overwogen wordt: 'dat het Nederlandse verbintenissenrecht de algemene regel . . . niet inhoudt', bijv. HR 5 jan. 1968, *NJ-102*, *Zentvelt — Ass. Generali*, dan is het alsof men een tijdschriftartikel vergelijkt met een antwoord op een rechtsvraag in het *WPNR*. De tegenwerping, dat de uitspraak voor de justiciabelen begrijpelijk moet zijn en daarom beknopt gehouden moet worden, gaat m.i. niet op. Zij zijn er ook bij gediend, als de uitspraak, zoals i.g.v. een uitvoerig gemotiveerd dictum, voor hun advocaten begrijpelijker is.

111. De technische aspecten van de uitleg van rechterlijke beslissingen vertonen overeenkomst met die van de uitleg van een andere aan vormen gebonden rechtshandeling, de testamentaire beschikking. Vgl. daarover mijn beschouwingen in *WPNR* 5048-50 (1969). Ook op dit terrein wordt door Meijers en zijn leerlingen een grammatikale uitlegmethode voorgestaan, die in het *Nw BW* neergelegd werd. Paul Scholten en Eggens hebben daarentegen een *normatieve methode* bepleit. Vgl. hieromtrent ook nog onder, III, § 3.

de nu, is het gebruik van bijv. het *woord* 'wil' op zich niet reeds beslissend voor de vaststelling van de *rechtsbetekenis* van de overweging in kwestie. Behalve het feit dat de eerder aangegeven 'surrounding circumstances' bij de uitleg in ogenschouw genomen moeten worden, gaat het er bij de *rechtsuitleg* in eerste instantie om, vast te stellen in welke zin dat woord gebruikt werd, welke functie het heeft in het gehele dictum. Woorden kunnen niet op zich, als gold het een magische formule, aanspraak op een bepaalde werking hebben.<sup>112</sup> Woorden zijn slechts duidelijk voor diegenen, die van dezelfde premisse(n) ten aanzien van die woorden uitgaan.<sup>113</sup> Het is de taak van de uitlegger van een akte om die premissen vast te stellen, met als resultaat de bepaling van de *rechtsbetekenis* van de in de akte vervatte rechtshandeling. Een proces dat een normatief karakter heeft. Naar ik hoop zal deze wat abstracte inleiding in de hiervolgende jurisprudentie-analyse, waarbij ik mij tegen de zienswijze van Meijers, Van der Heijden en Rutten afzet, meer reliëf krijgen.

6. *Delwel – Van Es (1912) en Cayzer Irvine & Co. – Smit & Co. (1925)*

In de literatuur inzake het toestemmingsvereiste gelden de zoëven genoemde arresten als standaard-arresten. De eerste zaak<sup>114</sup>, waarvan de annotator J. W. M. opmerkt dat de hoogste rechter zich hier ten aanzien van de vraag 'wil of wilsverklaring' voor het laatste begrip uitspreekt<sup>115</sup>, betrof de volgende casuspositie. Delwel was als reiziger in dienst van tabakshandelaar Van Es, tegen een bepaald salaris met provisie. Op een gegeven moment deelt Van Es zijn reiziger mee dat hij hem geen provisie waard acht en dat hij uitsluitend tegen het bedongen salaris in dienst kan blijven. Mocht deze contractswijziging Delwel niet aanstaan, dan zou Van Es van zijn recht gebruik maken de dienstverhouding te doen eindigen. Delwel doet er het zwijgen toe en blijft in dienst. Na zijn dood vorderen zijn erfgenamen provisie over een

112. Op de betekenis van de taal voor de rechtsvinding kan in dit werk niet ingegaan worden. De taalanalyse staat tegenwoordig in een hernieuwde belangstelling, vgl. de bijdrage van Van den Bergh aan de *Pitlo-bundel* (1970), *Rechtstaal en rechtsvinding*, wiens uitgangspunt, het *verba-voluntas* topos, p. 107, mij echter weinig vruchtbaar voorkomt. Daarop kan hier echter niet ingegaan worden.

113. Degeen die een grammatikale uitleg voorstaat, en bij de prima facie-betekenis van woorden stilhoudt, kan gewezen worden op hetgeen reeds door Von Humboldt geleerd werd: 'Man muss die Sprache nicht sowohl wie ein todtes Erzeugtes, sondern weit mehr wie eine Erzeugung ansehen'... 'sie selbst ist kein Werk (Ergon), sondern eine Tätigkeit (Energeia)'. Vgl. D. Bailas, *Das Problem der Vertragsschliessung und der Vertragsbegründende Akt*, 1962, p. 36. Vgl. in dit verband ook de opvatting van H. J. Hamaker, (1875), dat door het uiten van woorden geen voorstellingen geopenbaard, doch *opgewekt* worden, bij degeen die van de woorden kennisneemt, vgl. mijn *WPNR-artikel*, p. 320 (1969).

114. HR 12 jan. 1912, *W* 9302, nt. J. W. M., *Delwel – Van Es*.

115. Ook Losecaat Vermeer noemt het arrest ten bewijze dat de rechtspraak de 'verklarings-theorie' huldigt, diss. p. 175; vgl. ook Meijers, *WPNR* 2675 (1921), p. 141. Voor Losecaat Vermeer is de 'verklarings-theorie' een synoniem van de 'vertrouwenstheorie'; *anders* echter Meijers, vgl. daaromtrent onder, III, § 7, no. 3.

## § 2. AANVAARDING

tijd van tien jaar, met het argument dat de contractwijziging geen plaats had gehad, aangezien Delwel daar nooit in toegestemd had, hetgeen uit aantekeningen van zijn hand zou blijken. Het cassatiemiddel, voornamelijk steunend op art. 1356, sub 1, is als staalkaart van de zuivere wilsleer het aanhalen waard:

‘... wordende toch volgens de Nederlandsche wetgeving en de aangehaalde wetsartikelen voor de bestaanbaarheid van iedere overeenkomst de *toestemming* van beide partijen vereischt, dat is het samentreffen van hun beider duidelijk te kennen gegeven wilsverklaringen op zoodanige wijze, dat de uitdrukkelijke aanneming van een door de andere uitdrukkelijk gedaan aanbod (of voorstel) tot die andere moet zijn doorgedrongen, althans een overeenstemming van beider wil, terwijl, zoals de feitelijke overwegingen van het aangevallen arrest uitmaken, één der partijen juist *niet* wilde en een uitwisseling van wilsverklaringen *niet* heeft plaatsgehad’ (mijn curs.).

De eiser tot cassatie gaat met zijn middel, waarin de consensus-gedachte, het samensmelten van twee elkaar ontmoetende willen, zo duidelijk neergelegd werd, intussen verder dan de meeste aanhangers van de wilsleer, die alleen de *geopenbaarde* wil rechtswerking toekenden. De weerlegging van het middel door de hoge raad, is dus niet zo schokkend als op het eerste gezicht zou lijken.

De cassatierechter analyseert eerst de gewraakte overwegingen van het hof; het vertrouwensaspect dat daar speelt, mist men overigens in de overwegingen die de raad zelf ten beste geeft. Het hof had gesteld ‘dat Delwel door onder de gestelde omstandigheden te zwijgen en in dienst te blijven den appellant *in den waan moest brengen*, dat hij de gewijzigde dienstvoorwaarden... aannam...’ (mijn curs.). De hoge raad legt dit aldus uit, dat het hof op grond van de feiten concludeerde dat beide partijen in de wijziging hebben *toegestemd*, en dat er van een ontbreken van Delwels toestemming geen sprake was. Dan volgt de overweging:

‘dat voorzover het middel ook hiertegen gericht mocht zijn, dat een stilzwijgende uit feiten blijkende toestemming van D. niet genoegzaam zoude zijn, om diens innerlijke wil tot wijziging der oorspronkelijke overeenkomst aan te toonen, dusdanig gebrek aan wil het tot stand komen der wijziging niet kan beletten *omdat niet de innerlijke wil, maar de toestemming, dat is de geopenbaarde wil, door de wet tot het tot stand komen eener overeenkomst gevorderd wordt*’ (mijn curs.).

Op deze overweging vindt men in de literatuur het volgende commentaar van de zijde van de aanhangers van de wilsleer. Van der Heijden meent, dat uit dit arrest (naast de nog te bespreken arresten van 6 mei en 18 juni 1926) volgt, dat de hoge raad, anders dan men algemeen aanneemt, de leer van het opgewekt vertrouwen niet aanvaard heeft, voornamelijk omdat ‘als zodanig *de wil uitdrukkelijk genoemd* blijft’.<sup>116</sup> In dezelfde geest merkt Rutten op, met betrekking tot het slot van de aangehaalde overweging: ‘Indien

116. *De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis*, RM 1928, p. 39.

uit het arrest niet het tegendeel zou blijken, kan men, *op grond van deze woorden*, aannemen, dat hier de zuivere wilstheorie werd gehuldigd.<sup>117</sup> Meijers tenslotte, laat de door hem ontworpen regeling van art. 3.2.2 v. Nw BW steunen op het *Delwel - Van Es*-arrest, naast de zodadelijk te bespreken *Cayzer Irvine - Smit*-zaak.<sup>118</sup> In zijn ontwerp heeft Meijers de eerder door hem verdedigde 'dubbele grondslag' van de contractuele gebondenheid neergelegd: (geuite) wil náást opgewekt vertrouwen.<sup>119</sup> Vormt het onderhavige arrest nu een steun voor die 'dubbele grondslag'? De stelling waarop Meijers zich bij de verdediging van zijn nieuwe constructie — die tevoren echter al door vele duitse auteurs verdedigd was<sup>120</sup> — baseert, nl. dat de verborgen wil in rechte niet telt, is overigens een open deur. In de strijd tussen wil en vertrouwen die vanaf 1875 in onze doctrine woedde, vormde zij het uitgangspunt voor beide partijen.<sup>121</sup> In het *Delwel - Van Es*-arrest krijgt de vertrouwensgedachte, zoals door het hof geformuleerd, het fiat van de hoogste rechter. Hierin ligt de crux van het arrest, en niet zozeer in de overweging die daarop volgt waarin het toestemmingsbegrip omschreven wordt als 'de geopenbaarde wil', al was zij voor velen — waaronder de eiser tot cassatie — zeker niet ten overvloede.

Indien men derhalve het woordgebruik van de hoge raad niet louter aan een grammatikale interpretatie onderwerpt, en ook op de lading let die onder de vlag van woorden gevoerd wordt<sup>122</sup>, kan men met recht stellen, dat in het *Delwel-Van Es*-arrest met de consensus-gedachte afgerekend wordt.<sup>123</sup> Het toestemmingsbegrip biedt hierbij de wettelijke grondslag voor het gehanteerde vertrouwensbeginsel. Hiermee werd de basis voor de nog volgende jurisprudentie van deze eeuw gelegd.

Het tweede arrest dat Meijers als steun voor de regeling van het Nieuw BW aanhaalt, en waarop ook door Rutten een beroep gedaan wordt, is eveneens een geval waarbij een 'stilzwijgende' toestemming in het geding

117. Asser-Rutten II, p. 72, mijn curs. De door schrijver ogenschijnlijk getrokken conclusie verdraagt zich evenwel niet met de zin die erop volgt, waarbij het arrest ingelijfd wordt bij de uitspraken waarbij de wil als grondslag voor contractuele gebondenheid aanvaard zou zijn. 118. *Toel.* Nw. BW, p. 182. In 1927, in zijn noot onder *Van der Schuyt — Bank v.d. Middenstand*, meende Meijers nog, dat de HR in *Delwel — Van Es* 'onvoorwaardelijk' de vertrouwensleer volgt, vgl. onder, no. 7.

119. Vgl. reeds zijn opstel *De grondslagen der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen*, *WPNR* 2675-2679 (1921), *Verz. Opst.* III, p. 81 v., dat onder, III, § 7, uitvoering aan de orde komt, evenals zijn betoog in *Alg. Begrippen*, 1948, p. 211 v.

120. Door de aanhangers van de zgn. 'Vermittelungstheorien', zoals O. Bähr (1875), vgl. onder, III, § 6, no. 6. Ook Meijers' introductie van het gevaarzettingsbeginsel op dit terrein is niet nieuw, vgl. III, § 7, no. 4.

121. Vgl. onder, III, 6, no. 1 v.

122. Alleen al doordat de HR — evenals in de nog te bespreken arresten telkens het geval is — zich tegen een cassatiemiddel moest afzetten, waarin de wilsleer pur sang gevolgd wordt, was het gebruik van het woord 'wil' onvermijdelijk. Doch ook hier geldt, zoals dat in doopsgezinde kring heet: 'Daden gaan woorden te boven'.

123. Vgl. ook uit die tijd, Hof Arnhem 17 juli 1918, *NJ* 1038, *B - Eerste Betuwsche Vruchtenhandel*: 'dat immers wilsovereenstemming niet wordt vereischt, doch het voldoende is, dat geïntimeerde zich zóó heeft gedragen dat appellant moest meenen met haar te handelen, wat hier het geval was'.

## § 2. AANVAARDING

was: het arrest van de hoge raad van 26 juni 1925, *NJ 977*, nt. T., *Cayzer Irvine & Co – Smit & Co*. Partijen waren het er niet over eens of de Rotterdamse sleepvaartconditiën op de overeenkomst in kwestie van toepassing waren. Smit & Co meende van wel, aangezien tweemaal eerder een overeenkomst met de schotse rederij aangegaan werd, waarin de sleepvaartcondities werden vermeld en van toepassing verklaard, terwijl Smit vóór het onderhavige contract verscheidene brieven aan de rederij had gericht, waarop met rode letters was gedrukt: 'All our agreements are subject to the Netherlands Tug Companies Conditions deposited at Rotterdam'. Voor een beoordeling van het litigieuse contract is ook nog van belang, dat het tussen Smit en de kapitein van een schip van de rederij 's nachts gesloten werd, op een aan de grond gezet schip dat dreigde te zinken. Het haagse hof stelt Smit in het gelijk, overwegende 'dat de rederij en haar kapitein wisten – althans Smit zulks mocht aannemen – dat Smit in het onderwerpelijk geval die uitsluiting wederom wilde', hetgeen de hoge raad als een overweging van 'zuiver feitelijken aard' kenmerkt. Op de grief van het derde middel, dat voor het opnemen van de condities óók de daartoe strekkende *wilsuïting* van de rederij nodig is, repliceert de cassatierechter:

'dat voor de gebondenheid der Reederij aan evengenoemd beding tot uitsluiting der aansprakelijkheid van Smit *geenszins noodig was eenige nadere daartoe strekkende wilsuïting* der Reederij, omdat het Hof kon aannemen, dat deze, de overeenkomst onder de bovenbedoelde omstandigheden afsluitende, *geacht mag worden hare toestemming inzake het beding stilzwijgend te hebben gegeven, althans daaraan gebonden was, doordien zij het bij Smit opgewekt vertrouwen, dat het beding stilzwijgend in de overeenkomst was opgenomen, niet mocht beschamen*' (mijn curs.).

Onvoldoende is, vervolgt het college, dat men alleen in het oog vat hetgeen in de overeenkomst uitdrukkelijk is opgenomen, en niet ook hetgeen zij stilzwijgend meebracht.

Onderzocht moet worden, of in dit arrest de dubbele grondslag van het ontwerp neergelegd werd. Wederom zien wij, dat *op grond van de omstandigheden* tot de aanwezigheid van het wettelijk vereiste van 'toestemming' besloten wordt, en wel als 'stilzwijgend gegeven'. Het afwijzen van een daadwerkelijke wilsuïting als vereiste voor een rechtsgeldige toestemming in de zin der wet, analoog aan de *Delwel – Van Es*-zaak, wijst er naar mijn mening op, dat men afstand neemt van de gedachte dat het de wil is die partijen bindt. Het woordje 'althans', dat de introductie van het vertrouwensbeginsel inleidt, is voor velerlei interpretatie vatbaar, hetgeen de cassatierechter wel niet ontgaan zal zijn. Ziet Meijers het als een tot uitdrukking brengen van de nevenschikking: (stilzwijgende) wil náást opgewekt vertrouwen, welke beide elementen de grondslag voor de contractuele gebondenheid uitmaken, ik zie het anders. De hoge raad dorst het mijns inziens nog niet aan om als enig bindend element het opgewekte vertrouwen naar voren te schuiven – het 'nieuwe' beginsel, inmiddels al een halve eeuw oud – en



kiest, mede gedwongen door de formulering van het middel, het zekere voor het onzekere. Allereerst wordt het oude vertrouwde pad ingeslagen, er is – feitelijk – een stilzwijgende toestemming vastgesteld door de appèlrechter, waarna het college, na zich aldus gezekeerd te hebben, de hoogtoer aandurft in de vorm van de vertrouwensconstructie. Een andere mogelijkheid is, dat de kamer over deze principiële strijdvraag verdeeld was en aldus tot een compromis kwam, dat door alle leden onderschreven kon worden. Ook hier wordt weer het gemis gevoeld aan een dictum à l'anglaise, waarbij minority decisions naast het meerderheidsbesluit gepubliceerd worden. De rechtsontwikkeling, zowel de wetenschap als de praktijk, zouden hiermee naar het mij voorkomt zeer gediend zijn. Dit was echter een obiter dictum mijnerzijds.<sup>124</sup> Misschien wilde het college – een derde mogelijkheid – gezien de tegenstellingen in de doctrine inzake de voorgelegde rechtsvraag, eenvoudigweg de kool en de geit sparen. Welke interpretatie dient als de (enige) legale aangemerkt te worden? Wie het weet mag het zeggen.

Ik heb er derhalve bezwaar tegen dat het ontwerp een dergelijke tijdgebonden uitspraak, die nu niet bepaald uitblinkt door een waterdichte formulering, een kwarteeuw later als standaardarrest ten tonele voert, nog wel om de begeerde dubbele grondslag, wil naast vertrouwen, aan te tonen. Daarnaast is opmerkelijk dat bij beide arresten die het ontwerp aanhaalt de wil in de gedaante van stilzwijgende toestemming verschijnt, een figuur waar, zoals al eerder opgemerkt werd, Meijers altijd het land aan heeft gehad, wegens zijn fictieve en onwaarachtige karakter. Het wilslement van zijn tweeledige grondslag komt er dus wel wat povertjes van af. Verder is het de vraag of, gesteld dat de hoge raad in 1925 de 'dubbele grondslag' aanvaard zou hebben, dit standpunt in de jurisprudentie sindsdien gehandhaafd gebleven is. Een antwoord op deze vraag – de *Toelichting* laat deze kwestie in het midden – kan uit het vervolg van deze analyse naar voren komen. Het zal in negatieve zin uitvallen.

*7. Vas Dias – Salters (1926), Altena – Van der Horst (1926), Van der Schuyt – Bank v.d. Middenstand (1927), Ostendorf – Knoop (1933)*

In de literatuur wordt op de bekende arresten uit 1926, *Vas Dias - Salters* en *Altena – Van der Horst*, een beroep gedaan door Van der Heijden en Rutten (t.a.p.) ten bewijze dat de wilsleer in de jurisprudentie gevolgd wordt. Ook is hier van belang of men de grammatikale uitleg hanteert, want het wòrd 'wil' vindt men door de hoge raad gehanteerd. Ik laat de kardinale overwegingen van beide arresten hier volgen:

124. Vgl. hierover J. P. Fockema Andreae, *Het geheim van de raadkamer*, 1934, en de mededeling van Langemeijer in *NJB* 1969, 1150 v., over de 21e Duits-Nederlandse Juristenbijeenkomst. Vgl. verder K. Arndt, *Nachlese zur dissenting opinion*, Festschrift Max Rheinstein, *Ius privatum gentium* I, 1969, p. 127 v.

## § 2. AANVAARDING

‘dat men, ook door een vertegenwoordiger, alleen dan door overeenkomst kan worden verbonden, indien men zijn wil daartoe heeft geopenbaard, hetzij rechtstreeks hetzij doordat zulks uit de gedragingen van den verbonden persoon in verband met de eischen van het maatschappelijk verkeer en het daardoor bij de wederpartij opgewekte vertrouwen kan worden afgeleid’ (HR 6 mei 1926, NJ 721, *Vas Dias - Salters*).

‘dat een lastgever door zijn lasthebber wordt verbonden, indien zijn wil daartoe moet worden afgeleid uit zijn gedragingen in verband met de eischen van het maatschappelijk verkeer, en het daardoor bij den derde opgewekte vertrouwen’ (HR 18 juni 1926, NJ 1021, nt. E.M.M., *Altena - Van der Horst*).

Alleen uit de eerste uitspraak zou men de regel kunnen afleiden, dat men door overeenkomst op tweeërlei wijze gebonden kan worden: indien men zijn ‘wil’ om gebonden te worden ‘rechtstreeks heeft geopenbaard’, of wel indien een dergelijke wil uit gedragingen ‘afgeleid’ kan worden, gezien de eisen van het rechtsverkeer. In het tweede arrest, wordt alleen de laatste mogelijkheid genoemd. Dit acht ik wel degelijk van belang – indien men zich tenminste niet bij voorbaat laat innemen door het hanteren van het woord ‘wil’ – aangezien dit op een accentverschuiving zou kunnen wijzen, van wilsopenbaring naar de *toerekeningsgedachte*, voorlopig nog geconstrueerd met gebruikmaking van de term ‘wil’.

Deze tendens vindt zijn bevestiging in een door Rutten ter ondersteuning van zijn wilsleer genoemde doch niet nader besproken arrest van 18 februari 1927<sup>125</sup>, dat ten onrechte weinig aandacht kreeg. De hoge raad overweegt daarbij:

‘dat toch betaling is nakoming eener verbintenis en voor die nakoming gelden moet wat ook geldt voor het ontstaan of den inhoud eener verbintenis, namelijk: dat bij de beoordeeling van een en ander niet in aanmerking komen niet geopenbaarde en aan de wederpartij onbekende bedoelingen, maar *alleen dat geldt, wat deze uit de gedane wilsverklaring moest afleiden*’ (mijn curs.).

Voor Meijers vormt deze overweging de aanleiding om in zijn noot op te merken, dat de hoge raad hier ‘onvoorwaardelijk’ vóór vertrouwen kiest inzake de kwestie ‘wil of vertrouwen’, evenals in het arrest van 1912, *Delwel - Van Es*. Wij zien ook hier de wil als *begrip* in ongenade vallen. Kenmerkend voor de nieuwe wijze van denken is, dat het college enkele jaren later, bij arrest van 16 mei 1929, het tot stand komen van de overeenkomst omschrijft zonder het wilsbegrip te hanteren: ‘dat... een overeenkomst slechts *door wederzijds toetreden* van partijen tot stand komt’.<sup>126</sup>

In de hier geschetste ontwikkeling vindt men naar mijn mening nog geen overtuigend bewijs, dat voor de hoge raad de bindende kracht van verklaringen die tot een overeenkomst geleid hebben, gelegen is in de *wil* van het

125. NJ 574, nt. E.M.M., *v.d. Schuyt's Stoombootrederij - Alg. Centrale Bankver. voor den Middenstand*. Dit arrest kwam ook boven bij de betaling aan de orde, vgl. I, § 1, no. 2.

126. NJ 1486, nt. E.M.M., *Ned. Handels- & Landbouwbank - Wolterstorff*. N.a.v. de stelling dat een toezegging ook een verbintenis uit overeenkomst zou scheppen zonder door de ander te zijn aanvaard.

individu. Alvorens deze gedachte nader uit te werken, is het zaak de opvatting van de hoge raad onder een andere hoek te belichten. De figuur van *simulatie* biedt daarvoor een mooi aanknopingspunt, van ouds een twistappel tussen wils- en vertrouwensaanhangers.

Het arrest van de hoge raad van 30 november 1933, *Ostendorf – Knoop c.s.*<sup>127</sup>, waarbij een schijnhandeling in het geding was, illustreert de aangesneden problematiek, en sluit goed aan bij de zoëven geschetste ontwikkeling in de rechtspraak. De casuspositie is in het beslagrecht geen onbekende. Mevrouw Knoop, van tafel en bed gescheiden vrouw van haar medeverweerder Luppens Propping, had executoriaal beslag doen leggen op goederen van de laatste. Mejuffrouw Ostendorf had zich tegen de verkoop verzet en opheffing van het beslag gevorderd, met een beroep op een akte waarbij Luppens Propping de goederen aan haar verklaarde verkocht en geleverd te hebben. Het amsterdamse hof ontleent met de rechtbank aan de omstandigheden het vermoeden dat in casu van een schijnhandeling sprake was.<sup>128</sup> De aanleiding tot de cassatieprocedure was het feit dat het hof aan het bewijsaanbod van Ostendorf voorbij ging, waarvan de koop, de levering en de betaling het onderwerp vormden, met de overweging dat:

‘ook al mocht een en ander komen vast te staan, dit geen verandering zou brengen in ’s Hofs oordeel, dat de koopovereenkomst niet ernstig is bedoeld en de akte slechts is opgemaakt om een eventueel beslag op de goederen van Luppens Propping te verwijderen.’

In het tweede middel wordt erover geklaagd, dat indien het bewijs geleverd zou zijn daarmee de mogelijkheid van een schijnhandeling uitgesloten zou zijn.<sup>129</sup> De hoge raad overweegt naar aanleiding hiervan:

‘dat het tweede middel feitelijken grondslag mist, daar het berust op een onjuiste lezing van ’s Hofs arrest;

dat toch het middel ervan uitgaat, dat te bewijzen aangeboden is, dat in waarheid Luppens Propping de goederen aan Ostendorf heeft verkocht en geleverd;

dat echter het Hof het bewijsaanbod blijkbaar in dien zin heeft opgevat, dat bewijs werd aangeboden van zekere *uiterlijke verklaringen en handelingen* van Luppens Propping en Ostendorf, welke het Hof, ook als het bewijs daarvan geleverd mocht worden, toch op de gronden, in het arrest vermeld, slechts zou kunnen beschouwen als een gefingeerde koop en levering, bij welke als feitelijk in cassatie te eerbiedigen opvatting het aangeboden bewijs niet tot beslissing der zaak kan leiden’ (mijn curs.).

127. *NJ* 1934-319, nt. E.M.M.

128. Als ‘gronden’ voor dit vermoeden worden vermeld de omstandigheden: dat Mej. Ostendorf een verhouding had met Luppens Propping, dat de akte opgemaakt werd kort na een getuigenverhoor dat ernstig bewijs leverde tegen L.P. in de procedure tot scheiding van tafel en bed die Knoop tegen hem voerde, en de inhoud van het testament van L.P.

129. Met de redenering dat de causa van de transactie ligt in het verkrijgen van de koopsom en de *wil* om de goederen in eigendom te doen overgaan, ‘en juist deze *feiten* worden onomstotelijk door de betaling en levering bewezen’ (mijn curs.).

Wij zien hier dat de hoge raad zich opstelt achter het hof – zij het via de minder fraaie constructie dat 's hofs oordeel feitelijk is – in diens benadering van het probleem. Of een handeling 'ernstig bedoeld' is dient niet bepaald te worden door de subjektieve wil van partijen aan het licht te brengen, noch door deze wil als feit 'onomstotelijk' aan te tonen door betaling en levering te bewijzen. Doorslaggevend is niet de interne (wils-)situatie, doch de externe; de omstandigheden, de 'gronden' van het vermoeden waartoe het hof kwam, zijn bepalend. Door de uitleg die de cassatierechter geeft aan de afwijzing van het aangeboden bewijs door het hof, wordt eens te meer duidelijk, dat de essentie van een rechtshandeling niet gezocht moet worden in het innerlijke proces dat haar voortbracht, maar daarentegen in haar verschijningsvorm, in de 'uiterlijke verklaringen en handelingen' die haar voor het recht kenbaar maken.

Tot een geheel andere conclusie komt Meijers in zijn noot, sub. 2:

'De stelling van den HR doet *duidelijk* uitkomen, dat, niettegenstaande de HR ettelijke malen, voor de vraag of een overeenkomst tot stand gekomen is, de leer van het opgewekt vertrouwen heeft toegepast, men toch, ook volgens den HR deze leer niet mag weergeven met de stelling dat het verbindend element der overeenkomst in de *verklaring* der partijen gelegen is. *De uiterlijke handeling, de verklaring, is nog niet de koop; de overeenstemmende wil om te koopen en te verkoopen, of het opgewekt vertrouwen daartoe, moet ook aanwezig zijn.* Men zie dienaangaande nader WPNR no. 2675' (mijn curs.).

Laat men terzijde, dat Meijers ook hier weer een schijnduel met de 'verklaringsleer' levert<sup>130</sup>, dan kan men nog genoeg bezwaren tegen het oordeel van de annotator aanvoeren. Met het tweede cassatiemiddel werd juist getracht de *wil* van partijen op het paard te helpen, een 'feit' – aldus het middel – dat het hof bij zijn beoordeling niet betrokken had, aangezien het college louter op grond van de omstandigheden de handeling als schijnhandeling kwalificeerde. Zou Meijers gelijk hebben, dan zou de cassatierechter zich in die zin uitgesproken hebben, dat naast feitelijke omstandigheden, die 'gronden' voor het vermoeden van simulatie vormden, *de wil van partijen* (of wel het gewekte vertrouwen daaromtrent) *niet veronachtzaamd mag worden*. Met als consequentie de toelating van het bewijs van die wil, juist hetgeen het tweede middel beoogde. Niets van dat alles. De hoge raad houdt het erop, dat slechts 'zekere uiterlijke verklaringen en handelingen' in het spel zijn, en doet voorkomen met het hof van een speurtocht naar de wil – eindigend bij de psyche, dan wel af te leiden (te fingeren?) uit de betaling en levering – niets te willen weten. Het is mij volkomen onduidelijk hoe Meijers tot zijn zienswijze is gekomen, die volgens zijn zeggen zo 'duidelijk' uit 's hogen raads overweging zou zijn te lezen. Zijn verwijzing naar zijn artikel van 1921 is slechts in zoverre verhelderend, dat daar al

130. Vgl. daaromtrent ook onder, III, § 7, no. 3.

zijn *idée-fixe* ten aanzien van de funktie van de wil aangetroffen kan worden, evenals trouwens ook zijn misvatting omtrent de 'verklaringsleer'.<sup>131</sup>

Concluderend kan men stellen, dat de vooroorlogse jurisprudentie inzake het begrip 'toestemming' geenszins de conclusie wettigt die Van der Heijden, Meijers en Rutten daaruit ter ondersteuning van hun wilsleer, aangemengd met het vertrouwensbeginsel, menen te kunnen trekken.<sup>132</sup>

Alvorens mijn interpretatie van deze jurisprudentie nog eens kort samen te vatten, is het goed eerst nog een blik op de meer recente rechtspraak te werpen. Het befaamde *Eelman - Hin*-arrest van 1959<sup>133</sup>, vormt hier de blikvanger. Aangezien volgens Rutten (p. 72) de hoge raad zich in dat arrest 'het duidelijkst' uitgesproken heeft voor de wil als grondslag van de contractuele gebondenheid, is een uitvoerige bespreking van *Eelman - Hin* op haar plaats.

### 8. *Eelman - Hin* (1959)

De casuspositie van dit standaardarrest zal de lezer niet onbekend zijn. *Eelman* verkocht zijn tesselse boerenhofstee aan *Hin* tegen een door de grondkamer vastgestelde koopsom. Enkele maanden na de koop blijkt *Eelman* niet tot medewerking aan het verlijden van de transportakte bereid te zijn. Ten processe verklaart *Eelman* dat hij bij het ondertekenen van het contract en de daaraan voorafgaande besprekingen niet in staat was zijn wil te bepalen en te verklaren, aangezien hij, al jaren aan toenemende schizofrenie lijdend, destijds door deze ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens niet compos mentis was. Hij miste bij het contracteren het besef van inhoud en betekenis van de handelingen; het tekenen van de akte was voor hem

131. Vgl. mijn bespreking van dat artikel, onder, III, § 7, no. 3.

132. Bij de overige rechtspraak die Rutten aanhaalt (p. 71) kan ik geen uitspraken vinden die zijn stelling op ondubbelzinnige wijze schragen. Het arrest van 14 febr. 1908, *Stork - Weissman*, leert alleen dat de niet uitgesproken bedoeling, die strijdt met de 'natuur' van de overeenkomst, in rechte niet telt. De vertegenwoordigingsarresten die Rutten noemt vallen geheel uit de toon: dat van 16 maart 1928, *russische uniformen*, verklaart slechts dat de bedoelingen van de lastgever die de derde onbekend zijn, niet terzake doen. In het *huiden*-arrest, HR 23 maart 1928, wordt alleen het vertrouwensbeginsel geformuleerd. Ook in het *De Gruyter*-arrest, HR 19 maart 1942, valt de wil niet in de eervolle vermeldingen, sterker nog, de uitspraak pleit tegen Ruttens stelsel. Tegen de grief, dat bij de bepaling van de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vertegenwoordiger slechts de uitlatingen en gedragingen van de vertegenwoordigde opgeld doen, gaat de HR in met de overweging 'dat daarbij echter wordt voorbijgezien, dat het in deze zaak niet gaat om de uitleg van de volmacht zelf, doch het aankomt op buiten de volmacht staande omstandigheden, die het al dan niet bevoegdlijk gericht zijn van de hier plaatsgevonden rechtshandeling... bepalen' (mijn curs., i.c. was de derde op mededelingen van een directeur afgegaan). Is dit een loslaten van de wil van de vertegenwoordigde als grondslag voor diens gebondenheid of niet? (Vgl. voor dit arrest ook nog onder, III, § 2, no. 13). Al met al meen ik dat Rutten met de door hem opgesomde jurisprudentie — de vertegenwoordigingsarresten spannen wel de kroon — niet waar kan maken dat de hoge raad zijn opvatting huldigt, en de 'wilsformule aanmengt met het vertrouwensmotief'.

133. HR 11 dec. 1959, *NJ* 1960-230, nt. L.E.H.R.; *AA*, IX, 1959/60, p. 239, nt. J.H.B.

## § 2. AANVAARDING

een poging te ontkomen aan geesten die hem vervolgden en die van zijn boerderij bezit hadden genomen. Dit alles leidt hem tot de conclusie:

*'dat dus, wegens gebrek aan rechtens bindende wilsovereenstemming als bedoeld in art. 1356 BW in werkelijkheid geen overeenkomst is tot stand gekomen, en dat ware het anders, de wilsovereenstemming althans aan de zijde van Eelman gebrekkig is geweest, zodat de overeenkomst vernietigbaar is'.*

Hangende het geding wordt Eelman onder curatele gesteld wegens het zich bevinden in een gedurige staat van krankzinnigheid. De alkmaarse rechtbank gaat ertoe over een psychiater als deskundige te benoemen, die de vragen voorgelegd krijgt, of Eelman ten tijde van de koop in staat was de draagwijdte van zijn handelingen te beseffen, en daarnaast, of de ziekelijke toestand die tot curatele leidde, destijds *'in het algemeen kenbaar'* moet zijn geweest voor degenen die met Eelman in aanraking kwamen. Beide vragen worden door de psychiater ontkennend beantwoord.<sup>134</sup>

Aanleiding voor cassatie vormt de stelling van het hof, gelijkkluidend aan die van de rechtbank, dat voor het slagen van een beroep op het ontbreken van de bij art. 1356 vereiste wilsovereenstemming bij het aangaan van de overeenkomst, aangetoond moet worden:

*'dat Eelman toen, doordat hij in een toestand van geestelijke gestoordheid – krankzinnigheid – verkeerde, inhoud en betekenis van de door hem gegeven toestemming niet heeft beseft en daarenboven, dat Hin toen heeft begrepen of redelijkerwijze heeft moeten begrijpen dat Eelman in die toestand handelde.'*

Voor een goed begrip van het dictum van de hoge raad dient – zoals bijna altijd – het cassatiemiddel in de beschouwing betrokken te worden. Daar vindt men de wilsleer in zijn meest zuivere vorm verwoord, onaangetast door overwegingen gewijd aan de bescherming van opgewekt vertrouwen:

*'.. ten onrechte, omdat door art. 1356 BW – naast andere, hier irrelevante vereisten – voor het tot standkomen van een overeenkomst wordt gevorderd de toestemming van degenen die zich verbinden en de – schijnbaar gegeven – toestemming van een der partijen reeds geacht moet worden te ontbreken, indien die partij de inhoud en betekenis daarvan niet heeft beseft (derhalve haar wil te dien aanzien niet heeft kunnen bepalen) doordat zij in een toestand van geestelijke gestoordheid – krankzinnigheid – verkeerde, terwijl voor de beoordeling van de vraag of die toestemming ontbrak niet vereist is, dat haar wederpartij heeft begrepen of redelijkerwijze had moeten begrijpen, dat zij in die toestand handelde, waaraan niet afdoet, dat art. 501 BW .. de eis van kenbaarheid der oorzaak van de curatele .. wel stelt, aangezien .. en elke van beide beroepen op zijn eigen merites dient te worden beschouwd.'*

Nu eiser in zijn middel – van de hand van Haardt – zo openlijk onder de vlag van de wilsleer pur sang vaart, wordt het oordeel van de cassa-

134. De laatste vraag met de verklaring, dat hij het mogelijk achtte dat Eelman een normaal gesprek voerde gedurende enige tijd, waardoor van enige afwijking (naar buiten) niet bleek.

tierechter over deze materie des te interessanter. Het college vangt zijn overwegingen aan met een prelude over de artt. 500, 501 en 502 BW. Uit het laatste artikel leidt de raad, met een beroep op de geschiedenis ervan, a contrario redenerend af, dat tijdens het leven van de geestelijk gestoorde – afgezien van het al of niet verleend of verzocht zijn van curatele – de mogelijkheden tot aantasting ruimer zijn dan die art. 502 biedt na dode van de geestelijk gestoorde. Daarbij is ‘blijkbaar’ gedacht, zo vervolgt het college zijn betoog, niet aan de mogelijkheid van aantasting op grond van onbekwaamheid, maar aan die ‘op grond van het ontbreken van *hetgeen in art. 1356, onder 1, als “toestemming” wordt aangeduid*’, zoals het omzichtig geformuleerd wordt. Dan volgen de overwegingen die de uitspraak de allure van een standaard-arrest geven:

‘1. dat de aantasting van een rechtshandeling op grond van het ontbreken van bekwaamheid echter – daargelaten andere punten van onderscheid – van de aantasting van een rechtshandeling op grond van het ontbreken van toestemming, dat wil zeggen van het ontbreken van een met een uiterlijk gegeven toestemming overeenstemmenden innerlijken wil, in dit opzicht verschilt dat, terwijl voor een beroep op onbekwaamheid de vraag of de wederpartij van den onbekwame diens onbekwaamheid heeft gekend of heeft kunnen kennen in het algemeen onverschillig is, voor het slagen van een beroep op het gebrek aan een met een uiterlijk gegeven toestemming overeenstemmenden innerlijken wil althans ten aanzien van overeenkomsten onder bezwarenden titel in het algemeen zal moeten worden verlangd dat de wederpartij heeft begrepen of heeft moeten begrijpen dat de schijn, welke door de uiterlijk gegeven toestemming werd opgeroepen, niet beantwoordde aan een bij hem, die dezen opriep, werkelijk aanwezigen wil;

2. dat dit verschil zijn verklaring hierin vindt dat bij de regeling van de gevolgen van de onbekwaamheid de bescherming van den onbekwame op den voorgrond staat, terwijl bij de beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van de ‘toestemming’ in de eerste plaats wordt gelet op de eisen van het rechtsverkeer, welke althans voor overeenkomsten onder bezwarenden titel verlangen dat ten aanzien van dengene die afgaat op een bij hem opgewekten schijn, het daardoor gerechtvaardigde vertrouwen wordt beschermd tegenover hem, die dezen opriep;

3. dat geen reden bestaat om hierbij den krankzinnige buiten de mogelijkheden, welke voortvloeien uit de curatele en de daarmede samenhangende regeling van de artt. 501 en 502, in het rechtsverkeer een bijzondere bescherming te verlenen door te zijnen aanzien van bovenstaanden voor de beoordeling van de ‘toestemming’ in het algemeen geldenden regel af te wijken;

4. dat daartoe in het bijzonder geen aanleiding kan geven de overweging, dat den krankzinnige van het opwekken van den schijn van een – in werkelijkheid mogelijk niet aanwezige – toestemming geen verwijt kan worden gemaakt, immers de toerekening van de gevolgen van den schijn aan hem die dezen opriep, in het burgerlijk recht haar grond niet vindt in een bij laatstgenoemde veronderstelde schuld;

5. dat dus voor het geval moet worden aangenomen dat bij Eelman, doordat hij heeft gehandeld in den toestand van krankzinnigheid, een met zijn uiterlijk tot den verkoop van zijn boerderij gegeven toestemming overeenstemmende wil niet aanwezig is geweest, het Gerechtshof terecht heeft beslist dat voor het slagen van een beroep op het ontbreken van die volgens art. 1356, onder 1e, voor de bestaanbaarheid van de overeenkomst vereiste ‘toestemming’, bovendien moet worden aangetoond dat zijn wederpartij heeft begrepen of heeft moeten begrijpen dat Eelman in dien toestand handelde’ (cijfers van mij, v. D.).

Aldus komt de hoge raad tot verwerping van het beroep, in afwijking van de wat aarzelende conclusie van p-g Langemeijer.<sup>135</sup>

Om terug te keren tot Ruttens lezing van het arrest, zijn conclusie dat de hoge raad hier de wilsleer omhelst, laat hij steunen op de hier met (1) en (2) weergegeven overwegingen. Tendentieus is echter de wijze waarop schr. deze overwegingen samensmeedt, waardoor de werkelijkheid vervormd wordt. Allereerst geef ik mijn interpretatie van het dictum, waarop die van Rutten ter vergelijking volgt.

Bij lezing van het dictum valt op, dat de hoge raad het woord *toestemming* op twee wijzen hanteert: wanneer het college doelt op het *wettelijk begrip* toestemming van art. 1356, lid 1, dan ziet men dat woord tussen aanhalingstekens geplaatst. Dit is van verstrekkend belang voor de uitleg van dit arrest; ik heb evenwel de indruk dat dit aspect aan Rutten en aan de andere commentatoren, ontgaan is. Uit dit woordgebruik van de hoge raad blijkt mijns inziens, dat het college bij de wetsuitleg van art. 1356, lid 1, anders dan de eiser tot cassatie, *niet de grammatikale methode van uitleg volgt, vergezeld van de premisse dat de wetgever de wilsleer volgt*. Daarmee sluit de cassatierechter bij de hierboven beschreven vooroorlogse jurisprudentie aan, waarbij het vertrouwensbeginsel bij het toestemmingsbegrip ondergebracht werd. De aanhalingstekens verdwijnen, telkens wanneer de hoge raad niet over het wettelijk toestemmingsbegrip, maar over toestemming in de visie van het middel spreekt, als *wilsuiting*, vgl. Ov. (1), (4), terwijl in Ov. (5) beide termen naast elkaar gehanteerd worden, in hun twee functies. Gezien deze benaderingswijze is het begrijpelijk dat de hoge raad stelt, dat 'bij de beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van de "toe-

135. In zijn conclusie tracht Langemeijer die oplossing te vinden die het meest in overeenstemming is met de belangenafwegingen die in het geheel van de wetgeving te herkennen zijn. En dit is in de ogen van de p-g, de *afwijzing* van het vereiste van kenbaarheid. De gedachte dat het niet onder curatele staan een misstand is die in de risikosfeer van de krankzinnige valt, acht hij 'weinig helder en weinig sprekend', en daarom aanvechtbaar. Langemeijer voert ter verdediging van zijn opvatting aan, dat in het recht steeds de goede trouw van derden alleen dan beschermd wordt, indien de schijn te herleiden is 'wel niet tot de schuld maar toch tot het "toedoen" van degene op wiens kosten de derde bescherming geniet'. Waarbij hij als kroongetuigen de figuur van art. 2014 en de vertrouwensleer aanhaalt. M.i. zijn dit echter getuigen à charge. Ook de hoge raad bleek geen oren te hebben naar de argumentatie van de p-g: in Ov. (4) spreekt het college van de 'toerekening' van de gevolgen van de schijn aan de krankzinnige, naar mijn mening in de beste traditie van art. 2014 en de vertrouwensleer. (De 'tachtigers' die, op basis van de vertrouwensleer en het 'blijkbaar' van art. 501 tot een uitkomst toegesteld aan die van de p-g kwamen, vindt men overigens niet genoemd, vgl. onder, III, § 6, no. 2 v.). Een pleister op de wond acht Langemeijer, dat ingeval men zijn oplossing aanvaardt, het zeldzaam zal zijn dat de wederpartij van de krankzinnige geheel onverdiend getroffen wordt: in zijn opvatting is voor nietigverklaring een vereiste dat blijken moet dat de transactie overwegend door de kwaal van de krankzinnige beïnvloed werd, en bovendien dat hij als ongenest kan worden beschouwd. Voegt men die vereisten tesamen, aldus schr., dan kan wel haast het vermoeden gelden, dat de wederpartij op de krankzinnigheid beducht had moeten zijn. Ik onthoud mij van verdere kritiek op deze vereisten, die doen denken aan een variant op het kenbaarheidsvereiste. Weinig overtuigend is ook de passage van de p-g over art. 501, evenals diens opmerking dat het aanvaarden van het kenbaarheidsvereiste 'zou betekenen een verdergaan in bescherming van de dwaling te goeder trouw dan ons privaatrecht in het algemeen schijnt te doen'.



stemming” (het *wettelijk* begrip derhalve, v.D.) in de *eerste plaats wordt gelet op de eisen van het rechtsverkeer*, die bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen voorschrijven (Ov. (2), mijn curs.).<sup>136</sup> Deze overweging sluit aan bij het in de arresten *Altena - Van der Horst* en *Van der Schuyt - Bank v.d. Middenstand* uitdrukkelijk, en eerder impliciet gestelde, vgl. boven. Opmerkelijk is nog, dat de raad in het onderhavige arrest spreekt van ‘de *toerekening* van de gevolgen van den schijn aan hem die dezen opriep’ (Ov. (4), mijn curs.) en daarbij het *risikobeginsel* aanvaardt.

Aldus werd in de door de hoge raad gevolgde wetsuitleg het rechtsbegrip toestemming een normatief te hanteren criterium bij de bepaling of een rechtshandeling tot stand is gekomen. Ook hier berust Ruttens interpretatie van het arrest op een grammatikale uitleg van het dictum, met het gevolg dat de ‘werkelijk aanwezige wil’, het innerlijk fenomeen, door hem op de eerste plaats wordt geschoven.<sup>137</sup> Andere schrijvers zijn er echter minder zeker van dat de hoge raad de wilsleer, of zelfs maar de wil-vertrouwenstheorie aanvaardt.<sup>138</sup>

### 9. *Conclusie. Rechtspraak biedt steun voor de hier verdedigde opvatting*

Uit de behandelde rechtspraak van de hoge raad, van 1912 tot deze tijd<sup>139</sup> komt in steeds sterkere mate naar voren dat men zich bij de vraag of een bepaalde gedraging als rechtshandeling opgevat dient te worden, laat leiden door de uiterlijke verschijning van die handeling. De eisen van het maatschappelijk verkeer vormen hier de maatstaven, met behulp waarvan men

136. Vgl. voor de problematiek rond het door de HR gestelde vereiste van de bezwarende titel, onder, III, § 5, no. 7.

137. Rutten stelt: ‘Ook in de meeste der andere geciteerde uitspraken, met name in de twee arresten van 1926, werd ervan uitgegaan, dat de grondslag van de contractuele gebondenheid in beginsel is gelegen in de *wil* van partijen. Dit heeft de Hoge Raad wel het duidelijkst uitgesproken in het arrest van 11 dec. 1959, waarin werd overwogen dat, gelet op de eisen van het rechtsverkeer (Ov. 2) voor het slagen van een beroep op het gebrek aan een met een uiterlijk gegeven toestemming overeenstemmenden innerlijken wil . . . in het algemeen zal moeten worden verlangd dat de wederpartij heeft begrepen of heeft moeten begrijpen dat de schijn, welke door de uiterlijk gegeven toestemming werd opgeroepen, niet beantwoordde aan een bij hem, die deze opriep, werkelijk aanwezige wil (Ov. 1)’. T.a.p. p. 72, de gecursiveerde tussenvoegsels zijn van mij. Als Rutten overigens ook P. A. Stein, blijkens zijn oppositie tijdens de promotie van G. Hamaker. De laatste stelt in zijn dissertatie, *De vordering uit onverschuldigde betaling naar nederlands recht*, Amsterdam 1971, p. 108 v., dat de HR zich in *Eelman - Hin* uitspreekt voor ‘het criterium der opgewekte schijn’. Stein bestreed dit met een beroep op Meijers, *Alg. Begrippen*, p. 211 v. Vgl. echter voor een bestrijding van het daar door Meijers verdedigde onder, III, § 7, no. 5 v.

138. Vgl. Hofman-Van Opstall, p. 325; J. H. Beekhuis, *AA IX*, p. 242.

139. Het moest hier bij een selectie uit de jurisprudentie blijven, waarbij met terzijdelating van de lagere jurisprudentie ik mij tot de onderhavige, in de literatuur bekende arresten beperkte. Uit de zee van jurisprudentie inzake de bescherming van opgewekt vertrouwen t.a.v. de ‘toestemming’ (vgl. ook boven, § 2, no. 2) wil ik nog als illustratief geval noemen: Rb. Den Haag 7 febr. 1966, *NJ 1967-67, A'dam Londen Verz. mij. c.s. - Rey*. Een dame had haar bontmantel in Hotel des Indes laten weghangen door een ‘chasseur’. De vraag was of hier een overeenkomst van bewaargeving was tot stand gekomen, of niet.

toetst in welke zin degeen tegenover wie de handeling verricht werd, die handeling moest opvatten. Deze normatieve benaderingswijze, in de vorige eeuw als de 'leer van het vertrouwen' verdedigd, vindt men in de arresten uit de twintiger jaren, met name *Altena – Van der Horst* en *Van der Schuyt – Bank voor den Middenstand* reeds uitdrukkelijk aanvaard. Het is geen toeval dat in diezelfde tijd ook op het gebied van afstand van recht en dwaling dezelfde normatieve uitlegmethode gevolgd wordt.<sup>140</sup> Het *Eelman – Hin*-arrest past in deze traditie, waarop aan het begin van de vijftiger jaren de normatieve uitlegmethode in de jurisprudentie ten aanzien van de uitleg van overeenkomsten<sup>141</sup> en de figuur van opzegging<sup>142</sup> gebaseerd werd. Ook die ontwikkeling vond bij aanhangers van de wilsleer, met name bij Ph. A. N. Houwing geen gunstig onthaal.<sup>143</sup> Ook op die terreinen blijkt de verwerping van de normatieve methode van uitleg van de rechter uiteindelijk te berusten op een grammatikale uitleg van de onderwerpelijke wets- of contractsbepaling, hetgeen bij de uitleg van overeenkomsten het sterkst naar voren komt.

Op het onderhavige terrein vond de rechter in het 'grootte blancowoord' *toestemming* van art. 1356 lid 1, een wettelijk aanknopingspunt voor de 'vertrouwensleer'. Onderhand kan gesteld worden, dat het blanco-woord in de jurisprudentie ingevuld werd, in de aangegeven zin. De wijze waarop in het Nieuw BW aan die invulling gestalte wordt gegeven, kan zoals uit het bovenstaande wel gebleken zal zijn, van deze zijde weinig enthousiasme teweeg brengen. De 'dubbele grondslag' van de artt. 3.2.2 e.v. Nw BW steunt, anders dan in de toelichting gesteld wordt, niet op de geldende rechtspraak, naar ik meen aangetoond te hebben. Hieronder zal nog in een uitvoerig betoog getracht worden de onhoudbaarheid van de theoretische grondslag van de door Meijers ontworpen regeling aan te tonen, welke in het gewijzigd ontwerp van 1971 gehandhaafd werd.<sup>144</sup>

Indien men de uitkomst van deze jurisprudentie-analyse legt naast de hierboven door mij verdedigde visie op de rechtsfiguren aanbod en aanvaarding, dan komt een sterke overeenkomst in de gevolgde benaderingswijze aan het licht. Werkte ik met twee eenzijdige rechtshandelingen, aanbod en aanvaarding – die elk een *toezegging* behelzen –, waarop de totstandkoming van de overeenkomst berust, in de leer van de hoge raad is dit in wezen niet anders. Ook daar wordt immers het handelen van elk der partijen op zich genomen, en wordt aan de hand van normatieve uitleg bepaald of de gedragingen van elk der partijen afzonderlijk aangemerkt kan worden als de in de wet vereiste toestemming, veelbetekenend weergegeven als 'toestemming'. Doordat de rechter aan dat begrip een normatieve inhoud heeft gegeven, dringt de gelijkenis met de door mij ontwikkelde *toezeggingsfigu-*

140. Vgl. voor afstand van recht boven, I, § 3, no. 10 v.; voor dwaling, onder, III, § 5, no. 5.

141. Vgl. onder, III, § 3, nos. 5 v., 9 v.

142. Vgl. boven, I, § 2, no. 9 v.

143. Vgl. t.a.p.

144. Vgl. onder, III, § 7, nos. 2, 7 v.

## II. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

ren aanbod en aanvaarding zich op. Ik meen derhalve, dat afgezien van de terminologie, mijn opvatting op de geldende jurisprudentie steunt. Hieronder, bij de bespreking van het leerstuk van de totstandkoming van overeenkomsten, komt deze kwestie andermaal aan de orde (vgl. § 4, no. 2). Dan is nu het punt gekomen om die materie aan te snijden.

# Hoofdstuk IIB. De uitleg van rechtshandelingen naar geldend recht (vervolg)

## De totstandkoming van overeenkomsten. De overeenkomst

### § 3. EEN OUDE STRIJDVRAAG: DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

#### a. De totstandkoming van overeenkomsten in doctrine en rechtspraak

##### *1. Inleiding*

Het leerstuk van de totstandkoming van overeenkomsten staat in nauw verband met de hierboven besproken figuren van aanbod en aanvaarding. Zoals voor de hand ligt, heeft het standpunt dat men ten aanzien van die rechtsfiguren inneemt, directe consequenties voor de problematiek van de totstandkoming. Indien men, zoals in alle moderne rechtsstelsels, het sluiten van een contract uiteenrafelt door een handeling van een aanbod en een daarmee corresponderende aanvaardingshandeling te onderscheiden, verhoogt dit wel het inzicht in het mechanisme van de totstandkoming, doch ten koste van een doctrinaire verwarring, die nog steeds – met name in de codelanden – op een ontknoping wacht. Hierbij wreekt zich in het bijzonder, dat zowel de franse code als ons BW geen plaats ingeruimd hebben voor de aanbod – aanvaarding-constructie, naar het schijnt omdat deze ook bij de aartsvaders van het contractenrecht, Domat en Pothier<sup>1</sup> ontbreekt. In het door hen zo sterk verdedigde consensus-begrip als grondslag van de overeenkomst, meende men kennelijk een afdoende regeling gevonden te hebben. In het ontwerp-BW, waar men in navolging van meer recente wetboeken, aanbod en aanvaarding in de wet wil regelen, komt men, zoals hieronder uiteengezet zal worden, met de brokken te zitten. Brokken die door een collisie van opvattingen teweeggebracht werden, en die het doctrinair verkeer belemmeren. Alvorens dit alles aan de orde te stellen, dient eerst een inventarisatie gegeven te worden van de huidige stand van zaken in literatuur en rechtspraak.

1. Pothier wijdt slechts in *Vente*, no. 32, een enkele opmerking aan de gevolgen van het herroepen aanbod.

2. De verschillende theorieën. Vernemingstheorie aanvaard in Hoekstra – Tiemesen (1893)

Zoals bekend onderscheidt men op het stuk van de totstandkoming van overeenkomsten de *uitings*-, de *vernemings*-, de *verzend*- en de *ontvangsttheorie*. Dat zo'n aantal theorieën – de minder bekende theorieën laat ik daar – behalve in Duitsland ook in ons land<sup>2</sup> konden gedijen, valt met name toe te schrijven aan het feit dat onze wet – aldus de gangbare opvatting – naast het weinig zeggende art. 1349, slechts als richtlijn art. 1356, sub 1, biedt, dat als vereiste voor de bestaanbaarheid van overeenkomsten de toestemming van degenen die zich verbinden eist. Dit begrip *toestemming*, is zoals Meijers het eens uitdrukte het 'grootte blanco-woord', een begrip dat zoals wij zagen een ieder dan ook vlijtig op zijn eigen wijze interpreteert.<sup>3</sup> Zoals op de vergadering van de *NJV* van 1877 al duidelijk werd, is beslissend voor de opvatting die men inzake de totstandkoming huldigt, de bereidheid om de consensus-gedachte, en daarmee de wilsleer te aanvaarden.<sup>4</sup> Dat is heden ten dage, bijna een eeuw later, niet anders. Alleen kan men opmerken, dat men zich van die keus tussen grondslagen niet meer bewust is. De theorieën die in ons land altijd het meest gangbaar waren, de vernemings- en de ontvangsttheorie, zijn typisch leren die in de schaduw van de wilsleer opgeschoten zijn. Het duidelijkst is dat het geval bij de *vernemingstheorie* (Kist, Asser c.s.).<sup>5</sup> Ziet men het samentreffen van de twee willen van aanbieder en acceptant als vereiste, dan brengt dit als natuurlijk gevolg met zich, dat de aanbieder van de wil van zijn wederpartij in spe moet *kennis nemen*, wil er van daadwerkelijke *wilsovereenstemming* sprake zijn.

Deze leer, zoals gezegd door vele schrijvers aangehangen, werd die van de hoge raad in 1893, toen – hetgeen niet toevallig genoemd kan worden – Kist de kamer presidieerde. In het arrest *Hoekstra - Tiemesen* overwoog de hoge raad:

'dat voor het tot stand komen eener overeenkomst zoowel tusschen tegenwoordige als tusschen afwezige partijen, niet voldoende is het gelijktijdig naast elkander bestaan van twee overeenstemmende wilsverklaringen, maar dat bovendien bij beide partijen de wetenschap van die overeenstemming moet aanwezig zijn;

2. Een overzicht van het internationaal strijdperk van de vorige eeuw geeft C. Asser, *De telegraphie in hare rechtsgevolgen*, diss. Leiden 1866, p. 88 v., en ook (zeer uitvoerig) J. Valéry, *Des Contrats par correspondance*, 1895, p. 128 v., een nog steeds gezaghebbend werk in de franse literatuur. Een overzicht van de tijd die volgt, geven Opzoomer VI, p. 12 v.; Suijling, I, no. 220, en Asser-Rutten, II, p. 100.

3. Vgl. boven, § 1, no. 1 v., § 2, no. 5 v.

4. Aanhangers van de wilsleer menen dat met 'toestemming' op de 'werkelijke wil' van de handelende gedoeld wordt, terwijl in de vaste jurisprudentie dit begrip geobjektiveerd wordt, en een normatief karakter heeft gekregen. Vgl. boven, § 2, no. 5 v.

5. In het preadvies van De Marez Oyens kreeg de vertrouwensleer haar doopnaam. Met verworping van het consensus-beginsel, werd de grondslag van de overeenkomst door schr. aan de nieuwe leer ontleend. De strijd tussen wil en vertrouwen kwam door het in 1877 gevoerde debat in het centrum van de belangstelling te staan, vgl. nader onder, III, § 6, no. 2 v.

### § 3. TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

dat mitsdien evenzeer als hij aan wien een voorstel wordt gedaan, daarvan kennis moet dragen om zich te kunnen verbinden, degenen die het voorstel heeft gedaan, moet weten of het is aangenomen en hij dientengevolge verbonden is, zoodat eerst op het oogenblik waarop hij daarmede in kennis is gesteld, de overeenkomst tot stand komt;

dat de door het Hof aangenomen leer, dat de overeenkomst reeds op het oogenblik van de verzending van het bericht van aanneming van het voorstel zoude zijn gesloten, tot het vreemde gevolg leidt, dat hij die het voorstel heeft gedaan eene overeenkomst zoude hebben gesloten zonder zich daarvan in het minst bewust te zijn, wat ten eenenmale strijdig zoude zijn met het wezen eener rechtshandeling.<sup>6</sup>

Dat deze beslissing van de hoge raad geheel tot de wilsleer terug te voeren valt, blijkt eens te meer uit de laatst aangehaalde overweging, waar een beroep wordt gedaan op het begrip rechtshandeling, zoals dit in de wilsleer opgevat wordt.

#### 3. *Uitingstheorie aanvaard in Stoom- Brood- en Scheepsbesluitfabriek – Kalden (1923)*

De zuivere vernemingstheorie wordt verlaten in het arrest van 7 december 1923, *Stoom- Brood- en Scheepsbesluitfabriek – Kalden*, waar het een geval betrof dat als spiegelbeeld van de onderhavige materie kan gelden, de beëindiging van een overeenkomst door opzegging. In dat arrest, hierboven bij het aanbod uitvoerig besproken<sup>7</sup>, werd bepaald dat voor de deugdelijkheid van een aan mededeling onderworpen rechtshandeling doorslaggevend is, of redelijkerwijze mocht worden verwacht dat bij de gevolgde wijze van handelen de mededeling ter kennis van de geadresseerde zou worden gebracht. Het bewijs van dat laatste is geen vereiste, aldus de cassatierechter. In casu werd de mededeling van de reden van ontslag (ex art. 1639o BW) aan kantoorpersoneel, met het verzoek dit over te brengen aan de directeur, in de aangegeven zin deugdelijk geacht, gezien de 'opvattingen van het verkeer' en de omstandigheden van het geval.

Hierbij springt in het oog, dat de hoge raad van een subjektieve, op de wilsleer gegronde benadering, over is gestapt naar een normatieve beschouwingwijze, zonder acht te slaan op de wilsvorming bij de geadresseerde. Nu zou men kunnen stellen dat een in gebreke blijven van het kantoorpersoneel om de mededeling aan de directeur over te brengen steeds in de risikosfeer van de laatste ligt, en dat de raad zijn beslissing enkel op dit beginsel gebaseerd zou hebben. Het lijkt mij echter twijfelachtig of een dergelijke moderne denktrant de hoge raad anno 1923 toegeschreven kan worden, als éniige en afdoende verklaring voor het onderhavige arrest. Voor een goed begrip van de onderhavige uitspraak dient men het mijns inziens te plaatsen naast

6. HR 26 okt. 1893, *W* 6416, *anders* a-g Gregory, die met het hof de verzendtheorie aanhangt. Ten onrechte meent Pitlo, p. 153, dat bij dit arrest de ontvangsttheorie zou zijn aanvaard.

7. Vgl. § 1, no. 5.

een eerder gewezen arrest inzake een soortgelijk probleem. Dan wordt duidelijk, dat in de benaderingswijze van de hoogste rechter steeds de vraag: 'wel of niet een vernemingsbeginsel?', centraal staat. Ik denk hierbij aan het arrest van 14 juni 1918, *NJ 731, Wolf – Norden*. In dat geval werd op grond van een contractueel beding een arbeidsovereenkomst per aangetekende brief opgezegd. De aangeschreven partij liet om niet nader aangeduide redenen na de brief op het postkantoor af te halen. Aangezien de brief hem niet bereikt had, werd de opzegging door hem ontkend. Een standpunt waarmee hij voor rechtbank en hoge raad succes heeft. De rotterdamse rechter formuleerde als algemene regel, waaraan zijns inziens ook dit geval onderworpen moet zijn, dat bij 'opzegging van een arbeidsovereenkomst, wil zij de gewenschte uitwerking hebben, zal moeten vaststaan, dat zij de tegenpartij heeft bereikt'. De overeengekomen wijze van mededelen, per aangetekende brief, had volgens de rechtbank slechts de strekking om het bewijs van de ontvangst door de tegenpartij te vergemakkelijken, 'doch die ontvangst blijft niettemin een vereischte voor de geldigheid der opzegging'. Dit standpunt acht de hoge raad niet in strijd met de artt. 1378 jo. 1385, en 1374, 1375 BW en daarmee krijgt de opvatting van de lagere rechter waarbij de verneming van de mededeling – geconcretiseerd in de persoonlijke inontvangstname daarvan – de toon aangeeft, het fiat van de cassatierechter.

Legt men deze uitspraak naast die van 1923, dan valt op dat het laatste arrest van een geheel andere gedachtengang getuigt.<sup>8</sup> Het accent ligt hier op de *adressant*, niet op de geadresseerde. De eerste mag er redelijkerwijs op vertrouwen, gezien de verkeersopvattingen, dat zijn mededeling 'deugdelijk' is.<sup>9</sup>

Naar mijn mening aanvaardt de hoge raad in dit arrest van 1923 het *uitingbeginsel* als grondslag voor de aan mededeling onderworpen (eenzijdige) rechtshandeling, d.w.z. een uiting die op normatieve wijze op haar deugdelijkheid getoetst dient te worden. Dit laatste als duidelijke correctie op de uitingstheorie uit de vorige eeuw, waarbij slechts het gewild zijn de uiting legitimeerde. Op deze materie kom ik hieronder echter nog terug.

#### 4. *Ontvangsttheorie aanvaard in Bosch – Van Maren (1933)*

De onderhavige uitspraak, die in de literatuur nagenoeg geen aandacht heeft getrokken, bleek slechts een interregnum in te luiden. In 1933 wijst de hoge

8. Meijers volstaat in zijn noot met de opmerking, dat moeilijk in te zien is hoe beide arresten met elkaar in overeenstemming te brengen zijn. Zoals uit de tekst blijkt, is m.i. de HR niet alleen qua resultaat omgegaan, maar juist wat betreft de gehanteerde *methode*, met als gevolg daarvan een geheel ander resultaat.

9. Meijers legt in zijn noot die verkeersopvattingen aldus uit, dat de opzegger de kantoorbedienden als bevoegde vertegenwoordigers van de directeur tot inontvangstneming van de mededeling mocht beschouwen.

### § 3. TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

raad het befaamde *Bosch – Van Maren*-arrest, waarbij de zgn. ontvangsttheorie aanvaard werd.<sup>10</sup> Werd bij *Hoekstra – Tiemesen* het ene uiterste gekozen, nu zien wij de raad voor het andere uiterste kiezen, het *ontvangst-principe* in zijn meest starre vorm. Daarmee haalt de cassatierechter zich een berisping van Meijers op de hals, die in zijn noot betoogt dat de oplossing die de hoge raad in de uitspraak van zijn fiat voorzag, in geen ander land aanvaard, en door geen nederlandse auteur verdedigd wordt. Wat was hier namelijk het geval? De aanbieder had ná verzending van de acceptatie, doch vóór deze hem bereikte, zijn aanbod per telegram ingetrokken. Het huldigen van de ontvangsttheorie had hier tot gevolg, dat door de intrekking van het aanbod een nog niet voltooide overeenkomst tenietgedaan werd. Meijers wijst erop, dat dit onaangename neveneffect van de ontvangstleer, steevast door de schrijvers die haar huldigen rechtgetrokken wordt door de onherroepelijkheid van het aanbod aan te nemen, gedurende zekere tijd. Naar de mening van de annotator heeft de hoge raad deze kwestie echter in het midden willen laten, en slechts willen volstaan met het aanvaarden van de ontvangsttheorie. De overwegingen in dit standaard-arrest luiden:

‘. . . dat echter volgens art. 1356 BW voor het tot stand komen eener overeenkomst vereischt is de toestemming van degenen, die zich verbinden;

dat dit medebrengt, dat niet voldoende is, dat bij partijen de overeenstemmende wil bestaat om zich tegenover elkander te verbinden en evenmin dat zij dien wil mondeling of schriftelijk hebben geuit, maar dat noodig is dat de uiting van dien wil de tegenpartij heeft bereikt.’

Het zal opvallen, dat de cassatierechter geen enkel argument te berde brengt voor de koerswijziging: dat ‘het groote blancowoord’ ‘toestemming’ van art. 1356 de ontvangsttheorie ‘medebrengt’, klinkt verre van overtuigend. Zoals ook Meijers in zijn noot zegt, is men, nu de wet zwijgt over het moment van totstandkoming, volkomen vrij om de meest billijke oplossing te aanvaarden. Die vrijheid ontslaat de jurist echter niet van de verplichting voor een argumentatie te zorgen.<sup>11</sup> Pikant is intussen wel, dat bij het *Bosch – van Maren*-arrest Visser van de kamer deel uitmaakt, wiens naam aan de ontvangsttheorie verbonden kan worden. Eenzelfde situatie als die van 1893, toen Kist de kamer voorzat die het *Hoekstra – Tiemesen*-arrest wees, waarbij de vernemingstheorie tot hofleverancier werd.

#### 5. *Heersende leer: vernemings-ontvangsttheorie. Aldus ook het Nw BW*

Welke leer dient thans als de heersende beschouwd te worden? Indien men

10. HR 21 dec. 1933, NJ 1934-368, nt. E.M.M.

11. Opmerkelijk is intussen, dat ook bij een consequent gehanteerde ontvangsttheorie de HR tot een ander resultaat had moeten komen: ook de uiting van de wil om te herroepen zou dan immers de geadresseerde eerst *bereikt* moeten hebben om rechtseffekt te kunnen hebben.



een antwoord op deze vraag zoekt, ontdekt men dat na een dispuut van meer dan een eeuw, geen van de oorspronkelijke theorieën als overwinnaar uit het strijdperk is getreden. In de loop van deze eeuw is er een fusie waar te nemen tussen de twee meest gangbare theorieën, de vernemings- en de ontvangsttheorie. De volgende ontwikkeling deed zich namelijk voor.

Zoals in het algemeen de wilsleer zich na de eeuwwisseling steeds meer beperkingen opgelegd zag, onder invloed van de eisen van het maatschappelijke verkeer, zo verging het ook de vernemingstheorie. Men kreeg gaandeweg oog voor het bezwaar dat aan die leer in zuivere vorm kleeft, namelijk dat daarin de aanbieder het in de hand heeft om na ontvangst van de aanvaardingsmededeling, de kennisneming daarvan uit te stellen of te vrijdeden, terwijl ook persoonlijk betreffende omstandigheden hetzelfde tot gevolg kunnen hebben.<sup>12</sup> Daarnaast kan als bezwaar gelden, dat het moment van kennisneming veelal niet op eenvoudige wijze vast te stellen is, dit in tegenstelling tot bijv. het moment van ontvangst van het aanvaardingsbericht. Sommige schrijvers stelden dan ook als correctie voor, om als moment van kennisneming dat tijdstip na ontvangst aan te nemen, waarop de aanbieder redelijkerwijze van de aanvaarding had kennis kunnen nemen.<sup>13</sup>

Ook de zuivere ontvangsttheorie<sup>14</sup> had haar bezwaren. Vandaar dat ook in die stroming een objectiveringsbeweging viel waar te nemen. Dit leverde de gedachte op, dat van ontvangst pas sprake is, indien de aanbieder redelijkerwijze tot kennisneming van de acceptatie in staat is. Deze zienswijze is ook die van het ontwerp-BW.<sup>15</sup> In het normale geval is het ogenblik waarop de aanvaarding de aanbieder *bereikt* beslissend voor de totstandkoming, zo stelt de *Toelichting*.<sup>16</sup> Wat in deze opvatting – door de ontwerpers als ‘ontvangsttheorie’ aangeduid – onder de term *bereiken* verstaan moet worden, wordt eerst duidelijk indien men de verwijzing naar Meijers’ toelichting op art. 3.2.4, lid 2, volgt. Daar wordt enerzijds gesteld, dat niet als vereiste geldt dat de wederpartij de verklaring vernomen moet hebben. Anderzijds blijkt het vernemingsprincipe toch uitgangspunt voor Meijers te zijn, wanneer men even verder leest: ‘Voor het overige bedenke men dat een verklaring de wederpartij slechts dan heeft *bereikt*, wanneer deze haar vernomen heeft of een normaal individu haar onder de gegeven omstandigheden had kunnen vernemen’ (p. 186, mijn curs.). Nu begrijpt men waarom Meijers kort tevoren de arresten van de hoge raad *Hoekstra - Tiemesen*,

12. In deze zin het zoëven besproken arrest van 1918, *Wolf - Norden*.

13. Aldus reeds Suijling, en later ook Asser-Rutten, II (t.a.p.); in dezelfde zin Pitlo, p. 153, die spreekt van ‘de geobjectiveerde vernemingstheorie’.

14. Aangehangen door bijv. Opzoomer, VI, p. 16 en Kist-Visser, III, p. 21. De laatste schrijft de ontvangsttheorie ‘in den regel’ de juiste, bijv. bij koop van bepaalde waren, onder verwijzing naar § 147 BGB. Visser merkt echter op, dat daarnaast in de praktijk evenzeer gevallen voorkomen, waarbij door de aanneming de overeenkomst reeds voltooid is. Daarmee vertoont zijn zienswijze enige overeenkomst met die van Polderman, diss. p. 152 (Realiseringstheorie) en van Asser-Van Goudoever, p. 272.

15. En eveneens die van Hofmann-Van Opstall.

16. p. 747.

en *Bosch - van Maren* in één adem noemt ter adstructie van zijn uitgangspunt. De term 'bereiken' die alléén in het arrest van 1933 valt, vat schr. als een nieuw 'blancowoord' op, en bij de invulling daarvan grijpt hij naar het dictum van 1893, met een objectiverende face-lifting door de toevoeging: 'had kunnen vernemen'. Daarmee behoort ook de opvatting die in het ontwerp-BW werd neergelegd tot de gefuseerde theorie, de vernemings-ontvangsttheorie.<sup>17</sup>

Men kan dus stellen dat de heersende leer momenteel de vernemings-ontvangsttheorie is.<sup>18</sup> Wat is er intussen van de overige twee theorieën geworden? Ook daar vond een fusie plaats, die in een behoefte aan objectivering zijn oorzaak vond. Vandaar dat in deze eeuw slechts de *verzendtheorie* naar de eerste plaats meedingt. De geleidelijke overgang van uitings- naar verzendingsmoment als criterium, is bijv. opmerkelijk bij Janssens.<sup>19</sup> Als op zich staande theorie heeft de verzendtheorie tegenwoordig geen aanhang meer. Men ziet haar in het ontwerp-BW toegepast als correctie op de vernemings-ontvangstleer, die in het ontwerp immers gecombineerd wordt met een herroepelijk gedacht aanbod. Dit kan men het *Bosch - van Maren*-effekt noemen. Het gevolg is, dat de acceptant na verzending van zijn bericht van aanvaarding, kan rekenen op een voltooide overeenkomst. Het resultaat van de verzendtheorie bleek derhalve grote aantrekkingskracht op de ontwerpers te hebben, zonder dat men het evenwel aandurfde van paard te verwisselen. Een dergelijke inlijving van de verzendtheorie bij een theorie uit het tegenovergestelde kamp is echter niet nieuw: in Assers dissertatie kan men die figuur al aantreffen.<sup>20</sup> Op het ontwerp kom ik hieronder nog terug.

Dit was het beeld dat rechtspraak en doctrine heden ten dage bieden. Dan is nu het punt gekomen een eigen opvatting te ontwikkelen.

## b. Eigen opvatting: de uitingstheorie-nieuwe stijl

### 6. Eigen opvatting. Argumenten pro

Zoals te verwachten is, heeft mijn verwerping van de wilsleer ook conse-

17. Dit wordt miskend door Janssen, p. 167, die waarschijnlijk misleid werd door de term 'ontvangsttheorie' die de *Toelichting* op Boek 6 hanteert, anders dan Meijers zelf in zijn toelichting op art. 3.2.4.

18. De schaarse gepubliceerde rechtspraak van na 1933 is doorgaans in deze zin, vgl. Rb. Utrecht 11 nov. 1936, *NJ* 1937-263, Rb. Leeuwarden 17 dec. 1936, *NJ* 1938-722. In een recent vonnis van de Rb. Alkmaar, 30 mrt. 1967, *NJ* 360, wordt 'ontvangst' in letterlijke zin opgevat, zonder objectivering. Werd hier ook de rechter misleid door de *Toelichting* op Boek 6?

19. Diss. p. 142 v. (1925). In navolging van het engels recht bepleit Janssens de verzendings-theorie. Voor zijn standpunt dat de aanvaarding werkt zodra zij *geuit* is, doet hij ook een beroep op een arrest van de hoge raad van 1923 inzake opzegging, dat hij analogisch van toepassing acht, het hierboven besproken *Stoom- Brood- en Scheepsbesluitfabriek - Kalden*.

20. Asser onderschrijft de vernemingstheorie voor de totstandkoming van overeenkomsten — daarbij vooral beïnvloed door Kant — doch huldigt *tegelijkertijd* de verzendingstheorie voor het bepalen van het *tijdstip* van het ontstaan van de overeenkomst. Hier worden twee paarden tegelijk bereden, vgl. diss. p. 92 v., 99 v. (1866).

quenties voor het onderhavige vraagstuk, gelijk dit ook in de tachtiger jaren bij de aanhangers van de 'nieuwe leer' het geval was. De heersende leer, berustend op het vernemings-ontvangst-principe is voor mij onaanvaardbaar, aangezien zij gebaseerd is op de consensus-gedachte, en daarmee op de *wils*-leer. Laat ik beginnen met mijn opvatting te formuleren; daarna zal nagegaan worden of het consensus-beginsel nog steeds hecht in ons recht verankerd is, en derhalve roet in het eten gooit. Rond dat beginsel hoort deze grondslagenstrijd geleverd te worden.

*Ik zou willen verdedigen dat in geval van een aanbod in juridische zin* (d.w.z. een handeling die als een onherroepelijke toezegging uitgelegd moet worden, vgl. boven), *de overeenkomst tot stand komt op het moment waarop de aanvaardingshandeling verricht wordt door degeen tot wie het aanbod gericht is.* Deze opvatting vertoont de meeste overeenkomst met de leer die van oudsher als *uitingstheorie* bekend staat.<sup>21</sup> Om het aantal in omloop zijnde 'benoemde' theorieën niet met nog een te vermeerderen, zal ik mijn opvatting gemakshalve met 'uitingstheorie' aanduiden. De vlag dekt de lading dan niet geheel, met name niet omdat het misverstand kan rijzen, dat met 'uiting' gedacht wordt aan 'wilsuiting', zoals dat vroeger ongetwijfeld het geval was. Maar ik meen, dat in dit werk voor een dergelijke associatie geen aanleiding gegeven wordt, zodat het oude etiket nog dienst kan doen.

Het zal duidelijk zijn dat in deze opvatting het karakter van de aanvaardingshandeling een centrale plaats inneemt. Ook al ziet men de aanvaarding als eenzijdige rechtshandeling, beslissend is, hoe men het vereiste van *gerichtheid* ziet. Neemt men aan – anders dan door mij hierboven betoogd<sup>22</sup> – dat aan een dergelijke 'aan mededeling onderworpen', of 'empfangsbedürftige' handeling, het vereiste van ontvangst, dan wel kennisneming van het voorwerp van die handeling (de mededeling) gesteld moet worden, dan zou een aldus geconstrueerde uitingstheorie slechts een nuance van de heersende leer verschillen. In mijn opvatting is dan ook, zoals ik al eerder stelde, bij de eenzijdige rechtshandeling 'aanvaarding' de gerichtheid van die handeling een *normatief* te duiden begrip. Ter ondersteuning van die uitlegmethode kan ik een beroep doen op het arrest van de hoge raad – dat ook zoëven aan de orde kwam – van 7 december 1923, *Stoom- Brood- en Scheepsbesluitfabriek – Kalden*, waarin het vernemingsbeginsel verlaten wordt bij de aan mededeling onderworpen rechtshandeling, en zoals ik hierboven stelde, vervangen door het uitingsbeginsel in normatieve zin. In die visie is slechts van belang, dat de handeling zodanig is, dat 'redelijkerwijze mag worden verwacht' dat de mededeling ter kennis van de geadresseerde

21. De uitingstheorie werd in ons land als eerste door Ul. Huber verdedigd, vgl. Meijers, *Verz. Opst.* III, p. 255. In de franse literatuur werd deze leer aangehangen door o.a. Baudry-Lacantinerie, XI, § 375; Valéry, p. 136 v. (op p. 129 v. geeft schr. een overzicht van de aanhangers van deze theorie door de eeuwen heen), vgl. voor de oudere duitse literatuur, Asser, diss. p. 89. Volgens verschillende schrijvers huldigt de franse cour de cassation momenteel de uitingstheorie, vgl. onder, IV, § 3, no. 1.

22. Vgl. § 1, no. 5; § 2 no. 1 v.

### § 3. TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

komt, zonder dat dat laatste bewezen hoeft te worden. Het interne moment – de wilsvorming bij de adressant, of wel de geadresseerde, of ten slotte bij beide – heeft plaats moeten maken voor een *extern* moment, de verschijning van de handeling naar buiten, getoetst aan de rechtsnormen die de handel en wandel van het in het rechtsverkeer tredende individu beheersen.

In de hier verdedigde opvatting is 'het moment waarop de aanvaardingshandeling verricht wordt' derhalve geen louter chronologisch begrip. Noch het blote moment van 'uiting' (tot uitdrukking brengen van de handeling), noch het blote moment van verneming of inontvangstname is op zich reeds concludent, anders dan de oorspronkelijke theorieën van die benamingen leerden. Steeds kan pas na normatieve uitleg van de 'uiting' vastgesteld worden of hier van een rechtshandeling (aanvaarding) sprake is. Bij contracteren tussen afwezigen spreekt dit het sterkst, doch ook bij het contracteren tussen aanwezigen is van een uitlegproces sprake, al speelt dit doorgaans slechts op de achtergrond.<sup>23</sup>

#### *7. Argumenten pro eigen opvatting (vervolg). Heersende leer en Nw BW halfslachtig*

Voor de hier verdedigde uitingstheorie-nieuwe stijl zijn ook nog andere gronden aan te voeren. Om te beginnen valt met de heersende leer niet te rijmen de boven besproken figuur dat een overeenkomst tot stand komt, terwijl de aanvaarding van het aanbod bestaat uit een niet-doen. Een figuur die zoals gemeld in doctrine en rechtspraak erkend is, en die uit de praktijk niet weg te denken is.<sup>24</sup> In dit geval speelt de verneming door de aanbieder immers geen rol; op grond van de eisen van de goede trouw wordt de geadresseerde gebonden geacht, en wordt aldus hem een toezegging toegerekend. Deze vorm van totstandkoming van de overeenkomst is evenwel geheel in de lijn van de hier verdedigde uitingstheorie.<sup>25</sup>

In het ontwerp-BW – waarin een geobjektiveerde vernemingstheorie voorgestaan wordt – vgl. boven – heeft men oog voor dit probleem gehad, met het opmerkelijk gevolg, dat men voor dergelijke situaties het uitingsbeginsel aanvaardt. Hiermee ondergraaft het ontwerp zijn eigen grondslag, het vernemingsbeginsel. In de toelichting wordt namelijk opgemerkt: 'Geschiedt de aanvaarding, gelijk somtijds het geval is, door een wilsuiting welke niet ter kennis van de aanbieder hoeft te worden gebracht, dan is ui-

23. Evenals in de eerste situatie staat hier de vraag centraal of het gebezigde communicatiemiddel deugdelijk was voor de te voeren onderhandelingen. In geval de geadresseerde doof is, of de gevoerde taal niet of gebrekkig verstond, en dit voor de adressant kenbaar was (behoorde te zijn), kan de mededeling van aanvaarding bij gebreke van gerichtheid niet als rechtshandeling, d.w.z. niet als aanvaarding, gelden, vgl. boven, § 1, no. 5; § 2, no. 1 v.

24. Vgl. boven, § 2, no. 2.

25. Mijn argument is niet nieuw, zo bleek mij bij raadpleging van Asser t.a.p. Het werd ook al in het midden van de vorige eeuw door de duitse aanhangers van de uitingstheorie aangevoerd tegen de vernemingstheorie.

*teraard het tijdstip van die wilsuiting beslissend*'.<sup>26</sup> Hierbij hebben de ontwerpers die gevallen op het oog – zoals uit de toelichting op het voorgaande artikel blijkt –, waarin de verklaring van de acceptant aan een derde gericht kan worden, en waarin de verklaring in de vorm van uitvoeringshandelingen geschiedt.<sup>27</sup> Ten aanzien van deze aanvaardingsvormen, waarvan de laatste voor de praktijk het belangrijkste is, aanvaardt het ontwerp dus de door mij verdedigde opvatting: op het moment van het verrichten van de aanvaardingshandeling komt de overeenkomst tot stand.<sup>28</sup> Dit is zelfs volgens de ontwerpers 'uiteraard' het geval. Doch met die toevoeging heeft men nog niet aangetoond dat die zienswijze zich verdraagt met het uitgangspunt van het ontwerp, het ontvangst-vernemingsprincipe.

Het uitingsbeginsel kan men eveneens onderkennen – zij het minder in het oog springend – in de oplossing die het driemanschap geeft voor de volgende aanvaardingsfiguur die in de *Toelichting* aan de orde gesteld wordt. In geval krachtens wet, overeenkomst of gebruik het achterwege laten van een reactie als toestemming wordt aangemerkt, is de overeenkomst tot stand gekomen 'op het laatste ogenblik waarop het aanbod nog *kon worden afge- wezen*' (mijn curs.).<sup>29</sup>

Samenvattend kan men stellen dat de heersende leer geen oplossing biedt voor de besproken praktijkfiguren van aanvaarding. Het ontwerp-BW zag men in die situatie zijn heil zoeken bij het eerder verworpen uitingsbeginsel. Tegenover deze halfslachtige regeling van de heersende leer, stelt mijn opvatting één systeem voor alle gevallen: steeds is de aanvaardingshandeling – of het nu een doen of een niet-doen betreft – het criterium om te bepalen of de rechtsbetrekking 'overeenkomst' tot stand is gekomen. Of van aanvaarding sprake is, kan zoals gesteld slechts door middel van normatieve uitleg van de gedragingen van de betreffende persoon vastgesteld worden.

#### *8. Mogelijke argumenten contra eigen opvatting. Weerlegging daarvan. De risikovraag bij falende berichtgeving; bestrijding heersende leer*

Ik voorzie twee mogelijke bezwaren die tegen de hier verdedigde opvatting in te brengen zijn. Het eerste zou kunnen zijn, dat het in het verkeer veel voorkomende gebruik dat de aanbieder de geadresseerde-acceptant een orderbevestiging toezendt, er toch op wijst dat de overeenkomst met de aanvaarding door de laatste, nog niet voltooid is. Hiertegen zou ik allereerst willen aanvoeren dat tegenover dit gebruik het al gesignaleerde ge-

26. p. 748, mijn curs.

27. Vgl. hieromtrent ook boven, § 2, no. 2 v.

28. Het valt hierbij op dat deze correctie op het uitgangspunt t.a.v. de eerste vorm van aanvaarding niet eens noodzakelijk was. De derde kon in deze situatie toch als vertegenwoordiger (zaakwaarnemer) van de aanbieder beschouwd worden, zodat niets toepassing van het ontvangst-vernemingsbeginsel in de weg hoeft te staan.

29. Deze oplossing werd overigens overgenomen door Asser-Rutten, II, p. 101.

### § 3. TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

bruik gesteld kan worden, dat het niet-reageren van de geadresseerde als aanvaarding beschouwd wordt. Verder dient men in het oog te houden, dat de praktijk van het toezenden van een orderbevestiging doorgaans de situatie betreft dat een 'vrijblijvend aanbod' gedaan werd. In die situatie dient de orderbevestiging rehtens gekwalificeerd te worden als de *aanvaarding*, aldus de heersende leer, vgl. boven, § 1, no. 9. Waar niet van een 'vrijblijvend aanbod', maar van een (bindend) aanbod sprake is, geldt dat de orderbevestiging, als stuk, slechts uit *bewijsrechtelijk* oogpunt van belang is. De overeenkomst is immers een niet aan vorm gebonden rechtsfiguur, zodat de eis dat de aanvaarding uit een akte moet blijken niet gesteld kan worden, en ook niet wordt. De orderbevestiging valt te vergelijken met een ander gebruik nl. om telefonische gesprekken direkt schriftelijk te bevestigen (dit geldt uiteraard ook voor gesprekken in elkaars aanwezigheid). Een dergelijke bevestiging kan, indien onweersproken, later als bewijsmateriaal haar diensten bewijzen.

Een tweede bezwaar dat tegen mijn opvatting aan te voeren zou zijn, gaat veel dieper. Slaat in mijn opvatting de weegschaal niet ten gunste van de acceptant door, in geval een aanvaardingshandeling in de vorm van een doen vereist is? Na aanvaarding heeft de acceptant immers de zekerheid dat het contract tot stand is gekomen – een zekerheid die een ieder hem overigens gunt, als eis van het handelsverkeer.<sup>30</sup> De positie van de aanbieder daarentegen is minder rooskleurig, zo zou men kunnen stellen. Hij weet op het moment van aanvaarding om te beginnen nog van niets, en hij moet maar afwachten of de acceptant zo accuraat is om hem snel van de aanvaarding op de hoogte te stellen. En wat te denken van het geval dat de mededeling van aanvaarding de aanbieder door omstandigheden niet of niet tijdig bereikt? Aldus voorgesteld lijkt de belangenafweging inderdaad zoek.

Men zou dit bezwaar kunnen afdoen met de geruststellende opmerking, dat men in deze visie toch voorbijziet aan de realiteit, dat normaal is dat een dergelijke mededeling – welke krachtens het aanbod, of geldend gebruik geëist wordt – direkt na de aanvaarding op een doelmatige wijze gedaan wordt. Men zou daarbij nog kunnen wijzen op het feit, dat bij de aanvaarding door een *niet-doen*, juist het feit, dat snel en doelmatig reageren normaal is, het wettigt om een niet-reageren als een aanvaarding op te vatten, daarbij rekening houdende met wat de goede trouw in casu eist. Een dergelijke reactie ligt echter niet in mijn lijn. Al bijna een eeuw wordt bij de bestrijding van de leer van het vertrouwen het 'normale contract' ten tonele gevoerd.<sup>31</sup>

Mijn weerlegging van het aangegeven bezwaar zou ik als volgt willen op-

30. Vgl. voor de oude duitse schrijvers, Asser t.a.p., p. 89. Meijers, Troelstra en Janssens wijzen in dit verband op de overtuigende beschrijving in de *Motive* van het ontwerp-BGB van 1887.

31. Vgl. III, § 7, no. 3, waar deze zienswijze, zoals door Meijers naar voren gebracht, bestreden wordt.

zetten. Het bezwaar berust op de complicaties die voortvloeien uit het falen van de berichtgeving, een probleem waarvoor men trouwens ook in de heersende leer inzake het ontstaan van overeenkomsten een oplossing heeft moeten construeren. Het probleem daarbij, dat prealabel is aan de hier aangesneden kwestie, laat zich als volgt formuleren: wie draagt bij verzending van het bericht van aanvaarding, het risico voor het falen van de berichtgeving? Zoals bekend luidt het antwoord dat de heersende leer – gevolgd door het ontwerp-BW<sup>32</sup> – hierop geeft, dat het risico komt voor degenen die het *initiatief* nam om van het bewuste communicatiemiddel gebruik te maken. Ligt dat initiatief bij de aanbieder, die bijv. om antwoord per telegram verzocht, dan wordt algemeen aangenomen dat gebreken die zich bij het telegraferen voordoen voor rekening van de aanbieder komen. Met deze heersende leer zou ik willen breken. De opvatting die ik voorsta luidt: *een ieder staat in voor het goed functioneren van het communicatiemiddel waarvan hij zich bedient, mits dit in die situatie als algemeen gangbaar kan worden beschouwd*. Irrelevant is in deze opvatting het feit, dat een derde (i.c. de aanbieder) heeft verzocht van het bewuste middel gebruik te maken. Dit is alleen anders, indien in zo'n situatie het middel *niet gangbaar* is.<sup>33</sup> De heersende leer is ontsproten uit de gedachtenwereld van de vorige eeuw en de twintiger jaren. Telegraferen is een hachelijke zaak<sup>34</sup>; postvliegtuigen zijn gedoemd om neer te storten, mailboten om schipbreuk te lijden.<sup>35</sup> De huidige praktijk is bepaald anders, waaraan de enorme ontwikkeling die de techniek in deze eeuw heeft doorgemaakt, niet vreemd is. Daarnaast staan partijen nieuwe methoden van berichtgeving ten dienste; naast het aangetekend schrijven, kan gewezen worden op de telex, die in het handelsverkeer niet meer weg te denken is. Vormt het eerste middel een grotere waarborg van goede bezorging, bij het laatste is voor de bezorging geen menselijk toedoen meer vereist.

Gezien de huidige praktijk loopt de heersende leer een eeuw achter. Afgezien van het feit dat heden ten dage de kans zeer klein is dat een gangbaar communicatiemiddel faalt, kan ook nog gewezen worden op het algemeen beginsel dat een ieder instaat voor de zaken (en personen) waarvan hij zich bedient. Binnen contract wordt dit beginsel algemeen aanvaard,

32. Vgl. de artt. 3.2.4, lid 3 — gewijzigd ontwerp 1971: 3.2.4, lid 4 — en 6.5.2.7 Nw BW, en de *Toelichting* daarop.

33. Naast ver achter ons liggende middelen als pijl en boog, postduif, luchtballon, valt voor onze tijd hierbij te denken aan het gebruik van een derde als boodschapper. Technische verbeteringen van de communicatie, bijv. telefoneren d.m.v. een satelliet, leveren doorgaans binnen korte tijd weer een gangbaar medium op.

34. Zoals gebleken, werden aan het verschijnsel telegrafie hele dissertaties gewijd: naast Asser's werk valt nog te noemen N. J. Willeumier, *Het telegraafrecht*, 1867. Vgl. voor het telefoneren: T. E. Jacobson, *De Telefonie van privaatrechtelijk standpunt bezien*, diss. Amsterdam 1893. Vgl. voor de buitenlandse literatuur Valéry, p. III v.

35. In het engelse recht, dat Meijers en Janssens zo inspireerde, dateren de standaard-arresten merendeels uit de vorige eeuw, vgl. Meijers, t.a.p., p. 257 v.

### § 3. TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

terwijl buiten contract de situatie de facto niet anders is.<sup>36</sup> Is de gebruikte zaak gezien de aard van de overeenkomst gangbaar, dan verspringt het risico in die opvatting geenszins, indien de wederpartij het gebruik van die (normale) zaak voorschreef. Is bijv. vervoer per rail bedongen, dan kan de debiteur in geval van een spoorwegongeluk – gesteld dat dit geen overmacht oplevert – zich er niet op beroepen dat het toch de crediteur is geweest die deze wijze van transport heeft voorgeschreven, terwijl die dag alle vliegtuigen en binnenschepen behouden aankwamen op de plaats van bestemming. Indien de debiteur van mening was dat vervoer per rail een hachelijke onderneming is, dan had hij zijn aansprakelijkheid kunnen uitsluiten. Duidelijker ligt het nog bij de gevallen dat de bewuste zaak niet met zoveel woorden door de crediteur voorgeschreven werd, maar dit uit de aard van de overeenkomst volgt. Indien bijv. een bewoner van een grachtenhuis met een verhuizer een contract aangaat, spreekt het vanzelf dat getakeld zal moeten worden en dat daarvoor touw benodigd zal zijn. Het gaat, bij breken van dat touw niet aan, om als verhuizer de bewoner voor de voeten te werpen dat hij toch zo nodig moest verhuizen, zodat het gebruik van het touw op instigatie van hem (bewoner) geschied was. Met als gevolg dat het risico voor het breken op de schouders van de crediteur komt te rusten. Deze oplossing wordt door niemand aanvaard. Ook hier geldt weer dat de debiteur-verhuizer vrij is om aansprakelijkheden uit te sluiten.<sup>37</sup>

#### *9. Argumenten contra eigen opvatting weerlegd (vervolg). Rechtsgevolgen van gebreken bij de bezorging van het bericht van aanvaarding*

Deze stellingname ten aanzien van de risikovraag bij falende berichtgeving, was noodzakelijk om tot een weerlegging van het tweede bezwaar tegen mijn uitingstheorie over te kunnen gaan. Dat bezwaar hield in, dat in mijn opvatting de positie van de acceptant er beter af kwam dan die van de aanbieder. Indien men mijn opvatting kan onderschrijven dat een ieder instaat voor het goed functioneren van het normale communicatiemiddel waarvan hij zich bedient, dan betreft het bezwaar slechts een groep uitzonderlijke gevallen. Namelijk die gevallen waarin de aanbieder het ongebruikelijke medium had voorgeschreven. Dat ook in deze situatie nog geen man overboord is, kan uit het hiervolgende blijken. Ik wil namelijk eens nagaan, voor welke perikelen men in concreto komt te staan indien de berichtgeving van de zijde van de acceptant faalt. Daarbij zal ook rekening gehouden worden met

36. Art. 1403, lid 1, staat naar veler mening de algemene risico-aansprakelijkheid voor zaken buiten contract in de weg; slechts weinig schrijvers zijn bereid dit artikel à la française te interpreteren. Intussen vindt de rechter zijn weg door met een feitelijk vermoeden van schuld aan de zijde van de gebruiker van de zaak te opereren, vgl. Hofmann-Drion-Wiersma, p. 244.

37. Een exoneratie, die onder omstandigheden in strijd met de goede zeden kan zijn, in de leer van de hoge raad, of zoals ik het liever zou willen formuleren, in strijd met de *goede trouw*. Vgl. mijn opmerkingen hieromtrent in *NJB* 1967, p. 1001 v.



de heersende leer ten aanzien van de daarbij geldende risikoverdeling. Allereerst de gebreken bij de *bezorging* van het bericht.<sup>38</sup>

Drie situaties zijn hier te onderscheiden. De eerste is, dat het bericht van aanvaarding niet tijdig de aanbieder bereikt, zij het dat bij aankomst de termijn van het aanbod nog niet verstreken is. In de tweede situatie is bij aankomst van het bericht dit termijn inmiddels verstreken, terwijl een laatste mogelijkheid is dat het bericht nimmer aankomt. Het eerst genoemde geval is vrij onschuldig van aard. In mijn systeem rusten de verplichtingen uit contract weliswaar al vanaf het moment van aanvaarding op de schouders van de aanbieder, doch dat hoeft hier niet tot moeilijkheden te leiden. Allereerst is de termijn van aanbod doorgaans vrij kort, zodat in deze casuspositie slechts van een vertraging van een dag, of van enkele dagen sprake is. Van meer belang is het echter, dat het voor de rechtspositie van de aanbieder weinig of niets uitmaakt dat de bezorging van het bericht vertraagd werd. Hij was immers al uit hoofde van zijn aanbod gebonden, een aanbod dat in mijn zienswijze slechts als 'onherroepelijk' kan gelden. Zoals betoogd kunnen uit het aanbod verbintenissen voortvloeien<sup>39</sup>, zoals bijv. die welke de verplichting inhoudt de aangeboden goederen in voorraad te houden, of om ze in goede staat te houden. Misschien kijkt de aanbieder ervan op, als een jurist hem achteraf vertelt dat die verplichtingen al enige tijd niet uit zijn aanbod, maar uit de – door aanvaarding – gesloten overeenkomst voortvloeien, maar aan de inhoud van zijn rechtsplichten verandert deze etikettenverwisseling niets. Vooral niet omdat in de heersende leer zowel de precontractuele, als de contractuele situatie door de goede trouw beheerst wordt (*Baris - Riezenkamp*).

Na het verstrijken van de termijn van het aanbod, wordt de situatie gecompliceerder. Dan komt trouwens de vraag in al zijn zwaarte naar voren, wie het risico draagt voor de falende berichtgeving. Ook in de als tweede en derde genoemde gevallen wil ik namelijk aannemen, uit oogpunt van eenheid in de systematiek, dat een overeenkomst tot stand is gekomen.<sup>40</sup> De rimpels die hierdoor veroorzaakt kunnen worden, laten zich op eenvoudige wijze gladstrijken.

Stel dat de aanbieder een maand na het verstrijken van de aanbodstermijn, een sommatie tot levering krijgt, waardoor hij bemerkt dat een aanvaardingsbericht hem niet heeft bereikt.<sup>41</sup> Bij gebruik van gangbare communicatiemiddelen door de acceptant, meen ik, zoals daareven betoogd werd, dat

38. De vermindering bij de weergave van het bericht komt hierna nog ter sprake, no. 10.

39. Deze werden door mij nevenverbintenissen genoemd, als staande naast de hoofdverbintenis uit aanbod, nl. om de gedane toezegging gestand te doen, vgl. § 1, no. 7.

40. In het ontwerp-BW gaat het driemanschap van hetzelfde standpunt uit, al verschilt de uitwerking ervan enigszins van de hier verdedigde; vgl. het aanstonds te bespreken art. 6.5.2.7.

41. Wij gaan er hierbij van uit dat de aanvaarding blijktens de datering van de brief binnen de in het aanbod gestelde termijn heeft plaatsgevonden. Vgl. over dit aspect ook de opmerkingen hieronder.

### § 3. TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

het risico voor het falen van de berichtgeving stééds aan de zijde valt van de acceptant, ook wanneer zijn wederpartij dit (gangbare) middel in zijn aanbod voorgeschreven had. De heersende leer komt tot dezelfde risikoverdeling voor de gevallen waarin de acceptant zélf tot de keuze van het communicatiemiddel kwam. In beide opvattingen zal dus in het normale geval de acceptant de nadelige gevolgen van de falende berichtgeving voor zijn rekening moeten nemen, bijv. de omstandigheid dat de aangeboden goederen niet meer leverbaar zijn, of wel dat de gevraagde goederen reeds van een ander betrokken werden. Intussen bepaalt, gegeven de veranderde omstandigheden, de goede trouw de afwikkeling van het contract. Is de aanbieder nog steeds in staat de goederen te leveren, resp. af te nemen, zonder daarvan aanmerkelijke schade te ondervinden, dan brengt de goede trouw met zich dat hij aan zijn verplichting voldoet. Is inmiddels de dagprijs van het goed gedaald of gestegen, dan dient op grond van de goede trouw de prijs aangepast te worden. In de in dit werk verdedigde opvatting geschiedt dit door middel van *normatieve* uitleg van de nakomingshandeling, welke een rechtshandeling is (vgl. *boven*, I, § 1, nos. 1, 13). Bij die rechtsvinding spelen steeds alle omstandigheden een rol, derhalve ook de wijziging van de omstandigheden in het tijdperk tussen de totstandkoming van de overeenkomst en de uitvoering die daaraan gegeven wordt. In de literatuur vindt men voor deze situatie echter ofwel de toepassing van de zgn. 'leemtheorie' (Suijling, Bregstein), dan wel het invoeren van de derogerende werking van de goede trouw bepleit (vgl. art. 6.5.3.11 Nw BW). Vgl. voor deze materie nog onder, III, § 3, no. 9, waar men beide laatste constructies door mij verworpen vindt.

Aldus kan voor elk geval het *ius in causa positum* vastgesteld worden. Bovendien dient men te bedenken dat het gedrag van partijen in een dergelijke situatie veelal ingegeven wordt door de wens de goede naam van het eigen bedrijf niet te schaden, zodat men een coulante houding aanneemt.<sup>42</sup> Een vleug pragmatisme kan in de doctrine geen kwaad, wil zij niet van de rechtswerkelijkheid vervreemd raken.

Het ontwerp-BW biedt voor de onderhavige situatie de oplossing dat, in geval de falende berichtgeving voor risico van de acceptant komt, de overeenkomst geacht wordt te zijn tot stand gekomen op het moment dat de verklaring de aanbieder zou hebben bereikt zonder de voorgevallen storing, art. 6.5.2.7. Minder fictief is de door mij aanvaarde oplossing (ook in de zienswijze van het ontwerp moet overigens eerst vastgesteld worden op welk moment het aanbod aanvaard en verzonden werd). Dit brengt mij op een punt dat in deze controverse steeds de aandacht krijgt: het vereiste dat het moment van totstandkoming vooral eenvoudig vast te stellen moet zijn, vandaar de ontvangsttheorie als gegadigde boven de uitings- en de (zuivere) ver-

42. Vgl. in dezelfde zin m.b.t. de herroeping, Troelstra, diss. p. 12. Asser-Rutten II, p. 96, signaleert dat een intrekking van een aanbod zelden voorkomt.

nemingstheorie. Aan dat vereiste wordt in mijn opvatting op een eenvoudige wijze voldaan: men let op de datum van het briefhoofd. In de regel zal dat als datum van de aanvaarding kunnen gelden (een eerdere datum brengt voor de acceptant een hoop bewijsrompslomp met zich; hij zal zich dus ook aan die vermelde datum willen houden).

Antedatering van een aanvaardingsverklaring is alleen aantrekkelijk indien de aanbodstermijn al enige tijd verlopen is. In dat geval komt de gesignaleerde vertraagde bezorging echter in het doorsnee-geval voor rekening van de acceptant, zodat indien levering resp. afname door de aanbieder voor hem inmiddels bezwaarlijk is geworden, hij deze gevolgen onder inroeping van de goede trouw (vgl. boven) op zijn wederpartij kan afwentelen.<sup>43,44</sup>

*10. Rechtsgevolgen van gebreken bij de weergave van het bericht van aanvaarding. 'Oneigenlijke dwaling'; kritiek op het Nw BW*

Tenslotte nog een enkele opmerking over een andere wijze waarop van een falende berichtgeving sprake kan zijn. Het is ook mogelijk dat het bericht door het mechanisch of menselijk hulpmiddel onjuist *weergegeven* wordt. De fouten die bij het telegraferen gemaakt worden, hebben in dit verband al meer dan een eeuw de aandacht van juristen. Het duitse *Oppenheim - Weiler*-arrest van 1856 staat in onze handboeken nog steeds te boek als *cause célèbre*. Naar ik meen doet in deze categorie van gevallen de heersende leer ten aanzien van 'oneigenlijke dwaling' goede diensten.<sup>45</sup> Het gaat er in die zienswijze immers om, of de geadresseerde *te goeder trouw* kón menen, dat het aanbod c.q. de aanvaarding zo luidde als het ontvangen bericht pretendeerde.

Indien bijvoorbeeld de onjuist overgebrachte koopprijs slechts een fractie verschilt van de geldende dagprijs, dan mag de geadresseerde het erop houden dat de weergegeven koopprijs overeenstemt met die van het originele

43. Het feit dat het voor de acceptant mogelijk is om te fingeren dat hij een brief heeft verzonden die zoekgeraakt is, acht ik geen gegronde tegenwerping tegen mijn opvatting. In het gewone geval doet dat immers niet terzake, de verzender draagt het risico voor dat gebeuren, ook indien niet gefingeerd. N.a.v. de bijzondere gevallen waarin dit anders is, kan men opmerken, dat de tegenwerping niet opgaat, omdat het mes aan twee kanten snijdt. Ook in het stelsel van de ontvangsttheorie kan men immers de sporen van ontvangst uitwissen, en aldus voordoen alsof een brief nooit ontvangen werd.

44. Vgl. voor de verdediging van mijn uitingstheorie ook nog hetgeen onder, bij de bestrijding van Rieg en Bonassies naar voren gebracht wordt, IV, § 3, no. 2 v. Deze schrijvers bestrijden de leer van 'la déclaration unilatérale de volonté'.

45. Vgl. daaromtrent mijn beschouwing in *WPNR* 4980 (1968), p. 37 v. Daar wordt door mij bepleit de behandeling van gevallen van oneigenlijke dwaling — waarbij de vertrouwensleer de heersende is — en die van 'eigenlijke' dwaling gelijk te schakelen. Aldus reeds J. F. Houwing, Land, Suijling, Van Goudoever en De Grooth. *Anders Asser-Rutten*, II, p. 121, die aan het verschil in rechtsgevolgen t.a.v. beide figuren hecht. In het eerste geval zou z.i. sprake zijn van *dissensus*, in het tweede geval van *consensus*. Ook hier laat Rutten zich derhalve leiden door de consensusleer, d.w.z. door de wilsleer.

aanbod. De keerzijde van deze medaille – met op de zijkant de inscriptie: ‘goede trouw zij met ons’ – is, dat in die situatie het falen van de berichtgeving voor rekening komt van degeen die zich van het in de omstandigheden gangbare communicatiemiddel bediende, althans in de hier verdedigde opvatting. De heersende leer komt, zoals bekend, tot hetzelfde resultaat indien het initiatief tot het gebruik van het bewuste communicatiemiddel bij de afzender berustte.

Gezien de op het stuk van oneigenlijke dwaling heersende vertrouwensleer, is het ontworpen lid 4 van art. 3.2.4 Nw BW van het gewijzigd ontwerp 1971 (art. 3.2.4, lid 3, oud) hoogst ongelukkig. Het luidt:

4. Wanneer een door de afzender daartoe aangewezen persoon of middel een tot een ander gerichte verklaring onjuist heeft overgebracht, geldt het ter kennis van de ontvanger gekomene als de verklaring van de afzender, tenzij de gevolgde wijze van overbrenging door de ontvanger was bepaald.

De hier gebezigde zinsnede ‘geldt het ter kennis van de ontvanger gekomene als de verklaring van de afzender’ werd te ruim geformuleerd. Hierdoor kan nl. de onjuiste zienswijze postvatten, dat de *subjektieve* voorstelling van de ontvanger in deze maatgevend is. Meijers’ aversie tegen de vertrouwensleer<sup>46</sup> heeft hem kennelijk tot deze formulering gebracht. In de toelichting op het onderhavig lid vindt men de wilsleer terug: zelfs het woord ‘vertrouwen’ wordt gemeden.<sup>47</sup> Ten onrechte wordt overigens daarbij gesteld, dat de Skandinavische Overeenkomstenwet ook bij niet-kenbaarheid een beroep op foutieve overbrenging toelaat.<sup>48</sup>

### *11. Kanttekeningen bij de uitingstheorie-oude stijl*

Ik kwam tot mijn opvatting inzake de totstandkoming van overeenkomsten, door mij aangeduid als uitingstheorie, door de verwerping van de wilsleer, en de consensus-gedachte die van die leer het produkt is. Er werd reeds op gezinspeeld, dat het in het verleden niet alleen wilsbestrijders zijn geweest,

46. Vgl. onder, III, § 7, no. 4.

47. T.a.v. de foutief overgebrachte verklaring wordt opgemerkt: ‘Deze verklaring blijft echter een door de afzender niet gewilde, waardoor hij alleen gebonden zal zijn, wanneer aan de eis van het vorige artikel voldaan is, d.w.z. de ontvanger moet geen ernstige reden hebben om te twijfelen of die verklaring wel aldus gewild is: veelal kan deze twijfel uit de inhoud van een telegram of het door een bode overgebrachte bericht voortvloeien’, p. 187.

48. Op p. 187 nt. 2 wordt gewezen op art. 32, lid 2, van die wet. In het 1e en 5e lid van datzelfde artikel wordt echter het vertrouwensbeginsel neergelegd, vgl. ook nog art. 33. Vgl. *WPNR* 2833, p. 188 v., alwaar de wet afgedrukt staat. De skandinavische wet staat in de internationale literatuur erom bekend, dat hierin de vertrouwensleer (‘Löfte-theorie’) neergelegd werd, die in Skandinavië omstreeks dezelfde tijd ontstond als bij ons, rond 1870. Vgl. daaromtrent onder, III, § 6, no. 7; IV, § 2, no. 13, Meijers had ook al eerder van een onjuiste lezing van die wet blijk gegeven, vgl. onder, III, § 7, no. 4 in fine.

die de uitingstheorie voorstonden.<sup>49</sup> In het midden van de vorige eeuw stond 'uiting' zonder twijfel voor 'wilsuiting'. Ik zou hier nog aan willen toevoegen, dat men, ook indien men het accent op de *verklaring* legt bij het begrip wilsverklaring, tot een aanvaarden van de uitingstheorie kan komen, en in feite ook is gekomen.<sup>50</sup> De verklaringen van aanbieder en acceptant verenigen zich op het moment van aanvaarding, dat lijdt geen twijfel. Aldus komt a-g Gregory tot de verzendtheorie in zijn conclusie voor *Hoekstra - Tiemesen*.<sup>51</sup> Het art. 2274 van het ontwerp-Kemper van 1820, dat door Kist (p. 5) als definitie van de overeenkomst bewonderd wordt, lijkt van dezelfde visie uit te gaan:

De wilsverklaring van iemand, om ten behoeve van een ander iets te doen of te geven, of ook niet te doen, te dien effecte gedaan dat daaruit aan den anderen mits het hem aangeboden aanvaardende, eene bevoegdheid geboren wordt, om het hem toegezegde in regten te vorderen, wordt eene *toezegging*, en de vereenigde wilsverklaring van beide partijen eene *overeenkomst* of *contract* genoemd.

De wil blijft evenwel in dit ontwerp op de achtergrond doemen, vgl. art. 2277:

Er bestaat geen contract zonder overeenkomst van wil. Het aanwezen echter van dezelfde wordt door het bestaan der wilsverklaring voor uitgemaakt gehouden.

Het geeft intussen te denken, dat Kist volstaat met slechts de eerste zin van dit artikel aan te halen, vgl. p. 6.

#### § 4. DE VRAAG NAAR DE GRONDSLAG VAN DE OVEREENKOMST: DE CONSENSUS VAN PARTIJEN, OF HET BEGINSSEL 'BELOFTE MAAKT SCHULD'?

##### 1. Inleiding

Bij de hierboven ontwikkelde opvatting ging ik uit van de verwerping van de consensus, de overeenstemmende wil van partijen, als grondslag van de overeenkomst. Dit was het natuurlijk gevolg van mijn standpunt, dat de wil

49. Daarbij wees ik erop, dat ook aanhangers van de wilsleer als Asser en Meijers de uitingstheorie in haar objectieve versie van verzendingstheorie blijken te kunnen onderschrijven. Vgl. no. 5.

50. Dit gaat niet op t.a.v. Suijling. Deze schrijver aanvaardt zoals bekend de vernemings-theorie, ondanks het feit dat de overeenkomst door hem gezien wordt als bestaande uit de vereniging van twee ineengrijpende externe wilsverklaringen, en niet van 'twee ineengrijpende, interne bedoelingen', I, p. 366. Als Suijling ook: Pitlo, p. 128.

51. Onder aanhaling van Von Savigny (!), die de plaats van aanvaarding beslissend acht voor de lokalisatie van de overeenkomst, een kwestie die vooral voor het internationaal privaatrecht van belang is.

#### § 4. GRONDSLAG VAN DE OVEREENKOMST

van de handelende persoon niet de grondslag is van de door hem verrichte rechtshandeling. Derhalve ook niet van de rechtshandelingen aanbod en aanvaarding, en daarmee komt de overeenkomst in mijn opvatting niet te rusten op de verenigde willen van partijen. Ziet men echter met de heersende leer de overeenkomst als een tweezijdige rechtshandeling, dan kan men stellen dat de wil van partijen geen grondslag voor die rechtshandeling vormt. Ik gaf al aan, dat ik van de heersende leer afwijk, en de overeenkomst slechts zie als de benaming van een *rechtsverhouding*, een kwestie waarop hieronder nog teruggekomen zal worden (§ 5).

Dan is het nu zaak, om na te gaan of voor het verwerpen van het consensusbeginsel medestanders gevonden kunnen worden. De onderhavige paragraaf is daaraan gewijd. Ik beperk mij op deze plaats tot het nederlandse recht. Het onderzoek naar de verwerping van de consensus-leer in de ons omringende rechtsstelsels en in de angelsaksische rechtsstelsels bleek zoveel materiaal op te leveren, dat het mij beter leek daaraan een afzonderlijk hoofdstuk te wijden, hoofdstuk IV.

Aan het slot van dit hoofdstuk zal een eerste verkenningstocht ondernomen worden naar het nog onbekende land dat zich voor ons opent, indien men het consensusbeginsel terzijde schuift (§ 5, no. 3 v.). Bij die verkenning zal gebruik gemaakt worden van een door mij ontwikkeld overeenkomstmodel (§ 5, no. 1 v.). In het volgend hoofdstuk wordt die tocht voortgezet (III, § 2, no. 11 v.; § 4).

#### 2. Verwerping van het consensus-beginsel door de HR in *Lindeboom* – gem. Amsterdam (1969)

Bij het speuren naar medestanders inzake een vernieuwing van de grondslag van het contractenrecht, valt allereerst te wijzen op de hoge raad. Uit het tijdperk vóór *Bosch - Van Maren* (1933) kwam hierboven de voor de eenzijdige rechtshandelingen en het daarbij te stellen gerichtheidsvereiste zo belangrijke arrest *Stoom- Brood- en Scheepsbeschuitfabriek - Kalden* van 1923, al ter sprake. Na 1933 blijkt dezelfde tendens zich ook op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten door te zetten. Allereerst valt te wijzen op de opmerkelijke omstandigheid, dat de cassatierechter de laatste decennia doorgaans niet van 'wilsovereenstemming' spreekt<sup>52</sup>, doch het heeft over 'toetreden' tot de overeenkomst. In 1929 heette het dat 'een overeenkomst slechts door wederzijds toetreden van partijen tot stand komt', terwijl in 1937 en 1939 overwogen wordt: '... ook op grond van gedragingen van

52. Tekenend is ook — dit ter zijde — dat de raad in het *Bosch - Van Maren*-arrest niet met het hof (dat van wilsovereenstemming sprak) meeging en de zuivere verenigings-theorie aanvaardde maar de blote-ontvangstheorie onderschreef, die minder in het consensus-teken staat.

## II. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

partijen kan toetreding tot een overeenkomst worden aangenomen'.<sup>53</sup> Exegetische bespiegelingen over deze wijze van formuleren<sup>54</sup> worden evenwel overbodig gemaakt door het al besproken voor ons onderwerp baanbrekende arrest *Lindeboom - gem. Amsterdam*, van 1969.<sup>55</sup> Daarbij overweegt de hoge raad immers:

'dat zich aldus wel het geval kan voordoen, dat *niet gelijktijdig bij beide partijen de wil tot het aangaan van de overeenkomst bestaat*, maar dat – anders dan in het middel wordt aangenomen – *geen rechtsregel deze laatste eis voor het totstandkomen van een overeenkomst stelt*' (mijn curs.).

Hiermee rekent de hoge raad uitdrukkelijk af met de consensus-gedachte, een aspekt van dit standaard-arrest dat de annotator G. J. Scholten ontgaan is. De consensus-gedachte in zijn meest ruime vorm, namelijk in die zin dat de wil om een overeenkomst aan te gaan *gelijktijdig* bij beide partijen aanwezig moet zijn. Men zou echter kunnen opwerpen, dat de hoge raad zich niet uitlaat over de consensus, die in de tijd gescheiden is, het geval dat de eens uitgesproken wil van de aanbieder – immuun voor een feitelijke verandering van die wil – samenvalt met de bij aanvaarding getoonde wil. Met andere woorden het geval van *Lindeboom - gem. Amsterdam*. Inderdaad is de aangehaalde overweging niet aan die vorm van consensus gewijd, wél echter de daaraan voorafgaande overwegingen die ik nogmaals laat volgen:

'dat het Hof hieruit (de onherroepelijkheid van het aanbod, v.D.) terecht de conclusie heeft getrokken, dat *door de tijdige aanvaarding van het aanbod door de Gemeente de betreffende overeenkomst tot overdracht van de Pieter van Foreestkliniek tot stand was gekomen*, ongeacht het feit dat Lindeboom op dat moment reeds zijn aanbod had ingetrokken;

dat immers degeen die zijn aanbod onherroepelijk maakt, daarmee zichzelf de bevoegdheid ontnemt om alsnog te voorkomen, dat *door een aanvaarding van het aanbod binnen de gestelde termijn de overeenkomst tot stand komt*' (mijn curs.).

Wat ziet men de cassatierechter hier doen? In plaats van de zuivere consensus-gedachte te corrigeren en een soort geobjektiveerde consensus te aanvaarden, laat het college de hele consensus-gedachte links liggen, en concentreert zich op het onherroepelijke) *aanbod* in de beste traditie van de 'Tachtigers'.<sup>56</sup> Aanvaarding van dat aanbod, dat de aanbieder die het 'on-

53. HR 16 mei 1929, NJ 1486, nt. E.M.M., *Ned. Handels- en Landbouwbank - Wolterstorff*; HR 16 dec. 1937, NJ 1938-526, nt. P.S., *Van Wijk - Van Baren*; HR 29 dec. 1939, NJ 1940-274, *Doorn - NV De Prins*. Steun voor onze opvatting biedt ook, zij het minder duidelijk, Rb. Utrecht 29 juni 1932, NJ 1933-420.

54. Het is mogelijk dat de hoge raad zich daarbij door Asser-Van Goudoever liet leiden. Daar wordt toestemming omschreven als: 'het is het toetreden tot, het zich aansluiten aan, het zich voegen bij iets, dat anderzijds is gebeurd. Het kan zijn, dat de overeenkomst tot standkomt, hoewel die aansluiting in werkelijkheid niet is gewild: het blijk van dien wil wordt dan voor dien wil zelven genomen', p. 261 vgl. ook p. 260.

55. Vgl. § 1, no. 4.

56. Dit is des te opmerkelijker, aangezien het hof de term 'wilsovereenstemming' wél gehanteerd had.

#### § 4. GRONDSLAG VAN DE OVEREENKOMST

herroepelijk maakt' *tegen wil en dank bindt*, doet de overeenkomst tot stand komen.

Een ander aspekt van deze uitspraak is, dat hij zeer wel past in de door mij verdedigde uitingstheorie. In de door mij gecursiveerde passages van de laatst aangehaalde overwegingen wordt steeds gesteld, dat *door de aanvaarding* de overeenkomst *tot stand komt*.<sup>57</sup> Dit zou ik niet anders geformuleerd hebben. Men zou evenwel kunnen tegenwerpen, dat de hoge raad bij zijn formulering vergeten is het *moment* van totstandkoming aan te geven zoals dat traditioneel door de heersende vernemings-onvangsttheorie bepaald wordt. Een omissie die te wijten zou kunnen zijn aan het feit dat partijen niet van mening verschilden over de vraag of het moment van de daadwerkelijke (zij het trapsgewijze) aanvaarding hier bepalend was, dan wel het moment van ontvangst van het bericht daarvan. Nu het hier niet een lagere rechter betreft, die doorgaans weinig geneigd is om rechtsgronden ambtshalve aan te vullen, maar de hoogste rechter, die al menig opzienbarend obiter dictum op zijn naam heeft staan, vind ik dit argument op zich niet doorslaggevend. Ik meen dat die zienswijze hier het meest aannemelijk is, dat de hoge raad met betrekking tot het moment van totstandkoming een leemte heeft gelaten in zijn dictum. Een leemte, die zich, gezien de overige overwegingen zeer wel op de door mij voorgestane wijze laat invullen.

Wat betreft de verwerping van het consensus-beginsel verdient het *Lindeboom - gem. Amsterdam*-arrest in elk geval het predikaat standaardarrest. Het arrest zet net zoals in 1919 gebeurde ten aanzien van het buitencontractuele recht, door toedoen van ene *Lindenbaum*, de poorten open voor een rechtsontwikkeling binnen het contractenrecht, die in de komende decennia zijn beslag zal krijgen. Een meer gepaste viering van het halve eeuwfeest van het historische gebeuren van 1919 – al was 19 december 1969 wel op het nippertje – lijkt nauwelijks denkbaar.

Het arrest van 1969 markeert enerzijds het begin van een nieuwe ontwikkeling, anderzijds vormt het een sluitstuk van een oude. Het dictum is zeker niet uit de lucht komen vallen. Het vormt het eind van de lijn die de hoge raad vanaf de twintiger jaren inzake het wettelijk begrip 'toestemming' heeft getrokken. Deze ontwikkeling werd in deel A van dit hoofdstuk uitvoerig beschreven naar aanleiding van de standpunten van Rutten, Meijers en het ontwerp-BW over het in art. 1356 genoemde vereiste (vgl. § 2, no. 5 v.). Slechts enkele mijlpalen in die ontwikkeling wil ik hier in herinnering brengen, onder verwijzing naar het eerder betoogde. Na een verwijzing in het *Delwel - Van Es*-arrest (1912) gegeven te hebben, welke in versterkte vorm in het *Cayzer Irvine - Smit*-arrest (1925) is terug te vinden, formuleert de hoge raad in 1926 in *Altena - Van der Horst* het beginsel, dat men uit contract gebonden is, indien de wil daartoe *moet worden afge-*

57. Ook de uitspraak van het amsterdams hof past bij mijn opvatting, al wordt nog met het begrip 'wilsovereenstemming' geopereerd: de *goedkeuring* door G.S. van het raadsbesluit tot aankoop, 'heeft inderdaad medegebracht, dat wilsovereenstemming tot stand is gekomen', overweegt het hof.



leid uit de gedragingen van de persoon in kwestie, in verband met de eisen van het maatschappelijk verkeer en het daardoor bij de derde opgewekte vertrouwen. Indien men nog aarzelt om de hier uitgedrukte toerekeningsgedachte te aanvaarden, met name omdat de hoge raad kort tevoren, in het *Vas Dias*-arrest (1926) toch maar daarnaast óók van 'rechtstreeks' wilsopenbaren sprak, krijgt men in het arrest *Van der Schuyt - Bank voor den Middenstand* (1927) de helpende hand geboden. Voor het ontstaan van een verbintenis (en voor de bepaling van haar inhoud) geldt het beginsel, dat de aan de wederpartij niet geopenbaarde bedoelingen van de handelende, bij de beoordeling niet in aanmerking komen, 'maar alleen dat geldt, wat deze uit de gedane wilsverklaringen moest afleiden'. Dit verwijderen van de wil als bron van de verbintenis (en en passant ook als bron voor de uitleg<sup>58</sup>) dat in deze uitspraak zo onmiskenbaar geschiedt, vindt na de oorlog zijn vervolg in het *Eelman - Hin*-arrest. Daarbij overwoog de cassatierechter dat bij de beoordeling van het aanwezig zijn van 'toestemming' in de eerste plaats gelet dient te worden op de eisen van het rechtsverkeer, welke bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen inhouden ingeval van overeenkomsten onder bezwarende titel.

De hoge raad brengt tien jaar later deze ontwikkeling tot voltooiing<sup>59</sup> – en luidt daarmee tegelijkertijd een nieuwe ontwikkeling in – door het aanvaarde beginsel van toerekening van 'toestemming' eveneens te hanteren bij de in aanbod en acceptatie ontlede totstandkoming van het contract. Ligt deze toepassing eigenlijk voor de hand, het gevaar bestaat niettemin dat men gedachteloos de hoek van de ontvangst-vernemingstheorie inschiet, en het ten aanzien van de toestemming ontwikkelde beginsel uit het oog verliest, zodra deze toestemming 'aanbod', dan wel 'aanvaarding' genoemd wordt. Want het zal duidelijk zijn, dat met deze benamingen niets anders aangenomen wordt dan een verschijningsvorm van de toestemming, of zoals dat bij De Groot en Kemper heette, van de toezegging. Heeft men bijvoorbeeld een aanbod in juridische zin gedaan, dan heeft men al in de zin van art. 1356 'toegestemd'. Bij de vaststelling óf er van een (onherroepelijk) aanbod sprake is, met andere woorden bij de uitleg van de verrichte handeling, komt de wil van de handelende niet van pas, zoals de hoge raad al meer dan een halve eeuw leert. Hetzelfde geldt voor de aanvaarding, vgl. boven. De stilzwijgende acceptatie vormde juist de bakermat voor het toerekeningsbeginsel, zoals door de cassatierechter ontwikkeld.

Met het arrest van 19 december 1969 is de invulling van 'het groote blancowoord' toestemming afgerond. De wijze waarop dit geschiedde, bete-

58. Het voor de uitleg van overeenkomsten zo belangrijke *Van Veltenaar - Van Prooye*-arrest (zie onder, III, § 3, no. 4) stamt ook uit dezelfde tijd, 1926.

59. In het *Lindeboom - gem. Amsterdam*-arrest meen ik overigens een bevestiging te vinden van mijn lezing van het *Eelman - Hin*-arrest, die ik tegenover de zienswijze van Rutten zette, vgl. boven, § 2, no. 8, p. 149. Het ontwerp-BW volgt overigens de zienswijze – gelijkend op die van Rutten – dat hier in de eerste plaats op de wil van partijen gelet moet worden, vgl. onder, p. 176 v.

kent een erkenning van de ideeën die de Tachtigers met hun 'nieuwe leer' voorstonden, een 'stilzwijgende' erkenning in meest letterlijke zin. Een leer waarin men als alternatief voor het aan het romeinse recht ontleende consensus-beginsel van de heersende leer, het beginsel '*belofte maakt schuld*' aan de hand deed, dat tot het germaanse recht teruggaat. In een ontwikkeling van een halve eeuw is in de rechtspraak van de hoge raad het consensus-beginsel in duigen gevallen. De eenwording van de (geopenbaarde) partijwillen staat niet langer in de belangstelling, maar het feit dat men door een toezegging jegens een ander (in de vorm van aanbod of aanvaarding), gebonden kan worden. En daarmee is de stelling van De Marez Oyens, zoals geamendeerd door Levy, weer hoogst aktueel geworden: '*wie den rechtmatigen dunk geeft, dat zijn doen of laten eene toezegging behelst, is verplicht die toezegging gestand te doen*'.<sup>60</sup>

*3. Consensus-beginsel in het Nw BW terloops verworpen. Meijers gedesevoueerd?*

Hierboven werd bij de bespreking van het aanbod in het Nw BW al uitvoerig ingegaan op het uitgangspunt van het driemanschap.<sup>61</sup> Het hier volgende grijpt voor een groot deel terug op dat betoog. Door mij werd gesteld, dat het ontwerp in zijn afdeling inzake het tot stand komen van overeenkomsten op twee gedachten hinkt, waarbij één gedachte regelrecht stamt uit het natuurrecht. Die laatste gedachte heeft het driemanschap ingegeven om in navolging van Meijers aanbod en aanvaarding niet als afzonderlijke rechtshandelingen, maar als 'onzelfstandige onderdelen van een als éénheid opgevatte meerzijdige rechtshandeling' te zien. Hierboven zette ik reeds uiteen, dat deze zienswijze het gevolg is van de eveneens natuurrechtelijke opvatting inzake de consensus van partijen, als grondslag van de overeenkomst. Het is dan ook daarom, dat wanneer het ontwerp het consensus-beginsel verwerpt, aan het daarnet genoemd uitgangspunt elke grondslag komt te ontvallen. De *Toelichting* stelt nl.:

'Voor het tot stand komen van een overeenkomst eist het ontwerp niet, dat *op enig tijdstip tussen de betrokken partijen wilsovereenstemming heeft bestaan*; voldoende is het in het algemeen dat iemand aan een ander een aanbod heeft gedaan en dat dit aanbod tijdig, d.w.z. op een tijdstip waarop het aanbod nog van kracht was – vergelijk de artikelen 2-5 – is aanvaard. Het rechtsgevolg van het aanbod is dus, dat het ten laste van de aanbieder een wilsrecht scheidt voor degene tot wie het is gericht' (p. 741, mijn curs.).

Het driemanschap heeft hoogst waarschijnlijk de gevolgen van het buiten de deur houden van de consensus-gedachte niet overzien, niet in het minst de

60. *Hand. NJV 1877 II*, p. 80, vgl. onder, III, § 6, no. 2 v.

61. Vgl. § 1, no. 10 v.

subversieve werking die het op de ontworpen regeling zelf heeft. Opmerkelijk is dan ook, dat men elders in het ontwerp de toch wel baanbrekende verwerping van de consensus volkomen vergeten lijkt te hebben.<sup>62</sup> Het afstoten van het consensus-beginsel laat zich ook slecht rijmen met de in het ontwerp aanvaarde ontvangsttheorie, en de gedachte die daaraan ten grondslag ligt. Daarbij staat immers volgens de *Toelichting*<sup>63</sup> het *vernemen* van de verklaring door de ander centraal, geobjektiveerd met behulp van de 'had kunnen'-constructie. In wezen is dit derhalve een geobjektiveerde versie van de vernemingstheorie uit de vorige eeuw, die zoals beschreven juist in het ver-eiste van wilsovereenstemming haar grondslag vond. Om die reden al, zou men op deze plaats verwachten de wilsovereenstemming, overgoten met een objectieve saus<sup>64</sup> als uitgangspunt voor de ontwerpers aan te treffen.<sup>65</sup>

In het vervolg van de *Toelichting*, aansluitend op de geciteerde passage, komt de tegenstrijdigheid waaraan de ontworpen regeling mank gaat het sterkst naar voren. Om een overeenkomst tot stand te brengen, moeten aanbod en aanvaarding elkaar dekken, zo wordt gesteld. Of aan deze voorwaarde voldaan is, dient aan de hand van de artt. 3.2.2 en 3.2.3 bepaald te worden, waarop een samenvatting van het in die artikelen neergelegde stelsel volgt.<sup>66</sup> In overeenstemming met dat stelsel wordt vervolgens opgemerkt:

'Uit deze artikelen volgt, dat de vraag of een overeenkomst is tot stand gekomen en

62. Vgl. de bovenbesproken passage in de *Toelichting* op art. 6.1.10.1 (afstand van recht) waar gesteld wordt dat voor het aannemen van een overeenkomst steeds wilsovereenstemming zou moeten worden aangetoond, p. 577. Juist om dat vereiste te ontlopen, komt het driemanschap tot de regeling van het 2e lid waarbij men niet schroomt de door het ontwerp aanvaarde ontvangsttheorie met voeten te treden. Vgl. ook nt. 3 op p. 577.

Een ander voorbeeld is op p. 724 van de *Toelichting* te vinden, ad art. 6.4.2.8. N.a.v. de figuur van 'ongedaan maken' van een prestatie i.g.v. onverschuldigde betaling, komt de prestatie ter sprake die niet voor ongedaanmaking vatbaar is. De ontvanger van de prestatie is tot vergoeding verplicht indien dit redelijk is. De *Toelichting* vervolgt dan: 'In de tweede plaats moet de ontvanger als regel de waarde van de ontvangen prestatie vergoeden, indien het *hem is toe te rekenen* dat het tot een niet ongedaan te maken prestatie is gekomen. De prestatie kan zijn geschied *tengevolge van een vergissing die geheel aan de ontvanger is te wijten* . . .' (mijn curs.) Deze figuur wordt door de ontwerpers gescheiden gedacht van de overeenkomst, die in de volgende alinea ter sprake komt. In mijn opvatting — het behoeft nauwelijks betoog — is in het aangegeven geval sprake van een *overeenkomst*: de abusievelijk gedane verklaring moet rechtens als een aanbod, c.q. aanvaarding aangemerkt worden, die de handelende toegerekend wordt. M.i. komen de ontwerpers tot een andere oplossing, doordat de *consensusleer* hen parten speelt.

63. p. 747 jo. 186.

64. Vgl. bijv. de opvatting van Asser-Van Goudoever, p. 260 v. Hij geeft de voorkeur aan het woord *toestemming* boven *consensus* omdat het laatste doet denken aan de innerlijke eensgezindheid van partijen, terwijl het eerste het jegens elkander *blijk geven* van die eensgezindheid aangeeft (mijn curs.). 'Het blijk van de wil' wordt volgens schr. voor de wil zelf genomen.

65. Niet anders is het met het karakter van *herroepelijkheid* dat het aanbod in het ontwerp heeft, hetgeen terug valt te voeren op de hegemonie van de wil van elke partij. Ook hier ligt de wilsovereenstemming in het verlengde van deze visie.

66. Voor een kritiek op de in die artikelen neergelegde regeling verwijs ik naar het hieronder betoogde, III, § 7, nos. 2, 7 v., waar de opvatting van Meijers inzake de rechtshandeling een uitvoerige bestrijding vindt.

#### § 4. GRONDSLAG VAN DE OVEREENKOMST

wat daarvan de inhoud is, in *de eerste plaats afhangt van hetgeen elk der partijen heeft gewild*. Was hun wil op hetzelfde rechtsgevolg gericht en heeft die wil zich door een verklaring geopenbaard, dan is volgens artikel 3.2.2, lid 1 een overeenkomst tot stand gekomen. *Het is in dit geval onverschillig of de afgelegde wilsverklaringen, objectief bezien, de gemeenschappelijke bedoeling op de juiste wijze tot uitdrukking hebben gebracht en of de wederzijdse verklaringen met elkaar overeenstemmen*.

Het tot stand komen van een overeenkomst wordt echter *niet steeds verhinderd door het feit, dat een van de partijen deze overeenkomst niet heeft gewild of zelfs in het geheel geen overeenkomst heeft willen aangaan*. Heeft namelijk een van de partijen een verklaring afgelegd, die niet met haar wil overeenstemde, dan kan zij krachtens artikel 3.2.3 lid 1 het ontbreken van die wil niet tegenwerpen aan een wederpartij die de verklaring te goeder trouw heeft opgevat in een zin, waarin een redelijk oordelend mens haar onder de gegeven omstandigheden mocht opvatten'.<sup>67</sup>

Indien men dit als redelijk oordelend mens leest, kan men niet anders dan tot de conclusie komen, dat voor het driemanschap – evenals dat bij Meijers het geval was, vgl. boven – de *wil* van elke partij, en wel in *subjektieve zin*, bij de totstandkoming van de overeenkomst centraal staat. Wordt in de aanhef van het citaat al gesteld dat de wil in de eerste plaats komt, de uitwerking die volgt maakt dit standpunt nog duidelijker. De subjektieve bedoeling van partijen blijkt boven de objektieve uitleg van de gebezigde verklaringen uit te gaan, zodat niet langer relevant is wanneer bij dat laatste blijkt dat de verklaringen elkaar niet dekken.<sup>68</sup>

Dit valt alleen te verklaren uit het feit dat de ontwerpers het 'openbaren' van de wil als een zuiver *feitelijk* gebeuren zien.<sup>69</sup> Zij menen bijv. niet, dat het de *uitdrukking* van de wil middels de verklaring is, die in rechte telt. Zij houden het op de subjektieve wil van de persoon, die zich alleen voor de goede orde door een verklaring geopenbaard, d.w.z. zich *gemeld* moet hebben (dit alleen op grond van de ongelukkige omstandigheid, dat een innerlijke wil nu eenmaal moeilijk aan te tonen is). De aanhef van de tweede alinea die ik aanhaalde, verraaft eveneens de (wils-)gedachtengang van de ontwerpers: dat het ontbreken van een subjektieve wil bij een van de partijen om deze, of om überhaupt een overeenkomst aan te gaan, het ontstaan van de overeenkomst verhindert, blijkt de *algemene* regel te zijn, waarop daar een uitzondering geformuleerd wordt ('niet steeds', etc.).<sup>70</sup>

67. p. 741 v., mijn curs. Vervolgens wordt naar de toelichting op de artt. 3.2.2 en 3 verwezen.

68. Mijn bezwaren tegen het hanteren van het begrip 'objektief' in deze context, komen nog aan de orde bij de bestrijding van Meijers' opvatting, vgl. III, § 7, no. 6.

69. Bij de bespreking van het aanbod in het Nw BW bracht ik naar voren dat het *gericht* zijn van de verklaring voor de ontwerpers (naast een subjektieve) een *feitelijke* (historische) betekenis heeft, vgl. boven, II, § 1, no. 5 (p. 111 v.), en § 2, no. 3, inzake aanvaarding (p. 132 v.).

70. Ook elders duikt de wilsleer in de *Toelichting* op. Opmerkelijk genoeg ook bij de dwalingsfiguur. Hoewel de wilsleer verlaten werd bij de dwaling (vgl. art. 6.5.2.11 en *Toel.* p. 753 v.), spreekt de *Toelichting* op p. 735 toch ervan, dat 'aan de *wil* van de toetredende partij nog een gebrek kan kleven'. Art. 6.5.1.3 biedt de mogelijkheid van een 'beroep op een *wilsgebrek*' (steeds mijn curs.). De natuur blijkt hier sterker dan de (nieuwe dwalings-) leer.

Als men deze passage uit de *Toelichting* leest, wordt het een volslagen raadsel hoe de ontwerpers een paar alinea's tevoren het vereiste van wils-overeenstemming konden laten vallen. De gehele hier geciteerde passage ademt immers de wilsleer, waarbij de wil nog wel subjektief wordt opgevat. Het lag voor de hand, om in die gedachtengang welke het driemanschap van Meijers had overgenomen, de wilsovereenstemming als voorwaarde te stellen voor de totstandkoming van de overeenkomst, met de toevoeging in de trant van art. 3.2.3 waarbij aangegeven wordt wanneer op het beroep van gemis van wil door een van de partijen, geen acht geslagen wordt. Aldus had men de bekende dubbele grondslag van de regeling uit Boek 3 – wil naast vertrouwen – kunnen overnemen. De oplossing van dit raadsel lijkt niet dat men zich zonder veel kleerscheuren te willen maken, heeft willen distantiëren van het stelsel van de artt. 3.2.2 e.v. Daarvoor is de desbetreffende passage in de *Toelichting* te veel in de wilssleutel geplaatst.<sup>71</sup> Zoals ik al opmerkte, blijkt ook elders in het ontworpen Boek 6 nu bepaald niet van een neiging om het wilsbegrip de rug toe te keren. Ik zal mij niet in de vraag verdiepen of de opmerkelijke uitspraak van de ontwerpers als *lex fugitiva* aangemerkt moet worden, en evenmin in de vraag, of hier een magistrale zetduivel aan het werk is geweest. Hoe dit zij, conform het stelsel van het ontwerp, is hier een rechtsschijn opgewekt die bescherming verdient, in het belang van het verkeer (vgl. *Toel.* p. 182). Ingeval de ontwerpers het vereiste van wilsovereenstemming willens en wetens hebben laten vallen, kan men zich er bovendien over verbazen dat hier de traditionele grondslag van de overeenkomst die in onze literatuur algemeen aanvaard wordt, in de als eerste aangehaalde passage van de *Toelichting* met één pennestreek weggevaagd wordt, zonder dat de ontwerpers de moeite nemen om naar enige argumentatie om te zien. Toch worden daarmee vele generaties schrijvers, van Hugo de Groot tot en met Rutten, in de kou gezet. Een pikante gedachte daarbij is, dat ook de leermeester van het driemanschap en grondlegger van het Nieuw BW, Meijers, tot die rij van schrijvers behoort. Stelt Meijers niet in zijn *Algemene Begrippen* met nadruk dat men 'de op overeenstemmende wil rustende gelijke verklaring van meer personen steeds bij de rubriek overeenkomsten op de voorgrond zal dienen te stellen?'<sup>72</sup> Waarom werd het voetspoor van Meijers ditmaal niet gevolgd? Vormt de *Toelichting* op Boek 6 meestal slechts een *toelichting* op de gedachtengang van de ontwerpers, geen verdediging daarvan, op deze plaats kan men zelfs geen toelichtende werking bespeuren.

Wie mocht menen dat het laten vallen van het consensus-beginsel door het ontwerp, in de literatuur grote beroering teweeg zal hebben gebracht,

71. In het gewijzigd ontwerp inzake Boek 3 (1971) — verschenen nadat dit hoofdstuk voltooid was — wordt het stelsel van de artt. 3.2.2 e.v. gehandhaafd. Vgl. nog onder, III, § 7, nos. 2, 7.

72. p. 216, mijn curs.; vgl. ook p. 211 v. en verder mijn beschouwing over Meijers' wilsleer, III, § 7, no. 5 v.

komt bedrogen uit. Dit vindt waarschijnlijk mede zijn oorzaak hierin, dat H. Drion bij zijn bespreking van de onderhavige afdeling geen oog heeft voor het gewicht van de verwerping van dit vereiste vanwege de verstrekkende implicaties die dit heeft voor het contractenrecht. De inconsequentie waarmee die verwerping gepaard gaat, en die de gehele ontworpen regeling zwendend maakt, blijft daardoor uiteraard ook buiten beschouwing in zijn recensie. Drion signaleert de bewuste uitspraak slechts terloops.<sup>73</sup> Dit is eveneens het geval bij een uitgesproken voorstander van de wilsovereenstemming als grondslag van de overeenkomst, Rutten. In de jongste druk van zijn Asser-bewerking ontbreekt de visie van het ontwerp bij de behandeling van het beginsel van wilsovereenstemming (p. 91 v.). Slechts naar aanleiding van de controverse rond de herroepelijkheid, wordt de bewuste passage uit de *Toelichting* en passant vermeld, vgl. p. 96. Opmerkelijk is trouwens ook, dat schr. uitgaande van het aanbod als rechtshandeling (vgl. boven) de tegengestelde visie van het ontwerp onbestreden, sterker nog, onbesproken laat.<sup>74</sup>

Al met al vormt het ontwerp een twijfelachtig gezelschap, indien men op het terrein van de overeenkomst nieuwe wegen wil inslaan. Niettemin kan men het driemanschap dankbaar zijn voor de naar mijn indruk ondoordachte uitspraak, dat het vereiste van wilsovereenstemming voortaan heeft afgedaan. Wellicht werd het arrest van de hoge raad inzake *Lindeboom - gem. Amsterdam* er mede door beïnvloed. A-g Van Oosten haalt in zijn conclusie de regeling van het ontwerp namelijk vrij uitvoerig aan. Van Oosten meent daarbij evenwel, dat het reeds de leer van de hoge raad is, dat voor de totstandkoming van een overeenkomst geen wilsovereenstemming op enig tijdstip vereist is. Dit op grond van het arrest van 29 december 1939, *NJ* 1940-274, *Doorn - NV De Prins*, waarbij het algemeen beginsel erkend werd dat toetreding van partijen tot een overeenkomst mag worden aangenomen op grond van hun gedragingen.<sup>75</sup> Dat laatste vormt overigens een steun voor mijn daarnet gevoerde betoog, dat de *Lindeboom - gem. Amsterdam*-uitspraak niet uit de lucht is komen vallen, doch een sluitstuk van een lange ontwikkeling vormt.

73. T.a.p., p. 426, 1e kol.

74. Ook bij jongere schrijvers die van het consensualisme — het woord waar Van Opstall zo'n hekel aan heeft — uitgaan, zoals Janssen, vindt men het aspekt van het ontwerp dat hier aan de orde is niet vermeld.

75. Hetgeen de a-g tegenover het vereiste van wilsovereenstemming — waarop het middel zoals bekend berustte — naar voren brengt, is sober gemotiveerd. Grondslag van de contractuele gebondenheid van *Lindeboom* is z.i. het feit dat de gemeente na aanvaarding mocht aannemen dat een overeenkomst tot stand was gekomen, waaraan een herroeping niet kon afdoen. Dit acht de a-g in overeenstemming met de leer van Meijers zoals neergelegd in diens *WPNR*-artikel van 1921, en diens noot onder *Bosch - Van Maren*. Dat is de enige literatuur die genoemd wordt, naast het ontwerp-Meijers.

4. *Consensus-beginsel in de literatuur alleen door Paul Scholten verworpen*

Bij mijn weten is in de nederlandse literatuur van deze eeuw – afgezien van de losse opmerking in het ontwerp-BW – het consensus-beginsel nooit expliciet verworpen. Als enige schrijver uit wiens beschouwingen een stilzwijgende verwerping van dat beginsel valt af te leiden, vond ik Paul Scholten, in zijn *Algemeen Deel*. Wanneer de vraag naar de grondslag van de gebondenheid uit overeenkomst aan de orde komt, stelt Scholten, dat men daarvoor niet een rechtsregel (zoals art. 1374 BW) kan aanwijzen. Als grondslag ziet schr. de *belofte* die elke partij deed: ‘Het eigen woord is hier het bindende – doch het woord tot een ander gericht; ik moet betalen, niet omdat ik het gewild heb, maar omdat ik het beloofd heb, d.w.z. dien wil tegenover een ander heb verklaard’, p. 22. ‘Een samenleving is alleen mogelijk indien de eene mensch het woord van den ander kan vertrouwen’, stelt Scholten even verder (p. 23) zonder echter daarin de verklaring van deze gebondenheid te zoeken.<sup>76</sup> Zijns inziens kan de rechtswetenschap geen nadere verklaring geven, dan dat ‘het contract bindt omdat het belofte is, gelijk de wet, omdat zij bevel is van de wetgever. Niet in den inhoud, doch in den oorsprong van de contractueele verklaring ligt haar rechtskarakter ....dát een belofte bindt is ten slotte niet anders te verklaren dan uit het feit, dat zij belofte is’.<sup>77</sup> Hoezeer deze zienswijze overeenstemt met die van de aanhangers van de ‘nieuwe leer’ die in 1875 in Leiden ontstond, blijkt uit het citaat van een van hen, dat ik hier laat volgen:

‘Waarom bindt de belofte? het antwoord luidt, omdat zij belofte is, dus vertrouwen onderstelt. Wie zou alsnog beloven, indien hem a priori bleek, dat zijn woord geacht wordt geen geloof te verdienen?’<sup>78</sup>

Aldus blijkt ook Paul Scholten in wezen tot de aanhangers van het

76. In zijn gelijklopende beschouwing in *Convenances vainquent loi* (Kon. Akademie 1930) ziet schr. het vertrouwen in het gegeven woord als een ‘nécessité morale’, een van de bestaansvoorwaarden van het recht, met een verwijzing naar *Deuteronomium* 23:23, vgl. *Verz. Geschr.* III, p. 211 v.

77. p. 25. Scholten merkt nog op dat hij dit alles niet nader kan uitwerken, en verwijst nog naar de overeenkomstige figuur in het volkenrecht, waar staten door een verdrag gebonden geacht worden, zonder dat een wet dat beveelt. In een noot verwijst hij o.a. naar twee schrijvers, A. Reinach en F. Somlò. De duitse fenomenoloog Reinach aanvaardt *das Versprechen* als grondslag voor ‘Anspruch und Verbindlichkeit’, vgl. uitvoerig onder, IV, § 2, no. 5. Somlò volgt Reinach hierin, doch ziet bovendien de ‘Versprechensnorm’ als een *Verknüpfung des Rechtes und der Moral*, vgl. *Juristische Grundlehre*, 1917, p. 206 v. Het komt mij voor dat Scholten door de denkbeelden van beide schrijvers sterk beïnvloed werd.

78. Levy, *Nw. Bijdr.* 1881 p. 364. Zoals beschreven, vgl. III, § 6, no. 2 v., behoort Levy tot gematigden in de revolutionaire stroming, aangezien hij — vaak echter meer in schijn — aan de wil een plaats toekent in het recht, zij het een wil ‘gehanteerd uit het oogpunt van vertrouwen’. Dat laatste maakt de verwantschap met Scholten nog sterker.

'belofte maakt schuld'-beginsel te behoren<sup>79</sup>, al kan men betreuren dat hij nergens expliciet van de heersende leer afstand neemt, die immers van het consensus-beginsel uitgaat. Daardoor is naar mijn indruk deze zo belangrijke passage in zijn *Algemeen Deel* in de literatuur onopgemerkt gebleven: bij de schaarse beschouwingen over het karakter van de overeenkomst vond ik Scholten althans nergens vermeld. Zijn zienswijze past intussen fraai bij de door hem altijd al verdedigde normatieve methode van uitleg<sup>80</sup>, en het begrip 'toerekening' dat hij bij het leerstuk van de vertegenwoordiging introduceerde.<sup>81</sup>

## § 5. NAAR EEN NIEUW OVEREENKOMSTBEGRIP

### a. Het overeenkomst-model

#### 1. Samenvattende beschouwingen. Introductie van het overeenkomst-model

Hierboven werd met verwerping van de wilsleer de opvatting verdedigd dat een overeenkomst ontstaat uit *twee eenzijdige rechtshandelingen*, genaamd *aanbod* en *aanvaarding*. Het verlaten van de consensus-leer, maakt het mogelijk het begrip *tweezijdige* rechtshandeling te schrappen.

Mede door haar mystieke grondslag staat dat begrip niet meer in voeling met het 'recht der werkelijkheid', 'the law in action', zoals dat tegenwoordig in navolging van Roscoe Pound heet. Een begrip als 'tweezijdige rechtshandeling' *funktioneert* niet meer, aangezien zij het recht zoals het zich in de praktijk voltrekt, niet langer weergeeft. Evenmin maakt het de rechtspraktijk doorzichtiger, integendeel.

De door mij voorgestane scheiding van de overeenkomst in twee 'eenzijdige' rechtshandelingen<sup>82</sup> sluit naar ik meen wél bij de rechtswerkelijkheid aan, getuigt m.a.w. van een funktionele benadering.<sup>83</sup> Als consequentie van die opvatting werd door mij de *uitingstheorie-nieuwe stijl* ontwikkeld, ter oplossing van de vraag op welk moment een 'overeenkomst' tot stand komt. De term 'overeenkomst' kan in mijn visie wel degelijk gehandhaafd blijven,

79. Over de origine van deze leer, te onzent of in den vreemde, vindt men bij schr. niets vermeld. In nt. 1 op p. 22, wordt echter naar ene W. Schapp verwezen, met de opmerking: 'In het belofterecht is, naast de eigenlijke belofte de beschikking te stellen.'

80. Vgl. onder, III, § 3, no. 1 v., een methode die o.a. in dezelfde passage van het *Alg. Deel* verdedigd wordt, p. 24.

81. Vgl. nader, onder, III, § 2, nos. 8, 11 v.

82. De toevoeging 'eenzijdig' levert in het hier verdedigde systeem een tautologie op. Zij dient slechts om verwarring t.g.v. het heersende spraakgebruik te voorkomen.

83. Hiermee wil ik mij echter niet uitspreken voor de tegenwoordig gepropageerde zgn. funktionele rechtsleer. Vgl. daarover onder, III, § 3, no. 9 v. Vgl. verder voor de funktionele rechtsvindingsmethoden in het duitse en skandinavische privaatrecht, IV, § 2, nos. 7 v., 14.



zij het dat daarmee *geen rechtshandeling*, maar uitsluitend een *rechtsverhouding* aangegeven wordt. Men duidt daarmee niet meer aan, dan dat bepaalde personen in een bijzondere verhouding tot elkaar staan, die in bepaalde opzichten afwijkt van de verhouding tussen personen die geen contractspartners zijn. Vergelijkingen zijn te trekken met de figuur van mede-eigendom in het zakenrecht, de huwelijkse staat in het familierecht, de huwelijksgemeenschap in het huwelijksgoederenrecht. Ook daar geeft men met die termen een rechtsbetrekking aan, en niet de wijze van ontstaan daarvan (dat laatste geschiedt d.m.v. resp. bezitsverschaffing – in navolging van de duitse doctrine als ‘zakelijke overeenkomst’ geconstrueerd –, het aangaan van een huwelijksovereenkomst en van huwelijkse voorwaarden.

Met het oog op het geldend spraakgebruik heeft het zin het begrip overeenkomst te handhaven, in de aangegeven zin.<sup>84</sup> Op de vraag naar de betekenis van de rechtsverhouding ‘overeenkomst’ voor de rechtsvinding wordt hieronder nog ingegaan.<sup>85</sup>

Aanvaarding van de hier verdedigde zienswijze van de overeenkomst heeft als aantrekkelijke zijde, dat daarmee een impasse in de rechtswetenschap doorbroken wordt. Zoals in een vooraanstaand handboek opgemerkt wordt, biedt de omschrijving van het begrip overeenkomst het beeld van ‘verschil van opvatting, verwarring en onzekerheid’. Dit brengt schr. tot de conclusie: ‘Het formuleren van een definitie van de belangrijkste en meest voorkomende figuur uit het burgerlijk recht, de overeenkomst, blijkt dan ook nauwelijks mogelijk’.<sup>86,87</sup> Uit deze voor een volwassen wetenschap toch wel wat gênante situatie kan men op de boven aangegeven wijze ontkomen. De behoefte daartoe zal niet bestaan bij degenen die zich met S. Gerbrandy koesteren in de wetenschap dat ‘wij eigenlijk altijd wel geweten hebben’ wat een overeenkomst is.<sup>88</sup> Hetgeen ik slechts als ‘whistling in the dark’ kan zien.

Voor de goede orde vat ik het door mij voorgestelde alternatief nog eens

84. Zoals bekend wordt in de heersende leer met de term overeenkomst óók de rechtsverhouding tussen partijen aangeduid, naast de rechtshandeling van het aangaan van een overeenkomst. Vgl. Asser-Rutten, II, p. 11, 177.

85. Vgl. III, § 2.

86. Asser-Rutten, II, p. 3. Die sombere conclusie baseert schr. op de mislukte poging die Meijers in zijn *Alg. Begrippen* ondernam, om een gemeenschappelijk kenmerk van alle overeenkomsten te vinden. Zoals nog beschreven zal worden mislukte deze poging omdat Meijers van de *wilsovereenstemming* als wezensbestanddeel uitging, vgl. onder, III, § 7, no. 6. Ondanks de aangehaalde introductie in mineur, gaat Rutten er echter direkt toe over om onvervaard een definitie van het begrip overeenkomst te geven, in de beste traditie van de wilsleer: ‘Een overeenkomst is een rechtshandeling, tot stand gekomen — zulks met inachtneming van eventueel wettelijk voorgeschreven formaliteiten — door de overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer zelfstandige personen, gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolgen ten behoeve van een der partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide (alle) partijen over en weer’ (p. 3 v.).

87. Vgl. in dezelfde zin ook Pitlo, p. 131 (3e dr.); Van Brakel, I, p. 511. Vgl. ook al Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, § 140 (1840-49).

88. *Vooruitzichten der rechtswetenschap*, 1964, p. 99 v.

## § 5. OVEREENKOMST-MODEL

samen, hetgeen tevens als résumé kan gelden van hetgeen in dit hoofdstuk betoogd werd. Reeds het feit dat de consensus-leer hierboven door mij ervan beticht werd op mystiek gebaseerd te zijn, legt op mij de verplichting om bij het bieden van een alternatief tot een zakelijke omschrijving te komen. Naar ik hoop zal de overgang van het vertrouwde en gemoedelijke beeld van de overeenkomst als 'wilsovereenstemming', naar de hiervolgende constructie voor de lezer niet te abrupt zijn. Het hiervolgende kan men als een *model* zien, dat zich door het schuiven met onderdelen of door het toevoegen van nieuwe onderdelen laat wijzigen of uitbreiden, al naar gelang de rechtssituatie die men op deze wijze wil weergeven, dat vereist.

Uit het model komt naar ik meen de wijze van totstandkoming van de rechtsverhouding 'overeenkomst' naar voren, en tegelijkertijd de structuur van die verhouding. Het model dient derhalve om de 'overeenkomst' door te lichten, en gelijk een röntgenfoto van een levend organisme, op deze wijze de (basis-)structuur van het onderzochte voorwerp vast te leggen. Ter verduidelijking laat ik het model vergezeld gaan van een schematische weergave.

Het model geldt in beginsel ook voor andere dan de zgn. obligatoire overeenkomsten. De uitwerking die gegeven wordt is echter toegespitst op die laatste groep. Verder ga ik gemakshalve in de omschrijving uit van *twee partijen*, die ieder uitsluitend voor zichzelf handelen. Hieronder wordt nog ingegaan op de variaties die zich op dit thema kunnen voordoen. In het model wordt onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten *om niet* en *om baat*. Waar sprake is van een handeling, wordt hieronder steeds verstaan een menselijk handelen in de vorm van een doen of een niet-doen. Ter wille van de overzichtelijkheid ga ik ervan uit dat steeds slechts één handeling in het geding is (dan wel een geheel van samenhangende handelingen), met betrekking tot een bepaald aantal zaken (bijv. de levering van een zaak, of de reparatie van een zaak; al of niet tegen betaling van een geldsom).

### 2. Beschrijving van het overeenkomst-model

Onder een *overeenkomst* wordt een rechtsverhouding – d.w.z. een stelsel van verbintenissen<sup>89</sup> – verstaan, die tussen twee personen, aanbieder en geadresseerde, bestaat, en die tot stand is gekomen doordat die personen ieder één (eenzijdige) rechtshandeling verricht hebben (aanbod, resp. aanvaarding genaamd), welke een toezegging tot een rechtens relevant handelen inhoudt.

Een overeenkomst ontstaat op het moment waarop door de geadresseerde de aanvaardingshandeling verricht wordt.

Als *aanbod* geldt die handeling door middel van woorden of gedragingen

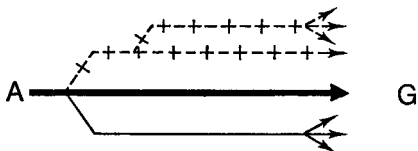
89. Onder *verbintenissen* wordt hier verstaan: de gebondenheid van een persoon aan een rechtsnorm, die een in rechte afdwingbare verplichting tot een door die norm voorgeschreven handelen met zich brengt. Vgl. hieromtrent III, § 1, nos. 2 en 6.

## II. UITLEG VAN RECHTSHANDELINGEN

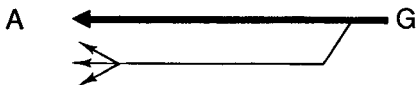
### OVEREENKOMST-MODEL

OVK om niet

1e STADIUM: aanbod door A



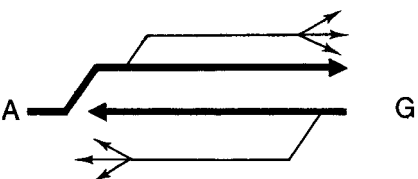
2e STADIUM: aanvaarding door G



Gevolg voor A:

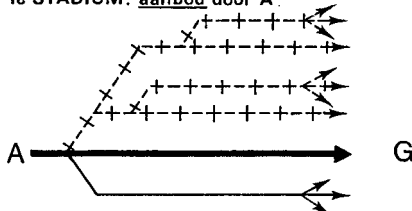


TOTAALBEELD:

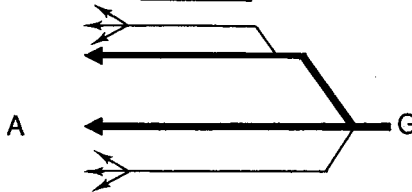


OVK om baat

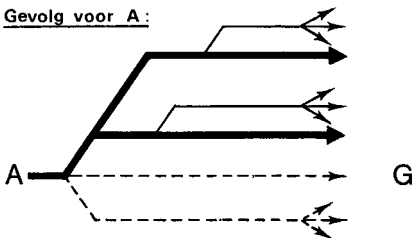
1e STADIUM: aanbod door A



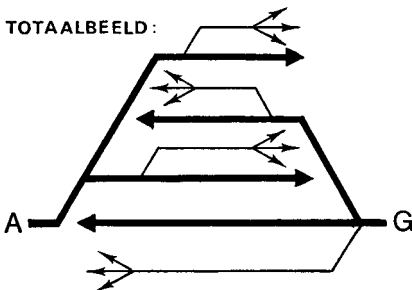
2e STADIUM: aanvaarding door G



Gevolg voor A:



TOTAALBEELD:



Legende:

A = aanbieder

G = geadresseerde

—> hoofdverbintenis



+--+--+ voorwaardelijke verbintenis/nevenverbintenis

----- te niet gegane verbintenis/nevenverbintenis

waarentrent aan de hand van normatieve uitleg vastgesteld wordt dat zij gericht is tot een ander persoon (de geadresseerde) en dat zij voor de handelende (de aanbieder) bepaalde verbintenissen doet ontstaan.

Daarbij kunnen onderscheiden worden – dit geldt voor zowel de overeenkomst *om niet* als *om baat* –: één (onschendbare) hoofdverbintenis (nl. om de toezegging gedurende bepaalde tijd gestand te doen), enkele nevenverbintenissen (bijv. om de te koop aangeboden zaak in goede staat te houden; om in deze pre-contractuele fase rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de geadresseerde, hetgeen kan resulteren in een mededelingsplicht omtrent de eigenschappen van een aangeboden zaak), en één voorwaardelijke verbintenis (nl. om – op voorwaarde van aanvaarding door de geadresseerde – de toegezegde handeling te verrichten), met daarmee samenhangende voorwaardelijke nevenverbintenissen (vgl. onder).

Voor de overeenkomst *om baat* dient daaraan nog te worden toegevoegd: een tweede voorwaardelijke verbintenis (nl. om door het verrichten van een handeling aan de realisatie van de door de geadresseerde toegezegde handeling mee te werken).

Als *aanvaarding* geldt die handeling van de geadresseerde door middel van woorden of gedragingen, waarentrent aan de hand van normatieve uitleg vastgesteld wordt dat zij gericht is tot de aanbieder, en dat zij bepaalde verbintenissen doet ontstaan en tenietgaan, zowel ten aanzien van de aanbieder als ten aanzien van de handelende zelf.

Met betrekking tot de *aanbieder* is de situatie als volgt – dit geldt voor *beide* overeenkomstfiguren –: de zoëven aangegeven hoofdverbintenis (om zijn toezegging gestand te doen) gaat door de aanvaarding te niet; de voorwaardelijke verbintenis wordt omgezet in een onvoorwaardelijke verbintenis, gemakshalve als hoofdverbintenis aan te duiden (nl. om de toegezegde handeling te verrichten); daarnaast kunnen nevenverbintenissen (zowel voorwaardelijke als onvoorwaardelijke) ontstaan met betrekking tot het verrichten van de handeling, die door middel van normatieve uitleg van het aanbod vastgesteld kunnen worden. Daaronder worden ook die verbintenissen begrepen die uit het klassieke trio wet, gebruik en billijkheid voortvloeien (bijv. de verplichting tot vrijwaring ex art. 1527 BW; de verplichting voor de aanbieder om zich in te dekken i.g.v. wanprestatie van diens toeleverancier, of om anderszins de schade te beperken).

In geval van een overeenkomst *om baat* komt daar nog bij, dat de tweede voorwaardelijke verbintenis aan de zijde van de aanbieder, omgezet wordt in een onvoorwaardelijke (meewerken aan tegenprestatie).

Met betrekking tot de *geadresseerde*-acceptant is de situatie als volgt – dit geldt voor *beide* overeenkomstfiguren –: door de aanvaarding ontstaat de hoofdverbintenis om door het verrichten van een handeling aan de realisatie van de toegezegde handeling van de aanbieder mee te werken (bijv. om een zaak in ontvangst te nemen, of om een zaak ter bewerking aan de aanbieder ter beschikking te stellen); er kunnen daarmee samenhan-

gende nevenverbintenissen ontstaan (bijv. om een derde aan te wijzen die de zaak in ontvangst neemt indien geadresseerde zelf daartoe wegens overmacht verhinderd is; om een schip aan te wijzen i.g.v. een f.o.b.-beding; om een kwijting af te geven). Ook kunnen er voorwaardelijke verbintenissen ontstaan (bijv. bij schenking die uit de artt. 1709, 1725 ten 2e en 3e BW; bij lastgeving om niet die uit de artt. 1845-47 BW).

In geval van een overeenkomst *om baat* komt daar nog bij: door de aanvaarding ontstaat een tweede hoofdverbintenis aan de zijde van de geadresseerde, nl. om de toegezegde handeling (tegenprestatie) te verrichten; daarnaast kunnen nevenverbintenissen ontstaan, door middel van normatieve uitleg vast te stellen (vgl. boven, m.b.t. de aanbieder).

### **b. De toepassing van het overeenkomst-model op andere privaatrechtelijke leerstukken**

#### *3. Verwerping van de 'eenzijdige overeenkomst'. Pre- en post-contractuele fase*

Op de vraag naar de zin van een dergelijke analytische benadering van de overeenkomst, zou ik het volgende willen antwoorden. Door het uiteenraffelen van een doorgaans synthetisch gedacht geheel, worden verschillende problemen in een ander licht geplaatst. Men heeft in het moderne privaatrecht de overeenkomst altijd al ontleed in de twee samenstellende delen, aanbod en aanvaarding. Dat proces is door mij slechts ten einde gevoerd. De zin daarvan komt naar ik meen in het hiervolgende naar voren.

De in de literatuur nog omstreden vraag, of m.b.t. de crediteur van een verplichting tot inontvangstname gesproken kan worden<sup>90</sup>, werd bijv. door mij bevestigend beantwoord. Tot dat antwoord kwam ik door die kwestie in te passen in de totale situatie van de totstandkoming van de overeenkomst.

Uit de analyse komt ook naar voren welke belangrijke rol de 'nevenverbintenissen' over en weer spelen, die doorgaans uit regels van de goede trouw voortvloeien. Door een nevenverbintenis te schenden, kan men de hoofdverbintenis frustreren.<sup>91</sup> Indien men dit resultaat serieus neemt, heeft dit tot consequentie dat het dogmatisch onderscheid dat in de heersende leer gemaakt wordt<sup>92</sup> tussen *wederkerige* en *eenzijdige* overeenkomsten – met de 'onvolkomen wederkerige overeenkomsten' als tussenhanger – als disfunk-

90. Vgl. daaromtrent Asser-Rutten, I p. 288. Rutten gaat ervan uit, dat hier geen rechtsverplichting bestaat.

91. Voor de overzichtelijkheid wordt hier gesproken van nevenverbintenissen naast hoofdverbintenissen. Niettemin ben ik van mening dat eerstgenoemde verbintenissen een verschijningsvorm, een concretisering van de laatste zijn. Vgl. in verband hiermee nader, hetgeen hieronder omtrent de methode van rechtsvinding opgemerkt wordt, III, § 1, § 2, no. 9 v.

92. Vgl. Asser-Rutten, II, p. 40 v.; Pitlo, p. 135 v. (3e dr); art. 6.5.4.1 Nw BW, *Toel.* p. 776 v.

tioneel verworpen dient te worden. Onder een eenzijdige overeenkomst verstaat men een overeenkomst, waaruit voor slechts één der partijen een verplichting voortvloeit. De figuren die men daartoe rekent<sup>93</sup>, passen echter zeer wel in de boven aangegeven constructie.<sup>94</sup> Problemen die zich ten aanzien van de daartoe behorende reële contracten voordoen, verdwijnen indien men de opvatting van Suijling daaromtrent volgt.<sup>95</sup> Voor het wordend recht is het trouwens de vraag of die figuur nog gehandhaafd zal blijven.<sup>96</sup>

Het gemaakte onderscheid tussen wederkerige en eenzijdige overeenkomsten wordt in de doctrine van belang geacht voor de toepassing van de artt. 1302 BW e.v., voor het risikobeginsel bij overmacht, en voor de *exceptio non adimpleti contractus*.<sup>97</sup> Aan die artikelen en rechtsfiguren zou slechts in geval van wederkerige overeenkomsten werking toegekend kunnen worden. Mijns inziens is deze redenatie ondeugdelijk. Om ons tot het betoog van Rutten te beperken, zijn uitgangspunt is dat alle genoemde rechtsfiguren beheerst worden door de goede trouw.<sup>98</sup> Dat duidt op zich reeds op een casuïstische aanpak waarbij de omstandigheden van het geval doorslaggevend zullen zijn.<sup>99</sup> Het is niet ondenkbaar, dat ook in geval van de 'eenzijdige' overeenkomsten behoefte aan de ontbindingsfiguur bestaat. In de franse doctrine bestaat de trend reeds om art. 1184 CC ook op andere dan zuiver wederkerige toe te passen<sup>100</sup>, een zienswijze die bij ons in art. 6.5.4.1, lid 2, Nw BW een pendant vindt. Wat de *exceptio n.a.c.* betreft, Rutten betoogt ook zelf al dat die exceptie mogelijk moet zijn 'indien slechts een *bijkomende* verplichting niet wordt nagekomen'.<sup>101</sup> In die gedachtengang is de exceptie in beginsel ook toepasbaar op het terrein van de 'eenzijdige' overeenkomsten in traditionele zin.

93. Formele schenking, borgtocht, lastgeving om niet, bewaargeving om niet, bruikleen en verbruikleen.

94. In de gegeven analyse kwamen schenking en lastgeving al aan bod. Vgl. voor de bewaargeving nog de voorwaardelijke verbintenissen die uit de artt. 1763 en 1765 BW voortvloeien, voor bruikleen, de artt. 1787, 1789, 1790; voor verbruikleen de artt. 1796, 1799. Verbintenissen voortvloeiende uit de goede trouw laat ik daar. Overigens is ook Meijers, *Alg. Begr.*, p. 318, van mening dat het voorwaardelijk zijn van de contra-prestatie het aannemen van volkomen wederkerigheid niet hoeft uit te sluiten. Voor hem is echter beslissend de *wil* of *bedoeling* van partijen — een criterium waarop zijn 'classificatie van overeenkomsten' berust —, welke door hem subjectief opgevat wordt, vgl. p. 321. Meijers wordt ook hierin gevolgd door de ontwerpers van Boek 6 Nw BW, vgl. *Toel.* p. 776; 'Of een partij gehandeld heeft 'ter verkrijging van' een vordering op de wederpartij, moet aan economische en *psychologische* begrippen worden getoetst.' Over het door mij geëvalueerde criterium wordt nog opgemerkt, dat het door het vertrouwensbeginsel gecorrigeerd wordt.

95. Suijling, II, no. 64, waarover Asser-Rutten, II, p. 37 v.

96. Vgl. Asser-Rutten, II, p. 42, waar ook op de werking van art. 6.5.4.1 Nw BW in dit opzicht gewezen wordt.

97. Asser-Rutten, II, p. 42; Pitlo, p. 36. Het eveneens genoemde art. 37 F laat ik hier korthedshalve buiten beschouwing.

98. T.a.p., resp. p. 307, 310, 332 v.

99. Id. p. 223 m.b.t. wanprestatie van bijkomende aard.

100. Id. p. 309.

101. p. 333, mijn curs. Schr. stelt ook nog: . . . 'Soms (eist) de billijkheid, dat de exceptie juist wordt toegepast met betrekking tot verplichtingen welke *niet* elkaars tegenwicht vormen.'

Aldus kan wederom een dogmatisch erfstuk naar zolder gebracht worden. Ik gaf al eerder aan, dat het begrip overeenkomst in mijn visie slechts staat voor de rechtsbetrekking, rechtsverhouding tussen personen. Daarnaast breng ik in herinnering dat ook de *pre-contractuele* fase waarin personen verkeren, als rechtsverhouding aangemerkt dient te worden.<sup>102</sup> Ook vóór de aanvaarding zijn er immers al verbintenissen ontstaan aan de zijde van de aanbieder, vgl. de analyse van zoëven. Niet anders is het naar ik meen gesteld met de situatie na beëindiging van de 'overeenkomst'. Ook nadien blijven partijen in een verhouding tegenover elkaar staan die door beginselen van goede trouw beheerst wordt. Ook de *post-contractuele* fase dient in mijn opvatting derhalve als rechtsverhouding gekenmerkt te worden.<sup>103</sup>

#### 4. Derdenbeding

Zoals al opgemerkt werd, dient het gegeven schema van de overeenkomst als grondpatroon gezien te worden, dat op velerlei wijze uitgebouwd kan worden. Op enkele van die mogelijkheden wil ik nog wijzen.

De figuur van het *derdenbeding* kan naar mijn mening met gebruik van de hier verdedigde constructie van een degelijke grondslag voorzien worden. Zoals bekend wordt de doctrine al geruime tijd in verlegenheid gebracht door de vraag naar het rechtskarakter van het derdenbeding, en werden vele theorieën daartoe ontwikkeld.<sup>104</sup> De theorie, dat het derdenbeding als een *aanbod* gezien moet worden, dat door de derde aanvaard kan worden, voor het geldend recht verdedigd door Suijling, Eggens en Pitlo<sup>105</sup> – de onderlinge nuances laat ik daar –, kan daarbij goede diensten verlenen. Indien men immers aanbod in de boven ontwikkelde zin opvat, behoren de vele voetangels en klemmen rond deze rechtsfiguur – door Schoordijk onder de toepasselijke titel 'negen punten van verwondering vergaard'<sup>106</sup> – tot het verleden. Het derdenbeding kan gezien worden als een aanbod dat de promittens toegerekend wordt, en dat tot de derde gericht is (niet van belang is, of bij dat 'richten' gebruik wordt gemaakt van een handeling van de

102. Vgl. boven, § 1, no. 7.

103. Vgl. voor de betekenis van het bestaan van een rechtsverhouding voor de rechtsvinding onder, III, § 2.

104. Te weten die gebaseerd op resp. zaakwaarneming, rechtbevestigende verklaring, rechtverwrijgende verklaring, aanbod, onbevoegde vertegenwoordiging. Vgl. daaromtrent Asser-Rutten II, p. 282 v.; Schoordijk, *Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard*, diss. Amsterdam 1958, p. 103 v.

105. Suijling, II, no. 121; Eggens, *Themis*, 1930, p. 427, *Verz. Priv. Opst.*, I, p. 178 v.; Pitlo, p. 140. Deze theorie wordt door Rutten bestreden met (o.a.) het alleen voor aanhangers van de wilsleer relevante argument, dat de derde en de promissor nimmer *de bedoeling* hebben gehad een overeenkomst aan te gaan, t.a.p., p. 283. De opvatting die Rutten zelf aanhangt (p. 285) valt m.i. niet te onderscheiden van die van het aanbod, al meent schr. zelf dat zij overeenkomst vertoont met die van de rechtverwrijgende verklaring.

106. T.a.p., p. 103 v.

promittens, dan wel de stipulator).<sup>107</sup> Door aanvaarding van dat aanbod wordt de derde partij bij de overeenkomst, zodat vanaf dat moment sprake is van een drie-partijen-overeenkomst.<sup>108</sup> Zoals reeds betoogd werd, is een aanbod een rechtshandeling, zij kan derhalve niet herroepen worden<sup>109</sup>, terwijl door ondercuratelestelling of faillissement van de aanbieder-promittens het voortbestaan van de rechtshandeling – en daarmee van de mogelijkheid van aanvaarding – niet teniet gedaan wordt. In deze opvatting worden aan het derdenbeding geen grenzen gesteld, hetgeen aansluit bij de tendens die in de jurisprudentie inzake art. 1353 te onderkennen is, waarmee aan de behoeften van de praktijk tegemoetgekomen wordt. Deze tendens wordt in de moderne literatuur gesteund, en heeft ook in het wordend recht een plaats gevonden.<sup>110</sup>

De leer van Schoordijk inzake het derdenbeding vormt in wezen slechts een variatie op de aanbodtheorie. Ook in zijn opvatting is er sprake van een aanbod dat van de promittens uitgaat, doch nieuw is de toevoeging, dat de stipulator als onbevoegd vertegenwoordiger van de derde dat aanbod aanvaardt, welke aanvaarding door die derde bekrachtigd kan worden.<sup>111</sup> Doordat in Schoordijks opvatting de bekrachtiging door de derde centraal staat, onderscheidt zijn zienswijze zich van de andere in enkele – met het rechtskarakter van de bekrachtiging samenhangende – opzichten. Het belangrijkste verschil ligt hierin, dat in schr.'s stelsel de aanvaarding *terugwerkende kracht* heeft, de promittens is ab initio jegens de derde gebonden.<sup>112</sup>

Het valt buiten het bestek van dit betoog om op de problematiek van het

107. Eggens en Pitlo menen dat het aanbod van de *stipulator* uitgaat. Suijling laat het aanbod van de *promittens* uitgaan.

108. Aldus ook art. 6.5.3.8 Nw BW. Suijling drukt het aldus uit: 'de zgn. overeenkomst ten behoeve van derden is een driepartijenovereenkomst die niet in één, maar in tempo's wordt gesloten'.

109. Voor het geldend recht behoeft art. 1653, lid 2, BW hieraan niet in de weg te staan. Daar wordt slechts bepaald dat *na aanvaarding* de stipulator het beding niet kan herroepen. Over de situatie vóór aanvaarding zwijgt de wet. Indien men deze leemte op redelijke wijze aanvult, d.w.z. op grond van het *rechtssysteem*, dan moet de uitkomst luiden dat ook hier het aanbod, als gerichte rechtshandeling, onherroepelijk is direkt na zijn totstandkoming (vgl. boven). *Anders* art. 6.5.3.5, lid 2, Nw BW, op zwakke gronden, vgl. *Toel.* p. 768. Als argument voert men daar aan, het geval dat geen termijn voor aanvaarding gesteld kan worden, met een verwijzing naar art. 3.3.8, lid 3 (bekrachtiging i.g.v. onbevoegde vertegenwoordiging). Niet valt in te zien, waarom niet uitdrukkelijk dan wel 'stiltzweigend' een termijn aangenomen kan worden. Trouwens ook art. 3.3.8, lid 4, gewaagt van een 'redelijke termijn' die te stellen valt.

110. Vgl. *Toel.* Nw BW, ad art. 6.5.3.5-8, p. 766 v.

111. T.a.p., p. 119. Schoordijk vond met zijn opvatting weinig weerklank, vgl. daarom-trent P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1969, p. 18 v., waar de bestrijding van Schoordijks leer (door Rutten en Ankum) aan de kaak gesteld wordt.

112. p. 112. Andere verschillen zijn: de derde kan bekrachtigen zonder door promittens of stipulator op de hoogte gesteld te zijn van de mogelijkheid daartoe (p. 113); de verklaring van bekrachtiging is géén gerichte handeling (p. 114, dit in navolging van Asser-Scholten-Bregstein). Vgl. echter ook Asser-Van der Grinten, p. 49, die de bekrachtiging als gerichte handeling ziet, welke zienswijze meer past bij de hier verdedigde aanvaardingsconstructie.



derdenbeding nader in te gaan.<sup>113</sup> Vermelding verdient nog het stelsel van het ontwerp-BW waarin men tussen alle opgeworpen methodische klippen doorzeilend, de regeling aanvaardt, waarbij de derde het beding door een verklaring dient te 'aanvaarden', welke aanvaarding terugwerkt tot het moment waarop de overeenkomst werd gesloten.<sup>114</sup> De kritiek van Van Schilf-gaarde op de opvatting van Rutten: 'Hiermede wordt . . . helemaal geen verklaring gegeven maar alleen een wat kleurloze beschrijving van wat plaatsvindt'<sup>115</sup>, is naar mijn mening evenzeer van toepassing op de visie van de ontwerpers.

### 5. *Vertegenwoordigingsfiguren. Rechtmatige daden*

Het boven ontwikkelde overeenkomst-model leent zich ervoor ook andere rechtsfiguren doorzichtig te maken, zoals de vertegenwoordiging, in haar verschillende vormen. De *onmiddellijke vertegenwoordiging* kan met het basis-model tot uitdrukking gebracht worden: hier wordt immers de handeling van de vertegenwoordiger de vertegenwoordigde toegerekend. Rechtens vericht de laatste het aanbod, al gebeurt de feitelijke handeling door de vertegenwoordiger.<sup>116</sup> Bij de *middellijke vertegenwoordiging* ligt de zaak wat gecompliceerder, en dient het model 'uitgebouwd' te worden. Aangezien de vertegenwoordiging hieronder nog ter sprake komt, waarop niet vooruitgelopen kan worden, zou ik op deze plaats een korte opmerking willen maken. Hierbij zal ik mij (nog) van het gebruikelijke jargon en van de gebruikelijke voorstellingswijze bedienen.

Geen punt van discussie bij dit zo omstreden leerstuk vormt de stelling, dat de middellijk vertegenwoordiger B, die 'op eigen naam' doch 'voor rekening van' A met een derde C handelt, zichzelf jegens C bindt. Betwist is de rechtspositie van A, de principaal. In de jongste tijd zijn twee mogelijkheden verdedigd, nl. dat A ten opzichte van C slechts als debiteur te gelden heeft, terwijl een andere zienswijze is, dat A zowel als debiteur en als crediteur ten opzichte van C aangemerkt moet worden. Met andere woorden in het laatste geval zijn A en C contractspartijen (hetgeen ook voor B en C

113. Met name zou onderzocht moeten worden of de terugwerkende kracht van de aanvaarding, wel steeds gewenst is. Suijling — die een dergelijke werking, als gebaseerd op art. 1353 afwijst — wijst nog op de mogelijkheid dat promittens en stipulator uitdrukkelijk kunnen overeenkomen, dat het vorderingsrecht van de derde geacht zal worden van het tijdstip der contractssluiting te dateren, t.a.p., no. 202.

114. Vgl. art. 6.5.3.5, en *Toel.* p. 767 v; Schoordijk vindt men merkwaardigerwijze niet vermeld. In het artikel wordt een onderscheid gemaakt tussen herroepelijke en onherroepelijke bedingen. T.a.v. de eerste wordt bepaald dat zij kunnen worden herroepen 'totdat de derde het beding heeft aanvaard' (lid 2). Zoals eerder beschreven, is het aanbod in het ontwerp in beginsel herroepelijk.

115. T.a.p. p. 18. In dezelfde zin reeds (t.a.v. de vorige druk van Asser-Rutten), Schoordijk p. 119.

116. Vgl. voor vertegenwoordiging als vraagstuk van rechtsvinding, onder, III, § 2, nos. 8, 11 v.

geldt). Evenals bij het derdenbeding het geval is, is hier derhalve sprake van een *drie-partijen-overeenkomst*. Zoals gezegd wilde ik op deze plaats slechts in het voorbijgaan op deze figuur wijzen, in het kader van de toepassingsmogelijkheden van het ontwikkelde overeenkomst-model.

Een ander toepassingsterrein van het hier ontwikkelde overeenkomst-model, is dat van de zgn. *rechtmatige daden*, door de wetgever gerekend tot de verbintenissen uit de wet. Deze rechtsfiguren, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, ongegronde verrijking, vormen, zoals bekend een zeer controversiële materie. Zaakwaarneming wordt bijvoorbeeld door de één als rechtshandeling gezien, een ander ziet daar geen rechtshandeling in, een derde spreekt van quasi-rechtshandeling. De grenzen tussen deze rechtsfiguren zijn vaag. In de heersende leer wordt bijv. voor een aktie uit onverschuldigde betaling vereist, dat van ongegronde verrijking sprake moet zijn, hetgeen men ook weer aldus geformuleerd vindt, dat een aktie uit ongegronde verrijking gebaseerd is op de artt. 1395 e.v. In deze uiterst complexe materie heeft de toepassing van het beschreven overeenkomst-model, zo nodig met gebruikmaking van de figuur die als 'vertegenwoordiging' bekend staat, een sanerende werking. Daaraan zal echter hieronder een afzonderlijke beschouwing gewijd worden.<sup>117</sup>

## 6. *Perspectief*

Reeds eerder werd gesteld, dat het arrest van de hoge raad van 19 december 1969, *Lindeboom - gem. Amsterdam*, dezelfde perspectieven biedt als het arrest *Lindenbaum - Cohen* een halve eeuw eerder. Het verlaten van de wilsovereenstemming van partijen als grondslag en kenmerk van de overeenkomst – de belangrijkste rechtsfiguur uit het privaatrecht – biedt ongekende mogelijkheden voor de ontwikkeling van het verbintenissenrecht. Het is nauwelijks overdreven, te stellen dat er een dimensie aan het verbintenissenrecht is toegevoegd. Enkele exploraties van het nieuwe, onbekende terrein werden hierboven ondernomen, nog enkele zullen volgen. Nu de overeenkomst bevrijd is uit het enge kader, waarin zij sinds de opkomst van de pandektisten in de vorige eeuw geplaatst is, ligt de mogelijkheid voor ons om tot een werkelijk open systeem van verbintenissen te komen.

### c. **Het hier verdedigde overeenkomst-model en het systeem van de wet**

#### 7. *Art. 1349 BW; wetsgeschiedenis. Bestrijding van de uitleg van art. 1349 in de heersende leer*

Tot slot een korte beschouwing met betrekking tot de vraag of – wat er

117. Vgl. III, § 4, no. 3 v.

ook zij van het gezag van de hoogste rechter – de wet zich niet tegen de hier verdedigde nieuwe visie verzet. Naast de beschreven ontwikkeling met betrekking tot het ‘grote blanco woord’ van art. 1356, de ‘toestemming’, verdient in dit verband een artikel vermelding, dat tot dusver onder invloed van de heersende leer, een slapend bestaan heeft geleid: art. 1349 BW. Dit artikel luidt: *Eene overeenkomst is eene handeling waarbij een of meer personen zich jegens een of meer andere verbinden*. Deze formulering heeft het misnoegen van alle schrijvers opgewekt, enerzijds vanwege het gebruik van de term ‘handeling’, anderzijds vanwege het feit dat zij ziet op de *eenzijdige* overeenkomst. Men kwam in de literatuur tot het vrijwel unanieme oordeel, dat op grond van de wetsgeschiedenis<sup>118</sup> onder ‘handeling’ begrepen moet worden ‘rechtshandeling’, hetgeen in de heersende leer neerkomt op *tweezijdige* rechtshandeling<sup>119</sup>, terwijl men daarnaast het artikel ook voor twee- en meezijdige overeenkomsten geschreven acht. Sommige schrijvers, zoals Van Goudoever, beroepen zich daarbij op de tekst van art. 1356, waar immers sprake is van de ‘toestemming van *degenen* die zich *verbinden*’ (meervoud), terwijl het franse voorbeeld art. 1108 CC in enkelvoud gesteld is. De stelling, onder verwijzing naar Voorduin, dat men in art. 1356 het meervoud koos, ‘juist om te doen uitkomen, dat zekere samenwerking van ten minste twee personen noodig was’, is mijns inziens onhoudbaar.<sup>120</sup>

Mijn conclusie is, dat de wetsgeschiedenis van de artt. 1349 jo. 1356 de uitlegger van art. 1349 grote vrijheid laat bij zijn arbeid. Opmerkelijk is wel, dat de formulering van art. 1108 CC, die wijst op eenzijdige gebonden-

118. Vgl. Voorduin V, p. 53. In de ontwerpen van 1825 en 1830 had men art. 1101 CC letterlijk vertaald: ‘Een kontrakt is eene overeenkomst, waarbij één of meer personen, zich jegens één of meer andere verbinden’. De 4e afdeling uitte echter de wens om niet ‘het onduitsche woord *kontrakt*, maar het alles omvattende en hetzelfde betekende hollandsche woord *overeenkomst* overal... te gebruiken’. De regering gaf aan die wens gevolg, en daaruit resulteerde de redactie: ‘Eene *overeenkomst* is eene handeling’, etc. Voorduin geeft geen verklaring voor de invoering van de term ‘handeling’.

119. Daarbij beroept men zich doorgaans op de opvatting van De Groot: ‘Overeenkominge die anders *handeling* genoemd werd is de eendracht des willes van twe ofte meer luden tot eens ofte beider nut’. Vgl. Asser-Van Goudoever, p. 247 (gehandhaafd bij Rutten, p. 18); Van Brakel, III (1937), p. 14.

120. Asser-Van Goudoever, t.a.p. Bij Voorduin, p. 55, wordt nl. alleen gewag gemaakt van een wijziging o.g.v. *redactionele* motieven: ‘Bij de nieuwe redactie (1824) werd in No. 1 (bedoeld wordt de 1e voorwaarde van art. 1356, v.D.), in plaats van het woord: *verbindt*, gesteld: *verbinden*, en alzoo dat No. in verband gebracht met de definitie in art. 1349 gevonden wordende, alwaar gelijk de aard der zaak medebrengt, van een *of meer personen die zich verbinden*, gewag wordt gemaakt, en alzoo de tegenstrijdigheid weggenomen, welke tusschen art. 1101 en 1108, al. 2 C.N. is op te merken.’ Hierbij dient men in het oog te houden, dat het communis opinio is, dat art. 1349 geschreven werd voor ‘eenzijdige’ overeenkomsten. Van Goudoever's beroep op Voorduin is derhalve zonder grond. Voor mijn opvatting pleit ook het feit, dat art. 1357 over ‘toestemming’ in enkelvoud spreekt, overigens in navolging van art. 1109 CC. Ook de artikelen die volgen richten zich op de toestemming van één partij, waaraan gebreken kunnen kleven.

heid bij het contracteren – zoals Carbonnier<sup>121</sup> betoogt – door de wetgever bewust gehanteerd werd, en terug te voeren valt op de romeinsrechtelijke traditie. Wat het nederlands recht betreft, ligt de situatie naar ik meen als volgt. Door een toeval, te wijten aan codificatieperikelen, is in art. 1349 de term ‘handeling’ terecht gekomen, in een regeling die uit de code werd overgenomen, zonder op zich nader doordacht te zijn.<sup>122</sup> Het staat de wetsuitlegger derhalve vrij om die wetsterm overeenkomstig de heersende rechtsopvattingen te duiden. In het verleden voerde dit tot de betekenis ‘tweezijdige rechtshandeling’, met een beroep op het toestemmingsbegrip van art. 1356, dat als *wilsovereenstemming* geduid werd.<sup>123</sup> Bij veranderde rechtsopvattingen, zoals in dit werk beschreven (wat de jurisprudentie betreft) en verdedigd (wat de doctrine betreft), is dat resultaat van uitleg dan ook anders. Om met het begrip toestemming ex art. 1356 te beginnen – door de hoge raad in het *Eelman - Hin*-arrest van 1959 steeds tussen aanhalingstekens geplaatst<sup>124</sup> – met een beroep op de jurisprudentie kan men staande houden, dat daaronder slechts een *eenzijdige* handeling verstaan moet worden, van elk der partijen afzonderlijk. Het begrip wilsovereenstemming – vaak ook voorgesteld (Suijling, Pitlo) als ‘het ineengrijpen van wilsuitingen’ – heeft daarmee afgedaan. Hierdoor wordt de weg geëffend voor een nieuwe blik op art. 1349.

#### 8. Uitleg van art. 1349 (vervolg). Het wetssysteem

Voor de hier verdedigde opvatting, waarbij ervan uitgegaan wordt dat slechts van *eenzijdige* rechtshandelingen gesproken kan worden, ook bij het aangaan van een ‘overeenkomst’, biedt art. 1349 goede steun. In die bepaling wordt immers slechts volstaan met het aangeven van de situatie, dat *één partij* (die uit een of meer personen kan bestaan) gebonden wordt ‘uit overeenkomst’.<sup>125</sup> Als men de volgende artikelen uit de eerste afdeling (artt. 1349-1355) beziet, blijkt dat de wetgever ook daar steeds de materie vanuit de positie van de *afzonderlijke* partijen benadert. Zo stelt art. 1350, dat het onderscheid tussen de overeenkomst om niet en die om baat introduceert, dat de eerste is ‘de zoodanige waarbij de *eene partij aan de andere*, zonder eenige baat, een voordeel *toekent*’, terwijl de overeenkomst onder bezwaren-

121. *Théorie des obligations* (1963), p. 100. Schr. wijst ook op andere plaatsen in de code, waarbij men uitgaat van ‘une obligation isolée, qui serait venue d’une promesse unilatérale’, zoals de artt. 1131 v., 1235 v., 1302 v. CC. Schr. is zelf aanhanger van de consensus-leer.  
122. De uiteindelijk gekozen versie wijkt sterk af van het ontwerp-Kemper van 1820, hetgeen door Kist-Visser betreurd wordt. Vgl. boven, § 3, no. 11.

123. Ook deze uitkomst van de uitleg wordt niet door de wetsgeschiedenis voorgeschreven, vgl. nt. 120. Vgl. voor het gebruik van de term ‘handeling’ door de wetgever nog onder, no. 8 in fine.

124. Vgl. boven § 2, no. 8.

125. Vgl. ook het opschrift van de tweede titel: ‘Van verbintenissen die uit contract of overeenkomst geboren worden’.

de titel is 'zoodanig eene welke *ieder der partijen in de verplichting brengt* om iets te geven, te doen, of niet te doen'.<sup>126</sup> In deze formulering komt op voorbeeldige wijze de scheiding naar voren die de wetgever tussen partijen aanbrengt. Het aspekt van wilsovereenstemming van partijen is ver te zoeken, het kan alleen door de wetsuitlegger aan de wettelijke regeling *toegevoegd* worden, in het kader van de uitleg. Dat die toevoeging naar moderne rechtsinzichten ten onrechte gebeurt, ligt in het boven gevoerde betoog besloten.

In deze uitleg van art. 1349 wordt de 'overeenkomst' weergegeven door de 'handelingen', waarbij ieder der partijen zich tegenover de ander verbindt, m.a.w. door *twee* afzonderlijke *rechtshandelingen*, die men aanbod en aanvaarding kan noemen. Op deze uitkomst laten zich twee reacties voorspellen. Voor degeen, die zich bij wetsuitleg gebonden acht aan de historische bedoeling van de wetgever — de 'wil van de wetgever' — d.w.z. zich uitsluitend richt op de anno 1838 heersende rechtsopvattingen, zal deze uitkomst onaanvaardbaar, want niet in overeenstemming met de klassieke wilsleer zijn. Voor diegeen blijft art. 1349 een bastaard, verwekt tijdens de franse overheersing. Voor degeen daarentegen, die bij wetsuitleg de wetsgeschiedenis van belang acht, doch de funktie van de wetsbepaling in kwestie in het geldend recht doorslaggevend acht, is die uitkomst — hoe revolutionair ook naar negentiende-eeuwse begrippen — zeer wel aanvaardbaar.

Bij de vaststelling van de funktie, van de rechtsbetekenis van een wetsbepaling, legt het systeem van de wet, zoals dat uit *het geldend recht* naar voren komt, groot gewicht in de schaal. In die laatste visie is het slechts de vraag, of het geboden resultaat uit methodisch en praktisch oogpunt de voorkeur verdient boven de thans gangbare uitleg. Dit vormt — zoals men dat in de duitse literatuur noemt — een rechtspolitieke vraag.<sup>127</sup>

Tot dusver werd bij de uitleg van art. 1349, en de zich daarbij voordoende vraag naar het systeem van de wet, de blik gericht op de overige artikelen uit de eerste afdeling (1350-1355) en het eerste artikel van de tweede afdeling (1356). Het is echter zaak de blik te verruimen. Het volgende systeem ligt mijns inziens aan de wet ten grondslag. In de genoemde eerste en tweede afdeling wordt de overeenkomst opgevat *als samengesteld uit twee 'handelingen'*, waaronder verstaan moet worden — zoals betoogd —

126. Steeds mijn curs. Art. 1350 vormt een nagenoeg letterlijke vertaling van de artt. 1105 en 6 CC. De benadering van de overeenkomst vanuit de afzonderlijke verbintenissen van partijen komt ook sterk naar voren uit de eerste titel van boek 3, *Van verbintenissen in het algemeen*. Vgl. bijv. de artt. 1271 v., 1279 v.

127. Met nadruk stelde ik, dat het systeem, zoals dat in *het geldend recht* — neergelegd in de jurisprudentie — geldt, maatgevend is. En niet het *doctrinaire* systeem, zoals dat door wetenschapsbeoefenaren ontwikkeld wordt. Zo geldt veelal als bezwaar tegen de term 'handeling' van art. 1349, dat daarmee het *doctrinaire* onderscheid tussen verbintenissen uit overeenkomst en uit de wet geweld aangedaan wordt. Aldus reeds Diephuis, X, p. 357; Kist-Visser, p. 5. Vgl. voor die doctrinaire tegenstelling, die door mij verworpen wordt, onder, III, § 4. Vgl. ook voor de wijze waarop men bij wetsuitleg aan een *theoretisch* oordeel van de wetgever gebonden is, in de opvattingen van Hijmans en Paul Scholten, onder III, § 2, no. 10; § 4, no. 5.

## § 5. OVEREENKOMST-MODEL

twee (eenzijdige) rechtshandelingen. Ook de voorafgaande titel (art. 1269 v.) getuigt van dezelfde denktrant. De overeenkomst wordt in haar afzonderlijke verbintenissen ontleed. De term 'handeling' van art. 1349 krijgt een veel minder willekeurig karakter als men ziet dat ook in de artt. 1358 lid 2, 1361, 1376 lid 1, 1379 en 1386 van 'handelende partijen' en 'handelen' gewaagd wordt. Eenzelfde visie op de overeenkomst, als samengesteld uit twee zelfstandige rechtshandelingen komt naar voren in de artt. 1359, 1364 lid 1, 1365 (vgl. ook 1367), waar steeds sprake is van degeen die 'eene verbintenis heeft aangegaan'.

In de derde en vierde afdeling van titel 2 (resp. de artt. 1374 v., 1378 v.) overheerst echter het beeld van de overeenkomst als *rechtsverhouding* tussen twee personen. Vgl. de artt. 1376 lid 1, 1379, 1385. Art. 1374 lid 1 is in dit opzicht dubbelzinnig.

### 9. Conclusie. De wet biedt steun voor de hier verdedigde opvatting

Samenvattend kan men stellen dat in de eerste en tweede afdeling van titel 2, handelende over het ontstaan van verbintenissen uit overeenkomst en de daaraan te stellen eisen, de overeenkomst naar voren komt als gesplitst in twee op zich staande rechtshandelingen. In de derde en vierde afdeling, gewijd aan 'het gevolg' van overeenkomsten en de uitleg daarvan, overheerst de zienswijze waarbij de overeenkomst als *rechtsverhouding* tussen twee personen opgevat wordt.

Indien deze uitleg aanvaardbaar is, zou de door mij verdedigde opvatting steunen op de wet.

Het bereikte resultaat zal duidelijk maken, waarom deze wetsbeschouwing aan het slot van dit hoofdstuk een plaats vond. Wellicht dat deze beschouwing die burger moed geeft, die bij het inslaan van nieuwe wegen leiding van de wetgever verwacht. Een reisgids blijkt al aanwezig te zijn, die bruikbaar is ondanks de oude druk.

# Hoofdstuk IIIA. De toerekeningsleer

## Normatieve uitleg van rechtshandelingen

### § 1. SAMENVATTENDE BESCHOUWINGEN OMTRENT HET IN DE VORIGE HOOFDSTUKKEN INGESTELDE ONDERZOEK. DE TOEREKENINGSLEER

#### *1. Tendens van tweezijdige- naar eenzijdige rechtshandeling in de rechtspraak*

Het ingestelde onderzoek naar de betekenis van enkele rechtshandelingen in de rechtspraak, bracht verschillende zaken aan het licht. Allereerst valt de algemene tendens te onderkennen om traditioneel als *tweezijdig* opgevatte rechtshandelingen, als *eenzijdig* te beschouwen. Ten aanzien van alle hier behandelde rechtshandelingen geldt, dat er een vaste rechtspraak in die zin is gevestigd. De doctrine en het ontwerp-BW bieden echter ten aanzien van sommige rechtshandelingen een afwijkend beeld. De betaling wordt in de recente literatuur alleen door Bregstein en G. Hamaker als een tweezijdige rechtshandeling opgevat – t.a.v. de figuur van onverschuldigde betaling –, terwijl het ontwerp-BW het rechtskarakter van de betaling in het midden laat. De enkele keer dat dit niet het geval is, wordt evenwel Bregstein gevolgd. De kwijtschelding vindt als tweezijdige rechtshandeling iets meer steun onder de moderne schrijvers. In die zin Suijling, J. M. Polak (ten dele), en het ontwerp-BW. In zijn noot onder het *Arona – Stedehouder*-arrest (1937) wees Paul Scholten erop dat de rechter soms tot een overeenkomst-constructie komt, om een door de debiteur niet gewenste kwijtschelding ongeldig te kunnen verklaren<sup>1</sup>. Wat de overeenkomst betreft, hier is de kloof tussen rechtspraak en doctrine nog groter. Terwijl de hoge raad een ontwikkeling in de rechtspraak van een halve eeuw afsluit door in 1969 uitdrukkelijk te stellen dat aan een overeenkomst geen wilsovereenstemming ten grondslag hoeft te liggen (*Lindeboom – gem. Amsterdam*), is nagenoeg de gehele doctrine nog hecht in de ban van de consensusleer. Slechts het ontwerp-BW verwerpt in de *Toelichting* in een terloopse

1. Hetzelfde verschijnsel valt in de Amerikaanse jurisprudentie uit de twintiger jaren waar te nemen, waar de rechter soms bij de totstandkoming van overeenkomsten naar de obsoleete consensusleer grijpt, om een voor een der partijen bezwarend contract als niet tot standgekomen te beschouwen. Vgl. onder IV, § 1, no. 6.

opmerking de wilsovereenstemming als basis van de overeenkomst, waarbij echter niet ingezien wordt, dat daardoor het gehele stelsel van het ontwerp op losse schroeven gezet wordt. Onbekend is in de literatuur verder de opvatting, door mij met een beroep op de jurisprudentie verdedigd, dat aanbod en aanvaarding (eenzijdige) rechtshandelingen zijn, die een rechtsverhouding (overeenkomst) teweeg brengen. In de doctrine geldt als algemeen aanvaard de zienswijze, dat aanbod en aanvaarding 'onzelfstandige onderdelen' van de tweezijdige rechtshandeling overeenkomst zijn (aldus) o.a. Meijers, het ontwerp-BW).

Het ingestelde onderzoek<sup>2</sup> leidt derhalve tot de conclusie, dat *in het geldend recht voor het begrip tweezijdige (of meerzijdige) rechtshandeling geen plaats is*. In plaats van het rechtsgebeuren te verduidelijken en doorzichtig te maken, heeft de consensus-constructie – die om traditionele redenen ook in deze eeuw in de doctrine gehandhaafd werd – slechts verwarring teweeg gebracht, en mijns inziens de ontwikkeling van het privaatrecht belemmerd. En wel met name vanwege het feit, dat in die visie uiteindelijk de *wil* van beide partijen beslissend is voor de beoordeling of er een overeenkomst tot stand gekomen is<sup>3</sup>. Uit het rechtsvergelijkend onderzoek, hoofdstuk IV, blijkt dat de ontwikkeling in onze jurisprudentie parallel loopt met die in verwante rechtsstelsels op het continent, naast die in de common law landen.

## 2. Herformulering van de werkhypothesen. De toerekeningsleer

Dan is nu het punt gekomen om na te gaan in hoeverre de door mij in de Inleiding opgestelde werkhypothesen inzake de rechtshandeling en haar uitleg, de confrontatie met de rechtspraktijk doorstaan hebben. Zoals ik hierboven bij de behandeling van de diverse rechtshandelingen al aangaf, meen ik voor mijn visie steun te vinden bij de rechtspraak, met name ook bij die van de hoge raad. Korthedshalve volsta ik ermee op deze plaats te verwijzen naar die beschouwingen<sup>4</sup>. Nu de ontworpen hypothesen goede diensten hebben bewezen om het recht zoals dit in de jurisprudentie naar voren komt weer te geven, en daarnaast een bruikbare theoretische grondslag opleveren om de vele problemen die zich op dit terrein voordoen het hoofd te bieden, is het moment gekomen om conclusies te trekken. Hetgeen in de Inleiding bij wege van werkhypothese geformuleerd werd, kan op deze plaats

2. Ik ga hierbij van de veronderstelling uit, dat een analyse van hier niet onderzochte rechtshandelingen (zoals bijv. sommatie, bekentenis, beslaglegging, aanvaarding en verwerping van een nalatenschap, erkenning van een kind, bezitsverschaffing) in dit opzicht geen nieuwe gezichtspunten oplevert. Vgl. voor rechtshandelingen als de volmachtsverlening, bekrachtiging bij onbevoegde vertegenwoordiging, nog onder § 2, no. 12 v. en voor de testamentaire beschikking, § 3, no. 2. Vgl. voor de schenking J. van Schellen, *WPNR* 5132, (1971).

3. Vgl. voor de bezwaren verbonden aan de hantering van het wilsbegrip, hieronder no. 3.  
4. Vgl. I, § 1, no. 2 v. (betaling); § 2, no. 8 v. (opzegging); § 3, no. 9 v. (afstand van recht); II, § 1, no. 4 v.; § 2, no. 5 v.; § 4, no. 2 v. (aanbod en aanvaarding).



met stelligheid naar voren gebracht worden. In de hier verdedigde opvatting – die ik de *toerekeningsleer* zou willen noemen, staan derhalve de volgende stellingen centraal.

*Een rechtshandeling is een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldend recht – gezien de aard van de handeling, de omstandigheden waaronder, en de wijze waarop zij tot stand kwam – rechtsgevolgen ontstaan die de handelende toegerekend worden.<sup>5</sup> Onder de uitleg van een rechtshandeling wordt verstaan het vaststellen van de rechtsgevolgen die de handelende persoon toegerekend worden. Dit betekent de vaststelling – op grond van de voor het concrete geval geldende rechtsnorm(en) – dat ten opzichte van de handelende persoon verbintenissen ontstaan zijn en/of te niet gegaan zijn, en in het eerste geval, de bepaling van hun inhoud. Onder verbintenis wordt verstaan de gebondenheid van een persoon aan een rechtsnorm, die een in rechte afdwingbare verplichting tot een door die norm voorgeschreven handelen met zich brengt.<sup>6</sup>*

#### *3. Voordelen van de toerekeningsleer boven de wilsleer. De kloof tussen doctrine en rechtspraak*

Alvorens een en ander nader uit te werken, dient nagegaan te worden in hoeverre deze visie voorkeur verdient boven de gebruikelijke wilsleer, in haar subjektieve en objectieve versie. Als eerste argument kan gelden, dat de toerekeningsleer een theoretische grondslag aan de rechtshandeling geeft, die een sluitend systeem oplevert. In de wilsleer komt men, zoals wij zagen, op tal van gebieden in moeilijkheden, en ziet men om naar methodische lapmiddelen. Steeds betreft dat situaties waarin men zonder het ingenomen uitgangspunt (de niet-gebonden wil als grondslag van de rechtshandeling) in twijfel te willen trekken, de wil van de handelende tracht uit te rangeren. Bij de betaling zoekt men zijn toevlucht in de gedachte dat het hier geen rechtshandeling betreft (H. J. Hamaker, Losecaat Vermeer), of men komt met een nieuwe figuur – boter noch vis – de ‘reale Leistungsbewirkung’ of – ‘Tilgungsakt’ (Rutten, in navolging van Larenz). De opzegging stelt aanhangers van de wilsleer ook voor problemen. Zo stelt Houwing in zijn noten uit de vijftiger jaren – in afwijking van de hoge raad – dat de wil om op te zeggen niet aan de goede trouw getoetst kan worden, indien het contract op-

5. De klassieke omschrijving (art. 1270 BW) dat het handelen ‘een geven, een doen of een nalaten’ moet betreffen, gevolgd in art. 3.11.1 Nw BW, wordt hier niet gehanteerd. De noodzaak om een ‘geven’ naast een ‘doen’ te onderscheiden is m.i. niet aanwezig. Ook het zakenrechtelijk aspekt (vgl. *Toel.* p. 298) van het ‘geven’ — de levering — betreft steeds een doen of niet-doen. Met het oog op de figuur van bezitsverschaffing, zoals deze in het moderne recht ontwikkeld werd, is de term ‘geven’ een anachronisme.

6. Deze opvatting inzake de verbintenis wijkt af van de gangbare, door Rutten en het Nieuw BW verdedigde zienswijze. Vgl. daaromtrent onder, no. 6.

zegging 'te allen tijde' toestaat. Het ontwerp-Meijers, dat de opzegging tot de 'wilsrechten' rekent, hanteert hierbij de figuur van misbruik van bevoegdheid. Met betrekking tot de kwijtschelding komt Rutten door het aanvaarden van de wilsleer tot het standpunt, dat een weigering door de debiteur (op grond van een gerechtvaardigd belang) op deze eenzijdige rechtshandeling geen invloed heeft. Een standpunt dat derhalve grote overeenkomst vertoont met dat van Houwing ten aanzien van de opzegging. De laatste schrijver heeft op het terrein van afstand van recht eveneens moeite met de rechtspraak van de hoge raad, die hij als niet gerechtvaardigd aan de kaak stelt, omdat hij zou steunen op het fingeren van de wil. Indien men echter nièt van de wilsleer uitgaat, is diezelfde rechtspraak daarentegen in het geheel niet verwerpelijk, en geheel in overeenstemming met de op de overige terreinen van het recht door de cassatierechter toegepaste normatieve uitleg. Ook op een ander punt komt Houwing niet met de jurisprudentie van de hoge raad in het reine, en weer valt dit op zijn in de wil gelegen uitgangspunt terug te voeren. Indien een crediteur na ontvangst van een prestatie op grond van bepaalde gebreken uitdrukkelijk protesteert, maar desondanks van de prestatie gebruik maakt, kan – aldus de rechtspraak – er onder omstandigheden sprake zijn van afstand van recht. Voor een aanhanger van de wilsleer is dit een ongerijmdheid, aangezien de afgelegde protestverklaring juist aantoont dat de wil om afstand te doen niet aanwezig is, waardoor het onmogelijk wordt om hier van een rechtshandeling te spreken.<sup>7</sup>

Het aanbod levert voorstanders van het wilsbegrip ook grote problemen op. Met die zienswijze hangt samen de opvatting, dat het aanbod herroepelijk is: ook hier moet men vrij zijn om zijn wil naar eigen goeddunken te veranderen. Het kost nu heel wat hoofdbreken om dit standpunt met de eisen van de praktijk te verzoenen, Ruttens constructie leed voor de hoge raad schipbreuk (*Lindeboom – gem. Amsterdam*), hetgeen niet als verrassing kan komen, indien men de jurisprudentie van deze eeuw beziet. Het ontwerp-BW zoekt een correctie op de herroepelijkheid in de aan de verzendtheorie ontleende constructie – in navolging van Meijers – zonder daarvoor in eigen kamp veel bijval te kunnen oogsten. In de wilsleer heeft verder het vereiste van 'gericht zijn' van de verklaring – dit geldt zowel voor aanbod als aanvaarding – geen functie. Wèl toetst men de verklaring aan het vereiste dat zij de ander 'bereikt' moet hebben, een term die reeds tot misverstanden aanleiding gaf (vgl. II, § 3, no. 5). Dat men in deze visie de gerichtheid als feitelijke of subjektieve omstandigheid opvat, is overigens in strijd met de rechtspraak van de hoge raad (bijv. al *Stoom – Brood- en Scheepsbesluitfabriek – Kalden*, 1924). In de wilsleer kan men

7. Dezelfde gedachtengang leidde in het duitse recht tot de aanvaarding van de zgn. 'faktische Schuldverhältnisse' op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten (vooral t.a.v. de arbeidsovereenkomst en de maatschap, en verder adhesiecontracten). Vgl. daarvoor onder IV, § 2, no. 8. Een soortgelijke redenatie volgt Paul Scholten t.a.v. *de aanstelling*, die hij van de volmacht scheidt, vgl. onder, § 2, no. 12.

tenslotte geen verklaring geven voor het door de praktijk gewenste, en ook in de doctrine algemeen aanvaarde standpunt, dat het aanbod van kracht blijft ondanks dood of onder curatele stelling van de aanbieder. Ziet men het aanbod als rechtshandeling, dan is hier geen probleem (vgl. II, § 1, no. 6). Voor de figuur van aanvaarding valt hieraan nog toe te voegen, dat men in de wilsleer tot de gedachte komt, dat de vraag òf er van aanvaarding sprake is, een *feitelijke* vraag is, aldus bijv. ontwerp-BW, en Rutten (vgl. II, § 2, no. 3). Dit standpunt – overigens in strijd met de vaste rechtspraak van de hoge raad, waarbij vragen van uitleg in cassatie ten toets komen – heeft zoals te begrijpen valt repercussies op de procesgang, die mijns inziens ongewenst zijn.

Op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten is de wilsleer verantwoordelijk voor de vele theorieën die op dit stuk opgesteld werden. In de duitse doctrine leidde de wilsleer tot de constructie van de zoëven al genoemde zgn. 'faktische Schuldverhältnisse', die als hybride rechtsfiguren de bestaande verwarring omtrent het onderhavige leerstuk in niet geringe mate vergroot hebben.

Gelukkig werden zij in ons recht nog niet (bijv. door Rutten) geïntroduceerd, een eer die wel de 'reale Leistungsbewirkung' ten deel viel. Wat de bij ons heersende vernemings-ontvangsttheorie betreft, valt op dat aanhangers daarvan (bijv. het ontwerp-BW) belangrijke uitzonderingen op die leer aanbrengen, waarbij zonder nadere motivering het uitingsbeginsel gevolgd wordt. Het gaat hier o.a. om de gevallen waarin de verklaring van aanvaarding aan een derde gericht moet worden, en die waarin de aanvaarding in de vorm van uitvoeringshandelingen geschiedt (vgl. II, § 3, no. 7). In de door mij verdedigde uitingstheorie-nieuwe stijl, heeft men een sluitend stelsel, dat niet tot tegenstrijdige hulpconstructies behoeft te leiden. Ook op dit punt bevindt de heersende leer zich op slechte voet met de vaste jurisprudentie, die zoals al betoogd van het aan die leer ten grondslag liggende consensusbeginsel niets wil weten.

Bij dit exposé van methodische bezwaren die tegen de wilsleer in te brengen zijn, zal opgevallen zijn dat doorgaans aanhangers van de subjektieve wilsleer ten tonele verschenen. Men kan zich afvragen of op de *objektieve* wilsleer<sup>8</sup> eenzelfde kritiek mogelijk is. Naar ik meen is een bevestigend antwoord op zijn plaats. Zoals uit het onderzoek bleek, komt Suijling in grote lijnen tot dezelfde uitkomsten als de schrijvers die een subjektief wilsbegrip hanteren. Ook Suijling aanvaardt als categorie de 'wilsrechten', en noemt als kenmerk van de subjektieve rechten, dat zij een *wilsmacht* verlenen (figuren als opzegging en aanvaarding rekent schr. tot de subjektieve rechten – als zgn. 'rechten op rechtsvorming').<sup>9</sup> Als enige correctie op de hantering van de wilsmacht ziet Suijling de figuur van misbruik van recht, een zienswijze die men ook in de subjektieve wilsleer tegenkomt bijv.

8. Vgl. daaromtrent het boven, bij de *Inleiding* opgemerkte, no. 1.

9. Vgl. nog onder, no. 6.

bij Meijers.<sup>10</sup> Suijlings leerling Eggens, eveneens een voorstander van de geobjektiveerde wilsleer, heeft zich bij mijn weten over het merendeel van de hier onderzochte rechtshandelingen niet uitgesproken. Waar dat wel het geval is, bijv. ten aanzien van de kwestie van de herroeping van een aanbod, komt zijn constructie mij niet als de meest voor de hand liggende voor.

#### 4. *Praktische bezwaren tegen de wilsleer. Waar een wil is, is een weg*

Tegen de wilsleer – dit geldt voor beide versies – kunnen ook grote praktische bezwaren naar voren gebracht worden. Het gebruik van het zo pluriforme wilsbegrip roept allerlei vragen, en daarmee procedures op, die geen vrucht afwerpen. Indien men zich op de wil van de handelende baseert, vormen de eisen van het rechtsverkeer telkens weer een onoverkomelijke hindernis. Hierboven kwam dat herhaaldelijk naar voren bij de bespreking van procedures waarin een partij bij haar stellingen uitging van een subjectief opgevatte wil, als feitelijk vast te stellen psychische gesteldheid van een persoon. Men kan zich afvragen of dat niet anders ligt, indien men de wil als een objectief begrip opvat. Hanteert de rechter niet veelal de term de ‘bedoeling van partijen’, die hij dan op objectieve wijze inhoud geeft? Al is dat laatste juist – de rechter heeft al van oudsher geleerd te roeien met de doctrinaire riemen die er zijn – dit neemt nog niet de praktische bezwaren weg, die met die opvatting samenhangen. Ook al duidt men de term ‘wil’ in objectieve zin, men voorkomt daarmee niet het onuitroebbare misverstand, dat men met die term een psychische grootheid op het oog heeft<sup>11</sup>. Men komt er in die misvatting toe, te *bewijzen* dat die wil in kwestie ten tijde van de handeling anders gevormd was (feitelijk), dan door de ander (bijv. de wederpartij) beweerd wordt. Waar een wil is, is een weg, zo meent men dan. Dit wordt niet anders, als men de term ‘bedoeling’ hanteert. Op het terrein van de hier behandelde rechtshandelingen wemelt het van de procedures – ook in onze tijd – die in de aangegeven redenering hun oorzaak vinden. Hetgeen in mijn ogen niet anders is dan een verspilling van tijd en energie (en daardoor van geld) aan de zijde van justitiabelen en magistratuur. Een dergelijke situatie kan men mijns inziens alleen voorkomen door het roer om

10. Vgl. *Toel. Nw BW* p. 32. Eenzelfde constructie wordt in het franse recht gehanteerd m.b.t. de herroeping van een aanbod. Vgl. voor de figuur van misbruik van recht nog onder, § 2, no. 6.

11. Vgl. ook onder, III, § 6, no. 4, en voor eenzelfde verwarring in andere rechtsstelsels, hoofdstuk IV, o.a. § 1, no. 5. Op gelijke wijze roept de rechtsterm ‘betaling’ in de praktijk misverstanden op, doordat men meent dat slechts op een prestatie van het geven van *geld* gedoeld wordt. Dit wreekt zich dan t.a.v. de aktie uit onverschuldigde betaling, die men — zoals mij wel eens uit de praktijk ter ore komt — abusievelijk niet van toepassing acht op een prestatie in de vorm van een verrichte handeling.

te gooien, en een begrip dat tot de dag van vandaag tot zoveel misverstanden aanleiding heeft gegeven uit de terminologie te schrappen.<sup>12,13</sup>

*5. Karakter van de toerekeningsleer. Geen dogmatiek, maar een frame voor de rechtsvinding*

In nauw verband met deze op de praktijk gerichte opmerkingen, ligt hetgeen uit methodisch oogpunt betoogd werd. De hier verdedigde *toerekeningsleer* biedt mijns inziens grote mogelijkheden om de verbrokkelde, op negentiende-eeuwse leest geschoeide 'dogmatiek' om te smeden tot een hecht en sluitend stelsel. Een stelsel dat echter slechts een *frame* biedt, een rechtsstructuur, waarmee men bij de rechtsvinding – zoals hieronder nog nader uitgewerkt zal worden – de noodzakelijke ruimte behoudt om met inachtneming van de in casu geldende maatschappelijke inzichten, de zich voordoende rechtsvragen tot een oplossing te brengen. Een rechtssysteem niet als *doel op zich*, maar een hulpmiddel, een *instrument bij de rechtsvinding*. Een instrument dat, waar nodig, om bijstelling vraagt. Bij een aldus opgevatte toerekeningsleer blijven ontelbare vragen waartoe de klassieke dogmatiek aanleiding geeft de rechtzoekende bespaard, hetgeen wederom talloze procedures overbodig maakt. Men kan met de zwitser A. Meier-Hayoz stellen, 'dass es nichts Praktischeres gibt als eine gute Theorie'.<sup>14</sup> Ook deze schrijver kiest voor die theorieën 'die aus der Anschauung des Lebens heraus sich entwickeln, die von der Praxis herkommen und wiederum auf die Praxis hin gerichtet sind'.<sup>15</sup>

*6. De verbintenis. Kanttekeningen bij de toepassing van de wilsleer buiten het verbintenissenrecht*

Hierboven, vgl. no. 2, werd de volgende omschrijving van de verbintenis gegeven:

12. Ook in de moderne psychologie heeft het wilsbegrip geen emploi meer. Men werkt met begrippen als 'motivatie' e.d. Vgl. mijn opmerking in *WPNR* 5049 (1969), p. 317.

13. Vervanging van het wilsbegrip door het begrip *vertrouwen*, zoals in de vorige eeuw bepleit werd heeft evenmin succes gehad. Ook hier ontstond het misverstand dat op het *feitelijk* gewekte vertrouwen gedoeld werd, terwijl men bovendien over het hoofd zag dat in de vertrouwenstheorieën, slechts een *gerechtvaardigd* vertrouwen (of 'redelijk vertrouwen') relevant geacht werd. Vgl. voor deze materie nog onder, III, § 6, no. 3 en voor de overeenkomstige verwarring in buitenlandse rechtsstelsels, Hfdst. IV.

14. *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss*, diss. Zürich 1948, p. 239. Volgens schr. behoort de wilsleer tot de theorieën, 'die im Gehirn eines weltfremden Denkers geboren wurden und die von einer unpraktischen Rechtswissenschaft gehegt und gepflegt, schließlich ihren Weg in der Gesetzgebung finden'.

15. Zoals onder nog zal blijken, vgl. IV, § 2, no. 11, kan ik met de door schr. ontwikkelde Vertrauensleer echter niet instemmen.

Onder verbintenis wordt verstaan de gebondenheid van een persoon aan een rechtsnorm, die een in rechte afdwingbare verplichting tot een door die norm voorgeschreven handelen met zich brengt.

Ter toelichting nog het volgende.

Bij de omschrijving van de verbintenis liet ik de positie van degeen die dat handelen rechtens kan afdwingen buiten beschouwing. Zoals bekend, wordt dit aldus in de heersende leer omschreven, dat diegeen een *recht* met betrekking tot dat handelen heeft. Vergelijk bijv. de formulering van Asser-Rutten, dat . . . 'de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is'.<sup>16</sup> In het verlengde van die gedachtengang ligt de zienswijze, dat met de term verbintenis slechts een *vermogensrechtelijke* betrekking tussen personen aangeduid wordt.<sup>17</sup> Daarmee sluit men betrekkingen van 'zuiver familierechtelijke aard' uit. Ik vraag mij echter af, of dit de meest functionele weg is om dat doel te bereiken.

Mijn terughoudendheid op dit punt wordt nog versterkt, indien men ziet hoe in het ontwerp-BW de vermogensrechtelijke lijn doorgetrokken wordt. Bij de Inleidende Opmerkingen van de toelichting op Boek 6, wordt gesteld: 'Het ontwerp neemt als uitgangspunt, dat alleen bij rechtsplichten, waarmee een subjectief vermogensrecht correspondeert van degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, wordt gesproken van verbintenissen', p. 458. Dit heeft tot gevolg, dat in geval van wettelijke rechtsplichten en betamelijksheidsplichten 'niet van verbintenissen gesproken (kan) worden, omdat met deze rechtsplichten niet een subjectief vermogensrecht van de door de norm beschermde persoon correspondeert'. Hetzelfde geldt volgens het driemanschap voor rechtsplichten die uit eigendom, auteursrecht, etc. voortvloeien.

De visie van het ontwerp wijkt af van de heersende opvatting, waarin men spreekt van *verbintenissen* uit de wet (vgl. art. 1269 BW). Het is dan ook opmerkelijk dat de *Toelichting geen enkele adstructie aanvoert* voor de voorgestelde wijziging. Naar mijn mening valt niet in te zien waarom de materialistische en individualistische opvatting van het ontwerp gevolgd zou moeten worden – doch de bewijslast ligt hier mijns inziens bij degenen die de vernieuwing voorstellen, de ontwerpers. De overeenkomstige zienswijze van het ontwerp bij de afgrenzing van het begrip 'vermogensrecht' (vgl. art. 3.1.1.5), waarbij het begrip *stoffelijk voordeel* centraal staat, vindt men hieronder bestreden, vgl. § 5, no. 2.

De reden waarom ik in mijn omschrijving van de verbintenis buiten beschouwing liet of de situatie van degeen die bij de rechtens afdwingbare handeling een gerechtvaardigd belang heeft, weergegeven moet worden met

16. I, p. 3. Vgl. ook Diephuis X, p. 13. Bij Suijling heeft de verbintenis een veel ruimere betekenis, en dient als 'verzamelbegrip', vgl. *Inleiding* II - 1 (1934), no. 9.

17. Aldus Asser-Rutten I, t.a.p., zonder enige argumentatie. Vgl. echter *anders Hofmann-Van Opstall*, p. 4 v., met een overzicht van de literatuur. Vgl. i.h.a. nog Schoordijk, *WPNR* 4810 v. (1964).

de term 'recht', vindt vooral zijn oorzaak hierin, dat de literatuur inzake 'subjektieve rechten' te onzent nog steeds in de ban van de wilsleer is.<sup>18</sup> Niet voor niets spreekt men in dit verband van *wilsrechten*.<sup>19</sup>

Zonder direkt de zienswijze van Léon Duguit te willen volgen, waarin in het recht enkel verplichtingen en geen rechten bestaan<sup>20</sup>, wil ik hier volstaan met de opmerking dat deze materie, althans wat mij aangaat, nader doordacht moet worden. In dit werk kan die problematiek evenwel niet ten principale aan de orde gesteld worden.

Dan nog enkele opmerkingen met betrekking tot de plaats die de wilsleer inneemt bij de belendende percelen van het verbintennisrecht. De zoëven aangestipte problematiek inzake subjektieve rechten, bestrijkt ook het terrein van het zakenrecht. De wijze waarop bijvoorbeeld het eigendomsrecht in deze eeuw beperkingen heeft ondergaan, op basis van art.1401, wijst er reeds op dat voor een niet-individualistische visie op de 'zakelijke rechten' in het moderne recht plaats is. Zij werd bij mijn weten nog niet ontwikkeld.<sup>21</sup> Is de rol van de wilsleer op dit terrein een bedekte, op andere delen van het zakenrecht komt zij openlijk naar voren. Hierbij valt vooral te denken aan de wijze waarop men in de heersende leer bij de figuur van het *bezit* — ter onderscheiding van het houderschap — nog steeds het onderscheid hanteert dat door de hogepriester van de wilsleer, Von Savigny, ontwikkeld werd: *animus* naast *corpus*, welke beide elementen vereist zijn voor bezit. Een zienswijze die overigens al in de vorige eeuw door de practicus Von Jhering bestreden werd.<sup>22</sup> Ook hier voorkomt men dat de doctrine zich al te zeer van de behoeften van het rechtsverkeer vervreemt, door niet een psychisch, maar een geobjektiveerd wilsbegrip te aanvaarden.<sup>23</sup>

18. Vgl. bijv. Ph. A. N. Houwing, *Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon*, diss. Leiden 1939. In dezelfde geest Meijers, die voor de 'eigenlijke subjectieve rechten' de leer van 'le but social' verwerpt, vgl. onder, § 2, no. 6.

19. Bij G. W. Rupke, *Wilsrechten*, diss. Utrecht 1914, die deze term in roulatie heeft gebracht, ligt dit nog anders. Rupke onderscheidt — met verwerping van de zienswijze van Hegel en Thon — de 'individualistische' en de 'communistiche gedachte' (hij schrijft nog vóór 1917!). In de laatste door Rupke onderschreven gedachte wordt onder het begrip subjektief recht verstaan: 'de door het objectieve recht erkende bevoegdheid, daden te verrichten, die voor het recht betekenis hebben', p. 24. Eerst bij de uitoefening van het subjektieve recht komt volgens schr. het wilselement tevoorschijn. Het gaat om de openbaring van het individu, niet om een wilsheerschappij. Vgl. voor de meer recente literatuur, waarin de wilsleer aangehangen wordt, de beschouwingen van A. P. Timmermans en S. J. Bosma in *AA XIII* (1963), resp. p. 18 v., 83 v., en 57 v. De laatste spreekt van het wilsrecht als een 'bastaardbegrip'.

20. *Traité de droit constitutionnel I*, 2e dr. 1921, bestreden door Scholten, *Alg. Deel*, p. 18. Vgl. voor Duguit in de recente literatuur, C. K. Allen, *Law in the making*, 7 th ed. 1964, p. 39 v.; *Legal Duties*, p. 158 v. Duguit volgt de stelling van Comte — in de woorden van Allen — 'the only right which any man can possess is the right always to do his duty'. Vgl. voor Duguit nog verder onder, IV § 3, no. 5.

21. Vgl. ook nog Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, 1969, p. 179 v.

22. Vgl. Asser-Beekhuis II, p. 89 v.

23. Id. Beekhuis spreekt hierbij ook van de 'rechtskundige betekenis' van de wil, p. 94. Vgl. ook nog art. 3.5.2 Nw BW, met zijn formulering: 'de uiterlijke feiten naar verkeersopvatting' en voor de rechtspraak op dit terrein o.a. HR 3 april 1924. *NJ 567, Beckers - NV Thermos*, een uitspraak à la Von Jhering.

Tot welke problemen ook hier de handhaving van de overleefde wilsdogmatiek leidt, bewijst de problematiek rond bezit door middel van derden, en casusposities als die van het *Sio-arrest*, HR 22 mei 1953, *NJ* 1954-189. Hier vindt men de strijdvraag of een wil van een vertegenwoordiger 'zake-lijk gebonden' kan zijn (aldus o.a. Pitlo), of niet (aldus o.a. Houwing en J. Drion).<sup>24</sup> De scheidslijn die in de verbintenisrechtelijke doctrine te trekken valt tussen schrijvers die de normatieve-, en zij die de historisch-psychologische methode van uitleg voorstaan, gaat zoals hier blijkt ook voor het zakenrecht op.<sup>25</sup> Dit hoeft geen verwondering te wekken. De problemen waarvoor men in het verbintennisrecht gesteld wordt, bijv. ten aanzien van middellijke en onmiddellijke vertegenwoordiging, vinden in het zakenrechtelijk vlak slechts een herhaling.

Indien men inziet op welk negentiende-eeuws a priori de figuur van de bezitswil berust<sup>26</sup>, ligt de weg open om het zakenrecht van een nieuwe grondslag te voorzien, welke meer aan de huidige in de praktijk geldende inzichten met betrekking tot de rechtsvinding aangepast is. Een poging daartoe valt echter buiten het bestek van deze studie.

Ook voor een onderzoek naar de werking van de wilsleer in het erfrecht en het bewijsrecht is in dit werk geen plaats. Vgl. voor de in het erfrecht centraal staande figuur van de 'uiterste wilsbeschikking', in het bijzonder wat betreft de zich daarbij voordoende uitlegproblemen, mijn beschouwingen in het *WPNR* van 1969.<sup>27</sup> Op die rechtsgebieden heeft naar mijn mening de wilsleer evenmin een bestaansgrond. Bij dit obiter dictum moet het hier echter blijven.

Om terug te keren tot het verbintennisrecht, het onderhavige hoofdstuk vertoont de volgende indeling. Een nadere bestrijding van prominente aanhangers van de wilsleer als Meijers, Van der Heijden en Rutten, die geboden lijkt gezien het grote gezag dat deze schrijvers hebben wordt nog aangehouden<sup>28</sup>, om allereerst de hier verdedigde toerekeningsleer nader uit te werken. De daarbij gevonden oplossingen zullen steeds aan die van de heersende leer getoetst worden. In de volgende paragraaf wordt het rechtskarakter van de

24. Vgl. hieromtrent Asser-Beekhuis II, p. 111. Beekhuis sluit zich (onder voorbehoud) bij Pitlo aan.

25. Vgl. voor die controversen nader § 3, no. 1 v.

26. Vgl. de omschrijving die J. A. Levy van de soevereiniteit van de wil gaf: een 'zeepbel, die verdwijnt, zoodra men haar schitterend schijnsel van nabij beschouwt', *Nw. Bijdr.* 1881 p. 368.

27. *De methode van uitleg bij testamenten*, etc. *WPNR* 5048-5050. Vgl. ook nog onder § 3, no. 2, in fine. Ook op dit terrein behoort Meijers (daarin gevolgd door Van der Ploeg) tot de voorstanders van de op de wilsleer gebaseerde historisch-psychologische uitlegmethode, terwijl Eggens in het andere kamp thuis hoort, vgl. mijn artikel. In het bewijsrecht vormt Eggens de tegenhanger van Anema (die door Verdam gevolgd wordt), die de wilsleer aanhangt. Eggens huldigt de 'objectieve vertrouwensleer', waarin de aan partijen toegerekende wil niet een rechtsfictie is, maar een 'rechtsfixatie', vgl. Land-Eggens, 1933, p. 22, nt. 2.

28. Vgl. daarvoor onder, III, §§ 7, 8. Daar vindt men ook de buitenlandse literatuur op dit stuk verwerkt.



uitleg aan een nader onderzoek onderworpen, hetgeen besloten wordt met enkele opmerkingen omtrent de rechtsvinding in het algemeen (2b) en een beschouwing over de vertegenwoordigingsfiguur (2c). In § 3 komt het traditionele leerstuk van de 'uitleg van overeenkomsten' aan de orde, terwijl in § 4, een onderzoek ingesteld wordt naar de grens tussen de rechtshandeling in de hier verdedigde zin, en de klassieke rechtsfiguren van de rechtmatige en onrechtmatige daad. Tenslotte vraagt de grens tussen rechtshandeling en feitelijke handeling de aandacht (§ 5).

#### § 2. NADERE UITWERKING VAN DE TOEREKENINGSLEER. HET RECHTSKARAKTER VAN DE UITLEG

##### a. Normatieve uitleg: uitleg opgevat als rechtsvinding

###### *1. Inleiding. Casus: Trierer Weinversteigerung. Methode van rechtsvinding; elke rechtsnorm is een blanketnorm*

Hierboven werd, in aansluiting op de omschrijving van de rechtshandeling, uitleg omschreven als de vaststelling *welke* rechtsgevolgen de handelende op grond van in casu geldende rechtsnormen toegerekend worden, hetgeen betekent de vaststelling van de verbintenissen die ten opzichte van de handelende zijn ontstaan en/of tenietgegaan. Tot dusver werd slechts opgemerkt, dat die vaststelling een *normatief* proces inhoudt, aangezien zij door rechtsnormen gedicteerd wordt. Dan is nu het moment gekomen, om dit aspect aan een nader onderzoek te onderwerpen. Ik zou de vraag naar het rechtskarakter van de uitleg, naar wat hier met 'normatief' bedoeld wordt, willen concretiseren aan de hand van een analyse van de wijze waarop men bij de uitleg van een handeling te werk gaat.

Als casuspositie zou ik het klassieke geval van de 'Trierer Weinversteigerung' willen nemen. A is op een veiling aanwezig en steekt tijdens het bieden zijn hand op. De veilinghouder G neemt het aanbod aan met een hamerslag. A, tot betaling aangesproken, stelt dat hij met het opsteken van zijn hand slechts beoogde een oude vriend te groeten die hij plotseling in de zaal zag zitten, zodat in casu van geen bod sprake is. Rechtsvraag: Mag G de handeling van A als rechtshandeling (aanbod) opvatten? Anders gesteld: Heeft A's handeling als rechtshandeling te gelden?

De beantwoording van deze uitlegvraag bestaat uit een combinatie van een onderzoek naar de feiten, en een onderzoek naar de voor die situatie geldende rechtsnormen. Dat laatste brengt voor de uitlegger – na raadpleging van wet, gewoonte, jurisprudentie, en de gangbare rechtsopvattingen zoals die in doctrine en praktijk leven – als rechtsnorm aan het licht: 'Inge-

volge bestendig gebruik geldt opsteken van een hand tijdens het bieden op een veiling onder omstandigheden als bod van de handelende persoon. Daartoe is in elk geval vereist, dat de handelende met het gebruik bekend was of behoorde te zijn, dat hij redelijkerwijze moest begrijpen dat er een veiling gaande was, en dat de veilinghouder te goeder trouw was'.<sup>29</sup> Uit deze omschrijving blijkt reeds, dat het formuleren van de norm op zich al een daad van 'rechtsvinding' betekent.<sup>30</sup>

En wederom is sprake van rechtsvinding indien men de norm met de feiten confronteert, en aldus de uitleg tot een einde brengt. Voor een beoordeling van beide stadia van rechtsvinding — die in wezen *één organisch geheel* vormen<sup>31</sup> — is uiteraard van groot belang, welke zienswijze men ten aanzien van de rechtsvinding in het algemeen inneemt. Naar ik meen geldt in de heersende rechtsopvatting de klassieke deductieve methode, waarbij aan de hand van een syllogisme het concrete geval onder de regel gesubsumeerd dient te worden<sup>32</sup>, als afgedaan.<sup>33</sup> Wat evenwel onder de moderne methode van rechtsvinding verstaan moet worden, laat zich niet in één pennestreek weergeven. Ik geef hier mijn mening, om hieronder nog daarop in het kort terug te komen. Elke rechtsnorm — om het even of zij tot het 'ongeschreven' recht dan wel tot het 'geschreven' recht<sup>34</sup> behoort — is naar mijn mening een *blanketnorm*, d.w.z. een *open* norm, die eerst na invulling van de concrete feiten zijn gestalte krijgt. *De rechtsnorm manifesteert zich pas in zijn toepassing op het concrete geval.* In haar statische verschijning is de norm slechts een juridisch frame, om het wat onaardiger te zeggen, een gemeenplaats. In de huidige rechtspraak en wetgeving valt die verschijning niet meer weg te denken, vervat in formuleringen als: 'onder omstandigheden', 'in den regel', 'tenzij de goede trouw zich daartegen verzet', 'naar redelijkheid en billijkheid'.<sup>35</sup>

In de gegeven casuspositie confronteert men nu de opgestelde (blanket)-norm met de feitenconstellatie. Van dat laatste zal afhangen hoe de norm

29. Als men deze norm formuleert enkel met behulp van de term 'in de regel' — hetgeen gebruikelijker is — dan heeft men het oog op 'normale' omstandigheden, die de 'regelmaat' aangeven. Omstandigheden die in mijn formulering expliciet aan de orde kwamen.

30. De aldus omschreven norm vormt op zich al een concretisering van de algemene rechtsnorm: een ieder dient zich aldus te gedragen, als in het maatschappelijk verkeer betaamt.

31. Men heeft immers bij de formulering van een rechtsnorm al in het achterhoofd op welke feiten hij toegepast moet worden. Wat netter gezegd: het is een anticiperende werkzaamheid.

32. In casu zou dat syllogisme als volgt luiden. *Maior*: Een ieder die zijn hand opsteekt tijdens het bieden op een veiling, doet een bod. *Minor*: A heeft zijn hand tijdens het bieden op een veiling opgestoken. *Conclusie*: A heeft een bod gedaan.

33. Vgl. m.b.t. de algemene aspecten van de rechtsvinding nog onder § 2b, no. 9 v.

34. Vgl. voor de op de wet berustende norm, nog onder, no. 10.

35. Men spreekt in dit verband van 'vage normen', vgl. in die zin o.a. J. M. Polak, *Theorie en praktijk der rechtsvinding*, diss. Leiden 1953. Ook in de wetgeving van oudere datum, komt men veel blanketbepalingen tegen, waardoor de rechtsontwikkeling de vrije loop gelaten werd, ik noem slechts de artt. 1374 en 1375 BW. Een veel gehanteerde blanketformulering is ook: 'indien daartoe gronden aanwezig zijn'. Vgl. onder, ad. art. 739 Rv., § 2, no. 3 en ad art. 1280 BW, § 3, no. 9.

zich realiseert, hetgeen bepalend is voor het resultaat van de uitleg. Aan de geformuleerde norm werden door mij al enkele 'omstandigheden' – als men in regels denkt: 'uitzonderingen' – toegevoegd. Er kan zich echter de omstandigheid voordoen – de werkelijkheid is grilliger dan de stoutste fantasie – dat de norm zoals dat in de wandeling heet, 'verfijnd' wordt. De aldus ontstane nieuwe versie van de norm vindt, evenals de al door mij omschreven versie zijn grondslag in de algemene norm waarop het hele privaatrecht grondvest is, nl. dat men zich aldus heeft te gedragen, als in het maatschappelijk verkeer betaamt. Of om het adagium te gebruiken dat de romeinen aan vele generaties van juristen hebben voorgehouden: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*.

Is deze visie juist, dan kan men stellen dat de uitleg zèlf *een daad van rechtsvinding is*, in de aangegeven zin. Uitleg van een (rechts)handeling is derhalve het *op grond van in casu geldende rechtsnormen toerekenen van rechtsgevolgen aan een handelende persoon*. Het is om dit creatieve proces weer te geven, dat hier van *normatieve uitleg* gesproken wordt.

Uit het hier gestelde komt eveneens naar voren, dat als men de *wil* van de handelende persoon niet langer als grondslag voor zijn gebondenheid in rechte aanvaardt – een visie waarin de uitleg gereduceerd wordt tot het vaststellen van die feitelijk gedachte wil –, het alternatief niet hoeft te zijn dat men 'het vertrouwen' als nieuwe grondslag aanvaardt, gelijk in de vorige eeuw gepropageerd werd. Boven werd al gewezen op de begripsverwarring die daardoor ontstaat. Het uitgangspunt van de vertrouwenstheorieën is niettemin juist. Indien men evenwel analyseert waarom in een bepaalde situatie het door de handelende gewekte gerechtvaardigde vertrouwen zijn gebondenheid veroorzaakt, kan men concluderen, dat in casu een *rechtsnorm* dat voorschrijft. Een norm die ofwel tot het 'geschreven' recht (bijv. art. 1910 BW), ofwel tot het 'ongeschreven' recht behoort (bijv. het 'vertrouwensbeginsel', zoals aanvaard i.g.v. versprekingen of verschrijvingen). Zoals opgemerkt, heeft het uitleggingsproces opgevat als rechtsvinding, een tweeledig karakter: enerzijds dient voor het concrete geval een (blanket)norm opgesteld te worden ('geldt hier het beginsel van de opgewekte schijn?'), anderzijds is de (nadere) concretisering vereist van die open norm met behulp van de omstandigheden van het geval. Ik bracht al naar voren, dat beide aspecten van de rechtsvinding in mijn opvatting een synthese vormen, en niet als twee van elkaar onafhankelijke processen gezien moeten worden.

## 2. Betekenis van een rechtsverhouding voor de uitleg van handelingen. Twee wegen bij de rechtsvinding. Drie casus

Tot dusver was steeds voorwerp van uitleg een menselijke *handeling*, waarbij het erom ging, te bepalen of die feitelijke handeling als rechtshandeling

## § 2. UITWERKING VAN DE TOEREKENINGSLEER

te gelden heeft. Welke rol speelt hierbij de omstandigheid, dat de handelende persoon in een *rechtsverhouding* staat met degeen tot wie de handeling gericht werd? Is nu die *rechtsverhouding*, bijv. – in mijn opvatting – de overeenkomst die tevoren aangegaan werd, voorwerp van uitleg, met voorbijgaan van de handeling zelf? Of worden beide figuren tegelijk aan uitleg onderworpen? Om op deze vragen antwoord te kunnen geven, dient eerst duidelijk te worden, om wat voor uitlegproblemen het hier gaat.

In de jurisprudentie die in de vorige hoofdstukken geanalyseerd werd, zag men dat twee wegen door de rechter bewandeld werden. Soms gaat men van de *handeling* zelf uit, en tracht door uitleg tot de vaststelling te komen van een rechtshandeling (opzegging, afstand van recht, nakoming e.d.). In andere gevallen concentreert men zich bij de uitleg op het contractuele *recht* (c.q. de verplichting) waarop de handeling gebaseerd werd, en lijkt de handeling zelf geen rol te spelen. Dit valt aan de hand van een paar voorbeelden te verduidelijken.

Allereerst een handeling die in een *doen* bestaat. Stel dat een contract een beding inhoudt, dat een partij (X) 'te allen tijde' mag opzeggen. X doet op een goede dag zijn wederpartij Y een mededeling, waarbij hij de overeenkomst voor opgezegd verklaart. Y stelt zich desondanks op het standpunt dat de overeenkomst niet beëindigd is. De opgeworpen rechtsvraag luidt: heeft de overeenkomst een einde gevonden, doordat de mededeling van X als opzegging te gelden heeft? In de als eerste aangegeven benaderingswijze, onderzoekt men of de mededeling bij normatieve uitleg een *rechtshandeling* oplevert, op de boven omschreven wijze. Uitgangspunt bij de rechtsvinding is de contractuele norm – overduidelijk een blanketnorm –: 'X mag te allen tijde de overeenkomst door opzegging beëindigen'. Toevoeging van de omstandigheden van het geval als ingrediënten van de rechtsvinding, kán als slotsom opleveren – in algemene termen gesteld – dat de mededeling van X onder de geldende omstandigheden niet als rechtshandeling aangemerkt kan worden.<sup>36</sup>

In de als tweede genoemde methode, onderwerpt men het *recht* van X om op te zeggen aan een onderzoek.<sup>37</sup> Dat recht – doorgaans 'bevoegdheid' genoemd in het juridische spraakgebruik – berust op de bewuste contractsbepaling, derhalve op een contractsnorm. Ook hier stuit men dus op de noodzaak deze blanketnorm inhoud te geven door het proces van rechtsvinding. Aan de aldus gevonden norm ontleent het daarmee corresponderende recht zijn inhoud. Tenslotte dient men de feitelijke handeling (de mededeling van X) aan het aldus bepaalde recht te toetsen. Valt die toets positief

36. Aldus bijv. Rb. Den Haag in *Electriciteits-Mij Wassenaar - Timmers* (1927) en Rb. Rotterdam in *Scheepswerf De Hoop - Transport Mij 'Terneuzen'* (1931); vgl. boven, I, § 3, no. 10.

37. Aldus bijv. de hoge raad in *Sanders - Sanders* (1966); vgl. boven, I, § 2, no. 11.

uit, dan heeft men te maken met een rechtshandeling, en daarmee heeft men in deze methode het gestelde eindpunt bereikt.<sup>38</sup>

Vervolgens een tweetal voorbeelden, waarbij een handeling in de vorm van een *niet-doen* in het spel is. Y is verzekerd bij X tegen schade die uit bepaalde evenementen kan voortvloeien. Op grond van een dergelijk evenement loopt Y schade op, Y vordert van X vergoeding van de schade uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst. X weigert dit met als argument, dat Y de polisbepaling *z* niet nageleefd heeft, met als gevolg – krachtens dezelfde bepaling – dat X niet tot uitkering verplicht zou zijn. Rechtsvraag: heeft het niet-doen van X als rechtshandeling te gelden? Hierbij zijn voor de uitlegger twee rechtshandelingen ter keuze: de betaling (nakoming), en – de tegenpool daarvan – wanbetaling (wanpresteren).

In de eerste methode vormt weer de handeling van X voorwerp van uitleg. Daarbij staan de in art. *z* van de polis neergelegde blanketnorm en tevens de omstandigheden van het geval, centraal. In de tweede methode – het relaas kan bekort worden – wordt het zoeklicht gericht op het recht (de bevoegdheid) van X om zich op art. *z* te beroepen<sup>39</sup>, vgl. boven.

Als laatste casus het geval dat Y ter uitvoering van een overeenkomst zijn wederpartij X een bepaalde zaak levert. Geruime tijd na de levering tot betaling aangesproken, weigert X zijnerzijds na te komen, met de mededeling dat de prestatie van Y niet overeenkomt met de contractueel (ex art. *t*) voorgeschreven prestatie. Rechtsvraag: heeft het niet-doen van X in het tijdperk tussen de levering en zijn mededeling aan Y, als rechtshandeling te gelden?

In de eerste methode wordt onderzocht of het niet-doen van X (het niet reklameren ex art. *t* van het contract) als afstand van recht geduid moet worden, op de eerder omschreven wijze.<sup>40</sup> In de tweede methode concentreert men zich weer op het recht van X om zich op art. *t* te beroepen, dat door middel van uitleg vastgesteld wordt.<sup>41</sup>

Indien men zich nader bezint op de hantering van de beide – ook in de rechtspraak – gehanteerde methoden, dan valt op, dat al naar mate de handeling in kwestie in de doctrine minder bekendheid geniet als rechtshandeling, de rechter geneigd is de ‘tweede’ methode te volgen, en de vaststelling van de bevoegdheid tot handelen centraal te stellen. Voor de opzegging (de eerste casus) valt te wijzen op *Sanders - Sanders* (1966).

38. In het daareven genoemde arrest vindt in de overwegingen van de hoge raad een geruisloze overgang plaats van de uitleg van de *bevoegdheid* tot opzegging (in casu m.b.t. een overeenkomst van bruikleen), naar de opzeggingshandeling zelf, die ‘slechts kan plaatsvinden om redenen als door het Hof . . . zijn omschreven’, vgl. boven, t.a.p.

39. In de laatste zin, het *rederij Koppe*-arrest (1949) vgl. onder, no. 3.

40. In deze zin bijv. de arresten *Kerstholt - Rasker* (1927) en *Borsje - De Hoop* (1932), vgl. boven, I, § 3, no. 10.

41. In de jurisprudentie wordt dit doorgaans tot uitdrukking gebracht met de formulering, dat onder de gegeven omstandigheden een beroep op het recht in kwestie in strijd is met de goede trouw, vgl. bijv. *Maaskant - De Oude* (1952), *Vita - Leeuwerke* (1963), vgl. I, § 3, nos. 11, 13. Vgl. voor deze materie ook nog onder, no. 7.

Eenzelfde tendens lijkt mij te bestaan ten aanzien van het tweede geval (betaling/wanbetaling), vgl. het *rederij Koppe*-arrest (1949). Hier geldt – sterker dan in het eerste geval – dat de doctrine verdeeld en onduidelijk is ten aanzien van het rechtskarakter van de (rechts)handelingen in kwestie, hetgeen de keus tussen beide methoden zeer wel beïnvloed kan hebben ten gunste van de tweede. Op het terrein van de derde casus (afstand van recht/rechtsverwerking ligt dat anders. Daar bestaat in de doctrine eenstemmigheid over het karakter van afstand van recht, nl. als zijnde een eenzijdige rechtshandeling. Men ziet dan ook dat de hoge raad in de recente jurisprudentie beide methoden naast elkaar als bruikbaar aanwijst, vgl. bijv. *Maas-kant - De Oude* (1952). In de eerste helft van deze eeuw werd – zoals beschreven – voornamelijk de eerste methode gevolgd.

### 3. *Analyse van de beide wijzen van rechtsvinding. De leer van de HR inzake uitleg van bevoegdheid*

Dan dient nu bezien te worden, hoe beide methoden die door de rechter bij de rechtsvinding gevolgd worden, zich ten opzichte van elkaar verhouden. In dat verband laat zich de vraag stellen, of het wel juist is om zoals hier geschiedt, wanneer de rechter het over de bevoegdheidsboeg gooit, dit aan te merken als normatieve uitleg van die bevoegdheid (alias dat recht). Ter weerlegging van dat bezwaar, kan allereerst een beroep gedaan worden op een arrest van de hoge raad, dat een ‘leading case’ op het gebied van uitleg is, al vond het als zodanig – om het zacht te zeggen – nog geen erkenning. Ik denk daarbij aan het al genoemde *rederij Koppe*-arrest. Dit arrest werd in de heersende wilsleer ten onrechte verguisd, vooral door toedoen van Houwings noot onder het arrest. Onder verwijzing naar de nog volgende uitvoerige behandeling van deze materie<sup>42</sup> kan hier volstaan worden met het aanhalen van het dictum van de hoge raad.

‘dat het Hof in de eerste plaats de “situatie” in de wereld van verzekeraars, makelaars en assurantiebezorgers te Amsterdam en Rotterdam heeft getekend, waarin de onderhavige verzekering door de Fa. Blom en van der Aa voor Koppe is afgesloten met de Zwitserse;

dat als het Hof, *uitsluitend onder inroeping van die situatie*, oordeelt, dat, indien al beroep op de betrokken bepalingen kan worden gedaan, de goede trouw in ieder geval meebrengt, het beroep op art. 6 van de polisvoorwaarden te beperken tot de gevallen, waarin het beroep, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten, *het Hof dus doende die voorwaarde heeft uitgelegd;*

dat het Hof immers in dit oordeel bedoelde uit te drukken, dat, al staat letterlijk genomen in art. 6, dat de verzekerde 14 dagen na het vervallen van de premie zijn aanspraken op schadeloosstelling verliest, een *redelijke uitleg* van deze en soortgelijke zinswendingen in polissen in dezen tak van verzekering voorkomende *meebrengt, dat zij worden verstaan in de betekenis, welke daaraan in voormelde wereld wordt gehecht,*

42. Vgl. onder, § 3, no. 5.

### III. DE TOEREKENINGSLEER

te weten dat de verzekeraar *bevoegd is* na ommekomst van die 14 dagen een aanspraak van den verzekerde af te wijzen, *indien zulks, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten*;

dat het Hof vervolgens een vijftal omstandigheden heeft vastgesteld, waaraan het Hof toetst, of te dezen afwijzing al dan niet redelijk was te achten;

dat uit een en ander blijkt, dat het Hof niet, zoals het middel wil, wijziging heeft gebracht in hetgeen tussen partijen is overeengekomen, doch, *na vaststelling van de betekenis van hetgeen overeengekomen was, op den grondslag daarvan zijn beslissing van het onderhavige geval heeft gegeven*;' (mijn curs.).

Bij de beoordeling van het dictum dient men in het oog te houden, dat het cassatiemiddel opgesteld was onder invloed van het sarong- en weefgetouwsyndroom: de rechter mag niet op grond van de goede trouw het uitdrukkelijk overeengekomene wijzigen of opzij zetten.<sup>43</sup> Terzake is dus slechts of het hof bij de vaststelling dat het beroep op art. 6 beperkt wordt door de goede trouw<sup>44</sup>, het bewuste art. 6, — hetwelk de norm bevat die hier bij de rechtsvinding centraal staat — 'uitgelegd' heeft, dan wel 'gewijzigd' heeft. Ook in deze situatie blijkt de hoogste rechter een *normatieve* methode van uitleg voor te staan, vgl. de zoëven aangehaalde overwegingen. Het is te begrijpen dat een aanhanger van de wilsleer, in de mening dat uitleg niet anders kan zijn dan het opsporen van de subjektieve bedoeling van de partij(en) in kwestie, met de uitspraak van de hoge raad niets kan beginnen, en hem daarom ook maar een 'dubbele fictie' aanwrijft, gelijk Houwing in zijn noot doet.<sup>45</sup> Op deze plaats is vooral nog van belang de voorstelling van zaken van de cassatierechter, nl. dat het hof na vaststelling van de betekenis van hetgeen overeengekomen was, op de grondslag daarvan zijn beslissing in het onderhavige geval heeft gegeven. En wel door aan de hand van een vijftal omstandigheden te toetsen 'of te dezen afwijzing al dan niet redelijk is te achten', vgl. de voorlaatste hier aangehaalde overweging. Doordat deze toets negatief uitviel, hield de beslissing in, dat de handeling van de verzekeraar (nl. niet uitkeren) als wanprestatie uitgelegd werd. Hetgeen betekent, dat de uitleg van die handeling hier meebrengt, dat de handelende persoon de rechtshandeling wanbetaling toegerekend krijgt.

Deze benaderingswijze, waarbij de *bevoegdheid* waarop de handeling in kwestie berust voorwerp van uitleg vormt, alvorens men tot de uitleg van de *handeling* zelve kan overgaan, wordt door de hoogste rechter ook op

43. Hierbij heeft 'het uitdrukkelijk overeengekomene' een *statische* betekenis, die a.h.v. een grammatikale, of wel historisch-psychologische uitlegmethode vastgesteld wordt. De goede trouw komt in die visie geen plaats bij de uitleg toe, doch slechts bij *wijziging* van het overeengekomene, indien de wet dat toelaat. Een vraag die de hoge raad in de twintiger jaren in negatieve zin beantwoordde. Een gedachtengang die ook Meijers volgde — al bestreed hij met vele anderen de conclusie van de hoogste rechter — en die in art. 6.5.3.11 Nw BW terug te vinden is. Vgl. hieromtrent ook nog onder § 3, no. 9 in fine.

44. Vgl. over die constructie nog nader hieronder, no. 7.

45. Vgl. hiervoor onder, § 3, waar de 'uitleg van overeenkomsten' uitvoeriger ter sprake komt.

## § 2. UITWERKING VAN DE TOEREKENINGSLEER

tal van andere rechtsgebieden gevolgd. Zo overwoog de hoge raad met betrekking tot de bevoegdheid een faillissement te doen uitspreken:

‘dat toch de bevoegdheid om een faillissement uit te lokken – zooals de aard van dit rechtsmiddel mede brengt – den schuldeischer slechts *is gegeven om daarmede zijn rechtmatige belangen te beschermen*, en van dit rechtsmiddel *niet een willekeurig en met het oog op die belangen onnoodig, gebruik kan worden gemaakt, vermits zoodanig gebruik buiten de grenzen der door de wet verleende bevoegdheid valt*’.<sup>46</sup>

Nog principiëler zijn de overwegingen die in een recenter arrest aan deze kwestie werden gewijd.<sup>47</sup> Ook hier betreft het een bevoegdheid die op de wet gebaseerd is – hetgeen niet om een andere methodiek vraagt vergeleken met de op een contractsbepaling berustende bevoegdheid – nl. om conservatoir beslag te leggen. In het geding was de vraag, of de beslaglegger slechts tot schadevergoeding verplicht is, indien hij onzorgvuldig heeft gehandeld.<sup>48</sup> De hoge raad meent dat indien de vordering tot van waardeverklaring afgewezen wordt, de ‘gronden’ als bedoeld in art. 39 Rv. aanwezig moeten worden geacht, en geeft daarbij de volgende motivering:

‘dat toch het inruimen van de bevoegdheid om ter verzekering van een vordering waarvan het bestaan in rechte nog niet is vastgesteld, een conservatoir beslag te leggen en daardoor aan anderen het vrije beschikkingsrecht over hun eigendommen te ontnemen, alleen dan *maatschappelijk gerechtvaardigd* kan worden geacht, indien de beslagenen er verzekerd van kunnen zijn, dat de door de beslagen geleden schade hun zal worden vergoed, als de vordering tot vanwaardeverklaring wordt afgewezen;

dat daarom een redelijke wettoepassing er toe leidt om aan te nemen, dat degene die een conservatoir beslag legt, *voor eigen risico handelt, met dien verstande dat de door het beslag geleden schade* – bijzondere omstandigheden daargelaten – *door hem moet worden vergoed*, indien het beslag ten onrechte gelegd blijkt te zijn, en dat het aan zijn aansprakelijkheid voor deze schade niet kan afdoen dat hij, op verdedigbare gronden van het bestaan van zijn vorderingsrecht overtuigd, bij het leggen van het beslag niet lichtvaardig heeft gehandeld’ (mijn curs.).

In vele opzichten is dit arrest van groot belang. Hier is voor ons slechts aan de orde, de wijze waarop het college de bevoegdheid om beslag te leggen benadert. De beslaglegging zelf is een rechtshandeling, die gerelateerd wordt aan de in de wet verleende bevoegdheid tot die handeling. Die bevoegdheid wordt door de hoge raad aldus uitgelegd dat zij ‘maatschappelijk gerechtvaardigd’ genoemd kan worden. De uitleg van de *bevoegdheid* – vgl. de als eerste aangehaalde overweging – is bepalend voor de uitleg van de *handeling* zelf – vgl. de als tweede aangehaalde overweging –. De slotsom is, dat degene die de rechtshandeling verricht (de beslaglegger), een rechtsgevolg van zijn handelen toegerekend krijgt: nl. de verbintenis om de scha-

46. HR 26 juni 1942, NJ 585, *request Weegewijs* (mijn curs.); in dezelfde zin, HR 4 sept. 1942, NJ 617, *request Twentsche Bank*.

47. HR 15 april 1965, NJ 331, nt. D. J. V., *Snel - Ter Steege*.

48. Art. 739 Rv. geeft slechts de — door de wetgever wel meer gehanteerde — blanketformule ‘indien daartoe gronden aanwezig zijn’.



de uit hoofde van het gelegde beslag te vergoeden. Bij deze normatieve methode van uitleg die men hier gehanteerd ziet, geschiedt de eerste fase (uitleg van bevoegdheid) onder de vlag van 'redelijke wetstoepassing'.<sup>49</sup> Opmerkelijk is, dat bij deze wetsuitleg de 'bedoeling van de wetgever', de wetshistorie e.d. geen enkele rol spelen. Het nut van de als blanketnorm geformuleerde wetsbepaling (art. 739 Rv.), is hiermee naar mijn mening weer bewezen. De maatschappelijke rechtsopvattingen ten tijde van de uitleg kunnen op die wijze hun werking op de rechtsvinding uitoefenen, sans gêne.

Na deze uiteenzetting omtrent de in de rechtspraak gevolgde methoden van rechtsvinding is het moment gekomen om een oordeel over de twee wijzen van benadering te vellen. Uit de zoëven besproken arresten – die ik voor de methode van rechtsvinding als standaardarresten beschouw – *Sanders - Sanders, Rederij Koppe*, de requesten *Weegewijs* en *Twentsche Bank, Snel - Ter Steege*, wordt in stijgende mate duidelijk, dat in de rechtsvinding van de hoge raad de aangegeven tegenstelling uitleg van de handeling – uitleg van de bevoegdheid tot handelen, niet aanwezig is. *De vaststelling van de rechtsbetekenis van een bepaalde bevoegdheid blijkt nooit een doel op zich te zijn, maar steeds uiteindelijk op de handeling die voorwerp van uitleg – en doorgaans de aanleiding tot het geding – is, gericht te zijn.* Deze uitkomst, die op het eerste gezicht wellicht niet zo verrassend is, heeft niettemin verstrekkende consequenties voor verschillende methodische vraagstukken, die, als zij relevant zijn, ook voor de rechtspraktijk van grote betekenis zijn.

#### *4. Nogmaals: de betekenis van een rechtsverhouding voor de uitleg van handelingen*

Indien wij allereerst de hierboven gestelde vraag naar de betekenis van de aanwezigheid van een rechtsverhouding voor de uitleg van rechtshandelingen weer opnemen, blijkt al direkt het belang van de zoëven gemaakte conclusie. Indien de handelende persoon betrokken is bij een rechtsverhouding, is dit van invloed op de normen die de uitleg van die handeling beheersen. Uit hoofde van die rechtsverhouding zullen immers bepaalde *verbintenissen* op de persoon rusten, hetgeen in mijn opvatting betekent dat hij aan bepaalde rechtsnormen gebonden is bij zijn handelen. Om meer concreet te worden: indien de persoon in kwestie 'partij' bij een overeenkomst is wil dit zeggen dat hij eerder een rechtshandeling verrichtte, nl. een toezegging tot een rechtens relevant handelen (aanbod dan wel aanvaarding). Hierboven

49. Een formulering die de hoge raad ook gebruikt bij het restrictief interpreteren van de verborgen gebreken-regeling, vgl. HR 3 april 1970, NJ 252 nt. G. J. S., *Van Andel - CP fabrieken*, en vroeger reeds bij de introductie van een rechtsfiguur als de conversie in HR 21 jan. 1944, NJ 120, *Van de Water - Van Hemme*.

werd beschreven, welke verbintenissen zo'n toezegging kan doen ontstaan (vgl. II, § 1, nos. 6 v.).

Nu is de norm waarop elke verbintenis rust – gelijk betoogd – noodzakelijkerwijs steeds een blanketnorm, die zo goed en kwaad als het gaat bij het doen van de toezegging een omschrijving heeft gekregen.<sup>50</sup> Met het open karakter van de norm is ook het karakter van de verbintenis, de gebondenheid aan die norm, gegeven. De rechtsverhouding is eveneens de bakermat voor bepaalde *rechten (bevoegdheden)* die de handelende persoon heeft. Hierboven werd geanalyseerd, op welke wijze dergelijke rechten die bij het aangaan van een rechtsverhouding (bijv. een overeenkomst) gestalte kregen, bij de uitleg van handelingen betrokken worden. In de heersende leer is men gewoon van *subjektieve rechten* of bevoegdheden te spreken. Tegen die terminologie – stammend uit een individualistische rechtsopvatting: het individu, drager van rechten en verplichtingen staat centraal – valt weinig bezwaar aan te tekenen, indien men die rechten steeds aan *normatieve* uitleg onderwerpt, overeenkomstig de beschreven jurisprudentie. Intussen kan men zich afvragen, of niet gezien de thans geldende rechts- en maatschappijopvattingen, het tijdstip gekomen is om met de negentiende-eeuwse visie op het 'subjektief recht' te breken. Ik moet die materie echter hier laten rusten.

De situatie dat de handelende persoon in een rechtsverhouding staat tot een of meer andere personen, verschilt slechts hierin van de situatie waar dat niet het geval is, dat in het eerste geval de op de concrete omstandigheden van gelding zijnde normen – in hun blanket-formulering – tot stand zijn gekomen met *medewerking* van de handelende persoon zelf.<sup>51</sup> Dat is niet het geval in de tweede (bijv. buiten-contractuele) situatie. Daar zou men hoogstens kunnen stellen, dat de handelende persoon – zoals ieder rechtssubjekt – deel uitmaakt van de rechtsgemeenschap, zodat ook hij een aandeel heeft in de totstandkoming van rechtsopvattingen, normen binnen die gemeenschap.<sup>52</sup> In deze zienswijze is voor het traditionele onderscheid tussen rechtsfiguren als overeenkomst en onrechtmatige daad weinig plaats: het verschil tussen beide handelingssituaties dient niet gezocht te worden in de aard van de betrokken handelingen, maar enkel in de wijze waarop de normen 'gevonden' (in de zin van gecreëerd) worden bij de rechtsvinding, bij de uitleg van die handelingen. Nu het steeds blanketnormen betreft, is echter

50. Een dergelijke omschrijving kan van de hand van partijen zijn, dan wel aan de wetgever, of het 'ongeschreven recht' overgelaten zijn. Hetzelfde geldt voor de zo dadelijk te noemen 'rechten' die uit een rechtsverhouding voortvloeien.

51. Ik accentueer hierbij dat men slechts kan medewerken aan het opstellen van rechtsnormen, aangezien t.a.v. de inhoud van normen het objektieve recht het laatste woord heeft, vgl. ook onder.

52. Dat aandeel kan scherpere contouren krijgen, indien men met anderen een pressiegroep vormt, en aldus invloed op het gewoonterecht of op de wetgeving uitoefent. Een voorbeeld van dat laatste vormt de wettelijke regeling van de huurkoop, die vooral op aandrang van werkgevers — die de toevloed van derden-beslagen beu waren — tot stand kwam.

in de hier verdedigde visie de wijze waarop die normen bij de rechtsvinding *geconcretiseerd* worden van meer belang, dan de vraag waaraan men de normen (in hun statische gedaante) ontleent: aan het buiten-contractuele recht of aan het contractenrecht. Betreft het contractenrecht, dan geldt immers ook daar, dat al heeft de handelende persoon bij het opstellen van de blanketnorm wellicht het alleenzeggenschap gehad, hij dat ten aanzien van de 'toepassing', de concretisering van die norm op het feitenbestel, nooit kan hebben. Dat is nu eenmaal het kenmerk van de *normatieve* uitleg. Partijen bij een overeenkomst hebben wel het eerste woord, maar nooit het laatste.<sup>53</sup> Vanuit het oogpunt van rechtsvinding is derhalve aan het dogmatische onderscheid overeenkomst – onrechtmatige daad geen behoefte. Ook ten aanzien van de eerste figuur heeft trouwens het rechtersrecht, aanknappend bij blanketnormen uit de wet, een grote vlucht genomen, vgl. de jurisprudentie inzake 'toestemming', overmacht, dwaling, etc. Op de vraag of het dogmatische onderscheid tussen de rechtshandeling en de onrechtmatige daad in het geldend recht een grondslag vindt, wordt evenwel hieronder nog teruggekomen (vgl. § 4).

5. *Samenvatting. De handeling als voorwerp van uitleg, niet de rechtsverhouding (bijv. de overeenkomst)*

Samenvattend kan men de vraag naar de betekenis van de aanwezigheid van een rechtsverhouding voor de rechtsvinding aldus beantwoorden, dat die omstandigheid slechts van invloed is op de selectie van de in casu geldende normen. Ook in deze situatie blijft derhalve *de handeling* in kwestie het begin- en eindpunt van de uitleg. Voor de hier gevolgde methode van rechtsvinding geldt echter, dat de vaststelling van de rechtsbetekenis van een feitelijk handelen, en de vaststelling van de betekenis van de rechtsnorm die ten aanzien van dat handelen gelding heeft, niet te scheiden onderdelen van het rechtsvindingsproces zijn. In deze visie is voor de term 'uitleg van overeenkomsten' geen plaats. De *rechtsverhouding* vormt immers in de hier verdedigde opvatting nooit op zich het voorwerp van uitleg, doch vormt slechts de bakermat voor rechtsnormen die de rechtsverhouding beheersen, en die onontbeerlijk zijn om tot de vaststelling van contractuele rechtshandelingen te komen.<sup>54</sup> Zoals betoogd, worden die normen (mede) in werking gesteld, doordat in een eerder stadium rechtshandelingen verricht werden die het ontstaan van de 'rechtsverhouding' met zich brachten.

53. Ontleend aan de Amerikaanse schrijver H. C. Havighurst, *The Nature of Private Contract*, 1961.

54. Contractuele rechtshandelingen zijn bijv. opzegging, nakoming, wanpresteren, sommatie.

6. *Misbruik van recht. Bij aanvaarding van normatieve uitleg een contradictio in terminis*

Zoals hierboven al opgemerkt werd, kan de zoëven – met een beroep op de vaste rechtspraak van de hoge raad – gegeven analyse van het rechtsvindingsproces een nieuw licht op enkele bekende leerstukken werpen. Ik denk daarbij aan misbruik van recht, rechtsverwerking, en vertegenwoordiging.

Indien men de toepassing van de figuur van misbruik van bevoegdheid of misbruik van recht analyseert, komt de volgende gedachtengang aan het licht. Men legt allereerst het recht (of de bevoegdheid om daarvan gebruik te maken) uit met behulp van de historisch-psychologische methode – hetgeen veelal op grammatikale uitleg (Meijers) neerkomt. Om een voorbeeld te geven: het recht om ‘te allen tijde’ een overeenkomst op te zeggen. De onbillijkheden die zich daarbij kunnen voordoen bij die interpretatie naar de letter, wil men keren met gebruikmaking van de figuur van misbruik van recht.<sup>55</sup> Op deze wijze haalt men hetgeen door de voordeur (van de uitleg) eruit gewerkt wordt – te weten de gedachte dat de vrije wil van de tot opzegging bevoegde beknot zou kunnen worden door regels van goede trouw<sup>56</sup> – door de achterdeur (van misbruik van recht) weer binnen. Een arbeidsintensieve wijze van redeneren, die, niet in het minst wegens de ook in het rechtsbedrijf stijgende ‘sociale lasten’, in de huidige verhoudingen niet meer verantwoord genoemd kan worden. De hier gemaakte constructie, die zoals ik al eerder opmerkte typerend is voor aanhangers van de klassieke wilsleer, wordt ook door een aanhanger van de geobjektiveerde wilsleer als Suijling gehanteerd. Misbruik van recht heeft zijns inziens zelfs niets met interpretatie te maken.<sup>57</sup>

Indien men echter de normatieve uitlegmethode toegedaan is – gelijk de vaste jurisprudentie –, kan ‘misbruik van recht’ slechts gezien worden als een *contradictio in terminis*, evenals dit bij een andere gangbare term als ‘onverschuldigde betaling’ het geval is (vgl. boven I, § 1 no. 18). Indien men misbruik van recht als begrip hanteert, gaat men uit ofwel van het a priori dat het recht (dan wel de bevoegdheid) geen nadere uitleg behoeft om vast te kunnen stellen of in casu van misbruik sprake is, of wel van het a priori dat slechts de grammatikale uitlegmethode (of hoogstens de historisch-psy-

55. Aldus bijv. Meijers, m.b.t. de opzegging, *Toel. Nw BW*, p. 32, een opvatting die in de jurisprudentie geen navolging heeft gevonden, vgl. boven, I, § 2, no. 12. Kenmerkend voor Meijers is, dat hij de in Frankrijk ontwikkelde leer verwerpt, waarbij ervan uitgegaan wordt dat alle rechten en bevoegdheden in het privaatrecht met het oog op een bepaald maatschappelijk doel zijn gegeven, ‘le but social’, het algemeen belang. Schr. aanvaardt die zienswijze met name niet voor de ‘eigenlijke subjectieve rechten’, zoals de eigendom, vorderingsrechten, etc. Vgl. *Misbruik van recht en wetsontduiking*, 1937 *Verz. Opst.* I, p. 71 v., waarover in kritische zin Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, 1946, p. 90.

56. Vgl. in deze zin, Houwing, in diens noten onder de opzeggings-arresten uit de vijftiger jaren, vgl. boven I, § 2, no. 9.

57. *Inleiding*, II, 1, 1934, no. 169.

chologische) in het recht geoorloofd is.<sup>58</sup> Bedient men zich van de normatieve uitleg, dan is het begrip misbruik van recht behalve innerlijk tegenstrijdig, volkomen overbodig in het uitlegproces. Het gaat er immers steeds bij de uitleg in deze opvatting om, *de betekenis van het recht* (bijv. om op te zeggen) *in de concrete situatie vast te stellen*, onder de geldende omstandigheden en verkeersopvattingen, om aan de hand daarvan de rechtsbetekenis van de opzeggingshandeling zelf te kunnen bepalen. (vgl. *Sanders - Sanders*). In die zienswijze is voor het element van *misbruik* geen plaats, aangezien de uitleg juist gericht is op de vaststelling van rechtsgeldig gebruik van het onderwerpelijk recht. Een handeling die niet conform het aldus uitgelegde opzeggingsrecht geschiedt, levert derhalve geen misbruik van dat recht op, doch dient slechts als *feitelijke* handeling beschouwd te worden: de toets van rechtshandeling (opzegging) kan zij niet doorstaan. Er was – uit oogpunt van het recht – gewoon niets aan de hand. Dit ligt weer anders, indien de wederpartij door de pseudo-opzeggingshandeling schade opliep. In zo'n situatie kan die feitelijke handeling toch een rechtshandeling opleveren: wanpresteren (wanbetaling).

Na het bovenstaande zal het niet als verrassing komen, dat in het ontwerp-BW de hier bestreden visie inzake misbruik van recht gehuldigd wordt. Meijers volgt immers de historisch-psychologische methode van uitleg en zijn hand is zo niet direkt, dan toch indirekt telkens in het ontwerp te herkennen. Op het door Meijers ontworpen art. 8, lid 3, Inl. titel werd hierboven al kritiek geuit, vgl. I, § 2, no. 12. Ik laat het hier, als staalkaart van Meijers' wilsleer volgen:

art. 8, lid 3. Een bevoegdheid, waarvan het gebruik geheel is overgelaten aan het oordeel van hem aan wie zij toekomt, kan niet worden misbruikt.

Men herkent hierin het zoëven gereleveerde standpunt van Meijers, dat bij de eigenlijke subjektieve rechten voor de leer van 'le but social' geen plaats is.

In Boek 6, van de hand van het driemanschap, wordt ten aanzien van de onderhavige materie eenzelfde standpunt ingenomen. In art. 6.1.1.2, lid 2, leest men:

2. De schuldeiser kan zijn recht niet uitoefenen, voor zover hij in de gegeven omstandigheden onbetamelijk zou handelen door de schuldenaar aan diens verplichting te houden.

58. In de laatste zin bijv. Okma, *Misbruik van recht*. Okma ziet tegenstellingen tussen regel en uitzondering op de regel, p. 11 v. Hij stelt enerzijds de *formulering* van de norm ('taalkundige betekenis') tegenover het *doel* van de norm ('werkelijke betekenis') en anderzijds het 'geschreven recht' tegenover de 'werkelijkheid' en 'ongeschreven recht'. Is een beroep op een recht, *prima facie* terecht, dan kan het 'bij nader inzien ten onrechte zijn', stelt schr., en dan 'misbruik van recht' opleveren, p. 13. Vgl. verder nog p. 107 v.: de leer van misbruik van recht 'vermijdt het om de norm... die hij ontmoet, rechtstreeks aan te tasten'.

De toelichting op dit artikel, waarbij de ontwerpers blijk geven geen oog te hebben voor de normatieve uitlegmethode, spreekt boekdelen. De ontwerpers gaan van 'het gegeven woord' uit als een grootheid, welke *prima facie* genomen kan worden, zonder de noodzaak van enige uitleg. Dit komt derhalve neer op een stilzwijgend gehuldigde *grammatikale* uitlegmethode, met een beroep op de rechtszekerheid.<sup>59</sup> Hetzelfde geldt met betrekking tot de zienswijze die in het artikel neerslag vond, dat de uitoefening van een recht misbruik kan opleveren, of wel een 'onbetamelijk' handelen, aldus de formulering van het ontwerp. Deze term, bedoeld als een overtreffende trap van het in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid, heeft in de literatuur al veel kritiek ontmoet. Men kwam tot die formulering omdat men meende dat door het gebruik van de term 'in strijd met de goede trouw' 'de bestaande onzekerheid' gecontinueerd zou worden, terwijl de uitdrukking 'misbruik van recht' (o.a.) 'te onzeker van inhoud' geacht werd. Vandaar dat het ontwerp hier een 'tussenstandpunt' inneemt, overigens conform Vraagpunt 21.

Indien men echter de uitspraak van Meijers in zijn toelichting op art. 8, Inl. titel nader doordacht zou hebben, dan zou dit verstrekkende gevolgen met zich gebracht hebben. Meijers stelt daar, in navolging van het arrest van de hoge raad van 20 april 1951:<sup>60</sup> 'Schept een tussen twee personen bestaande rechtsbetrekking voor een van hen bevoegdheden, dan vallen de beperkingen die de goede trouw en het verbod van rechtsmisbruik aanbrenge[n], samen..., etc. (p. 32).

Hier kan niet nader op de ontworpen regeling ingegaan worden. De problematiek van de 'derogerende werking van de goede trouw' – afgezet tegen het *pacta sunt servanda*-beginsel – is naar mijn mening een schijn-problematiek. Zodra men bij de uitleg de regels van de goede trouw toelaat, m.a.w. de normatieve uitlegmethode hanteert, bestaat aan die figuur, evenmin als aan 'misbruik van recht' enige behoefte.<sup>61</sup> Typerend voor de visie van het driemanschap is intussen, dat een regeling van de uitleg in Boek 6 overbodig geacht werd.<sup>62</sup> Ook op deze plaats wreekt dat zich.

### 7. Varianten op misbruik van recht. Beroep op een recht i.s.m. de goede trouw. Rechtsverwerking

Dicht tegen de figuur van misbruik van recht aan, ligt een andere construc-

59. Vgl. voor het beroep op de rechtszekerheid de beschouwingen van R. L. Drilmsa, *De woorden der wet of de wil van de wetgever*, diss. Amsterdam, 1948, p. 175: 'Wij geloven n.l. geenszins, dat men met de begrippen "billijkheid" en "rechtszekerheid" een natuurlijke tegenstelling treft: men geeft de *billijkheid* niet prijs ten bate van de *rechtszekerheid*, doch — van een *rechtsvacuüm*'. De opvatting van Houwing en De Grooth vindt men daar bestreden.

60. *NJ* 1952-65, *Bendien - Silten*.

61. Vgl. voor de problematiek van de veranderde omstandigheden nog hieronder, bij de overmacht, § 3, no. 9.

62. Vgl. daaromtrent § 3, no. 2, in fine.

tie die men in de jurisprudentie regelmatig tegenkomt. Het heet dan bijv., 'dat in dit bijzonder geval de houding van de Almelo van dien aard was geweest, dat deze zich niet meer op het bepaalde bij de artt. 39 en 37 der overeenkomst kon beroepen zonder in strijd te handelen met de voorschriften der goede trouw'.<sup>63</sup> Hier geldt dus, dat *het beroep op het recht* (zoals neergelegd in het contract, al of niet door middel van een verwijzing naar de wet of naar standaardvoorwaarden) in strijd is met de regels van de goede trouw. Wat hiervan te denken? Mijns inziens geeft men met deze formulering slechts een momentopname van het rechtsvindingsproces, dat immers niet in de uitleg van de contractuele norm, maar in die met betrekking tot de handeling in kwestie (het niet-uitkeren door de Almelo) zijn eindpunt vindt. Bovendien gelden hier dezelfde bezwaren die tegen de misbruik van recht-constructie aangevoerd kunnen worden. Alleen indien men het recht in kwestie als statische entiteit opvat, slechts onderworpen aan grammatikale uitleg, heeft de gevolgde constructie zin. Een a priori – strijdig met de vaste rechtspraak inzake uitleg – dat hier verworpen wordt.

Ook op dit punt is het *rederij Koppe*-arrest van grote betekenis. Het hof had immers de constructie gevolgd, dat indien al een beroep op art. 6 van de polis kan worden gedaan, 'de goede trouw in ieder geval medebrengt *dit beroep* te beperken tot de gevallen, waarin het beroep, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten' (mijn curs). Deze constructie nu wordt door de hoge raad opgevat als de 'redelijke uitleg' van een dergelijke polisbepaling, hetgeen 'het Hof immers in dit oordeel bedoelde uit te drukken'. Een uitleg derhalve, in normatieve zin, als vaststelling van de betekenis van hetgeen overeengekomen was.<sup>64</sup>

Een figuur die overeenkomst vertoont met misbruik van recht is de *rechtsverwerking*, waaraan boven al uitvoerige aandacht gegeven werd. Het hier omtrent de rechtsvinding opgemerkte is ook voor een goed begrip van deze rechtsfiguur van groot belang. Wanneer men stelt, bijv. ten aanzien van het recht om een geleverde prestatie te weigeren als niet conform de contractuele verplichting, dat een partij onder de gegeven omstandigheden dat recht *verwerkt* heeft, dan wordt dit – in de vaste jurisprudentie – aldus geformuleerd: *een beroep op dat recht kan niet baten, als zijnde in strijd met de goede trouw*.<sup>65</sup> Daarmee komt de onderhavige situatie parallel te liggen aan de zoëven besproken variant op misbruik van recht. Ook hier is in wezen de uitleg van het recht in kwestie (om te reklameren) in geding,

63. HR 10 nov. 1927, NJ 1928-251, nt. E.M.M., *Verz. Mij. Almelo - Vermeulen*.

64. Vgl. de bespreking van dit arrest, boven, no. 3 en verder nog onder, § 3, no. 5.

65. Vgl. de formuleringen van de hoge raad: 'dat de goede trouw onder de gegeven omstandigheden De Oude verbood zijn rechten te doen gelden'. (*Maaskant - De Oude*, 1952); dat de 'goede trouw er zich tegen verzet, dat de Vita na aanvaarding van deze premie zich nog op de nietigheid van de verzekering beroept' (*Vita - Leeuwerke*, 1963); 'dat Oldenhove voor zover hij zijn bezwaren tegen die kortingen niet tijdig kenbaar had gemaakt, naderhand niet te goeder trouw aanspraak kan maken op de door Calot gekorte bedragen' (*Oldenhove - Calot*, 1968). Vgl. nader boven, I, § 3, no. 13.

waarbij het uiteindelijk gaat om de uitleg van de *handeling* van de reclamerende partij, die (doorgaans) zijnerzijds weigert te betalen. Is zijn recht om te reclameren 'verwerkt', dan betekent dit dat zijn niet-betalen als wanbetaling aangemerkt moet worden met de daaraan verbonden rechtsgevolgen.

### 8. Normatieve uitleg en vertegenwoordiging

Een laatste rechtsfiguur, waarbij de geschetste methode van rechtsvinding een verhelderende werking kan hebben, is de *vertegenwoordiging*. Beide aspecten van de rechtsvinding, de vraag naar de betekenis van de rechtsnorm die het handelen beheerst – te vinden door uitleg van de bevoegdheid (het recht) tot een handelen, indien deze bij een eerdere rechtshandeling (toezegging) vastgelegd werd – en de vraag naar de betekenis van de handeling, die in mijn opvatting in een synthese verkeren, worden in de heersende leer inzake vertegenwoordiging sterk gescheiden gedacht. Daarbij valt de nadruk uitsluitend op één aspect, nl. de *bevoegdheid* van de handelende persoon om te handelen, en aldus een ander (de achterman) te binden. Een bevoegdheid die berust op een 'volmacht', op een rechtshandeling waarbij de achterman verklaart, dat een bepaalde persoon bevoegd is hem (die achterman) tegenover derden te binden. In deze eenzijdige benadering van de problematiek wordt evenwel uit het oog verloren, dat het – zoals altijd – uiteindelijk erom gaat de rechtsbetekenis van de *handeling* van de tussenpersoon vast te stellen: is dit een feitelijke, of een rechtshandeling? Is dat laatste het geval, aan wie valt zij dan toe te rekenen, aan de handelende, aan een ander (de achterman), of aan beide? Zoals steeds bij de uitleg van handelingen het geval is, is het in eerste instantie zaak om de rechtsnormen te vinden die de onderwerpelijke situatie beheersen. Een dergelijke norm nu, kan door een volmachtsverlening gestalte gekregen hebben – in blanketvorm dan. Doch de enige mogelijkheid is dat *niet*. Ook *buiten de volmacht*<sup>66</sup> kunnen rechtsnormen hun werking doen gelden, en wel op een wijze die bepalend is voor de uitleg van de handeling in kwestie.

Indien men deze materie nader onderzoekt, stuit men op de ruggegraat van ons privaatrechtelijk systeem. Het onderkennen van de algemene aspecten van de rechtsvinding ook bij vragen van vertegenwoordiging, heeft namelijk verstrekkende gevolgen op het terrein van de zgn. rechtmatige daden: zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, ongegronde verrijking. Aan die problematiek zal hieronder een afzonderlijke beschouwing gewijd worden (vgl. § 5).

66. Indien een volmacht verleend wordt, staan achterman en tussenpersoon in een *rechtshandeling* tegenover elkaar. Dat spreekt temeer in de situatie van de meerderheid van de volmachtsverleningen, die nl. in een *overeenkomst* besloten liggen (bijv. arbeidsovereenkomst). Vgl. nog onder, no. 11 v., waar de vertegenwoordiging nader aan de orde gesteld wordt.



## b. Kanttekeningen bij de hier gevolgde methode van rechtsvinding

### 9. Overeenkomst tussen de hier gevolgde methode en die van Paul Scholten

Hierboven sprak ik mij uit voor de zienswijze – daartoe door een analyse van de jurisprudentie gebracht – waarin elke rechtsnorm, voortkomend uit ‘geschreven’ of ‘ongeschreven’ recht, als *blanketnorm* gezien werd. Een rechtsnorm kan zich slechts door zijn werking in het concrete geval doen gelden. Dit werd door mij de dynamische-fase van de norm genoemd. In de statische fase, d.w.z. de rechtsnorm geabstraheerd van de feiten, heeft men – zo stelde ik – slechts met een juridisch frame te maken. Bij de formulering van zo’n rechtsnorm wordt met termen als ‘onder omstandigheden’, ‘in beginsel’, ‘in den regel’, ‘naar redelijkheid en billijkheid’, etc. de open plek aangegeven, die op invulling bij de rechtsvinding wacht.<sup>67</sup> Een norm ‘in ruste’ kan dan ook op zich nooit uitsluitel inzake een rechtsvraag geven. Reeds om die reden is rechtsvinding een creatief proces: in de confrontatie van de norm met het feitenbestel moet de norm ‘afgebouwd’ worden, en daarmee is het eindpunt van de rechtsvinding bereikt.

De verdediging van deze, aldus in het kort weergegeven, rechtsopvatting die in onze literatuur niet algemeen aanvaard is<sup>68</sup> – kan sterk bekort worden, doordat men voor die zienswijze zich kan baseren op het gezaghebbende werk van Paul Scholten, het *Algemeen Deel*.<sup>69</sup> De keerzijde van de medaille is echter, dat de in dit werk verdedigde methode van rechtsvinding – welke met name op de rechtspraak grote invloed gehad heeft – in de naoorlogse doctrine miskend werd, ondanks het gezag dat alom aan het boek toegeschreven wordt. Een uitvoerige uiteenzetting over Scholtens

67. Vgl. in dezelfde (scholteniaanse) geest, A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, 1946, p. 56: ‘De beweerde norm zal altijd, nauwkeurig geformuleerd, moeten luiden: “gij zult niet, in de omstandigheden  $x-z$ ,  $p$  verrichten”, waarbij  $x-z$  en  $p$  alle feitelijke gegevens van het geval voorstellen. De rechter moet onderzoeken, of een dergelijke norm bestaat. Dat is o.a. het geval, wanneer met  $x$  het bestaan van een subjectief recht of een rechtspflicht wordt aangeduid; er moet dan worden nagegaan of in  $y-z$  soms omstandigheden zijn vervat, welke inbreuk wettigen’.

68. Vgl. bijv. J. Drion, in zijn bestrijding van de rechtsopvatting van Wolfsbergen: ‘Maar een norm, die slechts voor één concreet geval geldt is geen norm; wat Wolfsbergen stelt is een ‘*contradictio in terminis*’. (WPNR 3992 (1947), *Verz. Geschr.*, 1968, p. 57). Wolfsbergen had gesteld (vgl. ook de vorige noot): ‘Niet de opgestelde norm leidt tot aansprakelijkstelling, maar de gewenste aansprakelijkheid tot het opstellen, het aanvaarden van een norm. Het aanvaarden van een norm betekent juist: *ieder, die in gelijke omstandigheden in strijd met die norm handelt aansprakelijk achten*’, t.a.p. p. 57, mijn curs., waarbij schr. zich uitdrukkelijk bij Paul Scholten aansluit. Volgens Drion leidt de methode van W. echter tot ‘gevoelsrechtspraak’, tot ‘*ius in causa positum*’; zij ‘is dan ook niet een oplossing, maar een verklaring van onmacht; is niet het geven van een rechtsregel, doch de ontkenning van alle recht op dit gebied’. Ik gaf dit meningsverschil zo breed weer, aangezien men dit soort discussies op tal van rechtsterreinen tegenkomt, vlg. mijn dadelijk te noemen *NJB*-artikel, p. 828. Hier botsen twee werelden.

69. Asser-serie, 1931, 2e dr. 1934, herdruk 1954 (hier aan te halen).

methode van rechtsvinding, vergezeld van een beschouwing waarin de oorzaken aangegeven worden, waarom deze visie in de doctrine – met name bij leerlingen van Meijers – zo weinig weerklank vond, lijkt hier op zijn plaats. Ik kan echter daarvoor verwijzen naar een artikel van mijn hand, dat onlangs in het *NJB* verscheen.<sup>70</sup> Ik meen derhalve hier verder te kunnen volstaan met het plaatsen van een enkele opmerking.

Scholtens opvatting, dat 'eerst met de beslissing de regel gegeven is' en dat het systeem van het recht open is, omdat het berust op beslissingen 'die aan het systeem zelf iets nieuws toevoegen', vindt men in het in de eerste hoofdstukken door mij verrichte jurisprudentie-onderzoek bevestigd. Het is dan ook tekenend, dat schr. zich bij Hijmans' visie van het 'recht der werkelijkheid' aansluit.

#### *10. De wetsuitleg bij Scholten. Een nog steeds revolutionaire visie*

Ik zou enkel nog willen stilstaan bij Scholtens methode van wetsinterpretatie, een kwestie die in dit werk telkens van belang blijkt te zijn. Evenals het geval was ten aanzien van ongeschreven rechtsnormen, staat ook hier voor schr. de betekenis van de norm niet bij voorbaat vast. Ook hier komt die rechtsbetekenis eerst bij de uitleg, hetgeen wil zeggen: bij de rechtsvinding, vast te staan. Zo komt Scholten tot de *sociologisch-teleologische interpretatie*. Gezien het feit, dat het in de moderne literatuur, de handboeken voorop, nog steeds schering en inslag is, dat men zich tot een *grammatikale* interpretatie, soms ondersteund door een *wetshistorische* interpretatie, beperkt bij de wetsuitleg – vgl. ook de nog volgende paragrafen – is de hiervolgende passage nog steeds hoogst aktueel:

'De beteekenis van een wetsvoorschrift kan alleen worden vastgesteld in verband met een verhouding tusschen menschen. Zij bestaat niet op zich zelve, doch alleen voor de feitelijk gegeven verhouding. De wet bepaalt deze, d.w.z. schrijft voor, wat in een bepaalde verhouding behoort, doch tegelijk ondergaat de wet den invloed van wijziging in de verhouding. Zoo is uitlegging naar het *doel* van het voorschrift, naar het verband met de maatschappelijke toestanden waarin het werkt, geboden. De *sociologische* of *teleologische* interpretatie eischt haar plaats op.<sup>71</sup>

Het beeld van de doctrine vertoont evenwel enkele lichtpunten. Meijers ging in 1948 om, en aanvaardde de 'teleologische interpretatie' – zij het

70. *Verstint de revolutie weer haar eigen kinderen? De zgn. funktionele rechtsleer en Paul Scholten*, *NJB* 1971, p. 813 v.

71. p. 46, 2e curs. van mij; vgl. ook p. 49. Vgl. verder nog p. 157, waar n.a.v. de methode van rechtsvinding van de HR in *Aliena - Van der Horst* (1926) en het *Huiden*-arrest (1928) wordt gesteld... 'dat deze wijze van rechtsvinding zoowel sociologisch als teleologisch kan genoemd worden: zij onderzoekt het maatschappelijk gebeuren en put daaruit haar regel, doch zij doet dat, omdat eerst dóór dien regel het maatschappelijk leven doelmatig wordt ingericht' (mijn curs.). Vgl. voor de wetsuitleg ook nog onder, § 4, no. 5.

slechts in geval van een 'twijfelachtig geval'. Een methode, die hij in zijn dissertatie nog fel bestreden had, waarbij Kohler het moest ontgelden.<sup>71a</sup> Ook de vorige minister van justitie, C. H. F. Polak, sprak zich in 1970 uit voor een scholteniaanse methode van wetsuitleg:

'Maar de vraag welke betekenis een abstracte regel voor een bepaald geval heeft, is soms toch moeilijk. En het antwoord dat de rechter dan op die vraag geeft, bepaalt weer mede de inhoud van de regel. De wetgever kan dus niet buiten rechtsvorming door de rechter, al is het omgekeerde evenzeer waar.'<sup>72</sup>

Het is tekenend, dat door beide schrijvers in dit verband Scholten niet genoemd wordt.

Scholten nog steeds revolutionaire visie op de rechtsvinding, kan de vergelijking met de moderne buitenlandse literatuur mijns inziens glansrijk doorstaan.<sup>73</sup> Zijn opvatting gaat met name veel verder dan die van J. Esser en K. Larenz, schrijvers die momenteel in onze doctrine hoog aangeschreven staan.<sup>74</sup> Beide schrijvers laten het *systeem* van het recht in takt en brengen bij de rechtsvinding slechts wijzigingen in de marge aan, met behulp van algemene beginselen – in navolging van T. Viehweg<sup>75</sup> – tegenwoordig 'topoi' genaamd. Het betreft hier – in de woorden van een volgeling van die zienswijze in ons land, J. ter Heide – 'topische controle op axiomatische regeltoepassing'. Elders werd die rechtsopvatting door mij reeds bestreden.<sup>76</sup> Larenz laat zich in veel sterkere mate dan Scholten, door de aanvaarding van het wilsdogma verleiden tot het aannemen van ficties, of de constructie van hybride rechtsfiguren.<sup>77</sup> Schrijvers die 'Einzelfallge-

71a. Vgl. resp. *Alg. Begrippen*, p. 33, en *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. Amsterdam 1903. Vgl. verder het in *NJB* 1971, p. 817 nt. 10, door mij gestelde.

72. Rede uitgesproken ter gelegenheid van de invoering van Boek 1 Nw BW, Bijz. nummer *NJB*, jan. 1970, p. 7 v. Polak ontraadt de rechter een legistische toepassing van het nieuwe BW, en een 'angstvallige interpretatiemethode', zich beroepend op Donker. De vrijheid van de rechter bij de wetstoepassing acht Polak 'nodig en nuttig', aangezien de wetgever slechts 'abstracte regels' kan geven. Polaks opmerking, dat zijn visie zeer bepaaldelijk in de bedoeling van Meijers lag, zou ik niet graag onderschrijven. Vgl. voor Meijers' methode van wetsuitleg, mijn beschouwing in *WPNR* 5049, (1969) p. 323 v. en verder hetgeen Meijers in 1954 over de waarde van de *Toelichting* zegt, *Hand. NJV* II, p. 63. Ook Langemeijer spreekt van 'de vergelijkenderwijs legistisch gezinde' Meijers, *Vooruitzichten van de Rechtswetenschap*, 1964, p. 28.

73. Aan de omvangrijke literatuur op het gebied van de wetsuitleg moet hier voorbijgegaan worden. Voor een overzicht van de nederlandse doctrine verwijs ik naar R. L. Drilisma, *De woorden der wet of de wil van de wetgever*, diss. Amsterdam, 1948, p. 159 v.

74. Vgl., naast de door beide schrijvers aan *Schuldrecht* gewijde werken, vooral Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2e dr. 1969; Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2e dr. 1964, en *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970. Het laatste werk kon door mij niet meer verwerkt worden.

75. *Topik und Jurisprudenz*, 4e dr. 1969.

76. Vgl. naast mijn genoemde *NJB*-artikel, ook mijn bijdrage aan het debat Ver. v. Wijsbegeerte des rechts, *Hand. LIV*, 2e ged., (1970).

77. Zoals de 'faktische Schuldverhältnisse', 'realer Tilgungsakt' etc. Vgl., I, § 1, no. 9, en IV, § 2, no. 8. Scholten hanteert de fictie bij de 'bekrachtiging', en het wilsdogma bij de 'aanstelling', vgl. onder no. 12. In beide gevallen is hij zijn uitgangspunt ontrouw.

rechtigheid' voorstaan<sup>78</sup>, vinden dan ook bestrijding, waarbij hen de 'Normge-rechtigheid' voorgehouden wordt. Waar Larenz wel van een moderne rechtsopvatting blijkt geeft, is zijn visie vaak niet oorspronkelijk, en al een halve eeuw tevoren door anderen op heldere wijze verdedigd.<sup>79</sup>

Daarmee wil ik niet zeggen dat het *Algemeen Deel* van Scholten volledig in de behoefte voorziet. Het is wel als uitgangspunt voor de rechtsmethodiek nog steeds 'up to date'.<sup>80</sup> Aangezien daarbij de grondslag voor een dynamische rechtsopvatting gegeven wordt, is een uitwerking van die methode in het licht van de zich wijzigende rechtsopvattingen, een vanzelfsprekend vereiste. Daaruit volgt tevens, dat men met de uitwerking die Scholten zelf aan die grondslag geeft, niet op alle punten hoeft in te stemmen.<sup>81</sup> Maar het zou hier bij kanttekeningen blijven.

Van een rechtsfilosofische stellingname met betrekking tot de methode van rechtsvinding, moet hier afgezien worden, om niet de perken te buiten te gaan. Wel wil ik bekennen, mij aangetrokken te voelen tot de (existentieel-) fenomenologische richting<sup>82</sup>, doch in de rechtsfilosofische literatuur vond ik niets van mijn gading.<sup>83</sup> Tegen de analytische rechtsfilosofie (excusez le mot) heb ik mij, ondanks het aantrekkelijke 'klimaat', reeds eerder afgezet.<sup>84</sup>

78. Vgl. naast de *Freirechtsschule* aan het begin van deze eeuw — overigens ook door Scholten verworpen — meer recent ook G. Cohn, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basel 1955, besproken (en verworpen) door Ter Heide, preadv. Rechtsvinding, *Hand. Ver. v. Wijsb. des rechts* IL, 1e ged., p. 18 v., 34 (1965).

79. Voor Larenz' opvatting inzake uitleg van overeenkomsten kan naar Danz (1897) verwezen worden, vgl. onder § 3, no. 12. Voor zijn leer van de 'Geltungserklärung' naar Bülow (1899) en Reinach (1915), vgl. onder, IV, § 2, no. 6. Vgl. voor zijn opvatting inzake de 'Geschäftsgrundlage' (waarover onder § 3, no. 12) reeds E. Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*, 1911, p. 214 v. Ook de in de voorlaatste noot genoemde rechtsfiguren werden niet door Larenz geïntroduceerd, vgl. boven, t.a.p.

80. Het is jammer dat Scholten zich niet op moderne stromingen in de franse en Amerikaanse literatuur oriënteert, vgl. daarvoor onder, IV, §§ 1 en 3. Em. Lévy blijft onvermeld, Duguit wordt slechts t.a.v. diens opvatting inzake subjektieve rechten bestreden (p. 18). Op de denkbeelden van Roscoe Pound wordt evenmin aangehaakt. Dit is wel het geval t.a.v. de duitse fenomenoloog Reinach. Vgl. boven, II, § 4, no. 4.

81. Zo kan ik Scholten bijv. niet volgen in het onderscheid dat hij tussen een 'beginsel' en een 'algemeen gehouden regel' aanbrengt, p. 83 v. Een rechtsbeginsel is in mijn opvatting een zeer algemeen gestelde rechtsregel. Aangezien elke rechtsregel een blanket norm is, die op zich genomen, los van de feiten van het geval, geen uitsluitel over een rechtsvraag kan geven, is dat a fortiori het geval bij een rechtsbeginsel.

82. Hiertoe vooral gebracht door de inspirerende leidse colleges van J. H. van den Berg, vgl. *De psychiatrische patient*, 1964, en verder van C. A. van Peursen.

83. In de omvangrijke duitstalige literatuur — die ik echter niet geheel kan overzien — valt mij op, dat men bij de aanvaarding van de fenomenologische methode, de wilsleer trouw blijft, vgl. A. Troller, *Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft*, 1965, en de geschriften van G. Husserl, zoals *Person, Sache, Verhalten*, 1969, *Phil. Abhand.* — 32. Vgl. verder het *Festschrift* Gerhart Husserl, 1969. De opvattingen van een centrale figuur in de rechtsfenomenologie, A. Reinach, vindt men onder bestreden, IV, § 2, no. 5.

84. Vgl. mijn *NJB*-artikel, waar men J. F. Glastra van Loon en J. ter Heide bestreden vindt. In dat artikel ging ik voorbij aan de skandinavische school, bekend als *Scandinavian Realism*, die in haar denkbeelden een frappante overeenkomst vertoont met de functionele rechtsleer van Ter Heide c.s. Aan deze school zijn de namen verbonden van o.a. A. Hägerström, A. C. Lundstedt, K. Olivecrona en A. Ross. Men vindt deze rechtsvisie — ge-Vervolg noot op pag. 226.

## c. Normatieve uitleg en het leerstuk van de vertegenwoordiging

11. Twee visies op vertegenwoordiging: toerekenen van rechtshandelingen (Scholten) contra *fingere* van rechtshandelingen (Meijers)

Het leerstuk van de vertegenwoordiging, en de controverses die op dit terrein bestaan, laten zich het beste analyseren, indien men in het oog houdt, dat men zich op twee principieel verschillende wijzen kan opstellen. Men kan vertegenwoordiging opvatten als het *toerekenen van rechtshandelingen* – de leer van Scholten – dan wel als het *fingere van rechtshandelingen* – de leer van Meijers. Deze tegenstelling, die niet in het minst omdat genoemde schrijvers niet met elkaar polemiseerden, doorgaans uit het oog verloren wordt<sup>85</sup>, raakt de grondslagen van het privaatrecht, nl. het begrip rechtshandeling. Scholten ziet – anders dan Meijers – de wil slechts als *element* van de rechtshandeling, en verwerpt de gedachte dat de gebondenheid uit een rechtshandeling tot die wil te herleiden is.<sup>86</sup> ‘De mens is aan zijn wilsverklaringen in rechte gebonden, niet omdat hij haar inhoud gewild heeft, maar omdat degeen, tot wie hij haar richtte, op het gestand doen der verklaring mocht rekenen. De verklaring en haar reactie, het vertrouwen, zijn grondslag der overeenkomst’ (p. 7).

Scholten slotsom luidt: ‘De gedachte, dat ieder zijn rechtsband alleen *zelf* kan leggen, valt weg: mij kan toegerekend worden wat een ander deed’.<sup>87</sup>

Meijers daarentegen spreekt zich – alsof dit een vanzelfsprekende zaak is – uit voor het gebruik van de *fictie* als grondslag van de vertegenwoordiging in zijn *Algemene Begrippen*. Meijers betoogt daar, dat dezelf-

Vervolg noot van pag. 225.

kenmerkt door een allergie voor metafysica, en de opvatting dat het recht slechts een ‘set of social facts’ vormt – beschreven en bestreden door C. K. Allen, *Law in the Making*, 7th ed. 1964, p. 48 v. Daarbij geldt vooral Ross (*On Law and Justice*, 1958) als woordvoerder. T.a.v. Lundstedt merkt Allen op: ‘whose arrogance of statement is not improved by the obscurity and incoherence of his argumentation’. Een zinsnede die alleen uit een engelse pen kan vloeien. Vgl. voor deze stroming ook nog Dias and Hughes, *Jurisprudence*, 1957, p. 481 v., waar men Hägerström en Olivecrona besproken vindt.

85. Hetgeen ook het geval is bij P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1969, vgl. onder.

86. Asser-Scholten-Bregstein. *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, 1954, p. 6. v. Scholten is echter niet altijd even vast in de leer, vgl. onder m.b.t. de aanstelling, en daarnaast p. 107 waar men leest: ‘Rechtshandelingen zijn *wilsuitingen*’ (mijn curs.).

87. Eerder had schr. erop gewezen, dat rechtstelsels die de vertegenwoordiging in het algemeen niet erkennen (zoals het romeinse recht) uitgaan van een ‘zuivere individualistische rechtsopvatting, die de gebondenheid van de mens in rechte niet van zijn persoonlijk handelen kan scheiden’, p. 6. Als in de middeleeuwen het instituut ingang vindt, blijft die gedachte van het *vinculum iuris* als hoogst persoonlijke band, gangbaar. De rechtswetenschap ‘neemt haar toevlucht tot de fictie, dat het niet de vertegenwoordiger maar de vertegenwoordigde is, die door de eerste handelt’. Waarop een verwijzing naar Pothier, de makers van de code, en de duitse pandektisten volgt, en verder op het verband met de wilsleer gewezen wordt. Scholten's bestrijding van de fictie bij vertegenwoordiging is al te vinden in zijn *Alg. Deel*, p. 69 v.

de gevolgen als wanneer een persoon een rechtshandeling voor zichzelf verricht, kunnen intreden tengevolge van handelingen van anderen (p. 216). 'De meeste dezer gevallen worden in het recht tot uitdrukking gebracht door van de *fictie van vertegenwoordiging* gebruik te maken. Het woord representatio (vertegenwoordiging) doet iemand, die dood of afwezig is krachtens fictie tegenwoordig zijn om aldus dezelfde rechtsgevolgen te doen intreden *als ware* de vertegenwoordigde *zelf aanwezig en handelend*'.<sup>88</sup> Dat deze visie – die in het ontwerp-Meijers neergelegd werd<sup>89</sup> – diametraal tegenover die van Scholten staat, vindt men zelfs niet vermeld.<sup>90</sup> Er hoeft nauwelijks meer op gewezen te worden, dat deze individualistische rechtsopvatting van Meijers terug te voeren valt op de door hem aanvaarde wilsleer.

### 12. Heersende leer inzake volmacht, handelen 'in naam van', en bekrachtiging

Het gekozen uitgangspunt is, zoals zich laat denken, bepalend voor de visie die men op de vertegenwoordigingsproblematiek heeft. Deze spitst zich vooral toe op vragen als: 'Wat is een volmacht?' 'Wat is handelen in naam van een ander?' In de heersende leer verstaat men onder volmacht 'de bevoegdheid die een persoon aan een ander verleent, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten of verklaringen in ontvangst te nemen'.<sup>91</sup> Deze verlening van volmacht ziet men in beginsel als een eenzijdige rechtshandeling, met daarnaast de mogelijkheid dat zij in een overeenkomst besloten is.<sup>92</sup> Om hier direkt al een kanttekening bij te maken, het is duidelijk dat ook ten aanzien van de volmachtsverlening doorslaggevend is de opvatting die men in het algemeen over de rechtshandeling en de rechtsvinding heeft. Merkwaardig is dat Scholten hier plotseling de *wilsleer* volgt, en om die reden aanvoert dat naast de bevoegdheid uit volmacht, die uit *aanstelling* onderscheiden

88. p. 216 mijn curs. Of men van de 'hulpfiguur' vertegenwoordiging gebruik zal maken, is volgens Meijers een vraag van 'doelmatige systematiek'. Daarbij dient 'beslissend te zijn in hoever de rechtsgevolgen dezelfde zijn als wanneer de persoon in kwestie zelf gelijke handeling zou verricht hebben. Hoe meer deze rechtsgevolgen dezelfde zijn, hoe krachtiger argumenten spreken voor de gebruikmaking van de vertegenwoordigingsgedachte', p. 218.

89. Vgl. art. 3.3.6 en de *Toelichting* daarop, p. 202.

90. Voor kritiek uit methodisch oogpunt op Meijers' gebruik van fictie in het algemeen, vgl. onder, III, § 7, no. 6.

91. Aldus Asser-Van der Grinten, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, 1959, herdruk 1968, p. 19., ontleend aan art. 3.3.1, Nw BW. Scholten sprak daarentegen van volmacht als 'de verklaring, waarbij iemand een ander de bevoegdheid verleent een rechtshandeling in zijn naam te verrichten', t.a.p., p. 20. Dit spraakgebruik is in Van der Grintens bewerking hier en daar blijven hangen, vgl. bijv. p. 49: 'de volmacht kan eenzijdig geschieden.'

92. id.

moet worden.<sup>93</sup> Een zienswijze — terecht door Bregstein bestreden<sup>94</sup>, die daarin door Van der Grinten gevolgd wordt<sup>95</sup> — die doet denken aan de ‘faktische Schuldverhältnisse’ uit de duitse naoorlogse doctrine.<sup>96</sup>

Wat er zij van deze zisprong van Scholten, ten aanzien van de *volmachtsverlening* hanteert hij een normatieve uitleg. Nu dat standpunt ook door het ontwerp-Meijers — met een beroep op de vaste jurisprudentie<sup>97</sup> — en door Van der Grinten<sup>98</sup> ingenomen wordt, kan men van een heersende leer spreken.<sup>99</sup>

Zoals gezegd, wordt in de heersende leer vertegenwoordiging steeds opgevat als de vraag naar bevoegdheid van de handelende, naar een volmacht. Zo omschrijft Scholten vertegenwoordiging als ‘toerekening aan de vertegenwoordigde van de handelingen van de vertegenwoordiger, die deze binnen de grenzen zijner bevoegdheid *als* vertegenwoordiger heeft verricht’. Daarbij geeft schr. de voorkeur aan de term handelen in *hoedanigheid* (art. 1836), boven handelen *in naam van* de volmachtgever (art. 1829).<sup>100</sup> Of in hoedanigheid is gehandeld, is weer een vraag — zo kan men Scholtens standpunt weergeven — van normatieve uitleg.<sup>101</sup> Het is daarentegen typerend voor Meijers, dat hij in zijn ontwerp de term ‘handelen *in naam van*’ hanteert. Deze uitdrukking gaat immers terug op de grondslag van de fictie, de gedachte

93. Scholten meent, dat in geval gebondenheid uit rechtshandelingen van de aangestelde door het gebruik meegebracht wordt ‘het fictie (is) in de wil van de vertegenwoordigde nog de grond der gebondenheid te zoeken’, p. 26. Men mag daarom z.i. ook niet van een stilzwijgende wilsverklaring van volmachtsverlening spreken. (Het is of men hier met Meijers te doen heeft). Ook het opgewekt vertrouwen biedt hier geen uitkomst — zo stelt Scholten in aansluiting op Van der Heijden — want dat vormt slechts een *aanvulling* op de wilsverklaring. Ontbreekt de laatste, dan kan men ook met het vertrouwen niets aanvangen. (Vgl. ook p. 32). Dit betoog is echter in strijd met hetgeen schr. over de *volmacht* opmerkt, m.b.t. de vaststelling van het bestaan van de volmacht en van de inhoud daarvan, vgl. resp. p. 23, 28 v. Daar stelt hij zelfs, ‘dat gebondenheid bestaat voor iedere gedraging, die door een derde als volmacht-verlening begrepen mocht worden’. Dit beginsel acht schr. weer wél op de aanstelling zelf van toepassing, p. 32.

94. t.a.p., p. 23, nt. 1, vgl. ook de noten op p. 27 v. Bregstein wijst overigens niet op de in de vorige noot gesignaleerde inconsequentie.

95. t.a.p., p. 23.

96. Vgl. daarvoor onder, p. IV, § 2, no. 8.

97. Art. 3.3.2, lid 3, NwBW *Toel.*, p. 200, met een beroep op o.a. *Vas Dias - Salters en Altana - Van der Horst* (1926). Het ontwerp werkt met de constructie van de *bedoeling* die men rechtens mag aannemen.

98. p. 23 v. ‘Het bestaan en de omvang van de volmacht worden mede door de wet, het gebruik en de billijkheid bepaald’.

99. Een schönheitsfehler in deze gangbare visie op de volmachtsverlening is, dat men — als rudiment van de wilsleer — nog steeds van het *herroepen* van de volmacht spreekt, aldus bijv. art. 3.3.11, sub *c* Nw BW. Niet valt in te zien, waarom men niet ook hier — evenals ten aanzien van de gevolmachtigde al het geval is — van opzegging zou kunnen spreken.

100. p. 50. Scholten acht de eerste uitdrukking juist dan de tweede. In Van der Grintens bewerking — een saillant detail — werd dit gewijzigd in ‘*anders*’ (p. 49), waarschijnlijk o.i.v. het Nw BW, dat de term ‘in naam van’ hanteert, vgl. onder.

101. Scholten stelt dat de handeling waarbij niet uitdrukkelijk werd verklaard dat hij in naam van de vertegenwoordigde verricht werd, ‘uit andere gegevens’ als een handeling in hoedanigheid gekenmerkt kan worden. Daarbij wijst hij op de wetenschap van de wederpartij bij een overeenkomst omtrent de kwaliteit van de handelende, en — bij niet gerichte handelingen — op de omstandigheden.

## § 2. UITWERKING VAN DE TOEREKENINGSLEER

dat men alleen *zelf* door een handelen zich kan binden, welk gevolg door de magie van de uitgesproken naam eveneens opgeroepen wordt indien een ander handelt. Niettemin stelt Meijers, dat de vraag of iemand inderdaad in naam van een ander heeft gehandeld, een vraag van *interpretatie* is. Daarbij geldt, dat niet vereist is dat men bij de handeling uitdrukkelijk verklaart, dat in naam van de ander wordt gehandeld.<sup>102</sup> Intussen vraagt men door het gebruik van deze term om moeilijkheden, die zich in het bijzonder bij de zgn. middellijke vertegenwoordiging voordoen<sup>103</sup>, als ook bij hetgeen onbevoegde vertegenwoordiging genoemd wordt.

Hiermee naderen wij de ruggegraat van het leerstuk van de vertegenwoordiging. Nu men in de heersende leer uitgaat van de vertegenwoordiging bij volmacht, van *bevoegd* vertegenwoordigen, wordt dit als de normale situatie ervaren, terwijl alle gevallen van *onbevoegde* vertegenwoordiging abnormaal zijn, en een aanvulling op de regel eisen. Die aanvulling vindt men – wederom in het bevoegdheidssyndroom – door de constructie van een *bevoegdheidsverlening achteraf*, nl. door de *bekracting*, een eenzijdige rechtshandeling die met de volmachtsverlening gelijk staat.<sup>104</sup> Men maakt daarbij gebruik van de fictie – waartoe zelfs Scholten zich laat verleiden,<sup>105</sup> – dat door de bekracting de niet bevoegde achteraf gerekend wordt dit wel te zijn.<sup>106</sup> In deze opvatting komt men in moeilijkheden, als op het moment van handelen de ‘pseudo-volmachtgever’ nog niet bestond.<sup>107</sup>

### 13. *Eigen opvatting: Toerekening d.m.v. normatieve uitleg. Het De Gruyter-arrest (1942)*

Tegenover de aldus weergegeven heersende leer inzake vertegenwoordiging, zou ik een andere visie willen plaatsen. Hierboven, vgl. no. 8, bracht ik bij de bespreking van de normatieve uitleg als methode van rechtsvinding al naar voren, dat de heersende leer inzake vertegenwoordiging van een fixatie op één aspect van de rechtsvinding getuigt. De *bevoegdheid* van een persoon om te handelen staat centraal, hetgeen in casu herleid wordt tot de vraag naar de volmacht van die persoon. Ik stelde daar tegenover, dat in de ook door de hoge raad gevolgde methode van rechtsvinding, men, ook al onderzoekt men de bevoegdheid van de handelende persoon, diens *handelen* het uiteindelijke voorwerp van (normatieve) uitleg is (vgl. ook no. 3). Het feit dat het handelen van de persoon in kwestie gerelateerd kan worden aan een op de wet, of op een eerder verrichte rechtshandeling (hier: volmacht)

102. *Toel.*, p. 202.

103. Vgl. hieromtrent nog onder, no. 14.

104. Vgl. Asser-Scholten-Bregstein, p. 49. Asser-Van der Grinten, p. 49. Zoals bekend noemt art. 1844 BW de bekractingfiguur.

105. t.a.p., p. 50.

106. Vgl. ook art. 3.3.8, lid 1, Nw BW.

107. Vgl. Asser-Van der Grinten, p. 50, *Toel.* Nw BW, p. 204.



steunende bevoegdheid, is enkel van belang – zo betoogde ik – voor de recruterings van de in casu toepasselijke rechtsnormen.<sup>108</sup> Is er van een volmacht ten aanzien van de handelende sprake, dan geldt dat ook buiten de rechtsverhouding-volmacht rechtsnormen hun werking kunnen doen gelden, hetgeen bepalend kan zijn voor de uitleg van de handeling in kwestie, en daarmee voor de toerekening van rechtsgevolgen aan de vertegenwoordigde. Het bovengevoerde betoog kan met betrekking tot het onderhavige onderwerp aldus samengevat worden. De normatieve uitleg van de bevoegdheid tot handelen van X (m.a.w. van diens volmacht), en de normatieve uitleg van de handeling zelf van X, vormen geen aan elkaar tegengestelde benaderingswijzen, doch slechts facetten van één wijze van rechtsvinding. En wel omdat enerzijds men ook in de eerste optiek uitkomt bij de handeling zelf, en de bepaling van haar rechtsbetekenis, terwijl anderzijds, indien men de handeling van X bij de rechtsvinding centraal stelt, men niet buiten de rechtsnormen kan, die in de rechtsbetrekking-volmacht hun oorsprong vinden.

Het krampachtig scheiden van de daarnet in synthese gedachte aspecten van de rechtsvinding, valt zonder twijfel op de filosofie terug te voeren, waaruit de volmachtsfiguur stamt: *de wilsleer*. Men delegeert in die visie een stuk van de eigen wilsmacht aan een ander, die aangezien de wil als grondslag van de rechtshandeling opgevat wordt, daardoor 'bij machte' is de volmachtgever te binden.<sup>109</sup> Deze metafysische benadering van de vertegenwoordiging die op een individualistische rechtsvisie terug te voeren valt, is in de huidige doctrine inzake de vertegenwoordiging krachtens volmacht blijven hangen.<sup>110</sup>

Toch is het juist deze visie die indertijd door de hoge raad in zijn revolutionaire arresten uit de jaren 1926 e.v. omvergeworpen werd. Terwijl tevoren geleerd werd dat voor de bepaling van de inhoud van de volmacht gelet moet worden op de schijn die de volmachtgever tegenover de gevormachtigde wekt<sup>111</sup>, bracht de cassatierechter plotseling *de derde* in het spel. Het ging nu ineens – en de doctrine paste zich snel aan – om de door de volmachtgever ten aanzien van de derde gewekte 'schijn van volmacht'. Doch deze revolutionaire ontwikkeling kwam tot stilstand doordat men in de doctrine de nieuwe regel tot *dogma* ging verheffen, hetgeen weer overgenomen werd in de jurisprudentie. Doch deze materie kan hier niet nader uitgewerkt worden.<sup>112</sup>

In de hier verdedigde zienswijze wordt een nieuw licht geworpen op het

108. Vgl. nos. 4 en 5. T.a.v. de betekenis van een bestaande *verbintenis* voor de uitleg van de handeling (een verbintenis uit overeenkomst, of uit de wet) werd dezelfde zienswijze verdedigd.

109. Vgl. ook de tekst van art. 1829 BW. Vgl. verder de begrippen power en authority in de engelse en amerikaanse agency law, waarover Van Schilfgaarde, p. 54 v.

110. Dit geldt ook voor de onlangs verdedigde visie van Van Schilfgaarde, vgl. onder no. 15.

111. In deze zin bijv. ook Meijers, *WPNR* 2675-2679 (1921). Vgl. daaromtrent nog onder, III, § 7, no. 4 in fine.

112. Vgl. voor een nieuwe visie op dit dogma in de jongste tijd Schoordijk, in diens bijdrage aan de bundel *Honderd jaar Rechtsleven*, *NJV* 1870-1970.

## § 2. UITWERKING VAN DE TOEREKENINGSLEER

bekende *De Gruyter*-arrest.<sup>113</sup> Een arrest dat in de doctrine grote verlegenheid teweeg bracht, en een half dozijn theorieën het licht deed zien.<sup>114</sup> De hoge raad overweegt allereerst, naar aanleiding van de in het tweede middel aangesneden vraag naar de gebondenheid van de NV aan handelingen die buiten het statutaire doel vallen:

1. '... dat voor de beoordeeling van de verbindendheid van door de organen van de vennootschap verrichte handelingen tot het *vennootschappelijk doel worden gebracht* de niet door de statuten verboden of daarmee strijdige handelingen, welke tot dat doel kunnen behooren en welke plaatsvinden onder zoodanige omstandigheden, dat een derde te goeder trouw en met inachtneming van redelijke zorgvuldigheid de overeenstemming daarvan met het doel heeft kunnen en mogen aannemen' (cijfer en curs. van mij).

Wat men de hoge raad hier ziet doen, kan omschreven worden als de *normatieve uitleg* van het statutaire doel, een aspekt dat in de literatuur niet naar voren kwam.<sup>115</sup> Het doel van de NV wordt in die visie niet statisch opgevat, maar laat zich eerst in het concrete geval, in het licht van de omstandigheden en de daarmee geldende normen vaststellen.

De hoge raad vervolgt:

2. 'dat ter toelichting van de eerste grief in onderdeel B vervat is betoogd, dat ter beoordeeling van den omvang van de bevoegdheid van een vertegenwoordiger slechts in aanmerking mogen komen uitspraken en gedragingen van dengene, die vertegenwoordigd wordt, en niet die van den vertegenwoordiger;

3. dat daarbij echter wordt voorbijgezien, dat het in deze zaak niet gaat om den uitleg van de volmacht zelf, doch het aankomt op buiten die volmacht staande omstandigheden, die het al dan niet bevoegdelyk verricht zijn van de hier plaats gevonden rechtshandeling – het aangaan van een borgtocht voor de vennootschap – bepalen;

4. dat mededeelingen omtrent die omstandigheden door een bestuurder aan den derde gedaan aan de vennootschap kunnen worden toegerekend, reeds omdat die bestuurder de bij uitstek geroepen persoon is om dienaangaande namens de vennootschap de hier door de Bank gevraagde inlichtingen te geven.

5. dat dus ook deze grief ongegrond is;

6. dat ook de tweede grief van onderdeel B faalt, daar het in het algemeen niet in strijd is met de redelijke zorgvuldigheid, die een derde in acht moet nemen, indien deze zonder nader onderzoek afgaat op de juistheid van de mededeelingen verstrekt door den directeur van de vennootschap met wien die derde de overeenkomst sluit, terwijl de bijzondere in het middel gestelde omstandigheden het Hof niet tot een tegenovergesteld oordeel in het gegeven geval behoefden te brengen' (cijfers en curs. van mij).

113. HR 19 maart 1942, NJ 445, *De Gruyter - Voorschotbank*. In het geding was de vraag of een handeling van de directeur van NV De Gruyter (borgstelling van de NV) binnen het statutaire doel viel, zodat de NV daardoor gebonden werd. De directeur had de bank medegedeeld, dat het belang van de NV door de borgstelling gediend werd, aangezien de debiteur in kwestie daardoor op voordelige voorwaarden aan de NV zou kunnen leveren.

114. Ik verwijs daarvoor naar de recente beschouwingen van M. M. Mendel, *Het statutaire doel van de naamloze vennootschap*, diss. Leiden 1971, no. 85 e.v.

115. Mendel geeft de benadering van de HR weer met de constructie van het 'zwevende doel', en meent dat dit een fictie zou zijn, p. 171 v. Zijns inziens zou een andere constructie (vgl. p. 172 v.) 'juridisch enigszins in de lucht hangen'. Mendel wijst erop, dat de zienswijze van de HR eerder door Visser verdedigd werd. Deze schrijver is evenwel aanhanger van de normatieve methode van uitleg, vgl. onder, § 3, no. 2.

De problemen die deze uitspraak bij de schrijvers oproept, vinden hun oorsprong in de tegenstelling die men meent te zien tussen Ov. 1 en/of 2 enerzijds – welke laatste de ‘klassieke’ vertegenwoordigingsregel van de hoge raad inhoudt –, en Ov. 3 en 4 anderzijds. In de hier verdedigde visie is echter voor dergelijke problemen geen plaats. Naar mijn mening vindt men in dit arrest de twee hierboven geanalyseerde benaderingswijzen bij de rechtsvinding gehanteerd, die beide de rechtsvraag betreffen: geldt de handeling van de directeur (de borgstelling van de NV) als een de NV toe te rekenen rechtshandeling? De ene weg loopt via de bevoegdheid van de handelende directeur, hetgeen aanleiding geeft tot de uitleg van het statutaire doel (Ov. 1). De uitleg van het doel van de NV is immers bepalend voor de vaststelling van de bevoegdheid tot handelen van de directeur. Een uitleg die zoals bleek een normatief karakter draagt. De tweede weg voert rechtstreeks naar de – eveneens normatieve – uitleg van de handeling van de directeur zelf (de borgstelling), waarbij de ‘buiten de volmacht staande omstandigheden’ bepalend zijn (Ov. 3). De onderwerpelijke omstandigheden<sup>116</sup> spelen hier een rol, enerzijds omdat het doen van mededelingen daaromtrent de NV toegerekend wordt (Ov. 4), anderzijds omdat de hoge raad een rechtsnorm aanvaardt, dat men mag afgaan op mededelingen die een bestuurder van de NV doet, waardoor de onderzoekplicht opgeheven wordt (Ov. 6).<sup>117</sup> Deze norm stemt overeen met de in de bevoegdheidsroute (Ov. 1) ontwikkelde norm, d.w.z. vormt een uitwerking van de daar gestelde blanketnorm.<sup>118</sup> Daaruit blijkt weer dat beide benaderingswijzen geen tegenstellingen vormen, *mits men steeds normatief te werk gaat*, gelijk hier bij de hoge raad het geval is.

Het arrest *De Gruyter* diende slechts als illustratie voor de hier door mij verdedigde opvatting. Voor een nadere bespreking van de volmachtsfiguur en de leer van de hoge raad daaromtrent is hier geen plaats.<sup>119</sup>

Ziet men de relatieve betekenis in van het bestaan van een bevoegdheid van de handelende voor de rechtsvinding in vertegenwoordigingssituaties, dan komt ook de zgn. ‘*bekrachtiging*’ in een ander licht te staan. De noodzaak valt weg om bij het zoeken naar een grondslag voor deze rechtsfiguur,

116. Zoals de omstandigheid dat de NV — blijkens de mededelingen van haar directeur — belang had bij de borgstelling, omdat daardoor de debiteur in kwestie op gunstige voorwaarden hout zou kunnen leveren, benodigd voor het vervaardigen van kisten en kratten in het bedrijf van de NV (een transportbedrijf).

117. Hiermee loopt de HR vooruit op de in het *Baris - Riezenkamp*-arrest (1957) neergelegde leer. Vgl. mijn beschouwing in *WPNR* 4978 (1968), p. 15.

118. Deze interpretatie van het arrest wijkt af van de gangbare theorieën, vgl. Mendel, t.a.p. De laatste meent bijv. dat de HR het in de Ov. 3 v. ‘plotseling over de boeg van de toerekening gooit’, hetgeen z.i. — gezien Ov. 1 — buiten de orde is. Mendel meent echter dat de eerstgenoemde overwegingen geen zelfstandige betekenis toekomen, ‘omdat aldus de gesignaleerde discrepantie op aannemelijke wijze wordt opgeheven’ (p. 170). Deze discrepantie bestaat echter alléén in de visie waarin geen plaats is voor normatieve uitleg, en waarin de *Vas Dias - Salters*-regel (Ov. 2) tot *dogma* verheven wordt.

119. Ik verwijs daarvoor naar een beschouwing van mijn hand over de volmacht in Boek 3 Nw BW, welke begin 1972 in het *WPNR* zal verschijnen.

het bevoegdheidssyndroom te volgen. Men hoeft niet langer de bekrachtiging van een 'onbevoegd handelen' te zien – zoals in de heersende leer – als een rechtshandeling die een *fictie* in werking stelt. De fictie nl., waardoor degeen die bekrachtigt rechtsgevolgen toegerekend krijgt *alsof* die op een eerder verleende bevoegdheid berusten. In mijn opvatting moet bekrachtiging gezien worden als een erkenning van een toerekening van rechtsgevolgen.

Een toerekening die ook zonder die erkenning wel of niet rechtens zou zijn. Maar die (rechtsvindings-)vraag wordt juist geëcarteerd door de rechtshandeling van erkenning, die als 'bekrachtiging' te boek staat. In deze visie is niet van belang de omstandigheid dat degeen die bekrachtigt, ten tijde van de feitelijke handeling niet bestond, zoals gezegd een probleem in de heersende leer. Hij aanvaardt op het moment van bekrachtiging een rechtspositie voor de toekomst, die ook bepalend is voor de toekomstige rechtsvragen omtrent zijn verleden.<sup>120</sup>

#### 14. *Eigen opvatting (vervolg). Middellijke vertegenwoordiging. Verbintenissen uit rechtmatige daad*

Indien men vanuit de hier verdedigde visie de figuur van de zgn. middellijke vertegenwoordiging beziet, dan valt op dat dit leerstuk in de heersende leer nog geheel in de ban is van het 'namen noemen' bij het handelen. Zo stelt Van der Grinten dat bij deze figuur afgeweken wordt van het 'normale type' van vertegenwoordiging, 'omdat hier van een handelen *ten name van* een ander geen sprake is.<sup>121</sup> Terwijl men bij de 'normale' vertegenwoordiging doende is zich van de gedachte te bevrijden, dat het *noemen* van een naam van doorslaggevend belang zou zijn voor de toerekening van rechtsgevolgen, door deze kwestie als een vraag van uitleg te beschouwen, ligt dit bij de onderhavige figuur anders. Bij de middellijke vertegenwoordiging acht men het noemen van een naam plotseling wèl van doorslaggevend de betekenis. Indien de tussenpersoon zijn *eigen naam* noemt heeft dit tot rechtsgevolg, dat *derhalve* de achterman-opdrachtgever niet jegens de derde gebonden wordt.

Naar mijn mening speelt de oude magie van het 'namen noemen' de doctrine hier ook steeds parten. Nemen wij het geval van een commissionair, of daarmee verwante personen van wie naar verkeersgebruik duidelijk is voor een ieder, dat wanneer deze handelen 'op eigen naam', die handeling in de regel in opdracht van een achterman geschiedt. Niet valt in te zien, dat het

120. Op de figuur van de erkenning — alias schuldbekentenis — kan hier niet nader ingegaan worden. Het spreekt dat men i.h.a. ten aanzien van die rechtshandeling de keus moet maken tussen historisch-psychologische, of normatieve uitleg. Vgl. ook nog onder, § 7, no. 8, in fine.

121. Asser-Van der Grinten, p. 76; in dezelfde zin, *Toel.* Nw BW art. 3.3.1, p. 199.

noemen van de eigen naam door de tussenpersoon, de toerekening van de handeling, behalve aan de tussenpersoon, òòk aan de opdrachtgever, zou moeten verhinderen.<sup>122</sup> Naar mijn mening is er in de situatie van 'middellijke vertegenwoordiging', sprake van een *drie-partijen-overeenkomst*.<sup>123</sup> De verbintenissen die op de partijen komen te rusten kunnen onderlinge verschillen vertonen, al naar gelang de aard van de overeenkomst, doch op die materie kan hier niet nader worden ingegaan.

De hier verdedigde vertegenwoordigingsopvatting heeft ook op een ander rechtsgebied nog een groot rendement. Ik denk daarbij aan de verbintenissen uit 'rechtmatige daden', de artt. 1390 e.v. BW. De onder invloed van negentiende-eeuwse dogmatiek krampachtig gescheiden rechtsfiguren als zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongegronde verrijking, laten zich met behulp van de beschreven vertegenwoordigingsconstructie – als onderdeel gedacht van de rechtsvinding – tot één rechtsfiguur herleiden. Op de wijze waarop dit zou kunnen gebeuren wordt hieronder nog uitvoerig ingegaan (Vgl. § 4).

### 15. *Samenvatting. Van Schilfgaarde bestreden*

Het hier betoogde kan als volgt samengevat worden. Er van uitgaande dat onder uitleg verstaan moet worden het rechtsvindingsproces, waarbij een handelende persoon de rechtsgevolgen van zijn handeling toegerekend worden – waardoor ten opzichte van hem verbintenissen ontstaan en/of tenietgaan –, dient de 'vertegenwoordiging' als een modulatie van dat proces gezien te worden. Hierbij zijn twee variaties op het grondthema – de feitelijk handelende persoon is dezelfde persoon als degeen die de rechtshandeling toegerekend krijgt – mogelijk:

1. de (feitelijke) handeling wordt een ànder dan de handelende als rechtshandeling toegerekend;
2. de (feitelijke) handeling wordt zowel de handelende persoon als een andere persoon als rechtshandeling toegerekend, hetgeen resulteert in een drie-partijen-overeenkomst. In de eerste figuur zal men de 'normale' vertegenwoordiging herkennen, in de tweede de 'middellijke'.

Voor de vraag naar het karakter van die toerekening, is bepalend welk standpunt men ten aanzien van de uitleg (rechtsvinding) in het algemeen in-

122. In de literatuur werd door Schoordijk een rechtstreekse gebondenheid van de principaal in passieve zin bepleit, d.w.z. hij kan door de derde worden aangesproken, doch niet vice versa. Vgl. diens inaug. rede Tilburg 1964, *Toerekeningsmomenten bij de middellijke vertegenwoordiging*. Een wederkerige gebondenheid is bepleit door G. de Grooth in diens afscheidscollege (te kennen uit Schoordijk, t.a.p.) en onlangs door P. van Schilfgaarde in diens reeds genoemde dissertatie, beiden in navolging van het anglo-amerikaanse recht. De laatste wordt door Schoordijk gevolgd in *WPNR* 5094 (1970), p. 391.

123. Aldus ook de leuvense hoogleraar W. van Gerven, gastcollege Tilburg, 8 maart 1971 (niet gepubliceerd). Vgl. in dit verband ook het hierboven door mij ontwikkelde overeenkomstmodel, II, § 5.

## § 2. UITWERKING VAN DE TOEREKENINGSLEER

neemt. De hier ontwikkelde opvatting werd gebaseerd op de eerder gevoerde beschouwingen over de betekenis van de bevoegdheid van een handelende persoon voor de uitleg van een door haar verrichte handeling (no. 2 v.). De bij die analyse naar voren gekomen aspecten van de rechtsvinding beheersen ook de rechtsvinding op het terrein van vertegenwoordiging. Het herleiden van de toerekeningsvraag bij vertegenwoordiging tot de vraag naar de bevoegdheid (volmacht) van de handelende, zoals in de heersende leer geschiedt, bleek een fixatie te zijn op slechts één aspect van de rechtsvinding. In de doctrine ziet men als gevolg daarvan veelal vragen omtrent de volmacht van de handelende en die omtrent de toerekening van de handeling, gescheiden.

In de hier verdedigde opvatting daarentegen, berust – zoals steeds bij normatieve uitleg van handelingen – de toerekening op de in het concrete geval geldende rechtsnormen. Indien de handelende bevoegd tot handelen was (krachtens volmacht), betekent dit enkel dat men bij de uitleg, bij de ontwikkeling van in casu geldende normen slechts *ten dele* op de rechtsverhouding volmachtgever-gevolmachtigde aangewezen is. Evenals ten aanzien van de bevoegdheid om op te zeggen, faillissement aan te vragen, beslag te leggen, etc. het geval is, geldt dat de bevoegdheid om een ander te binden niet los van de maatschappelijke context gedacht mag worden, anders dan men in de (individualistische) wilsleer voorstaat. Met name die normen, die de bescherming van de verkeersbelangen beogen (populair gezegd: het vertrouwensbeginsel) zetten zich door, òòk in de volmachtsverhouding. Het feit dat men ook in de heersende leer een normatieve uitleg van de volmachtsverlening toegedaan is, vormt reeds een aanzet tot deze zienswijze.

Daarmee is het betrekkelijke belang van de volmachtsconstructie voor de vertegenwoordiging aangetoond, en de weg vrijgemaakt voor een 'direkte' toerekening, op grond van in casu geldende rechtsnormen. Hetgeen zoals gezegd, elders in dit werk nog nadere uitwerking krijgt.

Tot dusver werd weinig verwezen naar de recente dissertatie van Van Schilfgaarde, met de veelbelovende titel *Toerekening van rechtshandelingen*. De oorzaak laat zich raden: Van Schilfgaarde spreekt zich voor de *klassieke wilsleer* uit, en volgt – hetgeen in het verlengde daarvan ligt – (stilzwijgend) de fictie-constructie van Meijers inzake vertegenwoordiging. Aan schr.'s aanvaarding van de wilsleer (p.l.v.) ga ik hier voorbij. Schr. baseert zijn standpunt op de door Meijers, Van der Heijden en Rutten verdedigde leer, die onder nog bestrijding vindt (vgl. III, §§ 7, 8), terwijl hij de vaste jurisprudentie niet verwerkt lijkt te hebben (vgl. ook de bestrijding van Van Schilfgaardes uitgangspunt bij G. Hamaker, diss. p. 108 v. die daarbij ook wijst op arresten als *Vas Dias - Salters* en *Eelman - Hin*). Zoals te verwachten heeft schr.'s rechtsopvatting, waarbij de vrije *wilsbepaling* van het individu centraal staat (p. 5, 46), terwijl de *wil* van de handelende grondslag voor zijn gebondenheid is (p. 7, waar Schlossmann het moet ontgelden, p. 24, 45 v., 81 v., 101, 111), consequenties voor zijn vertegenwoordigingsconstructie. Zo bestrijdt hij Scholtens toerekeningsconstructie, met argumenten die slechts binnen het door hem gekozen a priori waarde hebben (p. 27 v.). Doordat Van Schilfgaarde immers het toerekeningselement naast het wilelement plaatst (p. 3) en toerekening voor *fictie* aanziet (p. 28 v.) moet zijn oordeel over Scholtens opvatting

wel negatief uitvallen. Als deze laatste schrijver bovendien nog met *het belang* van de vertegenwoordigde werkt, als element van elke vertegenwoordiging, doet dit voor Van S. de deur dicht. (In nt. 2 op p. 27 struikelt schrijver in zijn bestrijding van P.S. over zijn eigen a priori: hij vat de term 'vertegenwoordiging' uit diens bekende definitie ten onrechte op in *subjectieve* zin, als een ervaren van de handelende).

Verder staat de volmachtsfiguur bij Van S. geheel in het teken van de wilsleer. De 'vertegenwoordigingshandeling' steunt net als de rechtshandeling op 'wil en bevoegdheid, op willen en mogen', p. 46. Het handelen krachtens bevoegdheid ziet schrijver dan ook als een omschrijving van 'het (subjectieve) willen binden bij de tussenpersoon, op basis van een in hem gevestigde, als mogen binden te begrijpen bevoegdheid'. Dit thema beheerst het gehele boek.

Merkwaardig is intussen, dat Van S. hierbij in het midden laat, *hoe* die bevoegdheid ontstaat (vgl. p. 51 v., 56). Het zou echter weinig verschil gemaakt hebben indien hij dat wel gedaan zou hebben, aangezien hij ook daar de rechtshandeling 'volmachtsverlening' wel in de wilssleutel geplaatst zou hebben (vgl. o.a. p. 81, 102 v.). Aan de verdere beschouwingen van Van Schilfgaarde over de door hem geïntroduceerde figuur van 'verborgen' of 'bedekte vertegenwoordiging', die ook in de wilsleer zijn basis vindt, moet hier voorbijgegaan worden.

De conclusie moet luiden, dat Van Schilfgaarde de titel van zijn werk niet waargemaakt heeft: in plaats van met een *toerekeningsleer*, heeft men hier met een *wilsleer* te doen, met als enige concessie, dat waar nodig het wilslelement met het vertrouwenslelement aangemengd wordt, hetgeen het predikaat 'toerekening' krijgt. Dit alles overigens in de beste traditie van de aanhangers van de wilsleer (vgl. onder, III, § 8, no. 4).

De benadering van Van Schilfgaarde stemt overigens overeen met die van W. Müller-Freienfels, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, 1955, en van W. van Gerven, *Begin-selen van Belgisch privaatrecht I*, 1969, no. 146 v. Vgl. ook het daar aangehaalde *Bewindsbevoegdheid*, 1963.

### § 3. NORMATIEVE UITLEG EN HET LEERSTUK VAN DE 'UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN'

#### a. De doctrine inzake uitleg van overeenkomsten. Twee scholen: historisch-psychologische uitleg contra normatieve uitleg

##### 1. Inleiding. Verklaring van de bestaande controverse. Twee visies op het wetsstelsel

Hierboven werd reeds ingegaan op de betekenis van het bestaan van een rechtsverhouding voor de uitleg van rechtshandelingen van een persoon die bij de rechtsverhouding betrokken is.<sup>124</sup> Daarbij vormde vooral de overeenkomst – door mij uitsluitend als *rechtsverhouding* gezien<sup>125</sup> – illustratiemateriaal. De vraag rijst echter, op welke wijze het daar betoogde aansluit bij

124. Vgl. § 2, no. 2 v.

125. Vgl. II, § 5, no. 1 v.

het leerstuk dat als 'uitleg van overeenkomsten' bekend staat.<sup>126</sup> Een rechts-terrein dat overigens de bakermat vormt voor de normatieve uitleg, zoals deze al aan het eind van de vorige eeuw ontwikkeld werd, alsook van de oudere historisch-psychologische methode. In de Inleiding van dit werk werd er al op gewezen, dat nagenoeg alle literatuur inzake uitleg van rechtshandelingen gewijd werd aan overeenkomsten, en voor het overige aan testamenten. De behandeling van 'de uitleg van overeenkomsten' biedt derhalve de gelegenheid de al in de Inleiding aangegeven tegenstelling tussen beide genoemde methoden nader uit te werken. Teneinde de omvang van dit werk te beperken, moet ik hier met een korte bespreking volstaan. Uit een door mij verricht literatuuronderzoek, teruggaande tot 1875, zal ik derhalve slechts met mate putten. De onderhavige controverse is intussen voor de praktijk in zoverre minder belangrijk geworden, aangezien de hoge raad – zoals reeds eerder werd opgemerkt – zich in de naoorlogse jurisprudentie ook hier voor de normatieve methode van uitleg uitspreekt, al werd dit in de doctrine nog niet gesignaleerd. Voor een goed begrip van die jurisprudentie die aanstonds nog geanalyseerd gaat worden, is evenwel het onderkennen van de aangegeven controverse een vereiste. Daartoe dient de hiervolgende beschouwing. Voor het feit dat de controverse inzake de uitleg van overeenkomsten zich nu al een eeuw voortsleept in de doctrine, kan de volgende verklaring gegeven worden. Allereerst de omstandigheid dat de wet in de artt. 1378 en 1379 BW uitlegvoorschriften bevat, en daarnaast de omstandigheid dat die uitlegbepalingen in de 4e afdeling van titel 2, Boek III staan, genaamd: 'Van de uitlegging der overeenkomsten', terwijl de artt. 1374 en 1375 in de voorafgaande, 3e afdeling opgenomen werden, met als opschrift: 'Van het gevolg der overeenkomsten'. Die laatste omstandigheid heeft meteen al verstrekkende gevolgen waar het de aanhangers van de historisch-psychologische uitlegmethode betreft: zij leiden daaruit af, dat het beginsel van de goede trouw van de artt. 1374 en 1375 *buiten* de uitleg gehouden moet worden.<sup>127</sup> Het aldus gevonden wetssysteem berust derhalve op een *grammatikale interpretatie* van de *wetsindeling*.<sup>128</sup> Een wetshistorische

126. Vgl. voor de overeenkomstige problematiek bij de 'uitleg van testamenten', mijn beschouwingen in *WPNR* 5048-50 (1969), *De methode van uitleg bij testamenten, in het bijzonder in geval van oneigenlijke dwaling bij het testeren*.

127. Vgl. Hofmann-Van Opstall, p. 456; Meijers, *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring*, 1937, *Verz. Opst.* III, p. 297, nt. 1, p. 299, nt. 1; *Hand. NJV* 1954 II, p. 641; Vgl. ook nog *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. Amsterdam 1903, p. 112 v. Voor een bespreking van zijn uitlegmethode verwijs ik naar mijn beschouwing in *WPNR* 5049 (1969), p. 319 v., *De methode van uitleg bij testamenten*, etc.

128. Van Opstall stelt zelfs, na gewezen te hebben op schrijvers die uitleg opvatten als het vaststellen van rechtsgevolgen: 'Wij geloven niet dat de wetgever het woord "uitleggen" bezigde in *deze* betekenis, toen hij het boven de vierde afdeling neerschreef'. Vgl. verder diens betoog. Bij de weergave van het opschrift van de derde afdeling, wordt door schr. het woord 'gevolg' gecursiveerd, waaruit reeds blijkt hoezeer hij zich door de tekst van het opschrift van die afdeling laat leiden. Van Opstall concludeert dan ook: 'Misschien zou men kunnen verdedigen dat uitlegging een onderdeel is van het vaststellen van de Vervolg noot op pag. 238.



interpretatie behoeft nl. in het geheel niet tot een dergelijke conclusie te leiden.<sup>129</sup> Men kan de opmerking van J. C. van Oven beamen, dat de wetgever met het plaatsen van de aangehaalde opschriften boven beide afdelingen een tegenstelling gesuggereerd heeft, die 'een ongeluk voor de ontwikkeling van ons recht (is) geworden'.

De aanhangers van de normatieve methode hebben daarentegen van de beginne af aan beklemtoond, dat *het beginsel van de goede trouw de uitleg beheerst*. Daartoe bedienden zij zich niet van grammatikale interpretatie, niet ten aanzien van de wet, en evenmin ten aanzien van overeenkomsten. Om een vurig voorstander van normatieve uitleg uit de vorige eeuw, J. F. Houwing aan te halen – hij was echter niet de eerste –:<sup>130</sup>

'... naast art. 1378 staan de artt. 1374 en 1375 die aan alle overeenkomsten den maatstaf aanleggen der billijkheid en der goede trouw. Die billijkheid nu en die goede trouw verbieden, aan den letterlijken, grammaticalen zin der gebruikte woorden zich vast te klampen. Zij eischen dat men, om de bedoeling der woorden te vatten, niet op hun algemene betekenis lette, maar, gelijk redelijke en ordentelijke lieden betaamt, den zin opspore, welken zij, in dit bestaande geval en tusschen deze personen, hebben moesten'.<sup>131</sup>

Dit standpunt is ook kenmerkend voor de latere aanhangers van deze methode, zoals Houwings leerling Paul Scholten, K. Jansma, P. A. J. Losecaat Vermeer, Suijling en Eggens.<sup>132</sup> Is de vigeur van de goede trouw een

Vervolg noot van pag. 237.

rechtsgevolgen van de overeenkomst. *Onze wet ziet het echter kennelijk anders*, p. 457, mijn curs. In dezelfde zin Meijers, *Verz. Opst.* III, p. 299, nt. 1; G. J. Scholten, *Hand. NJV* 1954 I, p. 161 v.

129. Vgl. uit de laatste tijd de beschouwing daarover van J. C. van Oven, in *WPNR* 4279 (1953) p. 41, en verder nog onder.

130. Aan Houwing gingen vooraf: H. J. Hamaker, *Beschouwingen over pandrecht*, 1875, *Verspr. Geschr.* II, p. 251 v., 273 v. - vgl. daaromtrent mijn al genoemde *WPNR*-artikel, p. 320 v. -; S. J. Fockema Andreae, *De wil en wilsverklaring*, *Nieuwe bijdragen* 1875, p. 297; Modderman, *Wil of Vertrouwen*, 1880, p. 40 v.; H. L. Drucker, *Eene Bijdrage ter vereenvoudiging van de leer der Overeenkomsten, etc.*, *RM* 1884, p. 238 v.; M. Smit, *De zgn. stilzwijgende wilsverklaring bij het aangaan van overeenkomsten in het Nederlandse recht*, diss. Groningen 1890, p. 131 v.

131. *Oneigenlijke dwaling*, *RM* 1890, p. 516 v. In een noot weerlegt Houwing de tegenwerping, dat art. 1374 de uitvoering te goeder trouw zou betreffen, een stelling die men in onze tijd nog regelmatig in cassatiemiddelen aantreft, vgl. onder. Houwing stelt daar: 'Maar de uitvoering hangt af van de opvatting, de uitlegging der overeenkomst, zodat het artikel eigenlijk niets anders zeggen wil, dan dat bij het vaststellen der door partijen bedoelde verplichtingen, d.i. bij de uitlegging, de goede trouw in aanmerking dient te worden genomen'. Vgl. voor Houwings uitlegopvatting verder nog zijn *WPNR*-artikel *Uitlegging of bewijs door vermoedens*, i.h.b. *WPNR* 2179, p. 463; 2213, p. 250; en ook nog *RM* 1892, p. 82.

132. Paul Scholten, *Uitlegging van testamenten*, *WPNR* 2057-58, 2060-61 (1909), p. 293, 310, 335, 349 v.; noten onder HR 23 dec. 1926, *NJ* 1927-434, *De Poorter - Burgerhout*, en HR 4 juni 1937, *NJ* 979 *Ned. Handel Mij. - Lemans & Leon; Alg. Deel*, p. 24, 29, 138 v., 165. K. Jansma, *Uitlegging van overeenkomsten*, diss. Amsterdam 1913, i.h.b. p. 5 v., 61 v.; P. A. J. Losecaat Vermeer, *Wil en verklaring bij overeenkomsten*, diss. Leiden 1913.

Vervolg noot op pag. 239.

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

van de consequenties van deze wetsuitleg, een andere is – even in het oog lopend – dat in de leer van de normatieve uitleg *geen onderscheid wordt gemaakt tussen de uitleg en de aanvulling van de overeenkomst met behulp van de goede trouw* (ex. art. 1375). Deze slotsom is echter niet alleen gebaseerd op wetsuitleg. Aangezien men in deze visie niet de *wil* van de handelende partij(en) als voorwerp van onderzoek neemt (vgl. nog onder), maar de rechtsbetrekking, de overeenkomst zèlf, moet onder uitleg verstaan worden de vaststelling van de *inhoud* van de overeenkomst, van haar rechtsbetekenis. Juist om die reden al geldt – in de woorden van Paul Scholten – dat ‘iedere interpretatie tevens is aanvulling en de tegenstelling eene is van meer of minder, niet van scherp te scheiden dingen’.<sup>133</sup>

#### 2. Verklaring van de controverse (vervolg). Twee visies op de artt. 1378 en 1379 BW. De hercodificatie van de artt. 932 e.v. BW

Wat de andere omstandigheid betreft die aan de controverse ten grondslag ligt, de aanwezigheid van de artt. 1378 en 1379 in de wet, ook hier is de methode van wetsuitleg bepalend voor de houding die men in beide kampen inneemt. Voor de historisch-psychologische school is weer de grammatikale wetsinterpretatie kenmerkend, en daarnaast – een ander facet van het rechtspositivisme – de geëiste discipline in de omgang met de wet. Het feit op zich dat die uitlegvoorschriften in de wet neergelegd zijn, brengt reeds met zich dat de rechter, gelijk ten aanzien van alle wetsvoorschriften het geval is, deze heeft op te volgen, ‘ook al kan hij zich niet met de wenschelijkheid van hun inhoud vereenigen’, aldus Meijers.<sup>134</sup> Een leerling van hem, Van der Ploeg spreekt in dit verband zelfs van ‘loyale toepassing’, en waarschuwt: ‘Discipline zij hier de staf van de uitlegger’.<sup>135</sup> Een dergelijke discipline is in het andere kamp ver te zoeken, hetgeen bij de tegenstanders uiteraard slecht valt.<sup>136</sup> In de normatieve school zijn zelfs voorstanders van

Vervolg noot van pag. 238.

i.h.b. p. 31 v., 51 v.; J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1e stuk (1918), p. 172 v., 2e stuk (1923) p. 159 v., 2e dr. (1934) p. 273 v.; J. Eggens, *Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen*, in de bundel *Het Testament*, 1951, p. 81 v., *Verz. Opst.* II, p. 257 v.; vgl. ook Klaassen-Eggens-Polak, p. 198. Eggens’ visie wordt onderschreven door J. M. Polak, *WPNR* 4701 (1961) p. 564; Buining, *WPNR* 4625 (1960); J. F. Glastra van Loon, *WPNR* 4606 (1959), p. 495.

133. *Uitlegging van testamenten*, t.a.p., p. 350 v. Vgl. ook *WPNR* 2374 (1915) p. 322, p. 330 v., waar Scholten een overeenkomstig standpunt inneemt t.a.v. de vaststelling krachtens uitlegging of een partij een bepaald risico aanvaardt heeft. Deze enigszins dialektische benadering heeft een nog slechter accent gekregen bij Eggens, t.a.p.

134. Diss. p. 112, nt. 1, vgl. verder voor Meijers’ visie op het gezag van de wet, mijn *WPNR*-artikel, p. 323.

135. Dit wordt door schr. m.b.t. art. 932 BW opgemerkt, vgl. mijn *WPNR*-artikel, p. 323, en eveneens t.a.v. art. 937, id. p. 307, nt. 6.

136. id. p. 324.

de gedachte te vinden, dat de artt. 1378 e.v. naast art. 1374, lid 3 overbodig zijn.<sup>137</sup>

Dan nu de gewraakte artikelen zelf. Zij luiden als volgt:

art. 1378. Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken.

art. 1379. Indien de bewoordingen eener overeenkomst voor onderscheiden uitleggingen vatbaar zijn, moet men veeleer nagaan welke de bedoeling der handelende partijen geweest zij, dan zich aan den letterlijken zin der woorden binden.

Voor de interpretatie van deze artikelen is beslissend, of men volstaat met grammatikale uitleg, dan wel ook de wethistorische uitleg hanteert (over systematische of associatieve wetsuitleg zwijg ik maar). In de feitelijke uitleg-leer beperkt men zich wederom tot de grammatikale uitleg. Jammer, want de motieven die onze wetgever had om art. 1378 (en evenzeer art. 932) in de wet op te nemen, als eigen bijdrage aan dit onderdeel van de codificatie, zijn algemeen bekend en onomstreden: de angst voor willekeur van de rechter bij de beoordeling van overeenkomsten en testamenten, uitgeoefend onder het mom van uitleg.<sup>138</sup> De hier gehanteerde grammatikale uitleg heeft intussen een tweeledig karakter: ook de vraag of de woorden van de overeenkomst duidelijk zijn, dient alleen aan de hand van grammatikale uitleg vastgesteld te worden.

137. Aldus Losecaat Vermeer, diss. p. 34, 86, gevolgd door Suijling, vgl. onder. Jansma ruimt voor art. 1378 nog wel een belangrijke plaats in, zij het alleen voor *schriftelijke contracten*, vgl. diss. p. 151 v., 164 v.

138. Vgl. de literatuur genoemd in mijn *WPNR*-artikel, p. 323, nt. 61, waaraan nog toe te voegen: J. C. van Oven, *WPNR* 4279, p. 40 v. (1953), en D. J. Veegens, *Cassatie*, p. 166.

139. Als aanhangers van normatieve uitleg zijn verder nog te beschouwen: N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* III, 1e druk, 1892, p. 151 v., 218 v. (2e dr. 1907, p. 177 v., 267 v.); J. H. Thiel, *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen*, diss. Amsterdam 1903, p. 21 v., 150 v.; W. H. de Savornin Lohman, in Land-Lohman, 1907, p. 179, nt. 2, 265, nt. 1; J. Goudekot, *Afspraken tot het sluiten van overeenkomsten*, diss. Amsterdam 1906, p. 20; W. L. P. A. Molengraaff, *Leidraad* I, p. 206, 2e dr. 1912 (vgl. ook 6e dr. 1930, p. 354); J. J. Poldermann, *Het openbaar aanbod*, diss. Utrecht 1913, p. 12 v.; L. E. Visser in Kist-Visser, *Beginselen van handelsrecht* III; *Handelsverbintenissen*, 3e dr. 1914, p. 6 v.; M. N. S. Troelstra, *Het vrijblijvend aanbod*, diss. Leiden 1925, p. 47 v.; L. B. A. M. Janssens, *Het aanbod*, diss. Amsterdam 1926, p. 9 v., 18 v.; L. C. Hofmann, *Nederlandsch Verbintenissenrecht*, 4e dr. 1935, p. 247 v.; N. de Beneditty, *WPNR* 3447 (1936), p. 33; G. de Grooth, *Conversie van rechtshandelingen*, *WPNR* 3898 (1944) p. 188; A. Pitlo, *Het verbintenissenrecht*, 2e dr. 1948, p. 223, vgl. 6e dr. 1964, p. 200; J. Zeijlemaker, *Hand. NJV* 1948 I, p. 69 v. en passim; D. J. Veegens, *Cassatie*, no. 94; J. ter Heide, *Vrijheid. Over de zin van de straf*, 1965, p. 162 v.; H. C. F. Schoordijk, *Rm Th* 1967, p. 200 v., bespreking diss. H. J. Pabbruwe; *Bouwwrecht* 1969, p. 66, nt. 9. Schrijvers waar enige aarzeling op zijn plaats is, of zij tot deze stroming gerekend kunnen worden, doorgaans omdat zij een scheiding tussen uitleg en aanvulling verstaan: J. P. Moltzer, *Hand. NJV* 1889 I, p. 144 v. (hier is de terminologie echter misleidend); P. J. Witteman, *De grens tusschen recht en feit in de burgerlijke cassatie*, diss. Amsterdam 1921, p. 112 v.; S. van Brakel, *Leerboek v.h. Ned. Verbintenissenrecht* III, 1937, p. 18, 102; Asser-Rutten II, p. 210 v., 225 v.; Chr. Zevenbergen, *Aard en werking der goede trouw in het romeinse verbintenissenrecht*, 4e dr. (1954), p. 17; F. J. W. Löwensteyn, *De relativiteit van de contractuele norm*, inaug. rede Tilburg 1967, i.h.b. p. 6 v., 21 v.

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

De aanhangers van de normatieve uitleg daarentegen hebben onophoudelijk betoogd, met J. F. Houwing en Scholten aan het hoofd<sup>139</sup>, dat 'woorden nooit duidelijk zijn', en dat een louter grammatikale uitleg uit den boze is. Dit 'woorden zijn nooit duidelijk'-beginsel wordt door de tegenstanders slechts voor een 'slogan' versleten, die van werkelijkheidszin gespeend is.<sup>140</sup>

Ook ten aanzien van art. 1379 vormt de grammatikale uitleg de spil waarom de controverse draait. In de school van de feitelijke uitleg leest men 'de bedoeling der handelende partijen' zoals het daar op het eerste gezicht staat. Indien men daarbij de *wilsleer* volgt, moet de uitleg luiden: hieronder wordt verstaan de *subjektieve bedoeling* (lees: bedoelingen) van partijen. En daarmee is het voorwerp van alle uitleg gegeven: de bedoeling of wil van de handelende. In de normatieve school – het wordt eentonig – hanteert men naast de grammatikale ook weer de wetshistorische interpretatie. Op grond daarvan meent men – Smit ging hierin voor, daarin gevolgd door Houwing en later Losecaat Vermeer<sup>141</sup> – dat in art. 1379 bedoeld wordt op de gezamenlijke bedoeling van partijen, waarbij men niet de subjektieve wil van partijen, maar de *objektieve zin* van de handeling op het oog had.<sup>142</sup> Zoals wij zagen volgen de tegenstanders van de laatste zienswijze bij de interpretatie van de term 'bedoeling' niet uitsluitend een taalkundige benadering, maar baseren zij zich mede op het wilsdogma. De ontwikkeling van de normatieve uitlegmethode is evenwel juist uit de bestrijding van het wilsdogma voortgekomen.<sup>143</sup> Na de eeuwwisseling werd dat verband echter losgelaten, niet in het minst omdat de revolutie tegen de wilsleer onder het stof geraakt was. In de dissertaties van Jansma en Losecaat Vermeer (beide uit 1913) vindt men al niets meer van die revolutionaire stromingen vermeld, ook niet op het stuk van uitleg.<sup>144</sup> Een sleutelpositie wat deze veronachtzaming betreft van de negentiende-eeuwse vertrouwenstheorieën, zoals in ons land en elders (bijv. in Duitsland) verdedigd, heeft naar mijn indruk Meijers gespeeld. In zijn in 1903 verschenen dissertatie vindt men

140. Aldus de Commissie-Erfrecht, ingesteld door de Broederschappen van Notarissen en Cand.-Not., *Eerste rapport ter bestudering van Boek 4 van het nieuwe BW*, bijlage *WPNR* 4623 (1960), ad. art. 932; aangehaald door Van der Ploeg — voorzitter van die commissie — in *WPNR* 4857, p. 206 (1965).

141. J. F. Houwing, *RM* 1890, p. 517, nt. 3; Losecaat Vermeer, diss. p. 30. Aldus ook Land III, 1e dr. p. 218, nt. 5; Land-Lohman, p. 267, nt. 6. Smit is overigens een leerling van Land en Drucker.

142. Diss. 1890, p. 131 v. Smit wijst hierbij op art. 1156 CC, dat van de 'commune intention' van partijen spreekt, en verder op Pothier, die volgens Cambacérès de geestelijke vader van het artikel zou zijn. Houwing, t.a.p. meent dat Smit de juistheid van zijn zienswijze afdoende aangetoond heeft.

143. Dit geldt met name voor normatieve uitleggers van het eerste uur, zoals Fockema Andreae en Modderman. Ook degenen die de wilsleer niet willen laten vallen ten gunste van de 'nieuwe' – of 'vertrouwensleer', zoals Drucker en Houwing (vgl. onder, III, § 6, no. 2 v.), nemen wél de nieuwe uitlegopvatting over. Daarbij hebben ook duitse auteurs als Hartmann en R. Leonhard invloed gehad.

144. Jansma, diss. p. 19. Schr. laat de wil- of vertrouwenskwesatie terzijde, als niet van direct belang voor zijn onderwerp. Losecaat Vermeer, diss. p. 6 v. Schr. spreekt ten onrechte van de 'strijdvraag wil of *verklaring*', p. 18, en bestrijdt Drucker, Houwing en Smit in hun opvatting dat deze vraag zou neerkomen op een vraag van uitleg.

die theorieën slechts terzijde geschoven met de opmerking, als zouden zij slechts een nieuwe terminologie verdedigen.<sup>145</sup>

De aldus weergegeven discussie rond de artt. 1378 en 1379 in de doctrine, is ook voor het huidig recht nog van betekenis. Weliswaar hebben die artikelen door toedoen van de normatieve stroming steeds meer aan belang ingeboet, en worden zij in het Nieuw BW zelfs geschrapt<sup>146</sup>, de overeenkomstige even omstreden artikelen uit het erfrecht, de artt. 932 en 933 BW werden in het Nieuw BW onlangs in oude luister hersteld: in art. 4.3.1.8.<sup>147</sup> Aan mijn eerdere uitvoerige bestrijding van die hercodificatie – in mijn ogen een daad van misplaatste monumentenzorg – heb ik weinig toe te voegen. Wat de verdediging van de ontworpen regeling in de eerste kamer betreft, ligt dit anders. Mijn betoog werd door de regeringscommissaris, Wiersma, aan een grammatikale interpretatie onderworpen, d.w.z. één zin uit dat betoog, als *pars pro toto*; een zin die helaas ook niet in zijn geheel genomen werd.

In zijn betoog in de eerste kamer stelt Wiersma – na bepleit te hebben om art. 4.3.1.8 ongewijzigd te laten, ‘het systeem dat Meijers hier in enkele sobere regels heeft neergelegd voor het moeilijke probleem van de uitleg’ — :

‘In een voorstel tot een gewijzigde redactie van dit artikel in een bijdrage in het *WPNR*, die de geachte afgevaardigde de heer De Gaay Fortman heeft genoemd – de bijdrage van mr. Van Dunné – is voor het artikel voorgesteld alleen te volstaan met omstandigheden ten tijde van het testeren. Ik geloof, dat dit ten opzichte van de geldende tekst een gemis zou zijn, omdat men zou missen het element van de verhoudingen die in de uiterste wil worden geregeld. Dit kan totaal anders zijn dan de omstandigheden, waaronder de uiterste wil is gemaakt. Ik meen dat wij ons moeten houden aan de twee interpretatiebronnen voor de rechter om uit te maken of er een duidelijke tekst is of niet: de verhoudingen die het testament kennelijk wenst te regelen

145. Vgl. daaromtrent mijn betoog in mijn *WPNR*-artikel, p. 320 v., m.b.t. Meijers' onhoudbare bestrijding van de nederlandse vertrouwensaanhangers. Daarnaast valt ook op, dat schr. geheel voorbij gaat aan de — anders luidende — uitlegopvatting van zijn promotor, J. F. Houwing, waardoor zovelen zich lieten inspireren, o.a. Thiel in datzelfde jaar 1903. Wat de buitenlandse literatuur betreft vindt men Danz genoemd, en diens vermaarde *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 1897. Meijers laat ook hier in het midden dat Danz' toen al gezaghebbende visie diametraal tegenover de zijne staat, en hanteert de ‘vergelijk verder’-formule, op p. 111, nt. 1, in fine. Danz bestrijdt de opvatting — ook door Meijers aangevaard — dat uitleg te maken zou hebben met de ‘Erforschung und Feststellung inneren Absicht’ der partijen, en dat sprake zou zijn van ‘eine Art *Beweisaufnahme*’ of ‘*tatsächliche Feststellung*’. Danz ziet daarentegen uitleg als ‘die Feststellung der eingetretenen *Rechtsfolge*’, met behulp van de ‘verständige Menschen’-constructie. Dit acht schr. ‘eine ganz neue Rechtsanschauung und eine ganz neue Art der Auslegung’. Vgl. p. 11 v.; 3e dr. 1911, p. 4 v., 78 v. In latere tijd werd Danz bestreden door Larenz — die de wilsleer aanhangt — en wel op onzuivere wijze, vgl. *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* 1930, herdruk 1966, p. 10 v. In de latere ontwikkeling van Larenz' denken komt aan die bestrijding echter de grondslag te ontvallen, vgl. *Nachwort* bij de herdruk, en *Allg. Teil*, p. 334. Vgl. ook nog onder, no. 12.

146. *Toel.* p. 759. Vgl. voor een kritische bespreking van de motivering die daarbij gegeven wordt, G. C. J. J. van den Bergh, in *AA XVI* (1966-67), p. 102 v.

147. Vgl. mijn artikel *De methode van uitleg bij testamenten*, etc., *WPNR* 5048-5050 (1969), i.h.b. no. 5050.

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

en de omstandigheden waaronder het is gemaakt' (Hand. Eerste Kamer, Zitting 1968-1969, 3771, p. 1044).

Al is het een eer indien men zijn beschouwingen door de ontwerpers besproken ziet – de vroegere critici van de ontworpen regeling werden tot dusver doodgezwegen, Wiersma spreekt op deze plaats zelfs ervan dat art. 8 de heersende leer in rechtspraak en doctrine weergeeft – als het op deze wijze gebeurt, kan men beter voor die eer bedanken. Wat is nl. het geval? Allereerst worden in de aangehaalde passage – vgl. ook de samenhang met het vervolg van het betoog van Wiersma – mijn beschouwingen in het *WPNR* voorgesteld als een voorstel tot *redaktiewijziging*. Inderdaad wordt door mij voorgesteld de redaktie van lid 1 van art. 8 te wijzigen, doch óók om de leden 2 en 3 te *schrappen*, hetgeen al met al een *wijziging* van het artikel betekent. Doch daarover wordt niet gerept. Verder wordt in de door mij voorgestelde redaktie van lid 1 de formulering 'dient mede gelet te worden op de omstandigheden' gebruikt, terwijl bij de toelichting door mij opgemerkt wordt, dat onder omstandigheden ook de *verhoudingen* begrepen worden, die Wiersma zo ter harte gaan.

In het vervolg van Wiersma's verdediging van het ontworpen artikel wordt met begrippen als 'duidelijkheid' en 'rechtszekerheid' geschermd, tegen welke zienswijze al zovele critici van het art. 8 in het geweer kwamen. Het was overigens met betrekking tot de uitleg van testamenten dat Paul Scholten al in 1909 (t.a.p.) opmerkte, dat woorden nooit duidelijk zijn. Vgl. hieromtrent verder uitvoerig mijn artikel. Verder is nog opmerkelijk, dat Wiersma in de laatste alinea die hij aan art. 8 wijdt, nergens releveert aan het betoog in de M.v.A. van 3 juni, waar gesteld wordt dat op vergissingen anders dan bedoeld in lid 3, ook lid 1 en lid 2 van toepassing zijn. Een standpunt waarbij het gehele artikel 8 op losse schroeven gezet wordt, vgl. het naschrift bij mijn artikel, p. 322 v.

In een brief van 3 oktober 1969 heb ik mij met betrekking tot de 'misrepresentation' van mijn standpunt in de eerste kamer gericht tot minister Polak en zijn regeringscommissaris. In de schriftelijke en mondelinge gedachtenwisseling die volgde tussen de heer Wiersma en mij, stelde de eerste zich uiteindelijk op het standpunt dat, toegegeven de theoretische tekortkomingen van het artikel, pragmatische argumenten voor een handhaving ervan pleiten. Bij wijziging van het artikel vreesde Wiersma een grote toeloop naar de rechter, met het onaantrekkelijke gevolg dat vele boedels jarenlang onverdeeld zouden blijven. Ik heb voor die kwestie mijn licht opgestoken bij notaris Buining, 'man van theorie en praktijk', zoals Van der Ploeg hem eens noemde. Deze bleek die toeloop naar de rechter in het geheel niet te zien. Buining bleef bij zijn oude stellingname tégen het ontworpen art. 8.

Tot welke onbillijke gevolgen de door mij bestreden methode van uitleg – welke in het ontwerp gevolgd wordt – kan leiden, bewijst de door mij in mijn *WPNR*-artikel besproken jurisprudentie, met name het arrest *Freijne - Ponjee* uit 1965, de zaak van de dove erflaatster.<sup>148</sup> Vormde een ongenoegen met de onbevredigende afloop van deze zaak voor mij de aanleiding om de methode van uitleg van testamenten naar geldend en wordend recht eens door te lichten, datzelfde ligt niet in de lijn van de ontwerpers. Weliswaar

148. HR 9 april 1965, *NJ* 1966-178, nt. J. H. B. Een notaris had het verlangen van de erflaatster, dat de nalatenschap aan een broer en een zuster zou toekomen, menen te kunnen weergeven met de term 'vererving volgens de wet', zonder recherches te plegen naar het bestaan van andere broers en zusters. De laatsten eisten verdeling naar luid van woorden: vererving volgens de wet.

stelt Wiersma, zich aansluitend bij de mening van De Gaay Fortman<sup>149</sup>, dat de uitslag van deze procedure 'volmaakt onbevredigend' is — dit in tegenstelling tot het standpunt dat eerder door J. H. Beekhuis en Van der Ploeg ingenomen werd —, het lijkt mij dat het voor de ontwerpers daarbij blijft. In de woorden van minister Polak aan het slot van de beraadslagingen: 'Gelukkig is nu ook de kwestie opgelost van de dove erflaatster die stuit op een niet nieuwsgierige notaris, een combinatie die in geen duizend jaar meer zal voorkomen'. Eind goed, al goed.

Maar de invoeringswet is nog ver.

### 3. *Onbekendheid van de controverse*

Zoals al opgemerkt werd, is de geschetste controverse rond de historisch-psychologische en de normatieve methode van uitleg nagenoeg onbekend. In de handboeken kiest men een standpunt, zonder aan de niet gevolgde methode veel aandacht te schenken. Doorgaans blijft het alternatief slechts vaag omschreven, terwijl daarbij geen namen van opponenten genoemd worden. Deze onduidelijke situatie in de doctrine werd in de hand gewerkt, doordat Meijers' standpunt nagenoeg onbestreden bleef. Slechts Janssens trad in 1926 tegen hem in het strijdperk<sup>150</sup>, en eerst in 1951 volgde Eggens.<sup>151</sup> In de dissertatie van Jansma (1913) wordt slechts van de 'klassieke' leer gesproken.<sup>152</sup> Meijers' leerlingen Losecaat Vermeer en Troelstra volgen in hun dissertaties (resp. uit 1913 en 1925) een visie tegengesteld aan die van hun promotor, zonder dat echter te bekennen.<sup>153,154</sup> Ook de verdere literatuur biedt eenzelfde beeld. En Scholten en

149. Resp. p. 1044, en p. 1018. De Gaay Fortman acht — onder aanhaling van Bregstein — de woorden van het testament 'in het geheel niet duidelijk', dit overigens i.t.t. de M.v.A. Het onderscheid dat spr. maakt tussen uitleg en vaststelling van de inhoud, past echter niet in de normatieve methode.

150. Janssens, diss. p. 20 v.: 'Wanneer men derhalve die objectieve mening als *de* betekenis van de afgelegde verklaring aanvaardt, dan is men altijd op den goeden weg. Men behoeft dan niet, gelijk Meijers wil, als grondslag eerst aan te nemen de geuite wil, en voor de speciale gevallen het opgewekte vertrouwen zoals dat uit de verklaring blijken kan'. Schr. verwijst o.a. naar Losecaat Vermeer.

151. *Uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen*, t.a.p. Het is jammer dat Eggens bij zijn bestrijding van Meijers niet de overige literatuur en jurisprudentie in zijn beschouwingen trekt. Tegenstanders van Eggens' visie verliezen daardoor naar het mij voorkomt uit het oog, dat Paul Scholten in 1909 al een overeenkomstig standpunt innam, in diens opstel *Uitlegging van testamenten*. Van nieuwlichterij is hier dus geen sprake.

152. p. 22 v. Jansma brengt bij zijn bestrijding van deze klassieke bedoeling-theorie — z.i. de heersende — zeven bezwaren naar voren. Meijers wordt niet genoemd.

153. Losecaat Vermeer, p. 9 v., volgt echter aanvankelijk nog Meijers' opvatting, en acht uitleg steeds een waarschijnlijkheidsberekening. Z.i. bestaat er slechts de tegenstelling tussen uitleg 'volgens de bedoeling' en uitleg 'naar de woorden', welke tegenstelling zich zou oplossen in de vraag welke omstandigheden men bij de uitleg in aanmerking mag nemen. Vgl. ook p. 31. Doch als schr. zijn uitlegopvatting nader uitwerkt, p. 32 v. — in navolging van Houwing — is de overeenkomst met Meijers ver te zoeken.

154. Troelstra, p. 47 v.; schr. verwijst daarbij naar Molengraaff.

Meijers polemiseerden nu eenmaal niet. Ook hier blijkt weer dat zij de wetenschap daarmee geen dienst bewezen.<sup>155</sup>

De onbekendheid van deze doctrinaire controverse heeft ook binnen het terrein van de uitleg van overeenkomsten zijn sporen nagelaten. De cassatiemiddelen van procedures die in de laatste decennia gevoerd zijn, zijn doordrukt met onverteerde brokken uit dat meningsverschil. Nog steeds worden middelen gebaseerd op de stelling, dat van de duidelijke bewoordingen van een overeenkomst niet door uitlegging mag afgeweken worden. Zeer gezien is ook de stelling, dat art. 1374, lid 3, uitsluitend een voorschrift bevat ter *uitvoering* van de overeenkomst, en derhalve geenszins de rechter de bevoegdheid geeft om het uitdrukkelijk overeengekomene te veranderen. Beide stellingen werden in de vorige eeuw al door J. F. Houwing en Land weerlegd, op een wijze die velen wist te overtuigen, tot ver in deze eeuw. Daarmee is het punt gekomen, de jurisprudentie op dit terrein aan een onderzoek te onderwerpen.<sup>156</sup>

#### **b. Uitleg van overeenkomsten in de jurisprudentie. Normatieve uitleg aangevaard door de hoge raad**

##### *4. Normatieve uitleg in de oudere jurisprudentie. Van Prooye - Veltenaar (1925)*

Typerend voor aanhangers van de normatieve methode van uitleg is het beroep dat op de in de jurisprudentie gevolgde uitlegmethode wordt gedaan. Kenmerkend voor de historisch-psychologische school is daarentegen, dat

155. In de stroming in de literatuur, die de historisch-psychologische uitlegmethode aanvaardt, vormt Meijers de centrale figuur. Vgl. voor zijn standpunt naast de al genoemde literatuur: *Hand. NJV* 1918 I, p. 104, nt. 1; de noot onder *Borsje - De Hoop*, *NJ* 1932-380; *WPNR* 3336 (1933), p. 516, waar men *Suijling* bestreden vindt; *Alg. Begrippen* 1948, p. 23, 225. Uit dat laatste werk blijkt dat Meijers zijn een halve eeuw tevoren, in zijn dissertatie ontwikkelde opvatting, nog steeds huldigt. Wat de wetsuitleg betreft, is de situatie anders. Verwierp hij in 1903 nog de teleologische wetsinterpretatie, zoals door Kohler verdedigd (diss. p. 115 v., 123 v.), in zijn *Alg. Begrippen*, p. 33, keurt hij haar goed, zij het voor 'een twijfelachtig geval'. De feitelijke opvatting over de uitleg — zoals door Meijers aangevaard — wordt behalve door Van Opstall en Van der Ploeg (vgl. boven nos. 1, 2), eveneens gehuldigd door: P. W. Kamphuisen, *WPNR* 3085 (1929); M. H. Bregstein, inaug. rede Rotterdam 1935; *preadv. NJV* 1936 (vgl. nog onder no. 9); Ph. A. N. Houwing in diens noot onder het *rederij Koppe*-arrest (1949), vgl. onder, no. 5; J. H. Beekhuis, *Hand. NJV* 1954 I, p. 215 v. en zijn noot onder de arresten *Admiraal - Brakenhoff* en *Freyne - Ponjee*, *NJ* 1966-178 (waarover mijn *WPNR*-artikel, p. 307 v.); G. J. Scholten, *Hand. NJV* 1954 I, p. 161 v., II, p. 83 v.; L. J. Hijmans van den Bergh, id. II, p. 38 v.; H. Drion, in diens noot inzake het *Staalman - Horeca*-arrest (1962), vgl. onder, no. 7 v.; H. J. Pabbruwe, *Gebruik en gebruikelijk beding*, diss. Gron. 1961; In deze richting sprak zich ook uit — met een marge voor enige twijfel — F. J. de Jong, *Hand. NJV* 1948 II, p. 17.

156. In de hier gevolgde normatieve methode van uitleg is de uitlegvraag — het ligt voor de hand — geen feitelijke vraag, maar een *rechtsvraag*. Ik verwijs voor die kwestie naar het boven opgemerkte, vgl. I, § 3, nos. 9, 13.



men de rechtspraak buiten beschouwing laat. In de dissertatie van Meijers<sup>157</sup> en, meer recent, in het betoog van Van Opstall<sup>158</sup> vindt men dat laatste geïllustreerd. In de normatieve richting heeft M. Smit in 1890 als eerste een jurisprudentie-onderzoek ingesteld, dat teruggaat tot het midden van de vorige eeuw. Zijn conclusie luidt, 'dat de rechtspraak de woorden en handelingen, het stilzwijgen der partijen in het verbintenissenrecht steeds naar objectieve maatstaf beoordeelt, en aan hunne subjectieve bedoeling niet den minsten invloed toekent'.<sup>159</sup> In 1895 vult Drucker dit onderzoek met nieuwe jurisprudentie aan.<sup>160</sup> De draad wordt eerst in 1926 weer opgenomen door Janssens, die in zijn jurisprudentie-onderzoek teruggaat tot 1885. Ook deze laatste schrijver is van mening dat in de rechtspraak een 'objectieve uitleg' aanvaard wordt.<sup>161</sup>

Indien wij derhalve met het hier ingestelde jurisprudentie-onderzoek tot 1926 teruggaan, is de keten gesloten; een keten die tot het midden van de vorige eeuw reikt. Een kwarteeuw vóórdat de normatieve uitleg van overeenkomsten in de doctrine verdedigd werd. Wat de vooroorlogse jurisprudentie betreft, beperk ik mij hier tot een arrest van de hoge raad uit 1925, dat bij Janssens niet besproken werd. Vervolgens zal de jurisprudentie van na de oorlog aan bod komen, waarbij ik mij – kortheidshalve – tot enkele standaardarresten beperk.

Op 4 december 1925 wees de hoge raad een arrest, inzake *Van Prooye - Veltenaar*<sup>162</sup>, dat op het terrein van uitleg niet die aandacht heeft gekregen die het verdient.<sup>163</sup> Veltenaar had door de aannemers Van Prooye een huis laten bouwen. Bij de onderhandelingen had Van Prooye verklaard, dat voor het hem omschreven pand de bouwprijs f 40 000 zou bedragen. De tenslotte ingediende rekening houdt bijna het dubbele bedrag in. Veltenaar weigert meer dan f 50 000 te betalen; Van Prooye meent dat hunnerzijds slechts een 'voorlopige ruwe schatting' was gedaan, en acht zich contractueel gerechtigd f 79 000 in rekening te brengen. Het hof stelt met een beroep op de goede trouw de bouwsom op f 50 000 vast.<sup>164</sup> Het cassatiemiddel berust

157. Vgl. ook J. W. Huijsinga, die in zijn recensie van Meijers' dissertatie opmerkt, dat hij de rechtspraak als voorwerp van studie gemist heeft, *RM* 1906, p. 339 v.

158. Hofmann-Van Opstall, p. 455 v. Van de hieronder te bespreken naoorlogse jurisprudentie vindt men slechts het *Dorrius*-arrest (1951) genoemd, toevallig (?) een arrest waarin de hoge raad met Van Opstalls uitlegopvatting in de pas loopt, vgl. onder.

159. Diss. p. 125. Tevoren hadden Drucker en Moltzer er al op gewezen dat de vraag wil of vertrouwen in de rechtspraak in het geheel niet leeft.

160. *RM* 1895, p. 325 v.

161. Diss. p. 8 v. Het betreft uitspraken van hoven en rechtbanken. Vgl. voor een overzicht, teruggaand tot 1841, van de arresten waarbij de schending van de artt. 1378 e.v. getoetst werd, Jansma, diss. p. 170 v., en daarnaast *Hand. NJV* 1948 I, p. 156 v.

162. *NJ* 1926-97, nt. E.M.M.

163. Ik vond het slechts genoemd bij Suijling en Pitlo.

164. Het hof overweegt: 'het zou niet met de goede trouw verenigbaar zijn, indien geïn-timeerden, die als bekende aannemers met de bouwprizen op de hoogte waren, zelfs globaal en zonder speciale verbinding een prijs van ruim f 40 000 als bouwprizen genoemd hebbende voor een huis als appellant wenschte, daarvoor ruim f 78 000 zouden mogen in rekening brengen'.

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

op twee stereotype stellingen die zoëven al aangegeven werden<sup>165</sup>: hier wordt een *duidelijke* overeenkomst met behulp van art. 1374 terzijde geschoven, en verder de stelling, dat bij de prijsbepaling geen plaats is voor toepassing van regels die de *uitvoering* van overeenkomsten beheersen. Met betrekking tot het eerste onderdeel overweegt de hoge raad, dat het hof het overeengekomene niet terzijde heeft geschoven; het hof heeft 'in tegendeel', in aansluiting op het geconstateerde ontbreken van overeenstemming over de aanneemingsom, vastgesteld dat de bouwers die moesten bepalen aan de hand van de 'regelen van goede trouw'. Aan één van die regels wordt door het college nader inhoud gegeven, vgl. nog onder.

Ten aanzien van het tweede onderdeel van het middel stelt de hoge raad:

'dat toch de strekking van art. 1374, alinea 3, BW deze is, dat hetgeen elke partij ten aanzien van de uitvoering eener overeenkomst heeft te verrichten of na te laten, *moet worden bepaald met inachtneming van de eischen der goede trouw*;

dat dan ook het Hof bij de vaststelling van hetgeen *Veltenaar voor den bouw van het huis te betalen had, terecht de regelen der goede trouw heeft toegepast*' (mijn curs.).

De hoge raad bepaalt hier dat de *vaststelling van de inhoud van een overeenkomst* aan de hand van de regels van de goede trouw, ontleend aan art. 1374, lid 3, dient te geschieden. Art. 1374, lid 3, dient dus gezien zijn *strekking*, (interpretatief!), niet beperkt te worden tot de uitvoering van de overeenkomst in strikte zin, zoals men op grond van de wóorden van het artikel in hun grammatikale betekenis, zou kunnen menen. Meijers onderschrijft deze opvatting in zijn noot, ook al is de consequentie ervan, dat art. 1375 BW niets dan een toepassing van art. 1374, lid 3, wordt. De tegenstelling uitvoering van het contract en vaststelling van de inhoud is voor de annotator daarbij slechts een schijnbare. Het standpunt van Meijers, dat in deze laatste opmerking naar voren komt, stemt zoals men ziet overeen met dat welke in de vorige eeuw al door J. F. Houwing verdedigd werd, en dat ik hier boven al aanhaalde.<sup>166</sup> Niettemin staan de zienswijzen van deze schrijvers diametraal tegenover elkaar, en wel omdat *voor Meijers de vaststelling van de inhoud van het contract iets geheel anders is dan de uitleg van een contract*.<sup>167</sup> Het eerste is immers aanvulling van het overeengekomene, een proces dat eerst via uitleg van de overeenkomst (vaststelling van de subjektieve bedoelingen van partijen) in Frage komt. Een standpunt, zoals boven betoogd kenmerkend voor aanhangers van de historisch-psychologische uitlegmethode, dat door Meijers nog op zijn laatste levensdag verdedigd werd, op de jaarvergadering van de *NJV* 1954.<sup>168</sup>

Indien J. F. Houwing de annotatie verzorgd zou hebben, dan zou hij ongetwijfeld benadrukt hebben dat de hoge raad in dit arrest de *normatieve*

165. Vgl. no. 3, in fine.

166. Vgl. no. 1.

167. Dit wordt miskend door Löwensteyn, inaug. rede, p. 6.

168. *Hand. NJV* 1954 II, p. 64 v.

*uitlegmethode* volgt, waarbij onder uitleg van een overeenkomst, de vaststelling van haar inhoud verstaan wordt (van de 'rechtsgevolgen') en wel op grond van de regels van goede trouw.<sup>169</sup> Doordat Meijers zich door zijn a priori liet leiden inzake de scheiding tussen uitleg en vaststelling van de inhoud van de overeenkomst (o.a. door aanvulling), heeft het arrest *Van Prooye - Veltenaar* niet het predikaat gekregen van 'leading case', dat het ruimschoots verdient.

In een ander opzicht geldt nog sterker dat het arrest onbekend en onbemind is gebleven, nl. het belang van de uitspraak voor het leerstuk van de *dwaling*, en de precontractuele verhouding in het algemeen. In de laatste overwegingen geeft de hoge raad aan het weinig gearticuleerde gebruik van de goede trouw door het hof in dit verband een fundament, wanneer hij in antwoord op de klacht dat de gewraakte verklaring aan de totstandkoming van de overeenkomst was voorafgegaan en derhalve rechtens irrelevant zou zijn, stelt:

'dat toch geen der aangehaalde wetsartikelen, in het bijzonder niet de artt. 1374 en 1375 BW, naar inhoud of strekking den rechter verbieden bij de bepaling van wat de goede trouw in een bepaald geval medebrengt, gewicht te hechten aan omstandigheden aan het sluiten der overeenkomst voorafgegaan, meer bijzonder aan een *verklaring van een der partijen van dien aard, dat daardoor verwachtingen werden opgewekt bij de wederpartij waarmede deze mocht rekening houden*' (mijn curs.).

Wij hebben hier te doen met de stamvader van het geslacht waartoe het *De Gruyter*-arrest (1942), *Baris - Riezenkamp* (1957) en *Booy - Wisman* (1966) behoren<sup>170</sup>, al werd dit door de juridische genealogen nog niet opgemerkt: het *Van Prooye - Veltenaar*-arrest leert ons dat een partij in het precontractuele stadium mag afgaan op een door haar wederpartij afgelegde verklaring welke bij haar een veronderstelling opwekte die later niet met de werkelijkheid blijkt te stroken.<sup>171</sup> Op deze plaats is vooral van belang dat *het dwalingsvraagstuk door de hoge raad tot het terrein van de normatieve uitleg gerekend wordt*. Bij de uitleg van een overeenkomst spelen derhalve ook de in de onderhandelingsfase afgelegde verklaringen een rol, ook hier onder het teken van de goede trouw, welk beginsel alle uitleg beheerst.<sup>172</sup> Ook in dit

169. Het arrest wordt ook door Eggens in deze zin gelezen, vgl. diens conclusie als a-g voor *Van Stijverden - Van Olst* (1951), vgl. onder. Zoals al opgemerkt werd, geldt dit ook voor *Suijling en Pitlo*.

170. Vgl. voor deze arresten en de dwalingsproblematiek i.h.a. onder, § 5.

171. Dat de partij met de bij hem 'opgewekte verwachtingen rekening mocht houden' hield in casu duidelijk verband met het feit dat de aanbesteder een leek was, terwijl de aannemers van wie de verklaring afkomstig was omschreven werden als 'bekende aannemers (die) met de bouwprizen op de hoogte waren'. Een onderzoekplicht van de dwalende hoefde dus niet ter sprake te komen. Vgl. het *Baris - Riezenkamp*-arrest, waarover onder § 5.

172. Hiermee verwerpt de hoge raad m.i. de opvatting van Jansma. Deze schr. had als 'negatieve werking' van art. 1378 verdedigd, diss. p. 164 v., dat men niet buiten de duidelijke woorden van de contractsakte mag gaan, terwijl alles wat tussen partijen gepasseerd is (bijv. onderhandelingen), maar niet in de akte opgenomen werd, buiten beschouwing dient te blijven. Alleen bij dubbelzinnigheid is dit anders.

opzicht kan men van een standaardarrest spreken.<sup>173</sup> Een aspekt dat merkwaardigerwijze door Meijers – zelf aanhanger van de zienswijze waarbij de opwekking van de onjuiste verwachting door de wederpartij centraal staat bij de dwalingsakte – in zijn noot veronachtzaamd werd.<sup>174</sup>

*5. Nog een miskend standaardarrest: rederij Koppe (1949). Houwings noot bestreden*

Dan nu de naoorlogse rechtspraak van de hoge raad. Ook hier treft men een standaardarrest voor de uitleg aan, dat als zodanig geen erkenning vond, wederom door toedoen van de eronder verschenen noot van de hand van een aanhanger van de historisch-psychologische uitlegmethode, Meijers' leerling Ph. A. N. Houwing. Ik doel hier op het al eerder besproken *rederij Koppe*-arrest van 20 mei 1949.<sup>175</sup> Een arrest dat de handboeken<sup>176</sup>, compendia en arrestenbundels als *uitlegarrest*, niet gehaald heeft, zeer ten onrechte. Het feit dat Losecaat Vermeer in de kamer die dit arrest wees zitting had, – zoals wij boven zagen een voorstander van normatieve uitleg – heeft mijns inziens zijn stempel op het dictum gedrukt.<sup>177</sup> Dat is ook het geval in het arrest *Van Stijverden - Van Olst* dat enkele jaren later het licht zag, en in de literatuur geheel over het hoofd gezien werd. Deze leerling van Meijers – de appel viel wel ver van de stam – heeft naar mijn indruk een groot aandeel gehad in de normatieve koers van de hoogste rechter op dit punt. Opmerkelijk is dan ook, dat wanneer Losecaat Vermeer geen deel uitmaakt van de kamer, zoals in het *Dorrius*-arrest van 1951, waar de aanhanger van de historisch-psychologische uitleg, F. J. de Jong, op zijn plaats zit, de koers van de cassatierechter terugzwenkt naar de feitelijke uitleg, waarbij de grammatikale betekenis van woorden centraal staat. Op beide arresten wordt aanstands nog teruggekomen.

Dan nu het *rederij Koppe*-arrest. De casuspositie is de volgende:

173. De overwegingen van het *Van Prooye - Veltenaar*-arrest met hun zo genuanceerde visie op art. 1374, lid 3, staan wel in schrill contrast met die van de een jaar later gewezen *sarong-* en *weefgetouw*-arresten, die zoveel pennen in beweging hebben gezet. Wellicht is een oorzaak hiervoor te vinden, dat in 1925 G. Kirberger, een overtuigd voorstander van de leer dat de goede trouw ex art. 1374, lid 3, het (uitdrukkelijk) overeengekomene niet mag wijzigen of opzij zetten (vgl. *WvhR* 12324, bestreden door J. C. van Oven, *NJB* 1931, p. 568 v.) geen deel uitmaakte van de kamer, terwijl dit in 1926 bij de geruchtmakende arresten die ik noemde, wèl het geval was.

174. Uit dezelfde tijd stamt een ander belangrijk arrest voor de uitleg, waaruit eenzelfde visie spreekt, het arrest *Van der Schuijt - Bank v.d. Middenstand* (1927), vgl. boven, I, § 1, no. 2. Vgl. ook de arresten uit die jaren, waarbij van een normatieve uitleg van de 'verklaring' van afstand van recht sprake is, bijv. *Borsje - De Hoop* (1932), vgl. boven, I, § 3, no. 10.

175. *NJ* 1950-72, nt. Ph.A.N.H., *De Zwitserse Mij. v. Verz. tegen Ongevallen - rederij Koppe*, vlg. ook boven, § 2, no. 3.

176. Vgl. Asser-Rutten II, p. 209 v.; Hofmann-Van Opstall, p. 455 v.

177. Verder maakte van de kamer deel uit: Donner, Nijpels, Hijink en Smits.

Koppe had zich, als eigenaresse en exploitante van een beurtvaartbedrijf, bij De Zwitserse verzekerd tegen vorderingen uit wettelijke aansprakelijkheid ten aanzien van lichamelijk letsel of dood van personen. In de chaotische tijd vlak na de oorlog, vindt op een van Koppes op personenvervoer omgeschakelde schepen een ongeval plaats, om precies te zijn op 6 augustus 1945. Koppe is aansprakelijk voor de gevolgen daarvan en betaalt aan de belanghebbenden bijna f 16 000. De rederij komt echter voor de onaangename verrassing te staan dat haar verzekeringsmaatschappij weigert haar dit bedrag uit te keren. De Zwitserse, door de amsterdamsche rechtbank in het ongelijk gesteld, beroept zich voor het hof op art. 6 van de verzekeringsvoorwaarden. Krachtens deze bepaling verliest de verzekerde de aanspraken op schadeloosstelling indien de premie niet binnen veertien dagen na een vervaldag is betaald. De premie over 1945, vervallend op 1 januari van dat jaar, was op de dag van het ongeval, niettegenstaande herhaalde aanmaningen van de makelaarsfirma door wier bemiddeling de verzekering was gesloten, nog niet betaald. De Zwitserse slaagt er echter niet in de beweerde herhaalde aanmaningen met bewijs te staven. Voor 6 augustus 1945 zijn door de makelaarsfirma slechts twee brieven verzonden. Van de eerste in januari verzonden brief staat niet vast of Koppe, die in die tijd ondergedoken was, hem heeft ontvangen, een tweede rappëlbriefje werd op 3 augustus verzonden en had, gezien het stroeve geldverkeer van die dagen, toch niet tot betaling vóór 6 augustus kunnen leiden.

Het hof gaat zich dan beraden over de betekenis van het zo centraal staande art. 6 van de voorwaarden. Verklaringen van getuigen uit makelaars- en verzekeraarskringen geven het hof grond voor de gedachte dat bepalingen van het type van art. 6 in de praktijk niettegenstaande de stellige formulering op zijn minst genomen zeer aan betekenis hebben ingeboet:

'Uit deze gezamenlijke getuigenverklaringen volgt dat als bepalingen als art. 6 *al niet* bij verzekeringen, gesloten door bemiddeling van makelaars en assurantiebezoekers te Amsterdam en Rotterdam "*een dode letter*" zijn, gelijk getuige Scholtema haar qualificeert, bij welke opvatting getuige Dulling zich zakelijk aansluit, *zij toch in ieder geval* bij zodanige verzekeringen, naar alle andere getuigen naar voren brengen, *met grote soepelheid plegen te worden toegepast*. Meerdere getuigen verklaren, dat bij zodanige verzekeringen, zolang als 's mensen heugenis strekt, nimmer uitbetaling is geweigerd, omdat de premie niet was voldaan' (mijn curs.).

Het hof concludeert:

'dat het Hof van oordeel is *dat bij een zodanige situatie, indien al beroep op de betrokken bepalingen kan worden gedaan, de goede trouw in ieder geval medebrengt dit beroep te beperken tot de gevallen, waarin het beroep, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten*' (mijn curs.).

Na deze principiële overweging gaat het college er toe over alle omstandigheden in aanmerking te nemen. Deze worden aldus samengevat:

1. De verzekering liep reeds enige jaren tussen partijen en betrof een groot objekt.
2. Tot dusver was van wanbetaling van de premie door Koppe niet gebleken. Vertraging in de betaling in de laatste jaren viel aan de bijzondere (oorlogs-)omstandigheden te wijten.
- Koppe stond als credietwaardig bekend, wanbetaling viel niet te duchten (werd ook gesteld).
3. De moeilijkheden in het tijdvak tussen de bevrijding en 6 augustus waren met name de ongewone toevloed van reizigers die met onvoldoende materiaal en personeel verwerkt moest worden, hetgeen zijn terugslag had op de boekhouding van het bedrijf.
4. Aanmaningen hebben niet of nauwelijks plaatsgevonden (zie boven).
5. Enkele dagen voor het ongeval parafeerde De Zwitserse een verklaring met de zinsnede: 'lopende wij onze risico onverminderd door...'

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

Onder deze omstandigheden acht het hof een beroep op art. 6 in ieder geval niet in overeenstemming met de goede trouw.

Het cassatiemiddel gaat ook hier van dik hout zaagt men planken, en berust voornamelijk op de klacht dat het derde lid van art. 1374 BW uitsluitend een voorschrift bevat ten aanzien van de uitvoering van overeenkomsten, en 'den rechter geenszins de bevoegdheid geeft verandering te brengen in hetgeen partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen.....'. Duidelijk erop speculerend, dat de cassatierechter bij zijn beruchte standpunt uit de jaren 1926 e.v. zal blijven. Dit cassatiemiddel biedt de hoge raad de gelegenheid de normatieve uitlegmethode uitdrukkelijk te aanvaarden. Het college overweegt – vgl. voor een volledige weergave van de overwegingen hierboven § 2, no. 3 – immers dat het hof met zijn overweging, die door de hoge raad woordelijk aangehaald wordt, 'dus doende die voorwaarde (art. 6, v.D.) heeft *uitgelegd*'. En wel omdat:

'... het Hof immers in dit oordeel bedoelde uit te drukken, dat, al staat *letterlijk genomen* in art. 6, dat de verzekerde 14 dagen na het vervallen van de premie zijn aanspraken op schadeloosstelling verliest, een *redelijke uitleg* van deze en soortgelijke zinswendingen in polissen in dezen tak van verzekering voorkomende *meebrengt*, dat zij worden verstaan in de betekenis, welke daaraan in voormelde wereld wordt gehecht, te weten, dat de verzekeraar bevoegd is na ommekomst van die 14 dagen een aanspraak van den verzekerde af te wijzen, indien zulks, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten' (mijn curs.).

Uit het feit dat het hof aan een vijftal omstandigheden heeft getoetst of de afwijzing in casu redelijk was te achten, blijkt – zo vervolgt de hoge raad – dat het hof niet zoals het middel wil, wijziging heeft gebracht in het overeengekomene, 'doch na *vaststelling van de betekenis van hetgeen overeen gekomen was*, op den grondslag daarvan zijn beslissing van het onderhavige geval heeft gegeven' (mijn curs.). Hieruit blijkt derhalve, dat uitleg – veelbetekenend 'redelijke' uitleg genoemd – in de opvatting van de hoge raad is de vaststelling van de betekenis van contractsinhoud, voor welke vaststelling de betekenis die in de praktijk daaraan gegeven wordt doorslaggevend is, niet de subjectieve of 'werkelijke' bedoeling die bij een of beide partijen daaromtrent voorzat. Dit nu is de visie die door aanhangers van de normatieve methode van uitleg – o.a. ook door de raadsheer Losecaat Vermeer – sedert 1875 verdedigd werd.

Hierboven werd er al op gewezen dat het feit dat dit arrest geen geschiedenis maakte, grotendeels terug te voeren valt op de noot van Houwing eronder, waarin zware kritiek naar voren gebracht wordt. Een noot die grote bekendheid, en groot gezag in de literatuur verworven heeft.<sup>178</sup> Een uitvoerige bestrijding van Houwings betoog lijkt derhalve geen overbodige zaak.

178. Houwing wordt bijv. gevolgd door: H. Drion in diens noot onder *Staalman - Horeca*, vgl. onder, no. 7 v.; Asser-Rutten II, p. 248 v. Van Opstall is het evenwel niet eens met Houwings dubbele fictie-gedachte. Volgens Van Opstall heeft het hof de polisbepaling uitgelegd, en wel naar de betekenis die zij in de praktijk heeft. Schr. blijft daarbij evenwel de historische uitleg getrouw, vgl. Hofmann-Van Opstall, p. 434, nt. 3, voorlaatste zin.

### III. DE TOEREKENINGSLEER

De aanhef van de noot is al veelbetekenend:

'Reeds in een van de eerste der lange reeks arresten, waarin de HR besliste, dat art. 1375, 1e lid, BW (dit moet zijn: artt. 1374 en 1378, v.D.) den rechter verbiedt, een overeenkomst op grond van goede trouw of billijkheid te wijzigen, werd vooropgesteld dat het Hof niet de overeenkomst had *uitgelegd* maar haar had *gewijzigd* (HR 13 maart 1925, *NJ* 1925, blz. 561, *W* 11377; zie ook HR 13 november 1930, *NJ* 1931, blz. 251, *W* 12223). Ik weet niet, of deze overweging als vingerwijzing bedoeld is geweest. Het is in ieder geval sindsdien onder juristen reeds lang van algemene bekendheid, dat de rechter in een overeenkomst, die naar zijn oordeel onredelijk is, mag veranderen zoveel hij wil, zonder dat zijn beslissing deswege in cassatie vernietigd zal worden, als hij zijn wijzigen maar niet wijzigen noemt, doch uitleggen.'

Deze methode die zo 'van algemene bekendheid is' - Houwing verwijst nog naar de noot van Meijers waar deze de genoemde methode de rechter aan de hand doet - heeft de annotator bij lezing van het *rederij Koppe*-arrest parten gespeeld. Wij lezen namelijk even verder:

'Wie zou menen, dat de HR zich bij het gebruiken van de uitlegging als middel om te ontkomen aan zijn leer, dat de rechter de overeenkomst niet mag wijzigen, slechts node en door de beperktheid van zijn bevoegdheid als cassatierechter gedwongen neerlegt, vergist zich blijkens bovenstaand arrest. De HR werkt daarin, om maar te voorkomen, dat i.c. de verzekeraar van zijn onvoorwaardelijk bedongen doch onredelijk geacht recht gebruik zou kunnen maken enkel, doordat het Hof de bovengeschetste fictie-techniek niet goed beheerste, zelf mijns inziens met een *fictie in de tweede macht*. *Hij dicht aan het Hof de bedoeling toe, aan partijen een bedoeling toe te dichtten, die Hof noch partijen gehad hebben*. Ik kan althans, wat vooreerst het Hof betreft, uit zijn arrest niet halen wat de HR zegt er in te lezen. *Het spreekt met geen woord van de bedoeling van partijen*' (mijn curs.).

Drie punten springen bij lezing hiervan naar voren.

Allereerst vervalt Houwing in dezelfde fout die hij de hoogste rechter verwijt, het toedichten van een bedoeling. In de tweede geciteerde zin stelt hij immers dat bij de hoge raad de bedoeling voorzit, 'om maar te voorkomen' dat van een 'onvoorwaardelijk bedongen doch onredelijk geacht recht' gebruik zou kunnen worden gemaakt. Deze bewering wordt niet geadstrueerd en acht ik trouwens van feitelijke grondslag ontbloot. De raad overweegt, zoals wij zagen, dat al staat *letterlijk* in het omstreden art. 6 dat de verzekerde veertien dagen na vervallen van de premie zijn recht op schadeloosstelling verliest, een *redelijke uitleg* van dit type bepalingen in overeenkomsten van deze aard meebrengt dat een dergelijke clause opgevat moet worden in de *betekenis* die men in de verzekeringswereld daaraan hecht. Er is derhalve geen sprake van een 'onvoorwaardelijk bedongen' zijn van art. 6, nu verwezen wordt naar de betekenis ervan in de gangbare opvatting in die branche: eerst als de betekenis van een beding vaststaat, kan men immers conclusies over zijn inhoud maken ('onvoorwaardelijk' of niet). Van de betreffende bepaling was de betekenis, zoals na getuigenverhoor kwam vast te staan, dat het recht van verzekerde op schadeloosstelling na ommekomst van die veertien dagen teloor gaat, indien dit naar de omstandigheden redelijk is te achten. Niet de rechter acht het bij het beding gegeven recht onredelijk, zoals Houwing het wil, maar in de verkeersopvatting wordt de uitoefening van een dergelijk recht - opgevat in zijn *letterlijke* betekenis - onder omstandigheden onredelijk geacht. Een opvatting die de rechter tot de zijne maakt.

Een tweede opmerkelijk punt werd reeds genoteerd: het staat voor Houwing buiten kijf dat hier de uitleg-truc gebezigd wordt. Hoe kon deze gedachte bij de annotator postvatten?

Daarmee zijn we bij het derde punt aanbeland. Voor Houwing betekent een (gedeelte van een) overeenkomst uitleggen, het vaststellen van de *bedoeling van partijen*, waarmee hij zich een goed leerling van Meijers betoont. Vandaar ook dat Houwing erover klaagt dat hij uit het arrest van het hof niet kan halen wat de raad zegt er in te

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

lezen (namelijk uitlegging). Met geen woord wordt van de bedoeling van partijen melding gemaakt, aldus schr. En hij vervolgt:

'Doch juist die noodzakelijke schakel ontbreekt: aan de feiten verbindt het Hof rechtstreeks de conclusie, dat naar het oordeel van het Hof de goede trouw – dus niet het tussen partijen overeengekomene! – meebrengt, het beroep op de polisbepaling te beperken tot de gevallen, waarin dat redelijk is te achten'.

Vandaar dan ook dat Houwing de hoge raad van een fictie verdenkt, nog wel in de tweede macht. Hetgeen alleen in zijn eigen denktrant verklaarbaar is, die van een aanhanger van de historisch-psychologische uitlegopvatting, doch te enen male onverenigbaar is met de door hof en hoge raad gehanteerde methode waarbij van normatieve uitleg sprake is. Houwings opmerking in de voorlaatste alinea van de noot, nl. dat uit de door het hof voorgestelde feiten naar zijn mening niets blijkt omtrent de bedoeling van partijen, past enkel in zijn visie op de uitleg, als feitelijk proces. Blijkens het voorgaande komt het citaat van Meijers waarmee Houwing zijn noot besluit, inhoudende dat de 'fictie van een partijwil' waarmee gemanipuleerd wordt 'een niet te rechtvaardigen onwaarheid, een spel met woorden' blijft, volledig in de lucht hangen.

Het zal reeds opgevallen zijn, dat Houwings visie onverenigbaar is met die van zijn vader, J. F. Houwing, waarvan in de eerste helft van deze eeuw zo'n sterke invloed op de literatuur uitging (vgl. boven, no. 1).

#### 6. *Het Dorrius-arrest (1951). Een sluitstuk van een ontwikkeling: van Stijverden - Van Olst (1951)*

Indien wij de gang van de hoge raad op het terrein van de uitleg van overeenkomsten verder volgen, stuiten wij op het *Dorrius*-arrest van 13 april 1951.<sup>179</sup> In dit arrest staat het art. 1378 plotseling centraal<sup>180</sup>, nog wel zonder dat naar de goede trouw van de artt. 1374 en 1375 verwezen wordt. Het heeft er zelfs schijn van, dat art. 1378 een dwingend karakter heeft.<sup>181</sup> In verband met deze benadering van de uitleg, die typerend is voor de historisch-psychologische uitlegsschool, werd zoëven al gewezen op het feit dat Losecaat Vermeer – our man in Havanna – ditmaal geen deel van de kamer uitmaakte. Zijn plaats werd ingenomen door F. J. de Jong, een aanhanger van de feitelijke uitleg.<sup>182</sup> Aangezien het hier slechts een intermezzo in de door de hoge raad ontwikkelde uitlegmethode betreft, wil ik niet te lang bij deze

179. *NJ* 1952-76, nt. Ph.A.N.H., *Dorrius - VOF Restaurant Dorrius*. Dorrius had in 1935 café-restaurant, woonhuis e.d. bij notariële akte aan de V.O.F. verhuurd, met de optie tot koop tegen een bepaalde som. Deze transactie wordt historisch, doordat Dorrius daags voor het verlijden van de akte de notaris belt, met het verzoek de akte te wijzigen, in die zin dat de 1e en 2e etage van het woonhuis van de huur uitgezonderd worden, aangezien D. deze wil blijven bewonen. Na de oorlog wenst de rechtsopvolger van de V.O.F. gebruik te maken van het optierecht, waarbij het probleem zich voordoet: wat te verstaan onder de 'gehuurde goederen'?

180. Het cassatiemiddel hield, anders dan in de *rederij-Koppe*-zaak, de klacht in, dat 'door uitlegging is afgeweken van de duidelijke bewoordingen der overeenkomst'.

181. Vgl. het in de 5e Ov. gestelde: 'dat.. toch het Hof niet heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 1378 BW..' mijn curs.

182. Vgl. boven, no. 3. Verder hebben nog zitting: Donner, Van der Meulen, Hijink en Smits.



uitspraak stilstaan. Ik volsta verder met de weergave van de belangrijkste overwegingen van de hoge raad:

‘dat het Hof hiermede niet anders te kennen geeft dan dat de woorden der akte, welke, in verband met de uitzondering van twee étages van de huur, *bij zuiver taalkundige uitlegging* doen veronderstellen, dat de étages ook van den koop zijn uitgesloten, *niet duidelijk uitdrukken* wat partijen hebben willen overeenkomen, indien men rekening houdt met de onaanvaardbare leemte, welke, gelet op de strekking der bepalingen der akte, deze aldus in de regeling van de verhouding van partijen zou laten;

dat dit hierop neerkomt, dat de bewoordingen der overeenkomst niet duidelijk zijn in den zin van art. 1378 BW’... (mijn curs.).

In hetzelfde jaar verschijnt nog een uitlegarrest van de hoge raad met bepaald meer allure, het arrest van 30 november 1951, *Van Stijverden - Van Olst*.<sup>183</sup> In de kamer heeft Losecaat Vermeer weer zitting genomen in plaats van De Jong, terwijl de kamer voor het overige ongewijzigd blijft. De hand van de eerstgenoemde schrijver is zoals dadelijk zal blijken in het dictum terug te vinden. Het geval lag als volgt:

Van Olst had zich contractueel verbonden tegenover Van Stijverden om de exploitatie van een door de laatste uitgevonden constructie van een naafmotor financieel te steunen. Daar stond voor Van Olst een aandeel in de netto baten van de door Van Stijverden te voeren exploitatie tegenover, en wel 15% van de licentiesommen, 20% van de royalties en 20% van de netto winst uit de alleenverkoop in Nederland en koloniën. Na verloop van tijd verkoopt Van Stijverden aan ene Haks het recht tot exploitatie van zijn uitvinding voor Engeland en dominions en Zweden, voor de som van f 15 000, welke hem werd voldaan. Van Olst eiste op grond van contract betaling van 15 % van dat bedrag doch vindt zijn wederpartij daartoe niet bereid.

Ten processe voert Van Stijverden als verweer dat de door hem ontvangen f 15 000 niet voortvloeien uit de in de overeenkomst omschreven zaken, maar dat het hier een som betreft, die betaald werd voor een recht van prioriteit, aangezien Haks eerst de gelegenheid tot marktverkenning wenste. Dit kon hem voor de amsterdamsche rechter niet baten. Zijn grief in hoger beroep luidt dat de rechtbank ten onrechte het bedrag van f 15 000 heeft begrepen onder de term ‘licentiesommen’ als zijnde ontvangen bij en terzake van de voorbereiding van een licentie, en derhalve te beschouwen als een bate terzake van die licentieverlening. Het amsterdamsche hof bekrachtigt echter het vonnis van de rechtbank met de volgende overwegingen: ‘dat – ook al zou men het door Van Stijverden van Haks ontvangen bedrag van f 15 000 niet beschouwen als een licentiesom als genoemd sub 2 der tussen partijen aangegane overeenkomst – deze grief niet tot vernietiging van het beroepen vonnis kan leiden; dat immers *uitlegging te goeder trouw* van deze contractsbepaling *in verband met de bepaling in de considerans van meergenoemde* overeenkomst, luidende dat Van Olst bereid is belangen te nemen bij de exploitatie van de geconstrueerde naafmotor in de ruimste zin des woords, tot de gevolgtrekking moet leiden dat genoemde betaling in zó nauw verband staat met een licentie, dat aan Van Olst het door hem gevorderde percentage van genoemd bedrag... toekomt’ (mijn curs.).

Van Stijverden stelt in zijn cassatiemiddel onder *a*, ervan uitgaande dat de

183. *NJ* 1953-76 merkwaardigerwijze niet geannoteerd.

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

woorden '15<sup>o</sup>/o der licentiesommen' duidelijk zijn, dat het hof van deze duidelijke woorden een afwijkende uitleg geeft<sup>184</sup>, terwijl het onderdeel *b* de klacht inhoudt dat 'lid 3 van art. 1374 BW slechts ziet op uitvoering van een naar de inhoud reeds vastgestelde overeenkomst *en niet op het vaststellen van die inhoud zelf noch ook op de uitleg van de bewoordingen van de overeenkomst*' (mijn curs.). Men vindt hier derhalve de cassatiemiddelen uit de *rederij Koppe* en de *Dorrius* zaak gecombineerd.

De overwegingen die de hoge raad aan het middel wijdt zijn, het klinkt paradoxaal, kort doch verstrekkend:

'dat de grieven onder *a* en *c* niet kunnen slagen, daar het Hof zijn oordeel doet steunen niet op de uitlegging van het enkele woord "licentiesom" maar op de in den eis omschreven contractsbepaling in verband met den "considerans" der overeenkomst;<sup>185</sup>

dat de klacht onder *b* reeds hierom faalt, omdat niet blijkt dat aan het Hof, gewaagende van uitlegging te goeder trouw, uitsluitend art. 1374, lid 3, BW voor ogen stond, zijnde het veeleer aannemelijk dat het Hof, althans mede, art. 1375 in zijn oordeel heeft betrokken' (mijn curs.).

Waarna het beroep verworpen wordt.

In de eerste overweging vinden wij de gedachte neergelegd die wij al regelmatig bij de door de rechter gevolgde uitlegmethode signaleerden, dat de *strekking* van de overeenkomst (of een onderdeel daarvan) boven de letter van de ter uitlegging voorgelegde contractsbepaling gaat. Aangezien deze gedachte aan de gave overweging van het hof, met haar verwijzing naar de considerans, ten grondslag lag, had de raad weinig moeite met dit onderdeel van het middel. Veelbetekenend is het feit dat in alle talen gezwegen wordt over het als geschonden aangehaalde art. 1378, dat in het *Dorrius*-arrest nog de eer van dwingende rechtsregel ten deel viel.

In de tweede overweging ligt het grote belang van het onderhavige arrest voor de uitlegmethode opgesloten. Wie na het *rederij Koppe*-arrest nog mocht twijfelen of de normatieve uitlegmethode door de hoge raad wel aanvaard werd, kan hier uitsluitsel vinden: uitlegging dient *te goeder trouw* te geschieden (de door eiser geschonden geachte uitlegartikelen 1378-1387 worden door het college niet eens in beschouwing genomen). Omtrent het aangeven van de basis van de werking van de goede trouw bij de uitleg, lijkt de hoge raad behoedzaam. A-g Eggens had in zijn conclusie betoogd – met een beroep op *Van Prooye - Veltenaar* – dat art. 1374, lid 3, (ook)

184. Onder *c* wordt nader gesteld dat 'een licentiesom nooit iets anders kan zijn dan een aan de octrooihouder te betalen vergoeding voor het verkrijgen van een bevoegdheid in de wet omschreven, ten aanzien van de uitvinding, die anderen niet hebben', waarmee een recht van voorrang tot koop van een licentie 'nimmer' gelijk mag worden gesteld.

185. Vgl. in dezelfde zin de conclusie van a-g Eggens, wiens betoog in het verlengde ligt van zijn bijdrage in de Feestbundel *Het Testament*.

positief toepasselijk op de uitleg van overeenkomsten is.<sup>186</sup> Eggens had voor dit standpunt ook op de dissertatie van een zittende raadsheer kunnen wijzen, nl. Losecaat Vermeer.<sup>187</sup> Bezieet men het dictum van de hoge raad, dan lijkt het op het eerste gezicht dat het college het standpunt van Vermeer en Eggens niet overneemt. Het hof heeft immers zoals het college het stelt, *niet uitsluitend* art. 1374, lid 3, voor ogen gehad toen het van 'uitlegging te goeder trouw' sprak, maar veeleer, *althans mede*, art. 1375 in zijn oordeel betrokken. Hiermee geeft de hoge raad als wettelijke basis voor de werking van de eisen van de goede trouw bij de uitleg aan art. 1374, lid 3, *juncto* art. 1375 BW. Hetgeen betekent dat *bij het uitlegproces de uitleg in de zin van vaststelling van de inhoud van het overeengekomene (de betekenis in rechte) niet gescheiden kan worden gedacht van de aanvulling van de aange troffen leemten in de contractsregeling, terwijl het geheel onder het teken van de goede trouw staat*. Waarbij ook de in art. 1375 verder nog genoemde bronnen, gebruik en wet, onder auspiciën van de goede trouw hun rol spelen. Zoals ik zei, *lijkt* hiermee de opvatting van Eggens en Losecaat Vermeer verworpen. Dat dit schijn is wordt duidelijk indien men bedenkt dat beide schrijvers het onderscheid tussen uitleg en aanvulling van overeenkomsten (ofwel vaststelling van de rechtsgevolgen) eveneens verwerpen.<sup>188</sup>

Het is jammer dat het arrest niet geannoteerd werd, waardoor deze uitspraak waarmee de aanvaarding van de normatieve uitlegmethode door de hoogste rechter haar beslag kreeg, in de doctrine onbekend bleef. Daardoor bleef eveneens onopgemerkt, dat met de verschijning van het *Van Stijverden - Van Olst*-arrest in de *Nederlandse jurisprudentie* van 1953, aan het veertig-jarig jubileum van Losecaat Vermeers promotie cachet werd verleend.

### c. Normatieve uitleg en de zgn. leemte-theorie. Overmacht en conversie als uitlegvraagstukken. Rechtsvergelijkende notities

#### 7. *Staalman - Horeca (1962). De leemte-theorie door de HR aanvaard?*

Aldus werd rond 1950 de normatieve methode van uitleg door de hoge raad aanvaard, bij de arresten *rederij Koppe*, en *Van Stijverden - Van Olst*, en daarmee werd de draad weer opgenomen die via het *Van Prooye - Veltenaar*-arrest uit 1925, naar de vorige eeuw terugvoert. De onbekendheid

186. Eggens wordt hierin gevolgd door Zevenbergen, onder verwijzing naar deze conclusie, t.a.p.

187. Vermeer stelt daar, p. 32 v., dat de artt. 1378, 1379 geen aanvaardbare grondslag voor de uitleg bieden. Schr. ziet het beginsel van art. 1374, lid 3, als grondslag, en meent dat de artt. 1378-1387 'behalve overbodig bovendien ook gevaarlijk zijn, wanneer zij niet als uitvloeisel van die goede trouw opgevat worden', p. 86. Vgl. ook p. 35 waar verwezen wordt naar § 157 BGB. Op die pagina vindt men ook de stelling weerlegd waarop het onderhavige middel sub *b* berust, met een beroep op J. F. Houwing.

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

met deze ontwikkeling in de doctrine, komt zeer sterk naar voren in de noot die H. Drion in *Ars Aequi* wijdt aan een arrest van de hoge raad, dat daardoor grote bekendheid krijgt: het arrest van 29 juni 1962, *Staalman - Bedrijfschap Horeca*.<sup>189</sup> Het lijkt haast een traditie: ook hier wordt een arrest van de hoge raad inzake uitleg, door een aanhanger van de historisch-psychologische methode geannoteerd. En wederom, evenals in 1925 en 1949, komt de normatieve methode van uitleg daarbij niet aan haar trekken.

De casuspositie komt in het kort hierop neer, dat partijen van mening verschillen omtrent de inhoud van de tussen hen overeengekomen wachtgeldregeling, die eenzijdig door Horeca opgesteld was. Volgens de laatste partij dient bij de berekening van het wachtgeld ook rekening gehouden te worden met andere inkomsten dan die uit een dienstbetrekking, terwijl Staalman zich op het standpunt stelt dat de regeling dat niet inhoudt. Met voorbijgaan aan verdere details, laat ik hier de overwegingen van de hoge raad volgen:

'dat de Rb. heeft vastgesteld dat aan de in de overeenkomst uitdrukkelijk neergelegde regeling van de vermindering van het wachtgeld bij genot van uit arbeid in dienstverband verkregen inkomsten niet de bedoeling ten grondslag ligt dat bij andere dan in dienstverband verkregen arbeidsinkomsten het wachtgeld geen vermindering zou ondergaan, doch dat pp. de vraag wat bij de verkrijging van inkomsten van laatstbedoelde soort dient te geschieden ongeregeld hebben gelaten;

dat de Rb. uitgaande van deze feitelijke vaststelling vervolgens heeft geoordeeld dat de overeenkomst uit hoofde van hetgeen naar haar aard door de billijkheid wordt gevorderd ook bij genot van deze inkomsten verbindt tot vermindering van het wachtgeld op de wijze als in punt 6 van den brief van het Bedrijfschap Horeca t.a.v. in particulieren dienst verkregen inkomsten is bepaald;

dat evenwel aan het middel, mede blijkens de mondelinge toelichting, de veronderstelling ten grondslag ligt dat de Rb. zou hebben aangenomen dat de overeenkomst een recht op wachtgeld zonder aftrek van uit arbeid buiten dienstverband verkregen inkomsten toekent, en de Rb. dit tussen pp. overeengekomene op grond van de billijkheid zou hebben terzijde gesteld;

dat het middel aldus berust op een onjuiste lezing van het bestreden vonnis en derhalve feitelijken grondslag mist'.

Men ziet, dat wederom een cassatiemiddel, berustend op de stelling dat men het uitdrukkelijk overeengekomene niet met een beroep op de billijkheid mag opzij zetten, voor de hoge raad bij een uitleg-vraagstuk geen succes heeft, evenals reeds bij *Van Prooye - Veltenaar, rederij Koppe en Van Stijverden - Van Olst* het geval was. Uit methodisch oogpunt betreft het hier

188. Vgl. voor Vermeer, diss. p. 51 v., met een beroep op o.a. Danz en J. F. Houwing. Vgl. voor Eggens, de eerder aangehaalde literatuur, waarop zijn conclusie aansluit. Het standpunt van Losecaat Vermeer wordt overigens gevolgd door Suijting. Ook Suijting ziet art. 1375 als 'uitleg voorschrift' en bepleit eveneens het schrappen van deze artikelen zodat 'de eenvoudige regel van art. 1374, lid 3' overblijft. Vgl. *Inleiding*, 2e stuk (1923) p. 162, 2e dr. (1934) p. 273 v.

189. *NJ* 1962-285. Met Drion, *AA* (1962/63) p. 54, kan men zich erover verbazen dat (ook) dit arrest niet geannoteerd werd. Het arrest werd gewezen door Smits, Wiarda, Houwing, Hülsman en Petit.

een huis-, tuin- en keukengeval: partijen lieten een kwestie ongeregeld, op grond van art. 1375 mag men aan de hand van regelen van goede trouw die leemte aanvullen, hetgeen in de normatieve methode van uitleg, tot de *uitleg* gerekend wordt. Een standpunt dat zoals beschreven door de hoge raad rond 1950 aanvaard werd.<sup>190</sup> H. Drion ziet dit allemaal anders. Dit is begrijpelijk, gezien het feit dat voor hem de uitleg van een contract 'een feitelijke kwestie' is en hij zich aansluit bij Houwings noot onder het *rederij Koppe*-arrest.<sup>191</sup> Door deze aanvaarding van de historisch-psychologische uitlegmethode, die gekenmerkt wordt door de scheiding uitleg – vaststelling van rechtsgevolgen (bijv. door aanvulling), een scheiding die ook Drion aanbrengt (vgl. onder), komt schr. dan ook tot de stelling, dat met het onderhavige arrest de hoge raad de zgn. *leemte-theorie*, zoals verdedigd door Suijling en Bregstein, heeft geïntroduceerd.<sup>192</sup> Met die stelling kreeg dat arrest plotseling het aanzien van standaardarrest. Mijns inziens wordt het arrest daarmee te veel eer aangedaan, ten koste van de zoëven besproken arresten.

#### 8. *De leemte-theorie van Suijling. Door de HR niet aanvaard*

Om met Suijling te beginnen, diens leemte-constructie vormt een onderdeel van de door hem verdedigde uitlegmethode, en wel de *normatieve* methode van uitleg. Deze uitlegopvatting nu, welke in 1918 voor het eerst door schr. verdedigd werd (vgl. boven), krijgt in 1934 een uitwerking, die vrij gecom-

190. Ook indien men van de historisch-psychologische uitleg uitgaat, waarbij art. 1378 - grammatikaal geïnterpreteerd - centraal staat, is hier weinig om handen. De woorden zijn niet 'duidelijk' - analoog aan het *Dorrius*-geval -, aangezien het in sub 4-7 van de wachtgeldregeling gestelde, niet correspondeert met het sub 3b gestelde, vgl. *NJ* p. 954 v. In het *Dorrius*-arrest wordt overigens gesproken van een '*leemte*' die bij zuiver taalkundige uitlegging(!) van de akte in de regeling van de verhouding van partijen zou ontstaan, vgl. boven. In de onderhavige zaak is het woordgebruik van de rechtbank dubbelzinnig. De haagse kantonrechter had nl. de redenering — in normatieve trant — gevolgd, dat er 'redelijkerwijs' gewicht gehecht moest worden aan het feit dat de wachtgeldregeling op het onderhavige punt afweek van het KB van 1922, en meende in de wachtgeldregeling 'niet anders (te) kunnen lezen dan een bewuste afwijking van hetgeen elders met name t.a.v. het rijks personeel rechtens was, welke opvatting Staalman, *zonder aan de goede trouw* te kort te doen, in de gegeven omstandigheden mocht onderschrijven en aanvaarden' (mijn curs.). De rechtbank leest dit vonnis aldus, dat volgens de kantonrechter Horeca 'de bedoeling heeft gehad' etc. (mijn curs.) doch acht een 'zodanige *bedoeling*' echter 'niet aannemelijk' aangezien het onderscheid in kwestie 'veeleer in strijd met dan in overeenstemming met aard en strekking van een wachtgeldregeling' is. In de laatste zinsnede nu, zit de *objektivering* van de bedoeling. Met deze terminologie zal Houwing — nu raadshere — wel instemming gevonden hebben aangezien hij in zijn noot onder het *rederij Koppe*-arrest de bedoeling van partijen bij de uitleg centraal stelt, zoals wij boven zagen.

191. Vgl. p. 56, sub 4, waarop onder nog teruggekomen wordt.

192. Sub 2 vgl. in dezelfde zin, wat Bregsteins leer betreft, Löwensteyn, inaug. rede, p. 15. Men vindt de leemte-theorie overigens ook aanvaard bij Asser-Rutten I, p. 242 v., bij de behandeling van het boetebeding.

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

pliceerd is.<sup>193</sup> Zoals wij zullen zien komt Suijling in 1948 weer hierop terug. In zijn in 1934 ontwikkelde uitlegconceptie staat centraal de gedachte, dat partijen hun verhouding onvolledig geregeld kunnen hebben, waarbij schrijver *normale* en *abnormale leemten* onderscheidt. Een ander uitgangspunt is voor hem, de *duidelijkheid* of *onduidelijkheid* van een contractsbepaling. Bij normale leemten betreft het kwesties die 'normale' mensen in hun contract ongeregeld laten, en die de verklaring *niet* onduidelijk maken. Hier is geen plaats voor 'uitlegging', maar voor *aanvulling* van de leemten, ex. art. 1374, lid 3 (!). Van *abnormale* leemten is sprake, wanneer 'goede zakenlieden' het punt in kwestie steeds geregeld zouden hebben, als zij daaraan gedacht zouden hebben. Hier betreft het een *onduidelijk* contract, en is sprake van *uitleg* (ex. de artt. 1375, 1378 e.v.), in normatieve zin.<sup>194</sup> Hier reikt de macht van de rechter verder dan bij de aanvulling: hij mag van de tekst van de overeenkomst afwijken, op gronden van billijkheid, hij mag 'het contract breken'.<sup>195</sup>

Op zijn standpunt dat 'in art. 1374, lid 3, en art. 1375 (i.v.m. artt. 1378 vlg.) de bloote aanvulling en de uitlegging in strikten zin tegenover elkander (zijn) geplaatst' (no. 164), komt Suijling in 1948 terug.<sup>196</sup> In zijn recente visie is derhalve voor het onderscheid aanvulling – uitleg geen plaats, en terecht. Een ander bezwaar tegen de in 1934 ontwikkelde uitlegopvatting, wordt door het betoog in schr.'s *Algemene Beginselen* eveneens achterhaald. In 1934 meende Suijling nog een scheiding te moeten aanbrengen tussen de overmacht van art. 1280, en de zgn. 'gewijzigde omstandigheden', al wordt voor hem de overmacht beheerst door art. 1374, lid 3.<sup>197</sup> In 1948 daarentegen stelt hij, dat 'de uitlegbepalingen der artt. 1374 en 1375 kinderen van eenzelfde huize als art. 1281' zijn.<sup>198</sup>

Aldus is schr. terugggekeerd naar zijn standpunt van 1918, waarbij hij – in navolging van Losecaat Vermeer – de scheiding tussen uitleg en

193. *Inleiding*, 2e st. 1e ged., 2e dr. 1934, no. 159 v. Vgl. ook *Inleiding*, I *Algemene beginselen*, 3e dr. 1948, no. 252.

194. no. 162: 'Interpreterend stelt de rechter dan ook als door de partijen gewild vast, wat fatsoenlijke mensen, in hare positie geplaatst, geacht mogen worden met de onduidelijke verklaring beoogd te hebben. Om de individuele bedoelingen der partijen bekommert hij zich niet; hij legt haar de bedoeling in de mond, die hij, rechter redelijk acht'. Etc. De vraag of een wilsverklaring duidelijk is, moet 'niet enkel naar haren tekst of inhoud, maar mede in verband met bijkomstige omstandigheden beoordeeld en ook dat oordeel naar eisch van redelijkheid gegeven worden', no. 166, *Alg. Beg.* no. 252. De onbillijkheid van een contract kan ondanks de 'duidelijke' tekst de onduidelijkheid van het contract mee brengen, nl. i.g.v. *onvoorzienbare* gebeurtenissen. Dan is 'de weg tot de uitlegging geopend'.

195. Zoals gebleken, wijkt Suijlings terminologie, wat betreft 'uitleg' en 'aanvulling', af van de gebruikelijke, die eerder in tegengestelde zin gevestigd is.

196. *Alg. Beginselen*, p. 414, nt. 1. Ook in de tekst noemt schrijver nu beide artt. in één adem... 'de artt. 1374 en 1375 uitlegging naar goede trouw en billijkheid voorschrijven'.

197. Vgl. nos. 162, 181.

198. no. 252, p. 415. Slechts hierin verschillen voor schr. de overmachtsvoorschriften van het uitleggsrecht, 'dat zij de rechter toestaan om redenen van billijkheid een contract, als onvoorzienbare gebeurtenissen tussen beide komen, niet enkel interpretatief te wijzigen, maar zelfs opgeheven te verklaren'.

aanvulling verwerpt. De problematiek van de onvoorziene omstandigheden, de 'abnormale' leemten in het contract wordt door Suijling als uitlegvraagstuk op één niveau gebracht met de overmachtsproblematiek, door hem terecht ook als uitlegvraagstuk gezien.<sup>199</sup> Kon in 1934 Suijlings leemte-constructie niet los van de uitleg gezien worden, dit is in 1948 nog sterker het geval. De sanering die schr. toepast kan slechts toegejuicht worden.

Uit deze beschouwing vloeit voort, dat de hoge raad in het *Staalman - Horeca*-arrest niet de 'leemte-theorie' van Suijling heeft aanvaard, maar de normatieve methode van uitleg, zoals die o.a. door Suijling — met enkele schakeringen — werd verdedigd. Daar komt nog bij, dat het hier niet gaat om 'een constructie (die) haar intree heeft gedaan' — aldus Drion — in de rechtspraak van de hoge raad. Het betreft hier — op zijn hoogst — slechts de bevestiging van een reeds tien jaar tevoren ingenomen standpunt.

9. *Bregsteins leemte-theorie. Bij normatieve uitleg geen behoefte aan een leemte-theorie. Overmacht als uitlegvraagstuk.*

Dan staat nog te bezien, of wellicht Bregsteins leemte-theorie hier door de hoge raad aanvaard wordt, zoals Drion eveneens meent. Daartoe dient eerst die leer kort aangegeven te worden. Deze leer nu, valt terug te brengen tot Bregsteins aanvaarding van de *historisch-psychologische* uitlegmethode. In zijn rotterdamse inaugurale rede bepleit schrijver een 'scherpe scheiding' tussen de 'interpretatie, bestaande uit het opsporen van de bedoeling', en 'het vaststellen der rechtsgevolgen op grond van de eischen, die de goede trouw stelt'. Het gaat hier om een 'principeel onderscheid'. Bij het eerste 'het feitelijke deel der interpretatie' gaat het om 'het vaststellen der werkelijke bedoeling van althans één der partijen'. Het laatste proces daarentegen, heeft het karakter van de uitleg van rechtsregels, en houdt het vinden van recht voor het concrete geval in.<sup>200</sup>

Is dit het uitgangspunt van Bregstein<sup>201</sup>, dat men voor een goed begrip

199. Vgl. voor deze materie nog onder, no. 9, bij de bespreking van Bregsteins opvatting.  
200. Vgl. *De betekenis der wilsovereenstemming voor de uitlegging van overeenkomsten*, 1935, *Verz. Werk.* I, p. 192 v. Op p. 183 stelt schrijver dat bij de uitleg van contracten de werkelijke bedoeling overheerst, Schr. stelt echter tegenover het aangebrachte *principiële* onderscheid, dat in de praktijk 'het meestal ondoenlijk is te bepalen, wat precies als gemeenschappelijke partijbedoeling moet worden aangemerkt', p. 192. Vgl. ook p. 182, nt. 18a, waar Bregstein erop wijst dat het *praktisch* resultaat van zijn opvatting inzake art. 1378 'ongeveer gelijk' is aan dat van J. F. Houwing en Losecaat Vermeer, die dat artikel aan art. 1374, lid 3, ondergeschikt maken. Waarom dan het *theoretisch* onderscheid gemaakt, waarvan Bregstein zelf toegeeft dat er in de praktijk niet mee te werken valt? Vgl. ook nog p. 184, t.a.p.

201. Dat met instemming aangehaald wordt door J. H. Beekhuis, *Hand. NJV* 1954, I, p. 216, nt. 1. Ook deze schrijver geeft toe, dat het 'functioneel verschil' (p. 215, nt. 3) 'praktisch in vrijwel ieder oordeel' niet meer valt te onderkennen. M.i. spreekt schr. daarbij ten onrechte van het *autonoom* oordeel, 'het vaststellen van *hetgeen men zelf* billijk acht'. Ook Rutten merkt t.a.v. het door hem aanvaarde onderscheid uitleg — aanvulling (t.a.p. p. 210) op, dat dit in *theorie* duidelijk kan worden aangetoond, doch dat het 'in de praktijk dikwijls zeer moeilijk is een zuivere afscheiding te maken', p. 239.

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

van zijn leemte-theorie in het oog dient te houden, van even groot belang is het feit, dat schr. zich tegenover de leer van Suijling afzet, op een wijze die op een onhoudbare lezing van Suijlings uitlegmethode steunt. Zo stelt Bregstein al in zijn rede, dat Suijling bij onduidelijkheid van een contractuele regeling de uitleg naar billijkheid op de *partijbedoeling* baseert, en uitleg 'dus' steeds het vaststellen van *feiten* zou betreffen.<sup>202</sup> In zijn preadvies voor de *NJV* van 1936, neemt hij Suijlings leemte-constructie over, en vervolgt: 'Deze leemte moet aangevuld worden, niet door – gelijk Suijling wil – de zgn. *redelijke partijbedoeling op te sporen, maar door uit de in art. 1375 BW genoemde bronnen* den contractsinhoud ter aanvulling van de door partijen gelaten leemte te putten'.<sup>203</sup> Bregstein miskent hierbij, dat de door hem tegenover elkaar gestelde grootheden door Suijling – evenals alle pur sang normatieve uitleggers – , als één geheel gedacht worden (vgl. boven, art. 1375 ziet Suijlings zelfs uitdrukkelijk als een *uitlegvoorschrift*). En wel als gevolg van de onjuiste premisse, die ik zoëven aangaf.<sup>204</sup>

Ook inhoudelijk wordt Bregsteins leemte-theorie door het geschetste a priori beïnvloed. J. C. van Oven gaf in zijn bespreking van het preadvies al de zwakke stee van de leer aan: ook de beantwoording van de vraag of een bepaalde omstandigheid al of niet verdisconteerd was door partijen, kan door de rechter toch slechts geschieden met in achtneming van de *goede trouw*?<sup>205</sup> Hier wreekt zich de vage voorstelling van Bregstein inzake de uitleg. Hoe stelt schrijver het zich voor, dat de goede trouw slechts als toetssteen wordt aangelegd 'met het doel om vast te stellen welke werkelijke bedoeling als partijbedoeling zal gelden'?<sup>206</sup> Mijns inziens blijft Bregstein steken in zijn poging de wilsleer – met haar feitelijke uitlegopvatting – te verzoenen met de – in zijn woorden, p. 227, nt. 87 – 'objectieve vertrouwenstheorie'.<sup>207</sup> Bij aanvaarding van een normatieve uitlegmethode is aan zijn

202. p. 193.

203. *Verz. Werk I*, p. 218, mijn curs. Merkwaardigerwijze stelt schr. op p. 227 daarentegen, dat Suijlings 'redelijke partijbedoeling', 'in wezen toch ook niets anders is dan het aanvullen van contractsleemten met behulp van het objectieve recht'. Bregstein werkt trouwens ook zelf met constructies als de 'redelijk denkende mensch', vgl. onder.

204. Ook bij de (feitelijke) vaststelling van de werkelijke bedoeling van partijen, ziet Bregstein een functie voor de goede trouw, zij het een beperkte: 'de toetssteen der goede trouw wordt slechts aangelegd met het doel om vast te stellen welke werkelijke bedoeling als partijbedoeling zal gelden', p. 192.

205. *NJB* 1936, p. 541, In dezelfde zin Suijling, vgl. boven.

206. Rede, p. 192. In zijn preadvies hanteert Bregstein de 'redelijk denkende mensch'-constructie, vgl. p. 227, en de 'normale mensch', p. 220, 238. Op p. 228 v. stelt schrijver dat de onderhavige vraag 'gedeeltelijk een rechtsvraag' is, nl. voor zover het gaat om de vraag of de wederpartij een bepaalde bedoeling *mocht* veronderstellen. 'Gedeeltelijk wordt dit laatste echter weer bepaald door wat *normaal* in gelijksoortige gevallen geschiedt, zodat de vraag wat mocht worden verondersteld toch weer een sterk *feitelijke* inslag heeft' (mijn curs.). Hier klinkt Meijers door. De visie van Meijers inzake wil en vertrouwen vindt men overigens op p. 207 v. door Bregstein onderschreven.

207. Wanneer Bregstein in 1951 Eggens' bekende opstel in *Het Testament con amore* onderschrijft, lijkt hij omgegaan te zijn. Vgl. *WPNR* 4193, *Verz. Werk II*, p. 625 v. Dat dit Vervolg noot op pag. 262.



gekunstelde leemte-theorie geen behoefte.<sup>208</sup> De leemte-theorie staat op voeten van leem. Ziet men – gelijk ook Bregstein doet – in navolging van Suijling de overmacht als beheerst door art. 1374, lid 3, *dan heeft men vragen van overmacht teruggebracht tot uitlegvragen*, een uitleg die immers ook door het beginsel van art. 1374, lid 3 beheerst wordt, waarvan art. 1375 een toepassing is.<sup>209</sup> Deze laatste visie werd door de grondlegger van de zgn. *risikoleer* op het terrein van overmacht, Paul Scholten, al in 1915 verdedigd<sup>210</sup>, daarin gevolgd door Levenbach, terwijl ook Wery een soortgelijk standpunt inneemt, op basis van de bescherming van opgewekt vertrouwen.<sup>211</sup>

Voor het hier ingenomen standpunt, dat, al is het verre van nieuw, in de literatuur weinig bekendheid geniet<sup>212</sup>, kan een beroep worden gedaan op art. 1280 BW, met zijn formuleringen van ‘indien daartoe gronden zijn’<sup>213</sup>, en ‘ee-

Vervolg noot van pag. 261.

schijn is, blijkt uit het op p. 631 gestelde: ‘De invloed die het vormvereiste heeft op de hantering van het uitlegmateriaal betreffende de *werkelijke bedoeling* wordt door Eggens evenwel niet nader toegelicht. Het zwaartepunt van zijn beschouwing ligt in *het aantonen van leemten en het opvullen dier leemten met de normerende normaliteit* waarbij van elders blijkende opvattingen van de erflater gewicht in de schaal kunnen werpen’, mijn curs. Vgl. m.b.t. de onjuistheid van het in de eerste zin gestelde, nog mijn *WPNR*-artikel, p. 324 v. 208. Ziet men uitleg als de vaststelling van de rechtsgevolgen die het aangaan van de overeenkomst met zich brengt, beheerst door de regels van goede trouw (ex art. 1374, lid 3), dan maakt het immers geen verschil of de leemte in de contractuele regeling nu ontstond doordat pp. een lakune in *de akte* — als gevolg van een redactionele kortsluiting, vgl. de *Dorrius- en Staalman - Horeca* casuposities — over het hoofd zagen, dan wel bepaalde mogelijke omstandigheden over het hoofd zagen, in hun betekenis voor de regeling, vgl. het geval *Van Stijverden - Van Olst*. D.w.z. in *methodisch* opzicht maakt dit geen verschil. In beide situaties zijn de rechtsnormen die de uitleg beheersen terug te voeren tot ‘regels van de goede trouw’, de blanket-normen. Vgl. boven § 2. Voor het onderscheid dat te maken zou zijn tussen uitleg van *op schrift* gestelde overeenkomsten, en *niet op schrift* gestelde — aldus Jansma, diss. p. 151 v., p. 164 v. — is m.i. naar geldend recht geen plaats. Vgl. bijv. het *Van Prooye - Veltenaar*-arrest. In andere rechtsstelsels, bijv. de anglo-amerikaanse, waar dat onderscheid wel — op historische gronden — bestaat, ziet men de laatste jaren een stormachtige ontwikkeling, waarbij dat onderscheid en de daarmee samenhangende ‘parol evidence rule’, afgebroken wordt. Vgl. daaromtrent onder, IV, § 1, no. 3, in fine.

209. Bregstein houdt uiteindelijk de problematiek van de veranderde omstandigheden buiten het overmachtsleerstuk, op weinig overtuigende gronden, vgl. p. 222, t.a.p. Aldus ook nog Suijling, no. 160 (1934). Vgl. echter boven.

210. Vgl. *WPNR* 2373-74, *Risico en schuld bij contractuele verhoudingen*, p. 322, 330 v.

211. M. G. Levenbach, *De spanning van de kontraktsband*, diss. Amsterdam, 1923, o.a. p. 131 v.; J. L. L. Wery, *Overmacht bij overeenkomsten*, diss. Leiden, 1919, p. 16 v., met een beroep op Pothier. Het standpunt ingenomen door het ontwerp-BW vloeit voort uit de gevolgde historisch-psychologische uitlegmethode. Vgl. *Toel.* p. 541 (ad art. 6.1.8.2), waar gesteld wordt dat het ‘gewrongen’ zou zijn om de risikovraag bij onvoorziene omstandigheden als een uitlegvraag te behandelen, onder verwijzing naar Meijers’ *preadv.* *NJV* 1918, p. 86 v.

212. Vgl. bijv. Asser-Rutten I, p. 255 v., waar de hier weergegeven grondslag van de risikoleer onvermeld blijft. Rutten kiest zelf voor de ‘schuldleer aangevuld met het risicobeginsel’. Vgl. ook art. 6.1.8.2 Nw BW. Een dualisme dat ook in Ruttens rechtshandelingconceptie voorkomt, vgl. onder III, § 8, no. 3 v.

213. Een blanketterm waaraan in het *Snel - Ter Steege*-arrest, m.b.t. art. 739 Rv., op fraaie wijze inhoud gegeven werd, vgl. boven, § 2, no. 3.

ne vreemde oorzaak, die hem niet kan worden *toegerekend*'. Doch die materie moet ik hier met het oog op het bestek verder laten rusten.<sup>214</sup>

*10. Conclusie. Bregsteins leer niet door de HR aanvaard. Drions noot verder bestreden*

Naar mijn mening werd derhalve *Bregsteins leemte-theorie evenmin door de hoge raad aanvaard, in het Staalman - Horeca-arrest, anders dan Drion e.a. menen*. Slechts wanneer men de kleurloze overwegingen – vgl. boven – van de hoge raad door de bril van de *historisch-psychologische* uitlegger leest, kan die gedachte opkomen. Dat bij lezing van het arrest een moderner monstuur op zijn plaats is, heb ik trachten aan te tonen.

Zoals gezegd is bepalend voor Drions visie op het onderhavige arrest, zijn onderschrijven van Houwings noot onder het *rederij Koppe*-arrest. Die bijval blijkt uit deze passage van de noot, sub. 4.:

‘In vele gevallen kunnen de door de lagere rechter billijk geachte beslissingen worden verkregen door een vrije hantering van het “uitleggen” van het contract. Hoewel de uitleg van een contract een feitelijke kwestie is, die niet ter beoordeling van de Hoge Raad staat, is de cassatierechter nog wel eens geneigd aan te nemen, dat een typische billijkheidsbeslissing van de lagere rechter “kennelijk” gebaseerd was op een zódanige uitleg van het contract, dat die beslissing zonder opzijdeztting van het contract daarin paste. Daarmee zijn dan de kool (i.c.’s Hogen Raads leer over de betekenis van 1374 lid 3, m.b.t. wat partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen) en de geit (i.c. de concrete billijkheid) beiden gespaard. Een duidelijk geval daarvan biedt de aan het Hof opgedrongen uitleg van een verzekeringsclausule in HR 20-5-1949, NJ 1950, 72 m.o. Houwing... Deze weg had de rechter ook, en niet eens zo erg gekunsteld, in het onderhavige geval kunnen volgen. Hij had kunnen beslissen, dat een uitleg van de wachtgeldovereenkomst, in haar geheel genomen en gezien de betekenis van het begrip wachtgeld, meebracht dat de inkomsten buiten dienstbetrekking op één lijn gesteld dienden te worden met die in dienstbetrekking genoten. In plaats daarvan zei hij dat partijen dit punt ongeregeld hadden gelaten en vulde hij het contract op grond van de billijkheid aldus aan, dat ook die inkomsten in mindering moesten komen op het in het contract neergelegde wachtgeld. Ook het aannemen van een leemte in het contract was natuurlijk slechts mogelijk door een

214. Ook bij de verdediging van deze visie vindt men Houwing op zijn weg. Houwings overmachtsopvatting, zoals neergelegd in zijn bekende artikelenserie: *De inhoud van de verbintenis en de overmacht*, WPNR, 4316-24 (1953) berust op een *grammatikale* interpretatie van de artt. 1280, 81 BW. Ik citeer de aanhef van het artikel: ‘De schuldenaar, aldus de artt. 1280 en 1281 BW, moet tot schadevergoeding veroordeeld worden, zo dikwijls hij niet bewijzen kan, dat *het niet uitvoeren der verbintenis* voortkomt uit overmacht. De overmacht is naar deze artt. dus niet een begrip, dat gebruikt wordt bij de bepaling van den *inhoud der verbintenis*, maar een begrip, met behulp waarvan wordt bepaald, wat de *gevolgen van niet-nakoming* van de verbintenis zijn. Ook de schuldenaar, die zich terecht op overmacht beroept, heeft wanprestatie gepleegd... Dit is naar den tekst der artt. 1280 en 1281 *het systeem van onze wet*’ (kurs. in de laatste zin is van mij, v.D.). Vgl. daarnaast het door Houwing sub 35, in fine gestelde: ‘dat deze artikelen ons omtrent de bedoeling van den wetgever duidelijk uitsluitsel geven, wil ik hiermede geenszins beweren. Ik zal daarop echter niet nader ingaan’. Even verder merkte schr. op, dat in laatste instantie het *subjektief oordeel* doorslaggevend is, of de zekerheid dan wel de billijkheid te verkiezen is.

### III. DE TOEREKENINGSLEER

vrije uitleg van het contract, maar bij een dergelijke constructie wordt de positieve oplossing voor het concrete geval zelf niet gehaald uit stilzwijgende partijbedoelingen, maar wordt zij gebaseerd op billijkheid en goede trouw; het contract wordt niet alleen *uitgelegd*, maar ook *aangevuld* (ex 1375 BW). Aldus wordt een minder zware wissel getrokken op de veronderstelde en, juist bij de onverwachte abnormale omstandigheden, bijna altijd gefingeerde bedoelingen van partijen. Merkwaaardigerwijs had in de hier behandelde zaak de oplossing langs de weg van een vrije interpretatie van de wél in het contract voorkomende clausules eigenlijk meer voor de hand gelegen dan het aannemen van een leemte: de mogelijkheid van inkomsten buiten dienstbetrekking was niet bepaald abnormaal en onvoorzienbaar (het cassatiemiddel had daar dan ook de nadruk opgelegd), en de overeenkomst bevatte reeds een regeling voor vergelijkbare andere inkomsten'.

Uit deze passage blijkt, dat voor Drion de 'vrije uitleg' – een begrip dat hij aan Bregstein toeschrijft, vgl. sub. 3 – gescheiden gedacht wordt van de aanvulling van het contract op grond van de billijkheid, vlg. ook sub 2, 1e al. en sub 6, laatste al. Ook bij de aldus omschreven 'vrije' uitleg – in de zin van los van de letter – geldt voor Drion zoals uit het citaat en verder uit sub 6, laatste al., blijkt, dat daar uitsluitend met *stilzwijgende partijbedoelingen* d.w.z. *gefingeerde* bedoelingen, gewerkt wordt.

Hiermee miskent Drion het bestaan van de *normatieve* uitleg, die niét door Bregstein, maar wél door Suijling e.a. verdedigd wordt, waarbij van een constructie met fictieve partijbedoelingen geen sprake is. Drion voelt zich – gezien hun gemeenschappelijk uitgangspunt begrijpelijk – wel thuis bij Bregsteins leemte-theorie. Ook deze laatste schrijver bracht zijn scheiding tussen enerzijds de uitleg, als het opsporen van de wérkelijke partijbedoeling(en), en anderzijds het vaststellen van de verdere inhoud (de 'rechtsgevolgen') op grond van de goede trouw, juist aan met de overweging: 'Partijen moeten wij vooral niet méér bedoeling toedichten dan zij inderdaad blijken gehad te hebben' (rede, p. 193).

Drion aanvaardt – met Bregstein – derhalve het onderscheid uitleg – aanvulling, dat in de normatieve stroming verworpen wordt. Een onderscheid dat de voorstanders, zoals wij zagen, als 'principiëel', 'functioneel', of 'theoretisch' kenmerken, om direkt daarop toe te geven, dat het *in de praktijk* niet te hanteren valt. Deze denktant staat wel ver van de door mij onderschreven uitspraak van Meier-Hayoz: 'es gibt nichts praktischeres als eine gute Theorie'. Deze uitspraak geeft precies de drijfveer aan, waarom men – al in 1875 – in de normatieve uitlegsschool de Theorie aan een hernieuwd onderzoek onderwierp, en in overeenstemming trachtte te brengen met de rechtspraktijk.

Om tot een conclusie te komen, in zijn noot gaat Drion van het a priori uit, dat de historisch-psychologische uitlegmethode de éniig mogelijke is, niet anders dan het geval was t.a.v Meijers in diens noot onder het arrest van 1925, en Houwing in zijn noot onder dat van 1949. Vanuit die visie komt Drion tot de stelling, dat de hoge raad in *Staalman - Horeca* de leemte-theorie van Bregstein gevolgd heeft. Hiermee gaat Drion eraan voorbij, dat een meerderheid van de schrijvers de normatieve uitlegmethode (anno 1875) aanvaardt, en dat bovendien deze leer door de hoge raad een decennium tevoren in de *rederij Koppe- en Van Stijverden - Van Olst*-arresten gehuldigd werd. 'Horeca' lijkt op 'Eureka', maar alleen op het eerste gezicht.

#### *11. Conversie. Bij normatieve uitleg geen behoefte aan deze rechtsfiguur*

Zoals betoogd heeft de verwerping van het onderscheid uitleg – aanvulling (ofwel vaststelling van rechtsgevolgen) in de normatieve methode van uitleg

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

tot gevolg, dat daarin geen plaats is voor een 'leemte-theorie'. Evenmin is er in die opvatting plaats voor een figuur, die als *conversie* bekend is. Hierop is al gewezen door G.J. Scholten in zijn preadvies voor de *NJV* van 1954, waarbij hij de (normatieve) uitlegmethode van De Grooth tegenover die van Meijers zet.<sup>215</sup> Scholten kiest zelf voor het standpunt van Meijers, en meent dat de zienswijze waarbij men aan de figuur van conversie naast de uitleg geen behoefte heeft een testimonium paupertatis is, omdat zij voortkomt uit de moeilijkheid om een grens te trekken.<sup>216</sup> 'Men vervaagt het hele systeem als men het allemaal over één kam gaat scheren...', aldus schr.<sup>217</sup>

Voor de doorzichtigheid van de discussie rond de conversie was weinig bevorderlijk, dat men de uitlegproblematiek niet centraal heeft gesteld, maar juist uit de weg ging.<sup>218</sup> Toch is de keus die men maakt tussen normatieve en historisch-psychologische uitleg, bepalend voor de vraag naar de inhoud van die rechtsfiguur, en voor de noodzaak van invoering van die figuur, bijv. door opneming in de wet.<sup>219,220</sup>

215. *Hand. NJV* 1954 I, p. 159 v. Het is jammer dat Scholten de uitlegproblematiek niet in het algemeen aan de orde stelt. De Grooths normatieve uitlegopvatting blijft daardoor geïsoleerd. Zij wordt bijv. niet in verband gebracht met die van de vader van de preadviseur, Paul Scholten.

216. id. (p. 164); II, p. 85. Meijers had zich tijdens het debat op dezelfde wijze uitgelaten. Schr. ziet een 'enorm verschil tussen interpretatie van een verklaring en het aanvullen of wijzigen van een verklaring op grond van rechtsbeginselen. Wie dat niet doet, schrikt terug van de moeilijkheid om de grens te bepalen', p. 64. Even verder zegt Meijers, dat degeen die daar anders over denkt, en geen verschil aanneemt, 'zichzelf voor de gek houdt'.

217. In navolging van Eggens wil Scholten de conversie ook toepassen bij overmacht, doch dan is sprake van 'een soort conversie', die men niet over één kam moet scheren met de 'klassieke' conversie van nietige rechtshandelingen, die anders een 'onbruikbare slokop' zou worden, p. 196. Opvallend is, dat schr. geen conversie bij vernietigbare rechtshandelingen wil toestaan, i.g.v. dwang, dwaling en bedrog, omdat daar de 'nietigheid volstrekt is', p. 181 v. Vgl. voor een ander standpunt, mijn beschouwing in *NJB* 1967, p. 976 v., 996 v., waar een analogische toepassing van de *actio quanti minoris* uit de verborgen gebreken-regeling bepleit wordt. De laatste rechtsfiguur is overigens een voorbeeld van de in de wet neergelegde conversie. In de oude uitlegregel 'ut res magis valeat quam pereat' — welke in het engelse en amerikaanse recht nog steeds aktueel is — ziet men uitleg en conversie in elkaar overlopen. Dit maxime vindt men in ons BW terug in art. 934, in fine (uitleg van testamenten), en in art. 1380 (uitleg van overeenkomsten).

218. Vgl. ook de opmerking van Scholten bij het debat, p. 83, waar hij bij een beroep op clementie t.a.v. de interpretatieproblematiek Meijers' uitlating aanhaalt, dat 'het onderwerp zo moeilijk is dat het vrijwel niet doenlijk is om erover te discussiëren'. Waarvan akte.

219. Het is geen toeval, dat in het door Meijers ontworpen conversie-artikel, art. 3.2.8 *Nw BW*, de feitelijke uitlegmethode doorklinkt. Conversie is slechts geoorloofd, indien 'buiten twijfel' is 'dat de gewijzigde inhoud zou zijn gewild, wanneer de verklarende partij met de nietigheid had rekening gehouden. Een mogelijkheid, dat dit zou geschied zijn, is dus niet voldoende', *Toel.*, p. 191. Bij een twee- of meerzijdige rechtshandeling geldt dit 'buiten twijfel' zijn 'uit den aard der zaak' voor alle partijen. Wat dat laatste betreft lijkt Meijers omgegaan, vgl. debat p. 66. Daar stelt hij zelfs, dat men voor overeenkomsten 'het woord conversie volstrekt niet nodig heeft'. Dat is besloten in de erkenning van de goede trouw en billijkheid. Doch voor andere rechtshandelingen dan overeenkomsten blijft schr. bij zijn oude standpunt. Overigens kent ook Scholten een plaats aan de goede trouw bij de conversie toe, in navolging van Eggens, vgl. p. 163 v. Vgl. ook Beekhuis, p. 233 v.

220. Eggens, zich baserend op normatieve uitleg, komt dan ook tot een resultaat tegengesteld aan dat van het ontwerp-Meijers, alhoewel hij dezelfde overweging van de HR tot uitgangspunt neemt, vgl. *WPNR* 3952 (1946) p. 330, nt. 19, p. 333, nt. 28; *Verz. Opst.* 2, p. 95, 100.

12. *Rechtsvergelijkende notities*

Om met enkele rechtsvergelijkende opmerkingen te besluiten, in de duitse doctrine werd rond de eeuwwisseling door normatieve uitleggers als Danz en Titze, de scheiding tussen uitleg en aanvulling verworpen.<sup>221</sup> Voor de ontwikkeling die in de literatuur sindsdien plaatsvond, met vele tussenoplossingen, kan verwezen worden naar A. Lüderitz in zijn recente werk *Auslegung von Rechtsgeschäften*.<sup>222</sup> Deze schrijver, die vanwege het feit dat hij de wilsleer toegedaan is, tot dusver weinig aangehaald werd, is zelf voorstander van handhaving van dat onderscheid. Zijn betoog is nagenoeg identiek aan dat van J. H. Beekhuis dat hierboven vermeld werd.<sup>223</sup> Opmerkelijk is nog, dat Lüderitz ondanks deze zienswijze, géén behoefte aan een leemte-constructie heeft.<sup>224</sup> Dan wil ik er nog op wijzen, dat een fervent voorstander van het onderscheid uitleg – aanvulling, Larenz, onlangs is omgegaan. In 1930 bestreed hij Danz' opvatting in deze, welk betoog in 1966 nog door schr. onderschreven werd<sup>225</sup>, doch in de laatste druk van zijn *Methodenlehre* (1969), wordt het roer zonder kommentaar omgegooid.<sup>226</sup> Zich afzettend tegen Lüderitz, stelt Larenz dat bij de uitleg, waaronder begrepen de 'ergänzende Vertragsauslegung' niet de wilsverklaring van elk der partijen uitgelegd wordt, maar 'die durch den Vertrag geschaffene und in Geltung gesetzte *Regelung* als solche' niet 'der Vertrag als *Akt*'. Dit alles onder een normatieve vlag. Een opvatting die overigens sterk lijkt op die, welke Eggen ten aanzien van de conversie heeft verdedigd.<sup>227</sup> Het zal duidelijk zijn, dat deze visie door mij niet onderschreven kan worden, aangezien men hier uitgaat van een rechtshandeling als *feitelijke* handeling, vergezeld van een 'beoogd rechtsgevolg'. Wel is verheugend, dat Larenz op die wijze los komt van de *wilsverklaring* als grondslag van alle uitleg, waardoor men zo makkelijk tot de historisch-psychologische uitlegmethode

221. E. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 3e dr. 1911, pp. 5 v., 75, 111; H. Titze, *Die Lehre vom Missverständnis*, 1910, pp. 104, 451, 482 v.

222. *Vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts*, 1966, p. 392 v. 223. Vgl. pp. 355, 383, 390, 403. Vgl. voor Beekhuis, boven, no. 11.

224. p. 401 v. 'Wie man es dreht und wendet: das Problem der Lücke ist ein Scheinproblem', concludeert schr. p. 418. Hierbij wordt H. Pilz aangehaald, *Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung*, diss. Freiburg 1963. In de duitse doctrine kent men sinds Zitelmann het onderscheid tussen 'echte' en 'unechte Lücke'.

225. *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, 1930, herdruk 1966, vgl. het *Nachwort*. 226. p. 282 v. Vgl. het op p. 285 gestelde: 'Gemeinsam ist der Auslegung sowohl der Rechtsgeschäfte wie der Gesetze, dass es um die Ermittlung der darin angeordneten Rechtsfolgen geht. Es handelt sich weder bei den Rechtsgeschäften noch bei den Gesetzen um einfache *Aussagen*, sondern um *Bestimmungen*, durch die Rechtsfolgen in Geltung gesetzt werden sollen' (1e curs. van mij). Vgl. ook — nog onbestemd — *Allg. Teil des deutschen Bürg. Rechts*, 1967, § 25 II, § 35 I.

227. t.a.p., p. 332. Eggen meent dat de uitdrukking conversie van *rechtshandelingen* onzuiver is: 'Niet de *handeling* — het feitelijk gebeuren in den tijd — wordt geconverteerd, maar haar gevolg, het met de rechtshandeling beoogde gevolg, en wel, wanneer dit gevolg niet (of eventueel niet *meer*) kan intreden, zóó als het werd beoogd. Met andere woorden, het is de *rechtsbetrekking* welke geconverteerd wordt'.

### § 3. UITLEG VAN OVEREENKOMSTEN

blijkt te komen, zoals men bijv. bij Lüderitz weer ziet. Larenz' zienswijze vertoont intussen verwantschap met de stroming, die ik de 'funktionelle Vertragslehre' zou willen noemen en welke men onder beschreven vindt.<sup>228</sup> Overigens vraagt men zich af, of Larenz nu ook teruggekomen is op zijn bestrijding van de rechtspraak van het Bundesgerichtshof inzake de invloed van veranderde omstandigheden op de overeenkomst. In de vaste rechtspraak wordt *Anpassung* van de contractsverplichtingen aanvaard, op basis van hetgeen de goede trouw (ex § 242 BGB) in het concrete geval eist, hetgeen in een uitspraak uitdrukkelijk als *Rechtsfindung* bestempeld wordt.<sup>229</sup> Larenz voert de langzamerhand klassieke bezwaren aan, die men tegen wat men noemt 'blote billijkheidsrechtspraak', heeft. De rechtszekerheid komt in gevaar, en verder heeft de wetgever de rechter niet een zo ruime bevoegdheid gegeven om krachtens het goede trouw-artikel (hier: § 242 BGB) in het contract wijzigingen aan te brengen.<sup>230</sup> In soortgelijke zin had Esser zich eerder al uitgelaten.<sup>231</sup> Voor de overeenkomstige problematiek in het engels en amerikaans recht, waar men de 'construction of contracts' kent, en normatieve uitleg de toon aangeeft, verwijs ik naar hoofdstuk IV, § 1.<sup>232</sup> De uitleg naar frans recht komt in § 3, no. 1 v. aan de orde, naar zwitsers recht in § 2, no. 12, en naar skandinavisch recht in § 2, no. 14. In de laatste twee rechtsstelsels werd de normatieve methode van uitleg in de heersende leer aanvaard.

228. Vgl. IV, § 2, no. 7 v. Het onderscheid dat Larenz aanbrengt tussen wetsuitleg en uitleg van rechtshandelingen, p. 286 v., kan ik evenmin onderschrijven, vgl. voor mijn standpunt boven, § 2.

229. Een overzicht daarvan is te vinden bij Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1963, p. 110 v. De grondslag voor de rechtspraak van het BGH werd gelegd door het Oberste Gerichtshof für die britische Zone, in uitspraken van 1948 en 1949, *Rentenfall*, *Ostzonale Enteignung*, *Vermietung von Baugeräten* (Larenz, p. 110 v.). In deze visie laat men dogmatische begrippen links liggen, en zoekt men de oplossing die in het concrete geval door de goede trouw geëist wordt. Vgl. het BGH in het *Rübelgeldfall* (1952): 'Der Wegfall der Geschäftsgrundlage . . . kann nur dann zu einem Eingriff in die schuldrechtlichen Beziehungen der Parteien führen, wenn mit Rücksicht auf den Geschäftszweck das Festhalten an dem Verträge dem Verpflichteten *nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann*' (Larenz, p. 115, mijn curs.) In het *Volkswagensparer-arrest* (1951) overweegt het BGH dat de rechter hier krachtens § 242 BGB bevoegd is 'rechtsgestaltend in das Vertragsverhältnis einzugreifen'. Nadien wordt dit anders geconstrueerd; in arresten uit 1953, *Bohrhämmerfall*, *Auftragsverhältnis* en *Hofübergabefall*, spreekt het college van '*Anpassung* des Vertragsinhalts an die veränderten Umstände' (mijn curs.) op basis van Treu und Glauben, hetgeen ook tot ontbinding kan leiden. In het laatste arrest merkt het BGH op, dat die '*Anpassung*' een vraag van '*Rechtsfindung*' en niet van '*Rechtsgestaltung*' is. Het betreft hier de vaststelling 'welche Umgestaltung die bestehenden Rechtsbeziehungen durch die Veränderung der Umstände nach Treu und Glauben erlitten haben'. Vgl. Larenz p. 116 v.

230. *Geschäftsgrundlage*, p. 2; vgl. verder p. 117 v.

231. *Juristenzeitung*, 1956, p. 557. Met instemming aangehaald door Larenz. Esser betreurt dat 'dogmatisch gefestigte Konstruktionen, wie es die Lehre von der GG wurde, später wieder in das Zwielflicht des Zumutbarkeitsgedankens und der richterlichen Billigkeit zurückversetzt' werden. Dit standpunt van Esser en Larenz tegenover dat van het BGH, doet denken aan de overeenkomstige controverse tussen J. Drion en Wolfsbergen (die zich op de jurisprudentie van de HR baseert), inzake de onrechtmatige daad, vgl. boven § 2, no. 9, en die tussen Denning en het house of lords, vgl. onder, IV, § 1, no. 5. Ook in de rechtsvergelijking is er weinig nieuws onder de zon.

232. Vgl. vooral nos. 3 v., 6.

§ 4. DE GRENZEN TUSSEN RECHTSHANDELING, ONRECHTMATIGE DAAD, RECHTMATIGE DAAD EN ONGEGRONDE VERRIJKING IN DE DOGMATIEK. HET ALTERNATIEF IN DE TOEREKENINGSLEER

**a. De grenzen tussen rechtshandeling en onrechtmatige daad**

*1. Inleiding. Het grensprobleem als rechtsvindingsprobleem*

Na het bovenstaande, wil ik nog enkele korte beschouwingen wijden aan de plaats van de rechtshandeling – in de hier verdedigde visie – in het rechtssysteem. Enerzijds dringt de vraag zich op, waar de grens tussen rechtshandelingen en *feitelijke* handelingen getrokken moet worden, anderzijds kan men zich afvragen hoe de verhouding tot een eerbiedwaardig begrip als de *onrechtmatige daad* gezien dient te worden. De eerste kwestie kwam hierboven telkens, zij het impliciet, aan de orde. De armzwaai van een persoon die een veiling bezoekt, kan een groet aan een kennis betekenen (feitelijke handeling), dan wel een uitgebracht bod (rechtshandeling). *Slechts aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval, kan beslist worden welke de rechtsbetekenis van de handeling is.*<sup>233</sup> In een volgende paragraaf wordt nog nagegaan, of op dit grensgebied grensstenen aan te brengen zijn (§ 5).

Niet anders is de situatie, indien men een grens tussen een feitelijke handeling en een onrechtmatige daad moet trekken.<sup>234</sup> Indien een kind aan de hand van zijn vader op een fluitje blaast, kan dit een prille kunst- of vreugde-uiting zijn (feitelijke handeling), dan wel, indien plaats van handeling een perron is met een wachtende trein, een onrechtmatige daad betekenen (die kind en/of vader toegerekend wordt). Ook hier zullen de omstandigheden van het geval de doorslag geven bij de rechtsvinding.

Nu is deze uitkomst voor de één een verklaring van onvermogen, die dan de wat smalende uitroep 'ius in causa positum' ontlokt – aldus J. Drion –, voor de ander het alpha en omega van de rechtsvinding – aldus Scholten, Wolfsbergen –, eveneens vergezeld van het adagium 'ius in causa positum' dat de pragmatische rechtsbeschouwing van de romeinen zo goed weergeeft.<sup>235</sup> De aprioristische visie die men op het recht heeft, zal ook hier de stellingname bepalen. Zoals eerder betoogd, huldig ik de laatstgenoemde opvatting. Wat de onrechtmatige daad betreft kan men trouwens stellen, dat in doctrine en jurisprudentie tegenwoordig algemeen aanvaard is, dat het

233. Vgl. boven, § 2, no. 9.

234. De vanzelfsprekendheid dát er een onderscheid in deze zin gemaakt moet worden, wordt het beste geïllustreerd met de opmerking van Justice Holmes: 'Even a dog discriminates between one who stumbles over him and one who kicks him'.

235. Vgl. hieromtrent boven, § 2, no. 9. Dat de opvatting van Scholten en Wolfsbergen in de jurisprudentie aanvaard werd, blijkt uit de onder, nt. 241, genoemde rechtspraak.

hier 'omstandighedenrecht' betreft. Buiten dat rechtsgebied wettigt, zoals ik getracht heb aan te tonen, de vaste jurisprudentie eenzelfde slotsom.

## 2. *Onrechtmatige daad opgevat als rechtshandeling. Mogelijke dogmatische bezwaren weerlegd*

Hoe verhouden zich nu, in dit licht bezien, *rechtshandeling* en *onrechtmatige daad*? Het zal duidelijk zijn, dat in mijn opvatting van de rechtshandeling, *beide begrippen samenvallen*. Steeds is immers een menselijke gedraging in het geding (bestaande in een doen of niet-doen), op grond waarvan rechtsgevolgen ontstaan, die de handelende krachtens rechtsnormen toegerekend worden. Het bezwaar, dat het hier verschillende normen zou betreffen, heeft geen grond. Immers, zowel binnen het gebied van de contractuele rechtshandelingen als binnen dat van de buiten-contractuele rechtshandelingen, zoals de onrechtmatige daad, kunnen de normen van handeling tot handeling verschillen. Dit laatste is het geval zowel in de statische fase van de norm, in het pre-rechtsvindingsstadium – door mij blanketnorm genoemd – als in de dynamische fase van de rechtsvinding, waarin – nog sterker dan in de eerste fase – de omstandigheden van het concrete geval de dienst uitmaken.<sup>236</sup> Daarnaast geldt, dat juist de samenloop van bijv. contractuele acties en die uit art. 1401, aantoon dat de normen die onder verschillende vlag uit hetzelfde feitenbestel naar voren komen, tweelingzusters zijn.<sup>237</sup>

Een ander mogelijk bezwaar van deze voorstellingswijze richt zich op de eigen aard van de onrechtmatige daadsfiguur, die vooral gekenmerkt zou zijn door het schuldvereiste, en de typische bewijslastverdeling (ten laste van de gelaedeerde). Deze op de dogmatiek van de vorige eeuw berustende tegenwerping gaat voor het huidige recht niet op.

Allereerst zal de betekenis van het schuldvereiste voor het geldend recht onderzocht worden. Indien men de recente rechtspraak aan een onderzoek

236. Indien men de hier gevolgde methode van rechtsvinding — voortbouwend op die van Scholten — niet onderschrijft, zal men door het hier gestelde niet overtuigd worden. Dan gaat men immers uit van de gedachte, dat de rechtsnorm of -regel *op zich, los van het concrete geval*, een betekenis heeft, en ziet men slechts in de toepassing van die regel met behulp van een syllogisme, de rechtsvinding. Vgl. boven, § 2, nos. 1 v., 9 v.

237. In het bekende *Boogaard - Vesta*-arrest, HR 9 dec. 1955, *NJ*, 1956-157, nt. L.E.H.R., treft men deze gedachte, in een wat dialektische formulering, reeds aan. Immers, de HR stelt enerzijds dat het hof de onrechtmatigheid van het handelen van B. niet heeft getoetst aan een contractuele verplichting, doch aan 'een verplichting buiten de overeenkomst, welke de eis van een zorgvuldig handelen... onder de gegeven omstandigheden aan Boogaard ten opzichte van Vesta zou opleggen'. Anderzijds overweegt de HR direkt daarop: 'dat daarbij het feit dat bedoelde contractuele verhouding heeft bestaan, alsmede... medewegen als een deel van de omstandigheden' waarop het hof de beoordeling van een betamelijkheids-plicht i.c. baseerde. Het middel, uitgaande van een schending van art. 1401 *onafhankelijk* van de schending van een contractuele verplichting, wordt in de Ov. die volgt uitdrukkelijk verworpen. Aan de samenloopproblematiek moet hier verder voorbijgegaan worden.



onderwerpt, blijkt dat het schuldvereiste óf niet in de overwegingen betrokken wordt, óf gehanteerd wordt als synoniem van de betamelijkheid. Ook wordt de wetgever wel een lippendienst bewezen, met de formulering – als sluitstuk op de gegeven overwegingen van de rechter – dat schuld in de zin van art. 1401 aanwezig is.<sup>238</sup> Slechts op één terrein, de aansprakelijkheid van zeer jonge kinderen en zwakzinnigen, ziet men het vereiste soms als hulpmiddel gebruikt om een makro-juridisch probleem – dat behalve sociale ook verzekeringstechnische aspecten heeft – tot een in het gegeven geval billijke oplossing te brengen.<sup>239</sup>

Op deze materie kan hier niet al te uitvoerig ingegaan worden. Wat de theoretische kant hiervan betreft, kan ik verwijzen naar de beschouwingen van o.a. J. C. van Oven, Van Nispen tot Sevenaer en Wolfsbergen, die tot dusverre geen bestrijding van betekenis ten deel vielen.<sup>240</sup> Naar mijn mening werd de visie van deze schrijvers, waarin 'schuld' gelijk staat met 'onbetamelijkheid' in de jurisprudentie aanvaard.<sup>241</sup> Het schuldvereiste is daarmee overbodig geworden. De onbekendheid van deze rechtsontwikkeling valt mijns inziens mede toe te schrijven aan de omstandigheid, dat de genoemde arresten door voorstanders van de handhaving van het schuldvereiste geannoteerd of besproken werden. Een uitzondering vormt echter Scholtens noot uit 1939.

De ontwikkeling die zich in ons recht ten aanzien van de onrechtmatige daad voltrok, liep synchroon met die ten aanzien van de rechtshandeling. Was het bij de laatste figuur het *wilsvereiste* waarmee de rechter niet bleek te kunnen werken, hier zien wij bij het pendant daarvan, het *schuldvereiste*,

238. Vgl. de hieronder in nt. 241 genoemde rechtspraak.

239. In het *Jaguar*-arrest, HR 9 dec. 1960, *NJ* 1963-2, nt. D.J.V., kwam de HR (met o.a. Houwing en De Jong in de kamer) tot een handhaving van het schuldvereiste met behulp van een deels *grammatikale* interpretatie van art. 1401 (het woord 'schuld') deels *historische* interpretatie, gericht op de 'bedoeling van den wetgever'. Vgl. resp. de 1e en 2e, en daarnaast de 3e e.v. Ov. De laatste interpretatiewijze wordt gekritiseerd door Veegens, in diens noot.

240. J. C. van Oven, *Onrechtmatigheid en schuld*, *WPNR* 3278 (1932); C. M. O. van Nispen tot Sevenaer, *WPNR* 3358 v. (1934); A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, pp. 11 v., 132 v. Hoezeer het schuldbegrip slechts in de wilsteer past, blijkt uit Meijers' opvatting, waarin schuld gezien wordt als 'innerlijk bestanddeel' van de daad, *WPNR* 3443 (1935), p. 569. Meijers' bestrijding van Van Oven, vindt men weerlegt door Wolfsbergen.

241. Vgl. o.a. als arresten waar het schuldvereiste *niet* wordt gesteld: HR 20 dec 1940, *NJ* 1941-363, nt. E.M.M., *Bosgoed - Staat*; 28 nov. 1941, *NJ* 1942-190, *Pesie's Bad*; 28 juni 1957, *NJ* 514, *Erba*-arrest; 15 april 1965, *NJ* 331, nt. D.J.V., *Snel - Terstege* (anders a-g Mevr. Minkenhof, en de lagere jurisprudentie, bijv. hof 's-Gravenhage 20 febr. 1959, *NJ* 1960-351, *Smits - Heyman*). Als arresten waarbij schuld als *synoniem* van betamelijkheid wordt gehanteerd, vallen te noemen o.a.: HR 27 jan. 1939, *NJ* 1345, nt. P.S., *Rotterdam - Mij. tot Exploitatie van Staatsspoorwegen*; 22 mei 1953, *NJ* 647, nt. Ph.A.N.H., *De Ned. Lloyd Ongevallen - West-Ind. Bananen Import Cie.*; 11 febr. 1955, *NJ* 218, nt. L.E.H.R., *balkonleuning*-arrest. Vgl. in dat laatste arrest de overweging: '... dat op Van Baggum onder de gegeven omstandigheden de plicht rustte om Van der Dussen voor het gevaar te waarschuwen en dat het niet nakomen van deze plicht schuld oplevert...'; 25 mrt. 1966, *NJ* 279, nt. G.J.S., *moffenkit*-arrest. Hier overweegt de HR: dat 'het Hof terecht... met het feit dat het geleverde ondeugdelijk was ook de schuld van HIM aan dat feit heeft aangenomen'.

hetzelfde gebeuren. Verbazing hoeft dit niet te wekken, beide begrippen stammen uit een op het individualisme gebaseerde rechtsfilosofie (de wilsleer), die in de rechtsontwikkeling van deze eeuw in steeds sterkere mate uit de rechtspraktijk geweerd werd.<sup>242</sup> In het moderne recht, zoals in de rechtspraak ontwikkeld, kan men zonder het 'te willen' een rechtshandeling verrichten, en zonder 'schuld' een onrechtmatige daad plegen, en wel omdat men op grond van in casu geldende, op maatschappelijke behoeften gebaseerde rechtsnormen een rechtshandeling c.q. onrechtmatige daad *toegerekend* krijgt.<sup>243</sup> Deze tendens in de rechtsvinding vormt zoals betoogd de grondslag van de hier ontwikkelde toerekeningsleer. Indien men aan de wilsdogmatiek blijft hangen, sluit men mijns inziens zijn ogen voor de rechtswerkelijkheid.

Een van de belangrijkste oorzaken dat het schuldvereiste ondanks de ontwikkeling in de jurisprudentie in de literatuur zo'n taai leven leidt, ligt naar mijn indruk vooral hierin, dat het woord 'schuld' in art. 1401 *genoemd* wordt, hetgeen gezien de datum van ontstaan van dat artikel, en de toen gangbare rechtsvisie, begrijpelijk is. Indien men bij de interpretatie van dat artikel de *grammatikale* uitlegmethode volgt, gecombineerd met de aprioristische visie dat de wilsleer (A.D. 1838) de heersende leer is, dan is de aanvaarding van een subjectief schuldbegrip onvermijdelijk.<sup>244</sup> Ook hier biedt weer een objectivering van dat begrip de mogelijkheid om de doctrine niet al te zeer van de rechtspraktijk te laten vervreemden. Het valt echter niet in te zien waarom, indien op andere, even cruciale plaatsen in de wet een wets-term als 'het groote blancowoord' opgevat kan worden – aldus Meijers ten aanzien van de term 'toestemming' in art. 1356<sup>245</sup> – dit hier niét zou kunnen. Ziet men het 'door wiens schuld' van art. 1401 als een 'blanco' term, – even neutraal als de uitdrukking 'door wiens toedoen' – dan valt het accent in art. 1401 waar het – blijkens de vaste jurisprudentie – hoort: op het in de aanhef gestelde 'Elke *onrechtmatige daad*', etc.<sup>246</sup>

242. Vgl. voor een beschrijving van het klassieke schuldbegrip in de wilsleer G. H. A. Schut, *Schuld en risico*, *WPNR* 5045 (1969). Voor de recente literatuur op dit terrein verwijs ik naar dat artikel. Het standpunt van H. J. Hommes, waarbij een schuldprincipe en een risikoprincipe los van elkaar gedacht worden, als twee fundamentele, onderling onherleidbare principes, berust op die klassieke visie. Vgl. diens opmerking – m.b.t. het eerste principe —: 'Zonder subjectief-juridische toerekening van de rechtsgevolgen tot *des daders vrije, verantwoordelijke rechtswil* geen onrechtmatige daad', *WPNR* 4973, p. 498 v. (vgl. ook reeds Schut, t.a.p., nt. 10).

243. Vgl. in dit verband ook in de laatste tijd in onze literatuur bepleite grondslag voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, de 'rechtelijke verantwoordelijkheid' van Schut, en de 'redelijke toerekening' van Köster en Bloembergen.

244. In deze zin bijv. Asser-Rutten II, p. 440. Vgl. voor de door mij gevolgde scholteniaanse methode van wetsuitleg, boven, § 2, no. 10. en nog onder, no. 5.

245. Vgl. bijv. ook hoe de HR de term 'zelfstandigheid der zaak' in het dwalingsartikel art. 1358 BW hanteert. Een begrip dat in de moderne jurisprudentie geen enkele functie meer heeft. Vgl. mijn beschouwingen in *WPNR* 4978 v. (1968), en ook onder, § 5, no. 5 v.

246. Vgl. in dit verband ook de beschouwingen van R. L. Drilmsa, over het *handelingskarakter* van het woord, in de theorie van de linguïst Reichling. Vgl. *De woorden der wet of de wil van de wetgever*, p. 127 v.

Indien men nagaat wat het Nieuw BW met het schuldvereiste doet wordt men met een halfslachtige regeling geconfronteerd. Enerzijds opteert men voor de toerekeningsbenadering van het rechtersrecht, anderzijds kan men geen afstand doen van de zo vertrouwde schuldaansprakelijkheid. Art. 6.3.1, lid 3, stelt namelijk: 'Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt'.<sup>247</sup> Uit de *Toelichting* blijkt dat hierbij aan schuld in de zin van *verwijtbaarheid* gedacht wordt, vgl. pp. 640, 649. Hierop vormt de 'aansprakelijkheid buiten schuld' in het stelsel van het ontwerp slechts een aanvulling. Hoezeer men van de wilsleer geen afstand heeft kunnen doen, blijkt ook uit het feit dat men, wanneer in deze titel van risico-aansprakelijkheid sprake is, deze met behulp van de *fictie-techniek* construeert als een *quasi-onrechtmatige daad*. Het gaat erom, zoals de ontwerpers stellen, 'of door deze laatste (i.e. de aansprakelijk gestelde persoon, v.D.) een onrechtmatige daad zou zijn gepleegd als een zeker feit bestond (quasi onrechtmatige daad)'.<sup>248</sup> Hiermee volgt het driemanschap de visie van Meijers.<sup>249</sup>

Het behoeft geen betoog dat in de hier gevolgde toerekeningsleer de figuur van risico-aansprakelijkheid, zoals deze naar geldend recht aanvaard wordt, dan wel met behulp van dogmatische rookgordijnen – zoals de 'feitelijk vermoeden van schuld'-constructie bij aansprakelijkheid voor zaken<sup>250</sup> – door de rechter gerealiseerd wordt, een voorbeeld bij uitstek is van een normatieve *toerekening* van een 'onrechtmatige daad' aan een persoon (bijv. de eigenaar van een gevaarlijke zaak). Aan ficties in de trant dat het gebrek aan een 'fout' van die persoon te wijten valt (artt. 12, 16), dan wel hem bekend was (artt. 13, 15) bestaat hier geen behoefte. Dit is slechts anders indien men – zoals de ontwerpers – elke gebondenheid van een persoon in rechte wil herleiden tot een *daadwerkelijk handelen* van die persoon, desnoods in schijn, en daarnaast tot een tekortschieten van die persoon (schuldig zijn), wederom desnoods *gefingeerd*.<sup>251</sup> Het is een krampachtige, gedaeterde visie op de plaats van het rechtssubject in de rechtsgemeenschap. Nog steeds vormt in deze visie de individuele persoon het middelpunt in

247. Aan de verdere regeling ga ik hier voorbij, dus ook aan het zeer traditionele lid 2 van hetzelfde artikel.

248. p. 640. Een noot verwijst daarbij naar de '*als ware*... aan zijn fout te wijten'-constructie in de artt. 12 en 16, en soortgelijke constructies in de artt. 11, 13 en 15. Het gebruik van de fictie-techniek in het ontwerp vindt bestrijding bij H. J. Hommes, *WPNR* 4973 (1967), p. 497 v., en eerder in *RmTh* 1965, p. 226, waar men ook Schut bestreden vindt, die het ontwerp volgt. Vgl. voor een kritiek op het gebruik van de fictie in de rechtsmethodiek zoals gehanteerd door Meijers, onder, III, § 7, no. 6.

249. *Alg. Begrippen*, p. 305, waarover nog onder, no. 7, in fine. Hommes meent echter, dat Meijers' opvatting en die van het ontwerp hierin verschillen, dat in de eerste geen fictie gehanteerd wordt, *WPNR*, p. 498.

250. Vgl. Hofmann-Drion-Wiersma, p. 244.

251. Schuld wordt daarbij opgevat in de zin van een 'moreel rechtsverwijt', aldus bijv. Hommes, vgl. Schut, t.a.p., nt. 11.

het recht, en niet de rechtsorde, waarvan de persoon deel uitmaakt. Slechts met behulp van ficties weet men in deze individualistische rechtsvisie van het ontwerp aan de behoeften van het rechtsleven tegemoet te komen. Dat op deze wijze de problemen waarvoor de moderne maatschappij het recht stelt, zoals de produkten-aansprakelijkheid, de aansprakelijkheid voor zaken, e.d., zich op een bevredigende wijze laten oplossen, betwijfel ik ten zeerste.<sup>252</sup> Doch het moet hier bij deze kanttekeningen blijven.<sup>253</sup>

Dan nu de tweede, mogelijke tegenwerping tegen de hier verdedigde ondogmatische visie op de onrechtmatige daad, de bijzondere bewijslastverdeling. Hiertegen valt aan te voeren, dat naar huidige recht de bewijslastverdeling niet meer het statische beeld biedt van de 'wie stelt moet bewijzen'-doctrine. De opkomst van de 'billijkheidsleer', die vaste voet in de rechtspraak kreeg – zij het vaak via de constructie van het 'feitelijk vermoeden van schuld' – zal binnenkort naar zich laat aanzien in de wetgeving zijn beslag krijgen.<sup>254</sup>

Ik meen dus staande te kunnen houden, dat geen zwaarwichtige gronden aan te voeren zijn tegen de voorstelling dat de 'onrechtmatige daad' een rechtshandeling is. Wat wint men nu hiermee? Dient de term onrechtmatige daad voortaan taboe te zijn? Dat laatste sta ik zeker niet voor. Het gaat mij er slechts om, om aan te tonen, dat een strenge scheiding tussen het traditionele terrein van art. 1401, en dat van de rechtshandelingen, in strijd met de rechtswerkelijkheid is, zoals die in de rechtsvinding tot uitdrukking komt. Met het op een dogmatisch a priori berustende onderscheid dat het recht opgedrongen wordt, bewijst men het rechtsleven geen dienst. Alle tijd besteed bijv. om het onderscheid tussen een aktie uit art. 1401, en die uit contract aan te geven (in abstracto dan wel in concreto) – een probleem overigens dat vooral de verzekeringswereld bezighoudt – kan beter aan an-

252. Vgl. de daarbij in ontwikkeling verkerende beginselen als de 'afwentelingsgedachte' (Schut, nt. 30) en de 'risk-spreading capacity' in het moderne Amerikaanse recht. Dat laatste beginsel zou ik willen omschrijven als: 'wie de breedste schouders heeft, moet de schade dragen'. Vgl. bijv. *Goldberg v. Kollsman Instrument Corp.*, 12 NY 2d 432, 191 (1963). Ondanks dat een vliegtuigramp aan een falende hoogtemeter te wijten is, krijgt niet de kleine fabrikant daarvan, maar de gigant, de fabrikant van het vliegtuig (Lockheed) de schade te dragen.

253. Schut, p. 271 v., ziet in navolging van Houwing risico als een *negatief* begrip: 'slechts een *niet schuldig zijn* wordt er door uitgedrukt' (mijn curs.). Schut heeft dan ook, anders dan Hommes, geen behoefte om de begrippen schuld en risico scherp te scheiden (p. 273). Een onderscheid *kan* zelfs niet worden gemaakt: 'Schuld en risico zijn begrippen die in elkaar overlopen als twee kleuren waterverf. Het heeft geen enkele zin, theoretisch noch praktisch, om die begrippen van elkaar te isoleren. De duidelijkheid die daardoor zou worden bevorderd, bestaat slechts in schijn'. Duidelijkheid komt er pas, zo zou ik Schut willen repliceren, indien men het schuldbegrip *schrapt*. Voor een inzicht in de praktische voordelen van deze ingreep, hoeft men slechts de verzekeringsliteratuur te raadplegen. Vgl. bijv. H. A. Bongers, in zijn inleiding voor de *Verzekeringsstudiedagen*, mei 1968, afgedrukt in *De Beursbengel*. Bongers vraagt zich af 'of niet de gehele tweedeling schuld- tegenover risico-aansprakelijkheid aan een algehele revisie toe is' (overdruk, p. 2).

254. Vgl. hieromtrent, W.L. Haardt. *RmTh* 1970, p. 262 v., en nog mijn opmerking in *NJB* 1971, p. 828, nt. 48, sub c.

dere zaken besteed worden.<sup>255</sup> Hier doet de door Von Jhering al bepleite wet der spaarzaamheid<sup>256</sup> zich gelden; men dient het rechtsgebeuren met zo weinig mogelijke begrippen te verklaren.

Het openbreken van het rechtssysteem, ten koste van vertrouwde dogmatische begrippen en onderscheidingen, zoals hierboven bepleit, werd reeds eerder in de literatuur voorgestaan. Een eeuw geleden al verdedigde S. Schlossmann in zijn vermaard geworden werk, *Der Vertrag*, een slechten van de wallen tussen overeenkomst en onrechtmatige daad.<sup>257</sup> Te onzent kreeg hij bijval van de utrechtse hoogleraar Naber<sup>258</sup>, doch zowel hier als elders kreeg deze revolutionaire visie geen voet aan de dogmatische grond. De coupe tegen de gevestigde orde lijkt nu vergeten en vergeven. Met het verdwijnen van Begrijfsjurisprudenz en rechtspositivisme – een ontwikkeling die evenwel nog steeds geen einde vond – maakt een soortgelijke rechtsopvatting in onze tijd naar ik hoop een betere kans.

## **b. De grenzen tussen rechtshandeling, rechtmatige daad en ongegronde verrijking**

### *3. Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongegronde verrijking in de wilsleer*

Bij de zoëven bepleite sanering van het begrippenstelsel, dat een erfgoed is van de negentiende-eeuwse wilsdogmatiek – dat ook in deze tijd, zelfs bij hercodificatie, zonder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaard wordt – zou ik niet willen stilstaan. Ook het onderscheid tussen rechtshandeling en rechtmatige daden is gezien de naar geldend recht aanvaarde methode van rechtsvinding, niet langer aanvaardbaar. Het onderscheid tussen de rechtsfiguren zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, ongegronde verrijking, valt alleen te maken, indien men de *wilsleer* aanhangt. Zoals eerder betoogd, vindt men die leer, die naar men aanneemt in 1838 gangbaar was, in ons geldend recht niet in de jurisprudentie, doch slechts in de literatuur aanvaard. Zoals bekend, wordt in de heersende leer voor een aktie uit zaakwaarneming het vereiste gesteld, dat de waarnemer zijn handeling *willens en wetens* verrichtte ter behartiging van andermans belangen.<sup>259</sup> Is aan dit wils-

255. Ook valt te denken aan de strijdvrage of een volmachtgever behalve door rechtshandelingen, ook door onrechtmatige daden van de gevolmachtigde gebonden wordt, waarover A. van Oven, *RmTh* 1955, p. 416 v.

256. Waarover Scholten, *Alg. Deel*, p. 67.

257. Vgl. daaromtrent onder, IV, § 2, no. 3 v. Ook Ph. Lotmar verdedigde kort tevoren eenzelfde standpunt.

258. *Begrip of Etiket*, RM 1889.

259. In de omschrijving van Hofmann-Drion-Wiersma, p. 3: onder zaakwaarneming wordt verstaan 'iedere vrijwillige, willens en wetens ondernomen, behartiging van andermans belangen voor diens rekening en risico, onder omstandigheden welke zulk een optreden recht-  
Vervolg noot op pag. 275.

vereiste niet voldaan, dan biedt de zaakwaarnemingsfiguur geen soelaas, en dient men – aldus nog steeds de heersende leer – zijn heil bij de aktie uit ongegronde verrijking te zoeken. Vraagt men zich af, hoe in die visie die wil vastgesteld kan worden, dan blijkt van een sterke objektivering sprake te zijn. De wil moet naar buiten zijn gebleken, kan *uit de handeling zelf* blijken, terwijl bij twijfelgevallen het ‘blijk van wil’ *afgeleid* moet worden uit verklaringen van de gestor, of uit andere omstandigheden.<sup>260</sup> Op deze wijze zaagt men – zoals gebruikelijk – de poten onder de wilsleer door. Het laatste duwtje wil ik hierbij graag geven. Wat heeft het voor zin, om bij een dergelijke hantering van het wilsbegrip nog een grens met de ongegronde verrijkingfiguur te trekken? Ook in die laatste situatie zal men toch alleen dan een aktie toestaan, als dit door de omstandigheden gerechtvaardigd wordt? In de *dynamische* verschijningsvorm van beide rechtsfiguren – d.w.z. in hun toepassing op het concrete geval – is naar ik meen geen grond voor een onderscheid te vinden.

Niet anders is het bij de grens tussen ongegronde verrijking en onverschuldigde betaling. Ook dit onderscheid bestaat alleen bij gratie van de wilsleer, die voor toepassing van de laatste figuur eist, dat de handelende de *wil* gehad heeft om te betalen, ‘des bewust’ betaald heeft.<sup>261</sup> Zo niet, dan klopt men tevergeefs aan, en rest nog de ongegronde verrijkingssaktie.<sup>262</sup> En wederom – men voelt het al aankomen – stelt men dan, dat die wil uiteraard geobjektiveerd moet worden.<sup>263</sup>

#### 4. *Het alternatief in de toerekeningsleer. De problematiek herleid tot rechtsvindingsvragen. Rechtmatige daad opgevat als rechtshandeling*

Ik zou willen bepleiten deze dorre hoogvlakte van dogmatiek die in de heer-

Vervolg noot van pag. 274.

vaardigen’. De overige literatuur en art. 6.4.1.1. Nw BW zijn in dezelfde zin, vgl. H. E. Ras, *Zaakwaarneming naar Nederlands recht, Jaarboek XI (1967-68)*, p. 394 v. Vgl. voor Meijers’ opvatting nog onder, no. 7. Anders H. Schadee, *WPNR* 5023 (1969) m.b.t. ‘passieve zaakwaarneming’. De heersende leer wordt gevolgd door de hoge raad in HR 10 april 1953, *NJ* 630, *Inverbo - Jacobi* (anders het hof Amsterdam) en 26 juni 1959, *NJ* 586, nt. L.E.H.R., *De Koning - Vorst*.

260. i.d. p. 9. Niet vereist is overigens, dat men weet *wie* de ander is voor wie men optreedt. Als Wiersma ook Suijling, II<sup>2</sup>, no. 605; G. Verburg, *De vrijwillige zaakwaarneming*, diss. Amsterdam (VU) 1949, p. 63.

261. Vgl. Hofmann-Drion-Wiersma, p. 22 v., en verder ook G. Hamaker, *De vordering uit onverschuldigde betaling naar ned. recht*, diss. Amsterdam 1971, die voor genoemde vordering naast een menselijk handelen de ‘*intentie tot schulddelging*’ als vereiste stelt, en wel zowel bij ‘betaler’, als ‘ontvanger’. Vgl. pp. 34, 39, 51, 57, 67.

262. Vgl. bijv. Hamaker, p. 48 v., waarbij de constructie van de ‘schijn van wil’ gehanteerd wordt. Voor kritiek daarop, vgl. onder, no. 6, in fine.

263. Ook voor de toekenning van die aktie hanteren sommigen het wilskriterium. Zo maakt M.H. Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, diss. Amsterdam, 1927, Hfdst. IV, het onderscheid tussen de verrijking die door een gewilde daad, en die welke door een niet gewilde daad tot stand kwam. Alleen in dat laatste geval kan z.i. sprake zijn van ongegronde verrijking. Ook voor Suijling staat in de verrijkingproblematiek het wilsbegrip centraal. Vgl. daaromtrent Schoordijk, *De betekenis van het ontwerp-BW voor de rechtsvinding*, Pitlobundel, *Plus est en vous*, 1970, p. 47 v.

sende leer bewandeld wordt, ver van het gewoel van het dagelijks (rechts-) verkeer, te verlaten, en ook hier van het 'recht der werkelijkheid' uit te gaan, en het mes in deze in oorsprong romeinsrechtelijke begrippen te zetten. Dat zal niet meevallen, want het zijn na bijna tweeduizend jaar wel rechtsfossielen geworden. Het alternatief dat ik zou willen bieden, gebaseerd op de methode van rechtsvinding van de heersende jurisprudentie, zoals die boven geanalyseerd werd, is het volgende. Ook op dit rechtsgebied zou ik willen uitgaan van de *handeling*. Welnu, wat is de situatie waar het hier om gaat? Iemand (X) heeft een handeling verricht, bijv. een brand in het huis van Y geblust, een ziekenauto voor een buiten bewustzijn verkerende Y besteld bij Z, of de verwilderde tuin van Y opgeknapt. Relevante omstandigheden zijn o.a., of Y van de handeling kennis droeg, en of Y in de handeling had toegestemd. En daarnaast, of X een vergoeding voor zijn handelen wenst te hebben, bijv. als beloning voor zijn inspanning, of als vergoeding voor door hem opgelopen schade (of beide). Indien derden (Z) bij die handeling betrokken werden, geldt het laatst opgemerkte ook ten aanzien van hen.

Als men al deze feiten en omstandigheden in een juridische 'taal' tracht om te zetten – als poging om de materie te kunnen 'bevatten' – doen verschillende mogelijkheden zich voor. Klassiek is de optiek, waarin men zich afvraagt, of het rechtens is dat Y aan X en/of Z een vergoeding moet doen toekomen, waarbij men zich vooral laat leiden door de omstandigheid of Y door de verrichte handeling er in fysiek of economisch opzicht beter van geworden is, of niet.<sup>264</sup> Zonder het belang van die laatste vraag te willen ontkennen, meen ik evenwel dat men bij het begin moet beginnen, en zich moet afvragen *wat de rechtsbetekenis van de verrichte handeling is*. M.a.w. was hier sprake van een *feitelijke handeling* (bijv. een vriendendienst), dan wel van een *rechtshandeling*. Uiteraard wordt deze vraagstelling door dezelfde factoren beïnvloed, die ook in de meer klassieke benadering een rol spelen. Er wordt hier geen toverformule geboden, die rechtsvinding overbodig maakt.

*In de situatie Y – X* dient men in deze visie de vraag te stellen of hier van een rechtsverhouding sprake is, die als '*overeenkomst*' bekend staat. Zoals betoogd, versta ik daaronder een rechtsverhouding, die door twee eenzijdige rechtshandelingen tot stand kwam, aanbod en aanvaarding. Zoals bij alle rechtshandelingen is hier slechts aan de orde, de vaststelling of gezien de omstandigheden en de daarin geldende normen, door de handeling rechtsgevolgen teweeg gebracht worden die de handelende toegerekend worden. Niet de rechtsstructuur die hier gehanteerd wordt is derhalve van bijzonder karakter, slechts de omstandigheden en de daaruit manifest wordende rechtsnormen<sup>265</sup> zijn bijzonder. Doch niet meer bijzonder dan bij enige an-

264. Is er sprake van een 'vermogensverschuiving', dan komt de vordering uit ongegronde verrijking in het blikveld, vgl. Hamaker, p. 34 v.; *Toel. NwBW*, pp. 716, 724, 730 v.

265. Vgl. hieromtrent boven, § 2, a en b.

dere rechtshandeling, aangezien iedere rechtshandeling uniek is, omdat omstandigheden nu eenmaal oneindig kunnen variëren. Bij de rechtsvinding zal vastgesteld moeten worden of X – gezien de geconcretiseerde rechtsnormen die in casu gelden – recht heeft op een redelijke vergoeding voor zijn inspanning en/of ondervonden schade. Die normen kunnen aan de hand van de rechtspraak, of wel anticiperend in kaart gebracht worden – de taak van de wetenschap –, niet anders dan op dit moment algemeen gebruikelijk is ten aanzien van tal van rechtsfiguren.<sup>266</sup> Degeen die tegenwerpt dat dit alles toch wel veel van het voorstellingsvermogen van de lezer vergt – ‘hoe kan nu een bewusteloze aanvaarden?’ – dient wel te bedenken dat hij – uitgaande van het wilsdogma – dan ook een protest moet aantekenen tegen arresten als *Eelman-Hin*, waarin de handelende ondanks zijn (niet kenbare) ‘gestoorde’ wilsvorming, een ‘aanbod’ toegerekend krijgt. En verder tegen al die arresten waarin men tegen wil en dank standaardvoorwaarden ‘toegerekend’ krijgt, indien de omstandigheden dat wettigen (vgl. bijv. het *Cayzer Irvine - Smit*-arrest, 1925). Het is maar een kwestie van een nuanceverschil, bepaald door de feitenconstellatie.<sup>267</sup> Het is hier evenwel niet de plaats om uitvoerig bij deze problematiek stil te staan. Naar mijn indruk biedt de recente rechtspraak op dit terrein aanknopingspunten voor de hier verdedigde opvatting.<sup>268</sup>

*In de situatie Y – Z* (waarbij Z de derde is, die door toedoen van X een handeling verricht ten opzichte van Y; Z is bijv. de exploitant van de zieken-

266. Zoals bijv. bij de onrechtmatige daad in al zijn facetten, en de door de hoge raad ontwikkelde ‘regels van de goede trouw’, bijv. op het stuk van dwaling.

267. Zo kan men zich voorstellen, in het geval van de bewusteloze Y, waarvoor X een ziekenauto bestelt, dat ieder ander redelijke voorbijganger ingezien zou hebben dat Y slechts een middagdutje op het plaveisel deed, gezien de plaats van handeling (de Dam bijv.), de gewoonte aldaar, de kleding van X, het tijdstip, etc. In die situatie komen door X gemaakte kosten voor eigen rekening. ‘Een ieder vergisse zich op eigen kosten’, zoals aanhangers van de vertrouwensleer het in de vorige eeuw stelden.

268. Vgl. het arrest *Van Blaaderen - Van Dijk*, HR 31 jan. 1969, NJ 241, nt. G.J.S. Hier wordt geen overeenkomstconstructie gehanteerd, maar gesteld dat de *toestemming* van Van Blaaderen, het onrechtmatige aan de gedragingen van Van Dijk ontnemt (hetgeen een beroep op art. 1401 door Van B. belet). In casu had Van Dijk, in een noodsituatie, zand onttrokken aan het perceel van haar buurman Van Blaaderen. Een vergoedingsplicht van Van Dijk wordt hier gebaseerd op artt. 657 en 660 BW, tegen de ‘normale prijs’ van het zand. Men had hier alle complicaties kunnen ontlopen, door de verhouding Van Blaaderen-Van Dijk, als een overeenkomst te kwalificeren, een overeenkomst ‘voor open rekening’ zoals dat in de bouwwereld heet. Bij de vaststelling van de ‘toestemming’ van Van Blaaderen, ging het hof immers reeds *normatief* te werk, met instemming van de hoge raad: ‘dat het Hof op grond van de houding van Van Blaaderen ten tijde van de uitvoering van de desbetreffende werkzaamheden, de goede verhouding die destijds tussen pp. als burens bestond, en de noodsituatie waarin Van Dijk en Serry destijds verkeerden, tevens heeft aangenomen dat Van Blaaderen er, zij het stilzwijgend, in heeft toegestemd dat ten behoeve van het perceel van Van Dijk ook zand aan haar, Van Blaaderen’s perceel, werd onttrokken’ (2e Ov.; vgl. ook de Ov. 6 e.v.). De HR spreekt even verder van een ‘houding zoals deze door het Hof is *uitgelegd*’, Ov. 9, mijn curs.



auto)<sup>269</sup> valt in de grond van de zaak eenzelfde structuur waar te nemen, zij het dat ook X daarin een rol speelt. Ook hier wil ik van de *handeling* uitgaan, wederom van X, en wel omdat eerst daardoor Z in het beeld verschijnt (vgl. boven). Hier laat het probleem zich stellen in de vorm van de vraag: kan de feitelijke handeling van X jegens Z, aan Y als rechtshandeling *toegerekend* worden, op grond van de in casu geldende rechtsnormen? Daarmee is men beland op het terrein, dat als 'vertegenwoordiging' bekend staat, en waaraan hierboven beschouwingen werden gewijd (Vgl. § 2, nos. 8, 11 v.). Onder verwijzing naar het daar betoogde, zou ik willen stellen dat men in de X – Y – Z situatie, onder hantering van de aangegeven methode van rechtsvinding – die als 'vertegenwoordiging' te boek staat – kan komen tot de vaststelling van de overeenkomst Y – Z (waarbij Z de derde is, en Y degene die de feitelijke handeling van X als rechtshandeling (aanbod of aanvaarding) toegerekend krijgt). Een overeenkomst, waarbij de prestatie van Y jegens Z aan de hand van de redelijkheid en billijkheid, in het licht van de omstandigheden, bepaald moet worden.<sup>270</sup> Niet ondenkbaar is, dat onder omstandigheden een driepartijen-overeenkomst X–Y–Z aangenomen moet worden, bijv. indien voor Z niet kenbaar was dat X in kwaliteit (als 'lasthebber' of 'gevolmachtigde') voor Y optrad, terwijl Y geen verhaal biedt en X wel. Ik moet aan die problematiek echter hier voorbijgaan. Het gaat er in de hier verdedigde visie om, de rechtsnormen op te tekenen, aan de hand van een onderzoek van de jurisprudentie en de behoeften van het maatschappelijk verkeer, die de rechtsvinding op dit stuk beheersen. Wat bijv. te denken van het geval dat de directeur van publieke werken van een gemeente, een bouwbedrijf hangende de goedkeuring van gedeputeerde staten een toezegging doet omtrent de gunning van een werk, waarop de aannemer reeds met het werk aanvangt. Moeten die handelingen van de directeur, de gemeente als rechtshandeling – aanbod toegerekend worden, welk aanbod in casu door de aannemer aanvaard werd?<sup>271</sup> Gewoonte, en eisen van billijkheid – indien het werk zich al in een stadium bevindt, waarbij de gemeente ten koste van inspanningen van de zijde van de bouwondernemer gebaat werd – zullen hier naast de overige omstandigheden het materi-

269. Vgl. Hof Den Bosch 8 nov. 1966, *NJ* 1967-368 (inzake de kosten van het wegslepen van een autowrak (in opdracht van de politie); Ktg. Delft 15 jan. 1959, *NJ* 455 (ziekenhuis-kosten van een gewonde, dronken arrestant, die de politie had laten opnemen).

270. Vgl. de analoge benadering in het *Van Blaaderen - Van Dijk*-arrest, en het daaromtrent door mij opgemerkte, boven, nt. 268. In de heersende leer kan ook de hoogte van de tegenprestatie, indien pp. dit ongeregeld lieten, ex art. 1375 aangevuld worden.

271. Vgl. HR 18 april 1969, *NJ* 336, nt. G.J.S., *gem. Katwijk - De Vroom*, en het daaromtrent door mij opgemerkte bij het debat tijdens de jaarvergadering van de Ned. Ver. v. rechtsvergelijking 1969 (nog niet gepubliceerd). Daar werd door mij verdedigd, dat i.c. de gemeente o.g.v. de billijkheid toegerekend wordt een volmacht gegeven te hebben aan de directeur P.W., om namens de gemeente een toezegging te doen. Dit indien de gemeente 'ongegrond verrijkt' werd door de handelingen van de aannemer. Het arrest vindt men ook kritisch besproken bij Schoordijk, *Pitlo-bundel*, p. 58 v. en bij P. Abas, *Tien jaren na Quint - Te Poel*, *WPNR* 5108 (1970).

aal vormen waaruit in concreto een rechtsnorm voortkomt.<sup>272</sup> Beginselen als 'voor wat hoort wat' en dat men niet hoeft te accepteren dat men door een handeling van een ander een bestedingspatroon opgedrongen krijgt – welke beginselen elkaar kunnen kruisen<sup>273</sup> – zullen bij de rechtsvinding een richtsnoer vormen.<sup>274,275</sup>

### c. Het stelsel van de toerekeningsleer en het wetsstelsel

#### 5. Art. 1389 BW, een constructievoorschrift. Mol - Verbove (1946)

Ten aanzien van de hier verdedigde opvatting inzake rechtmatige daden, onrechtmatige daden en ongegronde verrijking, ligt de tegenwerping voor de hand, dat, wat er zij van het wordend recht, deze zienswijze voor het geldend recht niet staande te houden valt. Heeft de wetgever niet uitdrukkelijk bepaald – in art. 1389 – dat er onderscheidenlijk rechtmatige en onrechtmatige daden bestaan, waaruit verbintenissen ontstaan? Ik zou bij de weerlegging hiervan willen aanhaken bij de opvatting van Hijmans en

272. In de aannemerswereld is het vast gebruik, dat met de uitvoering van het werk een aanvang wordt genomen, voordat de bevestiging van de gunning ontvangen wordt (vgl. ook G. J. Scholten, in diens noot onder het *gem. Katwijk - De Vroom*-arrest). Het komt zelfs voor, dat het bericht van de 'officiële' gunning de aannemer eerst na voltooiing van het werk bereikt.

273. Vgl. over dat botsen van beginselen, Scholten, *Alg. Deel*, p. 83 v.

274. In het *Quint - Te Poel*-arrest, HR 30 jan. 1959, NJ 548, nt. D.J.V. wilde de HR voorkomen, 'dat iemand, wien tegen zijn wil een vermogensrechtelijk voordeel is opgedrongen, verplicht zou worden dit door betaling van een geldsom ongedaan te maken'. (4e Ov.). In het ontwerp-BW schrijft art. 6.4.2.8, lid 2, een vergoeding van de waarde van de prestatie voor, 'voor zover dit redelijk is' (in dezelfde zin art. 6.4.3.1). De *Toelichting*, p. 724, geeft in dit verband het voorbeeld, dat iemand door een vergissing van zijn kant onverschuldigd andermans huis schildert. De 'opgedrongen verrijking' behoeft niet – aldus de *Toel.* – naar haar waarde in geld vergoed te worden indien een dergelijke uitgave de eigenaar niet 'convenieert'. Hamaker, diss. p. 175, stelt daarentegen met een beroep op Suijling, dat in een dergelijk geval nóóit een vordering mag worden toegekend, ook niet uit ongerechtvaardigde verrijking. Het citaat van Suijling – 'De moraal van het praktisch leven is nu eenmaal manlijker en daarom harder dan de moraal van de apostelen der volmaakte rechtvaardigheid', etc. – vermag mij maar matig te imponeren. Maar Hamakers zorg gaat meer uit naar de rechtszekerheid, dan naar de billijkheid, vgl. p. 96. Overigens gaat de *Toel.* er merkwaardigerwijze aan voorbij, t.a.p., laatste al., dat indien de prestatie de ontvanger 'is toe te rekenen', in geval van een vergissing 'die geheel aan de ontvanger is te wijten', men in de heersende ('vertrouwens'-)leer, een *overeenkomst* tussen pp. aanneemt.

275. Een poging om de op dit terrein geldende normen, al probleemdenkend, zonder het keurslijf van de dogmatiek, in kaart te brengen, wordt in de recente literatuur door Schoordijk ondernomen in zijn al genoemde bijdrage aan de *Pitlo-bundel*. Daar wordt door schr. de verwerping van het onverschuldigde betalingsbegrip bepleit, dat z.i. voor de afpaling van verrijkingsakties onbruikbaar is. Schoordijk is voorstander van een casuïstische methode van rechtsvinding, analoog aan die op het gebied van art. 1401. Vgl. pp. 52, 56, 61.

Scholten inzake het gezag van de wet.<sup>276</sup> Indien een wetsbepaling een *theoretische* uitspraak behelst, heeft zij alleen gezag voor degeen die dezelfde theorie toegedaan is, meer niet. Hijmans onderscheidt naast 'bevelen' en 'verordeningen' ook 'constructievoorschriften', 'min of meer theoretische uiteenzettingen van het een of andere rechtsinstituut'.<sup>277</sup> Zoals deze schr. stelt - Scholten<sup>278</sup> volgt een overeenkomstige gedachtengang - : 'Geen bindende bevelen zijn het, maar slechts min of meer gelukte pogingen tot ordening der rechtsstof, welke geenszins een andere rangschikking dier stof betreffen, en zeer zeker geen invloed mogen hebben op de in dat gebied te geven beslissingen'.<sup>279</sup>

Mijns inziens behoort art. 1389, dat onderscheidt tussen rechtmatige en onrechtmatige daden, tot die 'constructie-voorschriften', en betreft het hier een minder gelukte poging tot ordening van de rechtsstof, zodat een 'nieuwe rangschikking dier stof' geboden is. Voor degeen die deze opvatting te gewaagd, deze omgang met de wet - het wetsstelsel nog wel - te vrij vindt, kan gewezen worden op een (weinig bekende) uitspraak van de hoge raad van 19 december 1946 inzake *Mol - Verbove*.<sup>280</sup> Daarbij overweegt het college omtrent art. 1389:

'dat immers aan deze *bepaling van leerstelligen aard*, welke als inleiding tot de volgende wetsbepalingen *een zekere groepering geeft* van de zogenaamde verbintenissen, welke uit kracht der wet geboren worden ten gevolge van 's menschen toedoen, *geen stellig-rechtelijke betekenis toekomt*;

dat dit temeer klemmt, nu uit de geschiedenis van de totstandkoming van den derden titel van het derden boek valt af te leiden, dat *ook de wetgever aan bedoelde groepering geen voor het geldende recht bepalende betekenis heeft gehecht*'.<sup>281</sup>

276. Vgl. voor de wetsuitleg in het algemeen, boven, § 2, no. 10.

277. *Het recht der werkelijkheid*, inaugurale rede Amsterdam 1910, i.h.b. p. 11 v. Schr. wijst bij de laatste figuur vooral ook op de oorsprong van ons wetboek: geschriften van juristen, en zelfs *leerboeken*. Vgl. voor de wijze waarop het duitse BGB en de dogmatiek die eraan ten grondslag ligt, eveneens op leerboeken (liever: compendia) berusten, die elke duitse universiteit rond het begin van de vorige eeuw het licht deed zien, S. Schlossmann, *Festschrift Haenel* (1903), p. 68 v.

278. *Alg. Deel*, p. 78 v., waarbij de rechtspersoonlijkheid van de v.o.f. als voorbeeld gebruikt wordt.

279. Vgl. in dezelfde zin Hamaker, *Verspr. Geschr.* VII, p. 281, waarbij Scholten zich aansluit, *Beschouwingen over recht* (1924), p. 176. Vgl. voor Hijmans' rechtsvisie ook nog: *De tweesprong der rechtswetenschap*, diesrede 1933. Daar vindt men de dogmatisch-scholastische richting tegenover de sociologische richting gezet.

280. *NJ* 1947-139, nt. E.M.M. De uitspraak wordt onderschreven door Asser-Rutten II, p. 372. Vgl. ook reeds Diephuis X, p. 15.

281. Mijn curs. In een volgende overweging geeft de HR uitvoerig de wethistorie weer. Eiser beriep zich op de letter van het wetsstelsel voor de stelling dat een aktie uit art. 1395 niet opgaat indien de handeling in kwestie een *onrechtmatige daad* is. Hetgeen Meijers een origineel argument noemt, waarbij de 'nemo auditur'-problematiek omzeild wordt. Het haagse hof had al gewezen op art. 1398 (kwade trouw van ontvanger), dat mede ziet op de onrechtmatige daad, hetgeen in de overweging die de HR aan de wethistorie wijdt, zijn bevestiging vindt.

6. *De artt. 1390 e.v. BW. Hamaker bestreden*

Tegen de door mij verdedigde hergroepering van de rechtsstof op basis van de vertegenwoordigingsfiguur, kan men op grond van de wetgeving op dat stuk geen bezwaar aantekenen. Zoals algemeen erkend wordt, had de wetgever een uiterst vage voorstelling van de vertegenwoordiging, die hij bij de overeenkomst van lastgeving onderbracht.<sup>282</sup> Ook wat de verdere regeling van de wet inzake deze materie betreft, de artt. 1390 e.v., valt de hier verdedigde opvatting niet als in strijd met de wet aan te merken. Het vereiste van 'willens en wetens' bij de zaakwaarneming, berust – zoals de doctrine zelf toegeeft<sup>283</sup> – niet op de wet. In art. 1390 vindt men alleen de omschrijving 'vrijwillig, zonder daartoe last te hebben bekomen' gehanteerd.<sup>284</sup> Men is derhalve bij de moderne wetsinterpretatie vrij om deze stof opnieuw te rangschikken, rekening houdend met het overige geldende recht. Een beroep op de bij tijd en wijle fictieve 'bedoeling van de wetgever' – om aldus de wilsleer in het zadel te helpen – ligt hierbij, zoals duidelijk zal zijn, niet op mijn weg.

Een ander mogelijk bezwaar tegen de hier verdedigde visie zou – wat de zaakwaarneming betreft – kunnen zijn, dat men in dat stelsel in strijd komt met art. 1394, dat stelt dat de zaakwaarnemer tot geen loon gerechtigd is (kosten worden, zoals bekend, bij behoorlijke zaakwaarneming wel vergoed). Dit wetsvoorschrift, waaraan in de doctrine om mij niet duidelijke redenen – gezien de historie van het artikel – de hand gehouden wordt<sup>285</sup>, wordt desondanks in diezelfde doctrine al enigszins uitgehold.<sup>286</sup> Van meer belang is de oorsprong van het artikel – onbekend in de code civil –, dat de wetgever neerschreef om de relatie met art. 1831 (lastgeving geschiedt in beginsel om niet) aan te geven.<sup>287</sup> Volgens Ras wilde de wetgever blijkbaar voorkomen dat men zich met het oog op beloning als zaakwaarnemer zou opwerpen. Het zal duidelijk zijn, dat hier een 'constructievoorschrift' gehan-

282. Vgl. Asser-Scholten-Bregstein, p. 20 v.; *Toel. Nw BW*, p. 199.

283. Vgl. Asser-Rutten II, p. 376 v.; Ras, t.a.p., p. 394 v.; alwaar verdere literatuur. Rutten stelt dat de motivering van het wilsvereiste 'enige moeilijkheden medebrengt'. Hij verwerpt de oplossing van de hoge raad, die in het *De Koning - Vorst*-arrest van 1959, dit vereiste doet steunen op het woord 'vrijwillig' van art. 1390. Schr. zoekt het in de '*bedoeling van de wetgever*'. Als hier de bedoeling A.D. 1838 bedoeld wordt, is dit wellicht juist. In de moderne rechtspraak is die bedoeling echter niet langer doorslaggevend, vgl. o.a. de arresten *Snel - Ter Steege* (1965) — vgl. de noot van Veegens —, en *Van Andel - C.P. Fabrieken* (1970), waarover boven, § 2, no. 3.

284. Ook het begrip 'vrijwillig' wordt intussen uitgehold, wanneer de doctrine aanneemt dat óók van zaakwaarneming sprake is indien men o.g.v. een verplichting uit art. 1401, of de artt. 450 Sr., 30 Wegenverkeerswet, rechtens *verplicht* is te handelen, vgl. Rutten, p. 376; Ras, p. 398 v. Ook hier beroept men zich op de 'kennelijke bedoeling' van de wetgever, die aan deze situatie echter niet heeft gedacht.

285. Vgl. de schrijvers genoemd bij Ras, p. 412.

286. Door n.l. ingeval de zaakwaarnemer gelden voorschiet, hem een schadeloosstelling wegens rentederving toe te kennen, vgl. Rutten, p. 384 v., Ras, p. 412.

287. Vgl. Rutten, id.; Ras, p. 411 v.

teerd wordt om dat oorbare doel te bereiken. Piëteit met dat wetsvoorschrift is derhalve niet op zijn plaats.<sup>288</sup> In het ontwerp-BW werd het dan ook niet overgenomen.<sup>289</sup>

In de doctrine is verder de zienswijze gangbaar – hetgeen wederom mijn stelsel tegengeworpen zou kunnen worden – dat het verschil tussen de aktie uit zaakwaarneming en die uit ongegronde verrijking juist hierin zit, dat bij de eerste aktie de vergoeding van kosten *onafhankelijk* is van de vraag of degeen voor wie gehandeld werd, is *gebaat*.<sup>290</sup> Naar mijn mening is dit onderscheid onzuiver. Indien men ervan uitgaat dat slechts de *behoorlijke* zaakwaarneming recht op kostenvergoeding geeft, kan men niet staande houden dat de gestus niet bij die handeling ‘gebaat’ werd. Het is immers een a priori om van ‘baattrekking’ in de zuiver financiële vermogenssfeer te spreken. Het gaat hier mijns inziens om een meer algemeen, economisch begrip. Als een buurman de door rook bedwelmde eigenaar van een huis bijstaat door te trachten de brand te blussen, doch door het gebrekkig blusingsmateriaal er niet in slaagt het vuur te bedwingen, ondanks zijn *redelijke* inspanningen, is de eigenaar wel degelijk bij die *behoorlijk* uitgevoerde handeling *gebaat*. Al was het alleen maar omdat hij daardoor de redelijke kans heeft gehad op behoud van zijn goed, terwijl de inspanning – met daarbij nog de kans op lichamelijk letsel – hem bespaard bleef. Ook kan men zich voorstellen, dat een handeling van een ‘zaakwaarnemer’ geen sukses heeft, doch de eigenaar, door die ervaring wijs geworden, daardoor op de gedachte komt een andere handeling te verrichten, om aldus het doel te bereiken. Door die zaakwaarneming wordt hem die eerste (‘behoorlijke’) handeling ‘bespaard’, hij is derhalve daardoor gebaat. Ook dergelijke baten tellen mee, niet slechts de omstandigheid of het huis al dan niet behouden werd.<sup>291</sup>

De hier verdedigde gelijkstelling van het beginsel van ‘behoorlijk waarnemen’ en dat van ‘gebaat zijn’, is niet nieuw. Zij werd ook door de hoge raad voorgestaan in het arrest *Klomp - burg. van Woudenberg*.<sup>292</sup> Deze ondogmatische opstelling van de hoge raad vindt kritiek bij Meijers in zijn

288. Vgl. ook p-g Berger, die in zijn conclusie voor het *Marcel Petit*-arrest, HR 10 dec. 1948, *NJ* 1949-122, nt. Ph.A.N.H., stelt — onder verwijzing naar de franse en belgische doctrine — dat ondanks art. 1394, ‘niet valt in te zien, waarom hij (zaakwaarnemer) kosteloos werk zoude moeten leveren of diensten bewijzen, waarvan de kosten, hadde deze zelf gehandeld, normaliter ten laste van de dominus zouden zijn gekomen’.

289. *Toel.*, p. 712, nt. 3. Het artikel wordt overbodig geacht.

290. Rutten, p. 384; Ras, p. 410; *Toel.* pp. 716, 724. Vgl. ook de noot van Meijers onder HR 19 febr. 1931, *NJ* 1501 (vgl. onder).

291. Het ontwerp-BW maakt een onderscheid tussen de verrijking i.g.v. ‘onverschuldigde betaling’ (afd. 6.4.2) en i.g.v. ‘ongerechtvaardigde verrijking’ (afd. 6.4.3). Bij de eerste figuur is, anders dan bij de laatste, niét van belang of het vermogen van de wederpartij is verminderd. De verrijking kan bij de eerste figuur hierin bestaan, ‘doordat hij (de ontvanger, v.D.) kosten heeft bespaard die hij anders zou hebben gemaakt’, *Toel.*, p. 724. Vgl. voor een kritische bespreking van de ontworpen regeling, Schoordijks opstel in de *Pitlo-bundel*.

292. HR 19 febr. 1931, *NJ* 1501, nt. E.M.M.

noot.<sup>293</sup> In dit verband kan ook nog gewezen worden op een dwarsverbinding die Paul Scholten legde, en die evenmin bij de andere, meer dogmatisch ingestelde schrijvers in goede aarde viel. Scholten verdedigde dat *het belang* van de vertegenwoordigde een element is bij elke vertegenwoordigingsverhouding<sup>294</sup>, terwijl hij daarnaast zaakwaarneming als een vorm van vertegenwoordiging zag.<sup>295</sup>

Het hier verdedigde stelsel kan niet tegengeworpen worden dat het wat de onverschuldigde betaling betreft, met de wet strijdt, aangezien nu eenmaal de vage bewoordingen van art. 1395, lid 1, weinig richting geven. Zoals bekend wordt in de heersende leer de grondslag van deze aktie gezocht in het beginsel van de ongegronde verrijking<sup>296</sup>, hetgeen slechts koren op de molen van mijn stelsel is. De zienswijze dat voor een aktie ex art. 1395 een 'gewilde' verrijking vereist is, nl. door 'een prestatie, die als betaling bedoeld was,' komt uitsluitend voor rekening van de doctrine.<sup>297</sup> Wat de figuur van de ongegronde verrijking zelf betreft, geeft de wet geen grond tot mogelijke bezwaren tegen mijn visie. Van een stellingname inzake het standpunt van doctrine en jurisprudentie op dit stuk, moet ik hier met het oog op het bestek, afzien. Daar staat tegenover dat ik met mijn stelsel binnen het raam van *Quint - Te Poel* gebleven ben, door nl. het 'stelsel der wet' te (her)formuleren.

Zoals hierboven al bij herhaling bleek, kan ik mij met de onlangs door Hamaker verdedigde visie op de onverschuldigde betaling niet verenigen. Dit valt enerzijds toe te schrijven aan het feit dat de door Hamaker gevolgde methode van rechtsvinding niet de mijne is (vgl. boven, no. 4, nt. 274, en mijn opmerking in *NJB* 1971, p. 828, nt. 48, sub e), en anderzijds aan het feit dat schr. het gehele dogmatische begrippenstelsel op dit terrein zonder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaardt.

Wat dat eerste betreft, met zijn visie op de rechtsvinding – gekenmerkt door een dédâin ten aanzien van billijkheidsoverwegingen in het concrete geval, aangezien dit de rechtszekerheid in gevaar brengt – houdt zijn aversie voor de ongegronde verrijkingfiguur verband. Juist vanwege de daar gangbare 'vage en daardoor ongrijpbare begrippen als "vermogen", "vermogensovergang" en "rechtsgrond"' (p. 35), zoekt Hamaker zijn heil bij de 'bestaande juridische begrippen', zoals in casu de onverschul-

293. Meijers wordt hierin bijgevallen door A. van Oven, *RmTh* 1955, p. 409, nt. 2. Vgl. ook nog Asser-Scholten-Bregstein, p. 49, en Asser-Van der Grinten, p. 83. Van der Grinten verliest bij zijn verwerping van het arrest uit het oog, dat het de HR ging om *behoorlijke* zaakwaarneming, en niet *enkel* om het *gebaat zijn*. Ook Scholten is dit m.i. ontgaan.

294. Vlg. Asser-Scholten-Bregstein, p. 9, niet meer gehandhaafd door Van der Grinten. Scholtens opvatting werd onlangs bestreden door Van Schilfgaarde, diss. p. 28 v., die echter van een ander uitgangspunt uitgaat, vgl. boven § 2, no. 15, in fine.

295. id., p. 48. Vgl. daarnaast Asser-Van der Grinten, p. 82 v.

296. Vgl. Hofmann-Drion-Wiersma, p. 22 v. Anders G. Hamaker, diss. pp. 89 v., 96, 177.

297. Vgl. Hofmann-Drion-Wiersma, t.a.p. Opmerkelijk is het daar gestelde, nl. 'dat t.a.v. de door de wet gestelde eisen en gevolgen van de aktie uit art. 1395 kan gezegd worden, dat zowel de *letterlijke inhoud* als de *historische herkomst* daarvan zich verzet tegen een volkomen vereenzelviging met ongegronde verrijking', p. 23. Hier gaan derhalve de grammatikale en de historische interpretatie hand in hand. De juistheid van de laatste laat ik hier in het midden. Wel geldt, dat men zoals Scholten zegt, moet terugzien om vooruit te kunnen zien. Ik krijg echter de indruk dat hier het terugzien overheerst.

digde betaling. Een begrip dat hij zuivert van vreemde (ongegronde verrijgings-) smetten.

Wat het tweede aspekt betreft, bepalend voor Hamakers beschouwingen zijn twee van zijn uitgangspunten. Het eerste is, dat de figuren 'betaling' en 'onverschuldigde betaling' rechtsfiguren zijn die van elkaar gescheiden gezien moeten worden. In de bestaande onzekerheid in de doctrine ten aanzien van het rechtskarakter van de betaling, vindt schr. de aanleiding om die figuur links te laten liggen (p. 37 v.). (Hamaker meent wel, dat voor het aanvaarden van betaling als rechtshandeling, men de *intentie tot schulddelging* als vereiste moet stellen.) Nu schr. ervan afzag beide figuren te analyseren en met elkaar in verband te brengen, sneed hij zich de mogelijkheid af om een nieuwe visie op de zo omstreden figuur 'onverschuldigde betaling' te ontwikkelen.

Een tweede uitgangspunt van Hamaker is, dat hij Bregsteins visie op het rechtskarakter van de onverschuldigde betaling volgt, en de 'intentie tot schulddelging' eist van zowel 'betaler' als 'ontvanger' (p. 39 v., vgl. boven, I, § 1, no. 8). Hiermee haalt Hamaker – al lijkt hij dat niet te beseffen – de *wilsleer* binnen, met alle gevolgen van dien. Beslissend voor het verloop van zijn beschouwingen is de omstandigheid dat schr. zich niet verdiept in de strijdvrage, wat de grondslag van de contractuele gebondenheid is: 'de wil, de verklaring, het vertrouwen of de opgewekte schijn?' (p. 47). Hamaker neemt geen stelling, 'zulks vooral omdat deze problematiek in verhandelingen over de vordering uit onverschuldigde betaling slechts zelden wordt behandeld'(!). Schr. baseert zich op het *Eelman - Hin*-arrest, en gaat over tot de orde van de dag. Aldus bepaalt de wilsleer, waar nodig geobjektiveerd met het vertrouwensbeginsel van *Eelman - Hin*, het beeld van het boek.

Als Hamaker de visie van Van Schilfgaarde op de vertegenwoordiging – gebaseerd op de wilsleer van Meijers, Van der Heijden en Rutten – (terecht) bestrijdt door hem o.a. het *Eelman - Hin*-arrest voor te houden (p. 108 v.), bemerkt hij niet dat hij ook zelf in de voor Van Schilfgaarde gegraven kuil tuimelt. Ook Hamakers betoog zou immers een heel ander aanzien gehad hebben, indien hij de wilsleer de rug toegekeerd zou hebben. In wezen staat Hamakers visie niet zo ver van die van Van Schilfgaarde. Zo vindt men op p. 40 het a priori van de wilsleer voetstoots door Hamaker aanvaard. Indien bij betaling ten behoeve van een derde (art. 1418, lid 2, in fine, BW) A een schuld van C betaalt (aan B), dan betaalt C *niet*, leest men daar. Want zo stelt Hamaker, voor betaling is een *menselijk* handelen vereist en C zit stil, en bovendien 'gaat hier de verbintenis te niet *onafhankelijk van C's wensen en verlangens*' (mijn curs.). Alleen indien men de subjektieve wil van een persoon als grondslag van de rechtshandeling aanvaardt (de 'intentie tot...' etc.), kan men tot deze zienswijze komen. Het is dan ook begrijpelijk, gezien Hamakers individualistisch standpunt, dat begrippen als 'beoogde schulddelging', 'subjectief element (intentie tot schulddelging)', etc., in zijn stelsel een grote rol spelen. Vgl. bijv. de pp. 37 v., 48 v., 57, 67, 89 v., 175 v.

Het is juist ter verwerping van een dergelijke rechtsvisie, wanneer J. A. Levy opmerkt, A.D. 1881: 'Het streelt de eigenliefde op den bodem van het recht in de geordenden Staat zich te kunnen toefluisteren: "Ich bin meines Schicksals Herr und Meister". Ik ben souverain als ik (van contraheeren) mij begeer te onthouden, en als ik gebonden zijn wil, ben ik het nog, die mij bind'. *Nw Bijdr*, 1881, p. 338.

Bij deze kanttekeningen moet het hier blijven. Zij tonen dacht ik wederom aan (vgl. ook mijn bestrijding van Van Schilfgaarde, boven, § 2, no. 15), welke gevolgen het kan hebben als men, zoals in de doctrine van deze eeuw, zich niet in de grondslagen van het privaatrecht verdiept en de problematiek van de rechtshandeling terzijde laat. Hier doet de uitspraak van Justice Cardozo opgeld: 'The half truths of one generation tend at times to perpetuate themselves in the law as the whole truths of another...'.'

7. *Conclusie. Toerekeningsleer contra quasi-dogmatiek*

In deze paragraaf heb ik in een schets – voor de verdere uitwerking van de hier verdedigde opvatting is hier geen plaats – trachten aan te geven hoe men in het kader van normatieve uitleg de plaats van rechtshandelingen ten opzichte van rechtmatige en onrechtmatige daden kan zien. Daarbij werd de zienswijze verdedigd, dat ook de laatste twee rechtsfiguren als *rechtshandelingen* (in de hier verdedigde opvatting) aangemerkt dienen te worden. De enige grens die dan nog overblijft, is die tussen rechtshandeling en feitelijke handeling. Alleen door rechtsvinding, d.w.z. normatieve uitleg van handelingen, kan die grens getrokken worden. Alle verschillen tussen rechtshandelingen onderling, vormen daarbij vergeleken slechts nuanceverschillen, te wijten aan het kaleidoskopisch beeld dat omstandigheden nu eenmaal altijd bieden.

Het is de taak van de rechtswetenschap om uitgaande van de rechtspraktijk, analyserend en anticiperend tot de formulering van beginselen, rechtsregels of blanketnormen te komen – begrippen die voor mij synoniemen zijn<sup>298</sup> – die een leidraad kunnen vormen bij toekomstige rechtsvinding. De klassieke dogmatische onderscheidingen op het onderhavige terrein verlichten de rechtsvinding niet, integendeel. De aldus opgetrokken gekunstelde grenzen betekenen voor de rechtsvinder een vermorsen van tijd, aangezien van hem verwacht wordt dat hij een etiket aanbrengt, terwijl die bezigheid op zich hem geen stap dichters bij een rechtsbeslissing brengt. Het aangehechte etiket ‘zaakwaarneming’, ‘onverschuldigde betaling’ of ‘ongegronde verrijking’ leert hem niets omtrent bijv. de vraag of onder de zich voordoende omstandigheden een vergoeding voor een handeling op zijn plaats is. Onder de invloed van de omstandigheden van het geval blijkt dat etiket ook nog vaak los te laten, of soms een onleesbaar opschrift te hebben.<sup>299</sup> Alle tijd en inspanning is beter besteed aan het theoretiseren – al probleemdenkend – omtrent vragen als de laatste, door bijv. regels te ontwerpen die het beginsel, dat men door zijn handelen een ander geen bestedingspatroon mag opdringen (in beginsel), nader uitwerken.

De hier verdedigde visie op het verbintenissenrecht komt op vele punten overeen met die welke door Schoordijk in de jongste tijd ontwikkeld werd.<sup>300</sup> In zijn beschouwingen toont hij aan – eigenlijk in de geest van Schlossmann en Naber – hoe de rechter bij de rechtsvinding om de billijkheid tot

298. Vgl. boven, § 2, no. 1 v., 9 v.

299. Al in de vorige eeuw wees Naber erop, dat de rechter de rechtsbegrippen, zoals overeenkomst en onrechtmatige daad, als etiket op de feitenconstellatie plakt, zonder zich veel aan de inhoud van dat begrip gelegen te laten liggen, vgl. *Begrip of Etiket*, RM 1882. Naber volgde daarmee Schlossmann, die de overeenkomst als ‘ein juristisches Nichts’ opvatte, vgl. IV, § 2, no. 3 v.

300. Vgl. de reeks van geschriften, waarin een open systeem van verbintenissen bepleit wordt: de surinaamse rede, *De verbintenis uit de wet*, 1968, zijn bijdrage aan de Pietersbundel, *Rechtsvinding*, 1970, *Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding*, en zijn al genoemde bijdrage aan de *Pitlo-bundel*.



haar recht te laten komen, zich van die dogmatische constructie bedient die de hand vindt. Uit de in de praktijk vervagende grenzen tussen de klassieke leerstukken concludeert Schoordijk, dat het typologiseren van een rechtssituatie geen halszaak meer is om de rechtsvinding tot een bevredigend einde te kunnen brengen.<sup>301</sup> De verwantschap tussen deze benaderingswijze en de hier verdedigde zit vooral in het gemeenschappelijk uitgangspunt: het recht zoals het in de jurisprudentie gestalte krijgt, en niet de begrippenwereld van de dogmatiek. Daarmee zet Schoordijk overigens de (amsterdamse) lijn voort van Moltzer, Hijmans en Paul Scholten.

Toch bestaat er ook een groot verschil tussen Schoordijks visie en de mijne. Gaat het bij Schoordijk om een relativering van het systeem van de dogmatiek in zijn betekenis voor de rechtsvinding, in mijn benadering wordt getracht het systeem te vernieuwen door het – aprioristisch daarmee verbonden geachte – begrippenstelsel van de negentiende-eeuwse wilsdogmatiek te vervangen door een op de rechtsvinding van deze eeuw gebaseerd rechtssysteem, de toerekeningsleer.

Tegen het behoud van het traditionele dogmatische rechtssysteem, en voor de hier bepleite vernieuwing, zijn dezelfde theoretische en praktische argumenten aan te voeren die eerder naar voren gebracht werden bij de verdediging van de conceptie van de rechtshandeling in de toerekeningsleer (vgl. boven, § 1). Ook hier geldt dat handhaving van het centraal staande wilsbegrip – vgl. de begrippen ‘intentie tot schulddeging’, ‘desbewuste zaakwaarneming’, ‘gewilde verrijking’ en ‘schuld’ bij onrechtmatige daad – het zicht op de bestaande rechtsvragen en hun onderlinge samenhang verduistert, en anderzijds ontsporingen bij de rechtsvinding mogelijk maakt. Al kan men in de doctrine objectivering van die begrippen bepleiten, het zal niet de eerste keer zijn dat men zich in de praktijk door de vlag van het wilsbegrip laat misleiden, en meent dat daaronder een subjektieve lading vervoerd wordt. Daarnaast speelt ook de omstandigheid een rol, dat niet iedere rechter tot Etikettenschwindel bereid zal zijn.

Dat men slechts tot de hier verdedigde opvatting kan komen indien men bereid is de wilsleer en de daarbij behorende dogmatische denktrant te verlaten, komt in alle duidelijkheid naar voren als men het in deze paragraaf betoogde vergelijkt met Meijers' visie op enkele van de hier besproken rechtsfiguren. De zaakwaarneming is bijvoorbeeld voor Meijers een *quasi-rechtshandeling*. Dit begrip wordt als volgt omschreven:

*'Quasi-rechtshandelingen zijn gedragingen, waarbij na een rechtmatige handeling een rechtsgevolg intreedt, niet omdat de handelende persoon dit gewild heeft, maar omdat het objectieve recht dit redelijk oordeelt'*<sup>302</sup>

301. Met instemming haalt schr. de uitspraak van Cardozo aan: 'Those who think more of symmetry and logic in the development of legal rules than of practical adoption by the attainment of a just result remain troubled by a classification where the lines of division are so wavering and blurred'. Vgl. voor Schoordijks visie ook nog boven, nt. 275.

302. *Alg. Begrippen*, p. 295 v.

#### § 4. DE GRENZEN VAN DE RECHTSHANDELING

Een soortgelijk standpunt neemt Meijers in ten aanzien van een ander hier aan de orde gesteld probleem, de grens tussen onrechtmatige daad en rechtshandeling. Werd door mij de dogmatische scheidslijn tussen die rechtsfiguren uitgewist, in Meijers' visie staat de wilsleer, hier vertegenwoordigd door het schuldvereiste, dat niet toe. Ook hier komt Meijers tot de invoering van de 'Verlegenheidsnamen "Quasi-"<sup>303</sup>, met als gevolg de figuur van de *quasi-onrechtmatige daad*:

'Een *quasi-onrechtmatige daad* is een handeling in strijd met een algemene norm, doch die zich van de onrechtmatige daad hierin onderscheidt, dat aan de dader geen verwijt van zijn handeling kan gemaakt worden omdat ten aanzien van een of meer elementen het vereiste schuldelement ontbreekt' (p. 305).

Zoals beschreven, wordt Meijers hierin gevolgd door de ontwerpers van Boek 6 Nw BW (men zegt dat de bewuste afdeling van de hand van J. Drion is), daarbij – eveneens in de geest van Meijers – aan Meijers' zienswijze een fictie-constructie toevoegend.<sup>304</sup>

Indien men Meijers' stelsel beziet, lijkt de gevolgtrekking gerechtvaardigd dat dogmatiek geconfronteerd met de rechtswerkelijkheid, *quasi-dogmatiek* oplevert, niet anders dan al in de herfsttij der middeleeuwen het geval was.<sup>305</sup>

De woorden die J. A. Levy in 1881 tot de aanhangers van het wilsdogma richtte, hebben in deze tijd nog weinig aan hun betekenis ingeboet. Ervan uitgaande dat 'consequentie het geweten is des onderzoekers en de adelbrief der wetenschap', stelt hij:

Een dogma, dat als algemeen geldig wordt uitgegeven, doch die belofte niet houdt; dat ongenoegzaam is, dus zijn plicht niet doet, moet met allen eerbied jegens zijn hoogen ouderdom verlaten en door een ander, naar wij hopen beter, vervangen worden.<sup>306</sup>

303. Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 232. Men vindt daar de ontwikkeling van de *quasi-contracts* in het engelse recht besproken, 'die ursprünglich völlig undogmatische Billigkeitsforderung', die later 'dogmatiseerd' werd. Vgl. in onze literatuur voor het quasi-contract N. de Beneditty, *RmTh* 1940, p. 219 v., *Een in zijn ontwikkeling gestuit rechtsinstituut*. In de duitse literatuur staat het quasi-contract in een hernieuwde belangstelling, in verband met de opkomst van de 'faktische Schuldverhältnisse'. Vgl. H. Hübner en Th. Mayer-Maly in *Festschrift-Nipperdey*, 1965, I, resp. p. 399 v., en p. 521 v.

304. Vgl. boven, no. 2. Deze fictie-constructie wordt door Hommes, t.a.p. omschreven als 'het novum van J. Drion'.

305. Indien men naar een verklaring zoekt van de geestesgesteldheid die achter de rechtsvisie van Meijers c.s. schuil gaat, kan gewezen worden op de door de amerikaan I.L. Fuller ontwikkelde figuur van *intellectual conservatism*, door hem afgezet tegen 'conservatism of policy', 'emotional conservatism', en 'the conservatism of convenience'. Vgl. daaromtrent uitvoerig Drilmsa, diss. p. 148 v.

306. *Nw Bijdr.* 1881, p. 322, vgl. ook p. 319.

## § 5. DE GRENZEN TUSSEN RECHTSHANDELING EN FEITELIJKE HANDELING IN DE DOGMATIEK. HET ALTERNATIEF IN DE TOEREKENINGSLEER

a. Een oude grenssteen: het *causa-vereiste*1. *Inleiding. Verwerping van het causa-vereiste; het alternatief in de toerekeningsleer*

Hierboven werd opgemerkt, dat de rechtsvinding, aan de hand waarvan vastgesteld wordt of een bepaalde handeling als rechtshandeling, dan wel als een feitelijke handeling heeft te gelden, beheerst wordt door de omstandigheden van het geval. Zoals overal, valt echter ook hier de amorfte brei van case-law te structureren, doorzichtig te maken aan de hand van op te stellen regels opgevat als blanketnormen. Deze regels – om hun algemeen karakter doorgaans als ‘beginselen’ aangeduid in de literatuur, zij vormen inderdaad een *begin*, een uitgangspunt bij de rechtsvinding, zonder dat het einde daarvan aangegeven wordt – geven, indien men een algemene beschouwing daaraan wijdt, maar al te gauw aanleiding tot een abstrakt betoog. De verleiding blijkt daarbij groot, om de vaste grond van het rechtsgebeuren te verlaten en het luchtruim te kiezen, d.w.z. de ijle wereld van de theoreticus waar rechtsbegrippen een eigen leven leiden, ‘meta ta physica’. Een wereld die de onvolmaakte werkelijkheid van het rechtsleven als voorbeeld voorgehouden wordt, en waaraan zij zich maar te spiegelen heeft. In die zienswijze – die zoals eerder gebleken zal zijn, niet de mijne is – houdt men op theoretische gronden de rechtspraktijk op het onderhavige terrein begrippen voor als het *causa-vereiste* – waarbij ook nog van een geoorloofde oorzaak sprake moet zijn –, en het *wilsvereiste* – een wil die niet gebrekkig gevormd moet zijn. Begrippen waarbij men op een lange traditie kan terugzien, en die hun beslissende vormgeving in de dogmatiek van de achttiende en de vroege negentiende eeuw kregen. Het ligt in de verwachting, dat vanuit de hier verdedigde rechtsopvatting, die diametraal tegenover de zoëven beschrevene staat, een beschouwing gewijd wordt aan de confrontatie van beide rechtsvisies op dit stuk. Ook hier moet ik echter kort zijn.

Het *oorzaakvereiste* – ook al bekend in het rooms-hollands recht – wordt in de code-landen aan overeenkomsten gesteld. Voor de stelling dat het *oorzaakvereiste* voor geldend recht geen betekenis heeft, kan men terugrijpen op de beschouwingen van twee bekende auteurs. Op historische gronden kent Meijers slechts een zeer beperkte betekenis toe aan het *vereiste* – nl. slechts in geval van zgn. hulpovereenkomsten<sup>307</sup> –, terwijl J. C. van

307. Vgl. o.a. *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation*, Tijdschr. v. Rechtsgesch. XIV, p. 365 v., en *Nieuwe bijdragen omtrent de leer der consideration en der causa*, Verz. Opst. III, p. 304 v., alwaar een overzicht van de stand van doctrine en rechtspraak anno 1938. Vgl. verder *Toel. Nw BW*, p. 750 v.

Oven op gronden ontleend aan het geldend recht, verwerping van het *causa*-vereiste bepleit.<sup>308</sup> Ik meen hier met een verwijzing naar de beschouwingen van deze ‘anti-causalisten’ te kunnen volstaan, die in het ontwerp-BW gevolgd werden.<sup>309</sup> Het verwijt aan de ‘causalisten’, dat zij het begrip ‘oorzaak’ gebruiken om rechtsregels te rechtvaardigen, die veel eenvoudiger zonder dat begrip geformuleerd kunnen worden<sup>310</sup>, neem ik graag over. Ook de leer van G. J. Scholten<sup>311</sup>, die het *causa*-begrip een *face-lifting* deed ondergaan (‘maatschappelijke invalshoek’) dient om dezelfde reden verworpen te worden.<sup>312</sup> Overigens dreigen de *causa*-theorieën in een nieuwe gedaante weer hun intrede te doen, vgl. de theorie van de ‘subjektive und objektive Geschäftsgrundlage’ van Larenz, die door de ontwerpers van Boek 6 Nw BW overgenomen werd<sup>313</sup>, naar mijn mening ten onrechte. Op de herleving van de *causa*-gedachte op een ander terrein, de onverschuldigde betaling – ‘zonder rechtsgrond’ betalen – werd zoëven al gewezen. De winst die de afschaffing van het starre *causa*-begrip met zich bracht, wordt aldus grotendeels teniet gedaan.

Het alternatief dat men de causalisten te bieden heeft, bestaat hierin, dat telkens de overeenkomst zélf getoetst wordt. Een toetsing op twee punten: is in casu sprake van een overeenkomst, d.w.z. een *rechts*verhouding, dan wel van een feitelijke verhouding (afspraken, gentlemen’s agreement)? En als tweede test: is deze *rechts*verhouding in strijd met de wet of de goede zeden (artt. 1371 en 1373 BW)? Het behoeft geen betoog, dat in de hier door mij voorgestane visie, het in eerste instantie gaat om de toetsing van de beide, de ‘overeenkomst’ constituerende rechtshandelingen (aanbod en aanvaarding) afzonderlijk. In die optiek dient men zich af te vragen of de toezegging die gedaan werd in de rechtssfeer of in de sociale sfeer ligt, en daarnaast, of zij met de wet of de goede zeden in strijd is. Doch een dergelijke tweeledige toets ligt aan iedere uitleg van menselijke handelingen ten grondslag, met behulp waarvan men bepaalt of van een rechtshandeling sprake is. De in het verkeer geldende rechtswetten en de omstandigheden

308. *De oorzaak der overeenkomst*, WPNR 3385-89 (1934).

309. *Toel.*, p. 749 v. Bij de onverschuldigde betaling, art. 6.4.2.1, wordt het *causa*-begrip echter weer binnen gehaald, met de term ‘zonder rechtsgrond’, vgl. *Toel.*, p. 717.

310. Vlg. Meijers, *Verz. Opst.* III, p. 305. Men kan evengoed stellen — zo vindt men daar nader toegelicht — dat de *overeenkomst* zelf niet i.s.m. de goede zeden moet zijn, i.p.v. *de oorzaak der overeenkomst*. Vgl. ook art. 3.2.7 Nw Bw.

311. *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst*, diss. Amsterdam 1934; vgl. ook J. van der Kolk, *De oorzaak in het Fransch en Nederlandsch verbintenissenrecht*, diss. Utrecht 1933.

312. Vgl. ook Van Oven, in zijn bespreking van de zoëven genoemde proefschriften, t.a.p.

313. Vgl. voor de ‘subjektive GG’ art. 6.5.2.12, *Toel.*, p. 757; voor de ‘objektive GG’ art. 6.5.3.11, *Toel.*, p. 772 v. Ten onrechte stelt de *Toelichting* dat de leer van de *Geschäftsgrundlage* zich in de duitse *rechtspraak* ‘ontwikkeld en gevormd’ heeft, p. 757, en dat het ontwerp een strengere criterium aanlegt dan de duitse *rechtspraak* met haar *Zumutbarkeits*-begrip, id.nt. 3. Vgl. voor die *rechtspraak* Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1963, p. 110 v. De ontwikkeling in de *rechtspraak*, gericht op de billijkheid in het concrete geval, met verwerping van begrippen als *Geschäftsgrundlage*, wordt door Larenz uitvoerig bestreden. Ten onrechte. Vlg. boven, § 3, no. 12.

van het geval zijn hier, gelijk bij iedere uitleg (in normatieve zin), maatgevend. Op grond van die factoren zal bij de uitleg vastgesteld moeten worden of de verklaring 'Rij jij met me mee naar Amsterdam?' een aanbod is, dat na aanvaarding de aanbieder het recht geeft van de acceptant een bijdrage in de kosten te vorderen – ook al vormde dat laatste geen onderwerp van gesprek bij de onderhandelingen. Niet anders ligt de situatie bij de beoordeling van de verklaring: 'Deze flobert kun je voor f 300 kopen', bijv. gericht tegen een overspannen persoon die hooglopende ruzie met zijn werkgever heeft.

Gaat men in de hier aangegeven wijze na, óf er wel in casu van een *rechtsverhouding* sprake is, te herleiden tot de vraag óf er wel *rechtshandelingen* verricht zijn die de rechtsverhouding teweegbrachten, niet ondenkbaar is intussen, dat deze toets positief uitvalt, zonder dat daarmee in dit opzicht het laatste woord door de uitlegger gezegd is. Aanbod en aanvaarding kunnen immers legaal bevonden worden, terwijl daarentegen de nakomingshandeling strijdig met de wet of de goede zeden kan zijn. In zo'n geval heeft men met een feitelijke handeling te doen – die wellicht een strafbaar feit oplevert –, en niet met de *rechtshandeling* nakoming. Of dit niet-nakomen wanpresteren betekent, hetgeen in mijn opvatting een rechtshandeling is, is eveneens een kwestie van uitleg.

## 2. De oplossing van het Nw BW. Kritiek

Wellicht dat mijn aldus geschetste zienswijze enig reliëf krijgt, indien wij haar tegenover die van het ontwerp-BW stellen. Voor het trekken van de grens tussen de rechtssfeer en de sociale sfeer heeft men, in art. 3.1.1.5, de volgende oplossing aan de hand gedaan.<sup>314</sup> Het gaat in de gedachte van Meijers om de bepaling, of van een '*vermogensrecht*' sprake is of niet. Dit is het geval, ten aanzien van een recht dat óf overdraagbaar is óf ertoe strekt de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen (lid 1). Met de constructie van lid 2 worden 'de uit overeenkomst voortvloeiende rechten', die aan geen van beide eisen voldoen bij de vermogensrechten ondergebracht (bijv. 'het door een blinde bedongen recht zich te laten voorlezen'). Dit is het geval, 'wanneer deze rechten door toezegging van een stoffelijk voordeel aan de schuldenaar zijn verkregen... Zonder een zodanige toezegging van een contraprestatie moet men beloften als om niet te roken, buiten de rechtssfeer houden' (p. 167). Voor dit stelsel heb ik weinig bewondering. Door zijn materialistisch uitgangspunt biedt het ontwerp geen enkel criterium voor de beantwoording van de vraag, of een recht uit een overeenkomst *om niet* rechtens relevant is. Men zal toch niet die hele categorie hebben willen ecarteren. Of is het zo, dat men het 'stoffelijk voordeel'

314. Vgl. *Toel.* Nw BW, pp. 166 v., 458, 752. Het artikel onderging in het gewijzigd ontwerp (1971) slechts een redactionele verandering, waarbij beide leden werden samengevoegd.

ruim dient te interpreteren? Kan men die term dan niet beter vervangen door 'belang'? Maar ook dan blijft de vraag bestaan: *wélk* belang is hier in het geding? Want men tracht immers een grens aan te geven.

Mijns inziens geraakt men op deze wijze op een dood spoor.<sup>315</sup> Het lijkt mij zinvoller om, in de zoëven aangegeven methode, te beginnen bij het begin, en de vraag te stellen of de *toezeggingen* in kwestie – waardoor de overeenkomst tot stand kwam – in de rechtssfeer vallen. Is bijv. de toezegging om een blinde voor te lezen rechtens relevant? De beantwoording van deze vraag is, omdat zij een vraag van uitleg is, enerzijds van de concrete omstandigheden afhankelijk, en anderzijds van de verkeersopvattingen, de voedingsbodem van te ontwikkelen rechtswetten. Men dient dus te vragen – ik herformuleer –: Is de onderhavige toezegging van X, om de blinde Y voor te lezen, gezien de omstandigheden, en de in dit opzicht geldende rechtsopvatting, rechtens relevant? Zoekt men lós van een zich voordoend geval een antwoord op die vraag, dan zal dit naar mijn mening *in beginsel* ontkennend zijn – van achter het bureau gezien. Juist omdat het hier een beginsel betreft en niet zoals Eggens dat eens noemde, een 'eindsel', is het evenwel niet ondenkbaar, dat in bijzondere omstandigheden het antwoord bevestigend zou kunnen luiden.

Mijns inziens biedt de boven, bij de omschrijving van de rechtshandeling gegeven blanket-formule 'rechtens relevant' voldoende houvast om hier bij de rechtsvinding als richtingwijzer te fungeren. Men vergelijkte in dit verband de door de hoge raad – in *Baris - Riezenkamp* – gehanteerde term 'de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij', welke men in acht heeft te nemen in het precontractuele stadium. Ook daar kan men slechts in concreto, aan de hand van het geval, uitmaken óf een bepaald belang van een partij 'gerechtvaardigd' is, *in casu*.<sup>316</sup> In de hier gevolgde, scholteniaanse methode van rechtsvinding is immers alle rechtsvinding *case-law*.

Indien men nagaat hoe in andere rechtssystemen deze problematiek benaderd wordt, blijkt dat men ook daar bepaalde begrippen hanteert – in de code-landen de *causa*, in de angelsaksische rechtssystemen het pendant daarvan, 'consideration' – om de grens tussen afspraken in de sociale sfeer en die in de rechtssfeer aan te geven. Ook waar archaische begrippen als *consideration* door nieuwe vervangen worden – vgl. in het engels recht de 'intention of the parties'-constructie – is het om dezelfde taak te doen.<sup>317</sup> Doch ook daar geldt, dat bij het afbakenen van die grens de omstandigheden van

315. Men kan zich trouwens afvragen, of met het 'stoffelijk voordeel'-kriterium niet het *causa*-begrip uit zijn as herrijst. Met alle bezwaren van dien.

316. Aan de ontworpen regeling voor de toetsing van een rechtshandeling aan 'de goede zeden' of de 'openbare orde', art. 3.2.7, ga ik hier voorbij. Ik wil nog wel wijzen op het onderscheid dat daarin gemaakt wordt tussen de *inhoud* en de *strekking* van de rechtshandeling. Het eerste wordt gevormd 'door wat partijen hebben verklaard'; het tweede wordt bepaald door 'de ook voor anderen te voorziene gevolgen en kenbare motieven der rechtshandeling'. Voor dit onderscheid is alleen in de historisch-psychologische uitleg-methode (Meijers) plaats.

317. Vgl. onder, IV, § 1, no. 3.

het geval de doorslag geven, omstandigheden die zich nu eenmaal niet in het keurslijf van een begrip – welk dan ook – laten wringen.

3. *Het causa-vereiste en de 'eenzijdige' rechtshandeling. Het afstands-arrest (1938) en de 'abstrakte rechtshandeling' bestreden*

Het feit dat het causa-vereiste in de wet slechts voor overeenkomsten werd gesteld, en niet voor 'eenzijdige' rechtshandelingen, heeft in het verleden tot grote problemen aanleiding gegeven. Dit vond vooral hierin zijn oorzaak, dat de wetgever van 1838 geen helder beeld had van de figuur van de eenzijdige rechtshandeling, een situatie die bij de tegenwoordige hercodificatie overigens weinig anders is.<sup>318</sup> Zo kon het gebeuren dat de hoge raad in 1938, gesteld voor de vraag of een eenzijdige rechtshandeling als afstand van recht getoetst kan worden aan de goede zeden, tot een negatief antwoord kwam, en wel:

'omdat de wet wel in art. 1356 de aanwezigheid van een geoorloofde oorzaak eischt als voorwaarde voor de bestaanbaarheid van een *overeenkomst*, doch *niet voor een rechtshandeling als het doen van afstand van gemeenschap*, welks geldigheid dus niet afhankelijk is van de redenen, welke de vrouw tot het verrichten van die handeling hebben bewogen.'<sup>319</sup>

Deze even opmerkelijke als onbillijke uitspraak, vormde de aanleiding tot de introductie van een nieuw begrip: de zgn. *abstrakte rechtshandeling*.<sup>320</sup> Zoals het gebruikte adjektief al aangeeft is voor de beoordeling van de geldigheid van zo'n rechtshandeling niet van belang, dat de rechtshandeling waarmee zij verband houdt niet rechtsgeldig is. Deze zienswijze kan in de hier verdedigde rechtsopvatting niet aanvaard worden. Geen rechtshandeling kan ooit *abstrakt* zijn, d.w.z. geabstraheerd van omstandigheden en normen, juist omdat de rechtsvinding waarbij men tot het bestaan van een rechtshandeling besluit, berust op de omstandigheden waarin die handeling ingebed is, en op de in het betreffende deel van de samenleving geldende normen.<sup>321</sup> Ook indien men deze scholteniaanse methode van rechtsvinding niet huldigt,

318. Vgl. hetgeen in de Hfst. I en II omtrent de daar besproken rechtshandelingen, en de visie van het ontwerp opgemerkt werd.

319. HR 24 juni 1938, *NJ* 1939-337, nt. P.S., *afstands-arrest*, mijn curs. Zoals bekend had hier de vrouw de echtscheiding 'gekocht' door in het echtscheidingsconvenant afstand van de rijke gemeenschap toe te zeggen. Die afstand werd gedaan door een gemachtigde, wiens bevoegdheid beruiste op een blanco volmacht, door haar aan haar man gegeven. Ook t.a.v. die *verlening van volmacht* komt de HR — daarlatend of dit een eenzijdige dan wel tweezijdige rechtshandeling is (in het laatste geval zou het niet een overeenkomst in de zin van art. 1349 BW betreffen, stelt de HR zonder motivering) — tot hetzelfde resultaat. Ook op deze figuur zijn volgens het college de artt. 1356, 1371 en 1373 BW niet van toepassing.

320. Vgl. voor dit begrip o.a. Meijers, *Alg. Begrippen*, p. 290 v.; en onlangs W.C. Treurniet, *WPNR* 5096 (1970), p. 417 v.

321. Vgl. boven, § 2.

is er voor de abstrakte rechtshandeling geen grond. Het feit dat de wet enkel voor overeenkomsten 'in de zin van art. 1349 BW' – wat zijn dat voor overeenkomsten? de wet zwijgt erover – het oorzaakvereiste stelt, brengt slechts met zich, dat ten aanzien van eenzijdige rechtshandelingen, toch al stiefmoederlijk door de wetgever behandeld, in dit opzicht een *leemte* valt te bespeuren. Een leemte die, zoals steeds bij elke wetstoepassing, *aangevuld* moet worden, op grond van het stelsel van de wet en van de beginselen die het gehele systeem weer beheersen. Het *Quint – Te Poel*-arrest vormt hierbij een baken, waarop men zich kan richten. Het gaat derhalve niet aan, om na het constateren van de leemte, *het daarbij te laten*. Het neigt tot rechtswegering indien men geen enkele poging doet die leemte – hoe dan ook – op te vullen.<sup>322</sup> Het *afstands*-arrest is een voorbeeld van een wijze van rechtsvinding, waarbij slechts de letter van de wet telt, een letter die slechts grammaticale uitleg behoeft (vgl. de hantering van art. 1349). Deze methode staat in schrille tegenstelling tot de na de oorlog ontwikkelde methode in de rechtspraak van de hoge raad, met hoogtepunten als het *rederij Koppe*-arrest, en *Baris – Riezenkamp*. Het *afstands*-arrest en de daarop berustende abstrakte rechtshandeling vinden derhalve vanwege de methodiek waarop zij berusten niet langer steun in de heersende jurisprudentie.

Degeen die daarover twijfel koestert, kan gewezen worden op het *Kruseman – gem. Amsterdam*-arrest van 1962.<sup>323</sup> Op het juridische niemandsland van de overeenkomst van een partikulier met de overheid, deed de vraag zich voor, of bij een dergelijke rechtsfiguur dezelfde vereisten zich laten stellen die voor de privaatrechtelijke overeenkomst door de wet voorgeschreven zijn. Het probleem ligt dus analoog aan dat wat zoëven aan de orde kwam met betrekking tot een ander (intern-privaatrechtelijk) niemandsland, de eenzijdige rechtshandeling. Het is hier de hoogste rechter verre, om na een nauwelijks gemotiveerde overweging dat een dergelijke overeenkomst niet onder art. 1349 valt, verder niet thuis te geven, zoals in 1938 het geval was. Ik citeer hier de overwegingen uit het arrest van 1962, die voor ons van belang zijn:

322. Het *afstands*-arrest dankt zijn gezag mede aan de instemmende noot van Paul Scholten, die op even teleurstellende wijze als de HR dat deed, volstaat met de constatering dat het 'niet geoorloofd is' het oorzaakvereiste tot iedere rechtshandeling uit te breiden. Niettemin acht Scholten het arrest onbevredigend, vergeleken met dat van 10 maart 1933, NJ 804 (*nietig echtscheidingsconvenant*-arrest), en bepleit toepassing van een aktie uit *ongegrunde verrijking*, om met instandhouden van de afstand, de vermogensverschuiving ongedaan te maken. Hierin wordt Scholten bijgevallen door Bregstein, vgl. Asser-Scholten-Bregstein, p. 16 (echter voorzover het geen onherroepelijke volmacht betreft). Opmerkelijk is intussen dat Meijers enkele jaren tevoren een standpunt verdedigde, dat lijnrecht tegen dat van de hoge raad en Scholten ingaat, vgl. *WPNR* 3372, (1934), *Verz. Opst.* III, p. 221. Daar stelt hij, dat onredelijk gebruik van economisch of zedelijk overwicht analoog aan de overeenkomst 'ook iedere andere rechtshandeling' in strijd met de goede zeden maakt. 'En een rechtshandeling, die zelf of wier oorzaak in strijd met de goede zeden geoordeeld wordt, kan niet in rechten gehandhaafd worden'. Als voorbeeld geeft schr. de boedelscheiding. Vgl. ook het al genoemde art. 3.2.7 Nw BW.

323. HR 13 april 1962, NJ 1964-366, nt. H.B.; AA XII (1962/63), p. 96 v., nt. H.D. van Wijk. Vgl. voor dit arrest ook Schoordijk, *Pieters-bundel* p. 251 v. alwaar verdere literatuur.



### III. DE TOEREKENINGSLEER

'dat wie ter bereiking van een door hem gewenst en geoorloofd resultaat de medewerking nodig heeft van een ander en ter verkrijging van die medewerking aan dien ander enig door dezen voor zijn medewerking bedongen goed geeft, niet zonder rechtsgrond presteert en na het gewenste resultaat te hebben verkregen, het gepresteerde niet als onverschuldigd betaald terug kan vorderen, *tenzij aan hetgeen aldus geschiedt een geoorloofde oorzaak ontbreekt, bijvoorbeeld wanneer de partij die voor haar medewerking dat goed bedong misbruik maakte van de omstandigheden waarin haar wederpartij verkeerde;*

dat in beginsel hetzelfde geldt voor wie ter verkrijging van de medewerking van de overheid tot enige handeling waartoe deze wettelijk niet verplicht is, een door de overheid daarvoor verlangde prestatie verricht, tenzij tegen het bedingen of het in ontvangst nemen van die prestatie enig wettelijk beletsel bestaat, dan wel de overheid aldus handelende misbruik maakte van de bevoegdheden of de feitelijke machtspositie welke die medewerking voor haar wederpartij noodzakelijk deden zijn en haar tot die medewerking in staat stelden;

dat het *daarbij onverschillig is of de wilsovereenstemming*, welke door de voldoening aan hetgeen de overheid voor haar medewerking verlangt aan de dag treedt, *al dan niet kan worden gekwalificeerd als een privaatrechtelijke overeenkomst*' (mijn curs.).

In deze overwegingen zal men de casus uit 1938, van de vrouw die 'haar vrijheid koopt' kunnen terugvinden. Ook daar is er sprake van, dat de man misbruik van omstandigheden maakte.<sup>324</sup> Wat hier vooral van belang is, is dat de hoge raad deze figuur uit het contractenrecht – gebaseerd op het oorzaakbegrip – eveneens van toepassing acht op de 'overeenkomst' tussen partikulier en overheid, daarbij nog wel stellend dat het 'onverschillig' is of die laatste figuur als een privaatrechtelijke overeenkomst (dus in de zin van art. 1349) moet worden opgevat. Dit openbreken van het in 1938 nog gesloten geachte privaatrechtssysteem, ten gunste van rechtshandelingen met de overheid – in het grensterrein tussen wat klassiek 'privaatrecht' en 'publiekrecht' heet – heeft een werking die boven het concrete geval uitstijgt. Het arrest heeft evenzeer betekenis voor het rechtsgebied aan deze kant van de grens, voor het privaatrecht zelf. De hoge raad geeft in zijn dictum aan, dat ook bij de rechtsvinding inzake privaatrechtelijke rechtshandelingen, 'onverschillig' of zij als een (privaatrechtelijke) overeenkomst opgevat moeten worden – wat dat is, laat het college overigens (wederom) in het midden –, bij het stelsel van het contractenrecht aansluiting gezocht moet worden. Een stelsel dat in de eerst geciteerde overweging los van de letter samengevat werd. Daarmee kan het *afstands-arrest* bijgezet worden in de rij van 'misleading cases'<sup>325</sup>, en de 'abstrakte rechtshandeling' in het kabinet van de Begrijfsjurisprudentz.

324. Deze tekst was al geschreven, toen het arrest HR 29 april 1971, *RvdW*-16 verscheen, waarbij de onzedelijkheid van een echtscheidingsconvenant in de misbruik van omstandigheden-sleutel geplaatst wordt. Vgl. ook F.J. de Jong, *NJB* 1971, p. 572 v.

325. Deze uitdrukking ontleen ik aan A.P. Herbert, *Misleading cases in the common law*, 5th ed., 1930.

4. *Conversie van 'nietige rechtshandelingen' en de toerekeningsleer*

Als laatste opmerking over de causa-problematiek nog het volgende. Men is gewend – in de heersende leer – op het ontbreken of ongeoorloofd zijn van een oorzaak van een overeenkomst, als sanktie de *nietigheid* van die rechtsfiguur te zetten.<sup>326</sup> Naar ik meen worden in de gebruikelijke opvatting inzake de nietigheid – wat het engels recht tekenend 'null and void' noemt – meer problemen opgeroepen dan opgelost. Vgl. bijv. de problematiek rond de nemo auditur-regel.<sup>327</sup> Men laat partijen in de kou staan, en al hebben zij bijv. onzedelijk gehandeld, daar wordt de kou niet minder door. Zoals bij 'nietigheid' op grond van de wet de figuur van *conversie* zijn intrede deed, die door o.a. Eggens en De Grooth terecht als door de goede trouw beheerst gezien wordt<sup>328</sup>, kan men meer in het algemeen stellen, dat op élk uitspreken van nietigheid van een (rechts)handeling, die reeds geheel of gedeeltelijk uitgevoerd werd, een conversie van die handeling in een *rechts*-handeling (d.w.z. een rechtsgeldige handeling) dient te volgen. Men kan bij de rechtsvinding niet doen of zijn neus bloedt. Juist omdat ook de bepaling van de rechtsgeldigheid van een handeling tot de rechtsvinding behoort, die steeds nodig is voor men weet of men met een rechtshandeling te doen heeft, moet het hier voorgestelde als één natuurlijk geheel gezien worden. Bij de normen die de ingrediënten voor de rechtsvinding vormen worden uiteraard ook dwingende wetsnormen gerekend (bijv. prijsvoorschriften uit de economische wetgeving) naast de ongeschreven normen waar de wetgever via zijn goede zeden-artikel naar verwijst.<sup>329</sup> In de hier verdedigde methode van rechtsvinding is 'conversie' derhalve geen afzonderlijke rechtsfiguur, of een op zich staand begrip, maar slechts één aspect van het rechtsvindingsproces, juist omdat rechtsvinding betekent in het concrete, zich voordoende geval recht vinden.<sup>330</sup> Ook in zijn bindend voorschrift dat een bepaalde han-

326. Aldus ook art. 3.2.7 Nw BW. Vgl. echter ook lid 2, in fine.

327. Zie voor de literatuur daaromtrent, *Toel.* Nw BW ad art. 6.4.2.9, p. 725 v.

328. Vgl. boven, § 3, no. 11. Typerend voor schrijvers die de wilsleer volgen, is dat zij de goede trouw als grondslag voor conversie verwerpen, en bovendien stellen, dat de geldende wet geen grondslag voor deze — door de HR geïntroduceerde — figuur biedt. Aldus Asser-Rutten II, p. 368 v.; Houwing, nt. *NJ* 1949-86; Hijmans van den Bergh, *Hand. NJV* 1954 II, p. 36. Hierbij geeft een *grammatikale* interpretatie van de artt. 1374, 1375 de doorslag, vgl. Rutten, t.a.p., daarin bijgevallen door G.J. Scholten, *Hand. NJV* 1954 I, p. 157. J.H. Beekhuis, id. p. 234 v. verwerpt de goede trouw ex art. 1374, lid 3, als grondslag voor de conversie, en geeft de voorkeur aan de uit 'een algemeen rechtsbeginsel' voortvloeiende figuur van *misbruik van recht*.

329. Deze opvatting is in wezen een uitwerking van de zienswijze van J.C. van Oven, dat nietige overeenkomsten verbinden tot hetgeen in de gegeven omstandigheden door de goede trouw gevorderd wordt; vgl. *WPNR* 3328-32 (1933), *De conductio ob turpem causam in het Nederlandsch recht*, en diens *preadv.* *NJV* 1937 waarover Beekhuis, t.a.p., p. 232 v.

330. Door aanhangers van de normatieve methode van uitleg wordt conversie opgevat als onderdeel van het uitlegproces, en om die reden als beheerst door de regels van de goede trouw gezien. Dit i.t.t. de voorstanders van de feitelijke uitlegmethode, die als sequeel van het door hen aanvaarde onderscheid uitleg — aanvulling (vaststelling van rechtsgevolgen) ook de conversie buiten de uitleg houden. Vgl. daaromtrent boven, § 3, no. 11.

deling geen rechtseffekt heeft (bijv. verkoop van een goed voor een prijs hoger dan  $f x$ .), kan de wetgever slechts een blanketnorm geven. Hij kan nu eenmaal niet alle omstandigheden overzien, waarop de wetsbepaling van toepassing is.<sup>331</sup> Indien bijv. beide partijen te goeder trouw niet op de hoogte van het meest recente prijsvoorschrift waren – zonder dat het risico daarvan op één der partijen gelegd kan worden – doet die situatie sterk denken aan de figuur van veranderde omstandigheden, en de vraag welke invloed dat heeft op de reeds tot stand gekomen rechtsverhouding. In die situatie zou ik de methode van rechtsvinding van het duitse Bundesgerichtshof willen aanvaarden, die sterke overeenkomst vertoont met de hier verdedigde.<sup>332</sup> Ook wat de nietigheid op grond van vormvoorschriften betreft biedt de duitse rechtspraak interessant materiaal.<sup>333</sup> Ook daar lijkt de kwalificatie 'ius in causa positum' op zijn plaats. Hierbij hebben wij het evenwel niet over de 'causa' die de heersende leer te onzent voor ogen staat.

Resumerend kan gesteld worden dat de uitdrukking '*nietigheid van rechtshandelingen*', indien het rechtswormen betreft die ten tijde van de handeling reeds van kracht waren, een *contradictio in terminis* bevat, in de hier verdedigde opvatting inzake de rechtsvindings-uitleg. Indien bij de rechtsvinding blijkt dat de handeling krachtens een bepaalde rechtsworm geen rechtsgevolg dient te hebben, terwijl in het stadium waarop het geval voorgelegd wordt, er niets 'recht te trekken' valt, moet de conclusie van alle uitleg luiden, dat in casu slechts van een *feitelijke handeling* sprake is, d.i. een handeling zonder rechtsgevolg.

Zij heeft de ballotage van Themis niet gepasseerd. Of vrouwe Themis daarnaast nog als scherprechter wil optreden, door een strafrechtelijke maatregel tegen de handelende te treffen – het zwaard snijdt nu eenmaal aan twee kanten – laat ik in het midden.

## b. Nog een oude grenssteen: het wilsvereiste

### 5. Inleiding. De 'wilsgebreken'. *Rechtsworm contra schrijversrecht*

Een ander dogmatisch begrip dat de rechtswinder herhaaldelijk op zijn pad ontmoet, is het *wilsvereiste*. Hierboven werd al meer of minder uitvoerig omschreven hoe dat begrip naar voren komt, bij de besproken niet in de wet als zodanig geregelde rechtshandelingen, als een door de doctrine ge-

331. Daarbij doet met name het probleem zich voor, of een wetsbepaling een vrijbrief voor bedrog kan opleveren. Vgl. het *huurbedrog*-arrest, HR 27 jan. 1950, NJ 559, nt. Ph.A.N.H. 332. Vgl. boven, § 3, no. 12.

333. Vgl. daarvoor J. Gernhuber, *Formnichtigkeit und Treu und Glauben*, in Festschrift Schmidt-Rimpler (1957), p. 15 v. Men vindt daar rechtspraak van het Reichsgericht en het Bundesgerichtshof besproken.

## § 5. GRENZEN VAN DE RECHTSHANDELING

steld vereiste.<sup>334</sup> En daarnaast ziet men het wilsdogma gehanteerd in de doctrine over het begrip toestemming van art. 1356, inzake de overeenkomst<sup>335</sup>; verder bij de zaakwaarneming in het naar geldend recht gestelde 'willens en wetens'-vereiste, en bij de onverschuldigde betaling in het vereiste van 'desbewust' betalen.<sup>336</sup> Nog nauwelijks ter sprake kwam een andere 'home-ground' van het wilsdogma, de zgn. *wilsgebreken*, leidend tot vernietigbaarheid van rechtshandelingen. Een korte beschouwing dient nog daaraan gewijd te worden, onder verwijzing naar het eerder door mij op dit terrein betoogde.<sup>337</sup> Allereerst de dwaling bij overeenkomsten.

Een ieder die van de recente jurisprudentie op het terrein van de 'wilsgebreken' kennis neemt, zal inzien, dat het geldend recht op dit stuk niets meer uitstaande heeft met de leer waaraan deze rechtsfiguren hun naam ontlenuen, de wilsleer. Uitgangspunt van die leer is immers – hetgeen in het Duits recht eerst onlangs bestrijding vond<sup>338</sup> – dat wanneer de wil, de grondslag van elke rechtshandeling, op gebrekkige wijze gevormd werd, dit van invloed is op de rechtswerking van de rechtshandeling zelf. In de op het individualisme gebaseerde wilsleer was dit een vanzelfsprekend gegeven. Zoals Meijers en in navolging van hem, De Grooth, al geruime tijd geleden aantoonde voor de figuur van dwaling<sup>339</sup>, biedt echter de rechtspraak – gebaseerd op de behoeften van het verkeer – een geheel ander beeld. In aansluiting op de *misrepresentation*-figuur uit het Engels recht, betoogden deze schrijvers dat ook voor ons recht heeft te gelden, dat een dwaling (als onjuiste voorstelling van zaken) slechts *dán* rechtens relevant is, als zij door de wederpartij *opgewekt* werd.<sup>340</sup>

Aldus werd het accent van de dwalende, en diens defekte wil, verlegd op zijn wederpartij, met name op diens gedragingen in de precontractuele sfeer. De hoge raad bewees in de naoorlogse jurisprudentie dat het onderhavige terrein nog steeds rechtensrecht bij uitstek is, door de lijn waarmee in 1924 (*Schoonmoeder*-arrest) al de goede trouw als heersend beginsel geïntrodu-

334. Vgl. de hoofdstukken I en II.

335. Vgl. II, § 2, no. 5 v.

336. Vgl. voor deze laatste figuren boven, § 4.

337. Vgl. *De Misrepresentation Act 1966* (lees 1967): *In Engeland is het goed dwalen*, *NJB* 1967, pp. 974 v., 993 v. *De heroriëntatie bij dwaling*, *WPNR* 4978-4981 (1968).

338. Vgl. daaromtrent naast H. Brox, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung* 1960, vooral M. Drexelius, *Irrtum und Risiko*, 1964. Vgl. verder ook D. Rothoef, *System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung*, 1968.

339. Vgl. daaromtrent mijn *NJB*-artikel p. 974. Het preadvies van De Grooth (1948) heeft vooral door de bestrijding van de hand van Bregstein (*WPNR* 4039 (1948), *Verz. Werk I*, p. 163 v.) in de doctrine weinig invloed gehad. Deze bestrijding is echter zeer aanvechtbaar, doch daarop kan hier niet ingegaan worden. Tot de genoemde stroming behoort m.i. ook Land, vgl. het in *WPNR* 4980, p. 37, nt. 34, door mij opgemerkte.

340. Die opvatting werd door mij gevolgd, met de uitbreiding, dat de onjuiste voorstelling ook door de wederpartij *versterkt* mag zijn, vgl. *WPNR* 4980. Opmerkelijk is nog dat degenen die (zoals Rutten) nog steeds in navolging van Von Savigny een scheiding aanbrengen tussen oneigenlijke en eigenlijke dwaling — door mij bestreden, t.a.p. — dit doen rusten op de *dissensus* die de eerste, en de *consensus* die de tweede figuur zou kenmerken, vgl. t.a.p., p. 38. Ook hier doet de consensusleer zich gelden.

ceerd werd – toegejuicht door J. C. van Oven – verder door te trekken. Ook nu weer was de hoogste rechter de literatuur ver vooruit. Ten aanzien van de vooroorlogse jurisprudentie bepaalden de meeste schrijvers zich ertoe, de door de hoge raad aangegeven bakens te volgen. Het arrest *Van Prooye - Veltenaar* (1925) bleef daarbij onopgemerkt.<sup>341</sup> De ontwikkeling die in de jurisprudentie op gang gebracht werd, werd echter ontkracht, doordat men gewoontegetrouw, *begrippen* daaruit abstraheerde. Hetgeen leidde tot de bekende vereisten, die elke juridische student vandaag de dag nog kan opdreunen: ‘zelfstandigheid der zaak’, ‘kenbaarheid’, ‘verschoonbaarheid’, ‘geen toekomstverwachtingen’. Geen wonder, dat als de hoge raad in het *Baris - Riezenkamp*-arrest van 1957 dwars tegen dat begrippenapparaat ingaat, dat arrest door alle commentatoren in methodisch opzicht verworpen wordt.<sup>342</sup> In dat arrest distantiëert de hoogste rechter zich van de opvatting, dat een *algemeen beginsel* zou meebrengen dat als vereiste voor een relevante dwaling gesteld kan worden dat zij ‘verschoonbaar’ is. Wél komt de hoge raad tot de ontwikkeling van ‘regels van de goede trouw’, die alle als blanketnorm geformuleerd worden.<sup>343</sup> Pas wanneer de hoge raad een tien jaar later in *Booy - Wisman* zijn standpunt herhaalt, hebben de schrijvers een welwillender oor, al vrees ik, gezien de kritiek op het gebruik van de constructie van ‘regels van de goede trouw’ – een constructie die overigens niet nieuw is<sup>344</sup> – de weg naar een volledige erkenning in de literatuur nog lang is. Daarvoor is immers niet alleen een heroriëntatie op het gebied van de dwaling, maar vooral op het gebied van de *methode van rechtsvinding* een vereiste.

#### 6. *Alternatief voor de dwalingsregeling van Boek 6 Nw BW. Dwang, bedrog, misbruik van omstandigheden*

Onder verwijzing naar mijn al aangehaalde beschouwingen geef ik ter samenvatting van mijn standpunt nog de artikelen weer, die ik als alternatief voor de regeling van het ontwerp-BW opstelde. Zoals het woordgebruik al verraadt, sluit ik hierbij nauw aan bij de recente jurisprudentie. Voor een analyse daarvan moet ik wederom naar mijn *WPNR*-artikel verwijzen.<sup>345</sup>

De volgende regeling werd door mij voorgesteld:

341. Vgl. boven, § 3, no. 4.

342. Vgl. mijn *WPNR*-artikel, p. 14 v., p. 26 v.

343. id. p. 14 v.

344. Vgl. o.a. reeds *Van Prooye - Veltenaar* (1925), Vgl. m.b.t. die kritiek ook nog het door mij in *NJB* 1971, p. 828, nt. 48, sub *b*, gestelde.

345. Tegenwoordig zou mijn formulering anders luiden, vgl. onder, doch hier wil ik volstaan met de weergave van de door mij in 1967/68 voorgestelde regeling, die ik wat de inhoud betreft, nog steeds onderschrijf.

## § 5. GRENZEN VAN DE RECHTSHANDELING

art. 6.5.2.11:—

1. De regel van de goede trouw dat partijen bij het aangaan van een overeenkomst rekening hebben te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, brengt met zich, dat een overeenkomst vernietigbaar is als aangegaan onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken (dwaling):

a. indien de onjuiste voorstelling van zaken voor het sluiten van de overeenkomst door de wederpartij opgewekt of versterkt werd door een mededeling van haar kant gedaan, die geen contractuele toezegging oplevert, of door enige andere handeling welke de onjuiste voorstelling opwekte of versterkte, hoezeer ook te goeder trouw gedaan;

b. indien de wederpartij de onjuiste voorstelling van zaken in stand hield door te zwijgen waar spreken plicht was; deze spreekplicht kan op de wet berusten of op de regels van de goede trouw, overeenkomstig de verkeersopvattingen, gezien de aard van de overeenkomst en omstandigheden;

terwijl de wederpartij begreep of behoorde te begrijpen dat de eigenschap der zaak of de omstandigheid waaromtrent gedwaald werd voor de dwalende van doorslaggevende betekenis was, zodat hij bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet, of onder andere voorwaarden gesloten zou hebben.

2. De regel van de goede trouw dat partijen bij het aangaan van een overeenkomst rekening hebben te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, brengt met zich, dat de onjuiste voorstelling van zaken geen grond oplevert voor de vernietiging van de overeenkomst:

a. indien zij een toekomstverwachting betreft, die niet gebaseerd werd op eigenschappen van de zaak of omstandigheden welke ten tijde van het sluiten van de overeenkomst reeds aanwezig waren;

b. indien zij overeenkomstig de verkeersopvatting, gezien de aard van de overeenkomst en de omstandigheden voor rekening komt van degenen die onder invloed van die onjuiste voorstelling handelde;

c. indien de dwalende naar een regel van de goede trouw gehouden was, alvorens tot de overeenkomst toe te treden een onderzoek betreffende het contractsobject in te stellen, teneinde te voorkomen dat hij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken zou handelen, onverminderd het bij lid 1, sub a, bepaalde.

3. Een beroep van de wederpartij van de dwalende op het feit, dat zij bij het aangaan van de overeenkomst eveneens in dwaling verkeerde, is alleen dan relevant, indien de onjuiste voorstelling van zaken krachtens het voorgaande lid niet voor haar rekening komt, onverminderd het bij lid 1, sub a, bepaalde.<sup>346</sup>

art. 6.5.2.12:—

1. Werd de onjuiste voorstelling van zaken bij het contracteren te kwader trouw opgewekt of versterkt door een mededeling, gedraging of verzwijging, dan is de partij die de dwaling opwekte (versterkte) verplicht haar wederpartij de schade, kosten en interessen te vergoeden. Een dwaling wordt aangenomen te kwader trouw te zijn opgewekt (versterkt), tenzij de wederpartij van de dwalende bewijst dat hij niet wist, noch behoorde te weten dat de door hem opgewekte (versterkte) voorstelling van zaken in strijd met de waarheid was.

2. Werd de onjuiste voorstelling van zaken bij het contracteren te goeder trouw opgewekt (versterkt) door een mededeling of gedraging, dan is de partij die de dwaling opwekte (versterkte) verplicht haar wederpartij slechts de kosten en interessen te vergoeden.

3. Een beding waarbij een beroep op dwaling of een aansprakelijkheid uit hoofde

346. *WPNR* 4980 (1968) p. 38 v., alwaar ook een toelichting gegeven wordt.

### III. DE TOEREKENINGSLEER

van dwaling uitgesloten wordt is nietig, tenzij de dwaling te goeder trouw opgewekt (versterkt) werd.

4. De vordering op grond van lid 1 of 2, tot vergoeding van schade of kosten, kan ook worden ingesteld zonder dat vernietiging van de overeenkomst geëist wordt. Bij het toekennen van de vergoeding wordt rekening gehouden met de waarde van de behouden zaak. Een vordering op grond van dit lid ingesteld, is niet onderworpen aan de verjaringstermijn voor dwaling.<sup>347</sup>

Bij de overige 'wilsgebreken', dwang en bedrog, lag het accent altijd al meer op de onoorbare gedragingen van de geweldenaar of bedrieger, dan op de defekte wil van zijn slachtoffer. Het 'geweld' moet zodanig zijn, stelt art. 1360 BW, dat het op 'een redelijk mensch' indruk maakt, en het hem 'de vrees kan inboezemen' dat hij zelf of zijn vermogen aan een gevaar blootgesteld wordt. De gebrekkige wil legt derhalve geen gewicht in de schaal, als geen redelijk persoon in die omstandigheden geïntimideerd zou zijn. Bij bedrog spreekt de wetgever van kunstgrepen, die bewezen dienen te worden, wil een aktie openstaan (art. 1364). De ommezwaai in de jurisprudentie met betrekking tot de grondslag van een aktie wegens een wilsgebrek, is derhalve bij de dwaling het meest spektakulair. Zoals bekend leidt de bedrogsaktie een kwijnend bestaan, deels door de enge interpretatie die de hoge raad daaraan geeft, deels door de zwaarte van de bewijslast, hetgeen overal in het recht speelt waar kwade trouw of opzet een rol spelen.<sup>348</sup> De aktie uit dwang dreigt een antiquiteit te worden nu de hoge raad de figuur van 'undue influence' niet daaronder heeft gebracht<sup>349</sup>, gelijk door Eggens verdedigd werd<sup>350</sup>. De cassatierechter volgde Meijers in zijn *Bovag II*-arrest<sup>351</sup>, door de ongeoorloofde oorzaak hier te hanteren. Meijers geeft weliswaar de voorkeur aan de gedachte dat het hier een vierde wilsgebrek geldt, maar meent dit niet zonder de wetgever te kunnen klaren.<sup>352</sup> De door hem uitgemeten 'ernstige bezwaren' tegen de onzedelijke oorzaak-constructie<sup>353</sup>, worden door hem derhalve voor het geldend recht voor lief genomen. Boven kwam reeds ter sprake dat Meijers de op art. 1373 gebaseerde undue influence-figuur op alle rechtshandelingen van toepassing verklaart.<sup>354</sup>

347. *NJB* 1967, p. 995 v., waar eveneens een toelichting te vinden is.

348. Vgl. hieromtrent het in mijn *WPNR*-artikel gestelde, p. 41.

349. Hierbij vormt art. 1362 een struikelblok, dat bepaalt, dat de vrees alleen uit eerbied jegens bloedverwanten, zonder bijkomend geweld, geen aktie uit dwang oplevert. Het is echter de vraag of een ruime interpretatie van deze bepaling, vergezeld van een beroep op de wetsgeschiedenis (anno 1838) voor het geldend recht, bij 'redelijke wetstoepassing' (vgl. boven II, § 2, no. 3), op zijn plaats is.

350. Vgl. diens afscheidscollage, *WPNR* 4704-4705 (1962). Daar vindt men de opvatting van Van Zeben bestreden, die volgens Eggens 'van een overwonnen of althans te overwinnen legistische traditie' getuigt, nt. 20.

351. Vgl. ook het boven besproken *Kruseman - gem. Amsterdam*-arrest, en dat van 29 april 1971 (echtscheidingsconvenant).

352. *WPNR* 3372 (1934), *Verz. Opst.* III, p. 220.

353. O.a. dat in dat geval beide partijen zich op de ongeoorloofde oorzaak kunnen beroepen en dat door de nietigheid van de overeenkomst de benadeelde niet meer de bevoegdheid heeft haar te bekrachtigen.

354. In dezelfde zin de regeling van art. 3.2.10 Nw BW.

## § 5. GRENZEN VAN DE RECHTSHANDELING

Aan de merites van de undue influence, zoals opgevat in de heersende leer, moet ik hier voorbijgaan. Slechts wil ik nog opmerken, dat de al door Meijers gesignaleerde bezwaren die aan de oorzaakconstructie kleven, niet meer wegen, indien men de boven – in navolging van J. C. van Oven – verdedigde visie inzake de gevolgen van nietigheid aanvaardt, waarbij de regels van de goede trouw centraal staan.<sup>355</sup> Daarmee heeft overigens ook de vraag of deze rechtsfiguur op de artt. 1371, 1373 steunt, dan wel op art. 1359 v., veel aan belang ingeboet.

### 7. 'Wilsgebreken' bij eenzijdige rechtshandelingen. Voorstel tot wijziging van art. 3.2.10 Nw BW. 'Misleiding'

De vraag of de zgn. 'wilsgebreken' ook tot vernietiging kunnen leiden ingeval van 'eenzijdige rechtshandelingen' is in de literatuur maar weinig gesteld. Zo stelt Meijers met betrekking tot de dwaling: 'Of bij andere rechtshandelingen dan overeenkomsten een beroep op dwaling is toegelaten, weet niemand met zekerheid'<sup>356</sup>. Tot die 'niemand' rekent schr. kennelijk ook zichzelf; in art. 3.2.10, dat aangeeft wanneer een rechtshandeling in algemene zin vernietigbaar is, komt namelijk de dwaling als grond niet voor. Wél vindt men daar bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden geregeld.<sup>357</sup> Op het eerste gezicht lijkt het ontwerp de opvatting van De Grooth niet over te nemen, waarbij de dwaling bij eenzijdige rechtshandelingen op dezelfde leest geschoeid wordt als bij tweezijdige rechtshandelingen.<sup>358</sup> Deze indruk wordt door lezing van art. 3.2.3 weggenomen. Daar vindt men óók voor de *eenzijdige* rechtshandeling het vertrouwensbeginsel neergelegd.<sup>359</sup> In

355. Wat het in de vorige noot als eerste genoemd bezwaar betreft, valt te denken aan de hantering van wat in het engels recht *estoppel* heet, de goede trouw belet degen die misbruik van omstandigheden maakt, om zich op nietigheid van de overeenkomst te beroepen. Een soortgelijk beginsel meen ik te onderkennen in de dwalingsopvatting van H. Drion, vgl. mijn *WPNR*-artikel, p. 51, nt. 87. Vgl. verder, voor de in de jurisprudentie veel gehanteerde constructie, dat in de gegeven omstandigheden een beroep op een aan de wet of een overeenkomst ontleend recht (bevoegdheid) in strijd is met de goede trouw, het boven opgemerkte, § 2, no. 7.

356. *Toel.*, p. 180.

357. Voor de aanwezigheid van bedrog eist lid 3 opzettelijk gedane onjuiste mededelingen, of opzettelijk verzwijgen waar spreken plicht is, teneinde iemand tot het verrichten van een rechtshandeling te bewegen. In Boek 6 werd geen bedrogartikel opgenomen.

358. *Preadv. Cand. Not.* 1948, p. 96. Aan dwaling dient bij eenzijdige rechtshandelingen slechts dan betekenis toegekend te worden, 'als deze is ontstaan als gevolg van mededelingen of gedragingen van de door de rechtshandeling bevoordeelde persoon, waardoor de "dwalende" tot de rechtshandeling is gebracht'. De Grooth beroept zich daarbij op het *afstands*-arrest, HR 24 juni 1938.

359. Vgl. hetgeen hieromtrent boven bij de behandeling van afstand van recht opgemerkt werd, I, § 3, no. 6. Daar vindt men ook een beschrijving van de rechtspraak van de hoge raad op dit punt, die afwijkt van de hier, in aansluiting op het Nieuw BW gevolgde opvatting (de reeks: *Illustra - Reinartz, Van Dongen - Van den Oetelaar, De Zaan - Intercoal*). Vgl. ook nog onder, nt. 361. Art. 3.2.3 en de (wils-)conceptie die daaraan ten grondslag ligt vindt men ook nog onder besproken, III, § 7, nos. 2, 7 v.



de door mij verdedigde visie, waarbij uitgegaan wordt van de overeenkomst als rechtsverhouding, tot stand gekomen door twee eenzijdige rechtshandelingen van de twee partijen, ligt de aansluiting bij De Grooths opvatting voor de hand. De wijze van uitdrukken: de overeenkomst is vernietigbaar of kan vernietigd worden, kan in de hier verdedigde opvatting gehandhaafd blijven. Doch dit is slechts een oppervlakkige beschrijving van hetgeen plaatsvindt: de rechtshandeling-aanbod, resp. -aanvaarding wordt als vernietigbaar aangemerkt. De 'toezegging' wordt hierbij ongedaan gemaakt, met als gevolg dat eveneens de daarop gebaseerde rechtsverhouding ('overeenkomst') te niet gaat.

In de heersende leer gaat men tot hetzelfde punt terug, zij het met de formulering, dat geen wilsovereenstemming (consensus) heeft plaatsgevonden. Vandaar de term 'wilsgebrek'. Ik zou ervoor willen pleiten, de hier verdedigde zienswijze in het ontwerp op te nemen, en wel door de bedrogsregeling van lid 3 van art. 10 te verruimen. In de huidige redactie heeft het lid toch geen betekenis voor de praktijk, gezien de eis van *opzettelijk* gedane onjuiste mededelingen of verzwijgingen. Opzet valt immers nauwelijks te bewijzen.<sup>360</sup> Als alternatief zou ik een regeling willen bepleiten, analoog aan de zoëven weergegeven dwalingsregeling, die ik voor Boek 6 voorstelde. Derhalve een onderscheid tussen handelingen die een onjuiste voorstelling van zaken opwekken of versterken die te *goeder trouw*, en die welke te *kwader trouw* verricht werden. Op deze wijze wordt lid 3 in overeenstemming gebracht met het in art. 3.2.3 geregelde (vgl. boven).<sup>361</sup> (Onder handelingen wordt hier verstaan: mededelingen, gedragingen en verzwijgingen). Een onderscheid dat in mijn opvatting slechts van belang is voor de schadevergoedingsregeling.

360. De toelichting op lid 3 verwijst naar het engelse begrip *fraud*. Ook t.a.v. dat begrip wordt in het engels recht het bezwaar naar voren gebracht, dat *fraud* 'notoriously difficult to prove' is, vgl. mijn *NJB-artikel*, p. 976. Staat men hier een volkomen objectivering van het opzet voor — vgl. de moderne strafrechtsontwikkeling — dan is het zinvoller om van 'kwade trouw' te spreken, een term waarmee de civilist vertrouwd is.

361. Het bezwaar van Houwing, *preadv. Rechtsverwerking*, p. 62 v., tegen een regel als die van art. 3.2.3 voor eenzijdige rechtshandelingen waarbij men een recht prijs geeft, nl. dat daardoor een ongerechtvaardigde verrijking van de bevoordeelde ten koste van de handelende teweeggebracht zou worden, is m.i. ongegrond. De bevoordeelde moet immers te goeder trouw zijn, d.w.z. als 'redelijk oordelend mens' onder de gegeven omstandigheden tot het oordeel kunnen komen, dat i.c. van afstand van recht sprake was. In die vaststelling van de goede trouw van de bevoordeelde, d.w.z. de toetsing of zijn oordeel gezien de verkeersnormen in de gegeven omstandigheden als 'redelijk oordeel' kan gelden, zit een beveiliging tegen gevallen van ongegronde verrijking. Immers in het verkeer geldt — in de woorden van Suijling —: 'Een normaal mensch geeft nimmer activa zonder reden prijs' (vgl. Hamaker, diss. p. 49). In de toelichting op het gewijzigd ontwerp — dat inmiddels verscheen — vindt men een soortgelijk standpunt ingenomen, vgl. M.v.A. 18 maart 1970, zitting 1970-1971, 3770, no. 5, p. 49. In de hier verdedigde visie is ook voor de regel van *De Zaan - Intercoal* plaats. Indien nl. de bevoordeelde met enige aarzeling als niet te goeder trouw aangemerkt wordt, terwijl degeen die afstand deed eveneens niet volkomen zorgvuldig handelde, is er veel voor te zeggen dat de laatste de schade die de eerste lijdt door de vernietiging van de afstandshandeling voor zijn rekening neemt (vgl. de figuur van 'medeschuld' bij onrechtmatige daad).

Daarnaast zou ik ook het schrappen van lid 2 inzake 'bedreiging', willen bepleiten. Een dergelijke uitzonderlijke rechtsfiguur valt immers op eenvoudige wijze bij lid 4, misbruik van omstandigheden, onder te brengen, in de tekst, of in de toelichting daarop.<sup>362</sup> Een consequentie van de ontworpen regeling, evenals trouwens van de geldende jurisprudentie, is, dat de term 'wilsgebreken' geschrapt moet worden uit het juridisch taalgebruik. Het gebrek aan de wil van de handelende vormt immers niet meer de grond voor aantasting van die rechtshandeling, maar de onzorgvuldige gedraging – strijdig met de in casu geldende regels van goede trouw – van de wederpartij. Handhaving van die term werkt slechts verwarring in de hand. Als nieuwe term zou ik willen voorstellen: *misleiding*, het opwekken of versterken van een onjuiste voorstelling van zaken bij een wederpartij, in het precontractuele stadium (de oude begrippen 'dwaling' en 'bedrog' verenigd). Daarnaast kan de al ingeburgerde term 'misbruik van omstandigheden' geplaatst worden (waaronder ook het oude 'dwang' begrepen wordt). Overigens is misleiding een vorm van misbruik van omstandigheden, bijv. van de omstandigheden dat de ander geen kennis van zaken heeft en afgaat – in goed vertrouwen – op de deskundigheid van zijn wederpartij. Deze verwantschap zou in het ontwerp tot uitdrukking gebracht kunnen worden.

Om tot slot nog een opmerking van methodische aard te maken, ook de 'vernietigbaarheid' van rechtshandelingen betreft de uitleg daarvan. Men wordt hier immers voor de vraag gesteld, of een toezegging, bijv. een aanvaarding van X, onder de omstandigheden dat de aanbieder Y onjuiste mededelingen deed waarop X zich baseerde en mocht baseren bij zijn handelingen, wel als een *rechtshandeling* 'aanvaarding' gekwalificeerd kan worden. De rechtsnormen die deze uitleg-rechtsvindingsproblematiek beheersen, zijn die regels van de goede trouw welke in de rechtspraak ontwikkeld zijn, en als regels voor dwaling te boek staan.<sup>363</sup> Hier moet hetzelfde gelden, als reeds ten aanzien van *nietigheid* van rechtshandelingen hierboven werd opgemerkt.<sup>364</sup> Ook hier geldt, bijv. bij de dwaling, dat bij dit uitlegproces sprake kan zijn van een 'Umdeutung' – hetgeen bij ons 'conversie' heet – die resulteert in een schadevergoedingsvordering van de 'dwalende' jegens zijn wederpartij, die de onjuiste voorstelling van zaken teweegbracht.

Aan een theoretische beschouwing over het verschil tussen vernietigbaarheid en nietigheid van rechtshandelingen, moet hier voorbijgegaan worden. Wel valt er nog op te wijzen, dat in de moderne ontwikkeling van het nie-

362. Als eerste grond voor misbruik van omstandigheden wordt in lid 4 genoemd dat i.g.v. 'andermans noodtoestand'. In geval van 'bedreiging' — het tegenwoordige dwang — wordt die noodtoestand door degenen die bij de rechtshandeling bevoordeeld wordt (of diens handlangers) teweeggebracht. In zo'n situatie moet de rechtshandeling a fortiori als vernietigbaar aangemerkt worden. Overigens vindt men bij Simon van Leeuwen al de dwang samen met misbruik van omstandigheden behandeld, vgl. Hardenberg, *WPNR* 4970 (1967), p. 459 nt. 57.

363. Vgl. reeds als wegwijzer de HR in *Van Prooye - Veltenaar*, 1925. Vgl. boven § 3. no. 4.

364. Vgl. boven, no. 4.

tigheidsbegrip, vele van de traditionele onderscheidingen reeds om die reden wegvallen.

### 8. *Conclusie*

In deze paragraaf werd het grensterrein tussen feitelijke- en rechtshandelingen geëxploreerd. Daarbij werd stilgestaan bij enkele oude grensstenen, die danig door de tand des tijds aangetast bleken te zijn: het *causa*-vereiste en het *wilsvereiste*.<sup>365</sup> Voor de verwerping van het eerste begrip kon steun in de literatuur gevonden worden, o.a. in het ontwerp-Meijers. Getracht werd een alternatief voor de rechtsvinding te bieden, dat meer zou kunnen bevredigen, dan dat welke het ontwerp biedt. Verder werd de *zgn.* abstracte rechtshandeling verworpen, en betoogd dat het *afstandsarrest* van 1938 geen geldend recht weergeeft.

Met betrekking tot het *wilsvereiste*, geconcretiseerd in de regeling van de 'wilsgebreken', werd naar voren gebracht op welke wijze naar geldend recht het uitgangspunt bij deze materie verlegd werd. En wel van de gebrekkig gevormde wil van de handelende naar de onzorgvuldige gedraging van diens wederpartij. Ter vervanging van de term 'wilsgebreken' (dwang, dwaling, bedrog) werd de invoering van de termen 'misleiding' en 'misbruik van omstandigheden' bepleit, voor het geldend recht en het ontwerp-BW. In dat verband werden wijzigingen voor het ontwerp voorgesteld, waarbij naast verbeteringen uit methodisch oogpunt, ook de aansluiting bij de heersende jurisprudentie de leidraad vormden.

Naar aanleiding van beide onderwerpen werden bij begrippen als 'nietigheid' en 'vernietigbaarheid' methodische kanttekeningen geplaatst.

365. Om wijdlopigheid te vermijden werd het vereiste van handelingsbekwaamheid niet in het onderzoek betrokken. Zoals bekend, berust dit vereiste op een makro-juridische of sociale grondslag, de wenselijk geachte bescherming van minderjarigen en onder curatele gestelden, bij hun optreden in het rechtsverkeer. De problematiek rond de vernietigbaarheid van de door de genoemde personen aangegane handelingen, is in wezen overeenkomstig aan die welke hierboven onder *b* ter sprake kwam. Ook hier ziet men de figuur, dat bij de rechtsvinding de 'vernietigde' handeling omgezet wordt in een verplichting tot schadevergoeding jegens de wederpartij van de handelingsonbekwame, indien de laatste bij de prestatie gebaat werd, vgl. art. 1487 BW (aldus overigens ook het engels recht). Ook hier kent men het probleem, of de wettelijke regeling een vrijbrief voor bedrog door de handelingsonbekwame kan opleveren. Het belang van deze vraag is echter sterk verminderd door de regeling van art. 1487. Opmerkelijk is overigens dat de wetgever hier tot een ander resultaat komt dan de HR in het analoge geval van *Quint - Te Poel*. Immers ook in de situatie van art. 1487 is de wederpartij van de 'onbevoegde' — zoals art. 1487 het noemt — naar de norm van het arrest niet te goeder trouw: hij had de registers kunnen raadplegen. Desondanks kent het artikel hem een vordering toe.

# Hoofdstuk IIIB. Toerekeningsleer

## Bestrijding van de wilsleer

### § 6. EEN VERGETEN REVOLUTIE IN HET PRIVAATRECHT. DE STRIJD TEGEN HET WILSDOGMA IN DE NEGENTIENDE EEUW, DOOR AANHANGERS VAN DE VERTROUWENSTHEORIEËN IN NEDERLAND, DUITSLAND EN SKANDINAVIË

#### a. De bestrijding van het wilsdogma in de nederlandse literatuur van de vorige eeuw

##### 1. Inleiding. De wilsleer

In de Inleiding van dit werk werd er door mij al op gewezen, dat mijn bestrijding van het wilsbegrip geen novum is. Een eeuw geleden ontstond zelfs een internationale stroming waarin de verwerping van het wilsdogma als grondslag van het (privaat)recht bepleit werd. Op deze plaats wil ik aandacht schenken aan deze revolutie, die men in de nederlandse en duitstalige literatuur van deze eeuw nagenoeg onbesproken vindt. De gevolgen die deze lakune voor de rechtstheorie met zich brengt, komen in de hier volgende paragrafen telkens in al hun scherpste naar voren. Met het oog op de omvang van dit werk, werd deze paragraaf in staccato geschreven. De bestrijding van de wilsleer ontstond aan de vooravond van de industriële revolutie, rond 1870, nagenoeg gelijktijdig in Skandinavië, Duitsland, en ons land, zonder dat er, wat betreft het ontstaan, van onderling verband tussen deze stromingen sprake was. Allereerst zal de nederlandse stroming besproken worden.

In de vorige eeuw was ook in ons land de wilsleer in de doctrine de heersende leer, evenals dat nu het geval is. Het merkwaardige van die leer is, dat zij als een vanzelfsprekend gegeven werd aanvaard; pas toen zij aan de bestrijding werd onderworpen zocht men naar een fundering voor de leer. De wilsleer was (en is nog) een gegeven, zoals Opzoomer met instemming opmerkte, 'aan welke juistheid eeuwen lang door niemand is getwijfeld'. Om een indruk van die leer te krijgen wil ik Opzoomer aan het woord laten. De rechtsopvatting die hieruit spreekt, is dezelfde die in deze eeuw

door Meijers gehuldigd werd, en die nog steeds het beeld van de hedendaagse literatuur bepaalt. Opzoumer betoogt:

'Volgens het oude, nog altijd heerschende gevoelen kan, buiten de gevallen, waarin de wet zelve alleen uit de bestaande feitelijke betrekking geheel zonder zijn wil in aanmerking te nemen, eene verbintenis heeft ontwikkeld, *de mensch door niets anders verbonden worden, dan door zijn wil. Hij is persoon en daardoor tot zelfstandig ingrijpen in den loop der dingen geroepen.*

Hij heeft een wil, en wat door dien wil gekozen wordt moet gelden, zoo geen hooger en beter, krachtiger wil (schr. verwijst hier naar de wil van de Staat, v. D.) zich er tegen verzet. Om dien wil, om die persoonlijkheid wordt zelfs het bloote bezit geëerbiedigd. *Alleen op dien wil, die persoonlijkheid, rust ook de verbintenis.* Natuurlijk moet die wil geopenbaard zijn, . . . De geheime, verborgen wil kan geen kracht hebben: alleen de uitgesproken, geopenbaarde wil kan werken . . . De wil geldt slechts in zijn uitspraak, zoolang deze er is, is er ook de wil, en zij geldt alleen omdat ze den wil uit. Met andere woorden *niet door het spreken op zich zelf, maar door het uitgesproken willen is men gebonden.*<sup>1</sup>

Uit deze passage komt de grondslag waarop de wilsleer rust naar voren, het *individualisme*. Zoals Opzoumer het elders uitdrukt, de gebondenheid in rechte valt terug te voeren tot '*de soevereine menschelijke wil*', hetgeen gelijk staat met '*de persoonlijkheid des menschen*'.<sup>2</sup> Het betreft hier een *mens*-en maatschappijopvatting die de mens als individu, als middelpunt heeft, hetgeen met het aan de filosofie ontleende wilsbegrip tot uitdrukking gebracht wordt. Het aanvaarden van de menselijke wil als grondslag van de gebondenheid in rechte als axioma – niet ten onrechte sprak men van wilsdogma, en van *dogmatiek*, een nog steeds gangbare term – heeft tot gevolg dat de gehanteerde rechtsmethode *deductief* van karakter is. Het menselijk handelen wordt gerelateerd aan het a priori aanvaarde begrip: de wil (vgl. de begrippen wilsverklaring, wilsovereenstemming, wilsgebrek, etc.). Er werd al op gewezen dat in deze rechtsopvatting de *traditie* een doorslaggevende rol speelt. Het rechtssysteem is in deze *statische* rechtsvisie gesloten, het duldt geen invoering van nieuwe beginselen.

## 2. De leidse revolutie van 1875. Een copernicaanse wending. Van 'nieuwe leer' tot 'vertrouwensleer'

De tegen de wilsleer gerichte stroming in de doctrine, waartoe Hamaker en S. J. Fockema Andreae in 1875 vanuit Leiden de eerste stoot gaven<sup>3</sup> – Ha-

1. *Het Burgerlijk Wetboek verklaard* V, 1879, p. 29 v., 2e dr. 1891, p. 27 v., mijn curs. Vgl. verder ook Opzoumers 'fragment' *Wil of vertrouwen*, *Themis* 1881, p. 221 v. (een reactie op de gelijknamige brochure van W. Modderman). In dezelfde zin Goudsmit, *Pandecten systeem*, II, p. 84, nt. 2.

2. Id. 2e dr. p. 36. In dezelfde zin H. J. Hamaker, *Themis*, 1881, p. 281 v., *Verspr. Geschr.* VII, p. 367 v.

3. Resp. *Beschouwingen over pandrecht*, *Nieuwe Bijdragen*, 1875, p. 49 v., *Verspr. Geschr.* II, p. 245 v. *De Wil en de Wilsverklaring*, *Nieuwe Bijdragen*, 1875, p. 267 v. De een was in Leiden advocaat, de ander rechter.

maker keerde echter na korte tijd de nieuwe beweging de rug toe<sup>4</sup> – is op de aangegeven punten de tegenpool van de wilsleer.

In de hier verdedigde mens- en maatschappijopvatting staat niet de mens (als individu) centraal, maar de maatschappij, de *rechtsorde*.<sup>5</sup> De filosofische grondslag van de wilsleer wordt aan een onderzoek onderworpen en als aprioristisch terzijde geschoven.<sup>6</sup> De methode die in deze stroming – aanvankelijk bekend als ‘de nieuwe leer’ – gehanteerd wordt laat zich als *inductief* kenmerken. Men analyseert concrete situaties van menselijk handelen en tracht tot de formulering van maatstaven te komen, waarop naar geldend recht een gebondenheid van de handelende persoon gebaseerd wordt.<sup>7</sup> Men laat zich tenslotte in de nieuwe leer niet door de traditie aan de hand nemen, maar men vraagt zich af, welke eisen in de snel veranderende maatschappij aan het rechtssysteem gesteld worden.<sup>8</sup> Het betreft hier een *dynamische* rechtsopvatting, waarbij het rechtssysteem ondergeschikt geacht wordt aan de maatschappelijke behoeften, en niet vice versa, zoals (stilzwijgend) in de wilsleer aangenomen wordt. Opzomer spreekt er dan ook van, dat in de nieuwe leer ‘de wil op het altaar der moderne maatschappij geslacht wordt’.

Hetgeen de voorstanders van ‘de nieuwe leer’ beoogden, betekende een copernicaanse wending in het privaatrecht; in plaats van de individuele mens werd de maatschappij als middelpunt van het rechtsdenken naar voren geschoven. Vandaar waarschijnlijk ook de grote weerstand die zij opriep, een aspekt dat zo dadelijk nog om aandacht vraagt. De nieuwe grondslag van de rechtshandeling, die de analyse van de rechtspraktijk opleverde, met name op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten, kreeg op de volgende wijze zijn gestalte. Niet langer is hetgeen een persoon met een door hem gedane verklaring gewild heeft het uitgangspunt, maar de *voorstelling* die door de verklaring bij degeen tot wie zij gericht werd *opgewekt werd*, en redelijkerwijze opgewekt *moest* worden. Als grondslag van de gebondenheid werd derhalve niet het willen maar het zeggen, de verklaring

4. Vgl. het in de voorlaatste noot genoemde artikel, een recensie van Moddermans al genoemde brochure. Hamaker acht — kennelijk door Opzomers bestrijding van zijn artikel uit 1875 bekeerd — het beginsel van de *autonomie van de wil* ‘filosofisch waar en om zijn gevolgen doelmatig’, en meent dat de bindende kracht van rechtshandelingen daardoor ‘gerechtvaardigd’ wordt. Hierbij ‘kunnen ons verstand en rechtsgevoel zich neerleggen’, merkt schr. op.

5. Aldus, expliciet, J. A. Levy, *Hand. NJV* II, 1877, p. 78 v. *Nw. Bijdr.*, 1881, p. 315 v., i.h.b. pp. 338 v., 350 v., 362 v.; J. P. Moltzer, *Hand. NJV* I, 1889, p. 152. Aldus ook H. L. Drucker, die overigens niet de nieuwe leer toegedaan was, *RM* I, 1882, p. 56.

6. Vgl. Fockema Andreae, t.a.p. Men vindt daar bestreden: Hugo de Groot, Hobbes, Puffendorf, Wolf, Kant, Fichte, Hegel, Herbart, Ahrens, Von Savigny en Windscheid.

7. Vgl. vooral de beschouwingen van Hamaker en Fockema Andreae uit 1875, en het preadvies van J. C. de Marez Oyens, *Hand. NJV* I, 1877. Door dat laatste werk kwam de nieuwe leer overigens in het centrum van de belangstelling te staan.

8. De Marez Oyens wijst erop dat de nieuwe leer niet aan landsgrenzen gebonden is, en is voortgekomen uit eenzelfde zucht die ook in de overige wetenschappen leeft, ‘de hartstocht der werkelijkheid, het realisme in de wetenschap, den wensch zich niet langer op te houden met de metafysica, maar met realiteit’, II, p. 112h.

aanvaard. Maar het is nooit in deze opvatting de *verklaring-sec* die bindt, maar 'de verklaring en de omstandigheden, die op de voorstelling welke ze tengevolge heeft van invloed zijn'.<sup>9</sup> Evenmin is het *feitelijk* vertrouwen op zich de nieuwe grondslag, maar het 'redelijk' of 'rechtmatig' vertrouwen. Het gaat hier derhalve om een normatief te hanteren criterium.<sup>10</sup> Voor velen bracht de aanvaarding van deze visie met zich, dat ook krankzinnigen door hun handelen gebonden kunnen worden, mits daardoor een redelijk vertrouwen bij een ander opgewekt werd.<sup>11</sup>

Het laatst genoemde begrip kwam steeds meer centraal te staan, en al vrij gauw stond de nieuwe leer bekend als de 'leer van het vertrouwen', of kortweg 'vertrouwensleer'.<sup>12</sup> Was aanvankelijk de opzet het gehele verbintenissenrecht van de nieuwe grondslag te voorzien<sup>13</sup>, al vrij gauw spitste de zich ontbrandende polemiek zich toe op de totstandkoming van overeenkomsten, ondanks de poging van sommigen om het terrein van de strijd te verleggen.<sup>14</sup> Toen de pennen stokten in deze cause célèbre, 'wil of vertrouwen', was bij velen de indruk gebleven dat het hier alleen de problematiek rond de totstandkoming van overeenkomsten betrof. Een indruk die na de eeuwwisseling tot vandaag toe is blijven bestaan, echter ten onrechte.

Bij de fundering van het nieuwe beginsel zochten latere aanhangers van de vertrouwensleer veelal steun bij het oude germaanse recht – veelal onder invloed van duitse auteurs als Siegel – onder verwerping van hetromeinsrechtelijk erfgoed.<sup>15</sup> Het '*belofte maakt schuld*' werd daarmee de wapenspreuk van de revolutionairen. Ook in dit opzicht werd het traditionele wilsaanhangers er niet eenvoudiger op gemaakt de nieuwe leer te volgen.

9. Fockema Andreae, t.a.p. p. 290 v.

10. Vgl. Hamaker, 1875, p. 277, De Marez Oyens, p. 123, 125; Levy, t.a.p. 1877, p. 80, 1881, p. 333; Modderman, *Wil of Vertrouwen*, 1880, p. 40, 48 v.; Moltzer, p. 137, 148 v.; M. Smit, diss. 1890, p. 110 v. 125.

11. Fockema Andreae, p. 290 v.; vgl. ook p. 615; Modderman, p. 50; Moltzer, p. 142 v.

12. Deze doopnaam werd door Oyens gegeven, p. 112c v.

13. Andreae past zijn nieuwe rechtsvisie toe op de figuren: totstandkoming van overeenkomsten, dwang, bedrog, dwaling, vertegenwoordiging, verbintenissen tegenover derden, uitleg van overeenkomsten, contracten inter absentes, wisselverbintenis. Vgl. p. 288-300. Levy verwerpt het wilsdogma voor het privaats-, straf- en staatsrecht, t.a.p. 1877, p. 78 v. P. van Bemmelen meent dat de wil slechts in het strafrecht thuis hoort, en niet in het privaats- en staatsrecht, *RM* 1889, p. 352 v.

14. Zo verwijt Levy, 1881, p. 319 v., Modderman dat hij de strijd heeft beperkt tot het terrein van de overeenkomst. Levy wil de strijd verleggen naar de eenzijdige wilsverklaring, en de herroepelijkheid daarvan in de heersende leer (bijv. bij het aanbod) aan de kaak stellen. Vgl. p. 336, 348, 355. Naderhand zijn tegenstanders van de vertrouwensleer, zoals C. Asser (vgl. onder) bereid de gedachte van de onherroepelijkheid van het aanbod van de nieuwe leer over te nemen.

15. Vgl. B. J. Gratama, *Hand. NJV*, II, 1877, p. 93, 112i v.; Modderman, p. 59; Levy, 1881, p. 349. De laatste spreekt van de 'onverzoenlijke kamp' tussen beide rechtsstelsels: 'het realistisch-subjektieve der Romeinen tegen het idealistisch-objektieve der Germanen'. Op dit aambeeld bleef Levy hameren, vgl. *Hand. NJV* II, 1889, p. 19; 1901, II, p. 24 v., 84 v.; 1904, II, p. 2 v. Vgl. voor deze problematiek nog, met name voor de rechtsopvatting van Hugo de Groot, sleutelfiguur tussen het oude, inheemse recht en hetromeins recht, M. Smit, *Grondslagen van ons verkeersrecht*, 1906, p. 235 v. Vgl. voor Siegel onder IV, § 2, no. 2.

3. Oorzaken van het ten onder gaan van de nieuwe leer. Bestrijding van de leer in de literatuur

De jurist uit deze tijd zal zich afvragen – althans zo verging het mij – hoe het komt, dat de aldus geschetste revolutionaire leer van het vertrouwen in de vergetelheid wegzonk. En – zo vraagt men zich verder af – op welke gronden zij (kennelijk zo succesvol) bestreden werd. Beide vragen wil ik in het kort aan de orde stellen, te beginnen met de laatste.

De bestrijding die de nieuwe leer van vele zijden ondervond, is zeer stereotyp, en kent ten hoogste de drie volgende aspecten. De voorstanders van de wilsleer slaan de aanval op hun fundering van de rechtshandeling af door haar eenvoudigweg – het is tenslotte een axioma – nogmaals te formuleren. Het is vaak een emotionele reactie van iemand, die zich in zijn zekerheden bedreigd voelt.<sup>16</sup> Fockema Andreae's bestrijding van de filosofische grondslag van de wilsleer vindt men bijv. nergens weerlegd.<sup>17</sup>

Een tweede algemeen aspect is, dat men de geschriften van de tegenstanders bijzonder slecht leest. Zo meent men ten onrechte, dat in de nieuwe leer *elk* opgewekt vertrouwen bindt, in plaats van het *rechtmatig* vertrouwen.<sup>18</sup> Eveneens meent men ten onrechte dat het vertrouwensbeginsel ook in geval van *juridische* onbekwaamheid van de handelende bepleit wordt, om dit vervolgens in strijd met de wet te achten.<sup>19</sup> Men krijgt overigens de indruk, dat men bij het lezen de grammatikale interpretatie hanteert, en dan ook zodra men het woord 'wil' gebruikt ziet, daaruit concludeert dat de vertrouwensleer uiteindelijk op het wilsbeginsel berust. Daarnaast geeft men ervan blijk de bronnen niet geraadpleegd te hebben, of enkel de beschouwing van de meest recente representant van de bestreden visie.<sup>20</sup>

16. Typerend is de reactie van J. Knottenbelt op de nieuwe leer, *Hand. NJV* II, 1877, p. 89. Deze 'verschrikt' hem, omdat zij 'zoozeer indruischt tegen alles wat tot nu toe algemeen werd aangenomen'.

17. Opzomer, die voor de bestrijding van de nieuwe leer een dertigtal bladzijden uittrekt, zwijgt daaromtrent. De bestrijding is overigens uiterst onzuiver. Vgl. bijv. Opzomers bestrijding van Hamaker, op p. 35 en daarnaast hetgeen de laatste in 1875 betoogd had, p. 270, 278 jo. 262. De bestrijding hangt van misverstanden aan elkaar. Als Hamaker, na omgegaan te zijn, op zijn beurt Modderman bestrijdt, (1881, p. 378 v.) geschiedt dit op basis van een slordige, onjuiste lezing van het betoog van de laatste, vgl. het door deze op p. 39 v. gestelde. Hamaker verwerpt terloops de (filosofische) grondslag van de vertrouwensleer, p. 387, doch het alternatief dat hij formuleert, lijkt als twee druppels water op dat van Modderman, vgl. p. 36, 40, 58. Drucker valt Hamaker in zijn kritiek bij, *RM*, 1884, p. 247, doch zijn weergave daarvan is het spiegelbeeld van hetgeen H. betoogde. Even curieus is het beroep van Drucker op het betoog van Cort van der Linden (*RM*, 1883, p. 1 v.), aangezien de uitlegmethode van de laatste lijnrecht tegenover die van Drucker staat. Volgens Moltzer, p. 150, nt. 3, was hier een 'non tali auxilio' op zijn plaats geweest.

18. Vgl. J. Pols, *Hand. NJV* II, 1877, p. 97 v.; W. L. Lulofs, *Nw. Bijdr.*, 1880, p. 666 v.; L. M. Rollin Couquerque, *Tweeërlei Dogma*, diss. Utrecht, 1893, p. 62 v., 70, 82 v.; Land, *Verklaring BW* III, 1892, p. 157, 2e dr. (Land-Lohman, IV) p. 187 v. Vgl. voor soortgelijke misvattingen in de literatuur van deze eeuw onder.

19. Aldus J. F. Houwing, *RM*, 1890, p. 519 v. De aanhangers van de vertrouwensleer hadden echter het oog op feitelijke onbekwaamheid, vgl. de boven aangehaalde schrijvers.

20. Zo noemt Houwing slechts Moltzer en Naber.



Het derde aspekt hangt nauw met het vorige samen. Door een slordige grammatikale lezing van de beschouwingen van de vertrouwensaanhangers, komt men tot het inzicht, dat in wezen geen verschil tussen beide opvattingen bestaat. De hele polemiek tussen wil en vertrouwen zou slechts een 'woordenstrijd' betreffen.<sup>21</sup> Sommige schrijvers worden tot deze mening gebracht doordat ook zij, uitgaande van de wilsleer, in de praktijk tot een normatieve uitleg van overeenkomsten komen. Daarmee is voor hen het twistpunt kennelijk slechts academisch. Zo wijst Drucker erop, dat de rechtspraak al lang voor deze vete, een uitleg op basis van de goede trouw voorstaat, en zich aan de hele strijdvraag weinig gelegen laat liggen.<sup>22</sup>

Aldus werd de nieuwe leer bestreden op een wijze, die weinig met die leer, zoals zij door verschillende schrijvers verdedigd werd, uitstaande had, en de revolutie bloedde dood. Hamaker was al vrij gauw aan de boezem van Opzoomer teruggekeerd, en Levy, die tijdens het debat van de *NJV* in 1877 nog allergisch was voor het woord 'wil'<sup>23</sup>, meende enkele jaren later, tot geruststelling van zijn – slecht lezende – tegenstanders dat 'de wil van uit het oogpunt van vertrouwen moest worden gehanteerd'.<sup>24</sup> Een eenzame Van Bemmelen bepleitte in 1889 nog het schrappen van het woord 'wil' in de terminologie van het privaatrecht, om verwarring te voorkomen.<sup>25</sup>

#### 4. *Vervolg. Hoe de leer van het vertrouwen onder het stof raakt. Analyse van een mislukte revolutie*

Voor de beantwoording van de hierboven als tweede gestelde vraag waarom de beschreven revolutie in de hedendaagse literatuur onvermeld is, kan het zoëven gestelde, met de toevoeging dat de tijd de sporen uitgewist heeft, niet als afdoende beschouwd worden. Het dwaalspoor ten opzichte van de

21. Aldus Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetenschap en wetgeving*, inaug. rede Utrecht, 1885, p. 5; Rollin Couquerque, p. 80. Een zienswijze die door Meijers overgenomen wordt, vgl. onder.

22. *RM*, 1884, p. 253; vgl. ook *RM*, 1895, p. 323.

23. Zijn kritiek gold het concept-artikel van De Marez Oyens — ter vervanging van het op de consensus berustende overeenkomst-begrip — I, p. 123, waarin het woord 'wil' gehanteerd wordt. In Levy's amendement, II, p. 80, komt dit woord niet meer voor, hetgeen door Oyens als een 'kleine plagerij' opgevat wordt, II, p. 112g. Vgl. ook boven, p. 175.

24. 1881, p. 350 v. Levy heeft hierbij echter uitsluitend het oog op de *handelingswil*, het psycho-motorisch proces dat aan het handelen voorafgaat. Die wil heeft hij op het oog, als hij stelt dat het 'recht om te willen' in de nieuwe leer intact wordt gelaten. Het gaat bij hem niet om de wil als rechtscheppende faktor. Dit wordt miskend door Houwing, p. 520 v., die de in de tekst weergegeven uitspraak van Levy overneemt. Het woord 'wil' vindt men overigens ook gehanteerd bij Moltzer, vgl. p. 139 v. De opvatting inzake de rechtshandeling van de laatste, lijkt overigens sterk op de door Houwing (t.a.p.) en later Suijling (*Inleiding*, I, 1918, p. 138) ontwikkelde opvatting, met verwerping van de vertrouwensleer.

25. Schr. spreekt van filosofisch-juridische 'humbug van willen en wilsverklaringen', die te danken is aan 'eene gebrekkige psychologie en aan verkeerde, vooral uit het natuurrecht afkomstige doctrinaire traditiën'. Van Bemmelen bepleit de invoering van het woord 'daad' (een tweezijdige rechtshandeling noemt schr. een 'gemeenschappelijke daad'), t.a.p., p. 353, 358.

onderhavige controverse werd vooral voortgezet door Rollin Couquerque, terwijl C. Asser en Meijers dat valse spoor tot in onze eeuw doortrokken. In zijn dissertatie, *Tweeërlei Dogma* (1893) geeft Rollin Couquerque een weergave van de strijd tussen wil en vertrouwen, waar Drucker – zelf outsider – in zijn recensie geen goed woord voor over heeft. De wijze waarop de beide leren tegenover elkaar gesteld worden, brengt Drucker tot de uitspraak, dat zij ‘op caricaturen gelijkende uitersten (zijn), die niet licht een rechtsgeleerde voor zijn rekening zal willen nemen’.<sup>26</sup> Deze welteverwente dissertatie<sup>27</sup> vormt echter de basis van C. Asser bij diens stellingname in de controverse, die dan ook voor de vertrouwensleer negatief uitvalt. Asser<sup>28</sup> laat zich in zijn verwerping leiden door de voorstelling die Couquerque van de ‘leer van het gesproken woord’ geeft, en miskent daarmee dat deze leer een eigen ontwerp van de laatste is, en zoals Drucker al eerder onderstreepte, niets met de leer van het vertrouwen uitstaande heeft. Asser lijkt met zijn betoog velen op hetzelfde dwaalspoor gezet te hebben, zoals de latere bewerkers van zijn boek, Van Goudoever en Rutten.<sup>29</sup> Met het verschijnen van Meijers’ dissertatie in 1903 lijkt de onderhavige rechtsdwaling zijn beslag gekregen te hebben. Meijers meent, dat zij die zich in de armen van de ‘wilsverklaring’ werpen, ‘slechts een spel met woorden drijven’, slechts een nieuwe terminologie verdedigen.<sup>30</sup> Het verschil tussen Meijers’ rechtsopvatting, en die van vele critici van de vertrouwensleer vóór en na 1903, ligt hierin, dat Meijers *niet* in de praktijk tot dezelfde oplossing als de nieuwe leer komt, door hantering van een normatieve uitlegmethode. Dan krijgt – zoals wij in de volgende paragraaf zullen zien – de onjuiste visie op het verleden grote repercussies.

Na de eeuwwisseling raakte de onderhavige ‘question brûlante’ onder het stof. De controverse tussen wil en vertrouwen, door Asser in zijn inaugurale rede nog ‘een der meest belangrijke theoretische vraagstukken van de

26. *RM*, 1895, p. 321. Vgl. ook nog onder, § 8, no. 4, in fine.

27. Zoals gemeld meent Couquerque ten onrechte dat de nieuwe leer uiteindelijk op het wilsdogma berust, vanwege het subjectief opgevatte vertrouwens-kriterium, p. 62 v. Verder suggereert schr. dat deze leer uit Duitsland overgewaaid is, p. 60, een opvatting die men in de moderne literatuur ook tegenkomt, vgl. Veegens in zijn noot onder HR 22 juni 1962, *NJ* 1963-3, *Van den Heuvel - Kath. Vacantiehuizen*.

28. *Handleiding III*, na zijn dood (1898) opgenomen in Asser-Limburg, 1905, p. 234 v. Vgl. ook Assers inaug. rede Leiden, 1892, *Wetenschap en wetgeving*, p. 16 v.

29. Asser - Van Goudoever, 1913-1921, p. 279, hanteert net als Houwing eerder deed, het onzuivere argument, dat het vertrouwensbeginsel niet baat bij onbekwaamheid. De vertrouwensleer wordt verder verweten, dat vertrouwen onvoldoende is, zonder een toerekenbaar opwekken door de wederpartij. Van Goudoever draagt de ‘verklaringsleer’ aan, als ‘ene verbeterde vertrouwensleer’. Het behoeft geen betoog dat die verbetering ten overvloede geschiedt. Asser - Rutten II, p. 67 v., ziet daarentegen de vertrouwensleer als een verbetering van de ‘verklaringsleer’ — de eenhoorn in de nederlandse doctrine: *deze theorie werd nl. door niemand verdedigd*. Vgl. mijn betoog in *WPNR* 5049 (1969), p. 321. Rutten kiest zelf in navolging van Meijers voor de wilstheorie, vgl. uitvoerig onder, § 8, no. 3 v.

30. p. 119 v. Vgl. daaromtrent reeds mijn beschouwing in het *WPNR*, t.a.p. 320 v.

laatste jaren' genoemd, treft men in de literatuur van deze eeuw slechts verminkt aan.<sup>31</sup>

De beoogde copernicaanse wending vond derhalve geen doorgang, de nieuwe leer sloeg op de rotsen van de traditie stuk. Als men nader tracht te analyseren, waaraan het falen van de coupe tegen de wilsleer te wijten is, kan op twee oorzaken gewezen worden. Degenen die zich op het oude vertrouwde wilsdogma bleven baseren, waren aan de nieuwe maatschappelijke visie op het recht nog niet toe. Men voelde zich door de bestrijding van de heersende rechtsopvatting, die tevoren nog nimmer ter discussie was gesteld, overrompeld. Het is echter de vraag of deze situatie thans, een eeuw later, ongewijzigd is gebleven. Het woord van Von Gierke – door Levy aangehaald in zijn rede voor de *NJV* van 1904 – ligt tegenwoordig dacht ik aardig in het gehoor: 'Unser Privatrecht wird *sozialer* sein, oder es wird *nicht* sein.' Een tweede oorzaak ligt mijns inziens hierin, dat de formulering van de nieuwe leer – zoals hierboven gebleken is – tot tal van misverstanden aanleiding gaf. Met name woorden als 'wil' en 'vertrouwen' werden, ook al waren zij van adjektieven voorzien of nader omschreven, door aanhangers van de wilsleer verkeerd opgevat. Hieruit kan men ook voor deze tijd lering trekken. Vandaar dan ook, dat in de door mij verdedigde *toerekeningsleer* (vgl. deel A van dit hoofdstuk) geen gebruik wordt gemaakt van begrippen als 'wil' en 'vertrouwen'. Het aan de filosofie ontleende wilsbegrip had men trouwens nodig om de soevereiniteit van de mens met betrekking tot zijn handelen in rechte, tot uitdrukking te brengen. In de ook door mij verdedigde opvatting, waarin het recht dient tot de regeling van maatschappelijke behoeften – met respektering van de mens als individu<sup>32</sup> – is aan dat zo verwarrende begrip geen enkele behoefte. Alleen indien men volgeling is van Hegel – zoals o.a. Eggens en Larenz – zal men deze zienswijze tot uitdrukking willen brengen met begrippen als 'de wil van de rechtsgemeenschap' of 'de wil van het recht', die tot de 'wil van het individu' in een di-

31. Behalve bij Meijers, Van Goudoever en Rutten, vindt men de vertrouwensleer onjuist weergegeven en bestreden (het alternatief dat men daarbij stelt, is doorgaans in de beste traditie van de vertrouwensleer) bij Thiel, diss. 1903, p. 156 v.; Suijling (1918), p. 138, vgl. 3e dr. 1948, p. 306, 339 v.; Janssens, diss. 1926, p. 19, 36; Hofmann, 4e dr. 1934, p. 181; Hofman - Van Opstall, p. 322; Van Brakel, 1937, p. 19 v.; Pitlo, p. 171 (3e dr., p. 151); Vgl. voor Van der Heijden, onder, § 8, no. 1 v. Jansma, diss. 1913, gaat aan de controverser voorbij. Losecaat Vermeer, diss. 1913, besteedt weinig aandacht aan nederlandse polemiek, en concentreert zich op de duitse literatuur. Schr. verwerpt de wilstheorie (voor het contractenrecht), en aanvaardt de 'verklaringstheorie', voor hem een synoniem van de 'vertrouwenstheorie'. Wel stelt Vermeer het bestaan van een *handelingswil* als vereiste, in navolging van Bülow e.a., en bij ons: Land (vgl. in deze zin ook Levy). Een vrij uitvoerige weergave van de wil-vertrouwen-strijd is te vinden bij Smit, *Grondslagen*, etc. (1906).

32. Doet men dit niet, dan slaat de weegschaal van het *individualisme* door naar het *fascisme*, en komt men van de regen in de drop.

alektische verhouding staan.<sup>33</sup> Aan een dergelijke metafysiek bestaat in de moderne filosofische stromingen echter geen behoefte. Ook in de rechtswetenschap dient zij naar mijn mening vermeden te worden. De moderne psychologie en psychiatrie gingen ons reeds voor. De in deze tijd gangbare wetenschappelijke methode in deze wetenschappen komt sterk overeen met die welke door de revolutionairen in de tachtiger jaren gehanteerd werd, en welke men ruwweg als *fenomenologisch* kan kwalificeren. Men kwam 'door het recht tot de regel'<sup>34</sup>, en niet vice versa: door de regel tot het recht. Men heeft hier met de voorlopers van Hijmans en Paul Scholten te doen.<sup>35</sup>

## **b. De bestrijding van het wilsdogma in de duitse literatuur van de vorige eeuw**

### *5. De strijd tegen het wilsdogma, een uitputtingsslag*

De strijd tegen de wilsleer, die in Duitsland een jaar eerder ter hand genomen werd dan in ons land, in 1874, biedt in grote lijnen hetzelfde beeld, dat wij in de vorige paragraaf tegenkwamen. Ook de uiteindelijke afloop van deze strijd, die tot ver in deze eeuw voortwoedde, is gelijk. In een onafzienbare stroom van geschriften werd al gauw de oorspronkelijke controverse uit het oog verloren, en op dit moment is in de duitstalige literatuur nageenog onbekend, dat aanvankelijk het bestaansrecht van het wilsbegrip, als grondslag van de rechtshandeling, ter discussie stond.<sup>36</sup> De gesloten compromissen – al werden zij niet als zodanig erkend<sup>37</sup> – gingen het beeld beheersen, en tenslotte trok de wilsleer, enigszins aangepast aan de nieuwe denkbeelden aan het langste eind. Van grote invloed was daarop de omstandigheid, dat op een moment dat de strijd nog onbeslist was, in 1900 het BGB ingevoerd werd, waarin de wilsleer – vooral door toedoen van Windscheid

33. Vgl. voor Eggens diens opstellen, *Een man een man*, etc., en *De bronnen van de verbintenis*, *Verz. Opst.*, 2, p. 200 v., 236 v. Eggens' opvatting inzake de rechtshandeling, waarbij van een *geobjektiveerd* wilsbegrip gebruik gemaakt wordt, vertoont sterke overeenkomst met die van Suijling en J. F. Houwing (vgl. boven). Deze lijn loopt verder terug, zoals ik al opmerkte, naar Moltzer, vgl. boven.

34. Aldus de titel van de inaug. rede van Moltzer, Amsterdam, 1881, waarin de *inductieve* methode van rechtsvinding bepleit wordt, ter vervanging van de gangbare deductieve methode. Vgl. ook zijn opmerking in zijn preadv. *NJV*, 1889, p. 132: het is de taak van de jurist om uit te gaan van de werkelijkheid.

35. Vgl. voor de rechtsvisie van deze schrijvers, boven, § 2, no. 9 v.; § 4, no. 5.

36. Een juiste, zij het onvolledige weergave van de controverse vond ik slechts bij B. Oebike, *Wille und Erklärung beim Irrtum in der Dogmengeschichte der beiden letzten Jahrhunderte*, diss. Münster, 1935. Het in de tekst gestelde gaat op voor de in dit hoofdstuk, en in Hfdst. IV besproken duitse en zwitserse auteurs. Vgl. voor de zwitsers A. Meier-Hayoz, R. Patry en P. Piotet, onder, IV, § 2, no. 11.

37. Zo stelt O. Bülow, *Das Geständnisrecht, Ein Beitrag zur Allg. Theorie der Rechtshandlungen*, 1899, p. 113, dat zijn bekend geworden theorie, waarin slechts voor de 'Erklärungswille' plaats is, tot een 'gänzlichen, ausnahmslosen Ablehnung der Willentheorie' leidt. Vgl. nog onder.

– neergelegd werd in het algemeen deel.<sup>38</sup> Aldus werd op het duitse recht een stempel gedrukt, met het gevolg dat de wilsleer in de recente literatuur nog steeds de heersende is.<sup>39</sup> Doch ook hier bleek de natuur veelal sterker dan de leer.<sup>40</sup>

### 6. Drie stromingen. Toerekeningsconstructies

Gezien de gelijkvormigheid die de nederlandse en duitse doctrinaire ontwikkeling kenmerkt, meen ik hier met een korte samenvatting van de coupe tegen de wilsleer te kunnen volstaan. Voordat de bestrijding van het wilsdogma een aanvang had genomen, in 1874, rommelde het al bij de voorstanders daarvan.<sup>41</sup> Bij de eigenlijke bestrijding vallen ruwweg drie stromingen te onderscheiden. De meest vergaande opvatting wordt door Ph. Lotmar verdedigd, waarbij de wil als grondslag voor de gebondenheid van álle rechtshandelingen verworpen wordt, en verder de grens tussen rechtshandeling en onrechtmatige daad uitgewist wordt.<sup>42</sup> Schall sluit zich wat het eerste betreft bij hem aan.<sup>43</sup> Een tweede stroming, waartoe W. Röver en S. Schlossmann behoren, staat een overeenkomstige opvatting voor, doch uitsluitend voor

38. Vgl. de §§ 116 e.v. BGB, i.h.b. § 119 (dwaling), § 133 (uitleg en wilsverklaring). Vgl. voor de wetsgeschiedenis van de dwalingsregeling Oebike, p. 74 v., en voor kritiek i.h.a. op de codificatie op basis van de wilsleer, S. Schlossmann, Festschrift A. Hänel, 1907, p. 31 v., 65 v.

39. Vgl. de in de volgende paragrafen aangehaalde schrijvers.

40. Doorgaans speelt de jurisprudentie hier de leidende rol. Vgl. voor de verwerping van de consensus-leer, en de aanvaarding van normatieve uitleg, boven, IIIA, § 3, no. 12; IV, § 2, no. 10. Bij de uitleg van overeenkomsten bleken aanhangers van de wilsleer als Larenz tot een normatieve uitleg te kunnen komen (vgl. in onze literatuur Rutten).

41. Men tracht het accent van de individuele wil van de handelende als grondslag van de rechtshandeling te verleggen naar het recht en de ongeschreven normen van het verkeer, maar men schrikt ervoor terug het wilsdogma te laten vallen, met als gevolg een tegenstrijdig, halfslachtig betoog, waarmee aanhangers van de wilsleer weinig moeite hebben in hun bestrijding. In die zin Girtanner, Hofmann, Brinz, Bekker, Bechmann, R. Leonhardt, en Regelsberger. Vgl. daaromtrent Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876, p. 81 v.; R. Schall, *Der Parteiwille im Rechtsgeschäft*, 1877, p. 5 v.; Bülow, p. 110 v.; Oebike, p. 61. Ook Von Jhering kan tot deze voorlopers gerekend worden. Met zijn in 1861 ontwikkelde leer van *culpa in contrahendo* werd het fundament van de wilsleer aangetast. Schr. kwam tot die leer, wegens de 'Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit' van de wilsleer. Vgl. daaromtrent Meier-Hayoz, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss*, diss. Zürich, 1948, p. 85 v.

42. *Über causa im römischen Recht, Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften*, 1875, pp. 9 v., 15 v., niet vermeld door Oebike. Lotmar stelt: 'dass der Eintritt der Rechtsfolgen unabhängig ist von der Gegenwart der Vorstellung der Rechtsfolgen als solcher im Bewusstsein des Handelnden, nicht minder wie von ihrem Begehrtsein durch den selben, das mithin kein Grund vorliegt, insbesondere die Bezeichnung Rechtsgeschäft auf diejenige Willensäußerungen zu beschränken, bei welchen der Handelnde die Rechtsfolgen will. Die Rechtswirkung tritt ein... von Rechtswegen, kraft des Urtheils des Rechts', p. 15 v. Lotmar heeft bekendheid gekregen als de grondlegger van het duitse arbeidsrecht.

43. p. 20 v. vgl. ook nog onder.

handelingen onder de levenden.<sup>44</sup> In de theorie van Schlossmann speelt het gerechtvaardigd vertrouwen een belangrijke rol. Vooral in dat opzicht vertoont zijn rechtsopvatting overeenkomst met de omstreeks dezelfde tijd in ons land ontwikkelde vertrouwensleer.

In een derde richting – ook wel bekend als de ‘Vermittlungstheorien’ – die de meeste bekendheid kreeg, neemt men een tussenstandpunt in, door de wilsleer gecorrigeerd te handhaven. In deze zienswijze komt men tot een gebonden achten van de handelende aan de uiterlijke verschijning van zijn wil, met behulp van het *Veranlassungsprinzip*. De eerste die deze constructie van de toerekenbare schijn van wil hanteerde was in 1875 O. Bähr, die echter op zijn aanvaarden van de  *fictie*  van wil als hulpmiddel veel kritiek te verduren kreeg.<sup>45</sup> Deze toerekeningsgedachte wordt korte tijd later met nog meer nadruk op de goede trouw gebaseerd door G. Hartmann<sup>46</sup>, die ook in ons land grote invloed op de literatuur gehad heeft, met name op Drucker en J. F. Houwing.<sup>47</sup>

De benaming ‘Vertrauenstheorie’ wordt wel aan Hartmann toegeschreven<sup>48</sup>, een term die overigens in de duitse doctrine niet ingeburgerd is, men spreekt doorgaans van ‘Erklärungstheorie’. Anders dan in de nederlandse vertrouwensleer, betreft het hier een vertrouwen gerelateerd aan de ‘werkelijke wil’ van de handelende.

De toerekeningsgedachte wordt op een andere wijze gehanteerd door Schall (1877). Deze schrijver verwerpt in navolging van Lotmar de wil als grondslag voor de rechtshandeling, doch meent bij wege van axioma, dat de handeling de persoon ‘zugerechnet’ moet kunnen worden.<sup>49</sup> De in deze eeuw

44. W. Röver, *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, 1874, p. 17 v., 47. Schr. ziet de verklaring als  *Bindemittel* . Het rechtsverkeer eist, gelijk ook uit ‘die Natur der Sache’ volgt, dat de ‘Willenserklärung bindet, gleichviel ob der Wille des Erklärenden ihr entspricht oder nicht’, p. 19. Bij Schlossmann,  *Der Vertrag* , 1876, vindt men dezelfde zienswijze, die echter vergezeld gaat van een uitvoerige en diepgaande bestrijding van de wilsleer. Vgl. nog uitvoerig onder, hfdst. IV, § 2. Röver en Schlossmann doen hun leer op de romeinsrechtelijke bronnen steunen, óók hun afwijking t.a.v. testamentaire beschikkingen. In dat opzicht kregen zij veel kritiek te verduren van aanhangers van de wilsleer. Een kritiek die in de moderne opvattingen inzake het romeins recht, als niet gebaseerd op de klassieke wilsleer, achterhaald is. Vgl. daaromtrent onder, § 7, no. 5.

45.  *Über Irrungen im Contrahieren* ,  *Jherings Jahrbüch.*  14, 1875, p. 400 v. Bähr vat zijn opvatting als volgt samen: ‘Wer beim Contrahieren in einer ihm zuzurechnenden Weise die äussere Erscheinung seines Willens hervorruft, sodass der ihm Gegenüberstehende bona fide Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, dass ihm im Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, nicht gehört. Er haftet aus der äussere Erscheinung seines Willens gerade so, als ob er wirklich gewollt habe’, p. 401. Vgl. voor kritiek op Bährs hulpmiddel van de  *fictie*  van innerlijke wil, teneinde met de wilsleer in het reine te komen, Oebike, p. 62 v., 67 en verder onder, § 7, p. 336.

46.  *Wort und Wille im Rechtsverkehr* ,  *Jherings Jahrbüch.*  20, 1882, p. 1 v. Vgl. ook  *Arch. Civ. Praxis* , 72, 1888, p. 161 v.

47. Vgl. de boven, § 1, no. 2 v., aangehaalde geschriften.

48. Aldus Meier-Hayoz, p. 84.

49. p. 39 v. in navolging van Binding, Bähr en Hölder. Schall onderscheidt twee categorieën, waarbij de handeling niet toegerekend wordt nl. i.g.v. ‘unwillkührliche Bewegungen’ (verschrijvingen, etc.) en i.g.v. het falen van communicatiemiddelen (telegraaf, etc.).

ontwikkelde 'Lehre von der Zurechenbarkeit'<sup>50</sup> trekt deze lijn echter niet door, doch keert terug naar de werkelijke wil als basis van de toerekening.

Een andere schrijver uit de vorige eeuw die in de laatste stroming onder te brengen valt, en die sterke invloed uitgeoefend heeft op de literatuur van deze eeuw, is Bülow.<sup>51</sup> Deze schr. verwerpt de wilsleer, doch in het vereiste van een 'Erklärungswille' komt het wilsdogma via de achterdeur weer binnen, al is de wil daar 'Ursache, kein Bestandteil des Rechtsgeschäfts'.<sup>52</sup> Deze zienswijze werd bij ons overgenomen door Losecaat Vermeer. De verdediging van de noodzaak van dit vereiste is bij al deze schrijvers óf pover, óf ontbreekt geheel, zoals bij Schalls axioma. Mijns inziens is voor de weerlegging van dit vereiste nog steeds de uitspraak van Bähr bruikbaar: 'mag der Erklärende relativ sehr unschuldig sein, so ist doch der Ihm Gegenüberstehende noch weit unschuldiger'. In de opkomst van het risiko-beginsel in deze eeuw – bij ons al in 1915 door Paul Scholten geïntroduceerd<sup>53</sup> – vindt deze zienswijze, die in het oude Veranlassungsprinzip haar wortel heeft, slechts haar bevestiging.

### c. De bestrijding van het wilsdogma in de skandinavische literatuur van de vorige eeuw

#### 7. De Löfte-theorie, een skandinavische vertrouwensleer

In de skandinavische doctrine ontstond omstreeks dezelfde tijd, rond 1870, een overeenkomstige stroming, die de zgn. 'Versprechens- und Erwartungstheorie', ook wel 'Vertrauenstheorie' genoemd, het licht deed zien. Anders dan in ons land en Duitsland, werd deze leer in korte tijd heersende leer en drong zelfs tot de wetgeving door. Aan deze leer zijn de namen van de de-

50. Vgl. Oebike, p. 66, (die daarbij H. Meyer aanhaalt), en verder A. Manigk, *Das rechts-wirksame Verhalten*, 1939 i.h.b. p. 95, 138 v. 159, 187. In dit geschrift vindt men een fascistische wilsleer verdedigd. De Erklärungstheorie wordt als afkomstig van joodse auteurs ontmaskerd (vgl. o.a. het *Vorwort*) en als 'rassefremd' verworpen.

51. *Das Geständnisrecht*, 1899; Bülow werd in ons land in de procesrechtelijke literatuur gevolgd door Levy, vgl. Opzoomer-Levy, XV, p. 3 v., en mijn vader, E. J. F. van Dunné, *De bekentenis afgelegd in het burgerlijk geding*, diss. Utrecht, 1915, p. 22 v. Anema volgde daarentegen de klassieke wilsleer, vgl. het laatste werk, p. 22. In de recente franse literatuur laat men zich door Bülow leiden, om een beeld van de doctrinaire controverse te krijgen, een helaas vertekend beeld, vgl. onder. Aldus meent A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, en droit civil français et allemand*, 1961, p. 35, dat aanhangers van de Erklärungstheorie nimmer de noodzaak van de wil ontkend hebben. Vgl. voor Riegs wilsleer onder, IV, § 3, no. 2.

52. p. 114. Op p. 113 neemt Bülow zonder meer als algemeen erkend aan, dat er een 'Wirkungswille' náást een 'Erklärungswille' onderscheiden wordt bij de rechtshandeling en verwerpt het eerste begrip als vereiste. Schr. volgt hierbij Zitelmann, die als aanhanger van de wilsleer dat onderscheid ontwikkelde in *Irrthum und Rechtsgeschäft*, 1879. Tot de zienswijze van de laatste vallen ook die van Kohler, Henle en Jacobi uiteindelijk te herleiden, vgl. voor die schrijvers Losecaat Vermeer, diss. (1913), p. 106 v., 233 v.

53. Vgl. boven, III, § 3, no. 9.

## § 7. BESTRIJDING VAN DE WILSLEER (20E EEUW)

nen Aagesen, Goos en later ook Evaldsen verbonden<sup>54</sup>, die voortbouwden op het realisme van hun landgenoot Ørsted, een tijdgenoot van Von Savigny. Deze stroming werd waarschijnlijk ook beïnvloed door het pragmatische engelse rechtsdenken, in een tijd waarin men zich van het duitse abstrakte rechtsdenken wilde losmaken.<sup>55</sup>

In deze vertrouwensleer werden het wilsbegrip en het overeenkomstbegrip verworpen. Niet de wil van de toezeggende persoon werd als rechtsgrondslag aanvaard, maar het vertrouwen dat bij zijn wederpartij gewekt werd. Doorgaans werd ook hier dat vertrouwen geobjectiveerd met behulp van de constructie, dat de door een doorsnee, redelijke persoon aan de verklaring te hechten, natuurlijke betekenis, normgevend is.<sup>56</sup> Deze vertrouwensleer vond haar toepassing op het terrein van totstandkoming van overeenkomsten, uitleg en nietigheid van overeenkomsten. Deze deense leer verbreidde zich in de overige skandinavische landen, en vond door toedoen van Lassen, Stang en Almén ten slotte een plaats in de skandinavische (uniforme) contractenwetten, die rond de eerste wereldoorlog tot stand kwamen.<sup>57</sup> Overigens wist de duitse wilsleer op vele terreinen nog invloed op de skandinavische schrijvers uit te oefenen.<sup>58</sup> Van een beïnvloeding van de duitse doctrine door de skandinavische *Löfte*-theorie was echter geen sprake, het bleef bij een signaleren van het verschijnsel.

## § 7. DE WILSLEER, ZOALS IN DE TWINTIGSTE EEUW IN DE NEDERLANDSE DOCTRINE INZAKE DE RECHTSHANDELING VERDEDIGD; DE SCHOOL VAN MEIJERS, VAN DER HEIJDEN EN RUTTEN. BESTRIJDING VAN DIE LEER

### a. Inleiding. De rechtshandeling in het ontwerp-Meijers

#### 1. Inleidende opmerkingen

De verdediging van de wilsleer in deze eeuw hangt nauw samen met de in

54. Ik ga hierbij af op de beschouwingen van S. Jørgensen, *Vertrag und Recht*, (Kopenhagen 1968) p. 19, 40, 81 v., 87. Schr. verwijst hierbij naar zijn werk *Fire obligationsretlige afhandlinger* (1965) p. 81 v., dat door mij niet geraadpleegd kan worden. Als ik het goed heb, is Aagesen bij deze vertrouwensleer de koploper, vgl. *Bemærkinger om Rettigheder over Ting*, Kopenhagen 1871.

55. Jørgensen, p. 81 v.

56. Het is mij niet duidelijk waarom Jørgensen, p. 40, meent dat deze vertrouwensleer evenals de wilsleer *subjektief* van karakter is, en dat de later ontwikkelde 'Erklärungstheorie' een verbetering hierop vormt. In deze laatste leer wordt de verklaring als 'die objektive, von den Vorstellungen der Parteien unabhängige Tatsache' opgevat. Overigens acht schr. die laatste leer niet aantrekkelijk aangezien zij met begrippen als 'Willensakt' en 'objektive Erklärungsinhalt' (!) werkt. Vgl. voor de als reactie hierop ontstane leer van de *dispositive Erklärungen*, ook door schr. aanvaard, onder, IV, § 2, no. 14, p. 416.

57. Vgl. daaromtrent onder IV, § 2, no. 13.

58. Vgl. Jørgensen, p. 83 v.



de vorige paragraaf beschreven episode, de tachtiger jaren, waarin onder de vlag van het vertrouwen, de strijd tegen het wilsdogma aangeboden werd. Het feit dat die revolutie in de doctrine onder het stof geraakt is, heeft zoals zal blijken, verstrekkende gevolgen ten aanzien van de wilsleer in haar huidige vorm.

De grote voorvechters van het wilsbegrip als grondslag van het privaatrecht in de literatuur van onze eeuw – ik zal mij in het vervolg van mijn betoog beperken tot Meijers, Van der Heijden en Rutten<sup>59</sup> – geven er stuk voor stuk blijk van, onvoldoende op de hoogte te zijn van de geschiedenis van het vraagstuk dat ons momenteel bezighoudt. Voor alle drie de schrijvers – die in hun denkbeelden een homogene groep vormen – geldt, dat zij een verschil aannemen tussen de ‘verklaringsleer’ en de ‘vertrouwensleer’, een misvatting waarop ik hierboven al de vinger legde, terwijl men telkens de indruk krijgt dat zij van de argumenten van de bestrijders van het wilsbegrip geen kennis genomen hebben. Soms ook is het alsof zij niet de moeite willen nemen die argumenten te weerleggen. De tijd deed daarbij zijn werk meedogenloos, met het gevolg dat de revolutionaire visie van de ‘tachtigers’ in de vergetelheid wegzonk. Met het verschijnen van het ontwerp-BW, met name art. 3.2.2, waarin door Meijers de wilsleer weer in oude luister hersteld wordt, lijkt het lot van de revolutionairen van de vorige eeuw voor goed bezegeld. Hetgeen deze beschouwingen mogen verhoeden.

Het hier volgende wordt echter niet geschreven enkel met het oogmerk een eerherstel voor de bestrijders van het wilsdogma uit de vorige eeuw te bewerkstelligen. De hierboven door mij verdedigde toerekeningsleer (vgl. deel A van dit hoofdstuk), met een beroep op de geldende jurisprudentie, gaat lijnrecht tegen de in de literatuur heersende wilsleer in. Al werd hierboven, met name ook in de eerste twee hoofdstukken, steeds met betrekking tot de onderzochte rechtshandelingen de zienswijze van aanhangers van de wilsleer bestreden, een bestrijding op het punt van de rechtshandeling in het algemeen, bleef tot dusver achterwege. Op deze plaats wordt daartoe een plaats ingeruimd. Om twee redenen wordt hier vrij uitvoerig bij de opvatting van het daareven genoemde driemanschap stilgestaan. Allereerst geldt dat deze schrijvers, Meijers voorop, groot gezag in de literatuur genieten. Hun rechtsopvatting vond, ook in de jongste tijd, van verschillende zijden

59. Buiten de school van Meijers staat A. Anema, eveneens een overtuigd aanhanger van de klassieke wilsleer, ‘de veel bestreden, maar nog altoos overwegend gangbare leer’. Asser-Anema, *Van Bewijs*, 1e dr., 1911, p. 395. Schr. eist voor een rechtshandeling dat ‘de wil is gericht geweest zowel op feitelijk- als op rechtsgevolg’, hetgeen hij de ‘zgn. objectieve wils-theorie’ noemt. Vgl. 2e dr., 1923, p. 97 v., een benaming die kennelijk aan Land ontleend werd. Doch de laatste nam alléén een *handelingswil* als vereiste aan, niet ook de *rechtswil*, vgl. boven, § 6, no. 3 v. Anema’s visie werd door Verdam in de 5e dr. 1953, p. 109 v., gehandhaafd, met een enkele retouche.

bijval.<sup>60</sup> Bovendien drukt de door hen verdedigde wilsleer, zoals gezegd, haar stempel op het Nieuw BW. Een tweede reden hiervoor is, dat de argumenten die Meijers c.s. voor hun zienswijze aanvoeren, in de toekomst tegen de in dit werk verdedigde toerekeningsleer kunnen worden aangevoerd. Met de hier volgende bestrijding van de argumentatie van Meijers c.s., is naar ik hoop een toekomstige oppositie de wind uit de zeilen genomen. Indien men ten minste met oude zeilen wil varen.<sup>61</sup>

De uitvoerige wijze waarop aan het standpunt van de nederlandse aanhangers van de wilsleer aandacht geschonken gaat worden, maakt het mogelijk de buitenlandse literatuur op dit terrein, in kort bestek te bespreken.<sup>62</sup> Dit wordt vergemakkelijkt doordat de gevolgde denktrant van volgelingen van het wilsdogma vrij stereotyp is, en de continentale rechtsstelsels veelal dezelfde wortels hebben. Die gelijkvormigheid in denken, ondanks het feit dat hier van verschillende rechtsfamilies in het Europese privaatrecht sprake is, vindt zijn oorzaak vooral hierin, dat enerzijds het aangesneden probleem er een is, dat om een bepaalde *maatschappij-opvatting* vraagt, terwijl anderzijds de gevolgde methode van rechtsvinding beslissend is: de axiomatische, deductieve methode (à la Meijers), dan wel de meer fenomenologische, inductieve methode (à la Scholten). Deze problematiek is nu eenmaal niet aan landsgrenzen gebonden. Ik verwijs daarvoor naar het in de vorige paragraaf gestelde, met betrekking tot de grondslag van de in de vorige eeuw in Europa en Skandinavië ontstane vertrouwenstheorieën (§ 6, no. 4).

## 2. De rechtshandeling in het Nieuw BW

Het standpunt van Meijers inzake de rechtshandeling verdient alleen al vanwege het feit, dat het in het door hem ontworpen art. 3.2.2 Nw BW (gehandhaafd in het gewijzigd ontwerp van 1971) neergelegd werd, een uitvoerige bespreking. Dat artikel luidt: *'Een rechtshandeling vereist een op een*

60. Meijers' wilsleer wordt aanvaard door Hofmann, I, 4e druk, 1935, p. 181 v. In de 7e dr., 1948, p. 266 v., kiest Van Opstall voor de vertrouwensleer, in een afgezwakte versie. In de 8e druk, 1959-1968, komt Van Opstall op zijn schreden terug en aanvaardt de leer van Meijers c.s., welke hij de *wil-vertrouwenstheorie* noemt, p. 322 v. De leer van Meijers en Van der Heijden wordt door Bregstein onderschreven in diens preadvies *NJV* 1936, *Verz. Werk.*, I, p. 207 v. In dezelfde zin verder Asser-Anema-Verdam, t.a.p.; J. G. Steenbeek, *Rechtshandeling en rechtsgevolg in het staats- en administratief recht*, p. 14 v., 31 v. Het meest recent werd deze visie onderschreven door Van Schilfgaarde, in diens besproken diss. van 1969, vgl. boven III A, § 2c. Ook Stein is deze zienswijze toegedaan blijkens zijn oppositie tijdens de promotie van Hamaker, in 1971.

61. Hetzelfde geldt voor mijn bestrijding van aanhangers van de wilsleer in de franse doctrine, Rieg en (in mindere mate) Bonassies, vgl. onder, IV, § 3, no. 2 v.

62. Vgl. § 8, no. 5, waarbij ten dele verwezen wordt naar het rechtsvergelijkend onderzoek dat in hoofdstuk IV ingesteld wordt.

*rechtsgevolg gerichte wil, die zich door een verklaring heeft geopenbaard.*<sup>63</sup> Voor een bestrijding van de in dit artikel neergelegde visie, die diametraal tegenover de door mij verdedigde toerekeningsleer staat, ligt het voor de hand, dat men Meijers' toelichting als basis neemt. Deze luidt als volgt:

'Art. 3.2.2. In dit en in het volgende artikel worden de vereisten opgesomd, waaraan een handeling moet voldoen, wil zij als rechtshandeling beschouwd kunnen worden.

*Voorop wordt in dit artikel gesteld, dat voor een rechtshandeling nodig is een op rechtsgevolg gerichte wil, die zich door een verklaring heeft geopenbaard.*<sup>64</sup>

*Met het stellen van deze dubbele eis van wil en verklaring, is geenszins in de vroegere strijd tussen wilstheorie en verklaringstheorie voor de eerste partij gekozen. Het dilemma was vroeger onjuist geformuleerd. De strijd ging immers niet tussen wil of verklaring (d.i. het door een verklaring opgewekte vertrouwen), maar tussen: alleen de geopenbaarde wil als grondslag van het rechtsgevolg, of een dubbele grondslag, zowel de geopenbaarde wil als daarnaast het opgewekte vertrouwen. In aansluiting met de in de Nederlandse rechtspraak reeds lang tot uitdrukking gekomen opvatting is het laatste stelsel aanvaard.*<sup>65</sup> Artikel 2 heeft betrekking op de geopenbaarde wil, artikel 3 op het opgewekte vertrouwen als grondslag ener rechtshandeling. Door het in artikel 2 bepaalde voorop te stellen, komt duidelijk uit, dat een rechtshandeling, waarbij wil en verklaring overeenstemmen, het normale geval is, terwijl artikel 3 dan in het belang van het verkeer bescherming verleent aan hem, die te goeder trouw op een rechtsschijn is afgegaan.

Op grond van artikel 2 zal, ook wanneer een verklaring wel een duidelijk voor de hand liggende betekenis heeft, doch door alle partijen ener overeenkomst in een zelfde ongewone betekenis is opgevat, die overeenkomst verbinden tot hetgeen die afwijkende betekenis aangeeft.

Het eerste lid verlangt een op een rechtsgevolg gerichte en door een verklaring geopenbaarde wil. Dit wil niet zeggen, dat de wil van de verklarende op alle rechtsgevolgen, die de handeling doet intreden, gericht behoefte te zijn. De rechtsgevolgen, die de wet, de gewoonte of de billijkheid doet intreden, ook al zijn zij niet verklaard, behoeven niet gewild te zijn' (p. 182, mijn curs.).

63. In het ontwerp-Meijers vormt deze bepaling lid 1 van art. 2, gevolgd door de leden 2 en 3. In het gewijzigd ontwerp vormt deze bepaling het gehele art. 2, en werd een afzonderlijk artikel, art. 2a, ingeruimd voor de oude leden 2 en 3. Daarbij ondergingen deze leden een geringe, voornamelijk redactionele wijziging. Art. 3.2.3 werd — met behoud van de opzet — ingrijpender gewijzigd. Ik laat die bepalingen hier volgen, in de gewijzigde versie:

*Artikel 2a. 1.* Heeft iemand wiens geestvermogens blijvend of tijdelijk zijn gestoord, iets verklaard, dan wordt een met de verklaring overeenstemmende wil geacht te ontbreken, indien de stoornis een redelijke waardering der bij de handeling betrokken belangen belte, of indien de verklaring onder invloed van die stoornis is gedaan. Een verklaring wordt vermoed onder invloed van de stoornis te zijn gedaan, indien de rechtshandeling voor de geestelijk gestoorde nadelig was, tenzij het nadeel op het tijdstip van de rechtshandeling redelijkerwijze niet was te voorzien.

2. Een zodanig gemis aan wil maakt een meerzijdige rechtshandeling vernietigbaar, een eenzijdige rechtshandeling nietig.

*Artikel 3.* Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door de ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenkomstige wil.

64. 'Vergelijk Titze, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, V, 1936, p. 790 en Von Tuhr-Sieglwart, p. 133 v.; Asser-Rutten, p. 80 v.'

65. 'Men zie o.a. HR 12 januari 1912, *W* 9302; 26 juni 1925, *W* 11478, *NJ* 1925, p. 977' (dit zijn de arresten, resp. *Delwel - Van Es* en *Cayzer Irvine - Smit*, v. D.).

Deze visie van Meijers berust op zijn ruim dertig jaar tevoren verschenen, voor velen nog steeds klassieke artikel, *De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen*.<sup>66</sup> Het daar gevoerde betoog vond nadere uitwerking in zijn *Algemene Begrippen*. Bij een bestrijding van het in de *Toelichting* gestelde, is het derhalve het meest zinvol, om de zoëven genoemde beschouwingen als uitgangspunt te nemen. Beschouwingen waarvan de stellingen nagenoeg woordelijk in de *Toelichting* op art. 3.2.2 terug te vinden zijn.

**b. Meijers' dubbele grondslag van de gebondenheid uit overeenkomst: wil naast vertrouwen**

*3. Meijers' uitgangspunten in zijn artikel van 1921. Bestrijding daarvan*

In zijn *WPNR*-artikel van 1921 stelt Meijers dat hij geen request-civiel wil opwerpen in een zaak die zoals hij zegt kracht van gewijsde heeft gekregen: de kwestie 'wil of verklaring'.<sup>67</sup> Het is hem erom te doen de gevolgtrekking die men uit de heersende leer kan maken te weerleggen, namelijk die dat 'het verbindende element der overeenkomst niet de geuite wil, maar de verklaring of het opgewekt vertrouwen' zou zijn. Zijn betoog, waarmee hij de onjuistheid van die gevolgtrekking tracht aan te tonen is zeer beknopt, en valt in twee delen uiteen (p. 142). Hij verwijt allereerst zijn overigens niet met name genoemde opponenten, dat zij door een overmaat aan belangstelling voor het abnormale vergeten dat overeenstemming tussen wil en verklaring nog in de overgrote meerderheid van gevallen regel is. Nergens in het recht wordt, zo betoogt schrijver, wanneer goed vertrouwen der wederpartij beschermd wordt, door het bestaan van bijzondere regels de hoofdregel voor dat rechtsgebied verdrongen, gelijk bij de leer der overeenkomsten waargenomen kan worden. Wanneer men de goede trouw beschermt van degenen die de bezitter der inschuld betaalt (art. 1422 BW), dan concludeert niemand toch hieruit dat een betaling aan de schuldeiser zonder waarde is omdat alleen betaling aan de bezitter der inschuld bevrijdt? En, zo vervolgt Meijers, wanneer het duitse recht de goede trouw van de eigendomsverkrijgers in bescherming neemt door de eigendom op hen te laten overgaan, dan brengt dit toch niet het schrappen van de rechtsregel voort, dat levering

66. *WPNR* 2675-2679 (1921), hier te citeren; *Verz. Opst.*, III, p. 81 v.

67. Meijers spreekt minder juist van de strijdvrage van 'wil of verklaring' i.p.v. die van 'wil of vertrouwen'. Schr. verwijst hierbij naar HR 12 januari 1912, *W* 9302, *Delwel - Van Es*, en de diss. van Losecaat Vermeer. Dat ook Meijers in de fout vervalt een 'verklaringsleer' te onderscheiden náást de vertrouwensleer, kan men opmaken uit diens noot onder HR 30 november 1933, *NJ* 1934-319, *Ostendorf - Knoop*, in fine (vgl. boven, II, § 2, no. 7, in fine). Uit de hierboven bij de uitleg al aangehaalde passage uit diens dissertatie, p. 119 v., komt Meijers' onjuiste visie op de kwestie 'wil of vertrouwen' onmiskenbaar naar voren. Vgl. § 6, no. 4. Vgl. ook § 3, no. 2.

door de eigenaar de eigendom doet overgaan? Dit alles toont aan, concludeert schrijver,

'dat naast den hoofdregel, die aangeeft, wanneer een rechtsgevolg intreedt, voor enkele weinig voorkomende *abnormale gevallen een aanvullende regel* wordt gegeven, die aangeeft wanneer ter bescherming van het goed vertrouwen gelijk rechtsgevolg zal intreden. Het kan ook bezwaarlijk anders. Wanneer men een rechtsgevolg laat intreden, omdat een goed vertrouwen is opgewekt, *dan moet toch wel* het feit, *waaromtrent het vertrouwen is opgewekt* (resp. *geuite wil*; schuldeischer zijn; eigenaar zijn) *in de eerste plaats dit rechtsgevolg in het leven kunnen roepen. Anders rust dit goed vertrouwen op geen redelijke basis.*

Er bestaat derhalve niet een dilemma, *geuite wil óf opgewekt vertrouwen, maar geuite wil en, tot aanvulling daarnaast, het opgewekt vertrouwen, zijn beide verbindende feiten'* (1e curs. van schr.).

Ik zou het betoog van Meijers hier willen onderbreken, om de vele bezwaren die bij mij oprijzen naar voren te brengen. Zijn gedachtengang rust op twee pijlers: ten eerste is het *normaal* dat wil en verklaring elkaar dekken, de hoofdregel dient zich derhalve naar het normale geval te richten en de wil als element op te nemen. De tweede pijler is: het opgewekte vertrouwen is gericht op het aanwezig zijn van de (geuite) wil, met als gevolg dat in feite deze wil het uitgangspunt, het verbindend element is. *Beide pijlers zijn naar mijn mening ondeugdelijk om Meijers' zienswijze te schragen.*

Allereerst een meer algemeen bezwaar tegen de makelij van de *tweede pijler*. Waarin vindt Meijers, die toch ook als rechtshistoricus zo'n grote naam heeft, de rechtvaardiging om de bestrijders zonder meer in de schoenen te schuiven dat zij het dilemma verkeerd gesteld hebben: zonder namen te noemen, zonder bronvermelding, zonder de moeite te nemen de beweerde misvattingen aan te geven en te bestrijden? Dezelfde verbazingwekkende bestrijdingsmethode van tegenstanders van de wilsleer kwamen wij hierboven tegen in Meijers' dissertatie, waar met betrekking tot de interpretatie evenmin nader aangeduide aanhangers van de 'verklaringsleer' het o.a. moesten doen met de losse opmerking, dat zij slechts een nieuwe terminologie propageerden. Het is mij niet duidelijk hoe een dergelijke betoogtrant enig gezag heeft kunnen afdwingen.

Dan nu een opmerking over het soortelijk gewicht van de tweede zuil van schr.'s betoog. Degeen die van de hierboven weergegeven denkbeelden van de bestrijders van de wilsleer uit de vorige eeuw kennis heeft genomen, zal weinig moeite hebben om in te zien dat Meijers' met zoveel aplomb gebrachte verwijt — dat zoals wij zagen in de toelichting op art. 3.2.2 in dezelfde gedaante terug te vinden is — zonder grond is. Wat Meijers de wilsbestrijders aanwrijft is een *petitio principii* van eigen huize: in onze literatuur heeft geen van de vaandeldragers ooit beweerd dat vertrouwen *omtrent de geuite wil* opgewekt zou worden door een verklaring. Een dergelijke redenering past slechts bij een aanhanger van de wilsleer die, inziende dat de innerlijke wil van de zuivere wilsleer als bindend element irreëel zou zijn, de *geopenbaarde wil* in zijn banier voert. Dit geldt voor de meest fervente wilsadepten uit de tweede helft van de vorige eeuw, zoals Opzoomer en Goudsmit. De kettters predikten daarentegen het 'belofte maakt schuld': de voorstelling van de verklaring zoals deze bij de wederpartij opgewekt werd en moest worden bindt de aflegger daarvan rechtens zonder dat zijn (niet kenbare) wil hieraan af kan doen. Zij die, gevoelig voor de eisen van het rechtsverkeer hun geloof aan de bescherming van op

## § 7. BESTRIJDING VAN DE WILSLEER (20E EEUW)

gerechtvaardigde wijze opgewekt vertrouwen schenken, schuiven juist als consequentie daarvan de gehele *wil*, geuit of niet geuit, als *bindend element* terzijde. Aan de wil, in de zin van begeerte, of motief voor de handeling komt in die opvatting slechts een figurantenrol toe, ter aanvulling van de hoofdcène op het rechtstoneel. Daarbij speelt de rechtsorde de hoofdrol, en niet de zijn eigen wil centraal stellende, individuele persoon, en dat alles in het schijnsel van de eisen van het verkeer in kwestie. (Vgl. boven § 6, no. 2 v. In de *duitse* literatuur vindt men echter bij de zgn. 'Vermittlungstheorien' het gewekte vertrouwen verbonden met de werkelijke of gefingeerde partijwil, vgl. § 6, no. 6). Volgens Meijers rust het goed vertrouwen alleen dan op een redelijke basis indien deze door de wil uitgemaakt wordt, de geuite wil uiteraard, maar het *geuit* zijn als vereiste was nooit een twistpunt. De bestrijders van de wilsleer hebben zich nu juist grote moeite getroost om aan te tonen, dat die basis *niet* in de wil gelegen is, en kan zijn, waarin zij mijns inziens ruimschoots geslaagd zijn. De bijna een halve eeuw tevoren in Leiden ontstane beweging had uit de handen van de leidse hoogleraar wel een betere behandeling verdiend.

Maar niet alleen negentiende-eeuwse schrijvers doet Meijers onrecht met zijn weergave van de feiten, ook zijn collega Suijling blijft vermeld noch bestreden. En dat terwijl Suijling drie jaar tevoren verdedigd had dat voor de rechtshandeling een subjektieve, op het rechtsgevolg gerichte wil niet vereist is, aangezien in rechte slechts de *objektieve* uit de verklaring afgeleide bedoeling telt. (*Inleiding tot het burgerlijk recht, 1e dr. 1918, p. 134 v.*). De rechtshandeling wordt door deze schrijver dan ook omschreven als 'een handeling, aan welke de rechtsorde om de daarmee uitgesproken bedoeling rechtsgevolg toekent', p. 140. 'Als bedoeling van de handelende partij geldt de voorstelling, die de ontvanger van een aan mededeling onderworpen wilsverklaring op grond van haar inhoud en in verband met de omstandigheden zich omtrent die bedoeling te goeder trouw vormt', zo leest men op p. 136. (In dezelfde zin reeds J. P. Moltzer, *Hand. NJV*, 1889, I, p. 133 v., 141 v., 152 v., en trouwens ook Meijers' leermeester J. F. Houwing, *RM*, 1890, p. 519 v.; vgl. boven § 6, no. 3.)

Deze benadering, waarbij van de rechtsorde uitgegaan wordt en niet van het individu, staat diametraal tegenover die van Meijers, en een bestrijding had wel op zijn weg gelegen. Mijn conclusie moet dan ook luiden, dat Meijers' stelling een geheel gratuite bewering is, die hem niet van deugdelijke bewijsvoering kan ontslaan. Ik heb het gevoel dat schr. zich o.a. heeft laten leiden door de toen nog bij hem aanwezige afkeer van 'begrippen met vage omlijning als het opgewekt vertrouwen, eischen der redelijkheid' enz. (p. 143), een aspekt dat hieronder nog enige aandacht zal krijgen.

De *eerste pijler*, die nog overblijft om Meijers' betoog te schragen, het beroep op de omstandigheid dat in het normale geval wil en verklaring elkaar dekken, hetgeen de geloofsbrieven voor het wilsbegrip zou moeten opleveren, komt mij evenmin solide voor. Tegen dit argument, dat eveneens een taai leven heeft – in de toelichting en bij Rutten vinden we het terug – hebben de wilsbestrijders uit de tachtiger jaren zich ook opgesteld zonder dat schr. dit tot zijn recht laat komen. Ik verwijs hiervoor naar de boven aangeboorde bronnen (§ 6, no. 2 v.), waaruit steeds als tegenargument naar voren komt dat het wel kan zijn dat in het doorsneegeval de rechtsgevolgen overeenkomen met de wil in de zin van begeerte, het motief van de handeling, maar dat een dergelijke feitelijke observatie nog niet *rechtvaardigt*, dat die subjektieve wil noodzakelijkerwijs het bindend element van de op een overeenkomst gerichte rechtshandeling is. (Vgl. in dezelfde zin in deze tijd: F. R. Böhtlingk, *Het leerstuk der vertegenwoordiging*, 1954, no. 52.) Men wenst niet op het drijfzand van de veranderlijke wil te bouwen (Levy), en vele schrijvers wijzen daarnaast op het feit, dat zoveel rechtsgevolgen van de overeen-

komt niet op de wil, maar op de werking van het vaak zelfs voor partijen onbekende aanvullende recht, gebruik en billijkheid (art. 1375 BW) terug te voeren zijn. In welk geval, zoals Moltzer het uitdrukte 'der partijen wil, ter plaatse staat, waarheen het volkspreekwoord den onwil onzer balsturige kleinen pleegt te verwijzen, t.w. "*buiten de deur*".'

Ik wil niet volstaan met mij achter de ruggen van de eerste revolutionairen op te stellen, maar daarnaast nog enkele bedenkingen aan hun argumentatie toevoegen. Wat is om te beginnen, nu eigenlijk het 'normale geval' dat Meijers voor ogen staat? En welke rol speelt de wil in de praktijk daarbij? Zoëven werd al het tegenargument van de 'tachtigers' in herinnering gebracht, dat de wil slechts in relatie tot een uiterst klein gedeelte van de rechtsgevolgen van het overeengekomene gedacht kan worden, een gegeven dat met de enorme ontwikkeling van ongeschreven regels van goede trouw, en daarnaast de grote vlucht die adhesiecontracten genomen hebben, al geruime tijd als gemeenplaats gekenmerkt kan worden. Om de bekend geworden uitspraak van Jansma uit 1913 te citeren, partijen schakelen bij het contracteren slechts het recht in. Dit met de armen over elkaar toezien hoe het recht autonoom de rechtsgevolgen regelt, laat zich wel heel slecht rijmen met de hegemonie van de wil, van het autonome tot rechtscheppen en vernietigen bevoegde individu. Dat voor het individu zijn wil nog onontbeerlijk is om door middel van zijn wilsuiting als het ware de stekker in het contact (zo men wil: contract) te steken om het in werking treden van het recht tot stand te brengen, gaat ook niet eens op. Het is immers gemeengoed dat men tegen zijn werkelijke wil in (of bij afwezigheid daarvan) door het opwekken van een schijn waarop een ander redelijkerwijze mocht vertrouwen, gebonden kan worden. Een ontwikkeling die een klimax vindt in de figuur van de zgn. 'Kontrahierungszwang'. Men werpe niet tegen dat dit argument slechts moderne juristen ten dienste staat, geschoold door het *Eelman - Hin*-arrest van 1959. Het beginsel is uit tal van arresten uit de twintiger jaren af te leiden (vgl. boven, II, § 2, no. 5 v.), die weliswaar eerst na 1921 gewezen werden, doch niet zomaar uit de lucht kwamen vallen, terwijl bovendien vele wilsbestrijders in de vorige eeuw al dezelfde oplossing voor 'zinnelozen' verdedigden. Een oplossing waar Meijers in elk geval wel rekening mee had kunnen houden. Wat ik nu wilde betogen is, dat indien men bij de praktijk te rade gaat en hoofdregels van bijregels wil onderscheiden, gelijk schr. voorstaat, men niet tot Meijers', doch tot een tegengesteld resultaat komt. Raadpleging van het 'recht der werkelijkheid', zoals dat in de vaste jurisprudentie gestalte heeft gekregen leert, dat als *hoofdregel* moet gelden, dat het recht als bindend aanmerkt de *gedraging* door woord of daad van *een persoon, zoals die door de wederpartij redelijkerwijs, gezien de omstandigheden opgevat mocht worden*. Slechts de handelingen van een persoon, zoals deze aan de hand van – en daar ligt de crux – *normatieve uitleg* vastgesteld worden, doen in rechte opgeld. Vgl. het hierboven onder III A betoogde. Dat in sommige uitspraken van de hoge raad het woord 'wil' nog gehanteerd wordt, is een uiterlijke bijkomstigheid, die meer de vormgeving dan de inhoud van het dictum raakt. Slechts indien men zich van *grammatikale* uitleg bedient, ligt dit anders. Vgl. hieromtrent boven, II, § 2, no. 9.

Aanvaardt men deze geheel andere hoofdregel – een voorwaarde daartoe is wel dat men het a priori verlaat dat de wil bindt omdat hij bindt, en open staat voor het 'recht der werkelijkheid' – dan heeft dit het grote voordeel dat de figuur van bescherming van goed vertrouwen (opgewekte schijn) niets abnormaals meer heeft, en een natuurlijk geheel met de hoofdregel vormt.

Daarnaast nog een andere bedenking. Is het in de praktijk wel zo normaal dat 'wil' – hetgeen de handelende voor ogen staat – en 'verklaring' elkaar dekken? Dat waag ik te betwijfelen. Zeker, men zal Meijers zonder moeite kunnen toegeven dat 'de partijen bij contracten niet alle individuen zijn, die geen vijf zinnen kunnen

## § 7. BESTRIJDING VAN DE WILSLEER (20E EEUW)

zeggen zonder zich te verspreken of de kracht van hun woorden niet te kennen'. Maar is het niet wat lukraak om – gelijk schr. stilzwijgend schijnt te doen – uit het in verhouding geringe aantal procedures waarbij de totstandkoming van overeenkomsten betwist wordt (o.g.v. oneigenlijke dwaling en de 'wilsgebreken') te concluderen, dat de overgrote meerderheid van gevallen wél door overeenstemming van wil en verklaring gekenmerkt wordt? Zeker is slechts dat zij niet tot procedures leiden. Maar hoe vaak wordt niet van procedures afgezien en in een onbillijkheid berust om geen klanten te verliezen, om geen relaties te verspelen? Hoeveel gevallen, om het positiever te stellen, worden niet in der minne geschikt, hoe vaak biedt de benadeelde niet service, of doet hij niet een coulance-uitkering, die voor hem in de long run, of uit efficiency-oogpunt slechts voordeliger is?

Hoe vaak zullen niet de hoge proceskosten ('wie pleit om een koe'...) en de jarenlange procedures een barrière voor de procesgang vormen? De huis-, tuin-, en keukegevalen terzijde latend, zullen veelal de handelstransacties en vermogensgesties waarmee niet al te hoge bedragen gemoeid zijn, de streep niet halen, waarop het rendabel wordt het zwaard van Themis te laten wetten. In hoeveel gevallen kent men zijn rechten niet eens, laat staan dat men erop zou gaan staan? Hoevele volksstammen – academici inclusief – verkeren bijv. niet in de mening dat een mondelinge belofte niet bindt, zodat men om die reden reeds ervan afziet tegen een wanpresterende wederpartij te ageren? Hoevele zwakke partijen bij adhesiecontracten laten zich niet door hun economisch sterkere wederpartij (overheidslichamen, ondernemingen), met veelal een juridische afdeling achter zich, intimideren en leggen het hoofd in de schoot? Hoe vaak zullen niet bewijs-moeilijkheden een drempel tot procederen vormen? Voor de beantwoording van deze vragen staan geen wetenschappelijke gegevens ter beschikking. Hierbij dient men ook in overweging te nemen, dat de gepubliceerde rechtspraak een topje van een ijsberg uitmaakt, en niet representatief is voor hetgeen onder de koude waters van obscuriteit verborgen gaat. Het zijn benauwende aspecten van onze rechtsstaat, die evenwel genoegzaam bekend zijn. Als hét sociaal-juridisch probleem van onze tijd zie ik niet slechts de veelbesproken problematiek van de rechtsbijstand aan onvermogenen, maar vooral ook – profylactisch – de *rechtsvoorlichting* die ter hand genomen dient te worden.

Doch wij dwalen af. Het gebrekkige hulpmiddel dat de taal in de praktijk blijkt te zijn, doordat woorden alleen duidelijkheid verschaffen indien degeen tot wie zij gericht werden van dezelfde premisse uitgaat die bij de gebruiker van de woorden voorzat, hetgeen lang niet altijd het geval zal zijn, brengt noodzakelijkerwijs met zich dat brokken, in de vorm van elkaar kruisende verklaringen, geen abnormaal beeld in het rechtsverkeer vormen. Ik wil geenszins stellen, dat bij het uitwisselen van verklaringen misverstand regel is, een stelling die zich evenmin als die van Meijers laat bewijzen, het is mij slechts hier om te doen, om aan te tonen dat een misverstand niets *abnormaals* is, en gewoon 'all in the game' is. Het stigma van het 'buitengewone' wens ik slechts van het misverstand (etc.) te verwijderen, zonder dat ik de behoefte voel om te katalogiseren wat regel is en wat niet, hetgeen zich, zoals gezegd, met de huidige wetenschappelijke middelen, die ons ten dienste staan, aan een wetenschappelijk (d.w.z. gefundeerd) oordeel onttrekt.

De conclusie waartoe deze beschouwing voert, loopt synchroon met die van de voorgaande. Ziet men in, dat niet onomstotelijk vaststaat, dat numeriek gezien het samengaan van wil en verklaring regel is, en daarom dan ook niet als 'normaal' betiteld kan worden, dan is het geheel zonder grond in de wil het bindend element te zien, te meer, nu in dat andere – evenmin naar grootte te schatten – deel waar wil en verklaring incongruent zijn, de wil blijkens de heersende rechtsopvatting géén rol als 'Bindemittel' toebedeeld wordt. Het naar voren halen van de wil blijkt niets anders dan 'willekeur' te zijn: een voorliefde voor de wil.

Onbesproken bleef nog een fundamentele kwestie, die voor de onderhavige contro-



### III. DE TOEREKENINGSLEER

verse niet zonder belang is, maar die hier slechts aangestipt kan worden. De controverse tussen een opvatting als die van Meijers, en de hier door mij verdedigde zienswijze, wordt nu fond beheerst door de vraag of men voor de *dialektiek* een plaats in het rechtsdenken wil inruimen. Meijers zal nu eenmaal niet de geschiedenis ingaan als dialektisch denker, zijn grote verdiensten ten spijt. Vandaar zijn grote gehechtheid aan de onderscheiding: hoofdregel, met daarnaast de regel voor abnormale uitzonderingsgevallen, die wij zoëven waarnamen. Vandaar ook zijn voorliefde om regels, met uitzonderingen daarop te formuleren, zijn behoefte om te typologiseren, waarbij datgene wat buiten het type valt onverbiddeijk uitgestoten wordt, om het type zuiver te houden, dit alles onder het teken van de doelmatigheid. In zijn *Algemene Begrippen*, een werk dat zo dadelijk aan bod komt, houdt hij zich met niets anders bezig. Ziet men tegenstellingen echter niet als *onnatuurlijk*, en derhalve om afzonderlijke kaders vragend, maar als *natuurlijk*, tot het wezen der dingen behorend, en waardeert men de funktie van tegenstellingen, en het gespannen evenwicht dat zij voortbrengen, positief, dan zoekt men geen separate kaders voor regels en hun uitzonderingen, doch dan tracht men de 'regel' en de 'uitzondering' in één kader te verenigen, waarbinnen deze tegengestelde polen zich 'dialektisch' verhouden. Zonder die wisselwerking is geen van beide polen af, de tegengestelden vullen elkaar beurtelings aan. Men hoeft geen hegeliaan te zijn om deze zienswijze te kunnen onderschrijven, evenmin als de historicus marxist hoeft te zijn om zich die onderdelen van Marx' visie op de geschiedenis, die gemeengoed zijn geworden in de wetenschapsbeoefening, eigen te maken.

Elders werd er door mij reeds op gewezen, dat de tegenstelling die tussen de rechtsopvatting van Meijers en die van Paul Scholten bestaat, terug te voeren valt op het feit dat Scholten door een dialektische denktrant gekenmerkt wordt. Vgl. mijn artikel in het *NJB* 1971, p. 815 v., en daarnaast boven, § 2, no. 9 v. Aldaar vindt men ook uiteengezet op welke wijze de methode van rechtsvinding die men volgt, beheerst wordt door het aangegeven uitgangspunt. De hier door mij gevolgde methode van rechtsvinding – in scholteniaanse trant – kan als volgt weergegeven worden: rechtsvinding is het maken van een uitzondering op een (rechts)regel. Een verbijzondering van een qualitate qua slechts algemeen te formuleren rechtsregel.

Om terug te keren tot Meijers' beschouwingen uit 1921, schr. somt vervolgens enkele praktische voorbeelden op die zijn nieuwe formule: geuite wil *en* opgewekt vertrouwen, met zich zou brengen. Zij worden op één na opnieuw naar voren gebracht in diens *Algemene Begrippen*. Bij de nog volgende bespreking van het daar betoogde, komen de daarbij genoemde rechtsfiguren nog ter sprake, vgl. no. 5 v. Dat geldt niet voor de figuur van *simulatie*, waarop schr. de voordelen van zijn opvatting demonstreert. Meijers' systeem biedt hier als oplossing, dat men tot het ontbreken van verplichtingen tussen partijen komt, 'eenvoudig omdat partijen dit niet gewild hebben en ook de subsidiaire grondslag der aansprakelijkheid, het vertrouwen, dat de wederpartij zich wenschte te verbinden over en weer ontbrak' (p. 142). Dat dit een vereenvoudiging op de constructie van aanhangers van de vertrouwensleer zou zijn – schr. laat wederom na de zienswijze van de 'tachtigers' te vermelden, en somt in plaats daarvan andere, inderdaad gezochte, constructies op – kan niet serieus genomen worden. Bij hen is toch immers Meijers' subsidiaire grondslag van opgewekt vertrouwen *primair*, waarmee zij, zónder gebruikmaking van de wil, tot het gewenste resultaat kunnen komen, aangezien redelijk vertrouwen ontbrak. Vgl. ook nog Meijers' noot onder het simulatie-arrest van 1933, *Ostendorf - Knoop*, dat al aangehaald werd. (Vgl. daarvoor ook boven, II, § 2, no. 7, in fine.)

4. *Het gevaarzettingsbeginsel als grondslag voor de contractuele aansprakelijkheid. Meijers' fidesfobie*

Het kost Meijers weinig moeite zijn betoog af te ronden, op een wijze die het citeren waard is. Een betoog, waarbij, zoals bleek, met de ideeën van de revolutionaire 'tachtigers' korte metten gemaakt wordt, en dat dan ook – geparafraseerd – als macaber grafschrift op de zerk van deze onbekende soldaten beschouwd kan worden, weliswaar gesneuveld op het veld van eer: 'zij begrepen niet waarvoor zij streden'. Evenals op het terrein van de interpretatie is een eerherstel voor de strijdlustige schrijvers die het tegen de zo gevestigde wilsleer dorsten op te nemen, mijns inziens op zijn plaats.

Meijers concludeert dat bij de vraag naar de grondslag van de contractuele aansprakelijkheid de twee rechtsfeiten van wil en opgewekt vertrouwen onderscheiden moeten worden. Hij vervolgt:

'In het normale geval, – het geval dat aan een contractuele verbintenis een daarop gerichte en geuite wil van den schuldenaar ten grondslag ligt – verklaart het recht den schuldenaar gebonden, omdat de eischen der ethica samengaan met hetgeen het verkeer behoeft: het opleggen van een verplichting aan hem, die dit zelf aldus gewild en dit openlijk verklaard heeft. *De wil van het individu is een zoo eenvoudig beginsel om de geldigheid van verplichtingen aan te nemen, dat herhaaldelijk beproefd is, de verbindende kracht van alle rechtsregels tot dien grondslag te herleiden.* De leer van het *contrat social* is volstrekt niet de eenige toepassing van dit streven; het is slechts de meest bekende.'<sup>68</sup>

Dat ook herhaaldelijk beproefd werd alle rechtsregels van dit zo eenvoudige beginsel *los te maken*, komt in de geciteerde passage niet geheel uit de verf, om van een bestrijding van de losmakers nog maar te zwijgen. Eenvoud is het kenmerk van het ware, doch toepassing van deze tot platitude geworden spreuk in het recht, ontslaat de gebruiker ervan niet van de verplichting voor adstructie zorg te dragen, en opponenten van een weerwoord te voorzien. Maar ik dreig in herhaling te vervallen.

Schr. stelt vervolgens, dat het 'niet zo eenvoudig' is om aan te geven waarom het recht in geval van opgewekt vertrouwen ondanks het ontbreken van een op de verbintenis gerichte wil, toch een verbintenis aanvaardt. En juist hier is het nodig – zo leest men – het 'legislatief-motief, de ratio iuris' te leren kennen, om met behulp daarvan de vele vragen van dit grensgebied tot oplossing te brengen, 'waarbij begrippen met vage omlijning als het opgewekt vertrouwen, eischen der redelijkheid enz. *ons slechts weinig kunnen baten*', p. 143. Dit wantrouwen van Meijers in 1921 tegen het 'vage' opgewekte vertrouwen, dat aldus nader aan de oppervlakte blijkt te komen, kan wellicht zijn aversie tegen de aanhangers van de vertrouwensleer verklaren. Meijers meent in het aan de onrechtmatige daad ontleende *gevaarzet-*

68. Id., mijn curs. Een ander geluid liet Jansma in 1913 al horen: 'Het gehele "contrat social" is naar de juridische rommelzolder verwezen en zoo zien we alom de zgn. "autonomie van den wil" slechts een veel bescheidener terrein beheerschen dan voorheen', diss. p. 19.

*tingsbeginsel* een hechtere grondslag gevonden te hebben voor de contractuele aansprakelijkheid: heeft men het gevaar geschapen anders begrepen te worden dan men gewild heeft, dan heeft men de gevolgen van die daad te dragen.<sup>69</sup>

Bij de toepassing van dit beginsel op verscheidene onderdelen van het contractenrecht, komt schr. op de problematiek van de overbrenging van verklaringen door middel van derden en de onbevoegde vertegenwoordiging (p. 177 v.). Hier komt schrijver tot het opmerkelijke inzicht dat het gevaarzettingsbeginsel niet in volle omvang toegepast dient te worden; hij aanvaardt de toenmaals heersende leer, met een beroep op *de letter* van art. 1844, dat de vertegenwoordigde *niet* wordt gebonden door handelingen van zijn onbevoegde vertegenwoordiger, *ongeacht* de door de eerste opgewekte schijn, terwijl hij daarnaast tégen de heersende leer van zijn tijd in, bepleit om degeen die bij zijn verklaringen van tussenpersonen gebruik maakt eveneens níet voor de door die tussenpersonen gemaakte fouten aansprakelijk te achten, omdat het verkeerdelijk medegedeelde nu eenmaal niet de verklaring van de eerste uitmaakte (p. 177-180, 189). Niet indien het misverstand zijn oorzaak vindt in tussenpersonen, maar slechts indien de gevaren van de contracterende *persoon zelf* afkomstig zijn, dient deze de gevolgen te dragen, en wordt derhalve opgewekt vertrouwen beschermd, leert schr. (p. 190). Deze opvatting, waarbij het individualisme zo duidelijk omhelsd wordt, is vooral hierom van belang, omdat in dit kader de bescherming van de goede trouw een veeg uit de pan krijgt. Na gesteld te hebben dat het gevaarzettingsbeginsel niet in volle omvang om toepassing vraagt, betoogt Meijers:

‘Men heeft daartegenover met veel nadruk gewezen op de noodzakelijkheid dat de goede trouw beschermd wordt; dat degene, die bij de beoordeeling eener verklaring met de meest mogelijke omzichtigheid te werk is gegaan, zich op haar inhoud moet kunnen verlaten; dat zoo men met dezen eisch van goede trouw geen rekening houdt, onder menschen geen verkeer nodig (lees: mogelijk) is.

*Een zoodanige beschouwing is niet van overdrijving vrij te pleiten.* Bescherming der goede trouw tegenover bedrog of verzuim der wederpartij is inderdaad een eerste verkeerseisch. En ook *daarbuiten* blijft deze bescherming een belangrijk wetgevend beginsel, maar haar beteekenis wordt tegenwoordig veel hoger geschat dan in overeenstemming is met haar werkelijke maatschappelijke betekenis. Afgezien nog van het feit, dat men immers ook bij deze bescherming der goede trouw, *een persoon die geen schuld heeft, tot dupe der omstandigheden maakt*, vergeet men teveel, dat de gevallen, waarin bij het aangaan van overeenkomsten iemand zonder schuld der wederpartij in een valschen waan wordt gebracht, *zeldzaam zijn*. Zouden zij ophouden zeldzaam te zijn, dan zou het maatschappelijk verkeer in gevaar komen, afgezien van welke wettelijke regeling ook.

.... Maar men hoede zich om de eischen van het maatschappelijk verkeer in deze te hoog aan te slaan: makelaars en directeuren van naamlooze vennootschappen, overschrijden veel meer hun bevoegdheid, dan dat handelstelegrammen foutief overgebracht worden. *Toch heeft niemand uit dien hoofde voor de lastgevers der genoemde personen wijziging van art. 1844 BW voorgesteld (p. 179 v., mijn curs.).*

69. Hofmann, p. 182, nt. 3, wijst erop dat deze theorie — welke ook door hem onderschreven wordt — in Duitsland ontstond. Zij werd in de vorige eeuw al door Mitteis en Unger verdedigd. Vgl. daarnaast nog de boven beschreven ‘Vermittelungstheorien’ van Bähr c.s., en verder de *culpa in contrahendo*-leer welke Von Jhering in 1861 ontwikkelde, en welke te onzent door Opzoomer overgenomen werd, de geestverwant van Meijers. Vgl. boven, § 6, no. 6.

## § 7. BESTRIJDING VAN DE WILSLEER (20E EEUW)

Uit alles spreekt de lage achting die Meijers voor het beginsel van bescherming van opgewekte schijn buiten bedrog en wanprestatie koestert. Om verschillende redenen is de laatst geciteerde, door mij gecursiveerde zin van betekenis. Allereerst demonstreert hij – in samenhang met de alinea die er op volgt – nogmaals Meijers' sterk legistische benadering. Men moet zich eenvoudigweg houden aan de regel van art. 1844 zonder tegenstribbelen. Zou men 'los van de positieve wet' een antwoord mogen zoeken, dan wist schr. het wel, zo wordt men even verder gewaar, dan zou dezelfde oplossing van art. 1403, lid 3, BW gehanteerd moeten worden: binnen redelijke grenzen is men voor de fouten van tussenpersonen die men *in dienst* heeft aansprakelijk. Nog in een ander opzicht is deze passage van belang, omdat Meijers met zijn opvatting blijk geeft de tijdgeest slecht te verstaan: enkele jaren later draagt de hoge raad een tegengestelde oplossing aan, die heden ten dage nog de heersende is, op basis van . . . het opgewekte vertrouwen. In 1926 wordt in twee arresten deze omwenteling op het gebied van vertegenwoordiging tweegebracht.<sup>70</sup> De nieuwe leer houdt in: om het laatstgenoemde arrest te citeren:

*'Dat een lastgever door zijn lasthebber wordt verbonden, indien zijn wil daartoe moet worden afgeleid uit zijn gedragingen in verband met de eischen van het maatschappelijk verkeer, en het daardoor bij den derde opgewekte vertrouwen'* (mijn curs.).

Hoe reageert Meijers in zijn noot op deze nieuwe koers, die lijnrecht met de door hem kort tevoren ontwikkelde opvatting in strijd is? Hij blijkt zich geruisloos aan de nieuwe leer te kunnen aanpassen, en slaagt erin zonder kleerscheuren zijn huik naar de nieuwe wind te verhangen. Men leze slechts zijn noot. De beslissing van de hoge raad wordt daar een 'merkwaardige toepassing van de leer van het opgewekte vertrouwen' genoemd. En wel hierom merkwaardig, omdat niet het bij de lasthebber, maar het bij *de derde* opgewekte vertrouwen bescherming deelachtig wordt. De annotator voert als mogelijk bezwaar aan, de strekking van artikel 1844, lid 1 – zonder te vermelden dat dit vijf jaar tevoren zijn grote bezwaar was – en doet daartegenover als verdediging van de beslissing een beroep op het beginsel van art. 1910 BW, dat in zijn betoog van 1921 op pijnlijke wijze ontbrak. Dit verhindert schr. niet, om zonder blikken of blozen naar dat betoog te verwijzen, aan het slot van zijn noot. Men kan zich erover verbazen, dat Meijers op deze wijze de schijn wekt zelf ook nooit anders beweerd te hebben, in plaats van ruitelijk kleur te bekennen – het is hierbij wel de vraag of de derde-lezer goede trouw kan aanvoeren, nu de beperkte volmacht van de annotator gepubliceerd is geworden, en wel in het *WPNR* van 1921 – voor ons onderwerp is slechts van belang dat schr. de hoge raad volgt, en zijn achterdocht tegen het vage beginsel van de opgewekte goede trouw laat varen. Meijers laat echter na, de consequentie hieruit te trekken, in die zin dat nu ook een herwaardering van de vertrouwensleer, en de daarmee verbonden verwerping van het wilsbegrip op haar plaats is. De gedachtenvorming van schr. over dat onderwerp heeft echter in 1921 definitief haar beslag gekregen. Op gelijke wijze onderging, zoals wij zagen, Meijers' opvatting inzake de uitleg van rechtshandelingen na 1903 geen wijziging, de stormachtige ontwikkeling die het recht sindsdien doormaakte ten spijt.

Ten aanzien van de wijze waarop Meijers hardnekkig zijn standpunt uit 1921 blijft

70. De al eerder besproken standaard-arresten *Vas Dias - Salters en Altena - Van der Horst*, vgl. boven, II, § 2, no. 7.

verdedigen, valt nog een curiosum te melden. Een jaar later wijst schr. bij de bespreking van de skandinavische contractenwet erop, dat in § 42 (lees: 32) lid 2 en 3, zijn zienswijze neergelegd werd. 'Wellicht dat deze bepaling menigeen tot nadenken stemt, die vroeger gezworen heeft bij de leer bode en telegraaf zijn organen van den afzender', concludeert schr. (*WPNR* 2737 (1922), p. 265). Wat echter meer tot nadenken stemt, is het feit dat in de leden 1 en 5 van datzelfde artikel, benevens in art. 33, het door Meijers verworpen *vertrouwensbeginsel* neergelegd is, waaraan de regeling van de door schr. aangehaalde leden 2 en 3 onderworpen is. Vgl. *WPNR* 2833 (1925), p. 188 v., waar men de wetsartikelen afgedrukt vindt. Dezelfde onjuistheid vindt men in het ontwerp-Meijers, *Toel.* p. 187, nt. 2. Vgl. boven, II, § 3, no. 10.

### c. De visie op de rechtshandeling in Meijers' Algemene Begrippen

#### 5. Meijers' a priori: de op het rechtsgevolg gerichte wil als vereiste voor de rechtshandeling. Bestrijding

Dan is nu het punt gekomen om Meijers' *Algemene Begrippen* ter hand te nemen, om te zien of zijn denken over het onderhavige onderwerp in de kleine dertig jaar die verstreek inderdaad geen ingrijpende wijzigingen heeft ondergaan. Ik hoop intussen dat de lezer begrip zal hebben voor de uitvoerigheid van deze bestrijding, die het belang van ons onderwerp en de afmetingen van de figuur van Meijers – voor velen de grootste jurist die onze eeuw tot dusver opleverde – vereisen. Zeer zeker in een leidse dissertatie.

In Hoofdstuk VII gewijd aan de rechtshandeling (p. 211 v.), worden de zaken duidelijk gesteld. De figuur van de rechtshandeling beslaat dat deel van het recht, zo luidt de inleiding, 'waarbij de rechtsvorming *aan de individuen is overgelaten*'. Het is het gebied van de *partij-autonomie*. Al aanstonds wordt de lezer duidelijk dat vanuit het *individualisme* gedacht wordt. Dat daarbij de wil een onmisbaar element vormt, is voor schr. ook overduidelijk. Het is de traditionele benadering van degenen die, volgens de schildering van Levy met het 'Hannibal ante portas' in de mond bestorven<sup>71</sup>, in de vorige eeuw de bestormde veste van de wil verdedigden. Er wordt al meteen met de deur in huis gevallen:

'Om voor zichzelf en anderen aldus als wetgever op te treden is in het algemeen nodig een *wil* om het rechtsgevolg te doen intreden en een verklaring die aan die wil uiting geeft' (mijn curs.).

Dan gaat schr. ertoe over omtrent beide elementen, wil en verklaring, enige inleidende opmerkingen te laten volgen, 'die nodig zijn om bij de verdere uiteenzettingen misverstand te voorkomen'. Men kan ervoor erkentelijk zijn, dat Meijers al bij de kennismaking met zijn ideeën over de rechtshandeling

71. *NW Bijdr.*, 1881, n.a.v. de reactie van de raadsheer Feith c.s. op de brochure '*Wil of vertrouwen*' van Modderman.

## § 7. BESTRIJDING VAN DE WILSLEER (20E EEUW)

zijn geloofsbrieven overhandigt, welke geste inderdaad mogelijke misvattingen, bijvoorbeeld dat schr. géén aanhanger van de wilsleer zou zijn, uit de wereld helpt, als wetenschappelijke grondslag voor zijn standpunt kan aan deze introductie echter geen enkele waarde toegekend worden. Indien men zich tenminste afvraagt, *waarom* nu wel de wil gericht op het intreden van een rechtsgevolg voor de rechtshandeling een vereiste is. Een, dacht ik, volkomen redelijke vraag, indien men niet ontvankelijk is voor de in mijn studietijd in studentenkringen nog (te) veel gehoorde kreet: 'altijd zo geweest'.<sup>72</sup> De geciteerde zinsnede waarbij de wil ter tafel gebracht wordt is met andere woorden een gave *petitio principii*.

Laten wij echter over deze drempel heenstappen, en het vervolg van Meijers' betoog bezien, in de hoop de adstruering van zijn zienswijze aan te treffen. Zijn argumenten zijn voor het merendeel niet nieuw, doch zijn het waard nog eens bij stil te staan. Bovendien wordt duidelijk in welke nesten schr. zich met zijn constructie werkt. Om zijn betoog recht te doen, zal ik schr. vaak aan het woord laten. Hij vangt als volgt aan:

'Het is een nog veel verbreide mening, dat het recht als strevende naar een ordening van de uiterlijke gedragingen der mensen ook slechts aan uiterlijke gedragingen der mensen rechtsgevolgen verbindt en niet op hun innerlijke gesteldheid — hun voorstellingen en gedachten — acht slaat.

Deze opvatting is nochtans slechts in zoverre juist, als dat de enkele wil of gedachte, die zich in geen daad geopenbaard heeft, in het moderne recht geen enkel rechtsgevolg heeft. *Echter evenmin is het omgekeerde waar, nl. dat alleen daden van mensen, onafhankelijk van de daarmede verbonden gedachten en voorstellingen, als rechtsfeit in aanmerking komen.* Voor de verkrijgende verjaring en voor tal van andere rechtsgevolgen is het van belang of een bezitter te goeder of te kwader trouw is; voor de *actio Pauliana* of de schuldenaar de wetenschap heeft, dat hij zijn schul-

72. Een zienswijze die in casu trouwens ook onjuist blijkt te zijn. In *het klassieke Romeinse recht was voor de wilsleer geen plaats*, het dualisme: wil en verklaring, is door toedoen van de byzantijnse school, en de pandektisten uit de vorige eeuw, in het RR 'hineininterpretiert'. Deze zienswijze, die onder de moderne Duitse Romanisten de heersende is (vgl. onder), werd in de vorige eeuw al, zonder succes, door verschillende schrijvers verdedigd. Zo betoogt Köppen in 1871, dat in het RR de enkele belofte reeds bindt (de onherroepelijkheid van het aanbod wordt door hem ook voor het geldend recht verdedigd), vgl. *Jahrb. für Dogm.* XI, p. 139, 278 v., 334 v. Korte tijd later verdedigen ook andere schrijvers, bij de bestrijding van het wilsdogma, dat de wilsleer niet aan het RR ten grondslag ligt, aldus Lotmar, Schall, Schlossmann en Röver (vgl. boven, § 6, no. 6; de laatste twee maken een uitzondering t.a.v. testamentaire beschikkingen). Ook Hartmann, t.a.p., verdedigt in de tachtiger jaren een soortgelijk standpunt. Deze zienswijze vond overigens in ons land bestrijding van Fockema Andreae, Modderman, en Smit, t.a.p.

In deze eeuw werd de nieuwe visie op het RR als eerste verdedigd door J. C. van Oven in zijn baanbrekend artikel uit 1932, *WPNR* 3240 v., terwijl in Duitsland even later G. Dulckeit een soortgelijk standpunt inneemt, vgl. *Erblasserwille und Erwerbswille*, etc., 1934, p. 124 v.; *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht*, Festschrift Fritz Schultz I, 1951, p. 148 v. De Zwitsers Simonius en Kaden volgen in 1939, in Festschrift Koschaker I, bijgevalen door Meier-Hayoz, diss. Zürich 1948, p. 36, 41. Wieacker, *Irrtum Dissens oder gegenstandlose Leistungsbestimmung?*, *Mélanges Ph. Meylan* I, 1963, p. 383 v., geeft een overzicht van de aanhang van de — ook door hem onderschreven — nieuwe visie in de recente literatuur. Vgl. verder ook nog Esser, *Schuldrecht*, p. 19. Vgl. in de Franse literatuur, Carbonnier, *Obligations*, p. 100, en A. Rieg, vgl. onder, IV, § 3, no. 2.

### III. DE TOEREKENINGSLEER

eisers benadeelt; voor de omvang van de schadevergoedingsplicht of een wanprestatie opzettelijk of onopzettelijk heeft plaats gevonden; een schenking of gift verlangt bij de gever het oogmerk om te bevoordelen; een kwaadwillige verlating bij een echtgenoot de wil om de samenleving te verbreken, enz.

Het is volkomen waar, dat tot het bestaan van zodanige gedachten en voorstellingen door een rechter alleen op grond van uiterlijke omstandigheden kan besloten worden, *maar daardoor worden deze uiterlijke omstandigheden niet de rechtsfeiten, die het rechtsgevolg in het leven roepen. Zij zijn niet meer dan bewijsgronden voor het eigenlijke rechtsfeit, de wil of de voorstelling . . .*

Moge echter in abstracto een scherp verschil te trekken zijn tussen bewijsgrond en rechtsfeit, zo blijkt dit verschil in concreto dikwijls moeilijk te maken te zijn' (p. 211 v., mijn curs.).

Enkele kanttekeningen hierbij lijken wel op hun plaats. Meijers vecht tegen windmolens, als hij meent dat men in de door hem verworpen zienswijze uit de ontkoppeling van menselijke daden en de daarmee gepaard gaande gedachten en voorstellingen, de consequentie trekt dat de laatste overboord geworpen kunnen worden. Dit is nog nooit door iemand beweerd. Het ging er slechts om, tot de vaststelling van het *bindend element* van de rechtshandeling te komen. Meent men die niet in de wil van het individu te vinden, dan laat dit onverlet dat men motieven, beweegredenen, voorstellingen e.d. wel degelijk een rol toekent, zij het géén beslissende. Men sla er de in de vorige paragraaf besproken beschouwingen van de tachtigers maar op na. Doordat Meijers zijn oppositie zo ridiculiseert mist zijn repliek elk doel. Uit het vervolg van de aangehaalde passage blijkt hoe schr. uiterlijke gedragingen als *bewijsgronden* opvat, nog wel voor het bestaan van een element, dat zélf voor zijn relevantie geen nader bewijs behoeft.

Meijers vervolgt zijn inleidende opmerkingen, met te stellen dat de wilsverklaring meer dan bewijsmiddel van de wil is, namelijk, ook voorwaarde tot het intreden van het rechtsgevolg. Het argument waarmee hij aantoonde dat de verklaring op zich, zonder de wil, onvoldoende is als grondslag voor een rechtshandeling, kwamen wij reeds eerder tegen, alwaar het door mij bestreden werd. Steeds wordt een gedraging vereist, leert schr., die op een wil tot het in leven roepen van een rechtsgevolg wijst. 'Waarom moeten deze gedragingen – zo vraagt hij zich nog steeds verwonderd af – steeds op een bepaalde wil afgestemd zijn, indien die wil een rechtens indifferent verschijnsel zou zijn?' (p. 213). Als men zelf de staken van het strijdperk mag uitzetten, zo blijkt maar weer, valt de strijd dikwijls niet moeilijk.

#### *6. Knelpunten in Meijers' systeem. Zijn gebruik van de fictie als 'systematisch hulpmiddel'. Bestrijding*

Meijers' zo overzichtelijke stelsel lijkt even in gevaar te komen, als hij opmerkt dat het aannemen van een overeenkomst zonder dat er een wil aan de geuite verklaring ten grondslag ligt, zoals in de praktijk van het recht het

geval is, niet in harmonie is met zijn systeem. Interessant is te zien, hoe schrijver uit de perikelen komt. Drie mogelijkheden staan open voor hem die systeem in het recht wil brengen (p. 214). Men kan allereerst trachten gelijk men in vele landen gedaan heeft, beide groepen gevallen met elkaar in harmonie te brengen door een nieuw gemeenschappelijk kenmerk te zoeken, en op deze bredere basis een algemene definitie te bouwen. Dit nieuwe kenmerk meende men te vinden in het *opgewekte vertrouwen*, met 'uitschakeling' van de interne wil van partijen. Deze nieuwe weg kan in Meijers' ogen (nog steeds) geen goed vinden. Zelfs al zou het opgewekte vertrouwen het gemeenschappelijk kenmerk vormen, dan nog verdient deze begripsvorming afkeuring, omdat zij wel mechanisch verenigt datgene wat tesamen hoort, *maar in haar karakterisering der groep irrationeel is*. Waarom? Dat laat zich langzamerhand raden: het vertrouwen kan niet opgewekt worden tot iets, wat voor het rechtsgevolg geleerd wordt irrelevant te zijn, namelijk de wil van partijen.<sup>73</sup> De argumentering die volgt, kwamen wij in 1921 reeds tegen, aan mijn bestrijding heb ik niets meer toe te voegen.<sup>74</sup>

Aan de oude voorbeelden vindt men een nieuw toegevoegd, om wederom aan te tonen dat de bestreden systematisering de werkelijkheid niet juist weergeeft omdat men vergeet dat er ook gevallen zijn waarin opgewekt vertrouwen ontbreekt en er toch een overeenkomst tot stand komt: 'wanneer een verklaring voor meer dan één uitleg vatbaar is, komt slechts dan een overeenkomst tot stand, wanneer die verklaring door beide partijen in dezelfde zin is opgevat' (p. 215). Ik ben erg benieuwd, hoe men deze boude stelling naar huidig recht meent te kunnen verdedigen. Niet het magisch samsmelten van twee op elkaar gerichte intenties van partijen geeft toch het leven aan een overeenkomst; in de vast verankerde heersende leer in rechtspraak en doctrine, is slechts die verklaring rechtens relevant, die de wederpartij van de uitende redelijkerwijze als de voor circulatie bestemde verklaring mocht opvatten, als 'toestemming' in de zin van art. 1356 BW. Een dictum waar Meijers in 1921 al geen request civiel tegen wilde opwerpen.<sup>75</sup>

Meent Meijers op deze wijze reeds aangetoond te hebben dat een ge-

73. Ten onrechte meent Böhtlingk dat dit een gerechtvaardigde kritiek van Meijers op de vertrouwensleer is, daarbij van eenzelfde onjuiste premisse uitgaand, t.a.p., no. 53. Bovendien meent schr. dat het vertrouwen in de bestreden leer een *feitelijk, historisch* begrip zou zijn. Böhtlingk verwerpt overigens de wilsleer, en volgt Suijling.

74. Of het zou moeten zijn, dat de door Meijers aangevoerde figuur van art. 1422 BW en de daarbij behorende bescherming van opgewekte schijn uit de toon valt. Sinds de beschouwingen van Hoetink is men het er toch over eens, dat deze bescherming op een andere grondslag berust dan die in het kader van bijvoorbeeld art. 2014 BW en de totstandkoming van overeenkomsten, en wel als voortgekomen uit overwegingen van rechts-sociale en economische aard. Vgl. Hoetink, *WPNR* 3687, p. 364 v. (1940), en diens *preadv. Cand.-Not.* 1941.

75. Van de twee voorbeelden die aan het hier besproken voorbeeld dat schr. geeft voorafgaan, dateert het eerste van 1921, terwijl het tweede daar een variant op is. Ook tegen deze voorbeelden heb ik soortgelijke bezwaren als die welke in de tekst naar voren kwamen. Van een uiteenzetting daarover op deze plaats, zie ik af, opdat de lezer niet à bout de soufflé raakt, en verwijs daarvoor naar de bespreking van de opvatting van Rutten, onder, § 8, no. 3.



meenschappelijke wortel van overeenkomsten niet te vinden is, voor de geadeslag hanteert hij een derde rubriek van gevallen, namelijk drie gevallen waarin de rechter bevoegd is een overeenkomst tussen partijen tot stand te brengen en daarvan de voorwaarden te bepalen, indien partijen niet tot overeenstemming gekomen zijn. Hierbij denkt schr. aan wettelijke conversie in geval van overschrijding van maximum-prijzen e.d. Dit brengt schr. ertoe te concluderen: 'Lettende op deze derde rubriek van gevallen *zal eenieder toegeven, dat het thans niet meer mogelijk is, een algemeen innerlijk kenmerk voor de overeenkomsten te vinden*'. (p. 215 v., mijn curs.). Indien men uitgaat van het wilsdogma, inderdaad. Ziet men echter in de wil niet het bindend element, dan is er niets aan de hand, indien de rechter – in zijn functie van dienaar van het *recht*, derhalve niet autonoom – leemten in het contract aanvult, of zelfs het overeengekomene converteert op wettelijke grondslag, dan wel op grond van het ongeschreven recht, de beginselen van de goede trouw. Er is met name niets aan de hand, omdat al een zo groot gedeelte van iedere overeenkomst door het recht, en niet door de intenties van partijen bepaald wordt. Ik mag verder volstaan met naar mijn betoog hieromtrent in deel A van dit hoofdstuk, § 3, no. 7 v. te verwijzen.

Met de verwerping van de nieuwe weg om onder het teken van het opgewekte vertrouwen alle overeenkomsten onder een noemer te brengen, blijven voor Meijers, zoals hij eerder al stelde, slechts twee mogelijkheden over: óf men plaatst de gevallen waar de verklaring bindt ondanks het ontbreken van de wil *naast de overeenkomsten, en bepaalt zich tot de opmerking dat in zodanige gevallen van een opgewekt vertrouwen dezelfde rechtsgevolgen intreden als indien een overeenkomst tot stand gekomen zou zijn*, óf men kan 'in die gevallen *wilsovereenstemming en daarmede een overeenkomst fingeren*' (p. 214, mijn curs.).

De oplossing die Meijers hier aan de hand doet voor de 'overige gevallen', niet gekenmerkt door overeenstemmende wil, stelt zijn systematiek in een twijfelachtig licht. Van de geboden alternatieven neem ik aan dat het eerste, het schouderophalend volstaan met te verklaren dat dezelfde gevolgen intreden, bij niemand door de wetenschappelijke beugel kan, vanwege het totaal ontbreken van enige redengeving. Pikant is hierbij wel, dat men in de door Meijers bestreden opvatting wél een verklaring heeft voor het feit dat gelijke rechtsgevolgen intreden. Bij het tweede alternatief, dat schr. biedt, de *fictie*, kan langer stilgestaan worden. De gedachte die op het eerste gezicht licht kan postvatten, dat de hier naar voren geschoven fictie een gelegenheidsargument van schr. is, is onjuist. Voor Meijers is de fictie een 'systematisch hulpmiddel tot weergave van het bestaande recht' (p. 226). Men kan derhalve er niet onderuit aan de merites van het gehanteerde hulpmiddel enige aandacht te schenken.

Met Meijers' denkbeelden over het gebruik van ficties in het recht kan men kennismaken in de *Inleiding* op zijn *Algemene Begrippen*, bij de behandeling van de door

## § 7. BESTRIJDING VAN DE WILSLEER (20E EEUW)

hem zo met overgave gepropageerde classificatie met behulp van 'normale typen'. Na het verwerpen van een methode die bewust van een fictie gebruik maakt door Paul Scholten in diens *Beschouwingen over Recht*, 1924 (pag. 173), en zijn *Algemeen Deel* van 1931, p. 71, en na het verschijnen van Essers *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* in 1940, welk baanbrekend werk de fictie naar mijn overtuiging de doodsteek toebreacht, verwacht men bij Meijers een motivering, waarom hij desondanks in zijn systematiek de fictie te baat neemt. Stelde Scholten niet, een 'vasthouden der fictie is niet alleen niet eerlijk, het belemmert ook de rechtsontwikkeling in plaats van haar te bevorderen'?

In deze verwachting komt de lezer bedrogen uit. Na gesteld te hebben, dat het werken met ficties in de grond der zaak hetzelfde is als het gebruik maken van de normaaltypen, voert schr. enkel aan:

'Het is volkomen waar, dat men iedere fictie vermijden kan, door bijvoorbeeld vast te stellen, dat in een geval *b*, hetwelk niet onder een rubriek *a* te begrijpen is, dezelfde rechtsgevolgen als in het geval *a* intreden. Maar hiermede is het gebruik van ficties niet veroordeeld. *Men kan toch niet poëzie overbodig achten omdat zonder dwang van rijm en maat gedachten nauwkeuriger geformuleerd kunnen worden. In ficties zit een beeldende kracht, die beter tot het geheugen spreekt dan een dorre opsomming ener strenge systematiek.* Het beste bewijs voor het nut van ficties is, dat geen enkel rechtsstelsel het ooit daarbuiten heeft kunnen stellen. In een vertegenwoordiging, een burgerlijke dood, een hypotheek op eigen zaak, een terugwerkende kracht zit evengoed een fictie als in rechtsregels gelijk: "de dood erft de levende", "de rechter kent volledig de wet", enz.' (p. 31, mijn curs.).

Het enige bezwaar dat Meijers zich tegen het gebruik van ficties kan voorstellen, wordt in de aanhef van de geciteerde passageesignaleerd, de methode die wij zoëven als eerste alternatief tegenkwamen. Het is echter volkomen irreal om te veronderstellen dat tegenstanders van het hanteren van ficties een dergelijke methode als alternatief van de fictie naar voren zouden schuiven. Verder is het voor een ieder die van Essers diepgravende boek kennis heeft genomen, duidelijk, dat Meijers' argumentatie geen enkel gewicht tegenover het betoog van Esser in de schaal legt.

Dit daarlatend – de uitwerking hiervan zou ons te ver van het punt van uitgang voeren – wil ik alleen nog bij de geursiveerde zinsneden stilstaan. Is de beeldende kracht die aan de fictie valt toe te schrijven wel een voldoende argument om de fictie als onderdeel van een systematiek te aanvaarden? Kan het recht als wetenschap – het ars-element van de rechtsvinding even buiten beschouwing latend – zich een dergelijke romantische instelling permitteren? Naar mijn mening is dit stellig niet het geval. De *beschrijving* van een rechtssysteem kan beeldend zijn in taalgebruik, en in de gegeven voorbeelden ter ondersteuning van – het wellicht – 'dorre' betoog; *inhoudelijk* dient het weergegeven systeem een harmonisch geheel te vormen, waarbij de consequentie in denken tegenstrijdigheden uitbant. Het geheugen wordt juist op deze wijze ontzien; een persoonlijke ervaring van mij is, dat een groep zaken die onderlinge consequentie vertonen, makkelijker in het geheugen blijft dan een reeks zaken die door onderlinge *inconsequentie* gekenmerkt wordt. Overigens wijkt hetgeen hier door Meijers gesteld wordt volkomen af van hetgeen hij in zijn dissertatie een halve eeuw tevoren verdedigde. Daar bepleit hij m.b.t. het door hem verfoeide beeld 'organisch', het achterwege laten van beeldspraak, opdat men 'een veel drooger, maar tevens meer afdoend betoog' krijgt. 'Symboliek in een wetenschappelijke uiteenzetting – zo stelt hij daar – is steeds een bewijs van zwakheid. Wil men zijn mening toelichten, geen beter middel daarvoor dan voorbeelden'. Vgl. p. 165, nt. 1, en ook nog p. 114.

Een blik in de rechtsgeschiedenis leert, dat de hier aangesneden problematiek niet van vandaag of gisteren is. In de vorige eeuw vormde het gebruik van de fictie, juist

### III. DE TOEREKENINGSLEER

ook ten aanzien van het onderhavige onderwerp, wil en/of verklaring, al onderwerp van discussie. Hartmann bijvoorbeeld bestrijdt de opvatting welke Bähr in 1875 had verdedigd – evenals de daarmee verwantschap vertonende constructie van Zitelmann – waarin bij verschil tussen wil en verklaring een geldige verbintenis wél aangenomen wordt o.g.v. een *'Fiktion des Willens'* (vgl. boven, § 6, no. 6). Hartmann voert als kritiek hiertegen aan – in de weergave van Smit, diss. 1890, 106 v. – dat een fictie geen wetenschappelijke grond kan geven aan de verbintennisleer, en dat zij slechts in zoverre haar nut kan hebben, dat zij onder de vlag van de oude theorie een geleidelijke overgang vormt tot een nieuwe gezuiverde leer. *Jahrbüch. für Dogmatik* XIV, p. 407, 421. De gelijkenis met de visie van Scholten is frappant. Overigens meende ook Schlossmann in 1876 al, dat na de beschouwingen van Demelius niemand zich meer van de fictie in het recht zou kunnen bedienen. Een uitspraak die wat voorbarig is gebleken. Een visie soortgelijk aan die van Bähr wordt te onzent in 1903 door Thiel in zijn dissertatie verdedigd (vgl. boven).

Meijers doet ter ondersteuning van zijn zienswijze, dat men – gelijk 'van ouds' al geschiedt – bij rechtshandelingen ficties moet hanteren, een beroep op de figuur van *vertegenwoordiging*. Schr. laat daarbij in het midden dat deze visie al geruime tijd tevoren door zijn tegenpool, Paul Scholten, bestreden werd. Vgl. daaromtrent, boven, III, § 2, no. 11 v. Meijers' (romeinsrechtelijke) voorstelling van de vertegenwoordiging op basis van fictie, wordt door Eggens 'sinds lang verjaard' genoemd, vgl. diens amsterdamse inaugurale rede, *Over het fingeren van rechtsficties*, 1958, *Verz. Opst.* 2, p. 325 v.

Zoals wij zagen, moet Meijers gebruik maken van het 'systematisch hulpmiddel', de fictie, om zijn systeem, op basis van het wilsdogma, rond te krijgen. Al zou men schr. kunnen toegeven, dat in het verleden ficties op velerlei terrein van nut zijn geweest voor de rechtsontwikkeling – gelijk ook Hartmann, Scholten en Esser stellen, de laatste ziet de fictie als 'die Krücken des Denkens' – doch dit rechtvaardigt allerminst het standpunt, waarbij men ten aanzien van stellig of wordend recht, of zelfs van een 'algemene rechtsleer' als die van Meijers – los van de letter van de vigerende wet opgezet – zijn toevlucht tot ficties zoekt.<sup>76</sup> Toevlucht is hier het juiste woord: de fictie, als onderdeel van een systematiek, is een vlucht voor de realiteit waarvoor men komt te staan, voor het feit dat de ontwikkelde theorie op de klippen van de harde werkelijkheid dreigt stuk te slaan. In plaats van het roer om te gooien, en (met een kritische blik op de kaart) te concluderen dat de ingeslagen koers niet de juiste was, roept men de fictie te hulp, waarvan de beeldende kracht de klippen al gauw doet vergeten. Zo is het ook in

76. Het soortelijk gewicht van deze opmerking wordt bepaald door de methode van rechtsvinding die men volgt, met name door de vraag, van welke betekenis die rechtsgeschiedenis daarbij is. Volgt men de methode van Scholten, voor wie de rechtshistorische interpretatie slechts één van de hulpmiddelen bij de rechtsvinding is, toegepast vanuit de gedachte, dat men moet terugzien om vooruit te kunnen zien (*Alg. Deel*, p. 47), dan bevindt men zich op een andere weg dan die door Meijers bewandeld wordt. Deze wordt getypeerd door Meijers' opmerking, dat het historisch gevormde begrip voor de algemene rechtsleer zijn waarde heeft, omdat 'een veelvuldig gebruik van een begrip een vermoeden voor zijn bruikbaarheid' geeft (t.a.p., p. 24). Vgl. in dezelfde zin reeds een opmerking in *WPNR* 2422 (1916), p. 261, 2e kol.: 'Slechts door te letten op de historische betekenis der woorden en zinnen kan men eenige stabiliteit verkrijgen', en verder Meijers' bestrijding van Suijling inzake de uitleg van art. 1129 BW, vgl. *WPNR* 3338 (1933), p. 508, 516. Suijlings methode van wetsuitleg vertoont, evenals die van Eggens, grote overeenkomst met die van Scholten. Vgl. ook boven, III, § 2, no. 9 v.

het geval dat tot het inslaan van dit fictieve zijpad aanleiding gaf: indien men de realiteit onder ogen ziet, dat overeenkomstig de heersende leer ook zonder een wilsovereenstemming een overeenkomst tot stand kan komen indien een gerechtvaardigd vertrouwen werd opgewekt, dan voert dit – terugkerend op de schreden zijns wegs – tot de consequentie dat de theorie aan herwaardering toe is, dat de wil het bindend element van de overeenkomst, en – nog een stapje verder terug – van de rechtshandeling zou zijn. Is men rijp voor deze herwaardering, anders gesteld: is men bereid het vooroordeel, gelegen in de aanvaarding van het wilsdogma – de wil is het bindend element omdat de wil het bindend element is – prijs te geven om de zaak opnieuw in ogenschouw te nemen, dan kan de uitslag van deze heropening van zaken niet twijfelachtig zijn. Dan kan de wilsleer eindelijk op de plaats gezet worden die haar toekomt: de eerste helft van de negentiende eeuw.

Schijnbaar inconsequent in Meijers' gedachtengang is het feit dat hij altijd op enkele andere terreinen van het recht aan de fictie de oorlog heeft verklaard: t.a.v. de clausula rebus sic stantibus (*Preadv. NJV* 1918) en de stilzwijgende wilsverklaring (*Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring* 1937, *Verz. Opst.* III, p. 277 v.) ook weer aan de orde gesteld in zijn *Alg. Begr.*, p. 24 v. Bij het laatste onderwerp komt schrijver tot het oordeel dat de fictie van partijwil 'een niet te rechtvaardigen onwaarheid, een spel met woorden' is. Deze inconsequentie – overigens ook gesignaleerd door Eggens, t.a.p. p. 327 – noemde ik schijn, omdat hij bij nader inzien voortkomt niet uit Meijers' opvatting over het gebruik van ficties op zich genomen, maar op diens (over)accentuering van de psychische wil van partijen als bindend element van de overeenkomst – vgl. de onthullende p. 225, *Alg. Begr.* – ook bij de uitleg van hetgeen partijen bedoelden. Uitgaande van een uitleggingshandeling als 'psychologische' werkzaamheid, is het inderdaad een doorn in het oog dat partijen bedoelingen toegedicht worden die weliswaar billijk zijn, maar die zij nooit gehad hebben, en ligt de teerkwast 'fictie' dicht bij de hand. Meijers houdt halt bij de constatering dat het hanteren van de stilzwijgende wilsverklaring zoals dit in de praktijk gebeurt, van een 'verdrongen billijkheidscomplex' getuigt. Op geheel andere wijze verwerkt Scholten dit fenomeen, toevalligerwijs in hetzelfde jaar, 1937. In zijn al eerder aangehaalde noot onder HR 4 juni 1937, *NJ* 979, vgl. boven, § 3, no. 1, in fine, stelt hij allereerst dat uitleg boven het onderzoek naar de bedoeling van partijen uitstijgt, en bepaling van de inhoud van de rechtsbetrekking is, een o.g.v. rechtsregels gegeven 'rechtsoordeel'. Dit uitgangspunt – tegengesteld aan dat van Meijers – is, zoals voor de hand ligt, van invloed op het eindoordeel van Scholten. Hij uit de wens, dat de rechter, ingeval partijen bepaalde omstandigheden niet voorzagen, niet van partijbedoelingen spreekt, maar: 'eenvoudig uitmaakt, dat de overeenkomst niet verplicht tot het handelen dat de wederpartij verlangt'. Dit alles dus binnen het kader van de uitleg (vaststelling van de inhoud) van de overeenkomst. Waaruit weer blijkt van welke betekenis de normatieve uitleg is voor de beschouwing van andere delen van het recht.

Onvermeld bleef tot dusver Eggens' onverbloemde kritiek op Meijers' stelsel van subjectieve wil naast opgewekt vertrouwen, in diens opstel *Een man een man, een woord een woord*, *Verz. Opst.* 2, p. 206, 7. Eggens – aanhanger van een geobjektiveerde wilsleer – repliceert op Meijers' stereotype verwijt aan vertrouwensaanhangers dat gebaseerd is op de veronderstelling dat in de bestreden leer de wil irrelevant geacht wordt: 'deze wil is niet irrelevant, maar relevant alleen zóals hij zich in en als zijn verklaring (tot de wederpartij) objectieveert (als gegeven woord) en daarom rechtens

(normatief, niet psychologisch gedacht) *geldt*'. Eggens stuit bij zijn analyse op het bot, als hij Meijers het volgende verwijt doet, dat tevens het verschil in denktrant tussen beide schrijvers demonstreert: 'Het blijkt uit Meijers' betoog (telkens in zijn gehele boek) dat hij begrip en formule vereenzelvigt, zich het begrip statisch, niet dynamisch, vloeiend, denkt. Zo bestrijdt hij hier de formule "het door de verklaringen opgewekte vertrouwen bindt", in stede van deze formule tot begrip, tot hetgeen zij *wezenlijk* betekent, te ontwikkelen'. Het wekt geen verwondering dat Eggens er wél in slaagt een 'algemeen innerlijk kenmerk' voor overeenkomsten aan te geven, ook geldig voor de 'derde rubriek' van E.M.M. (aanvulling, conversie). En wel, dat gelegen is in de bepaling van rechtsgevolgen 'naar de eisen van de goede trouw, d.w.z. naar hetgeen partijen, als persoon, jegens elkander en zichzelf, *behoren* te doen gelden op grond van hun wilsverklaringen én die bijzondere omstandigheden'.

#### **d. Conclusie ten aanzien van het rechtshandelingbegrip bij Meijers en het Nieuw BW**

##### *7. De regeling van het ontwerp berust niet op de in de hedendaagse theorie en praktijk heersende rechtsopvattingen*

De hierboven gevoerde beschouwingen leiden tot de slotsom dat Meijers' theorie van wil én vertrouwen als grondslag van de gebondenheid uit een rechtshandeling, welke in de artt. 3.2.2 v. werd neergelegd, in theoretisch opzicht onhoudbaar is. De argumenten waarmee Meijers zich tegen de tegenstanders van het wilsdogma afzet, zijn van feitelijke grondslag ontbloeit, terwijl zijn opvatting in methodisch opzicht als gedateerd moet worden beschouwd. Meijers kan immers de gaten in zijn systeem slechts dichten door *ficties* te hanteren. Al noemt schr. de fictie een 'systematisch hulpmiddel', daarmee worden nog niet de grote bezwaren die in de laatste eeuw in toeneemende mate door gezaghebbende auteurs tegen een dergelijke constructie aangevoerd werden, weerlegd.<sup>77</sup>

Vormt de door Meijers ontworpen regeling van de artt. 3.2.2 v. in rechtstheoretisch opzicht een lappendeken – hierdoor veroorzaakt, doordat schr. toegevend aan de door het rechtsverkeer geëiste bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen, weigert het aloude wilsdogma prijs te geven – ook voor de rechtspraktijk vormt deze regeling geen aanwinst. Anders dan de *Toelichting* stelt, is de dubbele grondslag van Meijers *niet* die welke in de heersende jurisprudentie aanvaard wordt, vgl. boven II, § 2, no. 5 v. Slechts indien men een louter grammatikale uitlegmethode volgt, waarbij men uitsluitend op het *woordgebruik* van de hoge raad let, is het mogelijk dat een mening als die van Meijers – daarin gevolgd door Rutten – kan

77. Hierboven werden genoemd (no. 6); Hartmann, Demelius, Schlossmann, Esser, Paul Scholten, Eggens, waaraan nog toe te voegen valt: Land I, 2e dr. 1914, p. 754, nt. 3, in fine (m.b.t. de rechtspersoon); H. Dooyeweerd, *RmTh* 1953, p. 307 v.; *Inl. tot de encycl. der rechtswetenschap*, p. 59 v.; Hofmann-Van Opstall, p. 324, no. 5; H. J. Hommes, *RmTh* 1965, p. 226, *WPNR* 4973 (1967), p. 497 v.

postvatten.<sup>78</sup> Doch ook in dit opzicht is de school van Meijers geïsoleerd in onze literatuur, en wijkt zij af van de geldende jurisprudentie.<sup>79</sup>

Een ander voor de rechtspraktijk ongewenst aspect van de voorgestelde regeling, ligt in de omstandigheid, dat men door de hantering van het begrip 'wil' vraagt om moeilijkheden bij de toepassing van dat begrip in de praktijk. De zee van jurisprudentie (alleen al de gepubliceerde) op dit terrein in deze eeuw, spreekt dacht ik boekdelen. Het juridische spreekwoord – door Paul Scholten al in 1909 gelanceerd – dat woorden nooit duidelijk zijn, vindt in het woord *wil* zijn beste illustratie. Voor het overige verwijs ik naar hetgeen ik hierboven tegen de hantering van dat begrip naar voren bracht, vgl. § 1.

Zoals beschreven staat de opvatting die men in de wilsleer over de rechtshandeling heeft, tegenover de in de literatuur door Suijling, Eggens en Böhntlingk verdedigde zienswijze.<sup>80</sup> Indien men deze schrijvers in het ontwerp zou volgen, zou echter de bestaande verwarring gecontinueerd worden, aangezien zij de term 'wil' handhaven. Het woord wil heeft bij hen weliswaar een zuiver objectieve inhoud – het dient louter als kapstok voor normatieve toerekening –, de geschiedenis van de laatste eeuw heeft geleerd dat deze term nu niet bepaald door 'duidelijkheid' uitblinkt. Het hoort derhalve in een moderne wet niet thuis.

Handhaving van de ontworpen regeling biedt door het polyinterpretabele wilsbegrip zoals gezegd een aanknopingspunt voor onvruchtbare procedures, waarbij te verwachten valt dat de rechter de dogmatiek van het ontwerp zal laten voor wat zij is, en de al in de twintiger jaren ingeslagen weg zal vervolgen. In de doctrine zal, mede door de centrale plaats die de rechtshandeling in het privaatrecht inneemt, de in het ontwerp neergelegde wilsgrondslag de nodige verwarring scheppen, en een moderne benadering van tal van

78. Meijers' grammatikale uitlegmethode vindt men ook gedemonstreerd in hetgeen door hem op p. 182, nt. 2 van de *Toelichting* gesteld wordt. Men leest daar, m.b.t. de formulering van het vertrouwensbeginsel van art. 3.2.3: 'De rechtspraak van de Hoge Raad is op dit punt van "mogen" of "moeten" opvatten onzeker', waarop een vijftal arresten geciteerd wordt, waarin niet steeds dezelfde woorden gehanteerd worden, maar wél dezelfde rechtsnorm.

79. Vgl. voor de uitleg van overeenkomsten, boven § 3a, en voor de wetsuitleg § 2, no. 10, § 4, no. 5. T.a.v. het eerste onderwerp is Rutten de wilsleer ontrouw, en verlaat hij stilzwijgend de zijde van Meijers.

80. Vgl. voor deze schrijvers ook nog onder, § 8. De wilsleer, die de ontwerpers zo na aan het hart ligt, werd enige tijd geleden door T. Koopmans even lakoniek als beslist verworpen. N.a.v. de gelijkstelling van de overeenkomst met de partijwil door G. Ripert, stelt Koopmans, dat deze een apriorisme is, 'waarvoor bovendien de gronden — zo die al ooit erg solide zijn geweest — thans in ieder geval hun kracht verloren hebben. Sinds wij de wilsleer, met zijn hele wijsgerige en politieke achterban, hebben laten vallen, zouden wij ons voor zulk soort vereenvoudigingen moeten hoeden'. Vgl. *Contractueel stippelwerk*, inaug. rede Leiden, 1965, p. 11.

De klassieke wilsleer vindt men ook bestreden bij Dooyeweerd, vgl. *Inl. tot de encycl.*, p. 59 v.; *Encycl. der rechtswetenschap* I, p. 117 v., II, p. 17 v. (Bureau stud. raad VU, niet in de handel). Dooyeweerd spreekt daarbij van de 'normatieve juridische wilsfunctie'.

rechtsvragen in de weg staan.<sup>81</sup> Wellicht dat na enige decennia, waarin het wilsbegrip veel inkt onnodig zal doen vloeien, het inzicht door zal breken, dat men hier, met name in art. 3.2.2, een stuk negentiende-eeuwse dogmatiek heeft gehercodificeerd, waaraan men maar het beste voorbij kan gaan. In de buitenlandse literatuur staat het artikel nú al als zodanig bekend, vgl. de opmerking van Flume (zelf aanhanger van een geobjektiveerde wilsleer): 'siehe aus neuester Zeit den Entwurf Meijers III 2, art. 2, mit dem der deutschen Lehre folgenden "klassischen" Rechtsgeschäftsbegriff – obwohl Meijers der Vertrauenslehre folgt'.<sup>82</sup>

8. *Voorstel tot wijziging van de hybride artt. 3.2.2 e.v. Nw BW. De doelstellingen bij hercodificatie*

Ik zou derhalve willen bepleiten, de artt. 3.2.2, 2a, en 3 te schrappen, en in één artikel de rechtshandeling te omschrijven. De hier gebruikte formulering geef ik daarbij ter overweging:

Een rechtshandeling is een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldend recht – gezien de aard van de handeling, de omstandigheden waaronder, en de wijze waarop zij tot stand kwam – rechtsgevolgen ontstaan die de handelende toegerekend worden.<sup>83</sup>

Hier wordt een schrappen van de genoemde artikelen bepleit, aangezien het bastaarden zijn, verwekt door het samenbrengen van verouderde dogmatiek (de wilsleer) en het recht der werkelijkheid (de vertrouwensleer). Al is de rechtspositie van natuurlijke kinderen sinds de invoering van Boek I verbeterd, men verwacht toch van de wetgever dat hij bij het ontwerpen van een wet die tenminste het jaar 2000 moet halen, van meer vernieuwingsdrang blijk geeft.<sup>84</sup> Het terugzien heeft hier – zoals bij Meijers wel meer – het vooruitzien overheerst. Indien men in een dergelijke geest de hercodificatie ter hand neemt, valt het te betwijfelen of 'het grote werk' in de ons omringende rechtsstelsels evenveel respect zal afdwingen als indertijd bij het zwitserse burgerlijk wetboek het geval was, dat zo inspireerde omdat het

81. Het is geen toeval dat de toepassing van Meijers' rechtshandelingbegrip op een concrete rechtsfiguur, zoals de *volmacht* (titel 3 van Boek 3), aan A. van Oven aanleiding tot ernstige kritiek geeft, vgl. *RmTh* 1955, p. 446. Zijn kritiek werd overigens niet door de vaste Commissie van Justitie overgenomen. Naar mijn indruk is de strekking van die kritiek aan de Cie. ontgaan, vgl. *Voorl. Verslag* no. 4, Zitting 1958-1959, 3770, p. 11 v.

82. *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, Festschrift Deutscher Juristentag, 1960, p. 150, nt. 40a.

83. Vgl. boven, III, § 1, no. 2. Aan een wettelijke regeling inzake rechtshandelingen van geestelijk gestoorde, bestaat in die opvatting geen behoefte. Die problematiek zou naar de *Toelichting*, als illustratie-materiaal, kunnen verhuizen. Vgl. t.a.v. het bij gewijzigd ontwerp ingevoerde art. 3a nog onder.

84. Zegt minister Polak niet, bij de behandeling van Boek 4 in de eerste kamer: 'De hercodificatie is niet alleen maar restatement, zij betekent ook de vorming van nieuw recht?' *Zitting* 1968-69, p. 1035.

zijn tijd vooruit was. Ons ontwerp lijkt echter de weg van het duitse BGB (van 1900) te volgen, waarin de nog niet afgesloten discussie rond wil en vertrouwen afgekappt werd, daarmee praktijk en doctrine in een keurslijf wringend. Een keurslijf waarbij, met behoud van de oude, lijvige wilsdogmatiek, de nieuwe visie van de oppositie slechts als rijgveter gebruikt werd.<sup>85</sup>

Ik zou niet de schijn willen opwekken, dat ik grote verwachtingen koester omtrent de invloed van het hier opgemerkte op het wetgevingsproces. Om te beginnen geniet Meijers nog groot gezag in de literatuur<sup>86</sup>, vooral ook bij schrijvers van handboeken, veelal leerlingen van Meijers. Een bijkomende omstandigheid hierbij is, dat de rechtshandeling tot de onderontwikkelde gebieden van de rechtswetenschap behoort. Reeds om die reden is het verklaarbaar dat Meijers' opvatting weinig bestrijding ondervond. Ligt derhalve een desavoueren van Meijers niet direkt in de lijn der verwachting, daar komt nog bij dat wetgeving ook een politiek bedrijf is. Met dat aspect heb ik bij mijn bestrijding van art. 4.3.1.8 indertijd al ervaring opgedaan.<sup>87</sup> Het zal dus wel allemaal bij het oude blijven. Ik sprak eerder in dit verband van monumentenzorg. Men kan de hercodificatie echter ook vergelijken met het oprichten van een Nationaal Park, waarin bepaalde in de moderne samenleving in het nauw gebrachte rechtsfiguren voor uitsterven behoed worden. Wij kwamen er in dit werk al vele tegen, het wilsbegrip is er slechts een van. Misschien dat de hier gevoerde beschouwingen bij toekomstige excursies nog dienst kunnen doen.

De hier naar voren gebrachte kritiek raakt, zoals duidelijk zal zijn, de doelstellingen van de hercodificatie.<sup>88</sup> Het is in dit verband interessant, om hieromtrent Meijers zelf aan het woord te laten. In zijn rede te Leuven van 1949 – aangehaald door minister Polak, t.a.p. –, geeft Meijers drie motieven aan, voor een vernieuwing van het BW. Eén daarvan is gelegen in 'de geheel nieuwe inzichten omtrent de beginselen, die aan een burgerlijk wetboek moeten ten grondslag worden gelegd'. Dit gegeven wordt door hem als volgt uitgewerkt:

'Naast de vorm is het ook de inhoud der beginselen, die principieel zich wijzigt. De wetboeken der 19de eeuw, voorop de Code Civil, zijn alle produkt van de toen heersende geestesrichting; het wetboek moet het individu de grootst mogelijke persoonlijke vrijheid verzekeren, staatsinmenging moet tot een minimum beperkt zijn. Thans echter grijpt het algemene belang in bijkans iedere verhouding in.

Hier dient het ganse burgerlijk wetboek opnieuw in ogeschouw genomen te worden om na te gaan of het algemeen belang niet veel meer dan vroeger in de artikelen van het burgerlijk wetboek zelf zijn uitdrukking moet vinden.'

85. Vgl. voor die materie nog onder, IV, § 2.

86. Zijn *Alg. Begrippen* heeft echter weinig invloed op doctrine en jurisprudentie uitgeoefend, vgl. daaromtrent Langemeijer, *De wijsbegeerte des rechts en de encycl. der rechtswetenschap sinds 1880*, (1963), *Geschiedenis der Ned. rechtswetenschap* VI, p. 119. Op de wetgeving des te meer, zoals hier weer blijkt.

87. Vgl. boven, III, § 3, no. 2, in fine.

88. Vgl. in dit verband ook Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, 1969, p. 168 v.



Naar ik meen zou deze gedachte juist in de onderhavige titel, die gewijd aan de rechtshandelingen, daardoor centraal staat in het gehele ontwerp, tot uitdrukking gebracht dienen te worden.

Tot dusver bleef het bij gewijzigd ontwerp ingevoerde art. 3.2.3a buiten beschouwing. Met de toevoeging van dit artikel komt het ontwerp tegemoet aan de bezwaren die door Schoordijk in zijn dissertatie (p. 35 v.) naar voren werden gebracht, vgl. M.v.A. p. 50. Bezwaren die juist door de *wilsconstructie* van art. 3 – door schr. overigens aangevaard – opgeroepen werden. In Meijers' conceptie werd ook het beginsel van art. 1910 BW in art. 3 neergelegd geacht. Schoordijks bezwaar hiertegen was, in het kort, dat met de constructie van toerekenbare schijn van wil 'de toerekenbare schijn van het bestaan ener rechtsbetrekking' niet aan bod komt. In het voorgestelde art. 3a gaat het nu niet om een beroep op het 'gemis aan wil', maar een beroep 'op hetgeen in werkelijkheid tussen partijen geldt ook als dit niet met de voorstelling van de derde overeenstemt', een voorstelling die de laatste redelijkerwijze mocht hebben, zodat bescherming van de derde op haar plaats is (M.v.A., id.). In de door mij verdedigde toerekeningsleer is voor deze benaderingswijze geen plaats. In de visie van het gewijzigd ontwerp heeft de rechtshandeling (bijv. een schulderkenning, waarvan de akte een verschrijving, of een contre-lettre bevat) *slechts één rechtsbetekenis*, nl. zoals die tussen partijen, debiteur en crediteur, vaststaat. Welke betekenis als '*werkelijkheid*' aangeduid wordt, Mijn opvatting laat zich als volgt samenvatten. Een feitelijk handelen van A kan op grond van normatieve uitleg, aangemerkt worden als *schulderkenning*, een eenzijdige rechtshandeling (vgl. daaromtrent ook boven, § 2, no. 13, in fine). Deze handeling is in eerste instantie gericht tot één andere persoon, B, doch gezien de omstandigheden (de aard van de transactie, de wijze waarop de handeling tot uitdrukking werd gebracht, in een akte of niet, vgl. ook M.v.A., p. 52) kan de uitleg met zich brengen, dat de handeling ook geacht wordt gericht te zijn tot derden, bijv. C, een cessionaris. In dat geval komt a.h.v. normatieve uitleg tevens vast te staan welke inhoud de rechtshandeling-erkenning van A ten opzichte van C heeft. *De inhoud van de rechtshandeling A-C hoeft niet identiek te zijn aan die van de rechtshandeling A-B*. Bijv. niet, indien B ten aanzien van de contre-lettre of verschrijving te kwader trouw, en C te goeder trouw is. In de door mij verworpen zienswijze, denkt men zich de rechtshandeling in als een feitelijk gebeuren, dat slechts één maal in de historie kan plaatsvinden, en slechts één historische, veelal zelfs historisch-psychologische, betekenis heeft in rechte. In de toerekeningsleer verlaat men juist deze statische, voorstellende zienswijze en gaat men dynamisch te werk. *Eenzelfde feitelijke handeling kan aldus bij de rechtsvinding meer dan één 'rechtshandeling' ten aanzien van dezelfde persoon opleveren*.

Vgl. om een ander voorbeeld te geven, de situatie dat een persoon door middel van één handeling aan verschillende personen een aanbod doet, bijv. een uitloving ('wie mijn portefeuille uit het water opduikt, krijgt f 25'). Zoals betoogd, is het aanbod in mijn opvatting een eenzijdige rechtshandeling, vgl. boven, II, § 1, no. 5 v. In beide gegeven voorbeelden, zijn de vragen die zich bij de uitleg voordoen, gelijk. Ook bij het aanbod doet zich bijv. de vraag voor, *tot wie* de toezegging gericht werd: enkel tot degenen tot wie zij daadwerkelijk gericht werd, of ook tot anderen, of zelfs tot het grote publiek. Zoals eerder door mij verdedigd werd, is het 'gericht zijn' van een handeling geen feitelijk vast te stellen omstandigheid (aldus het ontwerp) maar een *normatief* te hanteren criterium, vgl. boven, II, § 1, § 2. Het valt buiten het bestek, om langer bij art. 3.2.3a stil te staan, zoals het geformuleerd en toegelicht werd. In de sobere toelichting mist men wel de associatie met de geldende jurisprudentie inzake dwaling, en de daarop geïnspireerde regeling van Boek 6 (vgl. met name M.v.A., p. 51).

§ 8. DE RECHTSHANDELING IN DE WILSLEER (VERVOLG). DE OPVATTING VAN VAN DER HEIJDEN EN VAN RUTTEN. RECHTSVERGELIJKENDE NOTITIES

a. Van der Heijdens leer van de toerekenbare schijn

1. Van der Heijdens uitgangspunt een *a priori*. Zijn visie op het wil-vertrouwensvraagstuk mist feitelijke grondslag

Een belangrijke plaats in het kamp van de wilsleer wordt ingenomen door de nijmegenese hoogleraar E. J. J. van der Heijden, wiens opstel *De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis*<sup>89</sup> door velen tot de klassieken van het privaatrecht gerekend wordt. Men kan zich afvragen of er aan een bestrijding van de in dit opstel neergelegde visie nog behoefte is, nu Eggens al op zo overtuigende wijze het tekortschieten daarvan heeft aangetoond.<sup>90</sup> Nu Eggens' betoog bijvoorbeeld op een schrijver als Rutten geen enkele indruk heeft gemaakt – gelijk hieronder nog zal blijken – schijnt een nieuwe kritische beschouwing van de opvatting van Van der Heijden nog steeds zinvol, temeer daar mijn bezwaren in vele opzichten afwijken van die van Eggens, met wiens kritiek ik overigens wel kan instemmen. Qua uitgangspunt en gedachtengang had het artikel van Van der Heijden door Meijers geschreven kunnen zijn. Ook Van der Heijden beziet het recht vanuit het *individualisme*.<sup>91</sup> Ook hier weer de misvatting dat de verklarings- en de vertrouwensleer onderscheiden theorieën zijn<sup>92</sup>, de omissie van namen en bronnen, en het maltraiteren van de vertrouwensleer die bestreden wordt<sup>93</sup>, hetgeen tot gevolg heeft dat vele passages uit wetenschappelijk oogpunt onleesbaar zijn, en tenslotte dat de grondslag aan zijn betoog komt te ontvallen.

Op het gevaar af in herhaling te vallen, wil ik het betoog van Van der Heijden van glossen voorzien. Alvorens op de 'overbekende twistvraag: wil of verklaring (!)' in te gaan, vangt schr. aan met zijn axioma voorop te stellen, dat contractuele verplichtingen vorm en inhoud aan de *wil* van partijen ontlene (p. 26). In het verlengde hiervan ligt de even aprioristische opvatting, dat handeling of toestand als verschijnselen van feitelijke orde nooit rechtstreekse oorzaak van het rechtsgevolg genoemd kunnen worden, want:

89. *RM* 1928, p. 1 v.

90. *Een man een man, een woord een woord*, 1949, *Verz. Priv. Opst.* 2, p. 200 v.

91. In zijn woorden — een passage die voor Eggens een struikelblok vormde —: 'In het individu vindt de overheid tegenover zich een *wil*, in beginsel evengoed als de hare, gerechtigd om binnen eigen sfeer te ordenen wat hem toekomt. *De individuele en de sociale wilsorde* oefenen in zeker grensgebied op elkander invloed uit, doch in *beginsel*, in punt van uitgang, *zijn zij onderscheiden en onafhankelijk*', p. 24, mijn curs. Dit thema blijkt een steeds weerkerend Leitmotiv te zijn, vergelijk p. 26-28, 30, 39, 41, 46.

92. p. 32-35, 39-41.

93. p. 33 v., 38-43.

'niet het feit, maar de wil, bepaalt de rechtsorde' (p. 27, 28). Ik mag, wat de ontsporingen van schr. betreft op het terrein van verklarings- en vertrouwensleer, wel volstaan met het aangeven ervan. Het 'vastlopen' – zoals schrijver het stelt – van het debat 'wil - verklaring - vertrouwen' doet bij Van der Heijden de twijfel rijzen of de voorgestelde oplossingen wel de enig mogelijke zijn, dan wel of het dilemma niet onvolledig gesteld werd, waardoor het 'onuitwarbaar' is geworden. Deze twijfel wordt nog versterkt, be- kent schr., doordat 'de voorstanders van *elk der drie gangbare (!) formules* toegeven, dat hun keus daaruit *zonder correctie, ontleend aan tegenoverge- stelde opvattingen, niet tot bruikbare resultaten leidt*' (p. 33, mijn curs.). Dat Van der Heijden niet ontgaan moet zijn hoe zwak deze boude bewering is, aangaande de 'drie' in het kleed der anonimiteit gestoken leren, blijkt uit de noot die aan de geciteerde zin verbonden werd: daar vindt men slechts de inconsequentie van de wilsleer (en wel ad art. 1378 BW) geme- moreerd. De 'verklaringsleer' moet het doen met de opmerking 'De verkla- ringsleer vindt haar crux in de verklaringen buiten bewustzijn afgelegd' – hetgeen nog niet het aantonen van de bewuste inconsequentie genoemd kan worden – en de 'vertrouwensleer' . . . daarover doet schr. het zwijgen toe.

Op dit drijfzand rust het verdere bouwwerk van schr.'s betoog dat voor het overige dan ook nauwelijks nog onze aandacht wettigt. De verbastering van de vertrouwensleer, en de zwakke tegenargumenten die schrijver te ber- de brengt, zijn het signaleren evenwel nog waard. Overigens, de oorzaak van Van der Heijdens dwalingen kan mede gevonden worden in het feit dat zijn begrippenwereld bestaat uit (duidelijke) *woorden*, aan welke gram- matikale betekenis schrijver hecht, zonder om te zien naar de lading die zij zouden kunnen dekken. Zonder onderscheid te maken of de woorden van auteurs, van de wetgever of van de hoge raad afkomstig zijn.<sup>94</sup>

De vertrouwensleer moet het bijvoorbeeld ontgelden, omdat, gegeven dat niet elk vertrouwen bindt, daaruit blijkt 'dat het *woord* de kern der zaak niet aangeeft' (p. 39; in gelijke zin t.a.v. de 'verklaringsleer' p. 35). Dit bezwaar uitwerkend, doemt voor schrijver de vraag op, welke factoren het vertrouwen rechtvaardigen, een voor de hand liggende vraag, die de aanhangers van de vertrouwensleer zich, zoals wij boven zagen, ook steevast stelden. Doch deze vraagstelling brengt Van der Heijden ertoe, misprijzend te concluderen: 'Bij toepassing der vertrouwensformule komt alles neer op het *rechtvaardigings-criterium*, dat zij niet aangeeft' (p. 34, mijn curs.). Indien men meent dat dit schr. ingegeven wordt, gelijk bij Meijers in 1921 het geval was, door een achterdocht jegens vage, op verkeersnormen berustende beginselen, dan komt men bedrogen uit. Even verder blijkt schr. hiermee geen enkel probleem te hebben. Met instemming vermeldt hij, hoe de hoge raad slechts dát vertrouwen, 'dat in verband met de eischen van het maatschappelijk verkeer *mocht* worden op- gevat', honoreert (p. 39). Terwijl naar aanleiding van zijn 'nieuwe' beginsel, de *toe- rekenbare schijn*, gesteld wordt dat deze zal moeten worden beoordeeld 'naar ge- lijkssoortige regelen van maatschappelijk behoren, als die in het overige wettelijk ver-

94. Vgl. p. 28, 34 v., 39. Vgl. in dit verband ook de kritiek die Eggens op Meijers heeft, vgl. § 7, no. 6, in fine.

## § 8. BESTRIJDING VAN DE WILSLEER (20E EEUW)

bintenissenrecht gelden' (p. 42). Valt dit alles, zou ik Van der Heijden willen repliceren, wél uit het woord '*schijn*' af te leiden? Neen, zou schr. wellicht opgemerkt hebben, maar ik spreek toch ook slechts van 'toerekenbare schijn'. Akkoord, maar evenzo spreken aanhangers van de vertrouwensleer niet simpel weg van 'vertrouwen', zoals Van der Heijden meent, doch steeds van '*redelijkerwijze opgewekt vertrouwen*'. '*op gerechtvaardigde wijze opgewekt vertrouwen*' en dergelijke. Wat is nu het verschil tussen déze normatieve adjektieven, en de 'toerekenbaarheid' van Van der Heijden? Als schr. zich de moeite had genomen de bronnen van de vertrouwensleer te raadplegen, dan had hij zich het uit de sloot halen van deze oude koe, die hij als een nieuwe vondst presenteert kunnen besparen. Dan had hij trouwens ook geen spoken hoeven te zien in de 'verklaringsleer'.

Opmerkelijk is ook nog, dat voor Van der Heijden historische en logische overwegingen blijken te bestaan die tegen de vertrouwensleer (en de verklaringsleer), en vóór de wilsleer pleiten. De 'vertrouwensformule' is namelijk ongeschikt, omdat men het in de wet niet als *constructiemiddel* aangewend ziet. 'Het opgewekte vertrouwen moge menigmaal voor den wetgever een *motief* zijn geweest, zijn regeling in een of andere richting op te trekken, *technisch* heeft deze dit begrip niet tot bestanddeel van zijn werk gemaakt' (p. 33). Daartegenover staat kennelijk voor schrijver het 'eeuwenoude uitgangspunt', de wil. Na een analyse van de bekende arresten van de hoge raad van 12 januari 1912, en van 6 mei en 18 juni 1926, hoofdzakelijk berustend op het *woordgebruik* van de hoogste rechter, komt schr. tot de overtuiging dat – anders dan men alom aanneemt – de raad de leer van het opgewekte vertrouwen niét aanvaard heeft, voornamelijk omdat 'als zoodanig *de wil uitdrukkelijk genoemd* blijft' (p. 39). Vgl. ook boven, II, § 2, no. 5 v. Ook hier weer een omgaan met woorden, waarop de term van Esser van toepassing is: *woordfetischisme*.

Door de cassatierechter wordt de wilsformule met het vertrouwensmotief aange-mengd, hetgeen niet de onverdeelde vreugde bij schrijver weet op te wekken: 'Hoezeer wij de algemeen gebillijkte opvatting, hierin neergelegd, toejuichen, het lijkt ons jammer, dat de Hooge Raad getracht heeft haar vast te leggen met het vertrouwensmotief, dat nu eenmaal te veel geschiedenis heeft om zonder verwarring aan de objectieve wilsleer te worden vastgehecht. Juist dit laatste uitgangspunt wijst een meer doorzichtige correctieformule als het ware aan' (p. 40).

Van der Heijden steekt zijn fidesfobie niet onder stoelen of banken. Bij de introductie van zijn correctie op de wilsformule, die even verder volgt, komt schr.'s rechtsdwaling weer boven: het zwakke punt zowel van verklarings- als vertrouwensleer ligt hierin, zo meent schr., dat in die leren '*elke schijn van wilsverklaring als zoodanig bindt*'. Deze misvatting is de petemoei van zijn zo bekend geworden stelling: 'Als wilsverklaring geldt niet alleen de werkelijke verklaring van den werkelijken wil, maar ook de toerekenbare schijn daarvan'.

Complement van schr.'s zienswijze is nog, dat van het eigenlijk, door partijen gewild contractsgevolg het wettelijk geduid contractsgevolg 'scherp onderscheiden' moet worden, hetgeen door de verklarings- en vertrouwenstheorieën 'nagelaten' werd.<sup>95</sup>

### 2. Conclusie. Van der Heijdens leer een schijn-leer

Al met al hebben wij zo kennis kunnen maken met de schijnwereld van Van der Heijden. Werd hij door zijn vooroordeel inzake het vraagstuk 'wil

95. p. 42. Een aardig *petitio principii* is nog de in dit verband losweg gemaakte opmerking, dat deze leren toch moesten falen 'in het zoeken naar een enkelvoudige regel, welke in staat zou zijn, gelijkelijk te gelden voor verschijnselen van verschillende orde'.

of vertrouwen' – volgens zijn zeggen 'het meest besproken vraagstuk der dogmatiek' – namelijk dat dit vraagstuk 'onoplosbaar' (p. 43) was, ertoe gebracht maar van bronnenonderzoek af te zien? Het heeft er in elk geval alle schijn van dat, evenals bij Meijers het geval was, de aanvaarding van het individualisme, en het onwankelbare geloof in het traditionele wilsdogma, de verblinding bij schr. heeft teweeggebracht.<sup>96</sup> De slotsom die uit Van der Heijdens beschouwing valt te trekken is, dat de naar mijn mening door hem als nieuw beginsel geïntroduceerde gedachte van de toerekenbare schijn, niets om het lijf heeft.<sup>97</sup> Slechts uit onbegrip voor de vertrouwensleer kon het beginsel ontstaan, en alleen in de verpakking – het nieuwe woord 'toerekenbaar' – verschilt zij van hetgeen in de halve eeuw vóór schr.'s publikatie talloze schrijvers voorstonden. Dat naar mijn mening die nieuwe verpakking, waarbij van de wilsleer uitgegaan werd, geen verbetering van de vertrouwensleer vormde, en evenmin een gegronde bestrijding daarvan, zal uit het bovenstaande wel afdoende gebleken zijn. De doctrine werd blij gemaakt met een lege dop.<sup>98</sup>

## b. De opvatting van Rutten inzake de rechtshandeling

### 3. Rutten in het voetspoor van Meijers. Weerlegging van oude argumenten

In de recente literatuur vindt men de visie van Meijers en Van der Heijden, die hierboven aan de orde kwam, met kracht verdedigd door een leerling van de laatste, Rutten. De homogeniteit die zijn denktrant, en die van de eerder genoemde schrijvers te zien geeft, doet zijn werking gelden op de omvang van de bespreking die hier volgt. Daar komt nog bij, dat Rutten voor de adstructie van zijn opvatting voornamelijk steunt op de beschouwingen van Meijers en Van der Heijden.

96. Van der Heijden verwijt de vertrouwensleer ook, evenals Meijers dat deed, dat indien wilsverklaringen aanwezig zijn die een uitdrukkelijke of stilzwijgende toezegging in zich sluiten, in de vertrouwensformule de *gebondenheid aan de wil* ondersteld is, p. 34.

97. Zoals beschreven, vgl. § 6, no. 6, werd in de duitse literatuur het begrip 'Zurechnung' gehanteerd door de aanhangers van de zgn. 'Vermittlungstheorien'. De opvatting van Bähr uit 1875 lijkt sterk op die van Van der Heijden.

98. De bestrijding van Van der Heijdens leer door Eggens, die ik al eerder vermeldde, berust op twee gronden. Ten eerste ziet Eggens de individuele en de sociale wilsorde niet als onderscheiden en onafhankelijk, maar in een dialektisch verband. Zij bepalen elkaar wederkerig (p. 202) en vormen daarnaast één geheel, als de 'algemene, objectieve, wil der rechtsgemeenschap'. Naast dit hegeliaanse bezwaar, prikt schrijver door Van der Heijdens schijnwereld heen. Uitgaande van de objektief bepaalde wil, die in rechte slechts geldt, is wat Van der Heijden schijn noemt werkelijkheid, en omgekeerd (p. 204 v.). Ook Eggens ziet in — betogend dat er iets meer verwekt moet zijn dan alleen *schijn*, namelijk *vertrouwen* bij de wederpartij — dat Van der Heijdens 'formule' van de 'toerekenbare schijn' in werkelijkheid de door hem bestreden 'formule' van het 'opgewekte vertrouwen' betekent, p. 204.

Eerder kwam Ruttens opvatting over de rol van de wil bij de totstandkoming van overeenkomsten<sup>99</sup> en vele andere rechtshandelingen ter sprake<sup>100</sup>, hier beperk ik mij tot zijn visie op de rechtshandeling in het algemeen. Zoals te verwachten, wordt in de eerste bladzijden van het tweede deel van zijn bijdrage aan de Asser-serie, de aandacht gevraagd voor dit sleutelbegrip in ons recht. Indien men hier een weloverwogen betoog verwacht, met afweging van voor en tegen van de verschillende opvattingen op dit terrein, komt men bedrogen zijn. Rutten is er zo van overtuigd dat de door hem naar voren gebrachte zienswijze de juiste is, dat voor hem alleen een verwijzing naar art. 3.2.2 lid 1 van het ontwerp-Meijers voldoende is. Zijn standpunt luidt als volgt: is er sprake van een handeling als uiting van de *wil* van de handelende persoon (personen), gericht op het doen ontstaan van het rechtsgevolg, dan heeft men met een rechtshandeling te doen.<sup>101</sup> Treedt het rechtsgevolg in, onafhankelijk van het beoogd zijn, dan is sprake van een '*materiële daad*', zoals bijvoorbeeld de onrechtmatige daad, aldus schr., p. 2. Dit voert hem tot de definitie: 'rechtshandelingen zijn die handelingen, waaraan het objectieve recht het ontstaan of tenietgaan van een recht of van een rechtsverhouding verbindt, omdat zodanig gevolg door de handelende persoon (personen) beoogd is' (p. 4, mijn curs.). Alvorens op de merites van deze definitie in te gaan, allereerst een kanttekening. De veelbelovende opmerking van schr. in diens voorwoord, dat zijn boek hem behalve als standaardwerk voor de praktijk, toch ook als studiewerk voor ogen stond, vindt men op deze cruciale plaats niet gerealiseerd. Uit niets blijkt bij Ruttens behandeling van het onderwerp, dat er ooit een zinnig mens is geweest die er een andere mening over de rechtshandeling op na hield.<sup>102</sup> Heeft Suijling in 1918 niet al een ander geluid laten horen? Om nog maar van de bestrijders van het wilsdogma van voor de eeuwwende te zwijgen. Rutten had trouwens voor een andere visie dan de zijne niet zo ver in het verleden hoeven teruggaan: bij de bespreking van de eerste druk van zijn boek door Suijlings leerling Eggens vindt schr. zijn opvatting bestreden en tegenover een andere geplaatst.<sup>103</sup> Getuigt dit van weinig elegance, de simpele verwijzing naar het Nw BW is, gezien de – gelijk wij boven zagen – uiterst gebrekkige adstructie die de *Toelichting* voor de ontworpen formulering van de rechtshandeling geeft, onvoldoende, alle eerbied die men voor haar auteur kan koes-

99. Vgl. boven, II, § 2, no. 5 v.; § 4, no. 2.

100. Vgl. de in de Hfdst. I en II besproken rechtshandelingen.

101. Asser-Rutten II, p. 1 v.

102. Op p. 71 zien we schr.'s versie van de rechtshandeling als 'algemeen aanvaarde opvatting' dienst doen, nog wel bij de bestrijding van de vertrouwensleer. Op Ruttens definitie lijkt mij overigens de opmerking van toepassing die Somló maakte t.a.v. de definities van het recht, in zijn objektieve betekenis: deze zijn 'zumeist den Karyatiden an unser Häusern ähnlich: sie scheinen zu tragen, sind aber nur ein Schmuck, der getragen wird', *Juristische Grundlehre*, 1917, p. 52.

103. Suijlings opvatting over de rechtshandeling wordt ook gevolgd door Böhtlingk, *Het leerstuk der vertegenwoordiging*, no. 54. Zijn bestrijding van de 'vertrouwensleer', no. 53, mist echter evenals bij Meijers en Van der Heijden het geval is, feitelijke grondslag, vgl. boven, § 7, no. 6.

teren ten spijt. Ook in zijn visie op het begrip overeenkomst volgt Rutten overigens Meijers: als enige bron vindt men diens *Algemene Begrippen* vermeld, een bron die hij tot de bodem ledigt.<sup>104</sup>

Na een dergelijke entrée, kan men op het stuk van de totstandkoming van overeenkomsten alles verwachten. En wel alles wat door de eerder besproken leden van het driemanschap van belang geacht werd. Inderdaad blijkt deze verwachting uit te komen. Bij de verdere inventarisatie van Rutten's stelsel, kan allereerst een zaak die een centrale plaats inneemt, de ook bij hem aanwezige verwarring omtrent verklarings- en vertrouwensleer terzijde gelaten worden. Boven werd daaraan reeds aandacht geschonken, vgl. o.a. no. 1.

De rechtsvergelijkende passage waarmee schrijver zijn uiteenzetting opent, moet bepaald zwak genoemd worden. Het franse recht moet het, zonder verdere verwijzing, doen met de opmerking: 'De Franse schrijvers huldigen over het algemeen zonder veel discussie de wilstheorie' (p. 70). Uit zijn weergave van Duits en Zwitsers recht blijkt Rutten's legistische instelling: hij volstaat met op te merken dat er strijd over bestaat welke theorie de Duitse en Zwitserse *wet* huldigen. Alsof daarmee het *recht* van die landen op afdoende wijze in de discussie betrokken is.<sup>105</sup> Bij het lezen van de passage waarbij schrijver het Nederlandse recht aan de orde stelt — de weergave van de literatuur stopt bij 1913 — dient men wel te bedenken, dat als hij opmerkt dat in ons land de 'wilstheorie' aan het eind van de vorige eeuw verdrongen werd, en ook thans door de meeste schrijvers, en 'naar men wil', ook in de rechtspraak, verworpen wordt, Rutten hier alleen doelt op die wilsleer uit het drieluik: wils-, verklarings-, vertrouwensleer, uitsluitend betrekking hebbende op de totstandkoming van overeenkomsten.<sup>106</sup> Rutten sluit zich aan bij de 'krachtige pleitbezorgers' van de wilstheorie in de doctrine, Meijers en Van der Heijden. Zijn tweeledige motivering is niet overtuigend. Zijn eerste argument is, dat in de regel verklaring en wil elkaar dekken, zodat 'normaal' is om de theorie te aanvaarden die op de regel gebaseerd is, de wilsleer. Voor de bestrijding van deze argumentatie verwijs ik naar mijn betoog hierboven (vgl. § 7, no. 3). Nu is het wel zo, vervolgt schrijver, dat er een groot aantal uitzonderingen op de regel zijn, en er iets voor te zeggen zou zijn om 'op doelmatigheidsgronden' een theorie te aanvaarden die wél zonder uitzondering kan worden toegepast, maar dit is met de vertrouwensleer niet het geval. Er zijn immers voorbeelden aan te wijzen, betoogt Rutten, waarin het opgewekte vertrouwen moet wijken voor de

104. Het gaat hier om de boven bestreden passage van p. 213 v., waar Meijers de *wils*-overeenstemming als 'voornaamste wezensbestanddeel' — zoals Rutten het pleonastisch omschrijft — van alle overeenkomsten aanwijst, tot de onvindbaarheid van een nieuw gemeenschappelijk kenmerk concludeert, en de fictie te baat neemt. Hetgeen Rutten ervan afbrengt, om voor de belangrijkste en meestvoorkomende figuur uit het privaatrecht, de overeenkomst, een definitie te formuleren, als een 'nauwelijks mogelijke' onderneming (p. 3).

105. Vgl. voor deze rechtsstelsels nog uitvoerig onder, IV, § 2 v.

106. Op de volgende pagina, p. 71, merkt hij immers op dat de wil als grondslag van de rechtshandeling een algemeen aanvaarde gedachte is.

werkelijke wil of voor het ontbreken van de wil. Hierbij wordt verwezen naar p. 215 van Meijers' *Algemene Begrippen* en de arresten *Van Dongen - Van den Oetelaar* en *Eelman - Hin*. Ruttens beroep op de jurisprudentie vond hierboven al bestrijding, vgl. II, § 2, no. 5 v. Met de voorbeelden die Meijers geeft – waar Rutten naar verwijst – kon ik mij al eerder niet verenigen. Vgl. boven, § 7, nos. 3, 5 v.

Daarbij werden mijn bezwaren tegen de eerste twee voorbeelden die Meijers geeft, tot dusver nog niet geëxpliciteerd. Het eerste voorbeeld – ook al te vinden in diens artikel van 1921 – is als volgt: 'wanneer een der partijen de hem gedane verklaring niet opvat in de zin, gelijk hij die op grond der gegeven feiten moest opvatten, maar *in een andere ongewone zin*, komt desniettemin toch een rechtsgeldige overeenkomst tot stand, wanneer dit *juist de zin was*, die hij, die de verklaring deed, met zijn verklaring *beoogde*', mijn curs. Met het uitgangspunt van Meijers kan ik mij niet verenigen. In mijn gedachtengang kan het geopperde probleem zich niet voordoen, omdat bij de bepaling van wat de zin is waarin de verklaring 'op grond van de gegeven omstandigheden opgevat moest worden' steeds een eventuele 'andere ongewone zin' al in de beschouwing betrokken werd. Bij de objectieve uitleg van de verklaring dienen nu eenmaal alle omstandigheden – die de couleur locale bepalen – bij de uitleg betrokken te worden, derhalve ook buitenissige interpretaties, die het gevolg van bijzondere omstandigheden kunnen zijn. Als, gelijk in het door Meijers gestelde geval, degene die de verklaring deed in de mening verkeerde dat deze slechts in de 'buitenissige' zin opgevat kan worden (hij die zin 'beoogde'), terwijl inderdaad zijn wederpartij haar in die buitenissige zin opvat, dan is er óók bij normatieve uitleg niets aan de hand.

De oorzaak van het bij schr. heersende misverstand – dat in de duitse literatuur herhaaldelijk op gelijke wijze naar voren komt, vgl. o.a. Larenz' *Auslegung* –, is dat Meijers bij die – door hem verworpen – objectieve vaststelling aan een 'Durchschnittsmensch' denkt, de betamelijke fatsoenlijke Elcerlijck, bij welke abstractie géén recht gedaan zou worden aan de omstandigheden in concreto, die *deze* wederpartij bekend waren (behoorden te zijn). Nog daargelaten de faktor die ook hier een rol speelt, dat in schr.'s ogen woorden meestal duidelijk zijn en bij hoge uitzondering onduidelijk (vgl. ook de formulering van het derde voorbeeld). Vgl. hieromtrent ook Eggens, t.a.p. p. 206; tegen zijn zienswijze gelden echter dezelfde bezwaren. Ook Eggens abstraheert aldaar de objectieve betekenis van de verklaring van de omstandigheden in concreto, hetgeen ik niet anders kan zien dan als een inconsequentie in zijn systeem van uitleg.

Tegen het tweede voorbeeld dat Meijers geeft, een variatie op het eerste, heb ik dezelfde bezwaren. Ik meen te kunnen volstaan met de weergave van het voorbeeld: 'Evenzo komt een overeenkomst tot stand, wanneer op grond der gegeven feiten degene, wie een verklaring gedaan is, deze als scherts moest beschouwen, maar die persoon de verklaring als in volle ernst afgelegd heeft opgevat en dit ook, in strijd met de schijn, de bedoeling van hem, die de verklaring deed, was'.

#### *4. Bestrijding van Ruttens visie op de rechtspraak en op de vertrouwensleer. De toerekeningsformule van Van der Heijden*

Het tweede argument voor de wilsleer berust op schr.'s bestrijding van de vertrouwensleer, als zou deze (heersende) leer uitsluitend gebaseerd zijn op



de *fictie* van partijwil. Uit het hierboven ingestelde onderzoek (§ 6, no. 2 v.) blijkt dat Ruttens voorstelling van de vertrouwensleer onjuist is, zodat slechts zijn voorstelling daarvan de benaming fictief verdient.<sup>107</sup> Het resultaat waartoe schr. komt is bekend; hij aanvaardt 'voortbouwend op een traditie van eeuwen', in beginsel de wilsleer, en vult deze aan met het vertrouwensmotief, met gebruikmaking van Van der Heijdens formulering.<sup>108</sup> Dat formules als 'toerekenbare schijn' en 'het bij de wederpartij op toerekenbare wijze opgewekte vertrouwen', niets nieuws onder de zon zijn, indien men voldoende op de hoogte is van wat de vertrouwensleer inhoudt, is uit het boven gevoerde betoog als mijn opvatting reeds naar voren gekomen. Onverenigbaar met de vertrouwensleer is, zoals ook al bleek, dat het vertrouwen – zoals schr. het wil – gericht moet zijn op een 'op het sluiten van de overeenkomst gerichte wil'. Onverteerbaar is voor mij ook de inwendige tegenstrijdigheid waarvan de zin die op de introductie van schr.'s 'nieuwe' leer volgt, getuigt: 'Hoewel deze opvatting *principieel* geheel anders is geformuleerd, stemt zij *in wezen* overeen met de vertrouwenstheorie zoals zij algemeen wordt aanvaard', mijn curs. Daarnaast geldt, dat Rutten een slechte leidman bleek om aan te geven op welke wijze de vertrouwensleer algemeen aanvaard werd.

De kringloop waaraan de rechtsbeoefening onderworpen is, in die zin dat hetgeen dat als aktueel naar voren geschoven wordt veelal een halve eeuw eerder ook al gepropageerd werd, om daarna in vergetelheid te raken, wordt weer eens gedemonstreerd aan de onderhavige materie. Het mishandelen van de vertrouwensleer door het driemanschap Meijers, Van der Heijden en Rutten, en mijn kritiek daarop, vormt een fenomeen dat het privaatrecht al eerder gezien heeft. Ik doel hier op de kritiek die Drucker heeft op 'de eigenaardige manier' waarop L. M. Rollin Couquerque de 'vertrouwens- of verklaringssleer' uiteengezet heeft in diens al genoemde werk *Tweeërlei dogma*, diss. Utrecht 1893. In zijn bespreking omschrijft Drucker de werkwijze van de jonge doctor als volgt: 'In plaats van deze theorie voor te stellen in den vorm dien hare beste verdedigers haar hebben gegeven, om ze daarna in hare consequentiën te volgen en naar hare uitkomsten te beoordelen, neemt schrijver tot grondslag van zijn betoog voortdurend de theorie, gelijk de "vertrouwensdogmatici" ze naar zijn mening *behoorden* te formuleren'. Kernpunt hierbij is dat Couquerque als beginsel van de vertrouwensleer aanneemt het vertrouwen, en niét het *redelijkerwijze*, naar opvatting van verstandige mensen vertrouwen – gelijk vertrouwensaanhangers betogen – en wel

107. Alleen Thiel, diss. 1903, liet te onzent het vertrouwensbeginsel op de fictie van wil steunen.

108. Voor de volledigheid volgt hier nog Ruttens opvatting in zijn eigen woorden: 'dat als wilsverklaring niet alleen geldt de werkelijke verklaring van de werkelijke wil, maar ook de toerekenbare schijn daarvan. Indien men de voorkeur geeft aan het vertrouwensmotief kan men de regel ook aldus formuleren, dat als wilsverklaring niet alleen geldt de verklaring van de werkelijke wil, maar ook het bij de wederpartij op toerekenbare wijze opgewekte vertrouwen, dat de wil op het sluiten der overeenkomst is gericht', p. 71. In dezelfde zin Mendel, diss. p. 160, die — anders dan Rutten — meent dat daarmee de 'vertrouwenstheorie' geformuleerd wordt. Zoals gemeld, wordt Rutten ook door Van Schilfgaarde gevolgd, vgl. boven, § 2, no. 15, in fine. Hardenberg, *WPNR* 4971 (1967), p. 470, aanvaardt eveneens de wilsleer als grondslag van het contractenrecht.

omdat in de laatste visie men als vertrouwensdogmaticus inconsequent zou worden. De recensent merkt hierover op, hetgeen ik met onverholten genoegen citeer: 'Eerst moeten dus de "vertrouwensdogmatici" gedwongen worden, hunne leer voor te dragen in een uitersten, onverstandigen, door hen niet gewenschten vorm, opdat de schrijver de voldoening smake te kunnen aanwijzen, dat de Heeren aan deze door hen niet gewilde en niet voorgedragen leer ontrouw worden! Voorwaar eene zonderlinge wijze van redeneeren. Al het talent, dat daaraan is besteed, kan toch het eenvoudige feit niet uit de weg ruimen, dat ieder bevoegd is, zijn leer te formuleeren gelijk hijzelf wil, en dat hij recht erop heeft, die leer aan critiek onderworpen te zien, zoals hij ze heeft ontwikkeld', *RM* 1895, p. 321; vgl. ook p. 319 v.

Een punt van verschil met ons driemanschap ligt evenwel hierin, dat Couquerque uitdrukkelijk verklaart dat hij bij het toetsen van de vertrouwensleer uitgaat van de vorm die hij er zélf aan gaf, en niet die van haar beste vertegenwoordigers, diss. p. 70. Hetgeen voor Drucker de aanleiding vormt om neer te schrijven dat de werkelijk bestaande 'vertrouwensdogmatici' zich die kritiek niet hoeven aan te trekken, daar zij hen niet raakt (p. 322). Of de 'wilsdogmatici' die kritiek eveneens links hebben laten liggen valt sterk te betwijfelen. Vgl. daaromtrent, boven, § 6, no. 4.

### c. Rechtsvergelijkende notities

#### 5. De wilsleer op het continent de heersende leer. De aanzet tot vernieuwing in rechtssociologische stromingen

Zoals opgemerkt werd, kan in onze doctrine, waarin de figuur van de rechtshandeling met stiefmoederlijke aandacht werd bedeed, de hierboven weergegeven en bestreden opvatting van de school van Meijers als de heersende aangemerkt worden. Indien men de blik richt op de ons omringende rechtsstelsels, blijkt ook daar in de literatuur op dit terrein de wilsleer de heersende te zijn. In de duitse literatuur waar de rechtshandeling vrij veel aandacht heeft gekregen, vindt men in de handboeken, zoals die van Esser en Larenz, de klassieke rechtshandelingsopvatting verdedigd, waarbij de *Geschäftswille* centraal staat.<sup>109</sup> Bij de jongere schrijvers vindt men wel vernieuwingspogingen, doch deze zijn in hun opzet beperkt. Enerzijds staat men bij de vaststelling van rechtsgevolgen een objectieve toerekening voor, anderzijds – waarschijnlijk als reactie op de ontsparingen in de nationaal-socialistische periode – beklemtoont men de rol van de handelende als individu. Bij de schrijvers die, vaak rechtssociologisch geïntereerd, de leer aanhangen die ik de 'funktionelle Vertragslehre' zou willen noemen<sup>110</sup>, vindt men drie vereisten voor de rechtshandeling geformuleerd: er moet sprake zijn van *Freiheit* om te handelen, de handeling moet *bewusst* verricht zijn, en

109. Vgl. Esser, *Schuldrecht*, p. 20, sub 4; *Allg. Teil*, ad § 116 BGB; Larenz, *Allg. Teil*, § 24, I; K. Zweigert, 'Rechtsgeschäft' und 'Vertrag' heute, Festschrift Max Rheinstein, *Ius privatum gentium* II, 1969, p. 493 v. Vgl. voor het oostenrijkse recht, in dezelfde zin, F. G. Schnitzer, *Allg. Teil des bürg. Rechts*, 1966, p. 132 v.

110. Vgl. uitvoerig onder, IV, § 2, no. 7 v.

zij moet als *Selbstbestimmung* van de handelende persoon beschouwd worden.<sup>111</sup> Zoals Flume het uitdrukt, bij de rechtshandeling gaat het 'um Akte schöpferischen Gestaltung von Rechtsverhältnissen im Selbstbestimmung'.<sup>112</sup> Al kan men sympathie hebben voor de zienswijze waarop deze opvatting steunt, indien men deze visie – die evenals de klassieke leer in wezen op het individualisme teruggaat – toepast op concrete rechtsfiguren, komt voor mij haar onaantrekkelijkheid naar voren (vgl. bijv. de wilsgebreken en de onder te bespreken 'faktische Vertragsverhältnisse').<sup>113</sup> Dan komen ook hier de eerder voor ons recht uiteengezette bezwaren van de wilsleer aan het licht.

Kenmerkend voor deze stromingen is dat men slechts een 'Auflockerung' van de dogmatiek voorstaat, en de aprioristische grondslagen van de dogmatiek ongemoeid laat. Hieronder wordt daaraan nog uitvoerig aandacht gegeven (IV, § 2).

Het klassieke rechtshandelingbegrip bepaalt ook het beeld van de doctrine in België. Een overzicht daarvan geeft W. van Gerven, in zijn *Beginselen van Belgisch privaatrecht*.<sup>114</sup> Deze schrijver hangt zelf ook de wilsleer aan, doch heeft een open oog voor de behoeften van het maatschappelijk verkeer. Van Gerven bepleit het in betrekking brengen van de juridische categorie rechtshandeling 'met haar infrastructuur, de maatschappelijke gedragingen, waarvan zij de juridische bekroning is', p. 291. Hierbij werd schr. vooral geïnspireerd door de leidse rede van T. Koopmans<sup>115</sup>, en door de in de duitse doctrine ontwikkelde figuur van 'faktische Vertragsverhältnisse'. Het blijft bij schr. echter bij maatschappelijke kanttekeningen bij de klassieke wilsleer, die hij verder onaangetast laat. Een leer waarbij men – in woorden van Böhtlingk – van een 'wezenlijk onmaatschappelijk standpunt' uitgaat.<sup>116</sup>

Het meest uitgesproken is, voorzover ik het kan overzien, de ontwikkeling in de skandinavische rechtsstelsels. Hier werd in de jongste tijd de theo-

111. Vgl. R. Reinhardt, Festschrift Schmidt-Rimpler, 1957, p. 115 v.; L. Raiser, Festschrift DJT, 1960, p. 124 v.; W. Flume, id. p. 150 v., en verder *Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2, *Das Rechtsgeschäft*, 1965. Flume wordt gevolgd door W. Thiele, *Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft*, 1966, p. 1 v., 12 v., 109. Vgl. ook nog H. M. Pawlowski, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, 1966.

112. t.a.p., p. 150.

113. onder, IV, § 2, no. 8.

114. I, *Algemeen Deel*, 1969, nos. 97 v., 102 v. Aan de daar genoemde literatuur valt nog toe te voegen: E. de Visschere, *Alg. Theorie der rechtshandelingen van het openbaar bestuur*, p. 14 v.; J. Limpens, *Rechtsvergelijkende aantekeningen over wil en wilsverklaring*, Liber amicorum Baron Louis Fredericq II, p. 679 v.

115. *Contractueel stippelwerk*, 1965, door Van Gerven uitvoerig besproken, no. 98. In die rede stelt Koopmans overigens – en passant – dat 'wij de wilsleer met zijn hele wijsgerie en politieke achterban, hebben laten vallen....' (p. 11). Een passage waaraan Van Gerven bij zijn bespreking geen aandacht besteedt.

116. t.a.p., no. 52. T.a.v. het stelsel – ook door Van Gerven aanvaard, vgl. p. 307 – waarin men volstaat met het corrigeren van het wilsbeginsel door het vertrouwensbeginsel, merkt Böhtlingk op: 'Elegant kan ik deze dubbelhartige constructie niet vinden'.

rie van de 'dispositive Erklärungen' ontwikkeld, waarin men begrippen als rechtshandeling en wilsverklaring links laat liggen, en aan gedragingen de in dat verband *typische* rechtsgevolgen verbindt. Daarbij kan men op een lange traditie van realisme en pragmatisme steunen. Gezien de samenhang van deze theorie met de oude *Löfte*-theorie, die eerder al aan de orde kwam<sup>117</sup> lijkt het mij beter beide theorieën in hun onderlinge samenhang te bespreken, en wel in het volgende hoofdstuk.<sup>118</sup> Daar vindt men, toegespitst op rechtshandelingen binnen het contractenrecht, ook de ontwikkelingen in het engelse en amerikaanse recht (§ 1), en die in het franse en italiaanse recht beschreven.<sup>119</sup> Het thema dat daarbij gesteld wordt, is de vraag naar de grondslag van de overeenkomst. Dient deze centrale rechtsfiguur van het privaatrecht als een tweezijdige rechtshandeling gezien te worden, zoals men het in de klassieke wilsleer ziet, dan wel als een rechtsverhouding, tot stand gekomen doordat de betrokken partijen ieder een eenzijdige rechtshandeling verrichtten? Deze laatste zienswijze wordt in dit werk voor het geldend nederlands recht verdedigd. Ik meen dat men aan de hand van deze vraagstelling een beter inzicht krijgt in wat in andere rechtsstelsels leeft met betrekking tot de figuur van de rechtshandeling, dan wanneer men de verschillende theoretische beschouwingen van de rechtshandeling naast elkaar zou leggen en analyseren.

Dan nu de vraag naar de grondslag van de overeenkomst: consensus van partijen, of het beginsel 'belofte maakt schuld'?

117. Vgl. boven, § 6, no. 7.

118. Vgl. onder, IV, § 2, no. 13 v.

119. § 3. Voor het italiaanse recht kan verder gewezen worden op de beschouwingen van E. Betti, *Teoria Generale del Negozio giuridico*, 2e dr. 1952.

# Hoofdstuk IV. Rechtsvergelijkend onderzoek naar de grondslag van de overeenkomst: consensus of 'belofte maakt schuld'?

*'Une loi étrangère est toujours excellente, si l'on ignore ses résultats'*

Cruet

*La vie du droit et l'impuissance des lois, 1908*

## § 1. DE GRONDSLAG VAN DE OVEREENKOMST IN HET ENGELSE EN HET AMERIKAANSE RECHT

### a. Het systeem van het engelse en amerikaanse contractenrecht inzake de totstandkoming van overeenkomsten en de gevolgde methode van uitleg

#### 1. De begrippen 'promise' en 'consideration' naar engels recht

Om de recente ontwikkelingen in het engelse en amerikaanse contractenrecht op het stuk van de totstandkoming van overeenkomsten naar waarde te kunnen schatten, is een kennis van deze rechtsstelsels een vereiste, vandaar dat eerst een schets gegeven zal worden van de belangrijkste begrippen die naar positief recht de totstandkoming van de overeenkomst beheersen. Aangezien de engelse en amerikaanse handboeken op dit terrein weinig consideratie met de continentale jurist tonen, kan hier niet met een verwijzing, of het geven van enkele citaten volstaan worden.<sup>1</sup>

In het engelse recht wordt de totstandkoming van overeenkomsten beheerst door de rechtsfiguren *promise* en *consideration*. Een belofte ('promise') — zo luidt de grondgedachte van het engels contractenrecht — is slechts bindend in rechte, indien degeen aan wie de belofte gedaan werd, in ruil voor die 'promise'<sup>2</sup> van zijn kant 'consideration' verschaft heeft. Slechts twee uitzonderingen worden hierop erkend. Indien de toezegging in een bepaalde vorm ('under seal') afgelegd wordt, is zij zonder meer bindend.<sup>3</sup> De

1. Het kort voor de afsluiting van het manuscript verschenen boek van C. Æ. Uniken Venema, *Van common law en civil law*, 1971, kon niet meer verwerkt worden. De hier aangesneden materie komt in dat als inleiding opgezette werk echter niet ter sprake.

2. In de engelse terminologie — vgl. voor het amerikaanse recht onder, no. 4 — geldt als 'promise' slechts een 'offer' van de kant van de 'promisor', die door de 'promisee' *aanvaard* werd ('accepted'). De wijze van aanvaarding wordt beheerst door het onderscheid dat men maakt tussen 'a promise for an act' en 'a promise for a promise'. Tot de eerste groep behoren de zgn. 'unilateral contracts', tot de tweede de zgn. 'bilateral contracts', vgl. verder de tekst.

3. Enigszins misleidend spreekt het engelse recht van 'contract under seal', terwijl hier van een eenzijdige rechtshandeling sprake is. Om de toezegging rechtens bindend te maken, is het zelfs niet nodig dat de bevoordeelde persoon van de toezegging op de hoogte is.

andere uitzondering – echter meer in schijn – is het zgn. *unilateral contract*, waarbij de toezegging met een handeling correspondeert, en niet met een andere toezegging. Een markant voorbeeld hiervan is de uitloving: op het moment van handelen (bijv. het terugbrengen van een hond) wordt de belofte bindend, en is een contract totstandgekomen. Meer in het algemeen kan men zeggen – uitgaande van het mechanisme aanbod-aanvaarding – dat uitleg van een aanbod tot de slotsom kan leiden dat een (uitvoerings-) handeling als een aanvaarding heeft te gelden, waardoor de aanbieder aan zijn ‘promise’ gebonden is. Ook afgezien van deze laatste benaderingswijze kan men stellen dat de ‘unilateral contracts’ geen echte uitzondering op het consideration-vereiste vormen. Al jaar en dag is men nl. gewend het aldus te formuleren, dat een handeling gedaan ‘at the request (express or implied)’ van een ander voldoende ‘consideration’ vormt om de ‘promise’ van die ander te schragen. Aangezien met de toeneming van het handelsverkeer het formele contract, door middel van een ‘deed’, op een zijspoor gezet werd, kwam de figuur van de overeenkomst in de vorm van ‘a promise for a promise’ (het zgn. ‘*bilateral contract*’) dan wel in de vorm van ‘a promise for an act’ (unilateral contract) centraal te staan, en daarmee het consideration-vereiste.

Het begrip consideration is een van de merkwaardigste instituten van het engelse recht.<sup>4</sup> In de vier eeuwen van zijn bestaan heeft het vele stormen moeten doorstaan. Over de oorsprong van het begrip en zijn aanvankelijke betekenis zijn de meningen verdeeld.<sup>5</sup> Wat het laatste betreft is de opvatting gangbaar dat met de consideration de ‘mutuality’ van de overeenkomst tot uitdrukking werd gebracht: ‘a promise against a promise is a good consideration’, in de woorden van Chief Justice Popham in *Wichals v. Johns* (1599). Als men naar de hedendaagse betekenis van het begrip vraagt, dan kost ook de beantwoording van deze vraag enige hoofdbrekens. Sommige schrijvers als Anson, onderschrijven de inhoud die het begrip consideration in de negentiende eeuw in de courts kreeg, en formuleren de vraag naar consideration aldus: ‘Does the promisor get any *benefit* or the promisee sustain any *detriment*, present or future, in respect of the promise?’<sup>6</sup> De omschrijving van Pollock werd in 1915 door het house of lords aanvaard en luidde: ‘An act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for

4. Vgl. ook Meijers’ uitspraak: ‘Gelukkig het land, dat de leer der consideration niet kent!’, *Verz. Opst.* III, p. 301, *Nieuwe bijdragen omtrent de leer der consideration en der causa* (1938).

5. Het ontstaan van het begrip consideration in het midden van de 16e eeuw, toen de aktie van *assumpsit* van onrechtmatige daads-aktie tot algemene contractuele aktie werd, vindt men beschreven bij Anson, *Principles of the English Law of Contract*, 22nd Edn. 1964 by Guest, p. 18 v. en Cheshire and Fifoot, *The Law of Contract*, 7th Edn. (1969), p. 11., (in het vervolg ook aan te halen als Cheshire), alwaar verdere literatuur. Vgl. ook W. G. Becker, *Gegenopfer und Opferverwehning*, 1958; D. Rothoef, *System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung*, 1968, p. 131 v.

6. p. 85, mijn curs. Het standaard-arrest dat in dit verband veelal genoemd wordt is *Currie v. Misa* (1875).

*which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable*.<sup>7</sup> Deze wijze van uitdrukken vond veel bijval, o.a. ook van Cheshire and Fifoot (p. 60). In dit laatste handboek wordt deze visie aldus uitgewerkt, dat aan het begrip consideration de gedachte van *bargain* als basis van de overeenkomst ten grondslag ligt. Het moet steeds een (handels)transactie betreffen, in de 'voor wat hoort wat'-sfeer, wil een toezegging bindend zijn. De leer van de consideration is voor Cheshire and Fifoot 'neither artificial nor irrational'; 'it is nothing more or less than the sign and symbol of bargain', zo luidt de conclusie.<sup>8</sup>

De verdere uitwerking van het vereiste van consideration in rechtspraak en doctrine, dat tot een omvangrijk en gecompliceerd stelsel heeft geleid, laat ik daar.<sup>9</sup> Enkele aspecten daarvan zullen evenwel hieronder ter sprake komen bij de steeds groeiende kritiek op dit leerstuk, met name ook op de laatstgenoemde bargain-theorie. Daarbij zal ook de geheel eigen ontwikkeling van consideration in het Amerikaanse recht terloops aan de orde komen. De consideration-leer is intussen verantwoordelijk voor de heersende opvatting, dat een aanbod vóór de acceptatie altijd herroepen kan worden: een promise zonder consideration (d.w.z. de promise die in de aanvaarding besloten ligt) is immers niet bindend.<sup>10</sup>

## 2. Het begrip 'agreement' naar engels en amerikaans recht

Naast 'contract' wordt in het engelse recht ook de term 'agreement' gehanteerd. Dit begrip schijnt in de vijftiende eeuw – toen het contract nog als

7. *Pollock on Contracts*, 13th Edn. (1950), p. 133, mijn curs., aanvaard in *Dunlop v. Selfridge* 1915. Vgl. ook nog *Chitty On Contracts* I, 22nd. Edn. (1961), no. 102, van de hand van Ann Smart. In de 23e druk van dit werk (1968) keert de nieuwe bewerker Treitel echter terug tot de 19e-eeuwse opvatting van 'benefit or detriment', en wordt Pollocks opvatting verworpen, p. 51. In het Amerikaanse recht is de opvatting van consideration als 'the price of the promise' te vinden in de *Restatement of the Law of Contracts* I (1932) § 75, *Comment* sub b. S. Williston omschrijft consideration in termen van 'benefit or detriment', vgl. *Williston on Contracts* 1, 3rd. ed. (1957), by Jaeger, pp. 375 v., 395 v. Dit in tegenstelling tot een ander gezaghebbend schrijver, A. L. Corbin, die in geen van beide elementen een vereiste voor consideration ziet, vgl. *Corbin on Contracts* 1 (1963), pp. 517 v., 523 v. Op de opvatting van de laatste schrijver wordt hieronder nog teruggekomen.

8. p. 60, mijn curs. In de historische interpretatie van de consideration speelt deze bargain-conceptie steeds mee, vgl. bijv. pp. 58, 11. Dit is ook al het geval bij Fifoot, *History and Sources of the Common Law*, p. 398 (bestreden bij Anson, p. 18).

9. In alle handboeken vindt men die uitvoerig beschreven. Opmerkelijk is nog, dat men in het schotse recht de consideration-eis niet kent, vgl. Gloag, *On Contracts*, 2nd. ed., p. 48.

10. Zoals bekend wordt in het engelse recht een uitzondering gemaakt op het algemene beginsel dat de aanvaarding ter kennis gebracht moet zijn van de aanbieder om een overeenkomst te doen ontstaan, voor het geval de communicatie per post geschiedt. In dat geval komt op het moment van verzending van brief of telegram (de telex valt eruiten) het contract tot stand. Deze oplossing kiest het recht — in de woorden van Anson, p. 46 — 'for reasons of convenience'.

reëel opgevat werd – onder invloed van kanoniek recht zijn intrede gedaan te hebben, zonder echter ooit een vooraanstaande plaats in de engelse doctrine te hebben kunnen veroveren. In St. Germain's boek *Doctor and student* spreekt de student over het contract als 'made by assent of the parties upon agreement between them'.<sup>11</sup> Toen nadien de aktie van 'assumpsit' zich als contractuele aktie ontwikkelde en de consideration het licht zag, was de consensus van partijen evenwel niet de grondslag van het contract, maar de aanwezigheid van het element van wederkerigheid, d.w.z. consideration. Daarmee kreeg de term 'agreement' een beschrijvend karakter, hij diende slechts om aan te geven dat partijen elkaar gevonden hadden, tot overeenstemming gekomen waren<sup>12</sup>. Zo omschrijft Cheshire and Fifoot de 'simple contracts' als 'agreements made either by word of mouth or in writing'.<sup>13</sup> Met betrekking tot de techniek van de totstandkoming van overeenkomsten, in de vorm van aanbod en aanvaarding, zegt men meestal dat door een (geldige) aanvaarding de 'agreement' plaats vindt. In de moderne handboeken wordt slechts bij Pollock<sup>14</sup> aan het begrip agreement een belangrijker plaats ingeruimd, op welke kwestie ik nog terugkom.

Ook in het amerikaanse recht heeft het begrip agreement een descriptief karakter. In de *Restatement* (1932) staat het geboekt als: 'An agreement is a manifestation of mutual assent by two or more persons to another'.<sup>15</sup> De toelichting merkt hierover op, sub *a*:

Agreement has a wider meaning than contract, bargain or promise. The word contains no implication that legal consequences are or are not produced. It applies to transactions executed on one or both sides; and also to those that are wholly executory.

Agreement has a wider meaning than contract, bargain or promise. The word contains *tract*, p. 525 v.

12. Vgl. ook Rothoef, *System der Irrtumslehre*, p. 120 v., die stelt dat met 'agreement' slechts een juridisch verschijnsel aangeduid wordt dat voor een groep rechtsfiguren kenmerkend is, waaronder de obligatoire overeenkomst in continentale zin.

13. p. 19. Het eerste hoofdstuk van het deel *Formation of contract* wordt in hetzelfde werk *The Phenomena of Agreement* genoemd. Dit om tot uitdrukking te brengen 'the external approach to the idea of contract' in Common Law. Terzake is niet 'the presence of an inward and mental assent but its outward and visible signs', p. 25. In dezelfde zin C.G. Weeramantry, *The Law of Contracts I*, 107 v. (1967). Dit werk, handelend over ceylonees recht, is vanuit rechtsvergelijkend oogpunt zeer interessant.

14. *Pollock's Principles of Contracts*, 13th Edn. by Winfield (1950), p. 2 v.

15. *Restatement of the Law of Contracts I*, § 3, een uitgave van het American Law Institute. *Reporters* bij dit deel van de *Restatement* waren Williston en Corbin (co-reporter), schrijvers die elk een handboekenserie op hun naam hebben staan die op het terrein van contractenrecht het hoogst staan aangeschreven. De *Restatement* vond ik ergens beschreven als een 'summary of *Williston on Contracts*'. Wat de 'agreement' betreft klopt dit in elk geval, vgl. § 2 van het laatste werk (deel 1). Ook Corbins visie op dit begrip komt overeen met de aangehaalde omschrijving van de *Restatement*, vgl. Corbin I, § 9. Schr. stelt nog: 'It is by the conduct of two parties, by their bodily manifestations, that we must determine the existence of what is called agreement. This is what is meant by the anciently-honored term meeting of the minds. This is what is meant by mutual assent'.



#### IV. RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

The word contains no implication of mental agreement. Such agreement usually but not always exists where the parties manifest assent to a transaction.<sup>16</sup>

Van een consensusleer is hier in ieder geval niets te bespeuren. Of dit ook bij het begrip *contract* in de *Restatement* het geval is, is een zaak die hieronder nog aan de orde komt (vgl. no. 4). De *Restatement-Second* brengt overigens slechts een tekstuele wijziging aan op de omschrijving van *agreement* in § 3, en enkele aanvullingen op de toelichting daarop.<sup>17</sup>

### 3. Het begrip 'intention'. Normatieve uitleg van partijbedoelingen in de engelse en Amerikaanse rechtspraak

Een begrip met een duidelijke functie, nl. als toetssteen voor de rechtsgeldigheid van een overeenkomst, is in het engelse recht de *intention to create legal relations*. Het vereiste van 'intention', als 'a distinct element of a contract' (Anson, p. 111) is vooral de laatste decennia in de belangstelling gekomen, met het verval van het imperium van de consideration. Met de ontwikkeling van het vereiste van de consideration, waarbij het handelsverkeer zo gediend was, had men nog geen waarborg geschapen dat elke promise met consideration ook met recht een bindende verplichting inhield.<sup>18</sup> De behoefte ontstond om additionele maatstaven aan te leggen, waaraan de rechtsgeldigheid van een promise gemeten kan worden, bijv. om afspraken uit de sociale-, of familiesfeer buiten het recht te houden. Deze maatstaf werd het begrip 'intention to create legal relations', de partijbedoeling.

Bij het hanteren van dit begrip deed de traditie van het engelse recht zich gelden, dat alleen een op *objektieve wijze* vastgestelde bedoeling van een persoon in rechte telt. In de woorden van Chief Justice Brian in 1478: 'the intent of a man cannot be tried, for the Devil himself knows not the in-

16. Grote overeenkomst hiermee vertoont de omschrijving van *agreement* in de *Uniform Commercial Code* (1952) § 1-201, sub 3. (ontworpen door de National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, in samenwerking met het American Law Institute; in 1966 was de code al in 45 staten aangenomen, niet altijd in ongewijzigde vorm): (3) 'agreement' means the bargain of the parties in fact as found in their language or by implication from other circumstances including course of dealing or usage of trade or course of performance as provided in this Act (sections 1-205 and 2-208). Whether an agreement has legal consequences is determined by the provisions of this Act, if applicable; otherwise by the law of contracts (section 1-103)'. Het begrip 'contract' wordt als volgt omschreven: (11) 'Contract' means the total legal obligation which results from the parties' agreement as affected by this Act and any other applicable rules of law'.

17. *Restatement of the Law-Second* (American Law Institute); *Contracts, Tentative Draft no. 1* (1964), p. 20 v. Aangevuld werd met name, dat voor sommige overeenkomsten geen *agreement* vereist is. *Reporter* is R. Braucher, terwijl Corbin als 'consultant' fungeert, naast een groep van illustere 'advisers'. Vgl. ook nog § 19 en *comment* sub c.

18. Vgl. Treitel, *Mutuality in Contract*, 77 *Law Quart. Rev.* (1961), p. 83 v.; Anson, p. 111 v.; Cheshire, p. 95; Chitty, no. 42.

tent of a man'.<sup>19</sup> Toen men, vooral na de afschaffing van de formele akties, omzag naar een andere maatstaf ter beoordeling van de rechtsgeldigheid van een promise, naast het consideration-vereiste, deed deze traditionele benaderingswijze haar invloed gelden. Men verkeerde niet in de situatie dat men, zoals op het continent, een romeinsrechtelijke ondergrond had waarop men kon terugvallen – vgl. het wils- en het causa-vereiste in de code-landen.<sup>20</sup> De engelse rechter bediende zich – in de woorden van Chloros – van een 'practical approach' bij de oplossing van de vraag, hoe de grenslijn tussen contracten en contacten te trekken.<sup>21</sup> 'This was in many ways an advantage – zo stelt Chloros – for the practical approach of the English judges to a large extent saved English law from the pitfalls of any abstract theory of "intention"'.<sup>22</sup> Daar kan de continentale jurist, grootgebracht met de wilsleer, het mee doen.

Die 'practical approach' van de engelse rechter – die zoals zal blijken overeenkomt met die van zijn continentale vakbroeder, die zich in de praktijk evenmin veel aan de dogmatiek gelegen laat liggen – verdient nadere aandacht.

De uitspraken van het house of lords vanaf het begin van de vorige eeuw, tonen het beginsel aan, dat de partijbedoeling uitgelegd moet worden aan de hand van de woorden van het contract, echter bezien tegen de achtergrond van de omstandigheden van het geval. De aard van deze methode van uitleg en de wijze waarop zij een vaste vorm aangenomen heeft, laat zich het beste demonstreren aan de hand van een tableau de la troupe van de gezaghebbende arresten op dit gebied. Kortheidshalve volsta ik met de weergave van de overwegingen inzake de gevolgde uitlegmethode. Ter illustratie van de overeenkomstige ontwikkeling in de amerikaanse rechtspraak, laat ik ook enkele amerikaanse toonaangevende uitspraken de revue passer.

Lord Eldon in *Kennedy v. Lee* (1817), 3 Mer. 441: de taak van de rechter is niet 'to see that both parties really meant the same thing, but only that both gave their assent to that proposition which, be it what it may, *de facto* arises out of the terms of their correspondence';

Pollock, C. B., in *Cornish v. Abington* (1859), 4 H & N 549: 'If any person, by a course of conduct or by actual expressions, so conducts himself that another may reasonably infer the existence of an agreement... whether the party intends that he should do so or not, it has the effect that the party using that language or who has so conducted himself, cannot afterwards gainsay the *reasonable inference to be drawn from his words or conduct*' (mijn curs.); vgl. in dezelfde zin ook nog *Wood v. Scarth*

19. Dit kan als de profane tegenhanger gelden van de in de wilsleer ten tijde van de vorige eeuw gangbare uitspraak: 'Gott nur sehet das Herz'; vgl. *RM* 1890, p. 513 (Houwing).

20. Vgl. voor de betekenis van deze dogmatische vereisten voor het nederlands geldend recht, boven, III, § 5.

21. Zoals Lord Stowell het formuleerde: contracts 'must not be the sports of an idle hour, mere matters of pleasantry and badinage, never intended by the parties to have any serious effect whatever', in *Dalrymple v. Dalrymple* (1811), aangehaald bij Cheshire, p. 94.

22. t.a.p., p. 611.

#### IV. RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

(1858), *Scott v. Littledale* (1858), *Powell v. Smith* (1872) en *Tamplin v. James* (1880), aangehaald bij Cheshire, p. 212, 222;

Blackburn J. in *Fowkes v. Manchester and London Assurance Ass.* (1863), 129 R.R. 607, 614: 'In all deeds and instruments the language used by one party is to be construed in the sense in which it would be *reasonably understood by the other*'; dezelfde rechter in *Smith v. Hughes* (1871), L.R. 6 Q.B. 597: 'If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a *reasonable* man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms' (steeds mijn curs.);

Lord Dunedin in *Muirhead and Turnball v. Dickson* (1905), 7 Sess. Cas. 686 (scot.): 'Commercial contracts cannot be arranged by what the parties think in their inmost minds, commercial contracts are arranged according to what people say';

Lord Wright in *Norwich Union Fire Ins. Soc., Ltd. v. Price, Ltd.* (1934), A.C. 455/463: 'The test of intention in the formation of a contract... is objective that is, intention is to be ascertained from what the parties said or did', vgl. ook dezelfde rechter in *Scammell v. Ouston* (1941), A.C. p. 268 v;

Denning L. J. in *Frederick E. Rose (London), Ltd. v. William H. Pim & Co., Ltd.* (1953) 2 Q.B. 450, m.b.t. *rectification*: 'in order to ascertain the terms of their contract, one does not look into the inner minds of the parties – into their intentions – any more than one does in the formation of any other contract. One looks at their outwards acts, that is, what they said or wrote to one another in coming to their agreement...'; vgl. ook zijn uitspraak in *Solle v. Butcher* (1950) aangehaald bij Anson, p. 244;

Devlin J., in *Parker v. Clark* (1960) 1 All E.R. 93: 'The question must depend on the intention of the parties to be inferred from the language which they use and from the circumstances in which they use it'.

Uit de rijke *amerikaanse* jurisprudentie op dit gebied wil ik slechts een enkele greep doen. Een standaard-arrest is bijv. *Hotchkiss v. National City Bank* (1913): 'A contract has strictly speaking nothing to do with personal, or individual, intent of parties. A contract is an obligation attached by the mere force of law to certain acts of the parties, usually, which ordinarily accompany and represent a known intent' (vgl. voor de vindplaats en latere rechtspraak in dezelfde zin, Williston 1, § 21, nt. 8). Het toerekeningsaspect bij de uitleg komt met name naar voren in *New York Ir. Co. v. Island Oil & Transport Co.*: 'It is quite true that contracts depend upon *the meaning which the law imputes to the utterances*, not upon what the parties actually intended; but, in ascertaining what meaning to impute, the circumstances in which the words are used are always relevant, and usually indispensable. The standard is what a normally constituted person would have understood them to mean, when used in their actual setting' (mijn curs.). Vgl. voor de vindplaats en soortgelijke andere uitspraken, Williston 1, § 21, nt. 17 en verder nog de arresten genoemd in § 22, nt. 1 v., § 22A, nt. 8 v. Daarnaast geeft in het algemeen de *Restatement*, die nog aan de orde komt, een beeld van de geldende jurisprudentie. In de *Supplements* vindt men telkens de recente jurisprudentie opgenomen.

Bij de beschrijving van het engelse recht, zoals dat in de courts gestalte kreeg, ging ik voorbij aan de uitlegregels die het engelse recht kent, doorgaans vergaard onder de benaming *construction of contracts*, en wel '*written contracts*'. Deze regels, die veelal een bewijsrechtelijk karakter hebben – construction is evenwel een 'matter of law' – vindt men besproken bij Pollock, p. 199 v., Anson p. 138 v. (vgl. ook 21st. Edn., p. 128 v.), en Cheshire, p. 102 v. Pollock acht de 'canons of construction' – die veelal nog in het latijn uitgedrukt worden – van betrekkelijke waarde, en meent

dat de meeste regels pas zinvol zijn als hulpmiddel, voor het geval dat partijen bepaalde omstandigheden niet voorzien hebben. Toepassing van de klassieke regels kan leiden tot een resultaat dat onbillijk is, en tegengesteld aan de partijbedoeling. Pollock is van mening dat 'the recent tendency is to pay less attention to any such rules and more to all admissible indications of what the intention actually was in the case in hand, including the practical construction of the contract by the conduct of the parties themselves', p. 206.

Uitgangspunt bij de *construction* is intussen nog steeds – met name t.g.v. de uitspraak in *British Movietone News, Ltd. v. London and District Cinemas, Ltd.* (1952), vgl. Anson, p. 138 v. – het beginsel dat bij het vaststellen van de partijbedoeling 'parol evidence' uitgesloten is 'to add to, vary or contradict a written document'. Voor de partijbedoeling zijn slechts de woorden van de contractsakte toonaangevend. T.a.v. dit beginsel merkt Cheshire echter op: 'In practice its operation is less severe than might be supposed', p. 103. De vele belangrijke uitzonderingen die de engelse rechter op dit beginsel maakt, laat ik daar. Ik wil nog wijzen op de figuur van *rectification*, de mogelijkheid die Equity biedt om een schriftelijk contract te corrigeren. De beperkingen waaraan deze correctie onderworpen is, vindt men beschreven bij Cheshire, p. 206 v. Ook hier speelt evenwel de subjektieve bedoeling van partijen geen rol; om Denning, L. J., aan te halen: 'one does not look into the inner minds of the parties – into their intentions – any more than one does in the formation of any other contract', in *Frederick E. Rose (London), Ltd. v. William H. Pim & Co., Ltd.*, (1953), aangehaald bij Cheshire, p. 209.

In het Amerikaanse recht maakt de 'Parol Evidence Rule' de laatste decennia een stormachtige ontwikkeling door, vgl. Corbin 3, 3A en *Supplement*. In 1963 schat deze schrijver dat de helft van de 'reported cases' op de bewuste regel betrekking hebben, vgl. Corbin I, p. IV.

Voor de uitleg van de schriftelijk vastgelegde overeenkomst valt nog te wijzen op *Choctaw Nation v. United States*, waarbij overwogen werd dat voor de vaststelling van de betekenis van de akte de rechter het oog moet richten 'not only to the language employed but to the subject-matter and the surrounding circumstances' (vgl. Williston 1, § 21, nt. 15 en ook het daar aangehaalde arrest *Sacramento Navigation Co. v. Salz*).

De hier aangegeven ontwikkeling in het engelse en Amerikaanse recht ten aanzien van de oude construction-rules, de parol evidence rule in het bijzonder, wordt miskend door Antje Wolgast, *Die Auslegung der Rechtsgeschäften im französischen Recht, im deutschen Recht und im Common Law*, diss. Hamburg 1965. Veel van haar betoog heeft daarmee aan belang ingeboet.

Indien men de methode van uitleg analyseert, zoals deze in de vaste engelse jurisprudentie naar voren komt, blijkt de uitleg van de partijbedoeling niet alleen als objectief van aard aangemerkt te kunnen worden, maar zelfs het predikaat *normatief* te verdienen. Men staat immers niet stil bij de gedachte dat slechts de geopenbaarde partijwil geldt, zodat men slechts de uiterlijke tekenen van die wil in ogenschouw moet nemen, hetgeen ik objectieve uitleg zou willen noemen. Met het introduceren van de *reasonable man*, gelijk Blackburn in het befaamde *Smith v. Hughes* doet, verleent men de uitleg een normatief karakter: de betekenis die de buitenwereld *redelijkerwijze* aan de uiting of gedraging van een persoon kon hechten, wordt als de rechtsbetekenis van die handeling aangemerkt. De aldus

uitgelegde handeling wordt de handelende *toegerekend*. Zoals bij ons de hoge raad spreekt van een toestemming die uit bepaalde gedragingen gezien de omstandigheden 'afgeleid' wordt, zo spreekt de engelse rechter van 'inference from conduct'. Hoever hij bereid is te gaan om tot een 'inferred agreement' te komen, blijkt bijvoorbeeld uit *Upton-on-Severn R.D.C. v. Powell* (1941), waarop hieronder nog teruggekomen wordt (vgl. no. 6).

Zoals wij zagen is ook in de amerikaanse jurisprudentie de normatieve uitleg tot ontwikkeling gekomen. Ik vestigde al de aandacht op de gebruikte terminologie bij de vaststelling van de rechtsbetekenis van een tot een contract behorende promise: *the law imputes a meaning to utterances*. Indien men de toerekeningsleer voorstaat, kan het niet mooier.

#### 4. Normatieve uitleg in de engelse en amerikaanse literatuur. De *Restatement*; de begrippen 'promise' en 'contract'

Ook in de engelse en amerikaanse doctrine staat de normatieve uitleg van de partijbedoeling hoog genoteerd, hetgeen ook hier weer vooral naar voren komt bij de vraag of men in een bepaald geval met een promise of een acceptance te maken heeft. Het stelsel van de amerikaanse *Restatement* werd op deze methode van uitleg gebaseerd.

Van de oudere *engelse* schrijvers valt Whately te noemen, in zijn bewerking van *Paley's Moral Philosophy* bk. 3, pt. 1, c. 5 (1859), die schrijft: 'Every assertion, or promise, or declaration of whatever kind, is to be interpreted on the principle that the right meaning of any expression is that which may be *fairly presumed to be understood by it*'. Austin zei het wat vager: bepalend voor de intention van een partij is 'the sence in which it is to be inferred from words used or from the transaction or from both that the one party gave and the other received it', *Lecture XXI*, note 90. Vgl. ook nog Leake, *Law of Contract*, 8th ed., p. 2; 'The law *imputes* to a person an intention corresponding to the *reasonable meaning* of his words and actions' (mijn curs.).

In de moderne handboeken staat de uitleg nog sterker in het teken van de bescherming van opgewekt vertrouwen, van *reasonable expectations*. Zoals Pollock beoogt: 'The nature of a promise is to create an expectation in the person to whom it is made. And, if the promise be a legally binding one, he is entitled to have that expectation fulfilled by the promisor. It has, therefore, to be considered what the promisor did entitle the promisee to expect from him. Every question which can arise on the interpretation of a contract may be brought, in the last resort, under this general form.'

In order to ascertain what the promisee had a right to expect, we do not look merely to the words used. We must look to the state of things as known to and affecting the parties at the time of the promise, including their information and competence with regard to the matter in hand, and then see what expectation the promisor's words, as uttered in that state of things, would have created in the mind of a *reasonable man* in the promisee's place and with the same means of

judgement. *The reasonable expectation thus determined gives us the legal effect of the promise*' (p. 197 v. mijn curs., vgl. ook p. 1 v.)

Ook Anson werkt met de constructie van de 'reasonable man'. Naar aanleiding van de figuren aanbod en aanvaarding, zegt schr.: 'The intention of the parties is a matter of inference from their conduct, and the inference is more or less easily drawn according to the circumstances of the case', hetgeen leidt tot de 'inferred agreement', p. 29. Vervolgens maakt schr. duidelijk dat deze 'inference' een objectief karakter heeft: 'The test of an intent to affect legal relations is an *objective* one. It may be that the promisor never anticipated that this promise would give rise to any legal obligation, but if a *reasonable man* would consider that he intended so to contract, then he will be bound to make good his promise' (p. 32, mijn curs., met verwijzing naar *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* (1893); vgl. ook pp. 29, 31).

Cheshire and Fifoot volgen eveneens de vaste jurisprudentie. Hier leest men: 'in the Common Law, therefore, to speak of "the outcome of consenting minds" or, even more mystically, of *consensus ad idem* is to mislead by adopting an alien approach to the problem of agreement. The function of an English judge is not to seek and satisfy some elusive mental element but to ensure, as far as practical experience permits, that the *reasonable expectations of honest men* are not disappointed' (p. 22, laatste curs. van mij). Wat de engelse literatuur betreft valt verder nog te wijzen op: Markby, *Elements of Law*, § 622, aangehaald bij Rothoef, p. 150, nt. 10; Jackson, t.a.p.; Denning, 15 *Mod. Law Rev.* (1952), p. 2 (vgl. onder); A. G. Chloros, 33 *Tulane Law Rev.* (1958/9), p. 610 v.

In de *amerikaanse* literatuur valt, wat de oudere schrijvers betreft, te wijzen op Justice Holmes: 'the making of a contract depends not on the agreement of the two minds in one intention, but on the agreement of two sets of external signs – not on the parties having *meant* the same thing, but on their having *said* the same thing', *Collected Legal Papers* 178 (1921). Een schrijver die een lange staat van dienst heeft als voorstander van 'the realisation of reasonable expectations' is Roscoe Pound, vgl. o.a. *Considerations in Equity, Wigmore Celebration Essays* (1919), p. 459; *Introduction to the Philosophy of Law* (1922), p. 369; *Individual Interests of Substance – Promised Advantages*, 59 *Harv. Law Rev.* (1945), 1 en *Promise or Bargain?* 33 *Tulane Law Rev.* (1958/59), p. 455 v. Het laatste artikel komt hieronder nog ter sprake (vgl. no. 8).

Een goed beeld van de heersende opvatting in rechtspraak en doctrine geeft de *amerikaanse Restatement* van 1932. De 'promise' vindt men daar omschreven als 'an undertaking, however expressed, either that something shall happen, or that something shall not happen, in the future (§ 2 (1)). In de toelichting wordt nog opgemerkt dat "promise" means both physical manifestations by words or acts of assurance and the moral duty to make good the assurance by performance. If by virtue of other operative facts the promise is legally binding, the promise is a contract' (*Comment sub a*) (Vgl. in dezelfde zin Williston 1, § 1A, en enigszins afwijkend Corbin 1, § 13, vgl. onder, n.a.v. de *Restatement Second*, 1964). Ten aanzien van de uitleg van een promise bepaalt § 5 van de *Restatement*:

#### *How a Promise May be Made.*

Except as stated in § 72 (2), a promise in a contract must be stated in such words either oral or written, or must be *inferred wholly or partly from such conduct, as justifies the promisee in understanding that the promisor intended to make a promise*' (mijn curs.).

Over de plaats van de subjektieve bedoelingen van partijen bij de contractssluiting handelt in het bijzonder § 20, *Requirement of Manifestation of Mutual Assent*:

#### IV. RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

A manifestation of mutual assent by the parties to an informal contract is essential to its formation and the acts by which such assent is manifested must be done with the intent to do those acts, but, except as qualified by §§ 55, 71 and 72, *neither mental assent to the promises in the contract nor real or apparent intent that the promises shall be legally binding is essential*' (mijn curs.).

De korte toelichting hierop is nog vermeldenswaard:

'Mutual assent to the formation of informal contracts is operative only to the extent that it is manifested. Moreover, *if the manifestation is at variance with the mental intent, subject to the slight exception stated in § 71, it is the expression which is controlling*. Not mutual assent but a *manifestation indicating such assent is what the law requires*. Nor is essential that the parties are conscious of the legal relations which their words or acts give rise to. It is essential, however, that the acts manifesting assent shall be done intentionally. That is, there must be a *conscious will* to do those acts, *but it is not material what induces the will*. Even insane persons may so act but a somnambulist could not' (mijn curs.).

Dat laatste komt overigens overeen met hetgeen bij ons Losecaat Vermeer verdedigde, diss. p. 238 v. De enkele uitzonderingen die de *Restatement* noemt, zijn schijn-uitzonderingen, omdat ook daar slechts de redelijke, naar buiten kenbare bedoeling in tel is. De enige echte uitzondering is die van § 55: ingeval van 'unilateral contract' (bijv. uitloving), doch in de *Restatement Second* (vgl. onder) vindt men deze uitzondering op de regel geschrapt. De andere gevallen betreffen: Misverstand bij de contractssluiting o.a. wanneer de uiterlijke schijn van een verklaring niet correspondeert met de bedoeling die men daarmee had, en de wederpartij daarvan op de hoogte was (er komt dan geen overeenkomst tot stand) § 71 (vgl. *Rest. Second*, § 21A), en tenslotte de situatie van een niet reageren dat al of niet als aanvaarding aangemerkt kan worden, § 72.

Evenals bij de 'agreement' al naar voren kwam (vgl. boven) berust het stelsel van de *Restatement* duidelijk niet op de consensusleer. De uiterlijk gebleken overeenstemming tussen partijen is slechts relevant. De subjectieve bedoeling van partijen kan daaraan niet afdoen, behalve in de geformuleerde uitzonderingsgevallen die op één na zelfs schijnuitzonderingen zijn, omdat de wederpartij zich immers als 'reasonable man' heeft te gedragen (vgl. het '*justifies the promisee in understanding*' van § 5). Ook in de definitie die de *Restatement* van de overeenkomst geeft – door engelse schrijvers veelal met instemming geciteerd – is niets van de wilsleer terug te vinden.

§ 1 luidt: '*A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy or the performance of which the law in some way recognizes as a duty*'.

Wat de gebezigde methode van uitleg aangaat, deze vindt nadere uitwerking in *chapter 9, The scope and meaning of contracts*, met name in *Topic 1, Interpretation*. Het is hier echter niet de plaats om de nogal gecompliceerde regeling van de §§ 226-236 te bespreken. Uitgangspunt bij de gevolgde uitlegmethode is, dat die betekenis van een contract doorslaggevend is, die '*a reasonably intelligent person*' vertrouwd met de geldende gebruiken en op de hoogte van de heersende omstandigheden, aan dat contract hecht, vgl. § 230.

Het zal niet als verrassing komen dat Williston en Corbin zich in hun gezaghebbende handboeken nauw aansluiten bij de *Restatement*, hun geesteskind. Telkens ziet men weer de 'meeting of the minds' of wel de 'genuineness of consent' door hen verworpen als vereiste voor de totstandkoming van overeenkomsten, vgl. Williston 1, §§ 1, 23, 25, 94; Corbin 1, §§ 3, 9, 13, 106, 107, 112. De eerste schr. stelt op p. 3, dat zijn definitie van een contract als 'a promise or a set of promises' algemeen erkenning heeft gevonden en in een steeds toenemend aantal rechterlijke uitspraken

wordt gevolgd. De vele uitspraken waar bij de 'meeting of the minds'-conceptie wordt verworpen vindt men in de §§ 22, 22A en op p. 8, 1970 *Cumulative Supplement* aangehaald. Zo bijv. *Benedict v. Pfunder*: 'It is not the subjective thing known as meeting of the minds, but the objective thing, manifestation of mutual assent, which is essential to the making of a contract'. Als schrijvers die aan zijn zijde staan vindt men nog genoemd: Willis en Radin, Vgl. over § 20 van de *Restatement* ook nog Madray, *Des Contrats D'après la Récente Codification Privée Faite aux Etats Unis*, 47 *Yale L.J.* 1033, en *Contracts – Objective Approach – Subjective Approach* 23 *NYU LQR* 143.

In de *Restatement Second* (1964) vindt men de definitie van contract gehandhaafd, terwijl de toelichting herschreven werd. De omschrijving van de *promise* onderging echter een duidelijke verandering, waarbij men aansloot bij de definitie van Corbin (vgl. *reporters' note* op p. 20). In de voorgestelde redactie komt het begrip *intention* tot uitdrukking en wel als een normatief te duiden begrip:

§ 2 (1) A promise is a *manifestation of intention* to act or refrain from acting in a specified way, *so made as to justify a promisee in understanding that a commitment has been made.*

(2) The person manifesting the intention is the promisor.

(3) The person to whom the manifestation is addressed is the promisee.

(4) Where performance will benefit a person other than the promisee, that person is a beneficiary' (mijn curs.).

In de toelichting wordt gesteld dat met de term 'manifestation of intention' de 'external or objective standard for interpreting conduct' aanvaard wordt (*comment sub b*). Vgl. voor kritiek op het gebruik van de term 'intention', onder, no. 5. De andere sections die zoëven besproken werden, zijn in het ontwerp eveneens gewijzigd. § 5 kon, gezien de uitbreiding van § 2 sterk bekort worden, terwijl de stof van de besproken § 20 in nieuwe sections werd ondergebracht. Slechts een enkele opmerking over deze nieuwe sections, §§ 20-21B. Nieuw is de formulering van § 21 (2): 'The conduct of a party is not effective as a manifestation of his assent unless he intends to engage in the conduct and knows or *has reason to know* that the other party may infer from his conduct that he assents' (mijn curs.). Dat het hier geëursiveerde begrip objectief opgevat wordt, blijkt uit de toelichting *sub b*. In § 21B komt de 'intention' andermaal aan de orde: 'Neither real or apparent intention that a promise be legally binding is essential to the formation of a contract but a manifestation of intention that a promise shall not affect legal relations may prevent the formation of a contract'.

Van groot belang voor de totstandkoming van overeenkomsten naar amerikaans recht is de *injurious reliance doctrine*, die in § 90 van de *Restatement* neergelegd werd. In deze leer, waarop hieronder nog teruggekomen wordt, geldt het breken van een belofte als een 'injury', hetgeen de verplichting met zich brengt om die injury ongedaan te maken. Voor de overzichtelijkheid laat ik § 90 hier volgen, vgl. nader, onder, no. 7.

§ 90. A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise.

De beschreven ontwikkeling in het amerikaanse recht heeft ook het engelse recht beïnvloed. Met betrekking tot de grondslag van de overeenkomst verwijzen Pollock en Jackson bijv. met instemming naar schrijvers als Pound en Williston, en naar de *Restatement*. In de voorlaatste druk van Chitty wordt behalve de *Restatement* ook nog Corbin aangehaald (vgl. ook nog onder, no. 9).



Samenvattend kan men stellen dat wanneer men in de engelse en amerikaanse doctrine gebruik maakt van het begrip 'intention', men een begrip op het oog heeft dat met behulp van normatieve uitleg vastgesteld wordt. Ten gevolge van de gehanteerde uitlegmethode is er zoals gebleken is bij de totstandkoming van overeenkomsten voor de consensusleer geen plaats. Men benadert de overeenkomst vanuit de positie van elk van de partijen afzonderlijk, de toezegging (promise) van elke partij staat centraal.<sup>23</sup> In de Amerikaanse *Restatement* vindt deze visie de meest vergaande uitwerking: de overeenkomst wordt gezien als *a promise or set of promises, etc.* De bepaling van de inhoud van een promise geschiedt door middel van normatieve uitleg. Deze pragmatische Amerikaanse visie op de overeenkomst, die ook de engelse literatuur beïnvloed heeft, vertoont sterke overeenkomst met het door mij – overigens onafhankelijk daarvan – ontwikkelde *overeenkomst-model*, vgl. boven, II, § 5. Doch de uitwerking die men in de *Restatement* aan de overeenkomst-figuur geeft, heeft weinig meer gemeen met hetgeen hier in de toerekeningsleer voorgestaan wordt. Men is er namelijk nog niet in geslaagd zich geheel los te maken van de metafysische voorstellingswereld van de oude dogmatiek, hetgeen de beschreven constructies tot gevolg heeft als de 'manifestation of mutual assent' en het vereiste van de 'conscious will' (vgl. boven, ad § 20). Al voert de *Restatement-Second* wat dat betreft een sanering in, men blijft ook dan gebruik maken van hybride begrippen als de 'manifestation of intention' (§ 2 (1)). Op de verwarring die hierdoor kan ontstaan kom ik aanstonds nog terug. Een ander dogmatisch begrip waarvan men in de *Restatement* geen afstand kan doen is de consideration-figuur, vgl. daaromtrent onder, no. 10.

#### 5. Amerikaanse kritiek op het intention-begrip. De partijbedoeling en het leerstuk 'frustration of contract' (overmacht)

Intussen is het gebruik van het begrip 'intention to create legal relations' in de engelse doctrine als een van de criteria waar het bij de toetsing van een promise, en daarmee van een overeenkomst, op aankomt, niet onbestreden gebleven. Van Amerikaanse zijde kwam bij monde van S. Williston<sup>24</sup> de kritiek, dat het afzonderlijke element 'intention' aan de common law vreemd is. Het begrip werd van het continent ingevoerd 'by academic influence in the nineteenth century'<sup>25</sup>, en heeft alleen bestaansrecht in rechtssystemen die

23. K. Zweigert merkt over die benaderingswijze op, dat zij 'wesens- und funktionsnäher (ist) als die kontinentale Einigungstheorie', vgl. *'Rechtsgeschäft' und 'Vertrag' heute*, Festschrift Max Rheinstein II, p. 500.

24. *Selections on Contracts* (1938), § 21. Vgl. voor de visie van Williston ook de hierboven, no. 4, besproken § 20 van de *Restatement*, waar hij de auteur van is. Williston wordt gevolgd door Tuck, 21 *Canadian Bar Rev.* 123 (1943), en Atiya, *Introduction to the Law of Contract* (1961), p. 50. Vgl. ook Unger 19 *Modern Law Rev.* 96 (1956).

25. Deze opmerking gaat zonder meer op waar het Pollock betreft, die bij de intention — zoals ook op andere terreinen, vgl. onder, no. 11 — Von Savigny volgt, p. 3, nt. 1.

het criterium 'consideration' niet kennen. Deze aanval wordt afgeslagen door Cheshire en Anson<sup>26</sup>, waarbij opvalt dat men zowel langs elkaar heen praat, als onzuiver is in het formuleren van argumenten. Wat het eerste betreft, Willistons stelling is, dat naar common law geen intention vereist is, want 'a deliberate promise seriously made is enforced irrespective of the promisor's views regarding his legal liability'. De opvatting van 'reasonable persons' is doorslaggevend, niet de werkelijke bedoeling van de handelende, zo stelt schr. Mijns inziens wordt hiermede slechts een open deur ingetrapt, hetgeen de engelse verdedigers onvoldoende naar voren brengen. Ter zake is slechts of het consideration-vereiste de zaken alleen af kan; dat de partijbedoeling op normatieve wijze geduid dient te worden, staat immers niet ter discussie. De onzuiverheid van gebezigde argumenten komt bij Anson o.a. naar voren, als hij spreekt van de 'proof of the *true intention* of the parties, which is to be *inferred* from the language they use and the circumstances in which they use it'.<sup>27</sup>

Deze polemiek toont intussen weer aan, welke gevaren er schuilen in het hanteren van een begrip als 'intention', de partijbedoeling. Terwijl in de engelse doctrine en rechtspraak dit begrip *objektief* opgevat wordt, en als zodanig een belangrijke rol toegewezen kreeg bij de totstandkoming van overeenkomsten, staat in het amerikaanse recht 'intention' voor de *subjektieve* partijbedoeling, die van volkomen ondergeschikte betekenis geacht wordt.<sup>28</sup> Vandaar dan ook dat men in de *Restatement-Second* (1964) in navolging van Corbin spreekt van de '*manifestation of intention*', als normatief te bepalen begrip (vgl. de gewijzigde § 2 (1), waarover boven, no. 4). Het is jammer dat daarmee de term intention binnengehaald werd als potentiële bron van misverstanden. Het is juist ook met het oog op een begripsverwarring, zoals in de zoëven beschreven polemiek naar voren komt, dat in dit werk het gebruik van het begrip *toerekening* verdedigd wordt, boven begrippen als de 'geobjektiveerde wil', dan wel de '(objektieve) partijbedoeling' (vgl. boven, III, § 1).

Tenslotte wil ik nog wijzen op een ander terrein van het engels contractenrecht waar de – objektief opgevatte – partijbedoeling een grote rol speelt, namelijk de '*frustration of contract*' (overmacht). Door middel van de figuur van de zgn. 'implied term' weet men voor onvoorziene omstandigheden die de prestatie verhinderen een contractuele regeling te construeren,

26. resp. p. 94 v., en p. 32 v.

27. p. 33, mijn curs. Door de traditie wat betreft de normatieve uitleg en het ontbreken van een traditionele wilsleer, is de engelse jurist erg ongevoelig voor de spanning die tussen de *werkelijke* (psychische) wil en de uitgedrukte wil kan bestaan, een tegenstelling waarop de continentale jurist bedacht is. Zo heeft ook Pollock het erover, dat bij de uitleg aandacht geschonken moet worden aan 'all admissible indications of what the intention *actually* was in the case in hand, including the *practical construction of the contract by the conduct of the parties themselves*', p. 206, mijn curs. Even tevoren werden door schr. de 'reasonable expectations' als doorslaggevend aangemerkt, p. 197 v., vgl. ook boven, no. 4.

28. Vgl. voor de meer recente amerikaanse literatuur in deze zin, Williston I, § 21; Corbin I, bijv. § 106.

gebaseerd op hetgeen 'fair and reasonable men' overeengekomen zouden zijn indien zij die omstandigheden wel onder ogen hadden gezien.<sup>29</sup>

Ook daarbij doet het probleem zich voor, of de stilzwijgende partijbedoeling in subjektieve, dan wel objektieve zin genomen moet worden.<sup>30</sup> In de meer recente oplossingen voor de frustration-figuur, bedient men zich dan ook van een constructie waarbij van de partijbedoeling geen gebruik wordt gemaakt. Het verst gaat daarbij de opvatting van Denning, die op 'the just and reasonable solution' gebaseerd is.<sup>31</sup> De weerstand van het house of lords en schrijvers als Anson tegen deze zienswijze van Denning heeft geen grond, indien men in het oog houdt dat het engelse recht de partijbedoeling altijd al op normatieve wijze vaststelt. Die weerstand is overigens met name hierop gebaseerd, dat het vermijden van de term 'partijbedoeling' de suggestie wekt dat de rechter de plaats van de partijen gaat innemen. En dan komt het beginsel in het geding — zoals ook het house of lords naar voren bracht bij de verwerping van Dennings opvatting — dat 'no court has an absolving power', ook niet wanneer dit 'just and reasonable' is. Een zienswijze waarover wij in ons recht kunnen meepraten, sinds de arresten van de hoge raad van 1926. Doch deze materie moet hier verder blijven rusten.<sup>32</sup>

#### **b. De strijd tegen het consideration-vereiste: 'Promise or Bargain' De leer van de 'reasonable expectations'**

##### *6. Inleiding. Uitholling van de consideration-eis in de engelse en Amerikaanse rechtspraak: 'quasi-estoppel' en 'instinct with an obligation'*

Zoals wij zagen heeft het continentale consensusbeginsel als grondslag van de overeenkomst, in het engelse recht nooit vaste voet gekregen, evenmin

29. Aldus reeds Lord Watson in *Dahl v. Nelson, Donkin & Co.* (1881), aangehaald door Lord Radcliffe in *Davis contractors, Ltd. v. Fareham U.D.C.* (1956), A.C. 696. Met de leer van de 'implied term' is de naam van Lord Loreburn verbonden, en zijn uitspraak in *F.A. Tamplin Steamship Co., Ltd. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co., Ltd.* (1916), 2. A.C. 397, en daarnaast die van Viscount Simon. Een fervent tegenstander is Lord Wright.

30. Vgl. Anson, p. 464 v. Daar vindt men de eerste zienswijze verworpen, doch als bezwaar tegen de tweede aangevoerd, dat dit tot een  *fictie*  leidt aangezien de 'fair and reasonable man' niet bestaat. Vgl. te onzent in deze zin, Meijers. Het werken met de objektieve partijbedoeling — via de 'reasonable man'-constructie — lijkt overigens sterk op de leer van Suijling inzake de overmachtssituatie (leemtetheorie). Vgl. boven, III, § 3, no. 8.

31. Zoals verdedigd toen hij zitting had in het court of appeal, in *British Movietone News, Ltd. v. London and District Cinemas, Ltd.* (1951) 1 K.B. 190, vgl. Anson, p. 467. Deze zienswijze werd echter door het house of lords verworpen, (1952) A.C. 166. Een andere constructie is die van Lord Radcliffe, t.a.p., gebaseerd op de 'change in the obligation' (d.i. een engelse versie van de duitse leer van het  *aliud*  uit de twintiger jaren, waarover Levenbach, diss. p. 216 v.), welke ook door Anson onderschreven wordt, p. 468 v. Verder kent men nog de leer van de 'disappearance of the foundation of the contract', Anson, p. 466.

32. Vgl. over de overmacht, door mij gezien als uitlegvraagstuk, boven, III, § 3, no. 9, in fine.

als de wilsleer die daaraan ten grondslag ligt.<sup>33</sup> Het engelse klimaat – met name de traditionele normatieve uitleg van de bedoelingen van partijen – valt daarbij als oorzaak aan te wijzen, naast het feit dat men meende genoeg te hebben aan de aan eigen bodem ontsproten consideration-leer. In het amerikaanse recht bleek de situatie niet anders te zijn. Nu de laatste tijd steeds meer stemmen opgaan, in Engeland en Amerika, om het consideration-vereiste af te schaffen, kan men zich afvragen wat de vernieuwers als vervanging van dat vereiste voor ogen staat. Komt op deze wijze de consensusgedachte weer om de hoek kijken? Verre van dat. Men blijkt in tegendeel, op overeenkomstige wijze als bij ons de aanhangers van de ‘nieuwe leer’ van de tachtiger jaren, de bindende kracht van de belofte te propagieren. Wij blijken met de angelsaksische tegenhanger van de ‘belofte maakt schuld’-gedachte te maken te hebben. Op zich rechtvaardigt dit al dat hier enige aandacht aan deze stroming gegeven wordt.<sup>34</sup> Alvorens dat te doen is het nog interessant te wijzen op de ontwikkeling waarbij het consideration-vereiste uitgehold wordt. Ik denk hierbij wat het engelse recht betreft aan de figuur van quasi-estoppel, waaraan de naam van Denning verbonden is, en bij het amerikaanse recht aan de constructie *instinct with an obligation*, waarvan Cardozo de peetvader is. Over beide rechtsfiguren enkele opmerkingen.

Het engelse recht kende tot voor kort de onbevredigende situatie, dat indien een crediteur zijn debiteur een gedeelte van zijn schuld had kwijtgescholden, hij daarop naar eigen believen kon terugkomen, aangezien aan zijn promise geen consideration ten grondslag lag. Dit staat bekend als de ‘rule in Pinnel’s Case’ (1602), bevestigd in *Foakes v. Beer* (1884). Een dergelijke situatie deed zich voor in *Central London Property Trust, Ltd. v. High Trees House, Ltd.* (1947), waarbij Denning, J., in een obiter dictum een middel aan de hand deed om het onbillijke gevolg van de consideration-leer ongedaan te maken. In het kort komt zijn constructie hierop neer.<sup>35</sup> In common law kent men de doctrine van *estoppel*: ‘a person who makes to another a representation intended to be acted upon and which is in fact acted upon to his detriment by the person to whom the representation is ma-

33. Op de invloed van de wilsleer, met name op de leer van de mistake kom ik hieronder nog terug, vgl. no. 11 v.

34. Ook omdat men uit de toonaangevende engelse handboeken geen indruk van deze nieuwe stroming krijgt, meende ik er goed aan te doen hier aandacht aan dat fenomeen te geven. Bij Cheshire, Pollock en Chitty komt de principiële kritiek op de consideration-leer niet eens aan bod, hetgeen bij de eerste des te opmerkelijker is, aangezien de laatste druk uit 1969 stamt. Anson wijdt slechts op p. 7 een korte en onvolledige passage aan de oppositie, en spreekt zich eerst in de 22e dr. van 1964 in gematigde termen uit tegen de consideration-eis. Vgl. nog hieronder. Ook uit de amerikaanse handboeken wordt men niet veel wijzer. Williston laat het probleem in het midden, terwijl Corbin een uiterst vertekend en onvolledig beeld geeft van de oppositie, waarvoor z.i. geen plaats is, vgl. onder. Ook in het recente werk van Rothoef, met een indrukwekkende notenapparatuur, blijft de vernieuwingsbeweging onvermeld. Dit is eveneens het geval bij de uitgave van het Max Planck-Instituut, *Die materielle Gültigkeit von Kaufverträgen* (1968).

35. Zie uitvoeriger — alwaar ook de vindplaatsen — Cheshire, p. 82 v; Anson, p. 105 v.

de, will be prevented from going back on, or acting inconsistently with, his previous statement', Anson, p. 106. Naar common law mag de 'misrepresentation' echter alleen een bestaand feit betreffen en niet zoals in de *High Trees*-zaak een toezegging met betrekking tot een toekomstig gedrag. Door gebruik te maken van een uitspraak in equity, *Hughes v. Metropolitan Railway Co.* (1877) wist Denning deze barrière te omzeilen. Aldus ontstond de figuur van *quasi*-, of *promissory estoppel*, welke in latere uitspraken van court of appeal en house of lords van een fiat voorzien werd. In de uitspraak van het court of appeal in *Combe v. Combe* (1951) was Denning – inmiddels L.J. – in de gelegenheid op zijn geesteskind terug te komen.<sup>36</sup> Uit zijn betoog wordt duidelijk, dat hij geen coupe tegen de consideration-leer heeft willen ondernemen. Weliswaar is de promise van een persoon in de situatie van *quasi-estoppel* bindend, 'even though it is not supported in point of law by any consideration but only by his word', men mag daaruit niet afleiden dat degenen die op de toezegging vertrouwde een aktie tot nakoming heeft. In de woorden van een andere rechter, het beginsel werkt 'as a shield and not as a sword'. Want, zo stelt Denning, 'the doctrine of consideration is too firmly fixed to be overthrown by a side-wind'. Voor de totstandkoming van overeenkomsten blijft de consideration 'a cardinal necessity'.

Alvorens op de tegen de consideration gerichte 'side-wind' over te gaan, die trouwens tot een stevige bries aangewakkerd is, eerst nog de constructie van Cardozo waarbij eveneens van een uitholling van de consideration-eis sprake is. Om gerechtvaardigd vertrouwen te beschermen, is de Amerikaanse rechter ertoe overgegaan om op het gezicht eenzijdige transakties als wederkerig aan te merken, om aldus consideration (te weten 'reciprocity') te verschaffen. In *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon* (1917) is sprake van een 'agency agreement' waarbij Wood het alleenverkooprecht van de ontwerpen van zijn wederpartij verkreeg. Deze laatste hield zich hier niet aan, en wordt voor schadevergoeding aangesproken. Haar verweer is, dat in casu niet van een overeenkomst gesproken kan worden, aangezien Wood zich tot niets verbonden had (m.a.w. wederkerigheid ontbrak). Cardozo overweegt hieromtrent:

'It is true that he does not promise in so many words that he will use reasonable efforts to place the defendant's indorsements and market her designs. We think, however, that *such a promise is fairly to be implied*. The law has outgrown its primitive stage of formalism when the precise word was the sovereign talisman, and every slip was fatal. It takes a broader view today. A promise may be lacking, and yet the whole writing may be 'instinct with an obligation', imperfectly expressed (Scott, J. in *Mc. Call Co. v. Wright*...) If that is so, there is a contract' (mijn curs.).

Deze bescherming van opgewekt vertrouwen door wederkerigheid te construeren heeft ook buiten het terrein van agentuurovereenkomsten toepas-

36. Zijn overwegingen worden bij Cheshire, p. 85 geciteerd.

sing gevonden.<sup>37</sup> De gebruikte methode vertoont overeenkomst met het *Upton-on-Severn*-arrest van het court of appeal en meer in het algemeen de figuur die als 'inference from conduct', of 'constructing a contract' bekend staat.

De zaak *Upton-on-Severn R.D.C. v. Powell*, (1942) 1 All E.R. 220 (vgl. Anson, p. 30), lag als volgt. Powell had, toen zijn boerderij in brand stond, de politie van Upton gebeld, met het verzoek de brandweer te sturen. De politie zond de brandweer van Upton, en het vuur werd geblust. Naderhand bleek echter, dat de boerderij weliswaar in het politiedistrict van Upton lag, maar in het brandweerdistrict van Pershore. De brandweer van Upton vorderde derhalve van Powell een betaling van de buiten zijn district bewezen diensten. Het court of appeal wijst de vordering toe, aangezien 'a contract should be inferred'. Doorslaggevend was voor het college dat Powell, al had hij ongetwijfeld de brandweer uit zijn eigen district willen laten komen, 'had instigated the summoning of the Upton brigade who had reasonably accepted the call' (in de woorden van Anson, t.a.p.). Anson merkt hierbij op, dat het arrest aantoonde 'the lengths to which the Courts may be prepared to go in their objective treatment of the phenomenon of agreement', p. 31.

Cheshire spreekt in dit verband van 'constructing a contract', vgl. p. 53 v. Daar vindt men ook de recente ontwikkeling in de rechtspraak besproken ten aanzien van de zgn. 'collateral contracts'. Dit zijn overeenkomsten die de rechter afleidt uit de onderhandelingen inzake een te sluiten overeenkomst, vgl. het duitse 'Vorvertrag', een begrip dat men ook in de nederlandse en franse literatuur tegenkomt.

### 7. Bestrijding van de consideration-eis in de engelse en amerikaanse literatuur

Dan nu de bestrijding van de consideration-eis, en hetgeen daar uit voortvloeide. Met ingang van de dertiger jaren werd een toenemende kritiek op de consideration naar voren gebracht, zowel in Amerika als in Engeland. De amerikaanse schrijver K. N. Llewellyn noemt in 1931 de toets van de consideration 'not yet wholly just to our needs', en geeft vier gevallen aan waarin het beginsel op pijnlijke wijze te kort schiet.<sup>38</sup> Het jaar daarop wordt in de *Restatement*<sup>39</sup> de *injurious reliance doctrine* neergelegd, die dan

37. Vgl. hiervoor, ook voor de vindplaats het besproken arrest — F. Kessler and E. Fine, *Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study*, 77 *Harvard Law Rev.* 3 (1964), p. 425.

38. *What Price Contract? - An Essay in Perspective*, 40 *Yale Law J.*, p. 742 v.(1930/31).

39. *Contracts I*, § 90: 'A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise'. Op dit artikel ontbreekt merkwaardigerwijze een 'comment', wel volgen vier 'illustrations'. Kessler and Fine, t.a.p., p. 424 juichen § 90 sterk toe. Over het slotgedeelte van het artikel merken zij op: 'This happy phrase leaves enough room for judicial creativity. Much of the success of this section depends on whether it is read in a flexible spirit'. Intussen is het zeker niet zo, dat met het consideration-vereiste gebroken wordt, vgl. § 19. De §§ 75-84 zijn geheel gewijd aan 'consideration and its sufficiency'. Daar staat tegenover dat een speciale afdeling (topic 4) werd gewijd aan 'informal contracts without assent or consideration', de §§ 85-94.

reeds een aanzienlijke aanhang heeft. Het breken van een belofte moet in deze opvatting als een 'injury' opgevat worden, die de morele en wettelijke verplichting doet ontstaan om de injury ongedaan te maken. Enkele jaren later wordt Engeland het centrum van de oppositie. Lord Wright verwerpt de consideration-leer, en verdedigt als nieuwe maatstaf het onderzoek, 'whether there is a serious and deliberate intention to enter into obligations enforceable at law . . . The *lawful intention* of the parties should be sufficient'.<sup>40</sup> Wrights opvatting vertoont overeenkomst met die van Sir William Holdsworth.<sup>41</sup> Deze noemt in dezelfde tijd de consideration-doctrine 'something of an anachronism' en spreekt zich uit voor de visie van Lord Mansfield, waarbij consideration slechts beschouwd wordt als het bewijs van 'parties' intention to be bound', welke bewijs ook uit het bestaan van een akte kan voortvloeien.<sup>42</sup> Ook het rapport van de Law Revision Committee van 1937 komt neer op een codificatie van Mansfields opvatting. In de opvatting van de Committee krijgt de consideration nog maar een bescheiden plaats ingeruimd, hetgeen verklaard wordt doordat dat begrip gezien wordt als veelal 'a mere technicality, irreconcilable either with business expediency or common sense'.<sup>43</sup> Elders krijgt het de omschrijving: 'a historical accident and an insular peculiarity'. De Committee bepleit o.a., ter bescherming van 'reasonable expectations' de onherroepelijkheid van het aanbod. De engelse wetgever heeft de adviezen op dit terrein echter niet opgevolgd. In datzelfde jaar, 1937, wordt naast kritiek op het bestaande stelsel, ook een alternatief geboden, anders dan in de vorm van een eerherstel van Mansfield. Ik denk daarbij aan R. M. Jackson, in diens artikel *The scope of the term 'contract'*.<sup>44</sup> De veel aangehangen opvatting, dat contract een 'agreement' veronderstelt, vindt in de ogen van Jackson geen goed, aangezien dit vereiste van 'agreement' tot moeilijkheden leidt, zoals ingeval van 'contracts implied in law' en bij gevallen van mistake en fraud. In die laatste categorie kan een contract bestaan ondanks dat partijen niet 'ad idem' waren. Zolang men gewend was

40. *Ought the Doctrine of Consideration to Be Abolished from the Common Law?* 49 *Harv. L. Rev.* 1225 v. (1936), mijn curs. De intention moet volgens schr. 'properly established' zijn, p. 1227; op p. 1252 wordt opgemerkt dat (o.a.) consideration slechts als bewijsmateriaal kan gelden, 'to establish and corroborate the contractual intention'. Vgl. ook *Legal Essays and Addresses*, p. 287.

41. *8 History of English Law I-48* (2d ed. 1937), p. 47.

42. Zoals neergelegd in de uitspraak van King's Bench, *Pillans v. Van Mierop* (1765), besproken bij Cheshire, p. 58 v. De aanval van Mansfield op de consideration-doctrine werd door het house of lords afgeslagen in 1778, *Rann v. Hughes*. Een andere vernieuwingspoging van Mansfield, nl. de stelling dat een 'moral obligation' als consideration kan gelden (vgl. onze natuurlijke verbintenis), hield tot 1840 stand. In Amerika werd deze laatste opvatting echter geldend recht.

43. Dat laatste slaat op het feit dat naar engels recht consideration niet adequaat hoeft te zijn: 'a canary or a tomtit', 'a beaverhat or a peppercorn' voldoende reeds. Een samenvatting van de adviezen uit het rapport (Sixth Interim Report) is te vinden bij Anson, p. 112 v., en te onzent bij Meijers, t.a.p. A.L. Goodhart, die in de Committee zitting heeft gehad, schreef in de vijftiger jaren, dat hij ondanks alle kritiek, nog steeds achter het rapport stond, vgl. *English Law and the Moral Law*, 2e dr. (1955), p. 104.

44. *53 Law Quart. Rev.* (1937) p. 525 v.

in termen van 'promises' te denken – daartoe gebracht door de formele eisen van het procesrecht<sup>45</sup> – gaf dit echter weinig problemen, zo stelt schr. Van belang is niet of er 'consensus of minds' was, maar of er 'promises' gedaan werden. Voor deze benadering van de overeenkomst spreekt Jackson zich uit, ook voor het hedendaagse recht.

*'Promise suggests an objective aspect, agreement suggests a subjective aspect. In fact, agreement is only reconciled with legal rules when it is explained as the objective phenomena of consensus... It is somewhat clumsy to start with propositions involving will and intent, and then explain that "the law imputes to a person an intention corresponding to the reasonable meaning of his words and actions". A definition in terms of promise appears to avoid these difficulties.'*<sup>46</sup>

Uit een noot blijkt dat schr. met dat laatste de *Restatement* en Williston volgt.

In 1952 levert Lord Denning een bijdrage aan de discussie in zijn artikel *Recent Developments in the Doctrine of Consideration*<sup>47</sup>, zonder zich echter op de Amerikaanse ontwikkelingen te oriënteren. Een analyse van de Engelse rechtspraak inzake *unilateral contracts*<sup>48</sup> brengt Denning tot het formuleren van de stelling, dat zowel op het gebied van totstandkoming van overeenkomsten als op dat van wijziging of kwijtschelding van contractuele verplichtingen, de tendens zichtbaar is 'to regard any act done on the faith of the promise as sufficient consideration to support it, even though the act done is no benefit to the promisor and no detriment to the promisee', p. 1. Uit deze formulering blijkt reeds dat het Denning er niet om te doen is de consideration-leer aan de kant te zetten.<sup>49</sup> De door hem gesignaleerde ontwikkeling in het Engelse recht acht schr. ook van groot belang voor de problematiek van het onherroepelijk aanbod. Indien de geadresseerde handelt in vertrouwen op de toezegging dat het aanbod onherroepelijk is gedurende

45. Eerst met de invoering van de Common Law Procedure Act 1852, verviel het vereiste 'to plead promises'. Volgens Jackson, p. 532 werd daarmee de deur opengezet voor de opvatting van contract als agreement. Schr. verwijst daarbij naar Leake, *Law of Contract* (1857).

46. p. 535, het citaat is van Leake.

47. 15 *Modern Law Rev.* (1952), p. 1, v.

48. De figuur van 'a promise for an act'. De *bilateral contracts* — 'a promise for a promise' — laat schr. terzijde, aangezien z.i. zich daarbij zelden moeilijkheden t.a.v. consideration voordoen.

49. Opmerkelijk is in dit verband evenwel Dennings opmerking op p. 2. Na a.h.v. de rechtspraak uiteengezet te hebben dat een *act* als consideration voor een *promise* kan gelden indien die handeling 'at the request' van de ander verricht werd, welk 'request' o.g.v. de omstandigheden 'implied' kan worden, d.w.z. de promisor toegerekend kan worden, merkt schr. op: 'In these circumstances it may be well that, instead of using the old language of "request" and "consideration" we can express the self-same principle by saying that a promise is binding in law if it was intended to create legal relations, intended to be acted upon and was in fact acted upon by the person to whom it was given. Intention in this connection should, of course, be judged objectively and not subjectively. The promisor should be taken to intend what a reasonable man receiving the promise would believe him to intend'.



een bepaalde tijd zou de aanbieder aan zijn promise gehouden kunnen worden, anders dan de heersende leer voorschrijft wegens het ontbreken van consideration in traditionele zin aan die promise (p. 3). Schr. merkt aan het slot van zijn korte, maar indringende beschouwing op, dat indien het recht zich in de door hem geschetste zin ontwikkelt, bijna alle voorstellen van de Law Revision Committee verwezenlijkt zijn geworden, zonder de hulp van de wetgever. Datzelfde jaar, 1952, verkeert Denning in de mogelijkheid om een bijdrage te leveren aan de realisering van die uitspraak, in zijn hoedanigheid van Lord Justice of Appeal. In *Errington v. Errington & Woods*, (1952) K.B. 290, besliste hij dat een aanbod onherroepelijk was geworden nadat, in vertrouwen op dat aanbod, met de uitvoering van de overeenkomst een aanvang was genomen. Eenzelfde uitspraak, eveneens door Denning gewezen, volgde in 1956: *Ward v. Byham*, (1956) 2 All E.R. 318. Op een ander deel van het engelse recht – door Denning niet genoemd – is deze figuur overigens al langer aanvaard. Ten aanzien van de ‘irrevocable letter of credit’ komt de transactie tot stand wanneer de ‘irrevocable credit’ ‘has been confirmed by the intermediary or paying banker, as soon as the beneficiary acts on the strength of it’.<sup>50</sup>

Hoezeer het engelse recht in deze ontwikkeling doende is zich bij de Amerikaanse rechtsontwikkeling aan te sluiten blijkt, indien men de conclusies waartoe Denning in zijn artikel komt vergelijkt met § 90 van de *Restatement* (1932), door schr. nergens ook maar genoemd:

‘A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise’.<sup>51</sup>

#### 8. *Vervolg: ‘Promise or Bargain?’ Roscoe Pound contra Cheshire and Foot. ‘Reasonable expectations’*

In Amerika geeft Roscoe Pound aan het eind van de jaren vijftig een nieuwe impuls aan de heroriëntatie op dit gebied. De titel van zijn opstel: *Promise or Bargain?* geeft de door hem behandelde strijdvraag reeds aan.

50. Halsbury, *Laws of England* 2, 216 (Banking Law); vgl. verder Schlesinger, *Formation of Contracts* I, p. 720.

51. Interessant is de uitwerking die Denning aan zijn stelling geeft, voor de situatie na de totstandkoming van de overeenkomst. Hij maakt onderscheid tussen het geval dat een partij afgaat op de *promise* zijn wederpartij ‘to waive, modify or discharge his strict legal rights’, en het geval dat hij op het *conduct* van zijn wederpartij afging, en tot dezelfde gevolgtrekking kwam, en redelijkerwijze kon komen. Het eerste geval brengt schr. onder ‘the law of contract’; het enig punt van geschil kan slechts de uitleg van de toezegging zijn. Het tweede geval behoort z.i. echter tot ‘the law of estoppel’; de partij die op de schijn afging wordt slechts beschermd indien hij dit tot zijn *schade* deed. Wordt de schade door de wederpartij ongedaan gemaakt, dan herleven diens rechten weer. Vgl. ook *Restatement, Illustration* 4, ad § 90.

Pound benadert de problematiek vanuit de vraag: 'Is there a jural postulate of the civilization of our time and place that men must be able to assume that others will act in good faith, and as corollary will make good the reasonable expectations which their promises or other conduct reasonably create?'<sup>52</sup> Een vraag die, zoals te verwachten<sup>53</sup>, door hem bevestigend wordt beantwoord. Alvorens schr. daartoe overgaat, geeft hij eerst een inventarisatie van de theorieën die (voornamelijk in de angelsaksische rechtssfeer) als grondslag van de overeenkomst gehuldigd worden. Hij komt tot zeven stuks: 1. de geobjektiveerde wilsleer, met als zegsman Lord Wright<sup>54</sup>; 2. de theorie dat er 'an external guaranty of the reality of the intention' moet zijn (vgl. *consideration*); 3. *injurious reliance doctrine* (*Restatement*); 4. basis voor de overeenkomst is het 'voor wat hoort wat'-beginsel; *consideration* derhalve opgevat als 'a benefit conferred or a detriment suffered in respect of or in return for the promise'; 5. de 'intuitionist's theory': beloften zijn heilig, de maatschappij kan niet dulden dat zij gebroken worden ('common man's theory'); 6. 'reasonable expectations'-leer (zie de vraagstelling van zoëven), welke berust op 'the social interest in the general security', welke in de rechtsorde beschermd dient te worden (Roscoe Pound); 7. 'bargain theory': alleen aan de belofte die deel uitmaakt van een 'bargain' wordt rechtskracht verleend. *Consideration* staat gelijk aan 'bargain' (Cheshire and Fifoot).

Zoals gemeld is Roscoe Pound een overtuigd voorstander van theorie no. 6, de Amerikaanse versie van de vertrouwensleer.<sup>55</sup> Het is in zijn opvatting, waarbij de grondslag van de overeenkomst de *promise* is waarin een ander zijn (redelijk) vertrouwen heeft gesteld, hem dan ook een doorn in het oog dat de 'moribund requirement of consideration' een reïncarnatie lijkt te ondergaan, in de vorm van de bargain-theorie, die zoals wij zagen, door Cheshire and Fifoot met kracht verdedigd wordt.<sup>56</sup> Deze ontwikkeling komt des te harder aan voor een Amerikaans jurist, aangezien in zijn recht al een zeventiental uitzonderingen op de eis van *consideration* zijn geformuleerd door de

52. t.a.p., p. 457.

53. Vgl. bijv. zijn al genoemde artikel uit 1919: *Considerations in Equity*, aangehaald bij Pollock, p. 1, nt. 1.

54. Op de continentale jurist maakt de weergave van Pound de indruk, dat men hier met een zuivere wilsleer te maken heeft. Zoals uit de bespreking van Wrights opvatting, en van het begrip *intention* gebleken zal zijn, is deze indruk onjuist. Vgl. ten onrechte K. Zweigert, 'Rechtsgeschäft' und 'Vertrag' heute, Festschrift Max Rheinstein II (1969), p. 500.

55. Bij de verdediging hiervan door schr. komt men dezelfde kwesties tegen die bij ons in de strijd rond 'wil of vertrouwen' de inzet vormden. Zo moet Pound ook de tegenwerping weerleggen, dat geen enkel rechtssysteem alle beloften bindend acht (aldus M.R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 *Harv. Law Rev.* (1933); p. 572 v.), met de repliek dat het hier slechts gaat om de bescherming van *redelijk* vertrouwen. Dezelfde Cohen is van mening, dat 'some freedom to change one's mind is necessary to free intercourse between those who lack omniscience'. Overigens ziet zoals gemeld ook Corbin 1, § 1 de 'realization of reasonable expectations' als het 'main underlying purpose' van overeenkomsten.

56. Daarnaast vallen nog te noemen Hamson, 54 *Law Quart. Rev.* 234 (1938); en Shatwell, 1 *Sydney Law Rev.* 289 (1955).

rechter<sup>57</sup>, welke gedeeltelijk al in de *Restatement* van 1932 een plaats vonden.<sup>58</sup> Men dient hierbij echter in het oog te houden, dat Pound geenszins ontkent dat in het amerikaanse recht het begrip *bargain* een functie heeft. Hij schrijft aan Ames toe, het begrip aan het begin van deze eeuw geïntroduceerd te hebben als vervanging van het consideration-vereiste. Zijns inziens werd deze visie door de *Restatement* overgenomen, zodat men tot een stelsel is gekomen, waarin naast 'bargains' de 'promises upon which the promisee has relied to his injury'<sup>59</sup> onderscheiden kunnen worden. Mij is echter niet duidelijk waarop schr. zijn stelling baseert, dat in de *Restatement* het begrip consideration vervangen werd door de bargain-conceptie, vgl. §§ 19 sub c, 75. In de toelichting op die laatste section – gewijd aan de 'Definition of consideration' – wordt gesteld: 'The Section defines consideration in effect as the price bargained for and paid for a promise and in connection with § 19 states the principle that, subject to certain exceptions, an informal promise is not binding unless an agreed price has been paid for it' (sub b).<sup>60</sup> Een groot verschil met de opvatting van Cheshire kan ik niet ontdekken. Het heeft er alle schijn van, dat Pound hier de uitzonderingen op de consideration-eis (met name § 90) tot regel verheft. Wat daar ook voor te zeggen valt, men heeft daarbij naar ik meen de *Restatement* van 1932 niet aan zijn zijde.<sup>61</sup>

Om terug te keren tot Pounds betoog, het standpunt van Cheshire, waarbij met behulp van de bargain-theorie het zieltogende consideration-begrip nieuw leven wordt ingeblazen<sup>62</sup>, wordt door schr. gekenmerkt als 'Podsnap-

57. Door schr. kort samengevat op p. 468 v., vgl. ook zijn opstel *Individual Interests of Substance - Promised Advantages*, t.a.p. (1945). Pound onderscheidt vier groepen van gevallen: 1. promissory estoppel; 2. moral consideration; 3. promises of a gift; 4. intention to be bound in a business transaction. Vgl. voor de in de rechtspraak ontwikkelde technieken naast Williston 1, § 60A, no. 5 v., ook nog Kessler and Fine, t.a.p., p. 422, met name wat betreft de zgn. 'unilateral contracts', (bijv. het vereiste dat revocation te goeder trouw moet geschieden, de figuren van 'implied subsidiary contract' (vgl. bij ons o.a. Van Brakel), estoppel en 'constructive cooperation'). T.a.v. de herroepelijkheid van het aanbod signaleren schr.'s een mogelijk nieuwe ontwikkeling in de richting van onherroepelijkheid, ingeluid door een californisch arrest: *Drennan v. Star Paving Co.*, o.a. gewezen door Judge Traynor. 58. Vgl. §§ 86-94. Vgl. voor het onherroepelijk aanbod ook § 2-205 Uniform Comm. Code, en voor *modification*, *rescission*, en *waiver* § 2-209. In het engelse recht kent men al uitzonderingen inzake de consideration-eis op het gebied van 'assignment', 'bailment' en 'negotiable instruments'.

59. En verder nog: 'contracts under seal', 'negotiable instruments', 'contracts for the benefit of third persons', en 'certain promises enforced specifically in equity', p. 470.

60. Het begrip *bargain* krijgt wel een eigen plaats in het systeem, vgl. § 4.

61. Opmerkelijk is hierbij wel, dat schr. de *Restatement* terecht indeelt bij de 'injurious reliance'-theorie (no. 3 van zijn overzicht) en niet bij de door hem aangehangen ruimere leer (no. 6). Vgl. voor het onderscheid tussen deze twee leren — waardoor de strekking van deze noot aan duidelijkheid wint — hieronder, bij de bespreking van de *Restatement Second*.

62. Cheshire beweert dat al vier eeuwen lang consideration in het engelse recht als bargain opgevat wordt (p. 57), hetgeen aan Pound de cynische opmerking ontlokt dat het dan wel merkwaardig is dat schr.'s dit pas na 1950 hadden ontdekt: pas in de 4e druk (1956) van hun werk doet de 'bargain' zijn intree. (het artikel van Shatwell, dat schr.'s als bron van inspiratie aanhalen, p. 60, is van 1955).

ery' naar de figuur van Dickens.<sup>63</sup> Het is evenwel tijd, zo concludeert schr. onder verwijzing naar de engelse Law Revision Committee, om de 'massive resistance' tegen de loop van het recht te laten varen.

Samenvattend kan men stellen dat bij de bestrijding van de consideration-doctrine het standpunt van Jackson en Roscoe Pound er tussenuit springt, omdat zij bij de verwerping van de consideration niet de intention als remplaçant naar voren schuiven, maar de verbindendheid van de toezegging beschouwen uit het oogpunt van opgewekt vertrouwen dat in rechte bescherming verdient. Dat de laatste schrijver dit in een rechtssociologische sleutel plaatst zal geen verwondering wekken.<sup>64</sup> Intussen staan beide vernieuwingspogingen dicht bij elkaar. Aangezien zoals betoogd, in het engelse recht de partijbedoeling op normatieve wijze vastgesteld wordt, waarbij de indruk die de toezegging op een *reasonable man* gemaakt zou hebben doorslaggevend is, kan er geen wezenlijk verschil tussen de intention-constructie en de leer van de 'reasonable expectations' aangegeven worden. In beide zienswijzen is van een *toerekening* van rechtshandelingen sprake.

#### 9. De kritiek op de consideration-eis in de engelse handboeken

Een verheugend verschijnsel van de laatste tijd is, dat de afwijzing van de consideration-leer ook tot de engelse handboeken begint door te dringen. De geest van Mansfield waart rond. Zo ziet J. F. Wilson de consideration-rule als een 'test of intention'.<sup>65</sup> Guest gaat in de 22e druk van Anson een stap verder. Afschaffing van de consideration-doctrine zou zijns inziens slechts inhouden dat de toets van intention in belang zou toenemen. Men kan niet beweren, aldus schr., dat dit een onoverkomenlijk bezwaar tegen de wijziging van het recht oplevert, 'for foreign systems seem to exist quite happily without the need for consideration'. Hetgeen niet bepaald 'Podsnapery' genoemd kan worden. Ook Guest is van mening dat er 'considerable force' in de conclusie van de Law Revision Committee schuilt.<sup>66</sup> Deze passage bij Anson lijkt overigens geschreven tegen het betoog van Cheshire in diens 4e druk (1956), waarbij het voorstel van de Committee verworpen wordt,

63. p. 472: 'When Mr. Podsnap was confronted with anything out of the course of this business he was wont to wave it behind him with a magnificent backward sweep of his hand and dismiss it with the conclusive judgment "not English"'. Pound doelt hierbij op het feit, dat Cheshire het systeem van gebondenheid enkel op grond van het doen van een 'serious promise' aan het franse recht toeschrijft, p. 57, hetgeen de laatste overigens volslagen ten onrechte doet.

64. Vgl. voor de betekenis van Pound als rechtssocioloog: Friedmann, *Legal Theory*, 2e dr. 1947, p. 229 v.; Esser, *Grundsatz*, passim; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 572, nt. 38; Allen, *Law in the making*, p. 32 v.

65. *Treatise on Contract* (1957), p. 71. Pollock, p. 8, volstaat met erop te wijzen dat consideration als vereiste van positief recht 'has nothing universal or necessary about it'.

66. p. 111 v. Twee zaken vallen op bij deze nieuwe koers in Anson. Allereerst dat de bargain-theorie verworpen wordt zonder ook maar de naam van Cheshire te noemen (p. 112, slechts Hamsons naam valt). Een tweede opmerkelijk punt is, dat bij deze koers-Vervolg noot op pag. 378.

als 'incompatible with that insistence upon bargain which lies at the very heart of consideration and which can be abandoned only by changing the whole character of English law'.<sup>67</sup> Als dit standpunt ook voor anderen dan Cheshire kenmerkend is, lijkt de weg naar een vernieuwing nog lang. Zoals gewoonlijk zal het initiatief tot wijziging van het recht van de rechtspraak moeten uitgaan.<sup>68</sup> Moedgevend is in dat opzicht de opmerking van Guest over de tendens in de engelse rechtspraak, die daarmee de amerikaanse lijkt te volgen: 'Desire to enforce promises has led the courts on occasion to find a derisory consideration and to construct a bargain where none in fact was present'.<sup>69</sup>

Een ander opmerkelijk punt is dat in twee engelse handboeken de nieuwe leer al met de mond beleden wordt. Zowel Pollock<sup>70</sup> als Chitty – in de voorlaatste druk – vangen hun werk aan met een betoog dat elke aanhanger van de oppositie zal kunnen onderschrijven. Om de laatste te citeren, in de woorden van John Morris, general editor:

*'Definition and nature of contract.* A contract is a promise or set of promises which the law will enforce. The reason why the law enforces promises is that if it did not, the legitimate expectations of the parties would be defeated. "That portion of the field of law that is classified and described as the law of contracts attempts the realization of reasonable expectations that have been induced by the making of a promise. Doubtless, this is not the only purpose by which men have been motivated in creating the law of contracts; but it is believed to be the main underlying purposes".<sup>71</sup>

Vervolg noot van pag. 377.

correctie het op p. 7 v. betoogde niet betrokken werd, waar, gelijklopend aan de passage uit de vorige druk, Jackson en de aanhangers van de 'injurious reliance'-theorie bestreden worden met twee argumenten. Het ene argument nu berust op de traditionele considerationeis, en is daarmee achterhaald. Het andere argument berust op de stereotype misvatting van de bestreden leer. De 'completely objective attitude' welke schr. die leer toeschrijft, is z.i. in strijd met de 'concept of fair dealing' zoals in equity nader uitgewerkt. Dit treft geen doel, omdat in de verworpen leer sprake is van een toezegging, 'reasonably understood', etc. zodat aan de fair dealing alle ruimte geboden wordt. Vgl. ook hierboven, no. 8, nt. 55.

67. p. 91. In de 7e dr. (1969) is deze passage uitgewist en wordt gesuggereerd dat alleen Mansfield ooit kritiek op het leerstuk heeft uitgeoefend. De Law Revision Committee komt slechts in de voetnoten voor, en dat alleen wanneer het ondergeschikte problemen betreft. Cheshires conclusie dat de consideration-doctrine 'neither artificial nor irrational' is (p. 60), gaat overigens lijnrecht in tegen de conclusie van de Committee — al blijft dat onvermeld — dat zij veelal 'a mere technicality irreconcilable either with business expediency or common sense' is.

68. In het voorwoord van de laatste druk van Chitty (1968) wordt evenwel vermeld dat aan de Law Revision Committee de opdracht werd verstrekt omtrent een herziening van het contractenrecht te adviseren.

69. p. 112, bij de bestrijding van de bargain-theorie van Hamson. Vgl. ter illustratie van deze tendens, boven, no. 6, in fine.

70. p. 1 v. Dat Pollocks volgen van de amerikaanse definitie van contract slechts schijn is (vgl. ook onder no. 11, in fine), wordt ook reeds opgemerkt door Jackson, t.a.p., p. 535, nt. 55. Ook Weeramantry I, p. 84, nt. 30, volgt de *Restatement*.

71. p. 1. De voetnoten (niet opgenomen) verwijzen o.a. naar de *Restatement*. Het citaat is van Corbin, vgl. boven, no. 4. Vgl. in dat opzicht ook nog Anson, p. 23, die stelt dat een overeenkomst bestaat uit een of meer 'actionable promises', die een 'expression of a common intention and of expectation as to the act or forbearance promised' inhouden. Zijn vraagstelling luidt daarop: 'How is this expectation created which the law will not allow to be disappointed?'

In de laatste, 23e druk (1968) is deze passage echter herschreven door de nieuwe general editor, Guest. De bescherming van reasonable expectations als grondslag van de overeenkomst, opgevat als een toezegging of een stel samenhangende toezeggingen, wordt daarbij verlaten. De Amerikaanse schrijver Corbin wordt zelfs niet meer genoemd. In de nieuwe opvatting, door Guest verdedigd, is 'the main justification for the legal enforcement of promises an *economic* one'. Handel is immers eerst mogelijk indien men zich aan zijn belofte houdt, of tenminste bij het breken van een belofte de schade vergoedt. Nu is er ook een '*moral* justification' voorgesteld als grondslag van de overeenkomst, vervolgt schr., waarop de leer van de 'realization of reasonable expectations' volgt. De bijgevoegde noot, die slechts naar A. L. Goodhart verwijst<sup>72</sup>, suggereert dat wij hier met een typisch engelse affaire te maken hebben, doch indien men bij die schrijver te rade gaat, blijkt daar slechts Corbin met instemming geciteerd te worden, hetzelfde citaat dat nog in de vorige druk van Chitty opgenomen werd. Guest merkt naar aanleiding van deze leer echter op: 'However, although exceptions undoubtedly exist, it is submitted that English law concentrates less on the moral position of the parties to a contract and more on the requirement of commercial convenience'.<sup>73</sup> Nu Guest een 'splendid isolation' verkozen heeft boven een aansluiting bij de moderne Amerikaanse stroming, gelijk zijn voorganger Morris voorstond, is het onwaarschijnlijk dat hij door het betoog van Roscoe Pound in *Promise or Bargain?* tot andere gedachten gebracht zal kunnen worden. Daar vindt men immers betoogd dat de leer van de reasonable expectations in wezen op een economische basis rust, op een 'social interest'.<sup>74</sup> De antithesen die Guest ziet, zijn in de Amerikaanse doctrine reeds lang geleden tot een synthese samengesmeed. Het heeft er alle schijn van, dat ook dit handboek in zijn laatste druk niet van 'Podsnapery' vrijgepleit kan worden.<sup>75</sup>

72. *English Law and the Moral Law*, (1953), p. 10. Vgl. 2e druk (1955), p. 100 v. (door mij geraadpleegd).

73. p. 1. In nauw verband hiermee staat de toevoeging die schr. in de laatste druk op p. 25 heeft aangebracht, welke ik hierbij cursiveer: ... 'the theory, popular in England in the nineteenth century, that there can be no contract without a meeting of the minds of the parties is now realized to be impractical and has been largely discredited as it would tend to produce commercially inconvenient results' (in de noot daarbij wordt gewezen op de figuur dat aanvaarding van een aanbod een overeenkomst doet ontstaan, ook na het verzuimen van de herroeping van dat aanbod).

74. 'In consequence in a commercial and industrial society a claim or want or demand that promises be kept and that undertakings be carried out in good faith, a social interest in the stability of promises as a social and economic institution, becomes of the first importance. I have been calling it the social interest in the security of transactions', t.a.p., p. 456. Vgl. ook pp. 459 v., 463 v. (*The Economic Approach*) en ook schr.'s artikel uit 1945, *Individual Interests of Substance - Promised Advantages*.

75. Opmerkelijk is in dit verband nog, dat Goodhart als grondslag van de 'moral law' — die z.i. in de common law geïntegreerd is — de menselijke rede aanvaardt zoals ook uitgewerkt door Cicero en Hugo de Groot (p. 35 v.). Uitgangspunt voor schr. is 'that man is a social animal and that it is natural for him to seek to benefit his fellow-men', waarop hij Vervolg noot op pag. 380.

10. *Het standpunt t.a.v. consideration in de amerikaanse handboeken en in de Restatement-Second. Bestrijding daarvan*

Tenslotte zou ik nog willen nagaan hoe de op de consideration gerichte vernieuwingsbeweging in de moderne amerikaanse handboeken ontvangen wordt. In de laatste druk van de twee toonaangevende handboeken in het land van Roscoe Pound, vindt men de consideration-leer echter nog steeds gehandhaafd. In Jaegers bewerking van *Williston on Contracts* gebeurt dit op een onverstoorbare wijze. Slechts in nt. 6 van § 140 (*Promissory Estoppel*) vond ik opgemerkt dat ook een andere visie op deze leer mogelijk is. Ik laat die passage hier volgen:

'Students of the Civil Law usually select the technicalities of the English and American law requiring consideration to validate a simple contract, for particular animadversion. It may be argued that the fundamental basis of simple contracts historically was action in justifiable reliance on a promise — rather than the more modern notion of purchase of a promise for a price, and that it is a consistent development from this early basis to define sufficient consideration as any legal benefit to the promisor or legal detriment to the promisee given or suffered by the latter in reasonable reliance on the promise. Such a definition eliminates the necessity of a request by the promisor for the consideration. The proposition is by no means without intrinsic merit, but it should be recognized that if generally applied it would much extend liability on promises and that it is opposed to the weight of authority. There would seem, however, compelling reasons of justice for enforcing promises, where injustice cannot be otherwise avoided, when they have led the promisee to incur any substantial detriment on the faith of them not only when he should reasonably have expected such detriment would be incurred, though he did not request it as an exchange for his promise'.

In vele opzichten is dit een opmerkelijk betoog. Williston doet voorkomen, dat het de oppositie slechts om een amendement op de consideration te doen is (het schrappen van het 'request'-element), in plaats van een algehéle verwerping.<sup>76</sup> Aan het slot van het geciteerde stuk ziet men de 'injurious reliance doctrine' verwoord, die schr. zoals vermeld ook in zijn *Restatement* had neergelegd. Op de grenzen die Williston trekt tussen hetgeen zijns in-

Vervolg noot van pag. 379.

concludeert: 'then we can accept as the basic premise of this moral law that a man shall love and not hate his neighbour'. Na dit waardeoordeel komt het rationele element weer naar voren. 'The rational man must realize that there are *rules of conduct* which are necessary for the good life both of the individual and of the community' (steeds mijn curs.). M.i. heeft Guest in zijn betoog deze zienswijze van Goodhart — die zoals blijkt, sterk lijkt op die van Pound — uit het oog verloren in de door hem gestelde anti-these.

76. Het eerste argument van de oppositie — die in de aanhef nogal Podsnaperig aangeduid wordt — dat schr. aanvoert, moet m.i. vice versa gelezen worden. De opposenten worden overigens niet met name genoemd, alleen wordt, na aanhaling van amerikaanse en engelse jurisprudentie die de relatie tussen promissory estoppel en consideration onderstrepen, nog losweg Pound genoemd. (*An Introduction to the Philosophy of the Law*, p. 268). Diens artikel *Promise or Bargain?* kon nog niet genoemd worden, aangezien dit eerst enkele jaren later verscheen. In het *Supplement* wordt alleen nieuwe jurisprudentie toegevoegd.

ziens wel en niet toelaatbaar is, kom ik zo dadelijk nog terug, bij de bespreking van de overeenkomstige opvatting in de *Restatement Second*.

In Corbins standaardwerk wordt veel genuanceerder over de onderhavige problematiek gedacht. Zijn bestrijding van de nieuwe beweging kan echter evenmin overtuigen. Als enige opponenten noemt de laatste Holdsworth en Ashley.<sup>77</sup> Het enig positieve van de bewuste passage is, dat Corbin in elk geval het probleem aan de orde stelt, en daarmee te kennen geeft dat hij zich realiseert dat het ook anders kan. Doch de wijze waarop dit gebeurt is hoogst onbevredigend. Schr. blijkt zowel met de argumenten van de engelse als van de amerikaanse oppositie onbekend te zijn. Drie bezwaren tegen Corbins betoog springen naar voren. Ten eerste is zijn probleemstelling onzuiver, aangezien hij met de verwerping van de consideration-eis gelijk stelt het verbindend achten van *alle* beloften. Dit is nooit beweerd, het gaat immers slechts om 'reasonable expectations' (deze onjuiste weerlegging van de vertrouwensleer blijkt nogmaals een internationaal karakter te hebben). Ten tweede ziet schr. als alternatief van het angelsaksische systeem met zijn consideration-leer, slechts de op het romeinse recht berustende stelsels, gebaseerd op het causa-vereiste. Onjuist is daarbij, dat hij het causa-stelsel als geldend recht aanziet, nog wel in de interpretatie van het romeinse recht.<sup>78</sup> Mijn laatste tegenwerping is, dat Corbin de alternatieve mogelijkheid van het gebruik van het begrip *intention* verwerpt, ten onrechte menend dat de (niet genoemde) aanhangers van die opvatting dit begrip *subjektief* opvatten. Een misverstand tussen de engelse en amerikaanse doctrine, dat al eerder door mij signaleerd werd.<sup>79</sup>

Interessant is intussen, dat schr. zeer vrij met de consideration-leer omspringt. Ook om die reden valt te betreuren dat hij zo slecht op de hoogte is van hetgeen de oppositie voorstaat. De stelling, dat geen vormloze belofte bindend is zonder de aanwezigheid van consideration, moet volgens Corbin opgevat worden 'as a statement that no informal promise is enforceable unless it is accompanied by one of those factors that have been held, more or less generally, to be sufficient to make a promise enforceable' (§ 110, p. 492).

De uitwerking daarvan dient volgens schr. te geschieden door analyse van het geldend recht, om aldus te komen tot categorieën van gevallen waarin de belofte bindt, terwijl voor hem van minder belang is, wanneer

77. § 111, *Should the Requirement of Consideration be abandoned?* Het ontbreken van de zienswijze van Roscoe Pound is hier wel pijnlijk.

78. De tegenstanders hebben er juist op gewezen dat het causa-vereiste in de code-stelsels steeds meer aan belang inboet, terwijl in moderne codes het vereiste niet meer voorkomt. In *Volume IA*, § 196, geeft schr. met amerikaanse openhartigheid ervan blijk geen kaas gegeten te hebben van het causa-begrip, en nog minder van de op het continent geldende rechtsstelsels.

79. Vgl. boven, no. 5.



de term 'consideration' op zijn plaats is.<sup>80</sup> In de *Restatement Second* van 1964 ondergaat de consideration-leer enige wijziging, zij het niet ten principale. Nog enkele opmerkingen daarover. De aangebrachte wijziging komt neer op een accentueren van het al eerder gemaakte onderscheid tussen contracten waarvoor consideration vereist is, en die waarbij dat vereiste niet gesteld wordt, vgl. de beschreven §§ 19 en 75 waar het begrip 'bargain' centraal staat. De laatste categorie wordt belangrijk uitgebreid. Nieuw zijn §§ 89A (promise for benefit received), 89B (firm offer), 89C (guaranty) en 89D (modification of executory contract), terwijl de oude, baanbrekende § 90 (promise reasonably inducing action or forbearance) gewijzigd wordt, in die zin dat ook de 'beneficiary' eronder valt, en dat ook verbindendheid voor een gedeelte aangenomen kan worden.<sup>81</sup> De nieuwe artikelen zijn alle variaties op het thema van § 90, het 'injurious reliance'-beginsel, ook wel in termen van 'reasonable expectations' omschreven (vgl. met name de tekst van §§ 89B, 89D). Door deze uitbouw van de 'reliance'-categorie krijgt deze steeds minder het stempel van uitzondering op de regel. Leitmotiv is steeds weer, dat men in vertrouwen op verklaringen of gedragingen van de ander daadwerkelijk *gehandeld* heeft (in de vorm van een doen of nalaten), tot eigen schade.<sup>82</sup> Bij het bieden van de mogelijkheid om de schade te verhalen op die ander, speelt het beginsel van tenietdoen van ongegronde verrijking een grote rol, vgl. § 76 *comment b*, en de tekst van § 89A (2a). Terecht is derhalve de benaming 'injurious reliance': men moet er – al vertrouwend – slechter op geworden zijn.

Indien men zich afvraagt, wat de positie is van degenen die weliswaar vertrouwt op de houding van zijn wederpartij, maar nog niet tot handelen overging, dan raakt men de kern van het consideration-begrip, en daarmee van

80. p. 494, vgl. ook § 109. Vandaar schr.'s bezwaar tegen Holdsworth, wiens verwerping van de consideration z.i. berust op een veel te statisch gedacht leerstuk, hetgeen in strijd zou zijn met de visie die Holdsworth i.h.a. over de dynamische ontwikkeling van het recht heeft. M.i. verliest Corbin hier uit het oog, dat diezelfde dynamiek ook kan meebrengen dat men een leerstuk dat tot 'something of an anachronism' verworpen is, beter geheel kan verlaten om ruim baan te laten aan de heersende rechtsovertuiging. Aan alle aanpassing kan een eind komen. Vgl. ook Ashley: 'Technical requirements, such as the accidental and unnecessary doctrine of consideration are likely to disappear, bringing the law in accord with the modern sense of justice'. De bestrijding van dat laatste door Corbin, p. 497, nt. 7, gaat weer mank aan een gebrek aan kennis van de geloofsbrieven van zijn opponenten, vgl. boven. Elders (Vol. 1 A, § 204, nt. 47) werpt schr. aan Justice Cardozo hetzelfde voor de voeten als hij bij Holdsworth deed. Cardozo had in 1927 o.a. overwogen: 'The half truths of one generation tend at times to perpetuate themselves in the law as the whole truths of another, when constant repetition brings it about that qualifications, taken once for granted, are disregarded or forgotten. The doctrine of consideration has not escaped the common lot', waarop een uitspraak van Justice Holmes aangehaald wordt. Corbin werpt hem tegen, dat de consideration-leer nooit enige 'ancient rigor' gehad heeft.

81. Dat laatste door toevoeging van een tweede zin: 'The remedy granted for breach may be limited as justice requires'. Vgl. voor de tekst van de oude § 90, boven, no. 7.

82. Bij Corbin, 1A, § 200, vindt men beschreven wat hieronder verstaan wordt: het handelen moet een 'substantial change of position' van de promisee opgeleverd hebben, terwijl dat handelen door de promisor voorzien werd of had behoren te worden ('reasonable person', etc.).

de bargain-conceptie. Het onbevredigende van die constructie komt dan in alle scherpste naar voren. De *Restatement-Second* blijft bij de oorspronkelijke conceptie, waarbij consideration het 'element of exchange', de wederkerigheid van de transactie inhoudt<sup>83</sup> (náást een ander essentieel element van de bargain, *agreement*, vgl. § 76 *comment a*). Voor de hier bedoelde situatie geeft de toelichting op § 77 uitsluitel<sup>84</sup>, die betrekking heeft op 'the wholly executory exchange in which a promise is exchanged for a promise'. Men leest daar:

'In such a case the element of unjust enrichment is not present; the element of reliance, if present at all, is less tangible and direct than in the case of the half-completed exchange. *The promise is enforced by virtue of the fact of bargain, without more. Since the principle that bargains are binding is widely understood and is reinforced in many situations by custom and convention*, the fact of bargain also tends to satisfy the cautionary and channeling functions of form. Compare Comments *b* and *c* to § 76' (mijn curs.).

Even verder heet het: 'The principle of this Section is that, in determining whether there is consideration, *a man's word is as good as his deed but no better* (mijn curs.<sup>85</sup>). Daar moet degen die geïnteresseerd is in de grondslag van de gebondenheid in kwestie, het mee doen.<sup>86</sup> Doordat de ontwerpers met deze povere argumentatie genoegen nemen, en niet ten einde denken waaróp die gebondenheid dan in juridisch-methodische zin berust, ontgaat hen de nauwe relatie die tussen de onderhavige situatie en die van de reliance-kategorie bestaat. Ook hier kan men de wederpartij aan zijn woord houden, niet op grond van de doodoener dat het hier nu eenmaal een bargain betreft, en iedereen dat altijd zo begrepen heeft<sup>87</sup> of omdat het gegeven woord

83. Vgl. § 75, in zijn nieuwe redactie:

§ 75. Requirement of Exchange; Types of Exchange.

- 1) To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for.
- 2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.
- 3)... 4)... In dit ontwerp spreekt men niet langer van 'sufficient consideration' maar kortweg van 'consideration'.

84. § 77. Exchange of Promise for Promise. Except as stated in §§ 78 and 79, a promise which is bargained for is consideration if, but only if, the promised performance would be consideration.

85. Vgl. ook de engelse pendant van deze zegswijze, met instemming aangehaald door Goodhart, p. 105: 'An Englishman's word is as good as his bond'. Schr. deinst er overigens niet voor terug, de meest onbillijke gevolgen uit dit beginsel te laten voortvloeien. 86. Het is in elk geval meer dan de toelichting op § 77 (oud) biedt, daar ontbreekt elke weergave van een methodische achtergrond.

87. Iets meer licht in dit opzicht geeft *comment b* van § 76, waarnaar verwezen werd. Daar wordt opgemerkt: 'Bargains are widely believed to be beneficial to the community in the provision of opportunities for freedom of individual action and exercise of judgment and as a means by which productive energy and product are apportioned in the economy. *The enforcement of bargains rests in part on the common belief that enforcement enhances that utility*' (mijn curs.). Als de ratio van de verbindendheid van de 'bargain' zoals gesteld in *part* op de aangegeven grond berust, wordt de nieuwsgierigheid wel geprikkeld naar de overige grondslagen.

nu eenmaal bindt – hetgeen steeds weer ‘begging the question’ is – maar juist omdat hier van *reasonable expectations* sprake is, die bescherming rechtvaardigen,<sup>88</sup> niet anders dan in de *Restatement* al gebeurde indien men in *reliance* tot een handelen gekomen is, waardoor men geschaad wordt.<sup>89</sup> Het hele probleem is – hetgeen mijns inziens de blinde vlek van de ontwerpers verklaart – dat, indien men aldus doordenkt en de bedoelde relatie onderkent, men het consideration-vereiste wel kan schrappen. Iets waar zoals wij zagen Corbin – naar het schijnt de grote inspiratiebron van het chapter over consideration – ook al niet voor voelde.

De nauwe samenhang tussen de figuur van de bindende kracht van de belofte op grond van daardoor gewekte ‘reasonable expectations’, en die van de ‘injurious reliance doctrine’, wordt eens te meer duidelijk, indien men zich realiseert hoe het begrip *agreement* in de Amerikaanse doctrine opgevat wordt, ook in de *Restatement Second*. Hieronder verstaat men immers de ‘manifestation of mutual assent’, hetgeen zoals beschreven neerkomt op een normatieve uitleg van de gedragingen van partijen bij het aangaan van een overeenkomst.<sup>90</sup> Het heeft er alle schijn van, dat de ontwerpers het ‘main underlying purpose’ van het contractenrecht uit het oog verloren hebben, dat door Corbin zo juist werd aangegeven als ‘the realization of reasonable expectations’. Daarmee werd – ook door Corbin zelf – de daaraan toegevoegde raadgeving in de wind geslagen: ‘it is believed that an understanding of many of the existing rules and a determination of their effectiveness require a lively consciousness of this underlying purpose’.<sup>91</sup>

Het valt buiten het bestek om hier mijn kritiek op de Amerikaanse consi-

88. De motivering die bijv. Pound daarvoor geeft, komt in grote trekken overeen met de in de vorige noot aangehaalde beschouwing, vgl. boven, nos. 8, 10.

89. Hier wreekt zich het feit, dat de oorspronkelijke opzet om naast de *Restatement* een begeleitend werk te doen verschijnen, opgegeven werd, vgl. het voorwoord in *Tentative Draft 1* (1964). Gaat men te rade bij de schepper van de *Restatement on Contracts*, Williston, dan wordt men, zoals boven bleek, niet erg veel wijzer. Wel valt op, dat schr. daar spreekt van ‘*liability on promises*’ (vgl. boven), waaruit de onrechtmatige daadssleutel (‘tort’) blijkt, waarin de problematiek door hem gezet wordt. In die gedachtengang ligt voor de hand, dat slechts bij *injury* sprake kan zijn van een schadevergoeding op basis van ‘tort’. Deze zienswijze gaat overigens terug tot de wortels van het oude Engelse recht; delictsakties werden gaandeweg omgebogen tot contractuele akties. Vgl. ook Pound, *Promise or Bargain?* p. 459; Corbin 1A, § 195. Een beschrijving van de achtergrond van de reliance-doctrine van § 90 *Rest.* kan men overigens wel bij de laatst aangehaalde schr. vinden, 1A, §§ 193-196. Daaruit blijkt dat de ontwerpers zich met name door Justice Holmes hebben laten leiden. Ook de toepassing van § 90 in de courts vindt men daar beschreven, alsook in de §§ 196-209.

90. Vgl. de boven, no. 4, besproken §§ 3, 19, 20 v., 55. Daarmee komt het bezwaar van Williston te vervallen, dat er geen ‘weight of authority’ is voor de hier verdedigde visie. Opmerkelijk is intussen dat Corbin 1A, § 200, p. 218, wanneer hij erop wijst dat het voorzien van het handelen van de promisee door de promisor (o.g.v. het door de laatste gewekte vertrouwen) gelijkgesteld moet worden met het voorzien van een ‘reasonable person’, daarbij verwijst naar de analoge situatie bij de ‘interpretation of agreements’. Jammer dat het echter daarbij blijft.

91. Corbin, § 1. Vgl. ook §§ 9, 112. In dezelfde zin Williston I, § 20, p. 37, § 22, p. 48. Zoals gemeld werd deze grondslag van het contractenrecht al in 1919 door Pound verdedigd.

deration-leer, zoals die in de *Restatement Second* nieuwe vorm heeft gekregen, nader uit te werken. Samenvattend kan men stellen dat de ontwerpers van de *Restatement* in beide versies zich verantwoordelijk voelen voor het beheer van de historische nalatenschap van het Amerikaanse recht, bestaande uit het consideration-begrip en de 'injurious reliance doctrine', opgevat als uitwerking van de 'tort'. Naar mijn mening is die boedel onderhand rijp voor scheiding en deling.

**c. De invloed van de continentale wilsleer op het engelse en Amerikaanse recht**

*11. De invloed van Pothier en Von Savigny op het engelse en Amerikaanse recht*

Zoals beschreven wordt het engelse recht gekenmerkt door een normatieve uitleg van de partijbedoeling, en daarmee van de rechtshandeling. Het consensusbeginsel dat in de vorige eeuw op het continent alom gangbaar was, onder invloed van de toen aangehangen wilsleer, heeft in het engelse recht vanwege die traditionele benadering van het individu in rechte, nooit wortel kunnen schieten. Tot slot wil ik evenwel nog een paar opmerkingen maken over de invloed van de continentale wilsleer op het engelse en Amerikaanse recht in de negentiende eeuw.

Al in de eerste helft van de vorige eeuw had de vertaling van Pothiers *Traité des Obligations* groot gezag, zowel in de courts als bij de schrijvers.<sup>92</sup> Ten aanzien van de dwaling in de persoon werd Pothier zelfs in deze eeuw nog herhaaldelijk geciteerd.<sup>93</sup> Aldus heeft Pothiers visie op de grondslag van de overeenkomst, nl. de consensus van partijen, zijn invloed op het engelse recht gehad.<sup>94</sup>

Niet veel later kreeg een andere even illustere aanhanger van de op het continent gangbare wilsleer een warm onthaal in Engeland: Von Savigny. Zijn invloed was voornamelijk te danken aan schrijvers uit academische

92. Cheshire, p. 20, wijst erop dat Best, J., in 1822 verklaarde dat Pothiers werk — dat in 1806 vertaald was — een gezag heeft 'the highest that can be had, next to a decision of a court of justice in this country', terwijl het in 1835 'strenuously recommended' werd in een studieboek. Blackburn besteedde in zijn boek over *Sale* uitvoerig aandacht aan Pothiers denkbeelden (1845).

93. Vgl. de arresten vermeld bij Anson, p. 281, nt. 1; het oudste stamt uit 1878, het laatste uit 1940, *Sowler v. Potter*. Anson merkt n.a.v. Pothiers systeem en dat van het engelse recht op, dat beide systemen het onderhavige onderwerp 'from an entirely different standpoint' beschouwen, p. 281, nt. 2 in fine.

94. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat ook een invloedrijk schrijver als Leake (*Law of Contract*, 1857) door Pothier beïnvloed werd; ook Leake ziet de *agreement* als het kenmerk van de overeenkomst, vgl. Jackson, t.a.p., p. 532 v.

kringen, Pollock<sup>95</sup> en Anson<sup>96</sup>, die in de zeventiger jaren de grondslag legden voor hun snel vermaard geworden handboeken. Het hoeft dan ook geen verwondering te wekken dat tegen het eind van de negentiende eeuw de consensusgedachte regelmatig opduikt in de rechtspraak.<sup>97</sup> Tegelijk met deze stroming ontwikkelde zich een veel krachtiger tegenstroming in de engelse rechtspraak, die uiteindelijk zou zegevieren, de normatieve uitleg van de partijbedoeling. Het daarbij gehanteerde middel van de 'reasonable man' kan vergeleken worden met de omstreeks in dezelfde tijd op het continent gepropageerde 'Durchschnittsmensch', of 'Musterpartei'.<sup>98</sup>

Ook op het amerikaans contractenrecht heeft de continentale wilsleer zijn invloed gehad. Roscoe Pound verhaalt<sup>99</sup> dat hij in 1889 als student Pothiers *Traité des Obligations* las, en dat hem geadviseerd werd om liever Von Savigny's *Obligationenrecht* te lezen. Hetgeen het rechtsdenken van die tijd goed weergeeft. Ook in de handboeken die tot 1910 gangbaar waren werd van de wilsleer uitgegaan.<sup>100</sup> Het valt dan ook niet te verwonderen dat nog ver in deze eeuw uit die leer afkomstige begrippen regelmatig in de rechtspraak opduiken zoals de term 'meeting of the minds'.<sup>101</sup> Doch zoals beschre-

95. De 1e druk van Pollocks *Principles of Contract* verscheen in 1876, en werd opgedragen aan Lord Lindley, die schr. had geleerd 'to turn from the formless confusion of text-books and the dry bones of students' manuals to the immortal work of Savigny'. Sinds de 3e druk (1881) wordt in de bijlagen een samenvatting gegeven van Von Savigny's visie op de overeenkomst ('Vereinigung Meherer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung', etc.), 13e druk, p. 553. Op de titelpagina van het werk prijkt nog steeds een uitspraak van dezelfde schrijver.

96. Ansons *Law of Contract* verscheen in 1e druk in 1879. Schr. merkt daarin op: 'We may regard contract as a combination of the two ideas of agreement and obligation. Savigny's analysis of these two legal conceptions may with advantage be considered here with reference to the rules of English law'. Als resultaat daarvan wordt 'agreement' gezien als 'necessarily the outcome of consenting minds' (ontleend aan Cheshire, p. 21). Opmerkelijk is de knieval die in de 2e druk (1882) voor de praktijk gemaakt wordt: 'While the consensus ad idem of Agreement is the ideal basis of contract, the Court will assume its existence as a necessary sequence of overt acts of the parties. Their minds must need be out of reach of a Court of law, but where they exhibit all the phenomena of agreement the existence of agreement will be taken for granted' (p. 13). Een zienswijze — niet meer opgenomen in volgende drukken — die overigens gelijk is aan het tegenwoordig door Cheshire ingenomen standpunt, vgl. boven.

97. Vgl. *Henkel v. Pape*, L.R. 6 Ex. 7 (1870); Lord Bramwell in *British and American Telegraph Co. v. Colson* (1871), L.R. 6 Exch. 108; *Tinn v. Hoffmann & Co.* (1873), 29 L.T. 271; *Cundy v. Lindsay* (1878), 3 App. Cas. 459, vgl. Lord Cairns; Thesinger, L.J., in *Household Fire and Carriage Accident Ins. Co. v. Grant* (1879), 4 Ex. D. 216; Kekewich, J. in *Foster v. Wheeler* (1887), 36 Ch. D. 695.

98. Vgl. o.a. R. Leonhard en G. Hartmann, besproken door Drucker in *RM* 1884, p. 238 v. Vgl. boven, § 6, no. 6.

99. In: *The Role of the Will in Law*, 68 *Harv. Law Rev.* (1954/55), p. 4 v.

100. Pound noemt *Parsons on Contracts*, en de engelse en amerikaanse edities van Ansons *Law of Contract*.

101. Kessler and Fine, t.a.p., merken op dat deze constructie in de twintiger jaren wel gehanteerd werd om een debiteur te hulp te schieten en hem niet contractueel gebonden te achten, bijv. indien een tegenpartij toehapt op een aanbod dat te mooi is om waar te zijn. Een soortgelijke toepassing signaleert Corbin bij onereuze standaardcontracten, vgl. § 107 (terloops).

ven werd in de dertiger jaren de consensusleer met het verschijnen van de *Restatement* een antiquiteit, die voor de 'injurious reliance'-gedachte had moeten plaatsmaken.

Een kenmerkende reactie van de tegenwoordige amerikaanse jurist op de consensusgedachte is die van Radin, in de aanhef van zijn artikel *Contract, Obligation and the Human Will*<sup>102</sup>: 'A number of years ago, an ingenious legal mythologist invented the expression "meeting of the minds". It made a profound impression on hard-headed practical lawyers, although it was slightly ludicrous if the imagery was carried out in detail'. Aan Williston wordt vervolgens toegeschreven, voor de afrekening met dit begrip zorg gedragen te hebben.

Op welke wijze de wilsleer in het amerikaanse recht op tal van terreinen van invloed was, en op welke wijze men in toenemende mate remedies op de ondragelijke consequenties van die leer ontwikkelde, die men op het risikobeginsel van 'reasonable expectations' baseerde, vindt men uiteengezet in het zoëven genoemde artikel van Pound.

## 12. De wilsleer in het engelse recht: het leerstuk van de 'mistake'. Bestrijding van de opvatting van Blok

Om terug te keren naar het engelse recht, de enig blijvende invloed van de wilsleer op het engelse recht is het leerstuk van de mistake<sup>103</sup> geweest, zoals dit naar common law vorm kreeg (de ontwikkeling in equity is een ander chapiter, vgl. onder). Een grote rol heeft naar het mij voorkomt Pollock hierbij gespeeld. Niet alleen heeft het begrip agreement in zijn systeem<sup>104</sup> — ook nog in de laatste druk — een duidelijke functie,<sup>105</sup> ook bij de behandeling van de mistake, in het licht van de stelling '*the consent must be true, full*

102. 43 *Col. Law Rev.*, p. 575.

103. C. Grunfeld noemt de common law of fundamental mistake 'the sole major survivor of the will theory of contract', 24 *Modern Law Rev.*, p. 83 (1961); vgl. Anson, p. 254, en ook nog Cheshire, p. 195, nt. 1.

104. Pollock omschrijft *agreement* als 'an act in the law whereby two or more persons declare their consent as to any act or thing to be done or forborne by some or one of those persons for the use of the others or other of them', p. 2. Als het meest essentiële element van de agreement ziet schr. 'the consent of the parties'. De strekking van de agreement is het scheppen van een 'obligation', waarvan de 'contents are wholly determined by the will of the parties', d.w.z. een wil die d.m.v. de 'proper rules of interpretation' vastgesteld moet worden, en daarmee komt de 'reasonable man' om de hoek kijken, p. 4. 'Mental acts or acts of the will — zo haalt schr. Langdell aan — are not the materials out of which promises are made'. Met uitzondering van het laatste, toont de opzet van het overige sterke gelijkenis met de visie van Von Savigny, zoals ook in de appendices uiteengezet, p. 553.

105. Een andere schrijver die een grote plaats inruimt voor het begrip agreement is Salmond. Vgl. Salmond and Winfield, *Principles of the Law of Contracts*, 1927, pp. 1. v., 18 v.

#### IV. RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

*and free*' (p. 364) toont hij zich een waardig aanhanger van de door hem zo bewonderde Von Savigny.<sup>106</sup>

Doch ook op het terrein van de *mistake* blijkt gezien de recente rechtsontwikkelingen, de invloed van de wilsleer niet duurzaam te zijn geweest. De recente ontwikkeling die de 'common mistake' (gemeenschappelijke dwaling) in equity doormaakt, heeft weinig of niets uitstaande met het traditionele common law leerstuk op dat gebied. De opmerkingen die ik hierover nog zou willen maken, laten zich goed afzetten tegen de beschouwing van N. Blok in het *NJB* van 1968.<sup>107,108</sup>

Blok reageert in zijn bijdrage op mijn eerder in hetzelfde blad gemaakte opmerking, dat in de figuur van de *mistake* de continentale dwalingsgedachte als produkt van de in de vorige eeuw gangbare wilsleer opgenomen werd, naast de veel oudere, aan engelse bodem ontsproten figuur van *misrepresentation*. Daarop stelde ik: 'Bleef de *mistake* een *zorgenkind*, dat in het engels recht geen dominerende rol zou gaan spelen, de laatste figuur bleef het dwalingsterrein beheersen'. (*De Misrepresentation Act 1966* (lees 1967): *In Engeland is het goed dwalen*, *NJB* 1967, p. 974). Blok is het hier niet mee eens. Zijns inziens is de *mistake* 'mogelijk wel iets verschuldigd aan het continentaal-europese recht', p. 301.

Ter adstructie van mijn afwijkend standpunt volsta ik met naar het zoëven gevoerde betoog te verwijzen. Trouwens ook Bloks voorganger in Leiden – en mijn leermeester – De Grooth, was de hier verdedigde visie toegedaan. Van meer belang is het echter om aandacht te schenken aan de strekking van Bloks betoog, nl. dat wij hier niet met een 'zorgenkind' maar met een 'krasse grijsaard' te maken hebben. Een conclusie die ik niet kan delen.

Schr. geeft toe dat sinds *Bell v. Lever Bros, Ltd.*, (1932) A.C. 161, er geen neiging bestaat tot ruime toepassing van de dwalingsgedachte. Daartegenover stelt Blok – nog steeds wat de common law aangaat – de dwaling m.b.t. het nog bestaan van het contractsobject (*res extincta*), die omtrent de titel, d.w.z. koop van eigen zaak (*res sua*), en de dwaling in de persoon. Nu heeft de laatste materie, zo geeft schr. toe, aanleiding gegeven tot 'wat irreële onderscheidingen' – waaraan schr. lakoniek toevoegt: 'welk gebied van het recht doet dat niet op zijn tijd' – dit neemt z.i. niet weg dat wij hier met 'een intens levend gedeelte van de common law' te maken hebben, getuige het recente arrest *Ingram v. Little*, (1960) 3 All E.R. 332.

Mijn bezwaar tegen Bloks repliek is deze, dat ik niet gesteld heb dat naar common law *mistake* een *dood* leerstuk zou zijn, maar een *zorgenkind* (de beeldspraak 'kind' slaat op het feit dat de *misrepresentation*-figuur van veel oudere datum is). En juist over de zorgen die de *mistake* het recht baart, zwijgt Blok in alle talen. Sterker nog, hij hanteert de *Ingram v. Little*-uitspraak slechts om het rechtsgevolg van *mistake* te demonstreren: het contract is 'void ab initio', derde-verkrijgers te goeder trouw (vgl. ons art. 2014 BW) worden in het engelse recht niet beschermd. Dat laatste wordt nu algemeen als een van de grootste onbillijkheden van de *mistake*-regeling gevoeld, en is juist de reden waarom de courts, daarin gesteund

106. Vgl. ook Rothoef, p. 150, nt. 10, die opmerkt dat Pollock in zijn 5e druk (1889) Von Savigny's dwalingsleer volgt zonder acht te slaan op het feit dat die op de wilsleer steunt, een leer die in het engelse recht niet past.

107. *De Misrepresentation Act 1967*, *NJB* 1968, p. 300 v.

108. Vgl. voor de betekenis van de wilsleer in de common law verder nog het al genoemde artikel van Roscoe Pound, *The Role of the Will in Law*, en Williston, *Freedom of Contract*, 6 *Cornell L.Q.* 365 v. (1921).

door de schrijvers, deze figuur links laten liggen, vgl. Anson, p. 254 v.; Cheshire, p. 194; Chitty p. 90.

Een andere kwestie die Blok onvermeld laat, is dat de *Bell v. Lever Bros, Ltd.*-zaak ook tot andere interpretaties aanleiding heeft gegeven dan die welke hij noemt (enge uitleg van mistake). Slade, 70 *Law Quart. Rev.* 385 (1954) heeft verdedigd dat in het engelse recht geen leerstuk van mistake bestaat, die het contract ab initio nietig maakt. Deze zienswijze wordt door Cheshire overgenomen, met de toevoeging, dat voor de erkenning van de figuren van res extincta en res sua geen afzonderlijk dwalingsleerstuk nodig is. In de laatste gevallen is nietigheid niet aan dwaling te wijten, maar aan 'the absence of a res. The agreement is void of all content', p. 204. Zijn conclusie luidt: 'The common law recognizes no doctrine of mistake as such', vgl. ook pp. 196, 199. Alleen dit overlijdensbericht van de mistake zou de term 'zorgenkind' al rechtvaardigen.

Ook de situatie rond dwaling in de persoon, die door tegenstrijdigheden en onduidelijkheden gekenmerkt wordt – waar Blok luchtig overheen stapt – kan als 'zorgelijk' aangeduid worden. Cheshire merkt op, na een vergeefse poging *Ingram v. Little* met een ander standaard-arrest in overeenstemming te brengen: 'Whether, and upon what lines, the cases are to be reconciled must await further litigation', p. 219.

In equity liggen de zaken anders. Blok noemt het beroemde geval van *Solle v. Butcher* (1949), 2 All E.R. 1107, waarin Denning zo'n grote rol speelde, een uitspraak die de ontwikkeling van dit leerstuk in equity een grote impuls heeft gegeven. Nu was altijd de rechter in equity slechts bereid een contract onder dwaling aangegaan *voidable* te verklaren, en niet '*void ab initio*'. De 'relief' die de rechter steeds bereid was te geven kon bestaan in de toepassing van drie 'remedies', te weten: 'refusal of specific performance' (verwerping van de aktie tot nakoming), 'rectification of a written contract' en 'rescission' (ontbinding). De *Solle v. Butcher*-uitspraak vormde het sluitstuk van een ontwikkeling die in de vorige eeuw al aanving (vgl. o.a. *Cooper v. Phibbs* (1867)), en vestigde de leer t.a.v. mistake in equity, dat – in de woorden van Anson, p. 294 – 'The Court has a discretionary jurisdiction to grant such relief and upon such terms as in the circumstances of the case may seem just'. Het voert te ver om hier aan te geven wat de 'terms' kunnen zijn die de rechter dan oplegt. Deze figuur vertoont sterke gelijkenis met de voor ons recht wel bepleite conversie (zo men wil: novatie) door de rechter in geval van veranderde omstandigheden, hetgeen meestal niet anders is dan een geval van gemeenschappelijke dwaling.

Beziet men deze ontwikkeling in equity, dan kan men zich afvragen of de gebrekkige consensus van partijen nog wel de ratio vormt voor het ingrijpen van de rechter, en niet veeleer de *billijkheid*. Steeds (vgl. de aangehaalde rechtspraak) is er een situatie tussen partijen ontstaan die gebaseerd werd op een gemeenschappelijk onjuist uitgangspunt bij het contracteren (vgl. de duitse 'Geschäftsgrundlage'-theorie, waarover boven, III, § 3, no. 12), de billijkheid eist dan dat die contractssituatie aangepast wordt aan de werkelijkheid. Bij de *eenzijdige* dwaling (unilateral mistake) laat dezelfde vraag zich met nog meer recht stellen.

Voor de gedachte dat het dienen van de billijkheid de ratio voor het rechterlijk ingrijpen is, kan men een beroep doen op de uitspraak van Denning in *Solle v. Butcher*. Bij de bespreking van de *rescission* in geval van eenzijdige dwaling haalt hij James, L.J., aan in *Torrance v. Bolton* (1872), die als grond voor ontbinding aangeeft de situatie dat 'it is unconscientious for a person to avail himself of the legal advantage which he has obtained'. Dit wordt door Denning voor het huidige recht als volgt uitgewerkt: 'It is now clear that a contract will be set aside if the mistake of the one party has been induced by a material misrepresentation of the other, even though it was not fraudulent or fundamental; or if one party, knowing that the other is mistaken about the terms of an offer, or the identity of the person by whom it is



#### IV. RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

made, lets him remain under his delusion and concludes a contract on the mistaken terms instead of pointing out the mistake...'.<sup>109</sup>

Voor het slagen van een beroep op common mistake zo stelt Denning even verder, moet men niet zelf 'at fault' zijn. Men herkent hierin het kenbaarheidsvereiste, de spreekplicht en, wat het laatste betreft, de onderzoekplicht, uit ons recht.

Ook de oneigenlijke dwaling, 'mutual mistake', staat niet in het teken van het gebrekkig zijn van de consensus. Op normatieve wijze (vgl. boven) wordt 'the sense of the promise' (Austin) vastgesteld, en dan kan het beroep van een der partijen op het feit dat hij zelf het contract anders heeft opgevat, hem niet baten, vgl. o.a. *Tamplin v. James* (1880), 15 Ch. D. 215, en verder Cheshire, pp. 211 v., 221 v.

De ontwikkeling van mistake in equity heeft derhalve bij nadere beschouwing weinig gemeen met de common law doctrine zoals die in de negentiende eeuw in navolging van de continentale rechtsstelsels ontwikkeld werd. Van het uitgangspunt: 'the consent must be true, full, and free' (Pollock) is weinig heel gebleven. Een beeld dat overigens weinig verschilt met dat van onze rechtspraak op dit punt (vgl. daaromtrent boven, III, § 5, no. 5 v.).

Om terug te keren naar Bloks beschouwing: zijn conclusie dat de dwaling in het engelse recht 'een zelfstandig bestaan' voert naast de misrepresentation (door mij trouwens nooit ontkend), kan ik onderschrijven. Onder *zelfstandig* versta ik dan wèl: 'niets meer uitstaande hebbend met de oorspronkelijke dwalingsfiguur'. Maar ik ben bang dat Blok, gezien zijn verdediging van het leerstuk van common mistake naar common law, en zijn beeldspraak van een 'krasse grijsaard', mij daarin niet zal kunnen volgen.

#### § 2. DE GRONDSLAG VAN DE OVEREENKOMST IN HET DUITSE, HET ZWITSERSE EN HET SKANDINAVISCH RECHT

##### a. De bestrijding van de consensusleer in de duitse doctrine. De fenomenologische en rechtssociologische benaderingen van de overeenkomstfiguur

###### 1. Inleiding

Het consensusbeginsel als grondslag van de overeenkomst is, evenals de daarmee verbonden wilsleer, in de duitse doctrine nog hecht verankerd.<sup>109</sup> De bestrijding daarvan dient men, zoals ook in ons recht het geval is, in de literatuur van de vorige eeuw te zoeken. Het verzet tegen de wilsleer in de duitse doctrine kwam hierboven reeds ter sprake (vgl. III, § 6, no. 5 v.). Hier wordt slechts een aanvulling op de daar gevoerde beschouwingen gegeven, waar het de consensusgedachte betreft. Allereerst wordt die stroming besproken waarin men, zonder het wilsdogma aan te tasten, in het germaanse recht, met name in de figuur van het *Versprechen*, de grondslag van de

109. Vgl. Enneccerus-Nipperdey, *Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15e dr., 1960, p. 1003 v.; H. Lehmann, *Allg. Teil des BGB*, 12e dr., 1960, p. 230. Vgl. voor de overige literatuur nog onder, en verder D. Bailas, *Das Problem der Vertragsschliessung und der Vertragsbegründende Akt*, 1962, p. 6 v., alwaar ook een samenvatting van de doctrine gegeven wordt.

overeenkomst zoekt (no. 2). Hieraan is de naam van Siegel verbonden. Vervolgens komt de revolutionaire opvatting van Schlossmann aan de orde (no. 3 v.), welke berust op een casuïstische methode van rechtsvinding, met verwerping van alle (wils-)dogmatiek. In de literatuur van deze eeuw zijn verschillende stromingen te onderkennen, die weliswaar het wilsdogma intact laten, doch aan de consensusgedachte, of aan de overeenkomstfiguur op zich, een nieuwe inhoud geven. Hier valt een fenomenologische stroming te onderkennen, met Reinach als inspirator (no. 5 v.) en daarnaast een meer rechtssociologisch georiënteerde richting, de functionele contractstheorie, met Schmidt-Rimpler als voorman (no. 7 v.). Beide laatste stromingen hebben het gezicht van het moderne duitse privaatrecht bepaald.

Een beschrijving van deze ontwikkelingen ontbreekt in de nederlandse literatuur, hetgeen bij mijn weten ook voor de duitstalige literatuur geldt.

## 2. De germaansrechtelijke visie van Siegel c.s. 'Das Versprechen' als grondslag van de overeenkomst

In de tweede helft van de vorige eeuw hebben verschillende schrijvers met betrekking tot de overeenkomst een scheiding aangebracht tussen het romeinse recht en het germaanse recht der voorvaderen. Van hen is H. Siegel het meest bekend geworden, vooral ook buiten zijn eigen land. In ons land heeft hij invloed gehad op de aanhangers van de leer van het vertrouwen<sup>110</sup>, terwijl in Frankrijk zelfs van een school gesproken kan worden die zich op zijn ideeën baseerde (vgl. onder, § 3, no. 1). Siegel stond echter geenszins alleen in zijn opvatting, en evenmin kan hem de primeur daarvoor worden toegekend. Bij mijn weten heeft C. A. Schmidt<sup>111</sup> als eerste het bedoelde onderscheid ontwikkelt. Daarbij gaat hij ervan uit, dat in het romeinse recht 'Der Wille und die Stärke des Fördernden' de grondslag voor de obligatio vormt, terwijl dit naar germaans recht *das Versprechen* zou zijn.<sup>112</sup> Hierin werd schr. gevolgd door Beseler.<sup>113</sup> Het terzijde schuiven van de wil vindt

110. O.a. Levy en Modderman beriepen zich in de tachtiger jaren op Siegel, vgl. boven, III, § 6, no. 2, in fine.

111. *Der principiële Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte*, I (1853), p. 251 v.

112. 'Der Rechtsgrund der Obligation ist das Versprechen des Promittenten, das dem gemäss auch Inhalt und Umfang der Obligation bestimmt, — der Schuldner muss erfüllen, weil er es versprochen hat und was er versprochen hat; — und wenn auch in der Regel, um ein festes Rechtsverhältniss unter den Paciscenten zu erzeugen, eine Acceptation des Versprechens von Seite des Promissars erforderlich ist, so bleibt doch das Versprechen des Schuldners immer die Basis des ganzen Verhältnisses und zwar so sehr, dass jene Acceptation nicht schlechthin und unter allen Verhältnissen notwendig ist' (t.a.p.; aangehaald bij Siegel, *Das Versprechen*, p. 49, nt. 5). Schmidt werd hierin bijgevalen door Jacobi, *dogm. Jahrb.* IV, p. 283 v.

113. *System des gem. deutschen Privatrechtes* II (1853), p. 284 (2e dr., p. 479). Aangehaald bij Siegel, p. 3 v.

echter geen goed bij de weense hoogleraar Siegel<sup>114</sup> en evenmin bij diens voorloper J. Kuntze.<sup>115</sup> Om ons verder tot de eerste schrijver te beperken, de germaansrechtelijke benadering vanuit het Verspreken wordt door hem als volgt uitgewerkt.

Siegel onderscheidt twee 'Verpflichtungen', die om 'ein Versprechen zu erfüllen', en die om 'ein Versprechen zu halten'. De laatste wordt gezien als een verplichting tot een nalaten: 'nicht zurückzunehmen das gegebene, nicht zu widerrufen das gesprochene, nicht zu durchstreichen das geschriebene, nicht zu brechen das gestabte Wort, und zwar mit der Wirkung, dass ein Zuwiderhandeln rechtlich bedeutungslos ist', p. 21 Een dergelijke verplichting kan tegenover een bepaald persoon bestaan, of ten aanzien van een aantal niet geïndividualiseerde personen. 'Sie ist überall da vorhanden, wo *das Recht* eine Erklärung im Sinne ihres Gebers zu *einer unwiderruflichen stempelt* oder jemand ausdrücklich die Erklärung als eine unwiderrufliche gibt' (p. 22, mijn curs). Voor het positief duitse recht verdedigt schr. de stelling dat 'ein blosses Versprechen' als 'Verpflichtungsgrund' kan gelden, welke stelling in deze vorm gegoten wordt:

Genauer betrachtet schliesst diese Behauptung zwei verschiedene Sätze in sich: den einen Satz nämlich, dass ein blosses Versprechen seinen Geber unter Umständen verpflichte, es zu halten, und den weitern Satz, dass ein blosses Versprechen den, von dem es herrührt, unter gewissen Voraussetzungen auch verpflichte, es zu erfüllen.<sup>116</sup>

Tot de dogma's die Siegel moet omverwerpen bij de verdediging van zijn stelling, behoort het dogma dat slechts een aanvãarde belofte een nakomingsplicht doet ontstaan. De weerlegging daarvan is in verschillend opzicht opmerkelijk. Na gewezen te hebben op de 'Delictsobligationen' die zonder medewerking van de crediteur ontstaan, wijst schr. erop dat de medewerkings-eis bij de rechtshandeling slechts op zijn plaats is in het romeinsrechtelijk denken, waarin de crediteur bij de stipulatio het initiatief neemt. In de duitse opvatting over de overeenkomst is voor deze gedachtengang geen plaats, meent schr., die daarnaast ook stelt dat het hier 'ausschliesslich um die An-

114. *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanistische Studie*, Berlin 1873. Blijkens het voorwoord werd de grondgedachte van dit werk door schr. reeds in 1854 in een door hem gehouden lezing verdedigd.

115. *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, 1857, p. 353. Uitgangspunt van zowel Kuntze als Siegel is, dat in het RR uitgegaan wordt van de positie van de *crediteur*, bij wie het initiatief ligt in juridisch opzicht (stipulatio), terwijl daarentegen in het germaanse recht de *debiteur* centraal staat, met diens 'Gelübde oder Versprechen'. Vgl. Siegel pp. 1 v., 47 v. Schr. wijst er nog op, dat het woord 'Gläubiger' gelijk staat met het 'geloof-hebber' van het 'Geldern' sche Landrecht' (1619), hetgeen als men dit doordenkt, wel ook de wortel zal zijn van ons woord 'crediteur'. Overigens moet Kuntze, als aanhanger van de consensus-gedachte geenszins als medestander van Siegel gezien worden (vgl. Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876, p. 86).

116. p. 46, vgl. ook p. 44, waar de verschillende verschijningsvormen van het Versprechen aangegeven worden, die in het 2e hoofdstuk (§ 7 v.) uitgewerkt worden (o.a. aanbod, bod op een veiling, uitloving).

wending logischer Gesetze' gaat (p. 48). De opstelling van Siegel blijkt echter in het geheel niet strikt logisch van karakter te zijn: de basis voor zijn visie zoekt hij in de *wilsleer*.<sup>117</sup> Dit werd onlangs miskend door de franse auteur A. Rieg<sup>118</sup>, die stelt dat Siegel de 'Erklärungstheorie' zou aanhangen.<sup>119</sup>

Na dit beroep op de 'logica' komt de doelmatigheid van beide zienswijzen bij Siegel ter sprake. Ook in dat opzicht kiest schr. voor de bindende belofte. Het recht kan zijn inziens bepalen dat een toezegging bindt, ook al bleef een aanvaarding achterwege: 'Die Bedürfnisse des Verkehrs sind allein massgebend; aus ihnen nimmt und nach ihnen gestaltet der zeugende Faktor das Recht', p. 52. Het leitmotiv van latere bestrijders van de *wilsleer* treft men hier al in de kiem aan. Een laatste aantekening geldt Siegels opmerking dat de door hem verdedigde zienswijze niet nieuw is, en o.a. reeds door Hugo de Groot verdedigd werd.<sup>120</sup> Een materie die ik, hoe interessant ook, hier moet laten rusten.

### 3. *De revolutionaire visie van Schlossmann. De overeenkomst als 'ein juristisches nichts'?*

In het opzienbarende werk van de hoogleraar in Bonn S. Schlossmann, *Der Vertrag*<sup>121</sup>, wordt de consensusleer eveneens bestreden, doch op een veel rigoreuzere wijze. Anders dan Siegel, hangt voor Schlossmann de verwerping van het consensus-beginsel samen met de verwerping van de *wilsleer*.<sup>122</sup> Het

117. . . . 'So ist bei der gegensätzlichen deutschen Auffassung des Vertrages kein Grund abzusehen, warum *der Wille*, sich zum Schuldner zu machen, für *sich allein* nicht hinreichen sollte zur Hervorbringung dieser Wirkung, falls nur die Voraussetzungen eines Schuldverhältnisses, wozu immer ein Berechtigter gehört, vorhanden sind. Auch in dem Falle eines Vertrages ist das Versprechen ein solches, dass es der freien Initiative seines Gebers entspringt; die Willenserklärung des anderen Theils ist nur eine accessorische und deshalb nothwendig, weil sie der Versprechende selbst verlangt . . . Wurzelt aber das Erforderniss der Annahme ebenfalls *nur im Willen* des Versprechenden, so entfällt jeder Grund, dem bedingungslos gegebenen Versprechen die Wirksamkeit zu versagen' (p. 48 v., mijn curs., vgl. ook p. 45).

118. *Le rôle de la volonté*, p. 429 v. De in de vorige noot aangehaalde passage vindt men overigens ook bij Rieg letterlijk (doch vertaald) aangehaald, p. 428 v. vgl. nog onder, § 3, no. 2.

119. Ook Schlossmann, *Der Vertrag*, p. 88, nt. 1, deelt Siegel bij de aanhangers van de *wilsleer* in.

120. Schr. verwijst (p. 45, nt. 1) naar *De jure belli ac pacis*, II, 11, 14. Vgl. over de opvatting van De Groot verder: M. Diesselhorst, *Die Lehre des Grotius vom Versprechen*, 1959 p. 4., p. 34 v.; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, p. 293 v.; D. Bailas, *Das Problem der Vertragsschliessung und der Vertragsbegründende Akt*, 1962, p. 79 v.; S. Jørgensen, *Die Lehre des Grotius vom Vertrag*, in: *Vertrag und recht*, Kopenhagen 1968, p. 141 v. Wieacker is van mening, dat De Groot in zijn opvatting over de verklaring 'Willensethik und Vertrauensethik' met elkaar weet te verenigen, en aldus vooruitloopt op de Vertrauensethiek van het moderne duitse recht.

121. Leipzig 1876. Vgl. ook *Grünhuts Zeitschr.* VII (1880), p. 543 v. In ons land kregen Schlossmanns ideeën bijval van de utrechtse hoogleraar Naber, vgl. boven, III, § 4, no. 2, p. 274.

122. Vgl. ook boven, III, § 6, no. 5 v., p. 315.

recht der voorvaderen heeft schr. daarbij niet nodig, slechts het romeins recht vormt een voortdurende inspiratiebron. Zijn helder betoog met vaak een wat cynische ondertoon, komt na een eeuw nog als uiterst aktueel op de lezer over. Ik meen er dan ook goed aan te doen ruime aandacht aan zijn visie te geven. Voorzover Schlossmanns opvatting over de overeenkomst niet vergeten werd, vond ik haar doorgaans verminkt in de hedendaagse (buitenlandse) literatuur aan. Bij de bespreking zal gaandeweg duidelijk worden, waarom P. van Bemmelen hem indertijd een 'wildeman' noemde.

Hoofdthema van *Der Vertrag* is, aan te tonen dat het als titel genomen begrip voor het recht 'völlig werthlos' is (p. 7). Daartoe worden het 'Dogma von der bindenden Kraft der Verträge', en vervolgens de 'Consentstheorie' uitvoerig bestreden (pp. 8-80).

Het eerstgenoemde dogma gaat volgens Schlossmann mank aan een petitioprincipii: de aanhangers daarvan (zoals Von Savigny) komen niet verder dan de stelling 'Alle *obligirende* Verträge *obligiren*' (p. 46). De consensusleer schiet volgens schr. in haar uitwerking op talloze punten tekort. Al is de consensus het zwaartepunt van de overeenkomst, men blijkt het niet zonder *verklaring* van die consensus te kunnen doen, zonder een grond daarvoor te kunnen aangeven. Schr. meent dat in dat vereiste het rechtsgevoel en praktijkinzicht doorklinken. Niet anders is dat bij de zgn. 'stilzwijgende wilsverklaring': hier vindt de capitulatie van de heersende leer plaats in de vorm van het hanteren van een fictie.<sup>123</sup> Tot hetzelfde middel moet men zijn toevlucht nemen bij het vereiste van gerichtheid dat aan de wilsverklaring gesteld wordt, hetgeen vooral bij de uitloving speelt (p. 65). Ook zijn de gangbare theorieën over de totstandkoming van overeenkomsten tussen afwezigen (uitings-, vernemings- en ontvangsttheorie) niet met het consensusbegrip in overeenstemming te brengen (doch wel weer met het rechtsgevoel en de eisen van de praktijk). Dit alles brengt Schlossmann tot de slotsom dat de heersende leer aan het consensusbegrip allerlei vereisten toevoegt die dat begrip vreemd zijn, waardoor die leer in een cirkel ronddraait:

'Sie wollte ermitteln, wann ein Vertrag vorhanden ist, um danach zu bestimmen, wann eine Verpflichtung eintritt, und zu dem Zweck lässt sie sich von dem unmittelbaren Rechtsgefühl sagen, unter welchen Voraussetzungen eine Verpflichtung eintritt, und macht diese Voraussetzungen zu Erfordernissen des Vertrages' (p. 71).

Na nog enkele inconsequenties van de consensusleer opgevoerd te hebben, concludeert schr.:

'der Vertrag ist kein in der Jurisprudenz irgendwie verwerthbarer Begriff. Es giebt zahlreiche Thatbestände, welche Verträge sind; dass die aber Verträge sind und heissen, dies giebt uns nicht den mindesten Aufschluss über das juristische Wesen derselben, d.h. über den Grund, warum sie verpflichten' (p. 79 v.).

123. p. 61. Elders stelt schr.: 'Seit Demelius vortrefflichen Ausführungen sollte an die Möglichkeit von Fiktionen durch die Wissenschaft nicht mehr gedacht werden', p. 127.

Toch kunnen deze beschouwingen nog als schermutselingen aangeduid worden, eerst nu wordt de eigenlijke tegenstander aangevallen: *das Dogma von der bindenden Kraft des Willens* (p. 80-140). Een beschouwing van de in de literatuur aangehangen opvatting over de grondslag van de overeenkomst (bijv. Von Savigny: 'der Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganz ungetheilten Willen') brengt Schlossmann tot de uitspraak:

'In allen diesen Äusserungen ist ein dem Verstande fassbarer Gedanke nicht enthalten; wir haben es hier nur mit juristischer Mystik zu thun. An die Zweieinigkeit der Willen kann man nur *glauben*; wissenschaftlicher *Erkenntniss* entzieht sie sich wie alles Mystische..' (p. 87).

#### 4. *Vervolg. Het door Schlossmann geboden alternatief. Kritiek*

Schlossmanns verdere bestrijding van de wilsleer en haar aanhangers laat ik daar. Hier is nog van belang, hetgeen schr. op het gebied van de overeenkomsten als alternatief te bieden heeft. Een onderzoek van het romeins recht(!) brengt Schlossmann tot het volgende inzicht:

'Die obligierende Wirkung des Versprechens und der sog. obligatorischen Verträge hat nicht in dem Willen des Versprechenden ihren Grund. Freilich obligiert meistens nur das Versprechen desjenigen, welcher das Versprechen hat geben wollen; ob er aber auch den Willen hatte, das Versprochene zu thun, oder verpflichtet zu sein, ist völlig gleichgültig.'<sup>124</sup>

Ook bij de uitleg is enkel van belang vast te stellen hoe de wederpartij de verklaring opvatte, en als redelijk persoon mocht opvatten. Uitleg is derhalve in het geheel geen 'Willensinterpretation'.

Voor het verkrijgen van een juist beeld van hetgeen schr. tegenover de wilsleer stelt, dient men zijn algemene rechtsopvatting in het oog te houden. Die komt hierop neer, dat Schlossmann de heersende opvatting inzake het zgn. positieve recht als 'die allzeit gehorsame Dienerin des Gesetzes, die Aufbewahrerin der Gewohnheiten' verwerpt, en uit het doel van de rechtswetenschap, nl. 'der Idee der Gerechtigkeit',<sup>125</sup> afleidt dat het *rechtsgevoel of rechtsbewustzijn* het terrein van de rechtswetenschap vormt. In samenhang hiermee, keert schr. zich tegen een begripsmatige opbouw van een

124. p. 99. Schr. brengt een onderscheid aan tussen obligatoire overeenkomsten en een groep van andere rechtsfiguren, waarbij naar romeins recht de wil van de handelende wèl centraal staat (o.a. uiterste wilsbeschikking), vgl. p. 93. *Anders*, voordien Lotmar en Schall, vgl. III, § 6, no. 6.

125. J. Kraft, *Die Methode der Rechtstheorie der Schule von Kant und Fries*, 1924, p. 137, merkt hieromtrent op: 'Schlossmann besitzt diesen für einen Juristen seiner Zeit höchsten Grad von Vorurteilslosigkeit und Mut, um sich zu jener Wahrheit zu bekennen'. Voor de wijze waarop het begrip 'Gerechtigkeit' in de recente duitse literatuur een rol speelt, vgl. men onder. Vgl. bij ons Paul Scholten, *Beschouwingen over recht*, 1924, p. 171: ... 'dat het de zin is van iedere rechtshandhaving een gerechtigheid te benaderen die boven het positieve recht uitgaat'. Vgl. ook p. 177 v.

rechtssysteem. Aan begrippen als verbintenis, subjektief recht, aanbod en aanvaarding e.d. heeft hij geen enkele behoefte. Schr. bepleit een *casuïstische* methode, waarbij alle zich voordoende omstandigheden slechts gelden als 'Motive unseres Urtheils'. Een rechtsoordeel nu, is slechts op zijn plaats indien er van *vermogensschade* sprake is, waarbij vermogen ruim opgevat wordt. Schlossmann aanvaardt als *Rechtsaxiom*: 'ein Schaden ist von demjenigen zu tragen oder zu ersetzen, der ihn *verschuldet* hat'. Daarbij is zijns inziens voor een scheiding tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid geen grond. Bij die aansprakelijkheid voor de aan een ander toegebrachte schade staat het begrip *Verschulden* (of wel het synoniem: *Delict*) centraal. Bij de omschrijving van dat begrip, put Schlossmann ook uit strafrechtelijke bron. Het resultaat is een ook naar hedendaagse begrippen moderne opvatting inzake schuld en onrechtmatige daad.<sup>126</sup> Ook hier wordt het wilsbegrip geschrapt, ten gunste van een toerekeningsbegrip, dat van normatief karakter is.<sup>127</sup>

Dan nu tegen deze achtergrond het alternatief dat Schlossmann biedt voor het begrip overeenkomst van de heersende leer, in schr.'s ogen 'ein juristisches Nichts'. Zoals ik al aangaf berust de bindende kracht van de toezegging (*Versprechen*) en de zgn. obligatoire overeenkomst voor schr. op de toezegging zelf, en niet op de wil van de toezeggende persoon. Schr. volstaat echter niet met een beroep op het rechtsgevoel, ter rechtvaardiging van die zienswijze. De door hem ontwikkelde leer kan aangeduid worden als de leer van het *vertrouwen*, en vertoont grote overeenkomst met de gelijknamige in onze literatuur ontwikkelde leer, die een jaar tevoren het licht zag (1875).<sup>128</sup> Schlossmann trof eenzelfde lot als de nederlandse revolutionairen: zijn pioniersrol als wilsbestrijder werd al snel vergeten.

Aan zijn leer ligt de trouw aan het gegeven woord, als 'eine thatsächlich im Verkehr beobachtete Maxime'<sup>129</sup>, ten grondslag. De ervaring leert dat de

126. Vgl. voor die materie boven, III, § 4, no. 2.

127. In schr.'s samenvatting (p. 318): 1. dass zum Begriff des Verschuldens und des Delictes ein Handeln nicht wesentlich ist. 2. dass Verschuldung und Verursachung Begriffe sind, die nichts mit einander gemein haben, und dass sehr häufig jemandem im Strafrecht wie im Vermögensrecht Erfolge, die er nicht verursacht hat, zugerechnet werden müssen. 3. dass eine Richtung des Willens auf den gemissbilligten Erfolg kein nothwendiges Merkmal des Verschuldens ist'.

128. 'Delict ist demnach eine von einem bonus vir gemissbilligte Verhaltungsweise, durch welche allein die Verletzung des Dritten unter bestimmten gegebenen Verhältnissen ermöglicht worden ist.' p. 319 v. Tot welke rechtsgevolgen deze gedraging leidt, vervolgt schr., is geen zaak van algemene rechtsbeschouwing, 'sondern der zwischen den Ergebnissen der letzteren und den zeitlich und örtlich gegebenen Verhältnissen vermittelten Rechtspolitik', p. 320. De vraag of er van vermogensschade sprake is dient volgens schr. ook op normatieve wijze beantwoord te worden, vgl. p. 295 v. waar de bonus vir-constructie gevolgd wordt.

129. Vgl. boven, III, § 6, no. 2 v.

130. P. 309. In een noot wordt naar Goethes *Faust* verwezen:

'Rast nicht die Welt in allen Strömen fort,  
und mich soll ein Versprechen halten?  
Doch dieser Wahn ist uns ins Herz gelegt,  
wer mag sich gern davon befreien?'

## § 2. DUIJS RECHT

mens het niet zonder de hulp van anderen kan stellen, zodat een dergelijke maxime ontstaat:

‘...und dies rechtfertigt es zur Genüge, auf fremdes Wort sich zu verlassen, wo nicht besondere Umstände den Verdacht der Lüge und des Truges erwecken müssen. *Treu und Glauben sind also ein durch die socialen Verhältnisse einer gewissen Culturstufe gerechtfertigtes, vernünftiges Fundament menschlichen Handels und Wandels*’ (p. 308, mijn curs.).

Op grond hiervan meent schr. dat de ‘gehoffte Leistung’ als *vermogensbestanddeel* van de geadresseerde beschouwd moet worden. Niet nakomen van de toezegging kan derhalve vermogensschade opleveren, die in geval van Verschulden bij de toezeggende partij, ten opzichte van die laatste rechtsgevolgen doet ontstaan.<sup>131</sup> Hierin ligt nu voor Schlossmann de grondslag voor de bindende kracht van de toezegging. Zoas schr. het ter illustratie in het jargon van de heersende leer uitdrukt: ‘in dem Verschulden (dürfen wir) den “*Entstehungsgrund der Obligation*” finden’, p. 325.

Omdat voor schr. de ‘overeenkomst’ als begrip voor de rechtswetenschap van geen belang is, zijn voor hem ook vragen naar het moment van totstandkoming van de overeenkomst, de invloed van dwang, dwaling, bedrog, simulatie, ontbreken van een onderwerp e.d., zonder waarde. Dergelijke vragen dienen opnieuw geformuleerd te worden, en wel als volgt:

‘Unter welchen Voraussetzungen muss jemand die Nichterfüllung einer durch das Versprechen oder das sonstige Verhalten eines Anderen in ihm *erregten berechtigten Erwartung* als Vermögensverletzung empfinden? Im Einzelnen: Unter welchen Voraussetzungen kann ein Versprechen oder eine sonstige Verhaltungsweise jemanden den Erfolg haben, dass in einem Anderen eine Erwartung entsteht? Welche sind die Bedingungen, unter denen die von letzterem gehegte Erwartung eine *gegründete*, d.h. von einem *bonus vir* zu theilende ist?’<sup>132</sup>

Zoals blijkt is in deze opvatting slechts in geval van *gerechtvaardigd* vertrouwen bescherming op zijn plaats.<sup>133</sup>

131. ‘In allen Fällen, wo nach dem Urtheil eines *bonus vir* ein Versprechen verpflichtet, da trifft den nichtleistenden Promittenten das missbilligende Urtheil redlicher Männer, fällt ihm mit andern Worten ein Verschulden zur Last’, p. 325. M.b.t. de omvang van de schadevergoeding verwerpt schr. Jherings onderscheid tussen positief- en negatief contractsbelang: ‘... wer durch sein Versprechen oder sein sonstiges, wenngleich nicht von vornherein als delictisch sich kennzeichnendes Verhalten einen Anderen in schuldhafter Weise geschädigt, hat, muss ihm Ersatz leisten, und zwar *vollen Ersatz arbitrato boni viri*’, p. 336. De vergoeding op basis van het negatief contractsbelang acht schr. van een ‘dem Rechtsgefühl völlig widerstrebende Natur’.

132. p. 399 v., mijn curs. Enkele antwoorden op deze vragen vindt men op p. 342 v. in een paragraaf die het opschrift ‘Casuistik’ meekreeg. Vragen zoals de hier aangehaalde, leveren volgens schr. a.h.v. een casuïstische bespreking daarvan het ‘Haupt-element’ voor het gevraagde oordeel op, dat hij het *objectiven Thatbestand* noemt. Andere vragen leveren het andere element voor dat oordeel, het *subjectiven Thatbestand*, p. 340. Deze vragen betreffen de toerekening van de schade, waarbij ook de invloed van de zgn. ‘wilsgebreken’ en de exceptio non adimpleti contractus aan bod komt.

133. Ook hierbij doet schr. een beroep op het romeinse recht, vgl. p. 341, noot 1.



Zoals ik al opmerkte heeft men in de moderne literatuur Schlossmann op dit punt weinig recht doen wedervaren. Zo meent A. Meier-Hayoz dat Schlossmann een aanhanger van de Erklärungs-theorie pur sang is, die door zijn starre opzet in dezelfde fouten verviel als aanhangers van de wilsleer'.<sup>134</sup> Een ander zwitsers auteur, R. Patry rekent Schlossmann eveneens tot de voorstanders van de verklaringsleer, terwijl hij daarnaast zijn rechtsopvatting onjuist weergeeft.<sup>135</sup> Patry's conclusie dat S. geen houdbare contractstheorie tegenover de heersende leer heeft gesteld, wordt enkel geschraagd door de in een voetnoot vermelde opmerking: 'il a tenté de fonder son système de la déclaration sur le principe *neminem laedere*'.<sup>136</sup> Typerend voor de plaats die Schlossmann in de recente duitse literatuur inneemt, is de aandacht die hij in het overigens zo grondige werk van F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* krijgt, hij wordt eenmaal terloops genoemd.<sup>137,138</sup>

Al heb ik in vele opzichten waardering voor Schlossmanns betoog, toch wil dit niet zeggen dat ik zijn stelsel kan onderschrijven. Het is mij te enen male niet duidelijk wat ertegen is om vóór er van presteren of wanpresteren sprake is, van een verbintenis te spreken, en wel gegrond op de toezegging. Zoals gesteld reageert in schr.'s stelsel het recht slechts op een *niet-nakomen*<sup>139</sup>, dus als er brokken vallen. Daarnaast heeft het voordelen om het ontstaan van rechtsgevolgen een stadium eerder aan te nemen, en wel, om schr. aan te halen, 'in allen Fällen, wo nach dem Urtheil eines bonus vir ein Ver-

134. 'Die Erklärung genügt; sie löst Rechtsfolgen aus, gleichgültig ob sie beim Gegenkontrahenten berechtigtes Vertrauen erweckte oder nicht'. *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss*, diss. Zürich 1948, p. 75.

135. *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, th. Genève 1953, p. 131. Schr. ziet een uitlating van Schlossmann over de door hem verworpen zienswijze van het 'positieve' recht (op p. 172) aan voor Schlossmanns *eigen* opvatting. Patry's bestrijding van de argumenten van S. tegen de wilsleer is deels onjuist (p. 132 laatste al.), deels gegrond op een petitio principii (p. 133, 2e volle al.).

136. p. 133, nt. 45.

137. 1967, p. 556: 'der abstrakte Vertragsbegriff von Schlossmann . . .' Bij Esser, *Grundsatz und Norm*, en Larenz, *Methodenlehre*, vindt men Schlossmann niet in het personenregister vermeld; ik kwam hem evenmin in de tekst tegen.

138. De rechtsopvatting van Schlossmann komt uitvoeriger aan de orde in het al genoemde werk van Kraft, in deels lovende, deels afkeurende zin. Met name moet de overeenkomstconstructie van S. het ontgelden, vgl. p. 161 v. Met behulp van enkele uiterst onvolledige, en vertekenende citaten wordt aangetoond dat zijn leer op een petitio principii zou berusten. Het gevaarlijke van deze manipulatie zit vooral hierin, dat degenen die het boek van S. niet ter hand neemt, geneigd zal zijn Kraft in zijn verwerping te volgen.

De zwitser A. Gysin geeft in 1929 aandacht aan Schlossmanns leer, waarvoor hij in vele opzichten — vooral wat zijn inductieve methodiek betreft — waardering kan opbrengen. Doordat Gysin echter een scheiding maakt tussen 'rechtsgeschäftlichen *Begriffsfrage* und *Prinzipienfrage*', kan hij S.' rechtsopvatting maar ten dele volgen. Vgl. over Gysin en het door hem aangebrachte onderscheid, onder, no. 11.

Schlossmanns leer vond ik nog terloops genoemd bij L. Raiser. *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, 1960 (vgl. onder), p. 114, nt. 35, en in de franse literatuur bij E. Gounot, *L'autonomie de la volonté*, 1912 (vgl. onder), p. 21.

139. . . . 'eine Obligation entsteht niemals, sondern nur das Urtheil in uns, dass jemand schuldig sei, und es ist unzweifelhaft, dass ein solches Urtheil sich in uns nicht bilden kann, wenn das Versprochene geleistet ist', p. 326. Siegels stelsel (vgl. boven) wordt uitdrukkelijk verworpen, p. 346, nt. 1.

spreken verplichtet'. Indien de toezeggende partij niet aan nakomen toekomt ten gevolge van bijv. haar dood of ondercuratele-stelling, gaat de verplichting tot presteren over op zijn rechtsverkrijgers (resp. curator), evenals andere verbintenissen. Indien wèl normaal nagekomen wordt, is er in Schlossmanns systeem niets aan de hand, maar dan miskent schr. dat het rechtens van belang kan zijn om te weten of een vermogensverschuiving op een toezegging berust (en of daar weer een andere toezegging tegenover stond) of niet (een bloot feitelijk gebeuren, vgl. 'onverschuldigde' betaling, derelictio, etc.). Ook bij de onrechtmatige daad moet, ook indien nog geen schade opgetreden is, bepaald kunnen worden of een bepaalde handeling onrechtmatig is of niet. Maar dat laatste mag men een schrijver uit 1876 echter niet aanrekenen.<sup>140</sup>

Schlossmanns leer van het vertrouwen doet vanwege haar delictskarakter angelsaksisch aan, en vertoont met name overeenkomst met de *injurious reliance doctrine* uit het Amerikaanse recht.<sup>141</sup> Ondanks enkele methodische tekortkomingen, heeft zijn betoog voor de huidige jurist toch nog grote waarde. Het raakte ten onrechte onder het stof.<sup>142</sup>

##### 5. De fenomenologische stroming. Reinach en zijn 'Sozialer Akt'. Kritiek

Niet alle schrijvers die de wilsleer de rug toekeerden bleven onbekend en onbemind. De jong gestorven fenomenoloog A. Reinach – leerling van Edmund Husserl<sup>143</sup> – heeft met zijn in zijn werk *Die aprioristischen Grundlagen*

140. Een ander bezwaar dat ik tegen het stelsel van S. heb, richt zich tegen een inconsequentie in zijn betoog. Uitgangspunt voor een rechtssysteem in de door hem verdedigde zin is 'eine Analyse unseres Rechtsbewusstseins und unserer wirtschaftlichen Begriffe und Affectionen', p. 341. Herhaaldelijk laat schr. echter een kloof ontstaan tussen zijn systeem, en de praktijk met de daar geldende behoefte aan 'Zweckmässigkeit', vgl. p. 255, p. 352 v. 141. Vgl. boven, § 1, nos. 4, 7 v. Zijn schadevergoedingsregeling op grond van de billijkheid (*bonus vir*) komt overeen met hetgeen in de *Restatement Second* in 1964 aan § 90 werd toegevoegd, en hetgeen bij ons Köster en Bloembergen omstreeks dezelfde tijd voor de onrechtmatige daad verdedigd hebben.

142. Schlossmann kreeg met zijn in *Der Vertrag* neergelegde visie in eigen land geen hand op elkaar (evenals trouwens met zijn al even revolutionaire werk *Die Lehre von der Stellvertretung*, 1900-1902, Neudruck 1970). Vgl. zijn opstel in *Festgabe der Kieler Juristen-Fakultät für A. Hänel*, 1907, *Willenserklärung und Rechtsgeschäft*, p. 5. Zijn aanval op de in de titel vermelde begrippen had geen succes, en wel zoals schr. aangeeft: 'nicht zwar als ob er mit stichhaltigen Gründen abgeschlagen worden wäre, sondern weil das altüberlieferten Begriffen so häufig innewohnende Beharrungsvermögen und die, wie kaum in einer anderen Wissenschaft verbreitete Scheu, einmal zur Herrschaft gelangte Dogmen preiszugeben, ihnen zu Lebensrettern wurden'. Na deze inleiding trekt Schlossmann wederom 'unverfroren' tegen die begrippen ten strijde, die ditmaal in het BGB een plaats gevonden hebben. De verklaring die hij voor de behoudendheid van de doctrine geeft, en zijn kritiek op de dogmatische methode en de codificatie daarvan, vormen ook in deze tijd nog boeiende lektuur (p. 66 v., p. 75 v.).

143. Het onderscheid tussen de filosofie van Reinach en die van zijn leermeester vindt men beschreven bij H. J. Hommes, *De betekenis van Edmund Husserls transcendentale fenomenologie voor de rechtswetenschap*, preadv. Ver. v. Wijsbegeerte des rechts, 1966, *Hand.* I, p. 11. Daar vindt men ook een zeer korte samenvatting van het hier besproken werk van Reinach.

*des bürgerlichen Rechts*<sup>144</sup> verdedigde visie, waarin niet de wil van de handelende persoon, maar *das Versprechen* als grondslag van 'Anspruch und Verbindlichkeit' gezien werd, aanzienlijke invloed gehad op moderne duitse auteurs,<sup>145</sup> terwijl te onzent ook Paul Scholten<sup>146</sup> door hem beïnvloed lijkt te zijn. Op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten voorzag zijn visie, waarbij de wil van de handelende geen enkele rol van betekenis speelt, kennelijk in een behoefte (vgl. onder).<sup>147</sup>

Evenals Schlossmann tracht Reinach boven het positieve recht uit te stijgen – dat in zijn tijd nog een sterk rechtspositivistisch stempel had (Begriffsjurisprudenz) – doch ook weer op een ambivalente wijze. Met voorbijgaan van de (vooral fenomenologische) details, komt Reinachs opvatting hierop neer. Schr. gaat ervan uit, dat er aprioristische wetten zijn, 'Grundbegriffe' (te vergelijken met die uit de wiskunde), die buiten het positieve recht staan. Die wetten – die veelal in de jurisprudentie inzake ongeschreven recht aan het daglicht treden – worden evenwel door het positief recht 'vorausgesetzt und benutzt', p. 18 v. Eén van die grondbeginselen van de 'reine Rechtswissenschaft' die Reinach bespreekt, is de belofte. Schr. vraagt zich af, wat een belofte eigenlijk is, en komt na verwerping van de opvatting dat hij een wilsverklaring zou zijn tot de ontwikkeling van de figuur van de *sozialer Akt*, p. 137 v. Kenmerkend voor 'soziale Akte' is, dat bij de handelende persoon niet van een Vorsatz-Haben, maar van een Vorsatz-Fassen sprake is: 'ein Tun des Ich und damit einen spontanen Akt', p. 38. Het subjectieve element komt verder naar voren in het vereiste, dat van de handeling die tot een andere persoon gericht werd (en dus 'fremdpersonal' is) door de laatste kennis genomen werd: de handeling is *vernehmungsbedürftig*. Dat laatste element ziet Reinach als wezenlijk voor de 'sozialer Akt'. Na dit begrip aldus opgebouwd te hebben, rekent schr. af met de visie van de belofte als wilsuiting.<sup>148</sup> Zijn conclusie luidt: 'Nicht durch ohnmächtige Erklärungen des Willens konstituiert sich – wie man geglaubt hat – die Welt der rechtlichen Beziehungen, sondern durch die strenggesetzliche Wirksamkeit sozialer Akte' (p. 50). In schr.'s gedachtengang is de aanvaarding *niet* noodzakelijk om 'Anspruch und Verbindlichkeit' op grond van de belofte te doen ontstaan, slechts de (subjectieve) kennisname van de belofte

144. 1913; opnieuw uitgegeven in 1953 onder de titel *Zur Phänomenologie des Rechts*, hier verder aan te halen.

145. Vgl. Larenz, *Auslegung*, p. 42; *Methodenlehre*, p. 119 v.; Enneccerus-Nipperdey, *Allg. Teil*, p. 1023 v.; Wieacker, *Juristenzeitung* 1956, p. 294 v.; Soergel-Siebert-Hefermehl, ad § 116, sub 3; D. Bailas, *Das Problem der Vertragsschliessung*, 1962, p. 71 v.

146. Vgl. boven, II, § 4, no. 4.

147. Aan de invloed van Reinach op de privaatrechtsdogmatiek gaat Hommes geheel voorbij.

148. 'Das Versprechen ist weder Wille noch Äusserung des Willens, sondern es ist ein selbständiger spontaner Akt, der, nach aussen sich wendend, in äussere Erscheinung tritt. Diese Erscheinungsform mag Versprechenserklärung genannt werden', p. 50.

door de geadresseerde is een voorwaarde daartoe.<sup>149</sup> Daarmee verwerpt schr. het vereiste van 'Willenseinigung' van het positief recht.<sup>150</sup> De theorieën van Hume en Th. Lipps die op het wilsbegrip gegrond zijn, worden vervolgens door schr. bestreden.

Reinachs opvatting krijgt pas een werkelijke vuurproef als schr. haar gaat afzetten tegen de vertrouwensleer van Schuppe<sup>151</sup>, die overigens enige overeenkomst vertoont met die van Schlossmann. In die passage komt voor mij de onhoudbaarheid van Reinachs leer naar voren, nog afgezien van zijn dubieuze stellingname ten opzichte van het positief recht<sup>152</sup>, die weinig aantrekkelijks heeft. Reinach voert o.a. als bezwaar aan tegen een leer die zich op het vertrouwen oriënteert, dat ook derden - niet-geadresseerden vertrouwen kunnen opvatten waarin zij geschaad worden, zonder dat zij daaraan een aanspraak ten aanzien van de toezegger kunnen ontlennen. Voor schr.'s eigen systeem kan dit als juist gelden, voor het overige is het een petitio principii.<sup>153</sup> R. ontkent overigens niet, dat onder omstandigheden zeer wel van een dergelijke door Schuppe bedoelde verplichting sprake kan zijn. Maar de gehoudenheid aan de wilsuiting, ter voorkoming van vertrouwensschade ziet R. als een zedelijke verplichting, die niets van doen heeft met een op de belofte berustende 'aussersittliche' gebondenheid. Het dooreenhalen van die twee grondslagen wordt Schuppe verweten. Dit isolationisme maakt Reinachs aprioristische rechtsleer tot een bloedarme zaak. Bovendien maakt hij niet duidelijk, hoe een verbintenis uit onrechtmatige daad ontstaat, bij schending van een geschreven of ongeschreven rechtsnorm.<sup>154</sup> Opmerkelijk is ook dat R. zelf met het 'Scheinversprechen' geen raad weet, p. 54. Langer stilstaan bij Reinachs leer lijkt mij dan ook niet geboden.

## 6. *Volgelingen van Reinach. Larenz' 'Geltungserklärung'*

Reinach heeft met enkele onderdelen van zijn theorie grote invloed gehad

149. p. 59. Reinach denkt daarbij echter slechts aan de figuur, dat alléén aan de zijde van de toezeggende persoon van verplichtingen sprake is. Bij een wederkerige verhouding neemt schr. twee afzonderlijke beloften aan, vgl. p. 62 (terloops).

150. p. 57. Ook de figuur van aanbod en aanvaarding, als een 'Einigung, welche sich in gegenseitigen sozialen Akten konstituiert' wordt verworpen. De verworpen zienswijze komt overeen met die van Larenz, *Schuldrecht I*, p. 66.

151. *Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie*, p. 304 v. Het schenden van vertrouwen door een wilsverklaring teweeggebracht, ziet Schuppe als het toebrengen van eigendomschade, hetgeen in beginsel rechtens ontoelaatbaar is. Schr. neemt een *objektieve rechtswil* aan, die aangeeft dat in een dergelijke situatie de geuite wil onherroepelijk is.

152. Vgl. bijv. p. 17 v., 174, 179 v., 219. Waarover ook Larenz, en Hommes, t.a.p. p. 80.

153. Even later volgt een tweede 'begging the question': volgens schr. vindt het vertrouwen zijn oorzaak in de uit de belofte voortvloeiende gebondenheid.

154. Even krampachtig en weltfremd is R.'s standpunt dat de onzedelijkheid van de beloofde handeling (bijv. een moord) zonder invloed is op het bestaan van de verplichting van *zedelijke aard*. Vgl. ook Hommes, t.a.p.

op de privaatrechtelijke literatuur, en wel met name met zijn figuur van de sozialer Akt.<sup>155</sup>

Een centrale plaats neemt daarbij Larenz in. In zijn Habilitationsschrift van 1930<sup>156</sup> laat hij zich door Reinach leiden bij het ontwikkelen van zijn opvatting inzake de wilsverklaring. 'Die Willenserklärung ist nicht eine Wollenserklärung oder Absichtserklärung, sondern *Geltungserklärung*', zo stelt Larenz (p. 45). Op enkele belangrijke punten wijkt schr. van Reinachs leer — en van de verwante theorie van G. Husserl — af. Onlangs is Larenz echter daarop teruggekomen. met de verontschuldiging dat zijn vroegere zienswijze 'noch vom juristischen Positivismus beeinflusst' was.<sup>157</sup> Larenz' tegenwoordige opvatting inzake wilsverklaring en rechtshandeling werd in het vorige hoofdstuk al kritisch bekeken. Op het gebied van de totstandkoming van overeenkomsten, dat hier aan de orde is, werkt schr. echter met het traditionele begrip 'Konsens'.<sup>158</sup> Volgens Larenz heeft zijn Geltungserklärungstheorie in de literatuur erkenning gevonden.<sup>159,160</sup>

Een ander bekend schrijver die zich (mede) door Reinach heeft laten inspireren, is F. Wieacker.<sup>161</sup> Volgens deze schrijver geldt de wilsverklaring in de theorie en de praktijk van de rechtshandeling als *Sozialakt*. Zelf omschrijft

155. In de rechtsfilosofische literatuur werd Reinachs leer gekritiseerd door de eveneens tot de fenomenologische school behorende schrijver Bassenge, in diens werk *Das Versprechen*, diss. Leipzig 1930. De grondslag van de gebondenheid uit belofte is z.i. het *feüelijk* opgewekte vertrouwen (Vertrauenserrögun). Bovendien moet men in vertrouwen op de toezegging al maatregelen getroffen hebben. Ik verwijs voor een kritische beschrijving van deze leer (en die van Reinach) naar het artikel van de zwitser A. Gysin, *Tatbestandsanalyse des Versprechens* (1933), opgenomen in zijn *Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts*, 1969, p. 266 v. Aan Gysins eigen visie moet ik hier voorbijgaan.

156. *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, herdruk 1966. Vgl. m.b.t. dit werk ook boven, III, § 3, no. 12.

157. Vgl. schr.'s *Nachwort* bij de herdruk van 1966; Larenz' nieuwe zienswijze vindt men uitgewerkt in zijn *Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, §§ 24 v., 35 (1967), in zijn *Methodenlehre* (1969), p. 120, 182, 191 v., 279 v., en vooral in zijn bijdrage aan *Festschrift Gerhart Husserl, Phänomenologie, Rechtsphilosophie, Jurisprudenz* (1969), waarin Reinachs leer uitvoerig aan de orde komt (p. 136 v.).

158. *Schuldrecht I*, p. 66. Larenz spreekt ook van 'der *gemeinsame* Wille zweier, in Freiheit sich miteinander einig gewordener Rechtsgenossen', die 'rechtsschöpferisch' is, p. 46, vgl. ook p. 45.

159. Schr. noemt in zijn *Nachwort* als medestanders: Enneccerus-Nipperdey, Dulceit, Flume, en (ten dele) Raiser, Pawlowski en Thiele. Een kanttekening is hierbij wel op zijn plaats. Flume meent bijv. dat aan een Geltungstheorie geen behoefte bestaat, aangezien zij de klassieke wilsleer dekt. Vgl. zijn opstel *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Festschrift Deutscher Juristentag, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben* (1960), p. 155 v. Pawlowski verwerpt Larenz' theorie, en wel omdat het daarbij uiteindelijk op de innerlijke wil van de handelende blijkt aan te komen. Vgl. *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen* (1966), p. 214 v.

160. In een opmerking die Larenz in een verloren moment maakt — n.a.v. de figuur van culpa in contrahendo — ondergraft hij zijn gehele systeem: 'dass auch die Vertragshaftung ihre Grundlage in dem Vertrauen findet, das jeder Vertragsteil in das vertragsgerechte Verhalten des anderen setzt'. In: *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen*, Jur. Stud. Gesellschaft Karlsruhe, no. 64 (1964), p. 13. Volgens schr. berust ook de aansprakelijkheid in de precontractuele fase op gewekt vertrouwen.

161. *Willenserklärung und Sozialtypisches Verhalten*, in: *Göttinger Festschrift für das OLG Celle* (1961), p. 263 v.

hij de wilsverklaring als:

‘...die besondere Art des sozialen Verhaltens, die schlüssig ist, Rückschlüsse durch den Verstehenden gestattet. Mit anderen Worten: die Willenserklärung ist menschliche *Äusserung*, die auf Vernehmen und Verstehen durch einen anderen tendiert, und somit *das* soziale Verhalten, das von anderen Rechtsgeossen *verstanden* werden soll und als verstandenes, d.h. sozial wirksam gewordenes (meist im Austausch mit dem entsprechenden Verhalten der anderen; vgl. aber § 151 BGB) Rechtswirkungen erzeugt.

... ihr Wirkungsgrund (liegt) weder in dem freischaffenden Willen der intellegiblen, sittlich autonomen Persönllichkeit noch erst recht in psychologischen Willensvorgängen, sondern im Akt der Verständigung’ (p. 278 v.).

Deze in wezen oeroude rechtsopvatting<sup>162</sup> heeft volgens schr. door toedoen van Reinachs fenomenologie en de nieuwe spraaktheorie weer haar plaats in de moderne rechtstoepassing gevonden.

Ook Bailas bouwt voort op de door Reinach ontwikkelde zienswijze; hij geeft echter de voorkeur aan de term ‘*sprachliche Äusserung*’ boven ‘sozialer Akt’.<sup>163</sup> Zijn werk is erop gericht ‘die *sprachlogische* Eigenart des vertragsbegründenden Aktes’ aan het licht te brengen en te verklaren. Het spreken in zijn technische betekenis speelt derhalve een zeer grote rol in zijn werk, hetgeen verklaart waarom Bailas alleen aandacht schenkt aan verklaringen die door middel van een spreken een overeenkomst teweegbrengen. Uit methodisch oogpunt is dit de zwakke plek in zijn theorie, die geen gelding heeft ten aanzien van het zgn. ‘schlüssiges Verhalten’.<sup>164</sup> Al verwerpt Bailas de opvatting dat de ‘vertragsbegründender Akt’ een wilsverklaring zou zijn, dit neemt niet weg dat zijn leer sterk subjektief getint is.<sup>165</sup> In navolging van Austin noemt Bailas die akt een *performative utterance*, p. 75 v. Naar schr.’s mening gaat deze zienswijze op het ‘Vernunftrecht’ terug, waarbij Hugo de Groot een centrale rol speelt, p. 79 v. Met de opkomst van Von Savigny die het klassieke begrip ‘Willenserklärung’ ingang deed vinden, en de invloed van de pandektisten (die het begrip ‘Geschäftswille’ ontwikkelden, naast de ‘Erklärungswille’) ging de zienswijze van de oude natuurrechtsleraren verloren. In die visie deed het probleem van overeenstemming van wil en verklaring zich niet voor.<sup>166</sup>

162. Zij gaat volgens schrijver terug op de leer van de Stoa inzake spreken en verstaan, en vertoont een lijn die via de klassieke juristen en het thomisme naar Hugo de Groot loopt.

163. *Das Problem der Vertragsschliessung und der Vertragsbegründende Akt*, 1962, p. 72. Bailas is met name bang dat het woord ‘sozial’ misverstanden oproept; de zienswijze van Hefermehl (vgl. boven) vormt z.i. een demonstratie daarvan, t.a.p., nt. 11.

164. p. 84, nt. 3. Vgl. voor deze rechtsfiguur — opgevat als ‘Ausdruck der Zustimmung’ — Larenz, *Schuldrecht* I, p. 67, en nog onder, no. 8 v.

165. Dit komt niet alleen naar voren in het overnemen van Reinachs vereiste van Vernehmungsbedürftigkeit, maar vooral ook in schr.’s uitlegmethode. Zijn nadruk op het mechanisme van het spreken, brengt Bailas ertoe onder uitleg slechts te verstaan de vraag naar hetgeen de ‘Urheber’ van de ‘*sprachliche Äusserung*’ daarmee bedoeld heeft, niet wat wij er onder verstaan, p. 31. Als voorbeelden geeft schr. testaments- en wetsuitleg.

166. p. 87 v. Volgens Bailas had het woord ‘wil’ in het Vernunftrecht de betekenis van vrijwilligheid, d.w.z. vrij van dwang. Door een belofte doet men afstand van een ‘deel’ van die vrijheid, vgl. p. 88, met een verwijzing naar Puffendorf.

7. *De funktionele contractstheorie, een rechtssociologische benadering. Schmidt-Rimpler en Reinhardt. 'Auflockerung' van de dogmatiek*

De laatste tijd valt in de Duitse literatuur een stroming waar te nemen, met een rechtssociologische inslag, waarbij men zich kritisch tegenover de consensusleer (met inbegrip van de wilsleer) opstelt.

Deze stroming, die ik de *funktionele contractstheorie* zou willen noemen, wint naar mijn indruk in de huidige Duitse doctrine steeds meer aan invloed. Toonaangevend zijn in deze richting W. Schmidt-Rimpler, R. Reinhardt, W. Siebert en L. Raiser. Op deze plaats wil ik voornamelijk ingaan op de opvattingen van deze schrijvers ten aanzien van het consensus-beginsel. Hierboven bij de beschouwingen over de rechtshandeling<sup>167</sup> kwamen deze schrijvers – die in onze literatuur naar ik meen nog geen aandacht kregen – al terloops aan de orde.

De basis van de funktionele contractstheorie werd door Schmidt-Rimpler<sup>168</sup> gelegd, al kreeg die zienswijze pas haar pregnante vorm door toedoen van latere schrijvers.<sup>169</sup> Schmidt-Rimpler stelt zich ten doel, te onderzoeken welke rol de 'freie Einigung' van partijen speelt in de rechtvaardige ordening van de maatschappij. Aan de overeenkomst ligt zijns inziens niet de 'Willensherrschaft' van partijen ten grondslag, en evenmin is hier sprake van een 'Ermächtigung zur Selbstrechtsetzung': 'Die Parteien *regeln* das Verhältnis, der Gesetzgeber *ordnet* es durch ihre Einsetzung im Vertragsmechanismus' (p. 163). In het feit dat partijen elkaar moeten weten te vinden, ondanks hun tegengestelde belangen, ziet schr. een waarborg voor de 'Richtigkeit' van de overeenkomst. Dat laatste begrip is samengesteld uit de elementen 'Gerechtigkeit, Zweckmässigkeit, Rechtssicherheit' (p. 132 v.).

Het belang van Schmidt-Rimplers zienswijze – die met instemming ontvangen werd<sup>170</sup> – ligt naar ik meen vooral hierin, dat hij het terrein bouwrijp maakte voor anderen, zoals Reinhardt en Raiser. De eerste schrijver werkte

167. Vgl. III, § 8, no. 5.

168. *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts*, *Archiv civ. Praxis* 147, p. 130 v. (1941). Het vervolg op deze 'rechtspolitische Untersuchung' ging tijdens de oorlog verloren. Het vond omgewerkt een plaats in *Zum Problem der Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift Nipperdey* (1955), p. 1 v. Het eerste artikel wordt hieronder geciteerd.

169. Voor Schmidt-Rimpler werd de overeenkomst door verschillende andere schrijvers in een funktionele context geplaatst, en wel berustend op een nationaal-socialistische maatschappijvisie. Raiser, t.a.p. p. 103, noemt in dat verband Lange, Larenz, Stoll en Wieacker en merkt op dat Schmidt-Rimpler met hen in een 'nicht laut, aber vernehmlich geführten Auseinandersetzung' treedt in 1941, p. 117. Het valt te begrijpen dat men in de na-oorlogse literatuur bij de laatste schrijver aangehaakt heeft, die met erkenning van de maatschappelijke functie van de overeenkomst, toch ook de eigen verantwoordelijkheid van het individu op moedige wijze naar voren schoof.

170. Raiser noemt in dit verband nog — in zijn zo dadelijk te bespreken artikel *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, p. 117, nt. 42 — Larenz, Blomeyer, Biedenkopf en Haupt. Raiser zelf gelooft er niet zo erg in, dat het 'Mechanismus des Vertrages' op zich reeds de 'Richtigkeit' van de overeenkomst waarborgt. Zijns inziens laat Schmidt-Rimpler zich hierbij door het ook door hem zelf als irreeël veroordeelde oude liberalisme leiden, p. 118. De leer van Schmidt-Rimpler vindt men ook kritisch besproken bij Pawlowski, p. 228 v.

zijn opvatting uit in zijn artikel *Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrage*, dat toepasselijkerwijze in het Festschrift voor Schmidt-Rimpler verscheen.<sup>171</sup> Reinhardt valt met de deur in huis, door te stellen dat het contractenrecht, als vrucht van het negentiende-eeuwse individualisme, momenteel in een crisis verkeert. De oorzaak ligt hierin, dat in onze tijd de gedachte van autonomie van het individu niet meer past.

*'Für uns hat der Vertrag nur im Dienste einer vom sozialen Gedanken beherrschten Rechtsordnung seine Daseinsberechtigung und nicht kraft einer vorgegebenen Selbstherrlichkeit des einzelnen, der sich den Beschränkungen durch das Prinzip der sozialen Gerechtigkeit nicht zu fügen brauchte. Wenn dem einzelnen die Befugnis zusteht, Rechtswirkungen durch sein Verhalten herbeizuführen, dann eben deshalb, weil ihm die Rechtsordnung, das objektive Recht also, die Befugnis dazu verleiht'* (p. 115 v., (mijn curs.)).

Centraal staat in Reinhardts gedachtengang de *Funktion* van de overeenkomst in de samenleving. Ervan uitgaande dat het privaatrecht 'Mittel der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit' is, geldt voor schr. dat 'das Rechtsgeschäft nur als ein Wirksames Mittel eines gerechten Interessenausgleich dienen soll'. De functionele benadering brengt schr. tot het inzicht, dat men in de overeenkomst aantreft de '*Kombination der beiden Gestaltungskräfte*, nämlich der individuellen und der überindividuellen, hoheitlichen . . .' (p. 117 v.). Aan een onderzoek naar de verhouding tussen die 'Ordnungskräfte' is zijn artikel gewijd.<sup>172</sup> Passend in zijn functionele methode, is Reinhardts opvatting dat voor het vaststellen van een overeenkomst, het plaatsvinden van het 'Mechanismus freier Einigung' volgens het boekje, geen noodzakelijk vereiste hoeft te zijn. Ook de zgn. 'faktische Vertragsverhältnisse' kunnen volgens schrijver tot de overeenkomsten gerekend worden. Beslissend is daarbij

'dass die Art der Verknüpfung von Rechten und Pflichten im Prinzip die gleiche ist wie beim echten Vertrag, und dass diesem Rechtsverhältnis deshalb auch die gleiche gesellschaftliche Ordnungsfunktion für die Beteiligten und für das Ganze zukommt wie dem Vertrag als Mechanismus freier Einigung'.

Dat schrijver de traditionele leer in wezen ongemoeid laat en met een aanvulling volstaat, komt duidelijk naar voren uit zijn opmerking dat het eigenlijk 'korrekter' zou zijn om in geval van 'faktische Vertragsverhältnisse'<sup>173</sup> van *Sonderbeziehungen* te spreken. De inhoud van dergelijke verhoudingen zou aan het corresponderende type overeenkomst ontleend kunnen worden,

171. *Festschrift zum 70e Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler*, 1957, p. 115 v.

172. p. 118. Reinhardt geeft blijk beïnvloed te zijn door de Zwitserse schrijver A. Gysin, die onder nog ter sprake komt.

173. De uitgebreide literatuur over deze rechtsfiguur — door Larenz ook wel 'Schuldverhältnisse aus sozialtypischen Verhalten' genoemd, *Schuldrecht* I, p. 33 — vindt men op p. 117, nt. 7, aangehaald. Vgl. ook nog onder; Schmidt-Rimpler kwalificeerde deze figuur overigens niet als overeenkomst.



terwijl de klassieke vereisten voor de overeenkomst niet gesteld worden. Reinhardt's functionele methodiek weerhoudt hem er echter van, hier zwaar aan te tillen.

Aan de hand van een analyse van de wijze waarop 'Drittinteressen' in een overeenkomst doorwerken in het geldend recht, toont Reinhardt aan, dat een '*Auflockerung* der Rechtsgeschäftslehre' geboden is. Daartoe wordt ook een beroep gedaan op de figuur van bescherming van opgewekte schijn, zoals die tussen partijen geldt, en op de doorwerking van 'öffentliche Interessen' in het contract. In die situaties worden de vereisten voor de klassieke rechtshandeling op de achtergrond gedrongen en ziet men objectieve maatstaven de vorming van de rechtsverhouding beheersen, ter vervanging van de individuele wil, of wel als aanvulling daarop. Schr. concludeert dan ook dat het 'Vertragsprinzip in der klassischen Ausprägung der Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre des BGB *keinen Anspruch auf absolute Geltung* erheben kann . . .' (p. 126). De vraag of aan de vereisten van de klassieke 'rechtshandeling' voldaan moet worden, hangt volgens schrijver ervan af, of er gerechtvaardigde belangen van derden, van een der partijen, of wel gemeenschapsbelangen bij het 'Mechanismus freier Einigung' in de knel komen. Dan werkt de gesignaleerde combinatie van krachten, en wel aldus:

'Je stärker die Einschaltung objektiver, hoheitlicher Ordnungskräfte ist, um so weniger bedeutsam erscheint der Individualwille für die Rechtsfolgen. Er kann das volle Gewicht "des Rechtsgeschäfts" im Sinne der Lehre von der Willenserklärung *durchaus verlieren*' (p. 126, mijn curs.).

In het vervolg van Reinhardt's betoog wordt het accent gelegd op de *contractsvrijheid* die ieder individu toekomt. Het gaat hier wel om een vrijheid in gebondenheid: 'Zum modernen Privatrecht gehört der Gedanke der *Sozialpflichtigkeit* aller Rechte und Freiheiten. Das gilt für das Eigentum im Prinzip genau wie für die Freiheit, Verträge zu schliessen', p. 132. Schr.'s beschouwing over de verhouding van persoon en gemeenschap in dat verband, doet hegeliaans aan.<sup>174</sup> Tot zover Reinhardt.<sup>175</sup>

#### 8. Vervolg. De visie van Siebert en van Raiser. 'Anpassung' van de dogmatiek. Kritiek

W. Siebert ontwikkelde naar aanleiding van de omstreden figuur van de feitelijke Vertragsverhältnisse een 'soziologische und funktionelle Methode der Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung'.<sup>176</sup> Het was hem daarbij te

174. p. 130 v. Vgl. voor een soortgelijke zienswijze te onzent: Telders en Eggens.

175. Schr.'s uitwerking van de wijze waarop 'objektive Gestaltungskräfte' in de overeenkomst kunnen doorwerken, laat ik daar.

176. *Faktische Vertragsverhältnisse, Abwandlungen des Vertragsrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts*, Jur. Stud. Gesellschaft Karlsruhe, no. 41, 1957, p. 38.

## § 2. DUIJS RECHT

doen om aan te tonen dat 'Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge'<sup>177</sup> in het systeem van het BGB passen. Kort tevoren was deze kwestie zeer actueel geworden, aangezien het Bundesgerichtshof de door G. Haupt geïntroduceerde, en vooral door Larenz uitgewerkte leer van feitelijke Verhoudingsverhältnisse in 1956 aanvaardde in het bekend geworden *Parkplatzfall*.<sup>178</sup> In een reeks arresten consolideerde het college deze leer<sup>179</sup>, en deed daarmee steeds meer stof opwaaien.

Het grootste dogmatische obstakel dat Siebert ter verdediging van zijn visie uit de weg heeft te ruimen, vormen de traditionele vereisten voor een rechtshandeling, nl. de aanwezigheid van een 'Erklärungswille' en een 'Geschäftswille'.<sup>180</sup> Zonder het bestaansrecht van deze begrippen te willen ontkennen, komt Siebert met een beroep op het rechtssysteem en de rechtspraak van het Reichsgericht uit de twintiger jaren<sup>181</sup>, tot de conclusie:

'dass in den besonderen Fallgruppen der rechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens der im Rechtsverkehr Auftretende sich sein Verhalten und den dadurch verursachten objektiven Erklärungstatbestand zurechnen lassen muss.'<sup>182</sup>

Een beroep op dwaling, op grond van de aan de wilsleer ontsproten § 119 BGB acht schr. hierbij uit den boze.

Men dient bij Sieberts opvatting toch wel in het oog te houden, dat zij alléén geldt voor verhoudingen in de sfeer van de 'Daseinsvorsorge'. Bij 'individualrechtelijke Vertragstypen' gaat dit alles niet op, vgl. p. 38. Siebert spreekt van een *Anpassung* van het BGB-systeem aan de moderne ontwikkelingen, die mogelijk is zonder het wettelijk 'Vertragssystem' te hoeven opgeven.<sup>183</sup><sup>184</sup>

177. Vgl. voor een omschrijving daarvan p. 38, een figuur die wij met 'adhesiecontract' zouden aanduiden. Schr. denkt daarbij aan contracten m.b.t. openbaar vervoer, gas, water, elektriciteit, en parkeren.

178. 14 juli 1956, *BGHZ* 21, p. 319. Een autobezitter maakt gebruik van een bewaakte parkeerplaats, doch geeft daarbij aan de bewaker uitdrukkelijk te kennen dat hij geen bewaking wil, en dat hij weigert te betalen (e.e.a. omdat het z.i. de gemeente Hamburg niet vrijstond openbare pleinen als parkeerplaatsen te verpachten). Het BGH nam hier wel een betalingsverplichting aan, maar geen overeenkomst, aangezien geen overeenstemmende 'rechtsgeschäftliche Erklärungen' uitgewisseld werden.

179. O.a.: BGH 29 jan. 1957, *JZ* p. 275 (*Energieversorgung*); 5 febr. 1957, *Fam. RZ*, p. 310 v., (*Hofübergabefall*).

180. p. 25 v. Daarbij wordt het klassieke voorbeeld gegeven van de sportvlieger die zonder het te weten op een verkeersvliegveld landt, en voor landingsgeld aangesproken wordt.

181. En wat de literatuur betreft, o.a. op H. Krause, *Schweigen im Rechtsverkehr*, 1933.

182. p. 30. Als grondslag voor de gebondenheid ziet schrijver niet de op de verplichting gerichte wil, maar 'das Prinzip von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes'. De 'normierende Kraft der Verkehrssitte' acht Siebert 'gerechtfertigt aus den rechtssoziologischen Merkmalen dieser Leistungsverhältnisse mit ihrem sozial-kollektiven Einschlag und der sozialen Typizität ihrer Abläufe'. p. 31.

183. p. 37, onder aanhaling van Esser.

184. Voor een krachtige bestrijding van Larenz' leer van het sozialtypisches Verhalten, vgl. men ook nog W. Flume, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in: Festschrift Deutscher Juristentag (1960), p. 135 v., met name p. 138 v. 'Jedes Rechtsgeschäft ist sozialtypisches Vervolg noot op pag. 408.

In het reeds genoemde artikel *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit* komt Raiser tot resultaten die veel overeenkomst vertonen met die van Reinhardt. Ook Raiser beraamt geen direkte aanval op de consensus-leer, doch beperkt zich tot het maken van een uitbouw op het klassieke begrip<sup>185</sup>. Ook hier is derhalve slechts sprake van een 'Auflockerung des Rechtsgeschäfts'. Dat de verschillende bouwstijlen zich slecht met elkaar verdragen schijnt niet te deren.<sup>186</sup> De functionele benadering van de overeenkomstfiguur heeft tot gevolg, dat voor Raiser de klassieke zienswijze weinig interessant is. In de volgende passage ligt de quintessens van schr.s betoog besloten:

'Versucht man, wie es hier geschieht, den Vertrag nicht vom Entstehungstatbestand her, sondern von der Funktion her zu begreifen, so wird die Entstehungsweise der vertraglichen Ordnung zwar nicht gleichgültig, aber die Gewichte verschieben sich. Für den hier gemeinten Vertragsbegriff kommt es nicht darauf an, ob dem Rechtsverhältnis zwei oder mehr korrespondierende, auf Willenseinigung abzielende, gleichwertige Willenserklärungen zugrunde liegen, oder ob einseitig auf die Handlung des Teils abgestellt wird, der sich verpflichtet oder über ein Recht verfügt, während der jeweils Begünstigte in eine mehr passive Rolle verwiesen wird. Entscheidend ist für die Bewertung als Vertrag nur, dass das Erfordernis der selbst geschaffenen, nicht vorgegebenen oder auferlegten zwischenmenschlichen Ordnung gewahrt ist. Im übrigen ist es dann Sache nicht der Rechtstheorie, sondern des jeweiligen positiven Rechts, die Anforderungen an das Verhalten der Parteien festzulegen, die erfüllt sein müssen, damit die Vertragsordnung Rechtsschutz erlangt' (p. 123, mijn curs.).

Vervolg noot van pag. 407.

Verhalten', stelt Flume (p. 185). Nog diepgaander is de bestrijding van F. Wieacker, *Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten*, Festschrift OLG Celle, (1961), p. 263 v. Daarbij worden Larenz' rechtsfilosofische geloofsbriefen geanalyseerd en verworpen, p. 277 v. Wieacker merkt op, n.a.v. BGH 29 jan. 1957: 'das jedenfalls ein *willentliches* sozialtypisches Verhalten "ohne Kundgabe eines rechtsgeschäftlichen Willens" (BGH, vgl. aber § 151 BGB) nichts anderes ist als die schlüssige Willenserklärung der konventionellen Rechtsdogmatik selbst', p. 273. Schr. sluit zich aan bij het betoog van Siebert, dat hij in een historische context zet, p. 278 v. Vgl. ook nog boven, no. 6, p. 403. Larenz' theorie vindt men ook verworpen bij A. Blomeyer, *Allg. Schuldrecht*, 3e dr. 1964, § 20, IV 2. Vgl. verder ook nog Th. Mayer-Maly, *Vertrag und Einigung*, Festschrift Nipperdey I, 1965, p. 519 v. Schr. concludeert dat in het duitse en zwitserse wetssysteem 'alle nichtdeliktischen Obligationen willensbezogen' zijn, p. 521. Slechts in geval van 'schlichte Einigung' komt z.i. aan factische Vertragsverhältnisse rechtswerking toe. Vgl. voor deze problematiek ook nog H. Hübner, in dezelfde bundel, p. 373 v., *Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung*. Deze schr. ziet in het rechtshandelingbegrip de *Gestaltungsbefugnis* neergelegd, terwijl daarnaast de *Zurechnung* als volgt gekenmerkt wordt: 'an die Stelle der Berücksichtigung des gestaltenden Willens treten die Folgen fehlerhaften Verhaltens', p. 400.

185. Zo stelt Raiser, na gewezen te hebben op het anglo-amerikaanse recht waar de consensus-leer geen vaste voet kreeg, dat de continentale rechtstelsels de regel niet hoeven op te geven dat in het *normale* geval de 'Einigung' van debiteur en crediteur een noodzakelijk vereiste is, p. 123.

186. Dit niettegenstaande het feit dat schrijver zich zeer kritisch tegenover de wilsleer als vrucht van het individualisme uit de vorige eeuw opstelt. Raiser merkt op, dat de wet en de commentaren daarop 'bleiben trotz der inzwischen vollzogenen Abkehr von der isolierenden Methode des Begriffsjurisprudenz im Pandektensystem gefangen', p. 103. Vgl. ook p. 124, 127, 131.

## § 2. DITS RECHT

Evenals bij Reinhardt het geval was, staat ook hier de vrijheid van het individu om overeenkomsten aan te gaan in het middelpunt. Ook Raiser is dan ook bereid de 'faktische Vertragsverhältnisse' als overeenkomst te beschouwen mits aan het vrijheidsbeginsel voldaan werd.<sup>187</sup>

Raiser maakt daarbij nog onderscheid of het om een 'faktisch bestehende Beziehung' gaat, – zoals bij de 'faktische Gesellschaft' en 'faktisches Arbeitsverhältnis' – of wel om zgn. 'Leistungsbeziehungen aus sozialtypischen Verhalten' gaat. Bij de eerste figuur – de benaming is van Haupt – is volgens Raiser sprake van een 'Verdinglichung des Vertrags', te vergelijken met de wijze waarop bij reële overeenkomsten de *res* van de overeenkomst zelfstandige betekenis krijgt naast of in plaats van een consensus van partijen. Bij de tweede figuur, door Larenz van het steekwoord 'sozialtypisches Verhalten' voorzien, ligt dat zijns inziens anders. Hier is het de vraag of in het tegenwoordige handelsverkeer onder bepaalde omstandigheden de typische gedraging van een partij als aanbod of aanvaarding van een overeenkomst aangemerkt moet worden. Nu kan men in een dergelijke gedraging nog een wilsverklaring zien, aangelengd met het vertrouwensbeginsel<sup>188</sup>, maar zo beoogt Raiser, volgens een 'kühnere These' is het hier zo,

'dass hier das Gesetz, oder bei seinem Schweigen eine normative Verkehrssitte die Rechtswirkung des Verhaltens selbständig unter Verzicht auf die Ableitung aus dem Parteiwillen bestimme.'<sup>189</sup>

Raiser spreekt zich voor de laatste zienswijze uit, indien in de eerste methode 'das fragliche Verhalten nicht mehr ohne gefährlichen Überdehnung des Begriffs als Willenserklärung bewertet werden kann'. Ook op dit terrein laat schr. derhalve een klassieke figuur intact, en beperkt hij zich slechts tot nieuwbouw. Raiser meent wel, dat de overgang van wilsverklaring naar het 'normiertes Verhalten' zo onmerkbaar verloopt, dat daar geen grens gevonden kan worden voor toepassing van contractenrecht 'im funktionalen Sinn'. De *vrijheid van (bewust) handelen* aanvaardt Raiser als enige maatstaf<sup>190</sup>. Bij de verdere uitwerking van de contractsvrijheid stelt schr. de 'materielle Vertragsgerechtigkeits' centraal. Het is hem echter verre om onder het begrip partij-autonomie het 'aufklärerisches Dogma' te verstaan dat aan het liberalisme van de vorige eeuw ten grondslag ligt. Ervan uitgaande dat ieder con-

187. p. 124 v. Behalve in vrijheid, moet men de handeling ook *bewust* verricht hebben.

188. In deze zin noemt schr. Lehmann, Siebert en Betti.

189. p. 125 v. mijn curs. In deze zin worden genoemd: Haupt, Larenz, en Simitis.

190. p. 126, waarbij Esser als medestander aangehaald wordt. In *Schuldrecht* I, p. 36, beuigt Larenz zijn instemming met deze zienswijze. De door Larenz c.s. verdedigde scheiding tussen Willenserklärung in de zin van het BGB, en sozialtypisches Verhalten, vindt men overigens ook bij Staudinger-Coing, Vorbem. 3f en § 116. Daar is sprake van een '*Vertrauensstatbestand*', dat eenzelfde werking toegekend wordt als de wettelijke Willenserklärung, doch daarmee niet gelijkgesteld wordt. Een soortgelijke opvatting heeft Esser, *Gedanken zur Dogmatik der faktischen Schuldverhältnisse*, *Archiv. civ. Praxis* 157, 1958/59, p. 95 v., vgl. ook p. 86. Vgl. ook *Deutsche Richterzeitung* 1958, p. 245.

tract 'als wirtschaftlicher Vorgang eingebettet in den volkswirtschaftlichen Zusammenhang' is, ontwikkelt Raiser de figuur van *Misbrauch der Vertragsfreiheit*.<sup>191</sup> Deze problematiek stijgt echter boven het onderhavige onderwerp uit.

Mijn kritiek op de funktionele contractstheorie – die bij de weergave daarvan op sommige plaatsen al doorsijpelde – komt overeen met de kritiek die ik in het algemeen op de te onzent verdedigde zgn. funktionele rechtsleer heb. Hoe vruchtbaar de funktionele methodiek voor de rechtswetenschap ook is – ik zal de laatste zijn om dat te ontkennen<sup>192</sup> – dit ontslaat de jurist nog niet van de verplichting óók de dogmatiek op haar funktionele waarde door te lichten, om het even of de dogmatiek aan de wet, of aan de 'bewährte Überlieferung' ten grondslag ligt.<sup>193</sup> Zoals wij zagen, lieten de besproken duitse schrijvers de doctrinaire opvattingen inzake rechtshandeling en overeenkomst instand, en bleef de funktionele 'Auflockerung' in feite bij een toevoeging. De figuur van het 'sozialtypisches Verhalten' in zijn verschillende schakeringen, die de praktijk aan de hand deed, werd daarbij niet als breekijzer gebruikt om de bestaande heilige huizen te slopen.<sup>194</sup> Men heeft bij de nieuwbouw de geboden mogelijkheid van sanering laten voorbijgaan.

### 9. Verwerping van het consensus-beginsel bij Thiele

Tenslotte nog de opvatting van een schrijver die zich niet bij de funktionele contractstheorie laat onderbrengen.

In zijn recente monografie *Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft* (1966), komt W. Thiele ook tot de verwerping van de consensus van partijen als grondslag van de overeenkomst. Al verschillen Thieles uitgangspunten sterk van de mijne<sup>195</sup>, zijn betoog kan ten aanzien van deze materie

191. p. 133. Zijn theorie van misbruik van contractsvrijheid, die voor standaardcontracten van groot belang is, werd door Raiser al eerder verdedigd in zijn *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935, herdruk 1961, p. 277 v. Schr.'s rechtssociologische methode komt in dit werk reeds naar voren, vgl. II, p. 59 v. Op het terrein van de standaardcontracten werd Raisers misbruik-constructie (volgens zijn zeggen, p. 133, nt. 72) overigens aanvaard. 192. Hierboven werd al gewezen op het belang van de funktionele beschouwing van de overeenkomst voor de problematiek rond standaardcontracten, met name voor de vraag of tegen onereuze contracten opgetreden kan worden. Een ander belangrijk toepassingsgebied zou het leerstuk van de invloed van veranderde omstandigheden zijn. Gaat men uit van de maatschappelijke functie van de overeenkomst, dan komt de vraag 'of het overeengekomene op grond van de goede trouw opzijgezet kan worden', in een heel ander licht te staan. De partij-autonomie vormt dan niet langer het traditionele obstakel. Vgl. voor die materie en de toepassing van de normatieve uitlegmethode, boven, III, § 2, no. 6; § 3, no. 9.

193. Vgl. voor de zgn. 'funktionele rechtsleer' en mijn bezwaren daartegen ook nog, III, § 2, no. 10.

194. Het pleit in elk geval voor de aanhangers van de 'funktionelle Vertragslehre', dat zij geen dogmatische scheiding aanbrengen tussen de genoemde rechtsfiguur en het wettelijk overeenkomst-begrip, zoals Larenz doet, in de ban van de wilsleer.

195. Vgl. naast de hierna volgende noten ook nog boven, III, § 8, no. 5.

met instemming aangehaald worden. Ik volsta met de weergave van schr.'s conclusie:

'In keinem Falle ist angesichts des komplexen Verständnisses der Privatautonomie als Selbstbestimmung und Selbstverantwortung eine umfassende *Willenseinigung* der Beteiligten erforderlich. Weder das Prinzip der Privatautonomie noch die positive Rechtsordnung verlangt eine "*Verständigung*" im Sinne eines allseitigen Bewusstseins von der Übereinstimmung des Erklärten oder gar des Gemeinten. Deshalb kann der Grund für den Eintritt und die Anerkennung ins besondere der Vertragswirkungen auch nicht in einem "einheitlichen Vertragswillen der Vertragsschliessenden" gesehen werden. Wir haben es hier nicht mit einem als Einheit zu erfassenden psychischen oder gar sprachlichen Phänomenen zu tun, sondern mit der Übereinstimmung der als *Menge* von Angebot und Annahme aufzufassenden mehreren selbständigen und selbständig bleibenden rechtsgeschäftlichen Akte der Beteiligten.'<sup>196</sup>

Teleurstellend is echter dat schrijver zich de mogelijkheid tot verdieping van zijn opvatting ontzegd heeft, door de rechtsfiguur van het 'sozialtypisches Verhalten' niet in zijn beschouwingen te betrekken. De zo belangrijke vraag, waar de grens ligt tussen deze rechtsfiguur en de overeenkomst, laat Thiele derhalve in het midden<sup>197</sup>, evenals Bailas deed (vgl. boven, no. 6).

#### 10. De oudere duitse jurisprudentie en de consensus-leer

Indien men van de duitse doctrine kennis neemt, kan men licht uit het oog verliezen, dat de duitse rechter al in de twintiger jaren te kennen gaf met het begrip wilsovereenstemming in de zin die de wilsleer daaraan geeft, niet te kunnen werken. Ter illustratie de volgende uitspraken van het Reichsgericht:

'...dass einer Partei in solcher Lage der Wille fehlte, eine Erklärung des Inhalts, wie sie lautete, abzugeben, indem sie die Erklärung anders verstand, lässt sich freilich nicht bestreiten; aber das hindert nach dem Recht des BGB das Zustandekommen eines Vertrages durch die beiderseits erklärte Willensübereinstimmung nicht...' (4 juni 1904, *ZRGE* 58, p. 233 v.).

'...Es ist anerkanntes Rechtes, dass beim Vertragsschluss nicht der innere Wille der Parteien entscheidend ist, sondern der erklärte Wille, wie er unter *Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben zu verstehen ist*...' (19 sept. 1918, *ZRGE*, 93, p. 297), mijn curs.).

'Es ist im heutigen Recht anerkannt, dass jedermann *seine Handlungen gegen sich*

196. p. 114 v. Van de noten (niet opgenomen) verwijzen enkele in afkeurende zin (m.b.t. de 'einheitlicher Vertragswille') naar o.a. Larenz, en (m.b.t. 'sprachliches Phänomen') naar Bailas. Uit het slot van het citaat dient men *niet* af te leiden dat voor Thiele aanbod en aanvaarding zelfstandige rechtshandelingen zijn (zoals boven door mij verdedigd werd), vgl. daaromtrent t.a.p. p. 243 v., p. 253 v., p. 262. Schr.'s statische denktrant, waarin de historische indeling van de wet de doorslag geeft, komt daar sterk naar voren.

197. Vgl. p. 111. In een noot geeft schrijver aan, dat voor hem — in navolging van Raiser — essentieel is voor de kwalifikatie 'rechtshandeling', dat de gedraging in vrijheid plaatsvond. Vgl. ook p. 109, p. 12 waar in dit verband Flume geciteerd wordt.

#### IV. RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

*gelten zu lassen hat*, nicht so, wie er sie nach seinem inneren, nicht geäußerten Willen gemeint hat, sondern so, wie sie von der Verkehrssitte, d.h. von den Verkehrsanschauungen, aufgefasst werden. Dieser Grundsatz....gilt....zufolge § 157 BGB allgemein für das bürgerliche Recht.<sup>198</sup>

Men ziet hoe de duitse rechter zich hier door een normatieve uitlegmethode laat leiden – naar mijn indruk heeft Danz op de rechtspraktijk grote invloed gehad – en het probleem van de totstandkoming van overeenkomsten daaraan ondergeschikt maakt. In die visie komt men aan de consensus van partijen als grondslag van de overeenkomst niet toe. In de halve eeuw die sindsdien verstreek, heeft men in de literatuur dat teken niet opgevangen en uitgewerkt. Men bleef steken in de oeverloze wil-verklaring-polemiek, en accepteerde tenslotte opgelucht de Erklärungs- of Vertrauenstheorie als compromis. Daarbij ziet men het ‘Vertrauensprinzip’ slechts als een aanvulling, of wel correctie op het wettelijk ‘Vertragsprinzip’.<sup>199</sup>

#### **b. De ontwikkelingen ten aanzien van de consensus-leer in het zwitserse recht**

##### *11. De zwitserse doctrine. Slechts een ‘assouplissement’ van de wilsleer*

In de zwitserse literatuur vond ik niets van mijn gading, wat de bestrijding van de consensus-leer betreft. In zijn al genoemde opstel van 1933 geeft de raadsheer in het Bundesgericht Gysin ervan blijk zich uitgebreid in Schlossmanns theorieën verdiept te hebben. Hij meent dat echter tussen de door Schlossmann ontwikkelde figuur van Versprechen enerzijds, en Vertrag anderzijds, een niet te verwaarlozen verschil bestaat.<sup>200</sup>

De zwitserse doctrine, die al geruime tijd een belangrijke plaats ingeruimd heeft voor het vertrouwensbeginsel, als correctie op de wilsleer<sup>201</sup>, werd na de oorlog verblijd met een drietal monografieën, alle op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten.<sup>202</sup> Aangezien geen van deze schrijvers de wilsleer radikaal aan de kant zet – het verst gaat nog Meier-Hayoz, de anderen houden het op een gecorrigeerde wilsleer – kan men ook wat betreft de consensus-leer weinig opzienbarends verwachten. Derhalve kan hier met een korte bespreking van hun opvattingen volstaan worden.

198. ZRGE 95, p. 122 v., mijn curs. Vgl. ook nog RG 22 okt. 1920, ZRGE 100, p. 135.

199. Aldus bijv. Esser, *Schuldrecht* (1960), p. 19. Eenzelfde rol kent schr. aan het Vertrauensprinzip toe bij de rechtshandeling in het algemeen, vgl. p. 20, sub. 4, en daarnaast *Grundsatz und Norm*, p. 247 v.

200. *Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts*, p. 287.

201. Een grote rol speelde hierbij A. Simonius, aangehaald bij P. Piotet (zie volgende noot), p. X. Vgl. voor de jurisprudentie hieronder.

202. A. Meier-Hayoz, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss*, diss. Zürich 1948; Patry, *Le Principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, diss. Genève 1953; P. Piotet, *La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse*, 1956.

Meier - Hayoz rekent de wilsleer tot de theorieën 'die im Gehirn eines weltfremden Denkers geboren wurden'. 'Diese willenstheoretischen Spinnge-webe' – zo stelt hij, p. 239 –, 'in denen die heutige Gesetzgebung und Recht-sprechung noch verfangen ist, galt est zu zerstören'. Intussen kan Meier - Hayoz het ook zelf niet zonder het wilsbegrip stellen, met zijn zo sterk op de praktijk gerichte vertrouwenstheorie. Hij neemt een wisselwerking tussen wil en vertrouwen aan, p. 89, 109. Daarbij gaat het om een *hypothetische* wil die niet met de psychische wil hoeft samen te vallen, p. 106, 111. Ook spreekt hij van de overeenkomst als de 'Vereinigung der Willensäußerungen zu einem Ganzen', p. 109.

Patry kiest voor de wilsleer, en de daarmee verbonden 'doctrine de l'auto-nomie de la volonté', waarvan de grote verdienste is dat zij kan steunen op 'des principes philosophiques solides' – dezelfde redenen waarom Hamaker eertijds in de schoot van de wilsleer terugkeerde. Wel ziet Patry met het oog op de economische en psychologische behoeften van het moderne handels-verkeer er de noodzaak van in om een zekere *assouplissement* in de wils-leer aan te brengen, met name op het gebied van totstandkoming van over-eenkomsten. Daarbij sluit schr. aan bij de 'solution de compromis' die De-mogue met het oog op de wils- en verklaringsleer aanbracht. Vgl. p. 148 v.

Piotet, die zich voor hetzelfde onzuivere dilemma stelt (vgl. vooral p. 16), komt tot de aanvaarding van de wilsleer, op een wijze die reminiscenties opwekt aan de Amerikaanse 'injurious reliance doctrine' (vgl. boven § 1, nos. 4, 7 v.). Piotet acht de *wil* van de declarant normatief; ontbreekt hij, dan heeft de verklaring geen effect. Gaat de wederpartij echter in redelijk vertrouwen af op die verklaring, dan geeft het *principe de la réparation* een correctie. Het negatief contractsbelang – zoals ontwikkeld door Von Jhering, met zijn culpa in contrahendo-theorie – wordt vergoed. Vgl. p. 4 v., 18.

De in het Zwitserse recht gangbare *théorie de l'apparence efficace* kan schrijver niet tot andere gedachten brengen, aangezien deze leer z.i. in we-zen op de wilsleer berust, en de schijn van wil gelijk stelt met de werkelijke wil, p. 49 v., 80. Op het terrein van de wilsverklaringen is deze leer bovendien onrechtvaardig, aldus Piotet, omdat zij het belang van de geadresseerde laat gelden boven dat van de adressant, en verder gaat dan het 'principe de la réparation' voorschrijft. De gelding van dat laatste beginsel is, zoals wij zagen, het a priori van Piotet. Vgl. ook p. 167 v.

Eerder werd er al op gewezen, dat deze drie schrijvers geen kennis geno-men hebben van de strijd tegen de wilsleer in de vorige eeuw en het daarbij geboden alternatief. De opvattingen van die revolutionairen – zoals bijv. Schlossman – worden volkomen verminkt weergegeven.<sup>203</sup> Zij bleven daar-door van een mogelijke inspiratiebron verstoken.

203. Vgl. boven, no. 4, in fine.



12. *De consensus-leer in de jurisprudentie*

Evenals de duitse rechter, bediende de zwitserse rechter zich bij de problematiek rond de totstandkoming van overeenkomsten, van de *normatieve* uitlegmethode.<sup>204</sup> Na eerder benadrukt te hebben dat het hier om de 'manifestation de la volonté' gaat met een beroep op art. 1 code des oblig.<sup>205</sup>, spreekt de hoogste rechter zich in 1938 in het arrest *Grandchamp - Huguenin* als volgt uit:

'Dans le système du code, la concordance des volontés n'est pas un élément essentiel du contrat. Celui-ci est en principe parfait dès que les déclarations des parties concordent, quelles que soient leur volonté intime et la divergence entre cette volonté et sa manifestation.'<sup>206</sup>

Bij die vereniging van verklaringen als grondslag van de overeenkomst, gaat het steeds om verklaringen die aan de hand van het beginsel van de goede trouw uitgelegd worden.<sup>207</sup> Zoals wij zagen werd de door de rechtspraak geboden opening in het klassieke denkpatroon, in de literatuur niet ten volle benut.

c. **De overeenkomst in het skandinavische recht**13. *De Löfte-theorie en de uniforme contractenwet. Belofte maakt schuld*

De *skandinavische* rechtsontwikkeling is naar het mij voorkomt voor het moderne contractenrecht van zeer groot belang. Zoals beschreven ontstond in de skandinavische landen in de vorige eeuw een vertrouwensleer als reactie op de wilsleer, merkwaardigerwijze nagenoeg gelijktijdig met de overeenkomstige ontwikkeling in de duitse en nederlandse doctrine.<sup>208</sup> Het wekt geen

204. Voor een beschrijving van de wijze waarop in de zwitserse literatuur en jurisprudentie de uitleg op grond van de goede trouw algemeen aanvaard wordt, verwijs ik naar Patry, p. 194 v. Als voorstanders van deze zienswijze, door schrijver een toepassing van het *système de la confiance* genoemd — vindt men o.a. genoemd Egger, Von Tuhr, Becker, Oftinger en Meier-Hayoz (n.b. de wet, art. 18, code des obligations, spreekt slechts van uitleg als onderzoek naar 'la réelle et commune intention des parties'). De tribunal fédéral sprak zich al aan het begin van deze eeuw in deze zin uit, vgl. *Barbezat - Schenker*, 16 juli 1908; *A.T.F.*, 34, II, p. 523 v. ('der vom Bundesgericht stets vertretenen Erklärungs- oder Vertrauens-theorie'), en *Blanchard - Schmid Kappeler & Cie.*, 28 sept. 1912, *A.T.F.* 38, II, p. 516 v. Vgl. Patry, p. 174 v.

205. art. 1: Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté.

206. 16 febr. 1938, *A.T.F.* 64, II, p. 11, mijn curs.

207. Vgl. in dit verband ook nog het arrest *Franck Zucker c.s. - Preibisch*, T.F. 28 okt. 1947, *A.T.F.*, 73, II, p. 218 v., en verder Patry, p. 215 v.

208. Vgl. boven, III, § 6, no. 7.

verwondering dat deze leer, die in de skandinavische contractenwet<sup>209</sup> haar weerslag vond, ook op de huidige doctrine haar stempel gelegd heeft. In de skandinavische 'Versprekenstheorie' of 'Löfte-theorie'<sup>210</sup> geldt als grondslag voor de contractuele gebondenheid de *eenzijdige belofte*. De gebondenheid ontstaat zodra de toezegging ter kennis is gekomen van de geadresseerde, vgl. §§ 1 jo. 7 (deense) contractenwet. Bij wederkerige overeenkomsten is dus sprake van twee eenzijdige rechtshandelingen, aanbod en acceptatie, die elk een gebondenheid teweegbrengen voor de partij in kwestie.<sup>211</sup> De overeenkomst tussen dit systeem, en het boven door mij – overigens onafhankelijk daarvan – ontwikkelde stelsel, dringt zich op.

#### 14. De funktionele contractstheorie van Jørgensen c.s.

Nog interessanter is de meest recente ontwikkeling van het skandinavische contractenrecht, met name hetgeen deense auteurs verdedigd hebben. Een van hen is de hoogleraar S. Jørgensen. Zijn beschouwingwijze wordt getypeerd door een *funktionele* benaderingswijze. In zijn opstel *Der Vertrag als Form*, gaat zijn belangstelling vooral uit naar 'die Entwicklung und Funktion der Vertragskonstruktion als soziale Tatsache'.<sup>212</sup> Aangezien Jørgensen van mening is dat overeenkomsten als 'soziale Erscheinungen' aan de belangen van de maatschappij ondergeschikt moeten zijn, valt te begrijpen dat voor hem niet de overeenkomstconstructie, maar de sociale werkelijkheid uitgangspunt van zijn beschouwingen is. Daarbij dient men te toetsen, of de overeenkomstconstructie nog met de sociale werkelijkheid te rijmen valt. Die toets valt bij schrijver positief uit, zij het met de aantekening: 'Die Konstruktion muss jedoch von einem Teil ihres *metaphysisches Ballast* befreit werden', terwijl ook een aanpassing aan nieuwe vormen van contracteren

209. Het betreft hier geen uniforme wet in eigenlijke zin, maar drie wetten die in onderlinge samenwerking tot stand kwamen, en die op op kleine afwijkingen na, gelijklopend zijn: de zweedse wet van 11 juni 1915, de deense van 8 mei 1917 en de noorse van 31 mei 1918. Voluit heet de wet: wet betreffende het aangaan van overeenkomsten, betreffende de volmacht en betreffende ongeldige wilsverklaringen. Zij werd vertaald afgedrukt (a.h.v. het noors model) in *WPNR* 2831-2833 (1924). De vertrouwensleer komt in het bijzonder naar voren in de artt. 7, 29, 32-35. Volgens de zweed F. Schmidt hanteert de zweedse contractenwet dezelfde begrippen als het duitse BGB. Hij tekent daarbij aan, dat in de deense en noorse wet een andere betekenis aan het begrip 'declaration of intention' (*viljeserklæring*) gegeven wordt. Volgens Schmidt is er in de skandinavische literatuur echter wel een tendens om de 'declaration of intention' als 'principal tool' te gebruiken. Vgl. *The german abstract approach to law, Scandinavian Studies in Law* 1965, p. 148.

210. Vgl. hiervoor Rabel, *Das Recht des Warenkaufs* I (1936, herdruk 1964), p. 70 v.; Arminton-Nolde-Wolff II, no. 356. In de duitse literatuur heeft deze theorie de aandacht getrokken, vgl. de auteurs genoemd bij Raiser, *Vertragsfunktion*, p. 121, nt. 50.

211. Aan de inhoud van de contractenwet ga ik voorbij. Vgl. voor een kritische beschouwing daarvan S. Jørgensen, *Vertrag und Form*, opgenomen in *Vertrag und Recht*, Kopenhagen 1968, p. 36 v.

212. t.a.p. p. 45. Het baseren van de overeenkomstfiguur op de 'Freiheits- und Willensgrundsatz' heeft volgens schr. tot consequenties gevoerd, die niet als 'notwendig oder praktisch' kunnen worden aanvaard.

bepleit wordt.<sup>213</sup> Voor de ontwikkeling van een modern overeenkomstbegrip baseert Jørgensen zich op de meest recent in de skandinavische doctrine naar voren gebrachte theorie, nl. die van de *dispositive Erklärungen*.<sup>214</sup> Daarbij werkt men niet langer met begrippen als rechtshandeling en wilsverklaring: *Wenn ein Verhalten das gewöhnlich mit einem gewissen Komplex von Rechtswirkungen verbunden ist, beobachtet wird, so treten diese typischen Rechtswirkungen normal auch ein*. De vraag welke rechtsgevolgen een verklaring teweeg brengt is derhalve een *'rein konventionelle Frage'*. Een gedraging die *'typischer Ausdruck eines Willensaktes und eines Willens sich zu verpflichten ist'*, doet een rechtsverplichting ontstaan. Niet relevant is, of er van een *'dispositive Absicht'* sprake is.<sup>215,216</sup>

Bij de uitleg gaat het niet om een onderzoek naar de partijwil, maar om het vaststellen van het *'natürliches Verständnis'*. Gezien de traditie van de vertrouwensleer op dit punt, geen verrassende uitkomst.<sup>217</sup>

Aldus komt de theorie van het contractenrecht volgens Jørgensen tegemoet aan de in de rechtspraktijk optredende *typologisering*, deels in de vorm van de onderscheiding van bepaalde typen contracten, deels in de vorm van op grote schaal toegepaste standaardvoorwaarden. Derhalve verloopt de ontwikkeling niet meer zoals de engelse rechtshistoricus Maine in de vorige eeuw aangaf, *van status naar contract*, maar het getij keert: momenteel beweegt het recht zich *van contract naar status* (p. 21). Op zijn poging de grondslag van de overeenkomst aan de sociale werkelijkheid aan te passen, grondt Jørgensen de hoop, dat men de verschillende verschijnings-

213. p. 46. Schr.'s functionele denktrant komt hier sterk naar voren. Oerigens kan men in de skandinavische literatuur terugvallen op een traditie van *realisme* die in de vorige eeuw al grote invloed had (Ørsted, Goos, Aagesen). Vgl. voor een beschrijving daarvan, Jørgensen, p. 76 v., p. 92 v.

214. p. 40 v. Aan deze theorie, die boven al bij de rechtshandeling ter sprake kwam (III, § 8, no. 5), zijn de namen verbonden van de denen C. J. Arnholm en A. Ross. Zij is weer een reactie op de na de vertrouwensleer ontwikkelde *'Erklärungstheorie'*, die werkte met een *'Willensakt'* en een *'objektiver Erklärungsinhalt'*. Ross is een aanhanger van de skandinavische versie van de — door mij verworpen — *'funktionele rechtsleer'*, *'Skandinavian Realism'*, vgl. daaromtrent boven, III, § 2, no. 10, in fine.

215. p. 41. Schr. verwijst daarbij naar zijn werk *Fire obligationretlige afhandlinger*, 1965, p. 97 v.

216. Nieuw is deze rechtsvisie niet, zoals zoveel in het recht. Bülow wijdt in 1899 al een hele paragraaf aan *'Die "typische Absicht"'*, vgl. zijn vermaard geworden *Das Geständnisrecht*, p. 139 v. Bülow wijst erop, dat bij de aanvaarding van de figuur van de *'typische Erfolgsabsicht'* er twee opvattingen mogelijk zijn. In de eerste gaat het hier om een *'Rechtsregelungsmethode, ein Rechtsbildungsmotiv'*, in de tweede om een vraag van *'Rechtsanwendung, um die Beweisfrage'*, hetgeen kan leiden tot de *'Fiktion der typischen Absicht'*, pp. 139, 146.

217. Vgl. voor die traditie het in noot 215 genoemde werk, p. 87 v. De uitleg moet niet slechts op de gedane uitingen gericht zijn, zegt schr. in het onderhavige artikel, p. 42, *'sondern auf den gesamten Kontext, hierunter deren Anwendung in der gegebenen Lage, die angegebene Zwecke und die sonst vorliegende Umstände'*. In deze zin worden aangehaald: Ross, Schmidt, J. Hellner en Vahlén. Bij veranderde (onvoorziene) omstandigheden is het de taak van de rechter om bij het zwijgen van de wet, d.m.v. *'ergänzende Rechtsvorschriften'* het risico tussen partijen te verdelen. Vgl. p. 41, waar ook literatuur.

### § 3. FRANS RECHT

vormen van de overeenkomst onder één noemer zal kunnen brengen.<sup>218</sup>

Uit deze schets komt naar ik hoop de moderne rechtsontwikkeling in de skandinavische landen naar voren. Het behoeft geen betoog, dat naar mijn mening deze rechtsbeschouwing, die haar wortels zowel in het pragmatische engelse recht, als het meer rationele continentale recht vindt<sup>219</sup>, ook voor ons recht van groot belang is.

### § 3. DE GRONDSLAG VAN DE OVEREENKOMST IN HET FRANSE EN HET ITALIAANSE RECHT

#### a. De leer van 'la déclaration unilatérale de volonté in het franse recht

*1. Inleiding. Ontstaan van de leer van 'la déclaration unilatérale'. De verschillende uitgangspunten: Worms contra Dollat*

In het franse recht wordt de consensus van partijen in de heersende opvatting als de grondslag van de overeenkomst beschouwd.<sup>220</sup> Die opvatting ligt naar men meent aan de code civil ten grondslag, waarbij Pothier<sup>221</sup> als de grote inspirator genoemd kan worden. Evenals ten aanzien van ons BW het geval is, wordt in de code civil aan de totstandkoming van overeenkomsten geen nadere uitwerking gegeven. En daarmee kent het franse recht dezelfde problemen die zich in alle rechtsstelsels voordoen die zich door de code na-

218. Schr. wijst er hierbij op, dat het duitse onderscheid tussen overeenkomst en feitelijke Vertragsverhältnisse in de skandinavische rechtswereld op kritiek stuitte. De overeenkomst tussen de hier beschreven theorie en de feitelijke Vertragsverhältnisse (vgl. boven, no. 6 v.) is intussen sterk. De grondlegger hiervan, Haupt, omschrijft de 'objektive Tatumstände' die rechtsgevolgen teweegbrengen zonder dat van wilsovereenstemming sprake is als: 'besonderen sozialen Beziehungen die zwischen den Beteiligten "in typischer Weise" entstehen', *Über faktische Vertragsverhältnisse*, 1941, p. 11.

219. Vgl. voor een beschrijving van de invloed van de engelse en duitse rechtsbeschouwing op de skandinavische doctrine, Jørgensen, t.a.p. p. 83 v. M.b.t. de duitse invloed vindt men vooral het Handelsgezetzbuch van 1861 genoemd, naast Von Jherings *Interessenjurisprudenz*.

220. Vgl. Bonassies, in: *Formation of Contracts* I, p. 224, 695 v., 812 v.; II, p. 1448 v., waar men literatuur en rechtspraak vermeld vindt. Vgl. verder nog, Carbonnier *Obligations*, no. 95 v. Volgens Bonassies, p. 814, gaat de aanvaarding van de consensusleer zo ver, dat naar geldend frans recht de herroeping van een (herroepelijk) aanbod de gebondenheid aan dat aanbod doet tenietgaan, óók indien die herroeping *niet* ter kennis is gekomen van de geadresseerde (vgl. bij ons *Bosch - Van Maren*, 1933). In de hier verdedigde opvatting valt tegen deze zienswijze weinig bezwaar aan te tekenen: in mijn opvatting staat een *herroepelijk* aanbod immers gelijk met een uitnodiging tot het doen van een bod. Het intrekken van die uitnodiging brengt normalerwijze geen rechtsgevolg met zich. Vgl. voor de wijze waarop men in het franse recht tot onherroepelijkheid van het aanbod besluit, Planiol-Ripert-Esmein, no. 134.

221. Vgl. boven, II, § 1, no. 10.

poléon lieten leiden. Een blik op het franse recht heeft daarom voor de nederlandse jurist zijn waarde, niet alleen uit piëteitsoverwegingen.

Het is in de franse doctrine<sup>222</sup> echter niet alleen consensusleer wat de klok slaat, al zou kennisneming van de moderne handboeken die indruk wel rechtvaardigen. Er valt in de franse literatuur een stroming waar te nemen, die momenteel weliswaar aan gezag ingeboet heeft, maar die aan het begin van deze eeuw, tot in de twintiger jaren, een aanzienlijke aanhang heeft gekend. Evenals bij het vraagstuk van de uitleg<sup>223</sup>, betreft het hier denkbeelden die aan de duitse doctrine ontleend werden. Inspiratiebron vormde Siegels leer van de 'Gebundenheit ans Wort', die ook in ons land omstreeks dezelfde tijd met instemming ontvangen werd. De introductie van die leer geschiedde door R. Worms in diens parijsse dissertatie *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations* (1891). Vele schrijvers volgden hem<sup>224</sup> en zijn visie bereikte zelfs de handboeken<sup>225</sup> al varieerde de uitwerking en soms zelfs de grondslag die aan zijn benaderingswijze gegeven werd, sterk. In zijn omvangrijke studie *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* (1961) wijst A. Rieg erop, dat Worms een belangrijke wending geeft aan Siegels leer. In de franse versie wordt de gebondenheid aan de belofte met nadruk gebaseerd op de *wilsleer*, de ver-

222. De franse jurisprudentie is voor ons onderwerp minder interessant, aangezien daarin de methodische voetangels en klemmen op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten ontweken plegen te worden. Dit is o.m. het geval met de vraag naar de grondslag van de gebondenheid uit een aanbod (vgl. onder), en met de vraag naar het moment van de totstandkoming van de overeenkomst. Volgens Planiol-Ripert-Esmein, no. 158, heeft het cour de cassation tot dusver geweigerd een keus te maken uit de bestaande theorieën. Het college acht die vraag bovendien meer een feitelijke dan een rechtsvraag. De feitelijke rechters plegen, aldus Esmein, zich bij hun keus door de billijkheid in het concrete geval te laten leiden. Vgl. ook Carbonnier, no. 101, sub *e*. Anders echter Arminjon-Nolde-Wolff, *Traité de droit comparé II* (1950), no. 356, die meent dat de hoogste rechter in zijn arrest van 21 maart 1932, *Dalloz* 33.1.65, nt. S. de la Marrière, de *uitingstheorie* aanvaardt heeft. Volgens Carbonnier (t.a.p.) beslist het cour de cassation vaak dat het voorgelegde geval een feitelijke kwestie betreft, terwijl het anderzijds ook voorkomt dat het college de *uitingstheorie* aanvaardt. Daarbij wijst schr. behalve op het arrest van 1932, ook op arresten uit 1955 en 1956 (Soc. 22 april 1955, *Dalloz* 56, *Somm.* 62; Soc. 22 juni 1956, *Revue Trim.* 1956, 517). Carbonnier is zelf voorstander van de vernemingstheorie.

223. Op dat terrein heeft vooral R. Saleilles een objectieve methode van uitleg bepleit, waarbij de verklaring i.p.v. de wil van de handelende persoon de doorslag geeft, *De la déclaration de volonté*, Paris 1901, herdruk 1929. Vgl. uitvoerig over Saleilles' methode van wetsuitleg (afgezet tegen die van F. Gény) Drilsma, diss. 1948, p. 13 v., p. 72 v.

224. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899, Guihaire, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, Rennes 1900; Saleilles, *De la déclaration de volonté*; J. Dollat, *Les contrats d'adhésion*, Paris 1905. Vgl. voor deze leer ook nog: R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, th. Paris 1909; A. Talandier, *De l'engagement par volonté unilatérale*, th. Toulouse 1911; P. Louis-Lucas, *Volonté et cause*, Paris 1918; J. S. Mateesco, *L'Obligation unilatérale et le code civil*, th. Paris 1919; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris 1913. Slechts Saleilles en Dollat werden door mij geraadpleegd.

225. Baudry-Lacantinerie-Barde I, no. 33 (1906); Colin et Capitant, *Cours de droit civil II* (1924) p. 271 v.; R. Demogue, *Traité des obligations en général I* 1923, § 18, p. 56 (de laatste schr. aanvaardt de leer slechts ten dele); Capitant, *De la cause des obligations* (1927), no. 33.

bintenis komt niet voort uit het samentreffen van twee willen, maar enkel uit de wil van de debiteur die de belofte deed.<sup>226</sup> Dit alles ter meerdere glorie van 'l'indépendance du vouloir humain'. Het verwijt aan het adres van Worms<sup>227</sup> dat hij ten onrechte meent de leer van Siegel toegepast te hebben, gaat echter slechts ten dele op. Zoals al eerder betoogd werd, is het zeker niet zo dat Siegel de wilsleer uitdrukkelijk verwerpt. In zijn visie bleek het uiteindelijk op de wil van de toezegger aan te komen.<sup>228</sup> Dat zijn op het germaanse recht gebaseerde theorie beter past bij de na de publikatie van zijn werk ontwikkelde leer, waarbij het wilsdogma bestreden wordt – bekend geworden als de 'Erklärungstheorie' – dan bij de wilsleer, is een andere zaak.<sup>229</sup>

Doch niet alle schrijvers nemen voor de leer van de eenzijdige gebondenheid aan de belofte als grondslag 'cet élément fétiche du XIXe siècle: la volonté' (Rieg). Zo distantieert Dollat zich bijv. duidelijk van de wilsleer. Gesteld voor de keuze tussen de wil van de aanbieder en de verklaring van die wil als grondslag voor het aanbod, kiest schr. de laatste, met als conclusie:

'Nous avons dit, au contraire, que l'offre était l'expression d'une volonté, et nous considérons en effet que l'offre réside non dans la volonté de son auteur mais uniquement dans la déclaration qu'il en fait et que cette déclaration n'est pas seulement la preuve de l'offre mais la condition même de son existence' (p. 19).

Na een uitvoerige verdediging van de gebondenheid op grond van een eenzijdige verklaring – die schr. wel 'déclaration unilatérale *de volonté* blijft noemen – waarbij Siegels dubbele grondslag van die gebondenheid onderstreven wordt<sup>230</sup>, komt Dollat tot de slotsom dat zijn opvatting 'pratique-ment désirable, juridiquement admissible et légalement acceptable' is, p. 56. De reden dat ik bij deze, in de recente franse literatuur niet meer genoemde schrijver stil sta, vindt niet alleen zijn grond daarin, dat zijn betoog goed in mijn straatje past, maar vooral hierin dat de franse versie van Siegels leer, die na Dollat doorgaans weer in de wilssleutel getoontzet werd, de laatste tijd met argumenten bestreden wordt, die door Dollat al op lakonieke en heldere wijze weerlegd werden. En dan denk ik met name aan het betoog van Rieg.

## 2. De bestrijding van de leer van de eenzijdig bindende belofte, o.a. door Rieg. Bestrijding van Rieg

Alvorens op die kritiek in te gaan dient nog eerst de couleur locale aange-

226. p. 429 v., onder aanhaling van enkele sprekende passages bij Worms.

227. Een verwijt dat Rieg ook tot Louis-Lucas, Talandier, Mateesco, Chabas en Gény richt, p. 432.

228. vgl. boven § 2, no. 2.

229. Zoals beschreven, werd te onzent in de strijd tegen de wilsleer (wil of vertrouwen) aan het eind van de vorige eeuw vaak een beroep op Siegel gedaan (o.a. door Levy, Modderman) vgl. III, § 6, no. 2, in fine.

230. p. 48 v. in dezelfde zin Baudry-Lacantinerie-Barde I, t.a.p.

geven te worden. De leer van de eenzijdig bindende belofte is namelijk de laatste jaren in ongenade gevallen, of zoals Martin de la Moutte het uitdrukt: 'singulièrement passée de mode'.<sup>231</sup> Julliot de la Morandière en Ripert<sup>232</sup> voegden zich bij de opponenten terwijl in de woorden van Bonassies<sup>233</sup> de genadeslag door Rieg werd gegeven. Er lijkt dus alle reden aanwezig om op die kritiek nader in te gaan, waarbij ik mij in hoofdzaak beperk tot het betoog van de laatste schrijver.

Rieg beschouwt de leer van Worms en de zijnen van twee kanten, hij toetst haar op de theoretische houdbaarheid, en op haar praktische merites. Op het eerste terrein komt hij tot opmerkelijke resultaten: anders dan de zo-even aangehaalde tegenstanders acht hij de leer in theoretisch opzicht zeer wel verdedigbaar, zowel in de versie Worms (wil centraal) als in de versie Siegel<sup>234</sup> (verklaring centraal). Allereerst ziet hij geen grond voor bezwaren van historische aard, met name niet die welke op het Romeinse recht gegrond zijn.<sup>235</sup> Dan gaat hij de op het rechtssysteem berustende bezwaren van de tegenstanders van de bindende eenzijdige verklaring na, welke hij alle weegt en te licht bevindt.<sup>236</sup> 'La tradition s'y oppose peut-être – zo besluit hij deze toets – mais les juristes contemporains sont libres de forger des concepts nouveaux.'<sup>237</sup>

Voor aanhangers van deze leer blijkt al gauw het gevaar nog niet geweken te zijn, want in het tweede, op de praktijk gerichte gedeelte van schr.'s toets luidt het oordeel negatief en daarmee ook het eindoordeel. Zijn praktische bezwaren laten zich onderscheiden in één van algemene aard, en twee die de werking van de leer bij bijzondere rechtsfiguren betreffen. Het eerste bezwaar bestaat volgens Rieg hierin, dat de leer gevaarlijk is voor degenen

231. *L'acte juridique unilatéral*, Toulouse 1951, § 284. Dit werk is in de Nederlandse openbare bibliotheken niet aanwezig, en kon door mij niet geraadpleegd worden. Opmerkelijk is wel, dat Arminjon-Nolde-Wolff II, no. 354, een jaar tevoren de vraag naar de bindendheid van de eenzijdige belofte nog 'très discutée' noemt. M.b.t. het aanbod wordt in dit werk vóór die leer gekozen, vgl. no. 356 (p. 18).

232. resp. Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière 2, 1959, § 594 v., § 639; Planiol et Ripert 2, § 832 (1926); Ripert in *Rép. Dalloz civ.*, *Engagement unilatéral de volonté* (1952-55). In afwijzende zin ook: Planiol-Ripert-Esmein, § 8 v.; Beudant-Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, 1952, § 80, Ripert-Boulangier, *Traité de droit civil de Planiol* 2, 1957, § 1173, Henri, Léon et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil* II, 1962, § 363 v. 233. *Formation of Contracts* I, p. 664 v.

234. D.w.z. de versie die Rieg ten onrechte aan Siegel toeschrijft, vgl. boven.

235. p. 446 v. Zijn argumenten zijn, dat de voorstanders van de bestreden leer zich nooit op het Romeinse recht beroepen hebben; dat de verering voor de ouden de rechtsontwikkeling niet in de weg mag staan, en tenslotte dat 'l'autonomie de la volonté n'a jamais été affirmée à Rome', welke uitspraak ik graag noteer.

236. Dit gebeurt met de argumenten van Elias, Chabas, Martin de la Moutte, Ripert et Boulangier, Mazeaud, Planiol-Ripert-Esmein (vgl. in deze ook: Carbonnier, nos. 89 v., 99), Beudant-Lagarde.

237. p. 448. Een noot verwijst naar G. Flattet, *Les contrats pour le compte d'autrui*, Paris 1950, die de constructie in theoretisch opzicht eveneens houdbaar acht.

die de verklaring aflegt en voor derden. Want 'le danger des déclarations irréflechies est trop réel pour qu'il y ait lieu de leur attribuer force obligatoire'.<sup>238</sup> Hiertegen valt aan te voeren, dat als de declarant zich niet zeker van zijn zaak voelt, niets hem belet om zijn verklaring (bijv. een aanbod) uitdrukkelijk als herroepelijk ('vrijblijvend') aan te merken. Als schr. bedoelt te stellen dat veranderde omstandigheden ten nadele van de aanbieder (laten we zeggen) werken en ten voordele van de geadresseerde, dan kan ik volstaan met een verwijzing naar Dollat en hetgeen hierboven eerder door mij betoogd werd.<sup>239</sup> Een hiermee samenhangend bezwaar van schr. is van nog minder gewicht: hoe lang moet de adressant gebonden geacht worden, is hij indien hij niet herroept na jaren (tot een maximum van 30 jaar) nog gebonden, bijv. ingeval van een uitloving? Een bevestigend antwoord, dat schr. aan de bestreden leer toeschrijft, acht hij verwerpelijk.<sup>240</sup> De weerlegging moet natuurlijk hierin bestaan dat niet anders dan ingeval van een contract waarbij partijen vergeten hebben een termijn aan de prestatie te verbinden, die leemte te goeder trouw aangevuld moet worden.

Dan komen wij aan het hoofdonderdeel van het bezwaar van algemene aard: de rechtsonzekerheid die de bestreden leer oproept.

'Comment distinguer, en pratique la déclaration unilatérale, irrévocable, valant engagement, de celle qui, *dans l'esprit du déclarant*, est absolument révocable et ne vaut pas engagement de sa part? Les tiers risquent de se tromper sur la portée de la déclaration' (p. 449, mijn curs.).

Men komt derhalve, zo stelt Rieg onder aanhaling van andere schrijvers<sup>241</sup>, in onontwarbare bewijsmoeilijkheden. Rieg heeft zich hier, zoals reeds uit de door mij gecursiveerde passage blijkt, laten leiden door de door hem aangehangen uitlegmethode, die zich het best laat samenvatten in de laatste zin van de paragraaf die aan de uitleg naar frans recht gewijd werd: 'Pour les juristes français, la volonté interne *doit* prédominer sur son expression matérielle.'<sup>242</sup>

Het is duidelijk dat, indien men Rieg niet in die psychologisch-historische uitlegmethode – die (zoals schr.'s gehele betoog) op de *wilsleer* gebaseerd is – wil volgen, het aangevoerde bezwaar geen hout snijdt. Het bezwaar werd overigens door Dollat in 1905 al weerlegd, en wel op de volgende wijze. Gesteld dat die bewijsmoeilijkheden bestaan, dan zijn zij dezelfde die bij het contract optreden. Nog niemand heeft op grond daarvan de bindende

238. p. 449, schr. citeert daarbij Beudant-Lagarde. In dezelfde zin wordt Mazeaud aangehaald.

239. resp. Dollat, p. 47, en boven II, § 3, no. 8 v. In Riegs betoog vindt men overigens Dollat nergens genoemd.

240. In navolging van Martin de la Moutte.

241. Gaudemet en Mazeaud.

242. p. 368; die paragraaf draagt als opschrift: 'La doctrine française ou la prédominance de la volonté interne'.



kracht van de overeenkomst verworpen, waarom zou dat nu wèl bij de eenzijdige verklaring het geval zijn? Dollat voegt hieraan toe:

'De plus ces difficultés ne seront pas insurmontables si on s'attache, non pas à la volonté en soi, mais à la manifestation qui en est faite, pour établir l'étendue de l'engagement du déclarant' (p. 45).

Deze laatste raadgeving zal Rieg niet kunnen volgen, wil hij zijn werk van bijna 600 bladzijden niet op losse schroeven zetten<sup>243</sup>, zodat voor hem slechts het eerste gedeelte van de weerlegging ter overdenking overblijft.

Rest nog het tweetal bezwaren dat schr. tegen de besproken leer inbrengt, en dat de toepassing van die leer op bijzondere rechtsfiguren betreft. Het eerste van deze bezwaren toont zijns inziens de *onzuiverheid* van de gedachte van eenzijdige gebondenheid aan. De eerste rechtsfiguur die Rieg daarbij naar voren haalt, is 'l'offre de purge', waar zoals schrijver triomfantelijk opmerkt, de eenzijdige gebondenheid anders dan zijn tegenstanders leren, op de wet berust (art. 2185 CC). Het volgende paradepaard is het beding ten behoeve van derden. Het onzuivere karakter van dit betoog meen ik afdoende duidelijk te kunnen maken door enkele cursiveringen, die o.a. een fraai *petitio principii* aan het licht brengen:

'En effet, le promettant n'est pas lié envers le tiers par sa déclaration unilatérale, mais par un contrat conclu avec le stipulant. L'obligation du promettant envers le tiers bénéficiaire est donc d'origine contractuelle. D'ailleurs, de nos jours, la majorité des auteurs, ainsi que la jurisprudence, consacrent la théorie de la création directe du droit pour justifier les effets de la stipulation pour autrui'.<sup>244</sup>

Met het laatste bezwaar toont schrijver aan de hand van weer twee rechtsfiguren de *overbodigheid* van de bestreden leer aan, niet alleen voor het franse maar ook voor het duitse recht. Allereerst de centrale figuur op het onderhavige terrein, het aanbod. Bij de vraag naar de grondslag van de gebondenheid aan een aanbod (zoals in het franse recht) indien daaraan een bepaalde termijn verbonden werd, of anders voor een redelijke termijn, is de bestreden leer van geen nut. Immers, zo stelt schrijver, Pothier leerde ons al lang voor Siegel c.s. met hun theorie kwamen: 'en anéantissant l'espoir d'un contrat, le retrait inopiné de l'offre peut constituer une faute qui cause un préjudice. L'offre est déclarée maintenue, pour indemniser le destinataire'.<sup>245</sup>

243. Rieg verwerpt uitdrukkelijk de objektieve uitlegmethode zoals Saleilles en Roubier die aan het begin van deze eeuw verdedigd hebben in navolging van de duitse doctrine, p. 363 v.

244. Dat laatste werd — zoals voor de hand ligt — door voorstanders van de bestreden leer juist als argument ten gunste van hun leer gebruikt, vgl. Capitant, *De la cause des obligations*, no. 33.

245. p. 450. Rieg citeert hier de *Encycl. Dalloz*. Anders dan hier gesuggereerd wordt, stond Pothier alléén schadevergoeding toe, vgl. *Vente* no. 32. Juist de gebondenheid aan het aanbod, ondanks herroeping, staat hier ter discussie.

De soms gemaakte tegenwerping, dat hier van een vicieuze cirkel sprake is, omdat 'faute' een 'obligation' veronderstelt, meent schrijver op eenvoudige wijze het hoofd te kunnen bieden, en wel door gebruik te maken van de figuur van misbruik van recht. De herroeping van een aanbod alvorens de geldingstermijn verstreken is, vormt een geval van misbruik van recht; door het aanbod werd 'l'espoir d'un contrat' bij de wederpartij gewekt, die door de herroeping teniet gedaan wordt. Als sanktie daarop biedt het recht de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen, dan wel om de aanbieder aan zijn aanbod te houden. Ik geloof niet dat Rieg met deze spitsvondigheid aan een cirkelredenering ontsnapt. De vraag waar het hier om gaat, en die schrijver in het midden laat, is waarom hier van *misbruik* van het recht om te herroepen sprake is. Rieg doet trouwens niet anders dan een negatieve formulering geven van wat de bestreden leer in positieve zin formuleert: wie door zijn toezegging een ander (gerechtvaardigd) 'l'espoir d'un contrat' geeft, is gebonden zijn toezegging gestand te doen. Overigens gebruikte het cour de cassation in 1958 voor een dergelijke situatie de figuur van de 'faute'<sup>246</sup>, een kwestie waarop ik zo dadelijk nog terug kom.

De laatste rechtsfiguur die Rieg aanvoert om de overbodigheid van de bestreden leer aan te tonen is eveneens een oude bekende bij dit soort discussies: de uitloving. Ook hier dienen zich volgens schr. andere meer gangbare constructies aan om de gebondenheid van de uitlover te verklaren. Allereerst kan men denken aan een stilzwijgende aanvaarding van het openbaar aanbod door degeen die de handeling in kwestie verricht. Indien de handelende persoon van de uitloving niet op de hoogte was, kan een vergoeding gebaseerd worden op zaakwaarneming, of wel op ongegronde verrijking. Een herroeping van de uitloving na aanvang van de handelingen dient volgens schrijver weer als 'abus de droit' aangemerkt te worden. Veel nieuws dient zich hier niet aan. Ook bij aanvaarding van de leer van de déclaration unilatérale kan men tot dezelfde resultaten komen. Alleen bij de herroeping ligt dat iets anders, maar dat bleek bovenal bij het gewone aanbod.

Naar ik meen is Rieg er niet in geslaagd de praktische bezwaarlijkheid, noch de onzuiverheid, en evenmin de overbodigheid van de leer van de bindende eenzijdige verklaring aan te tonen. Voegt men dit bij schr.'s eerdere uitspraak, dat de leer uit theoretisch oogpunt houdbaar genoemd moet worden, dan moet de slotsom luiden dat zij alle kritiek heeft doorstaan. Het hoeft geen betoog dat die leer alleen mijn sympathie heeft, indien zij niet op de wil van de declarant berust (Worms), maar enkel op de verklaring zelf (Dollat).

246. Deze laatste constructie, die reeds door Larombière I, ad art. 1101 CC, no. 14, verdedigd werd, vindt men al bestreden, als behelzende een cirkelredenering, bij Dollat, p. 37. Een zelfde kritiek vindt men ook bij De Page II, no. 519 (vgl. onder, no. 4). Als Rieg, intussen ook Marty et Raynaud, *Droit civil*, 2, § 103. (1962).

### 3. De bestrijding van de leer door Bonassies. Het standpunt van de jurisprudentie. Bestrijding van Bonassies

Tot slot wil ik nog even stilstaan bij de meest recente bestrijding van de leer van de déclaration unilatérale, juist vanwege het interessante beroep dat daarbij op de rechtspraak van het cour de cassation uit de laatste tijd gedaan wordt. Bonassies spreekt zich in zijn bijdrage aan *Formation of contracts* tegen die leer uit, zoals ik al opmerkte, daarbij gewagend van een 'coupe de grâce', die Rieg aan die leer toegebracht zou hebben.<sup>247</sup> Naar ik heb trachten aan te tonen, valt dat laatste wel mee, de leer is meer met de schrik vrijgekomen.

Om met de argumenten die Bonassies aan de franse rechtspraak ontleent te beginnen, schr. stelt dat de gewraakte leer in de jurisprudentie niet gehanteerd wordt in situaties waar die leer op haar plaats lijkt, zoals met name bij het aanbod, terwijl zij bovendien één keer expliciet werd verworpen. Het eerste is in zoverre niet overtuigend, omdat de franse rechter, naar ook Bonassies zelf toegeeft, doorgaans in het midden laat waarop de gebondenheid wèl berust. Zo overwoog het cour de cassation onlangs:

'Mais attendu que si une offre peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément ou implicitement engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque.'<sup>248</sup>

Op welke wijze men 'engagé is, doet de hoogste rechter hier niet uit de doeken.

De verwerping van de leer is volgens Bonassies te vinden in het arrest van het cour d'appel te Parijs van 20 maart 1959.<sup>249</sup> De zaak lag als volgt. De wijnhandelaar Damoy had – door een vergissing van zijn agenten, zo stelt hij – 100 000 lege wijnflessen die het merk van zijn concurrent Nicolas droegen. De laatste wordt door Damoy aangesproken om de flessen te accepteren en 2 500 000 oude francs aan statiegeld te betalen. Wat het rechtskarakter van de verplichting om statiegeld te betalen betreft, in confesso was, dat deze gezien moest worden als een beding tot wederinkoop, gemaakt door de verkoper bij de verkoop van de wijn, zodat de koper ook eigenaar van de (lege) fles geworden is.<sup>250</sup> Nu leidt Damoy uit het gebruik, dat wijnverkopers in de praktijk niet plegen na te gaan, of degeen die de flessen retourneert dezelfde persoon is als degeen die indertijd de wijn heeft gekocht, een algemene verplichting voor wijnverkopers af om ieder aanbod van flessen te accepteren, ongeacht de wijze waarop de aanbieder aan zijn flessen is gekomen. De overwegingen waarmee de appèlrechter deze stelling

247. t.a.p., I, p. 665 (sub A-7).

248. Cour de cassation 17 dec. 1958, *Rec. Dalloz* 1959-33, *Isler et Puy - Chastan*.

249. *Rec. Dalloz* 1958-268, nt. L. Mazeaud, *S.A. Jul. Damoy - Etabl. Nicolas*.

250. Vgl. voor andere in de rechtspraak gehanteerde constructies (zoals bruikleen) de noot van Mazeaud.

verwerpt, vangen aan met de opmerking, dat 'le droit français ignore l'engagement unilatéral de volonté'. Deze uitspraak blijkt echter in het dictum als geheel bezien, geen functie te hebben.<sup>251</sup> Hij is dan ook niet 'to the point'. Immers de kardinale vraag in deze casuspositie is, of het hier een aanbod tot wederinkoop betreft dat aan de koper van de wijn alléén, of dat aan het publiek gericht is.<sup>252</sup> Met andere woorden, betreft het hier een gewoon aanbod of een openbaar aanbod? Het cour d'appel komt bij de uitleg van de 'promesse de rachat'<sup>253</sup> – waarbij o.a. een rol speelt dat 'l'intention évidente' van de wijnverkoper is om door dat aanbod een clientèle op te bouwen – tot de slotsom dat het hier een gewoon aanbod betreft, gericht tot de wijnkoper in casu. Bij deze uitlegvraag, die volgens de annotator in de pas loopt met het geldend gebruik, komt men naar ik meen in de leer van de bindende eenzijdige verklaring niet tot een andere oplossing. Zodra een aanbod niet als een openbaar, tot het gehele publiek gericht aanbod opgevat moet worden, zijn ook in die leer anderen dan degeen tot wie het aanbod gericht werd, niet in tel. Bonassies' beroep op dit arrest kan derhalve niet overtuigen.

Bonassies doet verder nog een beroep op twee andere arresten van hetzelfde cour d'appel, die eenzelfde casus betroffen. Iemand had ter financiering van een bouwproject, van een semi-staatsbank een lening gekregen waarvoor de staat zich garant had gesteld, echter met het beding dat de bouwer niet meer dan 10% winst mocht maken op de verkoop van de te bouwen flats. De laatste houdt zich daar niet aan, en de kopers van de flats spreken hem aan tot restitutie van dat gedeelte van de koopprijs, dat die 10% te boven gaat. In beide arresten worden de kopers in het gelijk gesteld, doch de gehanteerde constructie verschilt. In het eerste arrest, van 12 juni 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 2.20, wordt – na verwerping van de aangevoerde constructie van een derdenbeding – overwogen: 'on doit admettre que les souscripteurs sont habilités à se prévaloir et de la façon la plus large de l'obligation unilatérale à laquelle l'administration en l'imposant au promoteur a conféré valeur objective et effet envers tout intéressé' (p. 24, mijn curs.).

In het tweede arrest benadert het parijse cour d'appel de zaken anders. Het hof hield het erop, dat de koopovereenkomsten gesloten werden met kennis van de wijze van berekening van de koopprijs, en dat die methode derhalve gevolgd moest worden. (7 jan. 1964, *Gaz. Pal.* 1964, 1.169). Bonassies, p. 666 v., meent dat het hof hiermee de eerder aanvaarde leer van de déclaration unilatérale verworpen heeft, aangezien hier de verplichting van de bouwer in de koopovereenkomst geïntegreerd werd. Ik betwijfel of hier inderdaad van een omgaan van het hof sprake is. De motivering van het hof is in elk geval zeer vaag; niet duidelijk wordt waaróm kennis van de regeling normgevend is, en of hier bedoeld wordt op kennis die bij de 'promoteur' alléén of bij beide partijen aanwezig is. In het eerste geval wordt aldus de werking van een 'obligation unilatérale' stilzwijgend erkend; in het tweede geval hanteert men een fictie, aangezien de kopers kennelijk eerst na de koop van de verplichting van de verkoper kennis namen.

251. In zijn uitvoerige noot gaat Mazeaud zelfs geheel voorbij aan deze uitspraak van de *appèlrechter*.

252. Vgl. in deze zin ook Mazeaud, sub B.

253. Daarbij volgt het cour d'appel de constructie dat dat beding is 'une stipulation accessoire à la vente du vin qui en est la cause juridique'.

Bonassies is een goed voorbeeld van een schrijver die men, na verwerping van de leer van de bindende eenzijdige belofte, in moeilijkheden ziet komen bij het bieden van een alternatief. Bij de beschrijving daarvan – schr. komt tot een andere oplossing dan die van Rieg – zal getracht worden opkomend leedvermaak te onderdrukken. Allereerst stelt Bonassies zich de vraag, of de gebondenheid aan een aanbod ‘absolute and general’ is. Met enige aarzeling geeft schr. een ontkennend antwoord: ‘This obligation is only one aspect of a general duty on the part of everyone to act reasonably, and in good faith. It may be held, therefore, that in certain circumstances the offeror retains the power to revoke his offer, although he has not expressly reserved it’.<sup>254</sup> Als theoretische grondslag voor deze verplichting verwerpt schr. die van de onrechtmatige daad. Zijn argument daarvoor is, niet zoals bij Rieg, dat dan van een cirkelredenering sprake is, maar dat op die wijze het duidelijke onderscheid tussen contracts- en onrechtmatige daadsaktes vertroebeld wordt. Bonassies spreekt zich uit voor de theorie die door de meerderheid van de schrijvers gehuldigd wordt, die van de *voorovereenkomst*.<sup>255</sup> In deze bekende opvatting – bij ons door Van Brakel verdedigd – wordt naast het aanbod een begeleidend tweede aanbod gedacht, met als inhoud de toezegging om het principale aanbod gedurende bepaalde tijd gestand te doen. Na acceptatie van dit accessoire aanbod, uitdrukkelijk of stilzwijgend, ontstaat de *contractuele* verplichting voor de aanbieder om zijn aanbod gestand te doen. Stilzwijgende aanvaarding is hier toegestaan, zo stelt Bonassies met een beroep op de vaste rechtspraak, omdat het hier een aanbod betreft dat enkel *ten voordele* van de geadresseerde strekt.

Deze zienswijze, door Demolombe in 1877 al ontwikkeld, vindt men reeds bij Dollat uitvoerig bestreden.<sup>256</sup> Van de vele daar aangevoerde bezwaren noem ik slechts het bezwaar – dat juist wilsaanhangers moet aanspreken – dat die zienswijze van ficties gebruik maakt omdat wederzijds een wil van partijen in de aangegeven zin in werkelijkheid ontbreekt; en verder de kritiek, dat het geenszins zo is dat alleen de geadresseerde voordeel bij de bindende kracht van het aanbod heeft. Ook de aanbieder is daarbij gebaat, stelt Dollat, omdat in dat geval zijn aanbod serieus overwogen zal worden, en door de geboden zekerheid aantrekkelijk is.<sup>257</sup> Daarmee vervalt de mogelijkheid om met een stilzwijgende aanvaarding genoeg te nemen (aldus namelijk de vaste jurisprudentie in Frankrijk).

254. p. 774 (sub A-10). Een noot verwijst n.a.v. de laatste zin m.i. ten onrechte naar Colmar, 4 febr. 1936, *DH* 187.

255. p. 776. Als medestanders noemt schr. Planiol-Ripert-Esmein, Beudant, Mazeaud, en van de oudere schrijvers, Demolombe, Valéry. (Vgl. verder ook nog, Carbonnier, no. 99, p. 103). Zijn beroep op de jurisprudentie berust slechts op Colmar, 4 febr. 1936, en Nancy, 13 nov. 1952.

256. p. 37 v. Demolombe sprak van een ‘contrat de proposition’. Deze zienswijze vindt men ook bestreden bij Baudry-Lacantinerie-Barde I, no. 33, (bij Rieg onvermeld gebleven), die daarbij Worms aanhaalt.

257. In dezelfde zin G. Gorla, vgl. onder, no. 7.

De merites van de constructie van de stilzwijgende overeenkomst daargelaten, is het opmerkelijk, dat deze zienswijze in strijd is met de zoëven aangehaalde uitspraak van Bonassies, dat de onderhavige verplichting een aspect is van de algemene verplichting die een ieder heeft 'to act reasonably and in good faith'.<sup>258</sup> Nog opmerkelijker is, dat de theorie van het 'contrat proposition' niet die is van het cour de cassation. In het al genoemde arrest *Isler et Puy - Chastan*, van 17 december 1958, wordt zoals ik zoëven al opmerkte de grondslag van de gebondenheid uit het aanbod in het midden gelaten.<sup>259</sup> De cassatierechter onderschrijft in dat arrest de overweging van de lagere rechter, dat herroeping van het aanbod oplevert 'une faute de nature à engager sa responsabilité ('sa' slaat hier op de aanbieder). Hieruit blijkt dat het 'implicitelement engagé' zijn om het aanbod niet te herroepen ('tacitement obligé' in de woorden van de lagere rechter) niet op een contractuele rechtsband doelt, maar op een buitencontractuele, die bij schending een 'faute', een onrechtmatige daad oplevert. De constructie die zoals beschreven behalve door Bonassies, ook door Rieg verworpen wordt.

#### 4. Conclusie. Steun voor de leer bij De Page

Om tot een conclusie te komen, mijn indruk is, dat de zekerheid waarmee moderne franse auteurs de leer van de 'déclaration unilatérale de volonté' verwerpen, verdwenen is zodra men een alternatief moet formuleren. De oplossing die Rieg met weliswaar zekere hand biedt, kan als een spitsvondigheid betiteld worden, waarmee het eigenlijke probleem ontlopen wordt. Bij deze strijdvraag bleek de franse rechtspraak geen steun te bieden, omdat men zich daarin zoveel mogelijk in theoretisch opzicht op de vlakte lijkt te houden. Indien de franse rechter zich wèl uitspreekt, blijkt er geen resonans met de in de literatuur heersende opvattingen te zijn, zoals bleek uit het arrest van 12 juni 1963, en dat van 17 december 1958, *Isler et Puy - Chastan*. Dit wekt geen bevreemding als men bedenkt hoezeer in

258. Deze zienswijze past overigens goed bij de opvatting die schr. t.a.v. de in Frankrijk heersende consensus-leer aanneemt. Hij verwerpt de daarbij gangbare wilsleer, want die 'overshoots the mark', en meent daarentegen: 'the principle of consensualism in the Code basically reflects the simple moral concept that one should be bound by his word' (p. 244, mijn curs.). Een verbluffende uitspraak, die schr. echter niet blijkt waar te kunnen maken.

259. Gezien de feitenconstellatie is dit interessant. Isler had nl. per brief van 11 augustus een chalet te koop aangeboden hetgeen in de uitleg van de feitelijke rechter een 'normaal' en dus herroepelijk aanbod inhield. In diezelfde brief had de verkoper ook gereageerd op het verzoek van de aspirant-koper Chastan (d.d. 9 aug.), om het chalet 15 of 16 aug. te mogen bekijken. N.a.v. dat laatste verzoek merkt dezelfde rechter op: 'l'y ayant autorisé dans sa réponse du 11 août, Isler s'était tacitement obligé à maintenir son offre pendant le temps ainsi prévu, c'est-à-dire jusqu'après la visite annoncée'.

#### IV. RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

de franse doctrine de wilsleer<sup>260</sup> en het daarmee samenhangende consensus-beginsel aangehangen wordt. Op de recente herleving van de bestrijding van de leer van de *déclaration unilatérale*, die aan het begin van deze eeuw een gevestigde positie bereikt scheen te hebben, lijkt de uitspraak van Dollat in 1905 van toepassing: 'L'hostilité qu'elle rencontre a peut-être été expliquée d'un mot par M. Génys: ce mot c'est le préjugé'.<sup>261</sup>

Het beeld dat de leer van de '*déclaration unilatérale de volonté*' in deze tijd biedt, is echter minder somber dan men uit de schildering van Rieg, Bonassies c.s. zou opmaken. Ook onder de recente schrijvers zijn aanhangers van die leer te vinden. Hierboven werden Flattet en Arminjon-Nolde-Wolff reeds genoemd. Een fervent voorstander van deze leer is ook de sterk op de franse literatuur georiënteerde belgische schrijver H. de Page<sup>262</sup>, die bepaald een versterking voor de uitgedunde geleerden betekent. Zijn beschouwing over het aanbod biedt zoveel aanknopingspunten met de door mij verdedigde opvatting, dat een korte bespreking op zijn plaats lijkt.

In de klassieke opvatting, zo betoogt De Page, heeft het aanbod geen enkele bindende kracht voordat het geaccepteerd is. Men maakt echter een 'uitzondering' voor het aanbod onder termijn: de aanbieder is gedurende die termijn gebonden. Maar, zo stelt schrijver, men wacht zich ervoor een bevredigende '*justification technique*' daarvoor te geven. '*La raison en est bien simple – merkt schr. droogjes op – c'est que, dans la système classique, cette justification n'existe pas*'.<sup>263</sup>

Een zuivere formulering van het probleem brengt De Page tot het inzicht, dat de gemaakte uitzondering in het geheel geen uitzondering is. Men dient zich ervan rekenschap te geven dat in alle gevallen van aanbod, van een aanbod op termijn sprake is. Het doel van een aanbod is juist om de geadresseerde enige tijd ter overdenking te gunnen. '*Le pollicitant est donc lié, et il l'est toujours; et la seule question qui se pose est de savoir, non pas s'il est*

260. In de weergave van Carbonnier, no. 94, p. 84: '*je veux, donc je m'oblige*'. Elke verbintenis is terug te leiden tot 'la force créatrice de la volonté humaine'. Vgl. ook Demogue I, no. 15. In de traditionele opvatting is de *interne* wil doorslaggevend, vgl. Ripert-Boulanger 2, no. 131.

261. p. 56. Deze uitspraak typeert bijv. ook het betoog van Planiol-Ripert-Esmein, § 8 v. Daar vindt men o.a. het argument gehanteerd, dat 'la doctrine du droit direct' bij het derdenbeding niet ten gunste van de bestreden leer pleit, en wel omdat deze tot stand kwam om aan de behoeften van de praktijk te voldoen, en niet onder invloed van de leer van de '*déclaration unilatérale de volonté*' (no. 11). Ik laat dit betoog, en dat van de overige bestrijders die ik al noemde, echter daar.

262. *Traité élémentaire de droit civil belge* III, 2e dr. (1950), no. 51 v.; II, 3e druk (1964), no. 516 v.

263. II, no. 517 (p. 511). Van de drie theorieën die in roulatie zijn, verwerpt schrijver de stilzwijgende overeenkomst-constructie ('souvent qu'une hypothèse, un expédient, imaginé de toutes pièces'), en die van aansprakelijkheid buiten contract ('loin de résoudre la question, en implique la solution'), en kiest tenslotte voor 'l'engagement par volonté unilatérale', als een zienswijze die 'blesse tous les esprits imbus des théories classiques' (no. 518). Vgl. ook III, no. 51.

lié ou non, mais *quelle est l'étendue du laps de temps pendant lequel il est lié*. De bepaling van die termijn, indien niet door de aanbieder aangegeven, dient door de feitelijke rechter te gebeuren, rekening houdend met de aard van de zaak, de gebruiken en de omstandigheden (p. 514). De term 'offre' is dus naar heersend spraakgebruik het synoniem van 'offre ferme' of 'option'. Wanneer dit aanleiding tot moeilijkheden geeft, heeft men bij nader inzien steeds te maken met de uitnodiging tot het doen van een aanbod ('la proposition de contracter') die op zich niet bindt (p. 513). Volgens schrijver haalt men in de klassieke opvatting de verbintenis uit contract en die uit het aanbod door elkaar; slechts de eerste komt door aanvaarding tot stand. Als theoretische grondslag voor de bindende kracht van het aanbod komt De Page slechts als juist voor: *'l'engagement par volonté unilatérale qui est la seule réalité'*.

Met het heldere betoog van De Page kan naar het mij voorkomt de franse doctrine zijn voordeel doen. Zoals uit de eerder gevoerde beschouwingen gebleken zal zijn<sup>264</sup> kan ik schrijvers pleidooi om onder aanbod slechts *onherroepelijk* aanbod te verstaan, con amore onderschrijven. Opmerkelijk is intussen, dat De Page tot zijn opvatting komt, zonder de wilsleer de rug toe te keren, hetgeen de afzetmogelijkheden op de franse markt bepaald gunstig beïnvloedt. Schr.'s visie berust op een weinig gecompliceerde grondslag. Ongetwijfeld kan men niet tegen zijn wil debiteur worden (in tegenstelling tot het crediteur worden), zo stelt hij. Maar bij *'l'engagement par volonté unilatérale'* liggen de zaken anders. Om De Page verder zelf aan het woord te laten:

*'Celui qui s'engage ainsi ne devient pas débiteur sans sa volonté; c'est, au contraire, lui qui veut, et même qui veut seul. D'autre part, le futur créancier ne se prévaudra, pour sa part, de l'obligation que s'il le veut. Aucun obstacle de principe, donc. Toute la question revient, dès lors, à savoir s'il y a parfois intérêt à admettre la validité d'un engagement ferme, juridique, du débiteur indépendamment de toute acceptation. Or, cet intérêt est certain; la théorie de l'offre le démontre.'*<sup>265</sup>

Het feit dat de wet over deze bron van verbintenissen zwijgt, doet schr. niets. De mogelijkheid van het bestaan van bronnen naast de in de wet genoemde wordt niet uitgesloten. *'Les usages et la pratique des affaires peuvent en révéler d'autres. Il y a un droit en dehors des textes.'*<sup>266</sup>

264. Vgl. boven, II, § 1.

265. III, no. 51 (1950). Een betoog dat men bij Rieg overigens onvermeld vindt.

266. II, no. 519. Een standpunt dat overeenkomt met dat van Dollat (p. 55), en Rieg, vgl. boven, no. 2.



## b. De rechtssociologische visie op de overeenkomst. De theorieën van Duguit, Lévy e.a.

### 5. Bestrijding van de wilsautonomie bij Duguit c.s. 'La socialisation du droit'

Het geschetste beeld van de consensus-leer in het franse recht zou – zelfs als schets – onvolledig zijn, indien ook niet die schrijvers gememoreerd zouden worden, die in het algemeen de autonomie van de wil in het (privaat)recht bestreden hebben. Deze tegenstanders van de wilsleer komen merkwaardigerwijze voor het merendeel uit de publiekrechtelijke hoek, hetgeen hen niet belet heeft ook het privaatrecht in hun beschouwingen te betrekken. Een centrale figuur is Léon Duguit; zijn uitgangspunt is:

'On ne peut pas poser l'homme naturel, indépendant et isolé; on ne peut poser que l'homme social, ou plutôt, on ne peut poser que la société. L'homme n'existe pas antérieurement à la société, il n'existe que dans la société et par la société. Il y a eu des sociétés d'hommes, du moment où il y a eu des hommes. Penser l'homme isolé, c'est penser une chose qui n'existe pas...'<sup>267</sup>

In deze zienswijze – die overigens overeenkomst vertoont met de gedachten die o.a. J. A. Levy aan het einde van de vorige eeuw in ons land ontwikkelde<sup>268</sup> – heeft de individuele mens een 'fonction sociale' en is hij onderworpen aan een 'loi sociale'. Daaruit vloeit voort, dat een recht niet door de macht van een individuele wil kan ontstaan, maar dat slechts de gemeenschap de macht heeft om individuen verbintenissen op te leggen.<sup>269</sup> Voor Duguit is dan ook de interne wil rechtens irrelevant, en is slechts de uitdrukking daarvan, de 'déclaration de volonté' van belang, dit als consequentie van de 'socialisation du droit'.<sup>270</sup> Al hebben partijen bij een contract het in meerdere of mindere mate in de hand om de inhoud van het contract te bepalen, dan nog dient dat als een 'acte intellectuel' en niet als een wilshandeling opgevat te worden. Want, 'dans le fond, toutes les situations juridiques, même les situations contractuelles sont des créations de la loi'. De functie

267. *Traité de droit constitutionnel* I, 2 éd. (1921), p. 120. Vgl. voor Duguits leer ook Markovitch, *La doctrine sociale de Duguit*, th. Paris 1933; Gurvitch, *L'idée du droit social* Paris 1932; Friedmann, *Legal Theory*, 1967, p. 228 v.; Allen, *Law in the making*, 1964, p. 39 v.

268. Vgl. boven, III, § 6, no. 2 v.

269. 'L'effet de droit est un fait social, puisqu'il n'est autre chose que la contrainte socialement imposée à une ou plusieurs volontés de faire ou de ne pas faire quelque chose'; in: *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, 1908, p. 70.

270. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2e éd. (1920), p. 86 v. Merkwaardig is evenwel, dat in zijn *Traité de droit const.* I, de rechtshandeling door Duguit van uit de wilsdogmatiek gezien wordt, vgl. p. 216 v., p. 219 v., p. 238 v. Deze beschouwingen vindt men met instemming aangehaald bij Steenbeek, *Rechtshandeling en rechtsgevolg*, p. 31.

van de wilsverklaring is voor schr. dat zij 'ne fait que conditionner l'application de la loi'.<sup>271</sup>

Sterk verwant aan de visie van Duguit, zijn de opvattingen van Carré de Malberg<sup>272</sup> en M. Waline.<sup>273</sup> De laatste schr. stelt dat de opvatting waarin voor de wilsautonomie geen plaats is, onder publiekrechtelijke auteurs op dat moment (1945) als de heersende moet aangemerkt worden (p. 211). Slechts Hauriou wordt als aanhanger van de klassieke opvatting van de 'autonomie de la volonté' aangehaald. Waline wijst er echter ook op, dat de ook door hem verdedigde zienswijze bij civilisten weinig bijval ontmoet.

In de privaatrechtelijke literatuur vond ik slechts J. Zaksas,<sup>274</sup> als volgeling van Duguit, zij het met eigen varianten.<sup>275</sup> Naar Zaksas' mening leent Duguits leer zich bijzonder goed als grondslag voor recente rechtsfiguren als de aktie uit ongegronde verrijking, de risikoleer en misbruik van recht. Steeds staat daarbij volgens schr. de 'solidarité sociale' voorop.

### 6. *Vertrouwenstheorieën. Lévy en zijn leer van 'la confiance légitime'*

Toch ondervond ook in de privaatrechtelijke literatuur het wilsbegrip bestrijding. Al in de vorige eeuw hadden twee schrijvers van rechtsfilosofische huize, Belime en Boistel, een vertrouwensleer verdedigd: 'Tout contrat est obligatoire parce qu'il engendre une confiance légitime'.<sup>276</sup> Veel meer opzien baarde Em. Lévy met zijn bestrijding van de wilsleer in de eerste decennia van deze eeuw, zonder echtveel aanhang voor zijn visie te kunnen winnen. Een barrière vormde daarbij het feit, dat Lévy zich – evenals Duguit – sterk liet leiden door een sociologische methode, die ook hij aan Durkheim ontleende. In het volgende citaat komt Lévy's opvatting goed naar voren:

271. Duguit baseert zich met zijn 'solidarité sociale' als grondslag van het recht op de socioloog Durkheim, met name op diens 'division du travail social'. Duguits methode, gekenmerkt door een afkeer van de metafysika (vgl. *Les transformations*, p. 8) en door de afleiding van normen d.m.v. waarneming van de feiten, vertoont in dat opzicht overeenkomst met de tegenwoordig bij ons bepleite zg. 'funktionele rechtsleer', waarover boven, III, § 2, no. 10.

272. *La formation du droit par degrés*, no. 56, besproken door Waline, (zie volgende noot) p. 209 v.

273. *L'individualisme et le droit* (1945) p. 211 v. De 'consentement' van partijen speelt bij schr. wel degelijk een rol, zij het slechts als noodzakelijke voorwaarde om aan het recht werking te verlenen. Bij gebreke van art. 1134 CC (ons art. 1374 BW) zouden z.i. verbintenissen uit overeenkomst op het positief (gewoonte)recht berusten, en ook dan niet op de wil van partijen.

274. *Les transformations du contrat et leur loi. Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique*, th. Paris 1939.

275. Daarbij komt het individualisme toch weer enigszins naar voren, in de vorm van 'liberté individuelle'. Volgens schr. is de 'solidarité sociale' gebaseerd op 'les idées de nationalisme et de socialisme'. Vgl. p. 204 v., p. 422 v.

276. Boistel, *Philosophie du droit* I, p. 422 (1899); in gelijke zin: Belime, *Philosophie du droit* II, p. 428.

#### IV. RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

'Le contrat n'est pas une cause; il est une catégorie . . . Il y a contrat toutes les fois qu'on est obligé sans loi spéciale, sans préjudice, ni enrichissement. . . En vain on situe le génie du contrat dans une volonté qui n'ajoute, qui n'enlève rien à l'activité, qui n'en est que l'expression intellectuelle. . . La question posée au juge n'est pas: si le défendeur veut son obligation ou si le demandeur veut son droit, mais si le demandeur a un droit, une prétention conforme aux croyances sanctionnées, s'il y a, au moment de l'instance, *confiance légitime trompée*. En somme, il s'agit toujours de croyances qui s'élaborent autour de situations.'<sup>277</sup>

Elders stelt hij, dat de wil slechts een 'étiquette de nos croyances, de nos représentations' is.<sup>278</sup> 'On peut dire ou ne pas dire que le contrat est un acte de volonté. Ce n'est que façon de dire . . . La volonté est une idole' . . .<sup>279</sup> De weerstand die deze gedachten oproepen komt onverbloemd naar voren in een uitspraak van E. Gounot: 'ces affirmations étranges . . . sont trop directement contraires à tout ce qu'ont cru les juristes de tous les temps et de tous les pays, pour ne pas exciter notre légitime défiance'.<sup>280</sup> Lévy's opvatting vindt men nogmaals geformuleerd in *La vision socialiste du droit* (1926), en in *Les fondements du droit* (1933).<sup>281</sup>

Tot deze sociologische stroming kan men ook G. Davy rekenen. In diens parijse dissertatie (lettres) *La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat* (1922) wordt verdedigd:

'que la liberté ne peut se donner de règle valable qu'en empruntant la vertu de lier, dont elle veut douer le contrat, à des types de relations sociales où elle la trouve déjà agissante et efficace au bénéfice de la société'.<sup>282</sup>

277. *La confiance légitime*, *Rev. Trim.* 1910, p. 719 v., mijn curs.; ook te vinden in schr.'s *La vision socialiste du Droit*, 1926, p. 43 v. Lévy wordt door Waline en Zaksas merkwaardigerwijze niet genoemd.

278. *La transition du droit à la valeur*, *Rev. de métaph. et de mor.*, mai 1911, p. 414.

279. *Volonté et arbitrage*, *Rev. Socialiste*, 15 mars 1911, p. 241 v.

280. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon 1912, p. 352, nt. 1. Een ander daar aangevoerd bezwaar geldt Lévy's rechtssociologische benaderingswijze. De overeenkomst van zijn leer — althans, zoals zij door Gounot opgevat wordt — met de tegenwoordig te onzent verdedigde functionele rechtsleer komt uit Gounots kritiek scherp naar voren: 'La théorie de la confiance légitime, telle que la présente M. Lévy, se borne à des constatations, elle ne fournit pas des explications. Un juriste strictement positiviste, qui borne son ambition à enregistrer des faits et à cataloguer les formes diverses des relations sociales, peut sans doute s'en contenter. Ce n'est pas notre cas. Quand on définit le contrat: un rapport de confiance légitime, on en donne le signalement, rien de plus . . . Loin d'être ainsi résolu, le problème du contrat n'est que posé. Il reste à analyser les conditions diverses dont dépend la confiance légitime, à déterminer les éléments qui la constituent et les causes qui la font naître'. Etc. Elders stelt schr. dat het meningsverschil in wezen handelt over de vraag naar 'les rapports de la psychologie et de la sociologie, de l'individuel et du social', p. 148, nt. 1. Aan de vraag of Gounots kritiek op Lévy gegrond is, ga ik hier voorbij.

281. Vgl. ook nog Lévy's korte artikel *L'état des créances*, *Archives de Phil. du droit et de soc. jur.* 1931, p. 399 v. Schr. was toen hoogleraar te Lyon.

282. In de woorden van schr. in *Archives de Phil. du droit*, etc. 1931, p. 94. Volgens Davy moet de overeenkomst niet als 'une invention de l'individualisme juridique' gezien worden, maar als 'une institution objective' (aangehaald bij M. Nédoncelle, *De la fidélité*, p. 92 (1953)). Davy wordt op weinig overtuigende wijze bestreden door Carbonnier, p. 82.

Tot dezelfde richting behoort naar ik meen Dikoff.<sup>283</sup> De funktie van de overeenkomst in een veranderende samenleving wordt ook door Josserand belicht. Zijn conclusie luidt: 'l'individualisme révolutionnaire a vécu; le droit nouveau réalise une socialisation en même temps qu'une "publicisation du contrat"'.<sup>284</sup>

### c. De bestrijding van de consensusleer in de italiaanse doctrine

#### 7. De vertrouwenleer van Gorla

De bestrijding van de consensusleer is in Italië ter hand genomen door G. Gorla.<sup>285</sup> In het kort komt zijn opvatting hier op neer. De grondslag van de contractuele verbintenis rust volgens Gorla niet op 'un prétendu pouvoir de la volonté (du promettant) de s'auto-engager', en evenmin op de enkele 'consentement (promesse plus acceptation)'. De wil van de acceptant, ook al is hij verbonden met die van de aanbieder (wilsovereenstemming) doet zijns inziens geen verbintenis ontstaan. De belofte zelf is de grondslag van de verbintenis, waarbij drie mogelijkheden te onderscheiden zijn: de belofte gaat vergezeld van 'la cause suffisante'; de belofte is in een bepaalde vorm afgelegd, en tenslotte het geval dat door de belofte gerechvaardigd vertrouwen opgewekt werd.<sup>286</sup> Die laatste categorie die voor ons van het meeste belang is wordt als volgt uitgewerkt. De bescherming die degeen die op een belofte vertrouwt ten deel valt, varieert al naar gelang sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel of om niet.<sup>287</sup> Met betrekking tot de eerste figuur bespreekt Gorla het rechtskarakter van de

283. *L'évolution de la notion de contrat, Etudes Capitant* 1939, p. 201 v. Dit werk bleek in de nederlandse openbare bibliotheken niet aanwezig. Dikoff schijnt erg ver te gaan in het toekennen van overwicht aan de maatschappij t.o.v. het individu. 'Il résulte . . . que le facteur principal qui détermine le contenu d'un contrat ne peut être la volonté particulière, mais toujours la volonté de la communauté, p. 211, aangehaald bij Meier-Hayoz, diss. p. 77, nt. 3.

284. *Tendances actuelles de la théorie des contrats, Revue Trim.* 1937, p. 29.

285. *Il contratto, Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico* I, Milano 1954, § 6 (p. 77 v.); *Il dogma del 'consenso' o 'accordo' e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale, Rivista di Diritto Civile*, 1956, p. 3 v.; *Il potere della volontà nella promessa, etc. Rivista del Diritto commerciale*, 1956, I, p. 18 v.; *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien*, Torino, Institut Universitaire d'Etudes Européennes, 1958. Slechts het laatste werk, een 'resumé d'un cours' kon door mij geraadpleegd worden.

286. t.a.p., p. 89 v. (§ 17).

287. De overeenkomst om niet wordt door schr. weer onderverdeeld in reële contracten en andere contracten waarbij men een zaak of persoon aan een ander toevertrouwt (waarbij een (buiten-contractuele) 'obligation spéciale de diligence' op degeen rust in wie vertrouwen gesteld werd), § 10, en gewone overeenkomsten om niet, § 11. Bij de laatste figuur geeft schending van vertrouwen recht op vergoeding van het negatief contractsbelang, indien men daadwerkelijk op grond van dat vertrouwen gehandeld heeft.

optie, de eenzijdige belofte<sup>288</sup> en het onherroepelijk aanbod (§ 14). De verbintenis die uit die rechtshandelingen voortvloeit berust enerzijds op het feit dat de declarant *voordeel* bij de toezegging heeft – waarmee in schr.'s opvatting al van een 'cause suffisante' sprake is – maar juist ook anderzijds op de omstandigheid dat door dergelijke handelingen een '*confiance importante et normale*' teweeggebracht wordt, dat *typisch* is voor dergelijke handelingen (een onderzoek naar een werkelijk gewekt vertrouwen is derhalve overbodig).<sup>289</sup> Het rechtsgevolg is hier vergoeding van het positief contractsbelang, waaronder de nakoming van de toegezegde prestatie begrepen wordt.

De aanvaarding heeft in dit stelsel een geheel andere functie dan in de consensus-leer. Slechts bij de wederkerige overeenkomsten, en de overeenkomsten waarbij men een zaak of persoon aan de ander toevertrouwt is aanvaarding van de toezegging vereist, en daarbij geldt die aanvaarding als 'la cause justificative de l'obligation du promettant'. In de andere gevallen is aanvaarding voor het ontstaan van de verbintenis overbodig. Het *in vertrouwen* aanvaarden wordt door het recht verondersteld. Indien wet of doctrine uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding vereisen, dan slaat dit – aldus Gorla – niet op het doen ontstaan van de betrekkelijke verbintenis. Een dergelijk voorschrift dient slechts de rechtszekerheid: de 'promettant' wordt aldus van de rechtsband op de hoogte gesteld. Tot de laatste groep, waarbij geen aanvaarding vereist is, rekent schr. ook het onherroepelijk aanbod.<sup>290</sup>

De opvatting van Gorla blijkt dus in het teken van het vertrouwen te staan. Al wordt de consensus-leer uitdrukkelijk verworpen – hetgeen in de italiaanse en franse literatuur driest genoemd kan worden – het *causa-vereiste* speelt bij schr. nog steeds een belangrijke rol. Naar de moderne inzichten in o.a. de nederlandse doctrine is dat laatste wel een Schönheitsfehler. Door zijn vertrouwensconstructie is de verklaring die Gorla geeft voor de gebondenheid uit een onherroepelijk aanbod intussen bevredigender dan die van de boven besproken franse auteurs, die o.a. van een stilzwijgende (voor-)overeenkomst gebruik maakten.

288. La promesse unilatérale. Deze rechtsfiguur ontbrak in de italiaanse CC van 1865, en werd in de code van 1942 ingevoerd, art. 1987. Vgl. Arminjon-Nolde-Wolff II, no. 354 (alwaar ook informatie over de regeling van deze figuur in codes van andere landen, die met de franse code verwant zijn). De eenzijdige belofte wordt echter slechts in twee gevallen erkend, w.o. de 'promesse au public'. Vgl. ook nog R. Schmidt, *Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte nach dem italienischen Zivilgesetzbuch von 1942*, Festschrift H. Lehmann II, 1956, p. 31 v.

289. Met deze rechtshandelingen worden gelijk gesteld: borgstelling e.d. (§ 15) en kwijtschelding e.d. (§ 16).

290. De vele andere rechtsfiguren uit die groep staan in nt. 3 van § 17 genoemd (o.a. 'souscriptions publiques', 'promesses au public'). Gorla's gedachten over de aanvaarding en het belang daarvan voor de wijze van tot standkomen van overeenkomsten van verschillende aard, vindt men nader uiteengezet in zijn artikel van 1956, *Il dogma del consenso* etc. Schr. was rapporteur bij *Formation of contracts*, doch zijn bijdragen zijn uiterst beknopt.

## § 4. CONCLUSIES

### § 4. CONCLUSIES UIT DIT RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

#### *1. Consensus-leer in de rechtspraak niet gevolgd. In de doctrine van het continent blijft het bij een 'Auflockerung' van de dogmatiek*

Dan is het nu zaak, na deze odyssee langs nabije en verre rechtsstelsels, tot een afronding van dit hoofdstuk te komen. De zwerftocht werd ondernomen om bondgenoten te werven voor de strijd tegen de consensus-leer, en daarmee uiteindelijk tegen de wilsleer. Als wij de balans opmaken, overtreft het resultaat alle verwachtingen – in elk geval die van de schrijver.

Om met de rechtspraak te beginnen, voor nagenoeg alle onderzochte rechtsstelsels – te weten, die van Engeland, de Verenigde Staten, Duitsland, Zwitserland, de skandinavische landen en Frankrijk – geldt dat de hoogste rechter omstreeks het begin van deze eeuw (of zelfs eerder) een normatieve methode van uitleg aanvaardt, welke hij toepast op het probleem van de totstandkoming van overeenkomsten. Hetzelfde beeld vertoont zoals wij eerder zagen, de nederlandse rechtspraak (vgl. hoofdstuk II). Alleen de franse cassatierechter houdt zich wat de methode betreft op de vlakke, doch blijkt doorgaans niet tot andere resultaten te komen. In de overige continentale rechtsstelsels wordt het consensus-beginsel als grondslag van de overeenkomst als consequentie van de gevolgde uitlegmethode zelfs duidelijk verworpen: door het Reichsgericht in 1904, door het zwitserse Bundesgericht in 1938, door onze hoge raad in 1969. Steeds liggen dergelijke beslissingen ingebed in een lange reeks van arresten, waarin die verwerping stilzwijgend besloten ligt.

In het anglo-amerikaanse recht had de aan het kanoniek recht, en later aan Pothier en Von Savigny ontleende consensus-leer aanvankelijk grote invloed, doch voor het aanbreken van deze eeuw heeft die leer al het onderspit moeten delven tegen de inheemse normatieve methode van uitleg. Desondanks komt men in de jurisprudentie van deze eeuw nu en dan een echo van de 'meeting of the minds'-constructie tegen, doorgaans omdat het doel (het elimineren van een onereus contract) de middelen heiligt.

In de skandinavische landen heeft de consensus-gedachte evenmin wortel kunnen schieten. In de uniforme contractenwetten uit de jaren 1915 e.v. werd de hegemonie van de vertrouwensleer bezegeld, ten koste uiteraard van het consensus-vereiste. Overeenkomstige stromingen in Duitsland en Nederland – merkwaardigerwijze omstreeks dezelfde tijd ( $\pm$  1875) onafhankelijk van elkaar ontstaan – hadden daarentegen minder succes, en raakten zelfs volledig in de vergetelheid.<sup>291</sup>

De doctrine van de continentale rechtsstelsels levert een even eendrachtig beeld op, zij het dat hier sprake is van een spiegelbeeld van hetgeen de juris-

291. Vgl. boven, III, § 6, no. 2 v.

prudentie te bieden heeft. Heersende leer in de onderzochte rechtsstelsels (waaraan nog toe te voegen dat van Italië) is nagenoeg onbetwist, dat de wilsovereenstemming de grondslag van de overeenkomst is. Veelal doet men zelfs geen moeite deze uitkomst van de negentiende-eeuwse wilsleer op zijn bruikbaarheid te toetsen. Het wilsdogma, doorwerkend in het beginsel van de partijautonomie wordt, zoals bij een dogma betaamt, niet ter discussie gesteld. Intussen is men niet blind voor het feit dat de rechter met het consensus-begrip, indien serieus genomen, niet kan werken. Daaraan zal de omstandigheid niet vreemd zijn, dat na de eeuwwisseling de door Von Jhering geïntroduceerde Interessesjurisprudentz steeds meer veld ging winnen, ten koste van de Begrijfsjurisprudentz. Ook ten aanzien van het begrip wilsovereenstemming deed die in de rechtspraktijk opgewekte spanning zich in de theorie voelen. Nu is typerend voor de heersende leer op het continent – het schrijversrecht, nog steeds op toepasselijke wijze *dogmatiek* genoemd –, dat men wel bij de rechtsontwikkeling wil aansluiten, maar zonder de gewraakte begrippen en dogmata prijs te willen geven, of zelfs maar aan een diepgaand onderzoek te willen onderwerpen. Het blijft bij een *aanpassen*, een *oprekken* van het door vorige generaties overgeleverde ('bewährte Überlieferung') begrip in kwestie (*consensus*), terwijl het onderliggende (wils-)dogma buiten schot blijft. Men is slechts tot een compromis tussen theorie en praxis bereid, in de vorm van een *Auflockerung*, een *assouplissement* van de starre dogmatiek. Dat is het beeld van de duitse, zwitserse en franse doctrine. Waar een poging wordt gedaan om een nieuwe theoretische grondslag voor de overeenkomst te ontwikkelen, zoals in Frankrijk met de leer van de eenzijdig bindende belofte, dreigt deze toch weer te verzanden door de behoudende, traditionele instelling van de meeste schrijvers, ook al gaat men in de nieuwe visie van de wilsleer uit. De vernieuwingsgeest die rond de eeuwwisseling van Duitsland naar Frankrijk overwaaid, lijkt evenals in Duitsland eerder het geval was, nu ook in Frankrijk op de lange duur weinig uit te halen. In de verschillende rechtsstelsels bleek bij de 'Anpassung' van de klassieke dogmatiek in de heersende leer het vermogen van de jurist om lap- en stopmiddelen te vinden, om gekunstelde constructies uit te denken – al of niet met behulp van ficties, of met de introductie van nieuwe, zgn. feitelijke ('faktische') rechtsfiguren – tot grote bloei te kunnen komen. Een eeuwenoude traditie overigens. Met als beloning de gewetensrust dat de grondslagen van het privaatrecht in elk geval niet aangetast worden.

## 2. *De pogingen tot vernieuwing van de grondslagen van het privaatrecht. Methodiek en maatschappijvisie gaan hand in hand*

Het ingestelde rechtsvergelijkende onderzoek was er evenwel niet op gericht om het juridische kunst- en vliegwerk aan het licht te brengen, waarmee

#### § 4. CONCLUSIES

men de heersende leer staande weet te houden. Daarvoor hoeft men niet ver van huis te gaan. Mijn interesse ging er meer naar uit, of men in andere rechtsstelsels ertoe gekomen was de grondvesten van het contractenrecht aan een hernieuwd onderzoek te onderwerpen. Verrassend was hierbij, dat in bijna alle onderzochte rechtsstelsel van het vasteland, er in de decennia rond de eeuwwisseling dergelijke stromingen waren. In het kader van de bestrijding van het wilsdogma, doorgaans ingegeven door een nieuwe maatschappijvisie waarbij het individu ondergeschikt wordt gemaakt aan de gemeenschap, komt ook de overeenkomst in een kritisch licht te staan. Het opvallende bij deze stromingen, die men in de recente handboeken en monografieën doorgaans niet, en een enkele keer terloops (maar dan verminkt) vermeld vindt, is behalve de nieuwe maatschappijopvatting, vooral ook de nieuwe methode van rechtsbeoefening. Met de verwerping van de overleefde dogmata, werd tevens de metafysica overboord gezet. Men wilde niet langer tot het recht komen door de ontwikkeling van een abstrakt begrippenstelsel, maar door de inductie van rechtsnormen uit de sociale werkelijkheid. Hier blijkt verandering van methodiek en maatschappijopvatting hand in hand te gaan. Deze wisselwerking komt in de skandinavische, duitse en nederlandse vertrouwenstheorieën die in de vorige eeuw aan de vooravond van de industriële revolutie ontstonden, niet altijd even gearticuleerd, maar toch onmiskenbaar naar voren. Met de opkomst van de sociologie als wetenschap wordt bij soortgelijke stromingen van na de eeuwwisseling dat verband tussen methode en maatschappijvisie veel sterker uitgewerkt. Opvallend is dan ook, dat de grondslagenvernieuwing van het privaatrecht in onze eeuw in een rechtssociologisch kader valt te plaatsen. Duguit en Lévy lieten zich sterk door de socioloog Durkheim leiden bij de ontwikkeling van gedachten als de 'fonction sociale' en de 'socialisation du droit'. In de anglo-amerikaanse rechtssfeer, waar de grondslagenstrijd zich uiteindelijk tegen het consideration-vereiste richtte, kunnen de leidende figuren bij de pogingen tot vernieuwing zoals Holmes, Cardozo en Pound, tot de Analytical-, of Sociological School gerekend worden. De leer van Roscoe Pound, die wat het onderhavig onderwerp betreft, de amerikaanse pendant van de vertrouwenstheorie verdedigde, wordt doorgaans als 'Legal Realism' aangeduid.<sup>292</sup> Van de laatste schrijver is ook de zienswijze afkomstig, waarbij 'law in action' tegenover 'law in the books' gesteld wordt. Ook in de veel gematigder stroming in de duitse doctrine van na de laatste oorlog, die ik als '*funktionelle Vertragslehre*' omschreef, vindt men duidelijk een rechtssociologisch grondpatroon. In deze richting kwam men echter niet verder dan een 'Auflockerung' van de dogmata, een stormloop bleef achterwege.

292. Vgl. Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 19 v. Bij de daar aangehaalde schrijvers spreekt Stone van 'Sociological or Functional Jurisprudence'. Eenzelfde benaming geeft Allen, *Law in the Making*, p. 27 v., aan de door Eugen Ehrlich ontwikkelde rechtsvisie, die de amerikaanse rechtssociologie sterk beïnvloed heeft.



#### IV. RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

Al deze stromingen in de verschillende rechtsstelsels hebben derhalve één gemeenschappelijk kenmerk: men gaat uit, om het in de woorden van onze Hijmans uit te drukken, van het 'recht der werkelijkheid'.<sup>293</sup> Daarbij is men bereid naar een andere methodiek om te zien, waarbij opkomende sociologische inzichten in een behoefte voorzagen. Tot die rechtswerkelijkheid behoorden opvattingen over de verhouding van individu en maatschappij, die een wezenlijke verandering ondergaan hadden vergeleken met de aan het begin van de negentiende eeuw gangbare opvattingen, waarop de geldende wetten direkt (CC, BW) of meer indirekt (BGB, OG) gebaseerd werden.<sup>294</sup> Over de vraag, hoe de gehanteerde methodiek bestempeld moet worden, als inductief, analytisch, functioneel, functioneel-analytisch, realistisch, existentieel-fenomenologisch, dan wel (rechts-)sociologisch<sup>295</sup> kan ik niet warm lopen.<sup>296</sup> Het voornaamste is dacht ik, dat de gesignaleerde methode met de daaraan verbonden rechtsvisie, bestaat, en een internationaal verschijnsel is. Op deze wijze werd de hierboven door mij ontwikkelde toerekeningsleer in een ruimer kader geplaatst.

293. Vgl. hieromtrent boven, III, § 2, no. 9 v.

294. Vgl. Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der Modernen Gesellschaft*.

295. De methode kan in elk geval nièt als positivistisch aangemerkt worden, zoals t.a.v. sommige voorstanders wel is beweerd (bijv. t.a.v. Duguit en Lévy). Het feit op zich (bijv. het vertrouwen op een mededeling) is immers niet maatgevend; het kan dat eerst worden na toetsing aan de geldende norm (bijv. in casu blijkt het vertrouwen gerechtvaardigd, 'la confiance légitime').

296. Vgl. ook boven, m.b.t. de wijsgerige grondslag van de door mij verdedigde toerekeningsleer, III, § 2, no. 10.

# Samenvatting

*'Scepticism is no unhealthy frame of mind for the jurist, for without it law will stagnate and fall behind its social mission'*

Allen  
*Law in the Making*

In dit werk werd getracht een alternatief te bieden voor de thans in de literatuur gangbare *wilsleer*. Degeen die namelijk het geldend recht, zoals in de jurisprudentie ten aanzien van tal van rechtsfiguren neergelegd, analyseert en vergelijkt met de in de doctrine gehuldigde opvattingen, zal bemerken dat hier van twee werelden sprake is. Het gaat hier niet slechts om het fenomeen van de rechter, die, wanneer dat zo uitkomt, het op een akkoordje gooit met de theorie, of – de keerzijde – van de theoreticus, die met het oog op de praktijk nu en dan water in de wijn doet. Indien men wat dieper op de materie ingaat, blijkt er een fundamentele controverse in het privaatrecht te bestaan, een kloof tussen de rechtspraktijk en de doctrine. De opzet van de onderhavige studie was, die kloof te dichten, en de privaatrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot de meest essentiële rechtsfiguren, van een passend theoretisch kader te voorzien. Daaruit resulteerde de *toerekeningsleer*, welke diametraal tegenover de heersende *wilsleer* staat.

Bij het in de eerste twee hoofdstukken verrichte onderzoek met betrekking tot die rechtsfiguren, die de ruggesgraat van het privaatrecht vormen, kwam die kloof tussen 'rechtersrecht' en 'schrijversrecht' telkens aan het licht. In de literatuur – met name in de invloedrijke school van Meijers – vormt de interne *bedoeling* van degeen die een betaling verricht, de *vrije wil* om een overeenkomst op te zeggen of om afstand van recht te doen, de *werkelijke wil* om toestemming te geven bij het aangaan van een overeenkomst, of om een rechtshandeling voor een ander te verrichten (als 'vertegenwoordiger', of als 'zaakwaarnemer'), etc., het uitgangspunt bij de rechtsvinding. De *autonomie* van het rechtssubject, het *individualisme* derhalve, beheerst de in de doctrine aangehangen rechtsvisie – die dan ook met recht de 'wilsleer' genoemd kan worden –, niet anders dan in de vorige eeuw het geval was. Bij het ingestelde onderzoek kwam telkens weer naar voren, dat de rechter zich niet op de soevereine, tot scheppen en vernietigen van rechten bevoegde persoon van de handelende richt bij de rechtsvinding, maar op de handeling zelve, en de betekenis die daaraan ingevolge de geldende rechtsnormen (bijv. bescherming van opgewekt vertrouwen) gehecht moet worden. Ten aanzien van sommige leerstukken is de rechtspraak al sinds het midden van de vorige eeuw in deze zin gevestigd, zoals bij de 'uitleg

van overeenkomsten' (vgl. III, § 3). Naar geldend recht vormt derhalve niet de autonome – zij het ook slechts in beginsel – persoon van de handelen- de bij de rechtsvinding het middelpunt, maar de *rechtsorde*, zoals gecon- cretiseerd in de bij de rechtsvinding gehanteerde normen. De grondslag voor de gebondenheid in rechte blijkt niet in het willen van de handelende per- soon gelegen te zijn, maar in zijn *handelen*, opgevat in zijn maatschappelij- ke betekenis. Daarmee is de 'uitleg' een normatieve bezigheid geworden, welke gelijk staat met 'rechtsvinding'. Ten aanzien van een specifiek onder- werp als 'uitleg van overeenkomsten' – hetzelfde geldt voor testamenten – hebben een groot aantal schrijvers de rechter in deze benadering ge- volgd, vgl. de Inleiding, waar deze stroming – met als gangmakers, J. F. Houwing, Paul Scholten, en Eggens – tegenover de school van Meijers ge- zet werd (en nog nader, III § 3, § 6 v.).

Het aangegeven fundamentele verschil in rechtsvisie, dat de grondslagen van het recht raakt – en dat een eeuw geleden al, zonder vrucht, in de doctrine aan de orde gesteld werd door de revolutionaire 'tachtigers', vgl. III, § 6 – is ook bepalend voor de wijze waarop men met de voorschriften van de wet omgaat, en in het algemeen met het rechtssysteem. In de indivi- dualistische rechtsvisie, die het beeld van het 'schrijversrecht' bepaalt, over- heerst, zoals hierboven telkens weer bleek, de *grammatikale* uitleg van de wetstekst. Het wetssysteem is in deze opvatting gesloten, slechts de wetgever kan hierin verandering brengen. In de tegengestelde visie is het recht echter niet onderworpen aan de statisch opgevatte wet en haar systeem zoals dat zich prima facie voordoet, maar zijn integendeel de wet en het wetssysteem onderworpen aan het recht als dynamisch gebeuren, gebaseerd op de maat- schappelijke behoeften. De wet dient derhalve aan een – in de benaming van Paul Scholten – sociologisch-teleologische uitleg onderworpen te wor- den, hetgeen leidt tot een open systeem van het recht (vgl. III, § 2, *b*). Uit de titels van twee bekende geschriften komt deze tegenstelling reeds tot uit- drukking: *Het recht der werkelijkheid* (Hijmans) contra: *Dogmatische rechts- wetenschap* (Meijers). In de eerste opvatting bedient men zich van de inductieve methode: vanuit de verkeersopvattingen en maatschappelijke be- hoeften bouwt men de rechtsregels op. Men komt aldus '*Door het recht tot de regel*' (Moltzer). In de tegengestelde, in de literatuur heersende visie is het een abstrakt begrippenstelsel dat de regels oplevert, die met gebruik van een deductieve methode de rechtsbeslissing opleveren. Men komt derhalve door de regels tot het recht, aan de hand van *Algemene Begrippen*. Regels waarop men – door de eisen van het rechtsverkeer in het nauw gedreven – uitzonderingen maakt; begrippen, waaraan men quasi-begrippen toe- voegt, of welke men met gebruikmaking van de fictie als 'systematisch hulp- middel' (Meijers) overeind weet te houden. Bijna steeds worden dergelijke aanpassingen van het rigide, abstrakte systeem aan de rechtswerkelijkheid – in het buitenland 'Auflockerung' of 'assouplissement' genoemd, vgl. IV,

## SAMENVATTING

§ 2 v. – door de hoogste rechter afgedwongen. De introductie in de twintiger jaren van het beginsel dat opgewekt (gerechtvaardigd) vertrouwen bescherming verdient op het terrein van vertegenwoordiging, dwaling en ‘toestemming’, vormt een goede illustratie daarvan (vgl. III, § 2, b.; III, § 5, b; II, § 2, c).

De aldus kort weergegeven tegenstelling geniet weinig of geen bekendheid. Als factoren die hiertoe geleid hebben werden genoemd het feit dat Paul Scholten en Meijers niet met elkaar polemiseerden, en het feit dat de methodologie van het privaatrecht, en in verband daarmee de figuur van de rechtshandeling in al haar verschijningsvormen, in onze literatuur tot de onderontwikkelde gebieden behoren (vgl. naast de Inleiding, ook III, § 2, b). Bovendien is van belang, zoals hierboven herhaaldelijk bleek, dat vele baanbrekende arresten van de hoge raad, die voor de hier ontwikkelde toerekeningsleer de grondvesten vormen, obscuur bleven doordat de annotatoren als aanhangers van de wilsleer, geen oog hadden voor de nieuwe koers die ingeslagen werd. Een andere faktor is, dat men zich door de *taal* ‘in de luren laat leggen’, zoals Van den Bergh dat onlangs noemde: de woorden ‘wil’ en ‘vertrouwen’ zijn zoals bij herhaling bleek, zeer dubbelzinnig. Voor de één zijn het feitelijke begrippen, met een subjektieve inhoud, voor de ander hebben zij een objektieve lading, die een normatieve hantering daarvan mogelijk maakt. Om een einde aan die verwarring te maken, die zowel voor de theorie als de praktijk van het recht schadelijk is (vgl. III, § 1, § 6 v.), werd in de door mij ontwikkelde toerekeningsleer van die begrippen geen gebruik meer gemaakt. Het wilsbegrip is trouwens ook in de filosofische wereld, waaruit het afkomstig is, in onze tijd in diskrediet geraakt.

Gedachtig de woorden van Meier-Hayoz: ‘Es gibt nichts praktischeres als eine gute Theorie’, werd de door mij ontwikkelde toerekeningsleer zoals gezegd gebaseerd op het ‘rechttersrecht’, dat tegenwoordig wel, in de woorden van Roscoe Pound, ‘law in action’ heet. Het rechtshandelingsbegrip werd uit de begrippenwereld van het schrijversrecht, de ‘graue Theorie’ gelicht, en aan de hand van een analyse van de geldende jurisprudentie, opnieuw opgebouwd (vgl. Inleiding; III, § 1). Het eenzijdige karakter van de aldus ontwikkelde rechtsfiguur bracht de verwerping van de consensus-leer voor de totstandkoming van overeenkomsten met zich (II B). Met verwerping van het begrip ‘tweezijdige rechtshandeling’ werd de overeenkomst door mij uitsluitend opgevat als *rechtsverhouding*. Behalve in de geldende jurisprudentie meende ik in het systeem van de wet, en met name ook in art. 1349 BW, voor die zienswijze steun te kunnen vinden. Voor de verwerping van het consensus-beginsel kon in de literatuur en jurisprudentie van omringende rechtsstelsels steun gevonden worden (vgl. IV, § 1 v.).

De vervanging van het beginsel van wilsovereenstemming door dat van ‘be-

lofte maakt schuld' bleek een eeuw geleden ook met verve bepleit te zijn, in het kader van de bestrijding van de wilsleer (vgl. III, § 6). Het door mij ontwikkelde overeenkomst-*model*, waarbij steeds sprake is van 'eenzijdige' rechtshandelingen van de daarbij betrokken partijen (II, § 5) vormde de grondslag voor de ondernomen vernieuwing van de op de wilsdogmatiek berustende indeling van verbintenissen (III, § 4). Uitgaande van het toerekeningsbeginsel werd bepleit om de onrechtmatige, evenals de rechtmatige daad als rechtshandeling op te vatten, onderworpen aan normatieve uitleg. Gevallen die tot dusver onder 'onverschuldigde betaling' en 'ongegrunde verrijking' ondergebracht werden, in de traditie van de wilsleer, lieten zich op bevredigende wijze met behulp van het overeenkomst-model oplossen. Het bleek daarbij van essentieel belang te zijn dat men de vertegenwoordigingsfiguur in de toerekeningsleutel plaatst (Paul Scholten) en niet op de fictie-gedachte baseert, zoals door aanhangers van de wilsleer voorgestaan wordt (Meijers c.s., vgl. III, § 7). Ook deze zienswijze werd in het (open) systeem van de wet geplaatst, waarbij voor de interpretatie van art. 1389 e.v. BW, de jurisprudentie steun bood.

Tenslotte werd nagegaan, aan de hand van welke maatstaven de grens tussen de rechtshandeling en de feitelijke handeling – het enige alternatief dat in de toerekeningsleer geboden wordt – getrokken moet worden bij de rechtsvinding (III, § 5). Bij de bespreking van het – door mij verworpen – *causa-vereiste* kwam de scheiding tussen de rechtssfeer en de 'sociale' sfeer ter sprake. De verwerping van de wil als grondslag van de rechtshandeling bracht consequenties met zich voor het leerstuk van de zgn. 'wilsgebreken'. Ook hier kon bij het rechttersrecht aangesloten worden (§ 5, b.)

In de aldus samengevatte beschouwingen werd ook steeds het Nieuw BW, vooral de Boeken 3 en 6, betrokken. Zoals te verwachten was, gezien de rechtsopvatting van de grondlegger van de hercodificatie, Meijers, kon ik mij doorgaans met de ontworpen regelingen niet verenigen. Ten aanzien van de in dit werk besproken rechtsfiguren vindt men in het ontwerp veelal verouderde negentiende-eeuwse *dogmatiek* gehercodificeerd – ontleend aan de leerboeken van natuurrechtsleraren en de compendia van pandektisten –, die niet aansluit bij het recht zoals dat zich in de jurisprudentie van deze eeuw ontwikkelde, en nog ontwikkelt. Een ontwikkeling die op vele terreinen door het ontworpen recht beknót of tot stilstand gebracht zou kunnen worden. Met de invoering van een dergelijk wetboek laat men voor geruime tijd de kans voorbij gaan, om als wetgever de kloof tussen schrijversrecht en rechttersrecht te dichten. Men vindt bij de ontwerpers vaak meer de neiging om bij andere codes aan te sluiten – die veelal van rond de eeuwwisseling dateren – dan om zelf nieuwe wegen in te slaan. Men kan zich afvra-

## SAMENVATTING

gen of alle inspanning, besteed aan een bij de invoering reeds gedateerd wetboek, een goede investering vormt.

Het zal zijn tijd nog wel hebben, voordat men in de doctrine een 'grote schoonmaak' laat plaatsvinden, zeker als men bij de hercodificatie de kans daartoe laat voorbijgaan. Wat dat betreft zijn de woorden die Goudsmit in 1870 tot de *NJV* sprak, nu, een eeuw later, nog steeds aktueel:

'Wij missen dat zelfvertrouwen, waardoor men, zonder steeds het oog naar den vreemde te richten, nationale behoeften in nationalen zin weet te bevredigen: wij missen de geestkracht om met het traditioneele en verouderde te breken en een nieuwen weg te bewandelen: wij missen de veerkracht om de denkbeelden die wij koesteren, tot verwezenlijking te brengen en eindelijk den publieken geest, om de overtuiging die in ons binnenste huisvest op anderen over te gieten en als het ware tot publiek domein te maken.'

De tijd zal leren, of ook de komende honderd jaar door deze uitspraak getypeerd wordt.

# Summary

## Normative Interpretation of Legal Acts. An Inquiry into the Foundations of the Law of Obligations

In any legal system by certain acts or ways of conduct, obligations will be created by which the person acting will be bound. In the civil law systems of Western Europe the rules governing this part of the law have a common core, the doctrine of the *legal act*<sup>1</sup> (*rechtshandeling*, in German: *Rechtsgeschäft*, in French: *l'acte juridique*). This doctrine, developed in the early nineteenth century by leading German scholars of that age, like Von Savigny, is based on the *will theory*. One can only be bound by his will, which ought to be true, full and free. This jural postulate – going back to the conceptions of individualism and liberalism, characterizing society of that age – asked for a distinction between obligations created by an act of free will, and those created by acts without any consideration as to the will of the person acting. Thus the concept of the legal act was born. The distinction between obligations arising out of legal acts (e.g. contracts), and obligations imposed by the law (e.g. tort, *negotiorum gestio*<sup>2</sup>, *condictio indebiti*<sup>3</sup>) became accepted all over the continent of Western Europe. The last category was also influenced by the will theory. For the liability in tort the requirement of ‘fault’ (*culpa*) has been developed, conceived as a moral reproach, for the *negotiorum gestio* it is required that one should have the *intention* to act on behalf of another person in his absence, etc.

This abstract, conceptualistic approach, based on nineteenth-century dogmatism, is still prevailing in the legal theory of the civil law countries. However, when considering the law as it is practiced in the courts in the same countries, one discovers a pragmatic approach, by which the judge without the use of dogmatic tools (or by only paying a lip service to the leading doctrine) takes an act at its social value, according to the necessities of practical life.

A comparison of the judge-made law (‘law in action’) and the legal theory (‘law in the books’), when disregarding the camouflage put up by either man of theory or of practice, shows a yawning gap. In this treatise it is endeavoured to fill this gap. It will be clear that the search for a basis for the law as it is practiced, meeting the demands of contemporary society, will lead to a re-examina-

1. In the English and American literature this concept of civil law is also described as ‘juristic act’, or ‘legal transaction’.

2. Unknown in common law systems, this conception may be compared with ‘agency of necessity’

3. Compare in the common law systems the conceptions of quasi-contract, e.g. the action for money had and received, constructive trust and restitution.

tion of the will theory. Is the individualistic approach to law – so may one ask – based on economic, political and philosophical conceptions of a bygone era still a sound foundation for the law of the society of our time? Should the private law have its centre in the will, in the interests of the individual or rather in the interests of society?

Thus the *Leitmotiv* of this work is formulated, which also had its influence on its framework. Starting-point for the development of a new view on the law of obligations is an analysis of the way in which, especially in the field of contract law, the courts deal with acts by which obligations are created, altered or extinguished. In the chapters I-III Dutch law is dealt with. In chapter I attention is given to the act of performance of an obligation (*betaling* or *nakoming*, in German: *Erfüllung*), the termination of contracts of an indefinite duration (*opzegging*, in German: *Kündigung*), discharge by agreement (*kwijtschelding*, in German: *Erläss*), and discharge by waiver (*afstand van recht*, in German: *einseitiger Verzicht*).

In chapter II the acts known as offer (*aanbod*) and acceptance (*aanvaarding*), are the object of investigation. The outcome of the analysis of the case-law on these matters is compared with the prevalent legal theory, including the designed New Civil Code, which is based on the will theory. Special attention is given to the phenomenon of contract (*overeenkomst*), and the theories on the formation of contracts. In civil law countries the will theory gave rise to the *consensus* doctrine: the meeting of the minds as the basis of contract. Due to this metaphysical conception, still reflecting the modes of thought in the era of the law of nature, in Dutch law – and in the other civil law systems as well – offer and acceptance are not conceived as two (unilateral) legal acts, but as dependent elements of the ‘bilateral’ legal act named ‘contract’. This traditional approach, also followed in the Dutch New Civil Code, is rejected by this author. In § 5 of chapter II a *contract model* is developed, consisting of (at least) two ‘unilateral’ legal acts, offer and acceptance (compare in the common law systems the concept of a contract as a set of promises). In this outlook with the term ‘contract’ one is only indicating a legal relation existing between certain people, which relation may be of importance for the finding of the law, that is of the legal norms involved in the case in hand. For this mode of approach support can be found in the practice of the courts from the beginning of this century in the Netherlands, and in Switzerland and Germany as well.

In chapter III an attempt is made to construct a theoretical basis for the outcome of the analysis of the Dutch case-law. The resulting theory, which I named the *imputation theory* (*toerekeningsleer*), is actually an elaboration of the method of interpretation adopted by the courts and the majority of the Dutch authors (again, in other civil law countries, like Germany and Switzerland, the situation is not much different). This method usually is called ‘objective interpretation’: the meaning which a reasonable man would attach to utterances in the circum-



stances of the case, is decisive for the interpretation of those utterances (see III, § 3, on the interpretation of contracts). Working out this method of interpretation, I came to what I called *normative interpretation*: an act (expressed by words or conduct, or by silence) has the meaning which can be derived from the legal norms which rule in the circumstances of the case under consideration. If these norms bring about the creation, alteration or extinguishment of obligations, one is dealing with a *legal act* which has to be *imputed* to the person acting (in Dutch agency law the imputation of legal acts, as developed by Paul Scholten, is the leading doctrine).

In the opposite point of view, taken by a considerable number of Dutch authors (like the designer of the New Civil Code, E.M. Meijers), based on the will theory, interpretation is conceived as the search for the human meaning behind utterances. In this method, prevailing in the French literature, which I called the *historical-psychological* method, the establishment of the (real) intention of the person at the moment of his acting, is the object of interpretation. According to this view interpretation is not a matter of law, but of fact. The human will being a necessity for the constitution of a legal act, this method of interpretation is only the natural outcome of the will theory.

In the imputation theory as developed in this treatise however, there is no room for the concept of will. By the use of this ambiguous concept one is only asking for a continuation of the hair-splitting discussions which were so characteristic for the European literature of the last century in this field. Moreover, depending on the aprioristic vision one has on law, adherents of the will theory will attach a subjective meaning to the concept of 'will', standing for the actual intention of a person, whereas in the opposite view it will have an objective content. The use of the concept of 'intention', or of 'reasonable expectations' in this respect, has given rise to considerable confusion in the past, in the literature of civil law countries and common law countries as well. The renewal of law, conceived as a social system, is barred by these old concepts, which have a hereditary taint. When imputing a meaning to an act in the process of interpretation, which is essentially the establishment of a legal effect, imputed to the person acting, one does not need a 'will', hypothetical or fictitious ('implied'), to express this legal reasoning.

In a legal theory, freed from the will dogma, a new vision is possible, not only on the law of contract, but also on the law of tort, agency, *negotiorum gestio*, unjust enrichment, and *condictio indebiti*. An outline of a system of a law of obligations in which these traditional concepts are based on the *imputation theory*, is drawn in § 5 of chapter III. In this outlook tort and *negotiorum gestio* are conceived as (unilateral) legal acts. In the cases where the classical theory is thinking in concepts of *condictio indebiti* or of unjust enrichment, the contract model, developed earlier in this treatise, is tested. In § 5 it is also discussed how a legal act can be distinguished from a 'factual' act, by which no obligations are created or extinguished. In this connection the traditional concept of *causa* is rejected by this author. The doctrine of the 'defective will',

providing the rescission of a contract in the case of mistake, fraud, duress or undue influence is also criticized. Following the case-law of the Dutch courts in this field, an alternative approach is defended.

One may ask whether the solutions reached in the imputation theory are within the scope of the Dutch Civil Code. The answer on this question, it is clear, will depend on the method of interpreting the Code, or in general, any rule of law. The method common among those who follow the will theory, in which the historical meaning of the particular section of the Code (the Dutch Code is from 1838), explained by means of grammatical interpretation, is predominant, will not lead very far. That is, far from the dogmatic system developed by the pandectists of the early nineteenth century and by the jurists of the law of nature school before that time. In this treatise however, the method is followed which was among others defended by Paul Scholten, the so-called *sociological-teleological* method of interpretation. In this vision the system of law is an open, dynamic one, asking for adaptation of its rules to the ever changing demands of society. In this approach, my theory could be fitted into the system of the (Dutch) Civil Code. In my opinion the problems which are facing us in the society of our time, e.g. products liability (or strict liability in general), air pollution, etc., giving rise to new concepts as 'risk-spreading capacity', ask for a law of obligations which can meet the new demands. In this connection the use of the will dogma may lead to, as Hancock once called it, the *conceptual blockage*.

This revolt against the well established will theory, and therefore against the foundations of law, is by no means a *novum*, surprising as this statement may seem. On the eve of the industrial revolution, about 1875, in the Netherlands, in Germany and Scandinavia as well, movements came into existence, attacking the will dogma. These revolutions, now forgotten in the Dutch, and almost forgotten in the German literature, are described in § 6 of chapter III. Only in the Scandinavian literature as it seems, the advocated pragmatic approach to law still is a living tradition.

In chapter IV support is sought for the imputation theory in other legal systems, in civil law and common law. For this inquiry, restricted to the law of contract, the following theme is formulated: what is the basis of contract, the *consensus* of the parties, or the principle that each party is held bound by his promise?

In § 1 the English and American approach to contract, as a set of promises, is treated. Special attention is given to the concepts of 'consideration', 'intention to be legally bound', the theory of 'the reasonable expectations' (Roscoe Pound), and 'the injurious reliance doctrine' (Restatement). The revolt against the dogmatic consideration doctrine, not or hardly mentioned in the leading treatises on English and American contract law, is described, and also the influence of the continental will theory on English and American law.

In the §§ 2 and 3 an account is given of some attempts in the German, Swiss, Scandinavian, French and Italian legal theory of the last century, to renew the

## SUMMARY

classic law of contract. With exception of the forgotten revolutionaries of the nineteenth century, like Schlossmann, on the continent these attempts are restricted to an adaptation of the dogmatic scheme to the necessities of practical life, which is usually described as *Auflockerung*, or *assouplissement*. The phenomenological trend, Reinach and his followers, and the sociological approach by the school of Léon Duguit, and by Em. Lévy in France, are examined also. A sociological approach to law is also underlying a trend in the post-war German literature, which I called the 'functional contract theory' (Reinhardt, Raiser, and others). In this connection attention is given to the theory of the so-called 'factual contract relations' (*faktische Vertragsverhältnisse*: Haupt, Lorenz, and others). Both fruits of modern legal thought are characterized by the attitude, that the will theory is taken for granted. In consequence these scholars are forced to construct a new building besides that of the tottering will dogma. In my opinion however, there is no need for constructions as the 'factual contract relations', if one is prepared to reconsider the will theory. Reconstruction by tearing down the old and obsolete construction may be the only way sometimes, even in the field of law.

In the French literature, in which the will theory and the *consensus* doctrine are still ruling in these days, the theory of *la déclaration unilatérale de volonté* is drawing attention. This theory, of German origin, after a successful start earlier this century, has been the object of considerable criticism in the last decades (by Rieg, Bonassies, and others). The aprioristic character of this criticism is criticized by this author.

A short inquiry into the Scandinavian legal theory on contract law *mérite un détour*, to borrow an expression from the Guide Michelin. Always a melting-pot of German abstractism and English pragmatism, in Scandinavian law a contract is based on two unilateral legal acts, offer and acceptance (the *Löfte theory*, laid down in the Scandinavian Contract Act, 1915-1918). The recent developments in the Scandinavian literature, in which old concepts as 'act of will' are left aside, seem to be of importance for the civil law systems of the continent.

To conclude this Summary, I would like to cite the words of Roscoe Pound, as a salute to the comparative lawyer reading these sentences: 'as it ceases to be a patriotic duty to hate the foreigner, it ceases to be a mark of civilized intelligence to despise his institutions'.

# Lijst van verkort aangehaalde literatuur

- Anson W.R. Anson, *Principles of the English Law of Contract*, bewerkt door A.G. Guest, Oxford, 22e druk 1964.
- Allen, *Law in the Making* C.K. Allen, *Law in the Making*, Oxford, 7e druk 1964.
- Arminjon-Nolde-Wolff P. Arminjon, B. Nolde en M. Wolff, *Traité de droit comparé* II, Paris 1950.
- Asser, diss. C. Asser, *De telegraphie in hare rechtsgevolgen*, diss. Leiden 1866.
- Asser-Anema-Verdam *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Vijfde deel: *Van bewijs*, bewerkt door A. Anema en P.J. Verdam, Zwolle, 5e druk 1953.
- Asser-Beekhuis Idem, Tweede deel: *Zakenrecht, Algemeen Deel*, bewerkt door J.H. Beekhuis, 9e druk 1957.
- Asser-Van Goudoever Idem, Derde deel: *Verbintenissenrecht*, eerste stuk, bewerkt door H. van Goudoever, 2e druk, 1913-1921.
- Asser-Kamphuisen Idem, Derde Deel: *Verbintenissenrecht*, derde stuk: *Bijzondere overeenkomsten*, bewerkt door P.W. Kamphuisen m.m.v. J. van Andel, 3e druk 1960.
- Asser-Limburg Idem, Derde deel: *Verbintenissenrecht*, door C. Asser, voortgezet door J. Limburg, 1e druk 1905.
- Asser-Losecaat Vermeer Idem, Derde deel: *Verbintenissenrecht*, eerste stuk: *De verbintenis*, bewerkt door P.A.J. Losecaat Vermeer, 1e gedeelte 1939, 2e gedeelte 1948.
- Asser-Rutten I Idem, Derde deel: *Verbintenissenrecht*, eerste stuk: *De verbintenis*, bewerkt door L.E.H. Rutten, 3e druk 1967.
- Asser-Rutten II Idem, Derde deel: *Verbintenissenrecht*, tweede stuk: *De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, bewerkt door L.E.H. Rutten, 2e druk 1968.
- Asser-Scholten, *Alg.Deel* Idem, *Algemeen deel*, door P. Scholten, 2e druk 1934, herdruk 1954.
- Asser-Scholten-Bregstein Idem, Eerste deel: *Personenrecht*, tweede stuk: *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, bewerkt door P. Scholten, herzien door M.H. Bregstein, 2e druk 1954.
- Asser-Scholten-Van der Grinten Idem, Eerste deel: *Personenrecht*, tweede stuk: *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, 3e druk 1959, herdruk 1968.
- Bailas, *Das Problem der Vertragsschliessung* D. Bailas, *Das problem der Vertragsschliessung und der Vertragsbegründende Akt*, 1962.
- Blomeyer, *Allg.Schuldrecht* A. Blomeyer, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin, 3e druk 1964.
- Böhtlingk, diss. F.R. Böhtlingk, *Het leerstuk der vertegenwoordiging en zijn toepassing op ambtsdragers in Nederland en in Indonesië*, Den Haag 1954.

- Bonassies P. Bonassies, bijdrage aan *Formation of Contracts* I and II, 1968 (vgl. onder).
- Van Brakel S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandsche Verbintenissenrecht*, Zwolle, 1e druk I-III, 1934-1937; 3e druk 1948, Eerste deel.
- Bregstein, rede M.H. Bregstein, *De betekenis der wilsovereenstemming voor de uitlegging van overeenkomsten*, inaugurele rede Rotterdam 1935.
- Bregstein, *Verz.Werk* *Verzameld Werk van Prof. Mr. M.H. Bregstein*, I en II Zwolle 1960.
- Bülow O. Bülow, *Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur Allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, 1899.
- Carbonnier, *Obligations* J. Carbonnier, *Theorie des Obligations*, Paris 1963.
- Cheshire (and Fifoot) G.C. Cheshire and C.H.S. Fifoot, *The Law of Contract*, London, 7e druk 1969.
- Chitty *Chitty on Contracts*, I and II, London, 22e druk 1961, 23e druk 1968.
- Corbin A.L. Corbin, *Corbin on Contracts*, Volumes 1 and 1A, 1963; Volume 2, 1950; Volumes 3 and 3A, 1960, St.Paul, Minn.
- Cremers-Zonderland W.A.M. Cremers en P. Zonderland, *Bouwrecht*, Arnhem 1969.
- Danz E. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena 1897, 3e druk 1911.
- Demogue R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Tome I, Paris 1923.
- Diephuis G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, deel III, 1e druk 1874, 2e druk 1885; deel X, 1e druk 1886, Groningen.
- Dollat J. Dollat, *Les contrats d'adhésion*, Paris 1905.
- Drilmsa, diss. R.L. Drilmsa, *De woorden der wet of de wil van de wetgever*, diss. Amsterdam 1948.
- Drion, *Verz.Geschr.* *Verzamelde Geschriften van J. Drion*, Leiden 1968.
- Eggens, *Verz.Opst.* *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen van Mr. J. Eggens*, I, Haarlem 2e druk, 1958; II, Alphen a.d. Rijn 1959.
- Encycl.Dalloz* *Encyclopédie Dalloz: Répertoire de droit civil*, 1-5, Paris 1952-1955.
- Enneccerus-Nipperdey L. Enneccerus, Th. Kipp und M. Wolff, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Erster Band, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, bewerkt door H.C. Nipperdey, Tübingen, 15e druk, 1960.
- Enneccerus-Lehmann Idem, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, bewerkt door H. Lehmann, 15e druk 1958.
- Esser, *Allg.Teil* Josef Esser, *Schuldrecht. Ein Lehrbuch I, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 3e druk 1968.
- Esser, *Grundsatz* Idem, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 2e druk 1964.
- Esser, *Schuldrecht* Idem, *Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil, Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 2e druk 1960.
- Festschrift Deutscher Juristentag zie onder: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*.
- Flume, *Allg.Teil* W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin 1965.
- Formation of Contracts* *Formation of Contracts*, Volumes I and II. *A Study of the Common Core of Legal Systems*, R.B. Schlesinger, general editor, 1968, Cornell Law School.

- Goodhart A.L. Goodhart, *English Law and the Moral Law*, 2e druk 1955.
- Goudekete, diss. J. Goudekete, *Afspraken tot het sluiten van overeenkomsten*, diss. Amsterdam 1906.
- Hamaker, *Verspr.Geschr.* *Verspreide Geschriften van Mr H.J. Hamaker*, Haarlem, deel II, 1911; deel V, 1912; deel VII, 1913.
- Hamaker, diss. G. Hamaker, *De vordering uit onverschuldigde betaling naar Nederlands recht*, diss. Amsterdam 1971.
- Hijmans I.H. Hijmans, *Het recht der werkelijkheid*, inaugurele rede Amsterdam 1910.
- Hijmans-bundel *Met eerbiedigende werking*, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. L.J. Hijmans van den Bergh, Deventer, 1971.
- Hofmann L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht*, Eerste Deel, *De algemeene leer der Verbintenissen*, Groningen, 4e druk 1935.
- Hofmann-Drion-Wiersma Idem, Tweede Gedeelte (artt. 1388-1492 BW), door H. Drion en K. Wiersma, 8e druk 1959, herdruk 1968.
- Hofmann-Van Opstall Idem, Eerste Gedeelte (artt. 1269-1387 BW), bewerkt door S.N. van Opstall, 8e druk 1959, herdruk 1968.
- Honderd jaar rechtsleven* *Honderd jaar rechtsleven*, Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1970, Zwolle 1970.
- Houwing, *preadv.Rechtsverwerking* Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking*, preadvies voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1968.
- Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben* *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, I, Karlsruhe 1960.
- Jackson R.M. Jackson, *The Scope of the Term Contract*, 53 Law Quarterly Review (1937), p. 525 v.
- Jansma, diss. K. Jansma, *Uitlegging van overeenkomsten*, diss. Amsterdam 1913.
- Janssen, diss. H.C.J.G. Janssen, *Totstandkoming van internationale handelskoop*, diss. Nijmegen 1970.
- Janssens, diss. L.B.A.M. Janssens, *Het aanbod*, diss. Amsterdam 1926.
- Jørgensen S. Jørgensen, *Vertrag und Recht*, Kopenhagen 1968.
- Kist J.G. Kist, *Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlandse wet*, deel III: *Handelsverbintenissen*, Den Haag 1870, 2e druk 1875.
- Kist-Visser III Idem, bewerkt door L.E. Visser, 3e druk 1914.
- Land, *Verklaring BW* N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, deel III, Haarlem 1892.
- Land-Eggens Idem, deel VI, door J. Eggens, 2e druk 1933.
- Land-Lohman Idem, deel IV, herzien door W.H. de Savornin Lohman, 2e druk 1907.
- Larenz, *Allg.Teil* Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1967.
- Larenz, *Auslegung* Idem, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt a.Main, 1930, herdruk 1966.
- Larenz, *Geschäftsgrundlage* Idem, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Die Bedeutung 'Veränderter Umstände' im Zivilrecht*, München, 3e druk 1963.
- Larenz, *Methodenlehre* Idem, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 2e druk 1969.

- Larenz, *Schuldrecht I* . . . . . Idem, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Eerste deel: *Allgemeiner Teil*, München, 8e druk 1967.
- Levenbach, diss. . . . . M.G. Levenbach, *De spanning van de kontraktsband*, diss. Amsterdam 1923.
- Losecaat Vermeer, diss. . . . . P.A.J. Losecaat Vermeer, *Wil en verklaring bij overeenkomsten*, diss. Leiden 1913.
- Löwensteyn, *inaug.rede* . . . . . F.J.W. Löwensteyn, *De relativiteit van de contractuele norm*, inaugurele rede Tilburg 1967.
- Lüderitz . . . . . A. Lüderitz, *Auslegung von Rechtsgeschäften. Vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts*, Karlsruhe 1966.
- Meijers, *Alg.Begr.* . . . . . E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht*, Deel I, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden 1948.
- Meijers, diss. . . . . Idem, *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. Amsterdam 1903.
- Meijers, *Verz.Opst.* . . . . . *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen van Prof. Mr. E.M. Meijers*, I-III, Leiden 1954-1955.
- Mendel, diss. . . . . M.M. Mendel, *Het statutaire doel van de naamloze vennootschap*, diss. Leiden 1971.
- Meier-Hayoz . . . . . A. Meier-Hayoz, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss*, diss. Zürich 1948.
- Nieuw BW . . . . . zie: Toelichting.
- Oebike . . . . . B. Oebike, *Wille und Erklärung beim Irrtum in der Dogmengeschichte der beiden letzten Jahrhunderte*, diss. Münster 1935.
- Okma, diss. . . . . N. Okma, *Misbruik van recht*, diss. V.U. Amsterdam 1945.
- Ontwerp-BW . . . . . zie: Toelichting.
- Ontwerp-Kemper . . . . . Ontwerp Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden, 1820, 2e editie Leiden 1861.
- Opzoomer . . . . . C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, Amsterdam, 1e druk 1879, 2e druk 1891.
- Van Oven-bundel . . . . . *Opstellen over hedendaagsch recht op 17 november 1946 door vrienden en leerlingen aangeboden aan Prof.Mr. J.C. van Oven*.
- De Page . . . . . H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, 3e druk 1964; III, 2e druk 1950, Brussel.
- Patry . . . . . R. Patry, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, diss. Genève 1953.
- Pawlowski . . . . . H.-M. Pawlowski, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, Göttingen 1966.
- Pieters-bundel . . . . . *Rechtsvinding*, Opstellen aangeboden aan Prof.Dr. J.M. Pieters, ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool te Tilburg, Deventer 1970.
- Piotet . . . . . P. Piotet, *La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse*, Bern 1956.
- Pitlo . . . . . A. Pitlo, *Het verbintenisrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Haarlem, 3e druk 1952; 6e druk 1964.
- Pitlo-bundel . . . . . *Plus est en vous*. Opstellen over recht en cultuur. Aangeboden aan Prof.Mr. A. Pitlo ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap, Haarlem 1970.
- Planiol-Ripert-Esmein . . . . . M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Tome 6, *Obligations*, première partie, par P. Esmein, Paris, 2e druk 1952.
- Polderman, diss. . . . . J.J. Polderman, *Het openbaar aanbod*, diss. Utrecht 1913.
- Pollock . . . . . *Pollock's Principles of Contract*, by P.H. Winfield, London, 13e druk 1950.

- Pothier, *Vente* R.J. Pothier, *Traité du contrat de la vente*, 1763, *Oeuvres Complètes*, Paris 1821, ed. Siffrein.
- Raiser, *Vertragsfunktion* L. Raiser, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in: Festschrift Deutscher Juristentag, 1960.
- Ras H.E. Ras, *Zaakwaarneming naar Nederlands recht*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1968, *Jaarboek XI* (1967-1968).
- Reinach A. Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, 1913, herdruk 1953: *Zur Phänomenologie des Rechts*. Restatement of the Law of Contract I, St. Paul, Minn., 1932, American Law Institute.
- Restatement* Restatement of the Law - Second. Contracts, Tentative Draft No. 1 (§§ 1-74) 1964. Tentative Draft No. 2 (§§ 75-132) 1965. Reporter: R. Braucher.
- Restatement-Second* Restatement of the Law - Second. Contracts, Tentative Draft No. 1 (§§ 1-74) 1964. Tentative Draft No. 2 (§§ 75-132) 1965. Reporter: R. Braucher.
- Rieg A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, 1961.
- Ripert-Boulanger 2 G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil de Planiol*, Tome 2, Paris 1957.
- Rollin Couquerque, diss. L.M. Rollin Couquerque, *Tweeërlei Dogma*, diss. Utrecht 1893.
- Rothoef, *System der Irrtumslehre* D. Rothoef, *System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung. Dargestellt am deutschen und englischen Vertragsrecht*, Tübingen 1968.
- Rutten zie: Asser-Rutten.
- Van Schilfgaarde, diss. P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1969.
- Scholten, *Alg.Deel* zie: Asser-Scholten.
- Scholten, *Verz.Geschr.* *Verzamelde Geschriften van wijlen Prof.Mr. Paul Scholten*, I-IV, Zwolle 1949-1954.
- Schoordijk, diss. H.C.F. Schoordijk, *Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard*, diss. Amsterdam 1958.
- Schlesinger zie: *Formation of Contracts*.
- Schlossmann S. Schlossmann, *Der Vertrag*, Leipzig 1876.
- Siegel, *Das Versprechen* H. Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im Heutigen Recht. Eine germanistische Studie*, Berlin 1873.
- Smit, diss. M. Smit, *De zgn. stilzwijgende wilsverklaringen bij het aangaan van overeenkomsten in het Nederlandsche Recht*, diss. Groningen 1890.
- Smit, *Grondslagen* Idem, *Grondslagen van ons verkeersrecht*, 1906.
- Soergel-Siebert-Hefermehl Th. Soergel und W. Siebert, *Bürgerliches Gesetzbuch*, bewerkt door (o.a.) Hefermehl, I, 9e druk 1959; II, 9e druk 1962, Stuttgart.
- Staudinger-Coing J. von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I*, bewerkt door F. Brändl en H. Coing, Berlin, 11e druk 1957.
- Steenbeek, *Rechtshandeling en rechtsgevolg* J.G. Steenbeek, *Rechtshandeling en rechtsgevolg in het staats- en administratief recht*, diss. Utrecht 1958.
- Suijling, *Alg.Beg.* J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Eerste stuk: *Algemene Beginselen*, Haarlem 3e druk 1948.
- Suijling, *Inleiding Het Testament* Idem, I, 1e druk 1918, II 1e gedeelte, 2e druk 1934. *Het Testament*. Een bundel monografieën uitgegeven ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van de Broederschap der Candidaat-Notarissen, Arnhem 1951.



- Thiel, diss. J.H. Thiel, *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen*, diss. Amsterdam 1903.
- Toelichting Toelichting op het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, opgesteld door Prof.Mr. E.M. Meijers. Eerste Gedeelte (Boek 1-4), Den Haag 1954; Tweede Gedeelte (Boek 5), 1955, voltooid door J. Drion, J. Eggens, en F.J. de Jong; Derde Gedeelte (Boek 6), 1961 voltooid door J. Drion, G. de Grooth en F.J. de Jong.
- Troelstra, diss. M.N.S. Troelstra, *Het vrijblijvend aanbod*, diss. Leiden 1925.
- Von Tuhr-Sieewart A. von Tuhr, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 2e druk bewerkt door A. Sieewart, Zürich, 1e Halbband, 1942; 2e Halbband 1944.
- Valéry J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, Paris 1895.
- Veegens, *Cassatie* D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Zwolle 1959.
- Veegens-Oppenheim-Polak J.D. Veegens, *Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, deel III, voortgezet door A.S. Oppenheim, bewerkt door C.H.F. Polak, 4e druk.
- Völlmar III H.F.A. Völlmar, *Nederlands Burgerlijk Recht. Handleiding voor Studie en Praktijk*, III, Zwolle, 2e druk 1952.
- Voorduin J.C. Voorduin, *Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, Utrecht, 1837-1838.
- Weeramantry C.G. Weeramantry, *The Law of Contracts I*, Colombo, Ceylon, 1967.
- Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 2e druk 1967.
- Wiersma zie: Hofmann-Drion-Wiersma.
- Williston S. Williston, *Williston on Contracts*, Volume 1, by Jaeger, 3e druk 1957.
- Wolfsbergen A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden 1946.
- Worms R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, diss. Paris, 1891.
- Zevenbergen Chr. Zevenbergen, *Aard en werking der goede trouw in het romeinse verbintenissenrecht*, Utrecht, 4e druk 1954.

# Zakenregister

## Aanbod

– in het algemeen 13, 100 v., 129, 136, 139, 151, 153, 160, 162, 167, 170 v., 174 v., 181, 183 v., 186, 188 v., 194, 197, 199, 206, 276 v., 289, 302, 308, 342, 355, 392, 396, 401, 411, 415, 419, 422 v.  
'bereiken'-kriterium 113, 127, 199.  
gerichtheid van het – 111 v., 177, 189, 199, 342.  
herroeping van het – 69, 100 v., 107, 113, 122 v., 128, 136, 153, 157, 159, 167, 176, 179, 199, 201, 308, 376, 379, 417, 421 v.  
onherroepelijkheid van het – 101, 103, 113, 122 v., 157, 160, 166, 172, 308, 331, 372 v., 376, 417, 429, 433 v.  
onherroepelijkheid gebaseerd op overeenkomst 106, 124, 426, 428, 434.  
– als 'onzelfstandig onderdeel' 123, 175.  
– als rechtshandeling 104, 110, 115, 119, 121, 179.  
openbaar – 111.  
termijn van het – 108 v., 113 v., 123, 127, 166 v., 172, 184, 189, 422, 428.  
– als toezegging 110, 114, 119 v., 122, 151, 160 v., 166, 170, 174 v., 183, 214, 221, 278, 289, 291, 302, 346, 354 v.  
uitleg van het – 109, 115, 121, 127 v.  
– bij uitloving 125, 342, 355, 364, 392 v., 421, 423, 434.  
uitnodiging tot het doen van een – 104, 122, 126, 128, 417, 429.  
verbintenis uit – 115.  
vrijblijvend – 122, 125 v., 128, 163, 421.

Aanneming van werk 41 v., 47, 51, 63, 72, 246 v., 278.

Aansprakelijkheid 222, 250, 270 v., 396.  
– voor zaken 273.

Aanstelling 199, 224, 226 v.

Aanvaarding van een aanbod  
– in het algemeen 13, 69, 100, 110, 116, 120, 122, 126 v., 132 v., 136, 151, 153, 158, 160, 162 v., 170 v., 174 v., 179 v.,

186, 188 v., 194, 197, 200, 276 v., 289, 302, 355, 396, 401, 411, 414, 434.  
'bereiken'-kriterium 133, 158, 199.  
gerichtheid van de – 129, 132 v., 160 v., 199.  
herroeping van de – 135.  
– van een nalatenschap 197.  
– als 'onzelfstandig onderdeel' 132, 175.  
– als toezegging 129 v., 151, 160, 174, 183, 289, 291, 302.  
stilzwijgende – 110, 122, 130, 132, 134, 174, 423, 426, 434.

Abus de droit, zie: misbruik van recht.

Actio Pauliana 331.

Afstand van recht.  
– in het algemeen 13, 68 v., 74, 80, 83 v., 103, 106, 151, 176, 199, 209 v., 249, 292 v., 301, 439.  
gerichtheid van – 75 v.  
goede trouw en – 78, 80 v., 89 v., 96, 114.  
toerekening van – 90, 93, 96, 98, 103.  
– o.g.v. de wil 84 v., 92, 97 v., 439.

'Agreement' 356 v., 363 v.

Algemeen belang 341.

Algemene (rechts-) beginselen 67 v., 74, 90, 96, 101, 103, 224 v., 279, 288, 291, 295, 298, 341, 345, 356.

Algemene rechtsleer 336.

Alleenverkoopsrecht 55, 254.

Ambtshalve rechtsvinden 24 v.

Animus  
– bij bezit 204.  
– novandi 71.  
– solvendi, zie: wil tot schulddelging.

Annuleren 40

Aprioristische rechtsleer 399 v.

Arbeidsovereenkomst 42, 51, 62, 156, 199, 221.  
–recht 314.

'Assent' 357, 363 v., 371.

'Assumpsit' 357.

Auteursrecht 203.

'Bargain' (-theorie) 356 v., 374–385.  
 Bedoeling van partijen 40, 53, 177, 187,  
 201, 240 v., 252, 260 v., 264, 337, 358.  
 Bedrog 83, 90, 98, 265, 300 v., 328, 397.  
 Begrijfsjurisprudentz 274, 294, 400, 408,  
 436.  
 Bekentenis 197.  
 Bekrachtiging 13, 68, 79, 82 v.  
 – bij onbevoegde vertegenwoordiging  
 189, 197, 224, 229, 232 v.  
 – bij nietigheid 300.  
 'Belofte maakt schuld' – beginsel 101 v.,  
 115, 175, 181, 308, 322, 369, 442.  
 bindende kracht van eenzijdige belofte  
 101 v., 105, 107, 180, 331, 353–438.  
 'Beneficiary' 365, 374, 382.  
 Beslaglegging 60, 144, 197, 213, 215, 235.  
 Betaling (nakoming)  
 – in het algemeen 12 v., 83, 103 v., 134,  
 143 v., 167, 196, 202, 206, 209 v., 217,  
 284, 290, 321, 370, 389, 407, 439.  
 aanbod van gerede – gevolgd door con-  
 signatie 36 v.  
 acceptatie van – (akkoord gaan met ) 15,  
 20 v., 28, 35, 38.  
 'algemeene Vertragstheorie' 28.  
 'beschränkte Vertragstheorie' 28, 32.  
 – per bank 15, 38.  
 – per giro 15, 38  
 – door een derde 30, 284.  
 – als feitelijke handeling 26 v., 32, 198.  
 – als rechtshandeling 14 v., 26 v., 134.  
 medewerking van debiteur bij – 36 v.  
 onverschuldigde – 15, 17, 24 v., 27, 33,  
 39, 176, 191, 202, 218, 221, 234, 274–279,  
 289, 294, 297, 399, 442.  
 toerekening (imputatie) van – 18–25.  
 Bevrachtingsovereenkomst 42, 43, 44.  
 Bewaargeving 41, 43, 47, 150, 187.  
 Bewijsrecht 9, 16, 21, 24 v., 54, 96, 111 v.  
 144, 155, 163, 201, 205, 242, 263, 300,  
 325, 332, 360, 416.  
 –lastverdeling 82, 269, 273.  
 billijkheidsleer bij – 273.  
 'parol evidence rule' 361.  
 –risiko 47.  
 – van schade 82  
 Bezit 36.  
 Bezitsverschaffing 36, 129, 182, 197 v.  
 – d.m.v. derden 204.  
 Billijkheid 19 v., 59 v., 68, 81, 185, 219,  
 228, 238, 257, 259 v., 263 v., 278 v.,  
 283, 285, 289, 320, 323, 384, 399, 418.  
 –srechtspraak 267.

Boedelscheiding 98, 293.  
 Boetebeding 258.  
 Bonus vir 396 v.  
 Borgtocht 42, 51, 80, 186, 231 v., 434.  
 Bruikleen 16, 29, 43, 59 v., 61, 66, 68, 186,  
 210.  
 'But social', theorie van 'le – 204, 217.  
 Cassatie, zie: feitelijk.  
 Causa 144, 288 v., 359, 381, 425, 433, 442.  
 ongeoorloofde oorzaak 300.  
 Clausula rebus sic stantibus 337.  
 Codificatie (her-) 74, 242, 274, 292, 314,  
 340 v., 390, 443.  
 Commissionair 233.  
 Communicatiemiddelen 111, 113, 135, 161,  
 163 v., 166 v., 316, 356.  
 communicatie d.m.v. derden, 328.  
 Consensus, zie: wilsovereenstemming.  
 'Consentement' 430, 433.  
 'Consideration' 291, 354–384.  
 Contract, zie: overeenkomst.  
 'Contract'  
 'bilateral' – 354 v., 373.  
 'collateral' – 371.  
 'construction of' – 267, 360, 367, 371.  
 'frustration of' – 367.  
 omschrijving van – 358, 364, 378.  
 'rectification of' – 360 v., 389.  
 'Contrat social' 327.  
 Contre-lettre 342.  
 Conversie, zie: uitleg.  
 Corpus (bij bezit) 204.  
 Culpa in contrahendo 102, 120, 314, 328,  
 402, 413.  
 Curatele 147 v., 189, 199, 304, 399.  
 Dading 55.  
 'Deed' 355.  
 'Déclaration unilatérale de volonté (leer  
 van de –) 110, 168, 418–429.  
 Derdenbeding 15, 56, 65, 188 v., 308, 422,  
 425, 428.  
 Derelictio 399.  
 'Dispositive Erklärung' (leer van de –)  
 317, 353, 416.  
 Dissensus 169, 297.  
 Doel van de NV 231 v.  
 Dogmatiek 10, 82, 128, 186, 202, 205, 216,  
 230, 234, 267, 269, 271 v., 279, 283,  
 285 v., 296, 306, 339 v., 346, 352, 359,  
 366, 408, 410, 430, 436 v., 442.  
 'Auflockerung' ('assouplissement', 'An-

- passung') van de - 352, 406-410, 413, 436 v., 440.
- Dood 115, 199, 335, 399.
- Dwaling 79, 81, 120, 133, 149, 151, 169, 177, 216, 271, 248 v., 265, 277, 297-304, 308, 314, 342, 385, 388 v., 397, 407, 441. misleiding 303 v.
- onderzoekplicht 120, 232, 248, 299, 390. oneigenlijke - (vergissing) 80, 136, 168 v., 207, 279, 297, 316, 325, 342, 364, 390. scherts 349.
- spreekplicht 120, 185, 299.
- Dwang (bedreiging) 265, 300-304, 308, 397. Dwangsom 104.
- Echtscheidingsconvenant 292, 294.
- Eigendom 36, 115, 203 v., 213, 217, 321, 406.
- mede- 182.
- soverdracht 29.
- 'Einzelfallgerechtigheit' 224 v.
- Ekonomie (-isch) 187, 333, 379, 383, 412.
- 'Empfangszuständigkeit' 39.
- 'Equity' 361, 370, 376, 378, 387 v.
- Erfdienstbaarheid 50.
- Erfpacht 55, 108.
- Erfrecht 205, 242 v.
- 'Erfüllung' 27 v., 68.
- svertrag 28.
- sannahme 28.
- 'Erklärungstheorie' 317, 393, 398, 411, 414, 416.
- Erkenning
- schuld- 233, 342.
- van een kind 98.
- 'Estoppel' 301, 369, 376.
- 'quasi-' ('promissory-') 369 v., 376, 380.
- Exceptio non adimpleti contractus 187, 397.
- Exoneratie 165.
- Faillissement 189, 213, 235.
- 'Faktische Vertragsverhältnisse' ('Schuld'-) 28, 199, 224, 228, 287, 352, 405-417, 436.
- Fascisme 312, 316.
- nationaal-socialisme 351, 404.
- Feitelijke handeling, zie: handeling.
- Feitelijk in cassatie 76, 86, 88 v., 145, 199, 201, 207, 241, 245, 258, 260, 263, 332, 418.
- Fenomenologie 225 (zie ook: methode van rechtsvinding).
- Fictie 85 v., 142, 144 v., 167, 199, 205, 212, 224, 226 v., 235, 251 v., 264, 272, 281, 287, 315, 323, 334 v., 348, 350, 368, 393, 416, 425 v., 436, 440.
- Fidesfobie 327 v., 345.
- Filosofie 306 v., 309 v., 312, 339, 352, 399, 413.
- F.o.b.-beding 37, 186.
- 'Fraud' 302, 372.
- 'Freirechtsschule' 225.
- Funktionele rechtsleer 181, 225, 410, 431 v.
- funktionele contractstheorie, zie: overeenkomst (zie ook: methode van rechtsvinding).
- Gebruik 19 v., 50, 106, 111, 113, 124, 127, 131 v., 162 v., 185, 206, 215, 228, 233, 256, 320, 323, 364, 383, 424 v., 429.
- 'Geltungserklärung' 225, 402.
- 'Geltungstheorie' 402.
- Gentlemen's agreement 289.
- Germaans recht 115, 175, 308, 319, 390 v.
- 'Gerechtigheit' ('Idee der-') 395, 404 v., 409.
- 'Geschäftsgrundlage' 225, 267, 289.
- Gevaarzettingsbeginsel 140, 327 v.
- Gewijzigde omstandigheden, zie: veranderde omstandigheden.
- Gewoonte, zie: gebruik.
- Goede huisvader 116, 117.
- Goede naam 44, 47, 167.
- Goede trouw (redelijkheid en billijkheid)
- beginsel(en) van - 9, 20, 25, 41, 45, 50, 54, 59, 61, 67, 88, 91, 94, 97, 101, 114, 117, 119, 131, 134, 136, 163, 166, 187, 212, 219, 238, 246, 248, 253, 261, 265, 267, 278, 295, 297, 301, 334, 397, 407, 411, 414.
- beperking van een recht door de - ('derogerende werking' van de -) 68, 92, 95, 98, 114, 167, 211 v., 219, 245, 247, 249, 251 v., 257, 259, 263, 265, 267, 410.
- beroep op een recht i.s.m. - 90, 165, 210, 220 v., 250 v., 301.
- eisen van de - 57, 62, 84, 91, 103, 161, 260, 338.
- te goeder trouw zijn 17, 37, 82, 168, 177, 207, 299, 302, 304, 320, 331, 342, 388.
- handeling i.s.m. - 71 v., 95, 114.
- regels van de - 38, 45, 120, 186, 220, 247 v., 258, 262, 277, 298 v., 301 v., 324.
- uitoefening van een recht i.s.m. - 67, 92, 98, 114.
- kwade trouw 43, 299 v.
- te kwader trouw zijn 36, 280, 331, 342.

Goede zeden, i.s.m. – 165, 289, 291 v. 295, 401.

#### Handeling (handelen)

'empfangsbedürftige – (aan mededeling onderworpen –) 75, 113, 156, 160 v.

feitelijke – 9, 27 v., 31 v., 46, 78, 208–216, 218, 234, 268, 276 v., 285, 288, 290, 296, 442.

gerichtheid van de – 15, 75 (zie ook bij: aanbod).

– i.s.m. goede trouw, zie: goede trouw.  
– in naam van 228 v.

op rechtshandeling gelijkende – 31

'vernemungsbedürftige' – 400.

vrijheid tot – 406, 409, 411, 415.

Handelingsonbekwaamheid 26, 28, 34, 36, 115, 148, 304, 309 v.

Houderschap 204.

Huur 37, 42, 50, 52, 57, 59, 61 v., 66, 93 v., 253.

Huurkoop 215.

#### Huwelijk

–sbelofte 129.

–sgemeenschap 83, 182, 292.

–sgoederenrecht 182.

–se staat 182.

–se voorwaarden 182.

Hypotheek 80, 335.

Individualisme 8, 203 v., 226, 235, 270, 272, 284, 297, 306, 312, 328, 330, 343, 352, 405, 408, 437 v.

plaats van individu in het recht 10, 272, 438.

'Inference from conduct (– circumstances)' 395 v., 365, 367, 373.

'Injurious reliance doctrine' 365, 371, 375 v., 378, 380 v., 387, 399, 413.

'Instinct with an obligation' 369.

'Intellectual conservatism' 287.

Intentie tot schulddeging, zie: wil –.

'Intention' ('intent') 359, 362, 364 v., 372 v., 375, 377 v., 381.

– 'to create legal relations' 291, 358 v.

Interessenjurisprudentz 436.

Jus in causa positum 167, 222, 268, 296.

Kanoniek recht 357, 435.

Kenbaarheidsvereiste 79, 111, 113, 129, 136, 147, 149, 161, 169, 298, 390.

'Kontrahierungszwang' 324.

Koop 29, 96 v., 108, 115, 129, 131, 136, 144, 158, 295, 425.

c.i.f. – 15.

beding tot wederin– 424 v.

Frankzinnigheid 147 v., 270, 308, 320, 324.

Kwijting 18, 24, 87, 186.

#### Kwijtschelding

– in het algemeen 13, 25, 38, 68 v., 78, 80, 83, 103, 131, 196, 199, 369, 373 v., 434.

gericht zijn van – 72, 76.

herroeping van – 69.

Lastgeving 42 v., 47, 63, 96, 131, 143, 146, 186, 281, 328 v.

'Law in action' 181, 437, 441.

– 'in the books' 437.

Leemte-theorie 167, 258–266.

Legaat 64.

Levering 33, 35 v., 86, 91, 95, 108, 114 v., 144 v., 166, 183, 210, 321.

Liberalisme 8, 404, 409.

Licentie 254 v.

'Löfte-theorie' 110, 169, 316 v., 353, 414 v.

Maatschap 42 v., 51, 56, 199.

#### Maatschappelijk verkeer

eisen van het – 30, 114, 119, 131, 143, 148 v., 150, 158, 163, 174, 235, 270, 278,

307, 312, 322, 328 v., 344, 352, 393, 440.

verkeersopvatting 67, 112, 155, 204, 206, 214, 218, 291, 299.

Maatschappijopvatting 8, 215, 306, 319, 437.

Materiële daad 347.

Mededeling 104, 110, 125, 127, 130 v., 135, 155, 231 v., 299, 301.

Metafysica 226, 230, 288, 366, 415, 431, 437.

#### Methode van rechtsvinding

analytische – 186, 285, 437 v.

anticiperende – 207, 285.

casuistische – 187, 279, 291, 391, 396 v.

deductieve – 207, 306, 313, 319, 440.

dialektische – 67, 239, 269, 312 v., 326.

fenomenologische – 225, 313, 391, 399–403, 438.

funktionele – 181, 203, 404–417, 438.

inductieve – 307, 313, 319, 398, 437.

legistische – 224, 300, 329, 348.

rechtssociologische – 280, 351 v., 379, 391, 404–417, 430–433, 437 v., 440.

– a.h.v. topische controle 224.

– d.m.v. typologiseren 286, 326, 416.

– a.h.v. normale typen 233, 323 v., 335, 348, 408.  
– o.g.v. typische rechtsgevolgen 352, 409, 416.  
rechtsmethodiek i.h.a. 8 v., 45, 67 v., 128, 156, 194, 200, 202, 214, 222 v., 262, 293, 298, 303, 326, 336, 383, 437.

‘Minority decision’ 142.

Misbruik van omstandigheden 294, 301–304.

Misbruik van recht (–bevoegdheid) 62 v., 66, 105, 115, 199, 200, 217 v., 295, 423, 431.

‘Misrepresentation’ 297, 388 v.,

‘Mistake’ 372, 387 v.

Mora creditoris 37.

Motieven 332.

Nakoming, zie: betaling.

Natuurlijke verbintenis 24, 372.

Natuurrecht 10, 123, 125, 175, 310, 403, 442.

Nemo auditor 280, 295.

Nietigheid, zie: rechtshandeling.

Norm, zie: rechtsnorm.

Normatieve uitleg, zie: uitleg.

‘Norm gerechtigheit’ 225.

Novatie 71, 389.

Obiter dictum 22, 173, 369.

Onderhandelingen 57, 109, 117, 121, 127, 136, 248, 290, 371.

beëindiging van – 57, 118, 120.

‘Ongedaan maken’ van een prestatie 33, 39, 176.

Ongegronde verrijking 82, 191, 221, 234, 274–288, 294, 302, 382, 423, 431, 442.  
vermogensverschuiving 276, 283, 399.  
opdringen van bestedingspatroon 279, 285.

Onrechtmatige daad 198, 102, 131, 206, 215, 267, 268–274, 277, 279 v., 314, 327, 347, 389, 396, 399, 401, 426, 442.

schuldvereiste 269 v., 286 v.

mede-schuld 302, 396.

quasi – 272.

‘faute’ 423 v., 426.

Ontbinding(aktie) 37, 187, 389.

Ontslag 72, 111, 155.

Oordeel

autonoom – 260.

subjektief – 263.

Oorzaak, zie: Causa.

Optie tot koop 253, 434.

Opzegging

– in het algemeen 12 v., 38, 40 v., 151, 155 v., 159, 198 v., 209 v., 217 v., 235.

– ‘te allen tijde’ (– naar willekeur) 52 v., 57, 59 v., 63, 72, 199, 209, 217, 439.

beginselen die – beheersen 44 v., 50.

contractuele regeling van – 45 v., 50.

gerichtheid van – 40, 46, 75, 111.

– te goeder trouw (normatieve uitleg van –) 42 v., 48, 50 v., 55, 59, 61 v., 66 v., 80 v., 103, 114.

– i.s.m. goede trouw (te kwader trouw) 46, 54 v., 66.

niet-opzegbare overeenkomst 65 v.

onechte – 40

redelijke termijn bij – 56, 59 v., 64, 66.

rechtsgevolgen van – 43 v., 46.

tussentijdse – 40.

Overeenkomst

aanvulling van de – 10, 49, 239, 247, 256, 258–266, 295, 338, 421.

aard (strekking) van de – 45 v., 51, 56, 59 v., 65, 67 v., 146, 234, 252, 255, 257 v., 299.

adhesie– 117, 119, 121, 199, 324 v., 386, 407, 410.

administratiefrechtelijke – 49.

beëindiging van de – 45 v., 52, 188, 209.

contractsvrijheid 406, 409.

misbruik van contractsvrijheid 410.

dealer– 57

doel van de – 59.

drie–partijen–overeenkomst 189, 191, 234.

duur– 41, 46, 61.

eenzijdige – 186 v., 192.

eeuwigdurende – 65.

funktionele contractstheorie 267, 351 v., 391, 404–417, 437.

hulp– 288.

leemte in – 40, 256, 258–266, 344, 421.

–model 13, 181–195, 366, 442.

– om niet 129, 183 v., 193, 290.

onbenoemde – 49, 67.

ontbinding van de – 43.

reële – 186, 409.

– als rechtsverhouding 13, 117, 129, 171, 182 v., 188, 194, 197, 276, 289, 302, 441.

‘Richtigheit’ van de – 404.

sleep– 141.

standaard–, zie: adhesie–

totstandkoming van de – 11 v., 74, 104,

107 v., 112, 116 v., 120 v., 126 v., 147,

153–195, 196, 199, 248, 307, 317, 333,

- 337, 347 v., 353–438.  
 id.; ontvangsttheorie 74, 112 v., 154–159, 167, 176, 394.  
 id.; uitingstheorie (– nieuwe stijl) 154–160, 167, 169, 173, 181, 200, 294, 418.  
 id.; vernemingstheorie 100, 112, 130, 154–159, 167, 170, 176, 394.  
 id.; verzendtheorie 124, 154–159, 170.  
 id.; geobjectieerde vernemingstheorie 158, 161.  
 id.; vernemings– ontvangsttheorie 159 v., 173 v., 200.  
 uitleg van de – (vaststelling van de inhoud van de –) 7, 9, 118 v., 151, 194, 205, 216, 236–267, 317, 337, 440.  
 uitvoering van de – 37, 40, 50, 52, 79, 91, 121, 131 v., 167, 200, 210, 238, 245, 247, 251, 255, 374.  
 – tot verrichten van enkele diensten 63.  
 – voor open rekening 277.  
 – voorovereenkomst 106, 124, 426, 428, 434.  
 – tot vriendschappelijke samenwerking 51.  
 wederkerige – 186 v.  
 zakelijke – 28, 33, 35 v., 129, 182.  
 Overmacht 25, 43, 116, 165, 186, 187, 216, 259, 262 v., 265, 367 v.  
 risikoleer 262.  
 schuldleer 262.
- Pachtovereenkomst 62.  
 Pacta sunt servanda 219.  
 Pandektisten 10, 191, 226, 331, 403, 408, 442.  
 ‘Parol evidence rule’ 262, 361.  
 Partij autonomie 53.  
 Pensioenverplichtingen 52, 53, 87.  
 Plantrecht 65.  
 ‘Podsnapery’ 376 v., 380.  
 Post-contractuele verhouding 188.  
 Praktijk, zie: rechtspraktijk.  
 Precontractuele verhouding 40, 114, 117, 120, 136, 166, 185, 188, 248, 291, 297, 303, 402.  
 Prestatie 15 v., 19, passim.  
 Procesgang 24, 137, 325.  
 –positie 96.  
 –recht 316, 373.  
 Produktaansprakelijkheid 137, 273.  
 ‘Promesse unilatérale’ 434.  
 ‘Promise’ 354–385.  
 Psychologie 187, 201 v., 310, 313, 337, 413, 432.
- Quasi -rechtshandeling 191, 286.  
 – contact 287.  
 – onrechtmatige daad 272, 287.
- ‘Reale Leistungsbewirkung’ 22, 27, 29, 32, 198.  
 – Tilgungsakt 28, 198, 200, 224.  
 Realisme 307, 353, 416, 437 v.  
 ‘Reasonable expectations’ (leer van de –) 362 v., 367, 372, 374 v., 378 v., 382 v.  
 ‘Reasonable man’–constructie 361 v., 367, 373, 375, 382, 384 v., 387.  
 Recht der werkelijkheid 181, 223, 276, 280, 324, 438.  
 Rechtsbevestigende verklaring 188.  
 Rechtverkrijgende verklaring 188.  
 Rechten op de rechtsvorming 200.  
 Rechterlijke beslissing  
 uitleg van de – 136 v.  
 Rechtsrecht 297, 439 v.  
 Rechtmatige daad 13, 191, 206, 221, 234, 274–288, 442.  
 Rechtsfeit 331.  
 Rechtsfilosofie 225, 230, 271, 408, 431.  
 Rechtsgemeenschap (–orde) 215, 307, 323, 344, 346, 406, 440.  
 Rechtsgevoel 307, 394, 397.  
 Rechtsgevolgen  
 – in het algemeen 8, 12, 14, 20, 31, 113 v., 121, 123, 130, 182, 198, 206 v., 227, 267, 269.  
 – als gevolg van feitelijke handeling 28.  
 vaststelling van – 12, 86, 98, 237, 242, 248, 260, 262, 264.
- Rechtshandeling  
 abstrakte – 292 v., 304.  
 eenzijdige – 13 v., 22, 25, 27, 29, 32, 34, 38, 68 v., 82, 92, 131, 181, 193 v., 227, 229, 276, 292 v., 301 v., 320, 342, 353, 415, 441.  
 nietigheid van de – 79, 81 v., 94, 105, 265, 295 v., 300, 303, 317, 320, 389.  
 omschrijving van de – 12, 198, 319 v., 347.  
 rechtsgeldigheid van de – 137, 156, 295, 358.  
 tweezijdige (–meezijdige –) 13, 20, 26, 28 v., 32, 35, 68 v., 82, 123 v., 171, 175, 181, 193 v., 197, 265, 320, 353, 441.  
 vernietigbaarheid van de – 8, 69, 81, 149, 265, 296–304, 320.  
 – i.s.m. de wet 289 v.
- Rechtsmethodiek, zie: methode van rechtsvinding.

- Rechtsnorm**  
 – als blanketnorm 207 v., 218 v., 225, 262, 269, 285, 288, 296, 298.  
 dynamische fase van de – 222, 269.  
 ‘vage’ – 207.  
 verfijning van de – 208.  
 werking van de – bij de uitleg (toerekening) 12, 14, 35, 45, 60, 71 v., 75, 78, 103, 114, 132, 198, 202, 206–216, 221, 229 v., 269, 278, 295.
- Rechtsopvatting** 215, 225 (zie ook: methode van rechtsvinding).
- Rechtspersoon** 338.
- Rechtspolitiek** 194, 396, 404.
- Rechtspositivisme** 239, 274, 400, 402.
- Rechtspraktijk** 64, 196 v., 237, 260, 264, 270 v., 287 v., 302, 324, 338, 341, 347, 410, 412, 439, 441.  
 eisen (behoeften) van de – 11, 82, 107, 113, 118, 124 v., 161, 189, 199, 201 v., 250 v., 394, 399, 428.
- Rechtsschijn** 320 (zie ook: schijn).
- Rechtssfeer** 289 v., 442.
- Rechtssysteem** 10, 69, 106, 189, 221, 223, 265, 268, 274, 306 v., 335, 396, 407, 420, 428, 440.  
 open – 223, 285, 399, 440.
- Rechtsverhouding** 13, 117, 129, 171 (zie ook onder: uitleg).
- Rechtsverwerking**  
 – in het algemeen 13, 76, 83 v., 94, 211, 217, 220 v.  
 – o.g.v. de goede trouw 70, 83 v., 96 v. processuele – 75, 83, 98.
- Rechtsvinding**, zie: methode van –, en verder: uitleg.
- Rechtsvraag** 9, 88, 222, 245, 261, 337, 418. makro-juridische – 270, 304, 333.
- Rechtszekerheid** 74, 82, 219, 243, 263, 279, 283, 404.
- Rederij** 43.
- Romeins recht** 101, 175, 193, 226, 276, 308, 315, 331, 336, 359, 381, 391 v., 396 v., 420.
- ‘Restatement (–Second)’** 357–367, 371, 374–387.
- Revindicatie** 36.
- Risico (beginsel)** 33, 44, 97, 116, 133, 150, 163 v., 168, 187, 213, 239, 262, 271, 273 v., 316, 387, 416, 431.  
 –aansprakelijkheid 165, 272, 273.  
 afwentelingsgedachte 273.  
 –verdeling 37.  
 –sfeer 74, 111, 149, 155.
- ‘risk-spreading capacity’ 273.
- ‘Rücktritt’** 40.
- Samenloop van akties** 269.
- ‘Scandinavian Realism’** 225.
- Schadevergoeding (verplichting tot –)** 42 v. 62, 81, 88, 102, 105, 116, 118, 176, 210, 213, 263, 276 v., 302, 304, 399, 423.  
 – o.g.v. billijkheid 397, 399, 434.  
 vergoeding van negatief belang 81 v., 397, 413, 433.  
 vergoeding van positief belang 397, 434.  
 verplichting om schade te beperken 185.
- Scheiding en deling** 95, 243.
- Schenking** 29, 186 v., 197, 332.
- Schijn**  
 beginsel van opgewekte (toerekenbare) – 37, 81, 148, 150, 284, 333, 344–351, 406.  
 –handeling, zie: simulatie.
- Schuld** 33, 148, 165, 269 v., 328 (zie ook: onrechtmatige daad).
- Schuldbekentenis** 233, 342.
- ‘Selbstbestimmung’** 352, 411.
- Simulatie** 144 v., 326, 397.
- Skandinavische overeenkomstenwet** 128, 169, 330.
- ‘Social interest’** 375, 379.
- Sociale sfeer** 289 v., 358.
- ‘Socialisation du droit’** 430, 437.
- ‘solidarité sociale’ 431.
- ‘fonction sociale’ 430, 437.
- Sommatie** 166, 197, 217.
- ‘Sozialer Akt’** 400–404.
- ‘Sozialtypisches Verhalten’ (‘schlüssiges’-)** 405–417.
- Staatsrecht** 308.
- Standaardvoorwaarden** 46, 118, 277, 416.
- Stilzwijgende verklaring** 26, 77 (zie ook bij: wil).
- Strafrecht** 296, 302, 308, 396.
- Subjektieve rechten**, 200, 203 v., 215, 217 v., 225, 396.
- Syllogisme** 207, 269.
- Taalanalyse** 138.
- ‘Tachtigers’** 149, 172, 175, 318, 324, 326 v., 332, 391, 440.
- Testamenten**  
 uitleg van – 7, 237, 240, 242 v.  
 testamentaire beschikking 197, 205, 315, 331, 396, 403, 440.
- Titel** 36, 148, 150, 388 v.
- Toerekeningsbeginsel** 143, 148, 174, 181, 226–236, 269 v., 278 v., 340, 360, 377



- 396, 442.
- Toerekeningsleer 13, 198 v., 202, 205–304, 318 v., 342, 366, 399, 438 v., 441.
- Toestemming
- in het algemeen 33, 35, 37 v., 44, 74, 87, 104 v., 106, 120, 130, 135, 176, 277, 403.
  - in de zin van art. 1356 BW 12, 17, 104 v., 136–152, 154, 157, 162, 172 v., 181, 192 v., 216, 271, 361, 439, 441.
  - stilzwijgende – 93, 135, 141 v.
- UAV 42, 47 v.
- Uitleg
- van een akte 138, 240, 248, 361.
  - associatieve – 240.
  - belangenafweging bij – 20, 45 v., 48, 57, 60 v., 66, 70, 72, 78, 80 v., 117, 119, 163, 185, 199, 203, 213, 291, 406, 413.
  - betekenis van de omstandigheden voor de – 12, 14, 19 v., 25, 30, 35, 37, 43, 45 v., 51 v., 55, 57, 59, 60 v., 66, 71 v., 75, 77 v., 80, 86, 88 v., 93, 97 v., 103, 109, 112, 118, 120, 141, 145 v., 155, 207–217, 220 v., 228, 231, 242, 248, 250 v., 258, 268 v., 289, 291, 295, 320, 349, 358 v., 392, 411, 416.
  - betekenis van rechtsverhouding voor de – 209–216, 236 v.
  - van bevoegdheid 90, 210–221, 229 v., 235 v.
  - conversie als –middel 116, 214, 264 v., 295 v., 303, 334, 338, 389.
  - ‘duidelijke woorden’ 240 v., 245, 247 v., 253 v., 259, 320, 325, 339, 349.
  - ‘geacht moet worden’–constructie 20, 125.
  - en goede trouw 238 v., 254 v., 259, 310.
  - grammatikale – 44, 52, 88, 137 v., 140, 142, 149 v., 212, 217 v., 220, 223, 237–263, 270, 309, 338, 344.
  - historisch-psychologische uitleg 9 v., 45, 52, 87 v., 113, 120, 133, 205, 212, 217 v., 237–268, 291, 295, 337, 342, 421.
  - ‘moest afleiden’–constructie 17, 31, 86, 91, 96 v., 174, 361.
  - normatieve uitleg 9 v., 17, 45, 77 v., 86, 89 v., 92, 97, 103, 109 v., 120, 129, 133, 137, 151, 161, 167, 181, 184, 199, 205–217, 220, 229, 231 v., 237–268, 289, 295, 337, 342, 349, 361 v., 366, 385, 396, 412, 414, 435, 440.
  - van overeenkomsten, zie: overeenkomst.
  - als rechtsvinding 47, 182, 202, 206–216, 220 v., 234, 267, 440.
  - Systematische – 240.
  - ‘vrije’ – 263 v.
  - van de wet, zie: wetsuitleg.
  - ‘Undue influence’ 48, 300 v.
- Veiling 136, 206, 392.
- Veranderde omstandigheden.
- invloed van – 40, 56, 65, 67, 167, 219, 259, 262 v., 267, 296, 337, 389, 410, 416.
  - ‘Anpassung’ bij – 267.
  - leer van het aliud 368.
  - ‘change in the obligation’-theorie 368.
- ‘Veranlassungsprinzip’ 316.
- Verba–voluntas topos 138.
- Verbintenissen
- familierechtelijke – 203.
  - ontstaan van – 12, 78, 110, 128, 174, 184, 188, 198, 206.
  - neven– 115 v., 119, 166, 185 v.
  - omschrijving van – 198, 202 v.
  - open systeem van – 191.
  - tenietgaan van – 12, 14 v., 21, 26, 35, 71 v., 198, 206.
  - vermogensrechtelijk karakter van – 203.
  - voorwaardelijke – 110, 114, 121, 185, 187.
  - uit de wet 191, 194, 203, 230, 279.
- Verborgene gebreken-aktie 214, 265.
- Verjaring 331.
- Verkeersopvatting, zie onder: maatschappelijk verkeer.
- Verklaringsleer 11, 139, 145, 311, 318, 320 v., 343 v., 348, 350 v.
- ‘Vermittlungstheorien’ 140, 315, 323, 328, 346.
- Vermoeden 25, 30, 39, 135, 144, 149, 272.
- Vermogensrecht 203, 290.
- stoffelijk voordeel-kriterium 203, 290.
- Vermogensschade 396 v., 401.
- Vermogensverschuiving 276, 283, 399.
- ‘Verspreken’ 180, 390–393.
- Vertegenwoordiging 75, 142, 146, 156, 162, 181, 190 v., 205 v., 217, 221, 226–236, 281, 283, 308, 335 v., 441 v.
- bekrachtiging van onbevoegde – , zie onder: bekrachtiging.
  - middellijke – 190, 205, 229, 233 v.
  - onbevoegde – 188, 229, 328.
  - verborgen (bedekte) – 236.

**Vertrouwen**  
 gerechtvaardigd – 50, 79, 81, 202, 337, 344 v.  
 'objectieve vertrouwensleer' 205, 261.  
 opwekken van vertrouwen 80, 94, 103, 130, 139 v., 141, 143, 145 v., 150, 174, 228, 262, 307–317, 322 v., 328, 333, 337, 344 v., 433.  
 'théorie de l'apparence efficace' 413.  
 'Vertrauensstheorie' 202, 315 v., 340, 393, 411, 414.  
 vertrouwen in een recht 85, 342.  
 – in de wil van een ander 84 v., 94, 134, 322 v., 333, 342, 346, 350.  
 vertrouwensleer (–theorieën) 10, 17, 27, 84, 101, 136, 139, 145, 149, 151, 154, 163, 169, 180, 202, 207, 241, 277, 279, 306–317, 319, 329, 333, 343, 347–351, 396, 401, 431 v., 435.  
 vertrouwensbeginsel 187, 207, 235, 262, 284, 301, 329–338, 352, 362, 370, 409, 411, 439, 441.  
 'wil of vertrouwen' 11, 17, 140, 154, 241, 246, 306–313, 321 v., 343 v., 375, 419.  
**Vervoersovereenkomst** 133.  
**Verwerping van een nalatenschap** 197.  
**Verzekeringsovereenkomst** 94, 210, 220, 250 v., 273.  
**Volkenrecht** 180.  
**Volmacht (–sverlening)** 38 v., 75, 118, 146, 197, 199, 221, 227 v., 274, 278, 292 v., 340.  
**Vorm voorschrift** 137, 262, 296.  
**Vrijwaringsplicht** 185.  
**Wachtgeldregeling** 257 v.  
**Wanbetaling (wanpresteren)** 210 v., 217, 221, 290, 398.  
**Wanprestatie** 40, 85 v., 88 v., 104 v., 109, 116, 185, 212, 263, 325, 329, 332, 398.  
 verplichting tot indekken bij – 185.  
**Werkhypothese** 12, 197.  
**Wetsstelsel (stelsel van de –)** 18 v., 41 v., 47, 50, 62, 194, 263, 280, 283, 293 v., 441.  
**Wetsuitleg**  
 – in het algemeen 32, 119, 137, 150, 193, 223 v., 237 v., 267, 279 v., 336, 403.  
 constructievoorschrift 280 v.  
 grammatikale – 44, 149, 223, 237 v., 270 v., 280, 293, 295, 440.  
 historische – 192, 214, 223, 237 v., 240 v., 270, 280, 300, 336, 356.  
 sociologisch-teleologische – 223.

teleologische – 245.  
 'Widerrufsverzicht' 106.  
**Wil**  
 als vereiste voor de rechtshandeling 8 v., 30, 41, 71, 74, 150, 198, 235, 266, 270, 284, 288, 296 v., 305–353, 359, 364.  
 wilsautonomie 135, 176, 200, 204 v., 217, 307, 324, 327, 330, 339, 404–411, 413, 420, 428, 430 v., 436, 439.  
 bezitswil 205.  
 'Erklärungswille' 313, 316, 407.  
 'geobjectiverde wilsleer' (– wilsbegrip) 8 v., 13, 154, 198, 200 v., 217, 313, 323, 340, 345, 367, 375, 401.  
 'Geschäftswille' 351, 403, 407.  
 handelingswil 310, 312.  
 wilsleer (– begrip, – dogma) 8 v., 17, 27, 41, 63, 71, 73, 77, 81, 84, 94, 98, 100 v., 130, 134, 137, 139, 142, 145, 147, 151, 154, 158, 169, 181 v., 188, 194, 197 v., 204 v., 211 v., 217, 224 v., 235 v., 241, 261, 266, 270 v., 274 v., 284, 286, 295, 297 v., 301, 305–353, 359, 364, 367, 369, 375, 385–390, 391–438, 439 v., 441.  
 openbaring van de wil (uiting –) 8, 21, 127, 133, 135, 139 v., 143, 157, 160, 172, 176, 226, 274, 306–353, 400.  
 op rechtsgevolg gerichte – 8, 14, 29, 75, 266, 319 v.  
 – tot schulddeging (intentie tot –) 19, 22 v., 27 v., 29 v., 37, 275, 284, 286, 297, 439.  
 rechtswil 271.  
 subjectieve wil (psychische –) 8 v., 15, 17, 21 v., 24, 26, 46, 52, 54, 60 v., 74 v., 84, 87, 104, 109, 112 v., 133, 145 v., 154, 160, 170, 174, 176 v., 188, 204, 207, 226, 239 v., 247, 259 v., 305–353, 364, 367, 395 v., 413, 439 v.  
 uiterste wilsbeschikking, zie: testament.  
 wil van de wetgever 194, 281.  
 wilsgebreken 69, 177, 296–304, 325, 352, 397, 442.  
 wilsrechten 63, 69, 71, 114, 123, 175, 199 v., 204.  
 wilsovereenstemming (consensus, – leer) 13, 69, 74, 100 v., 104, 108, 123, 128, 137, 139 v., 147, 153 v., 157, 160, 169 v., 175 v., 181 v., 191 v., 196, 199, 294, 297, 302, 314, 334, 348, 353–439, 441.  
 wilsorde 343, 346, 433.  
 wilsverklaring 8, 71, 104, 113, 128, 139, 154, 169 v., 182, 226, 259, 315, 332, 338, 350, 400, 402 v., 409.

stilzwijgende wilsverklaring 84, 87, 91,  
228, 337, 394.  
'Wirkungswille' 316.  
'wil of vertrouwen' zie onder: vertrou-  
wen.  
Wissel 308.  
Woordfetischisme 345.

Zaakwaarneming 162, 188, 191, 221, 234,  
274-288, 297.  
beloning bij - 281 v.  
passieve - 275.  
wilsvereiste bij - 274, 281, 286, 297.  
Zakelijk recht 35, 69, 74, 83, 204.  
Zekerheid stellen 44.  
'Zurechnung' 316, 346, 396, 407 v.  
'Lehre von der Zurechenbarkeit' 316.

# Personenregister

- Aagesen 317, 416  
Abas 278  
Ahrens 307  
Allen, C. K. 204, 226, 377, 430, 437, 439  
Almén 317  
Ames 376  
Anema 8, 205, 316, 318  
Ankum 189  
Anson 355-363, 367-372, 377, 378, 385-389  
Arndt 142  
Arminjon: *zie Wolff*  
Arnholm 416  
Ashley 381, 382  
Asser, C. 11, 100-105, 154, 159-164, 170, 308, 311  
Atiya 366  
Austin 362, 390, 403
- Bähr 140, 315, 316, 328, 336, 346  
Bailas 138, 390, 393, 400, 403, 411  
Bakker 48  
Barde 160, 418, 419, 426  
Bassenge 402  
Baudry: *zie Barde*  
Bechmann 314  
Becker 355, 414  
Beekhuis, C. H. 58  
Beekhuis, J. H. 9, 35, 36, 65, 150, 204, 205, 244, 245, 260, 265, 266, 295  
Bekker 314  
Belime 431  
Bemmelen, P. van 308, 310, 394  
Beneditty, De 240, 287  
Berg, J. H. van den 225  
Berger 282  
Bergh, G. C. J. J. van den 138, 242, 441  
Beseler 391  
Best 385  
Betti 353, 409  
Beudant 426 (*zie ook Lerebours-Pigionière; zie ook Lagarde*)
- Biedenkopf 404  
Binding 315  
Blackburn 360, 361, 385  
Bloembergen 271, 399  
Blok 387-390  
Blomeyer 404, 408  
Boehmer 27  
Böhtlingk 323, 333, 339, 347, 351  
Boistel 431  
Bonassies 168, 319, 417, 420, 424-428  
Bongers 273  
Bosma 204  
Boulangier 420, 428  
Brakel, G. J. van 50, 52, 65-68  
Brakel, S. van 9, 27, 41, 69, 83, 106, 107, 122, 182, 240, 312, 376, 426  
Bramwell, Lord 386  
Braucher 358  
Brecht, Bertolt 132  
Bregstein 9, 27, 32, 33, 47, 167, 189, 196, 226-229, 244, 245, 258-264, 275, 281-284, 293, 297, 319  
Brian 358  
Brinz 105, 314  
Brox 297  
Buining 239, 243  
Bülow 225, 312-316, 416
- Cairns, Lord 386  
Cambacérés 241  
Capitant 418, 420, 422  
Carbonnier 132, 193, 331, 417-420, 426, 428, 432  
Cardozo 284, 286, 369, 370, 382, 437  
Carré de Malberg 431  
Chabas 418-420  
Cheshire 129, 355-363, 367-378, 385-390  
Chitty 356, 358, 365, 369, 378, 379, 389  
Chloros 359, 363  
Cicero 379  
Clavareau 40, 50, 65

- Cohen, M. R. 375  
 Cohn 225  
 Coing 409  
 Colin: *zie Capitant*  
 Comte 204  
 Corbin 118, 356-369, 375, 378-386  
 Cort van der Linden 309  
 Cremers: *zie Zonderland*  
 Cruet 354
- Danz 225, 242, 257, 266, 412  
 Davy 432  
 Denning, Lord 129, 267, 360-363, 368-374,  
 389, 390  
 Demelius 336, 338, 394  
 Demogue 413, 418, 428  
 Demolombe 426  
 Devil 358  
 Devlin 360  
 Dias 226  
 Dickens 377  
 Diephuis 26, 69, 102, 194, 203, 280  
 Diesselhorst 393  
 Dikoff 433  
 Dollat 417-423, 426-429  
 Domat 153  
 Donker 224  
 Donner 249, 253  
 Doorsnee, vader 117  
 Dooyeweerd 31, 338, 339  
 Drexelius 297  
 Drilmsa 219, 224, 271, 287, 418  
 Drion, H. 93, 96-98, 106, 107, 118, 122-  
 126, 132, 179, 245, 251, 257-260, 263,  
 264  
 Drion, J. 47, 55, 205, 222, 267, 268, 287  
 Drucker, H. L. 9, 238, 241, 246, 301, 307-  
 311, 315, 350, 351, 386  
 Duguit 204, 225, 430, 431, 437, 438  
 Dulckheit 331, 402  
 Dunedin, Lord 360  
 Dunné, E. J. F. van 316  
 Durkheim 431, 437
- Eggers 9, 35, 67, 83, 103-107, 137, 188,  
 189, 201, 205, 238, 239, 244, 248, 255-  
 257, 261, 265, 266, 291, 295, 300, 312,  
 313, 336-339, 343-349, 400, 440  
 Egger 414  
 Ehrlich 437  
 Elcerlijck 349  
 Eldon, Lord 359  
 Elias, R. 418, 420  
 Enneccerus: *zie Nipperdey*
- Esmein 114, 417-420, 426, 428  
 Esser, J. 224, 267, 287, 331, 335-338, 351,  
 377, 407, 409, 412, 437  
 Evaldsen 317
- Feith, P. R. 100, 330  
 Fichte 307  
 Fifoot 356 (*zie ook Cheshire*)  
 Fine 371, 376, 386  
 Flattet 420, 428  
 Flume 340, 352, 402, 407, 408, 411  
 Fockema Andreae, S. J. 9, 101, 142, 238,  
 241, 306-309, 331  
 Fokkema 107  
 Friedmann 377, 430  
 Fruin 67  
 Fuller 287
- Gaay Fortman, De 242, 243, 244  
 Gaudemet 421  
 Gény 418, 419, 428  
 Gerbrandy, S. 182  
 Gernhuber 296  
 St. Germain 357  
 Gerven, Van 234, 236, 352  
 Gierke, Von 312  
 Girtanner 314  
 Glastra van Loon 225, 239  
 Gloag 356  
 Goethe 396  
 Goodhart 372, 379, 380, 383  
 Goos 317, 416  
 Gorla 426, 433, 434  
 Goudekot 9, 107, 123, 240  
 Goudeover, Van 102, 107, 122, 158, 168,  
 172, 176, 192, 311, 312  
 Goudsmit 26, 102, 103, 306, 322, 443  
 Gounot 398, 432  
 Gratama 308  
 Gregory 16, 155, 170  
 Grinten, Van der 117, 189, 227-229, 233,  
 283  
 Groen, K. 31, 32  
 Groot, Hugo de 101, 123, 130, 174, 178,  
 307, 308, 379, 393, 403  
 Grooth, De 9, 105, 168, 219, 234, 240, 265,  
 295, 297, 301, 302, 388  
 Grunfeld 387  
 Guest 377-380  
 Guihaire 418  
 Gurvitch 430  
 Gysin 398, 402, 405, 412
- Haardt 25, 147, 273

- Hägerström 225, 226  
 Halsbury 374  
 Hamaker, G. 7, 27, 32, 39, 150, 196, 235, 275, 276, 279, 283, 284, 302, 319  
 Hamaker, H. J. 9, 16, 26, 102, 138, 198, 238, 280, 306-310, 413  
 Hamson 375, 377, 378  
 Hancock 447  
 Hardenberg 118, 303, 350  
 Hartmann, G. 241, 315, 331, 336, 338, 386  
 Haupt 404, 407, 409, 417  
 Hauriou 431  
 Havighurst 216  
 Hefermehl 400  
 Hegel 204, 307, 312  
 Heide, Ter 224, 225, 240  
 Heijden, E. J. J. van der 134, 136-139, 142, 146, 204, 228, 235, 284, 312, 317-319, 343-350  
 Hellema, A. W. 125  
 Hellner 416  
 Helmich 50, 62, 63, 66, 67  
 Henle 316  
 Herbart 307  
 Herbert 294  
 Hijink 249, 253  
 Hijmans 137, 194, 223, 279, 280, 286, 313, 438, 440  
 Hijmans van den Bergh 9, 40, 41, 50, 64-68, 245, 295  
 Hobbes 307  
 Hoetink 333  
 Hofmann, L. C. 9, 240, 312, 314, 319, 328  
 Hölder 315  
 Holdsworth 372, 381, 382  
 Holmes 14, 268, 363, 382, 384, 437  
 Hommes 271-273, 287, 338, 399, 401  
 Houwing, J. F. 9, 135, 168, 238, 241-247, 253, 256, 257, 260, 309-315, 323, 359, 440  
 Houwing, Ph. A. N. 9, 21, 41, 50-55, 60-66, 70, 80-94, 99, 105, 151, 198, 199, 204, 205, 211, 212, 217, 219, 245, 249-253, 257, 258, 263-270, 273, 295, 302  
 Huber 160  
 Hübner 287, 408  
 Hughes 226  
 Huijsinga 246  
 Hülsmann 58, 257  
 Humboldt, Von 138  
 Hume 401  
 Husserl, E. 225, 399, 402  
 Jackson 357, 363, 365, 372, 373, 377, 378, 385  
 Jacobi 316, 391  
 Jacobson, T. E. 164  
 Jaeger 356, 380  
 James 389  
 Jansma 9, 238-248, 262, 312, 324, 327  
 Janssen, H. C. J. G. 127, 128, 135, 159  
 Janssens, L. B. A. M. 9, 102, 103, 107, 111, 114, 115, 122, 125, 126, 159, 163, 164, 240, 244, 246, 312  
 Jhering, Von 102, 204, 274, 314, 328, 397, 413, 417, 436  
 Jong, F. J. de 9, 58, 245, 249, 253, 254, 270, 294  
 Jørgensen 119, 317, 393, 415-417  
 Josserand 105, 433  
 Julliot de la Morandière 420  
 Kaden 331  
 Kamphuisen 48, 117  
 Kant 159, 307  
 Kappeyne van de Coppello, J. 7  
 Kaufmann, E. 225  
 Kekewich 386  
 Kemper 101, 170, 174, 193  
 Kessler 371, 376, 386  
 Kingma Boltjes 27, 79, 82  
 Kirberger 249  
 Kist, J. G. 100, 102, 105, 154, 157, 170  
 Knottenbelt, J. 309  
 Kohler 102, 224, 245, 316  
 Kolk, Van der 289  
 Koopmans, T. 339, 351  
 Köppen 102, 331  
 Köster 271, 399  
 Kraft 395, 398  
 Krause 407  
 Kretschmar 27, 28  
 Kuntze 392  
 Lacantinerie: *zie Barde*  
 Lagarde 420, 421  
 Land 9, 26, 67, 69, 168, 240, 241, 245, 297, 309, 312, 318, 338  
 Langdell 387  
 Lange 404  
 Langemeijer 9, 70, 75, 76, 130, 142, 149, 224, 341  
 Larenz 27-29, 36-39, 68, 198, 224, 225, 242, 266, 267, 289, 312, 314, 349, 351, 398-411  
 Larombière 423  
 Lassen 317

- Leake 362, 373, 385  
 Leeuwen, Simon van 303  
 Lehmann 22, 27-29, 36, 390, 409  
 Lely 48  
 Leonhard, R. 241, 314, 386  
 Lerebours-Pigionnière 420  
 Levenbach 262, 368  
 Lévy, Em. 225, 431, 432, 437, 438  
 Levy, J. A. 101, 105, 175, 180, 205, 284,  
 287, 307-312, 316, 323, 330, 391, 419,  
 430  
 Limburg 311  
 Limpens 352  
 Lindley, Lord 386  
 Lipps 401  
 Llewellyn 371  
 Loeff, L. P. 23  
 Loreburn, Lord 368  
 Losecaat Vermeer 9, 27, 31, 32, 122, 138,  
 198, 238, 240, 241, 244, 249, 251-260,  
 312, 316, 321, 364  
 Lotmar 274, 314, 315, 331, 395  
 Louis-Lucas 418, 419  
 Löwensteyn 65, 240, 247, 258  
 Lüderitz 266, 267  
 Lulofs 309  
 Lunstedt, A. C. 225, 226  
  
 Madray 365  
 Maine 416  
 Manigk 316  
 Mansfield, Lord 372, 377, 378  
 Marez Oyens, J. C. de 101, 154, 175, 307-  
 310  
 Markby 363  
 Markovitch 430  
 Marrière, de la 418  
 Martin de la Moutte 420, 421  
 Marty: *zie Raynaud*  
 Marx 326  
 Mateesco 418, 419  
 Mayer-Maly 287, 408  
 Mazeaud, Henri, Léon en Jean 420, 421,  
 424-426  
 Meier-Hayoz 202, 264, 313-316, 331, 398,  
 412-414, 433, 441  
 Mendel 231, 232, 350  
 Meulen, Van der 253  
 Meijers 8, 9, 11, 17, 21, 29, 35, 41, 54, 63-  
 66, 79, 82-89, 102-107, 111, 113, 122-  
 187, 197-205, 212, 217-253, 261-265,  
 270-292, 297-301, 306-312, 317-353,  
 355, 368, 372, 439-442  
 Minkenhof 59, 61, 68, 80, 270  
  
 Mitteis 328  
 Modderman, W. 9, 101, 238, 241, 306-309,  
 330, 331, 391, 419  
 Molengraaff 9, 103, 107, 115, 119, 240,  
 244, 310  
 Moltzer 9, 240, 246, 286, 307-310, 313,  
 323, 324, 440  
 Morris 378, 379  
 Müller-Freienfels 236  
  
 Naber 274, 284, 309, 393  
 Nédoncelle 432  
 Nieuwenhuis 48  
 Nijpels 249  
 Nipperdey 390, 400, 402,  
 Nispen tot Sevenaer, Van 270  
 Nolde: *zie Wolff*  
 Noyon 91  
  
 Oebike 313-316  
 Oertmann 27  
 Oftinger 414  
 Okma 62, 63, 66, 218  
 Olivecrona 225, 226  
 Oosten, Van 23, 179  
 Opstall, Van 9, 34, 36, 67, 82, 104, 106,  
 107, 114, 115, 122, 125, 150, 158, 179,  
 203, 237, 245, 246, 249, 251, 312, 319,  
 338  
 Opzoomer 9, 69, 102, 105, 118, 154, 158,  
 305-310, 322, 328  
 Ørsted 317, 416  
 Oven, J. C. van 9, 35, 41, 64, 66, 69, 73,  
 74, 238, 240, 249, 261, 270, 288, 289,  
 295, 298, 301, 331  
 Oven, A. van 274, 283, 340  
  
 Pabbuwe 240, 245  
 Page, De 423, 427-429  
 Paley 62  
 Patry 121, 313, 398, 412-414  
 Pawlowski 352, 402, 404  
 Petit 58, 257  
 Peursen, C. A. van 225  
 Pilz 266  
 Piotet 313, 412, 413  
 Pitlo 9, 67, 69, 70, 107, 111, 122, 155, 170,  
 182, 187-189, 193, 204, 205, 240, 246,  
 248, 312, 341  
 Planiol 114 (*zie ook Esmein; zie ook*  
*Boulangier*)  
 Ploeg, Van der 9, 205, 239-245  
 Podsnap 377

- Polak, C. H. F. 107, 224, 243, 244, 340, 341  
 Polak, J. M. 69, 73, 74, 196, 207, 239  
 Polderman 9, 107, 115, 158, 240  
 Pollock 355-362, 365-369, 375-378, 386-390  
 Pols 309  
 Popham 355  
 Pothier 105, 123, 125, 153, 226, 241, 262, 385, 386, 417, 422, 435  
 Pound, Roscoe 181, 225, 363, 365, 374-381, 384-388, 437, 441  
 Puffendorf 307, 400, 403
- Rabel 128, 415  
 Radcliffe, Lord 368  
 Radin 365, 387  
 Raiser 352, 398, 402-411, 415  
 Ras 275, 281, 282  
 Raynaud 423  
 Regelsberger 106, 314  
 Reichling 271  
 Reinach 180, 225, 391, 399, 400-403  
 Reinhardt 352, 404-409  
 Rieg 168, 316, 319, 331, 393, 418-429  
 Ripert 105, 114, 339, 420, (*zie ook Esmeïn; zie ook Boulanger*)  
 Rollin Couquerque 11, 309-311, 350, 351  
 Römer 26  
 Ross 225, 226, 416  
 Rothoëft 297, 355, 357, 363, 369, 388  
 Roubier 422  
 Röver 314, 315, 331  
 Rupke 107, 204  
 Rutten 8, 9, 17-23, 27-41, 64-72, 76, 89, 91, 99, 104-109, 122-126, 130-150, 154-168, 173-179, 182-192, 198-205, 235, 240, 249, 251, 258-262, 271, 280-284, 295, 297, 311-314, 317-323, 333-350
- Saleilles 418, 422  
 Salmond 387 (*zie ook Winfield*)  
 Savigny, Von 35, 100, 170, 182, 204, 297, 307, 317, 366, 385-388, 394, 395, 403, 435  
 Savornin Lohman, W. H. de 9, 26, 65-69, 102, 240, 241  
 Schadee 275  
 Schall 314-316, 331, 395  
 Schapp 181  
 Schellen, Van 197  
 Schilfgaarde, Van 189, 190, 226, 230, 234-236, 283, 284, 319, 350  
 Schlesinger 118, 119, 126, 374
- Schlossmann 123, 235, 274, 280, 284, 314, 315, 331, 336, 338, 390-401, 412, 413  
 Schmidt, C. A. 391  
 Schmidt, F. 415, 416  
 Schmidt, R. 434  
 Schmidt-Rimpler 10, 296, 391, 404, 405  
 Schnitzer 351  
 Scholten, G. J. 9, 19, 21, 24, 61, 81, 82, 106, 114, 115, 172, 245, 265, 279, 289, 295  
 Scholten, Paul 8, 9, 67-73, 126, 137, 180, 181, 194, 196, 199, 204, 222-229, 235-244, 262-286, 293, 313, 316, 319, 326, 335-339, 395, 400, 440-442  
 Schoordijk 33, 39, 118, 188-190, 203, 230, 234, 240, 275, 278, 279, 282, 284, 286, 293, 342  
 Schuppe 401  
 Schut 271-273  
 Shatwell 375, 376  
 Siebert 404-409, (*zie ook Hefermehl*)  
 Siegel 102, 115, 308, 390-393, 398, 418-422  
 Siegwart 320  
 Sinitis 409  
 Simon 368  
 Simonius 331, 412  
 Slade 389  
 Smart 356  
 Smit, M. 9, 131, 135, 238, 241, 246, 308, 312, 331, 336  
 Smits, P. H. 249, 253, 257  
 Soergel: *zie Hefermehl*  
 Somló 180, 347  
 Staudinger: *zie Coing*  
 Stang 317  
 Steenbeek, J. G. 319, 430  
 Stein 150, 319  
 Stoll 404  
 Stone 437  
 Stowell, Lord 359  
 Suijling 8, 9, 17, 27, 30-32, 40, 41, 64-66, 69, 75, 107, 113, 122, 154, 158, 167-170, 187-190, 193, 196, 200-203, 217, 238-240, 245-248, 257-264, 275, 279, 302, 310-313, 323, 333, 336, 339, 347, 368
- Tak 17  
 Talandier 418, 419  
 Telders 406  
 Thesinger, Lord 386  
 Thiel 9, 240, 242, 312, 336, 350  
 Thiele 352, 402, 410, 411



Thon 204  
 Timmermans 204  
 Titze 266, 320  
 Traynor 376  
 Treitel 356, 358  
 Treurniet 292  
 Troelstra 9, 102, 107, 113, 114, 122, 126,  
 163, 167, 240, 244  
 Troje, Paard van 99  
 Troller 225  
 Tuck 366  
 Tuhr, Von 414 (*zie ook Siegart*)

Unger 102, 328, 366  
 Uniken Venema 354

Vahlén 416  
 Valéry 154, 160, 164, 426  
 Veegens, D. J. V. 70, 80, 88, 240, 270, 281,  
 311  
 Verburg, G. 275  
 Verdam 205, 318, 319  
 Viehweg 224  
 Visschere, De 352  
 Visser, L. E. 9, 107, 130, 131, 157, 158,  
 193, 194, 231, 240  
 Völlmar 69, 70  
 Voorduin 48, 192

Waline 431, 432  
 Watson, Lord 368  
 Weeramantry 357, 378  
 Wery, J. L. L. 262

Whately 362  
 Wiarda, G. J. 58, 257  
 Wieacker 8, 10, 331, 377, 393, 398, 400,  
 402, 408, 438  
 Wiersma, K. 14, 18, 19, 29-31, 36, 38, 69,  
 165, 242-244, 272-275, 283  
 Wijckerheld Bisdom 109  
 Wijngaarden, Van 44  
 Willeumier 164  
 Willis 365  
 Williston 118, 356, 357, 360-369, 373, 376,  
 380, 384, 387, 388  
 Wilson 377  
 Windscheid 102, 307, 313  
 Winfield 118, 357  
 Winkel 41, 50, 64-66  
 Witteman, P. J. 240  
 Wolf 307  
 Wolff 415, 418, 420, 428, 434  
 Wolfsbergen 217, 222, 267-270  
 Wolgast 361  
 Worms 417-420, 423, 426  
 Woude, Van der 65, 68  
 Wright, Lord 360, 368, 372, 375

Zaksas 431, 432  
 Zeben, Van 300  
 Zeylemaker 9, 240  
 Zevenbergen, Chr. 240, 256  
 Zitelmann 266, 316, 336  
 Zonderland 44, 48, 49, 117  
 Zweigert 351, 366, 375

# Rechtspraakregister

## vóór 1900

HR 4 juni 1886 <i>W</i> 5301, <i>Van der Hark – Baron von Schlossnigg</i> . . . . .	65, 67
HR 26 okt. 1893 <i>W</i> 6416, <i>Hoekstra – Tiemesen</i> . . . . .	154, 157, 158, 170
HR 23 nov. 1899 <i>W</i> 7365, <i>Van Limburg – Möller</i> . . . . .	16, 23, 25, 27

## 1900-1919

HR 6 nov. 1903 <i>W</i> 7988, <i>Kemps – VOF Kooy</i> . . . . .	37
HR 14 febr. 1908 <i>W</i> 8675 (1908), <i>Stork – Weissman</i> . . . . .	146
HR 12 jan. 1912 <i>W</i> 9302, nt. J. W. M., <i>Delwel – Van Es</i> 130, 138-141, 143, 173, 320, 321, 345	
HR 13 april 1917 <i>NJ</i> 534, <i>Hermans – Pieters</i> . . . . .	39
Rb. Amsterdam 2 juli 1917 <i>NJ</i> 802, <i>Ned. Betonijzerbouw – burg. van Amsterdam</i> . . . . .	50
Ktg. Amsterdam 10 juli 1917 <i>NJ</i> 970, <i>Bünker – Electr. Spoorweg Mij</i> . . . . .	50
Ktg. Amsterdam 4 dec. 1917 <i>NJ</i> 1239, ( <i>huuropzegging</i> ) . . . . .	50
HR 14 juni 1918 <i>NJ</i> 731, <i>Wolf – Norden</i> . . . . .	156, 158
Hof Arnhem 17 juli 1918 <i>NJ</i> 1038, <i>B. – Eerste Betuwsche Vruchtenhandel</i> . . . . .	140
HR 31 jan. 1919 <i>NJ</i> 161, <i>Lindenbaum – Cohen</i> . . . . .	191

## 1920-1924

HR 11 juni 1920 <i>NJ</i> 703, <i>Van Namen – Van Rietschoten</i> . . . . .	85
HR 13 mei 1921 <i>NJ</i> 793, <i>VOF Pasman, Ten Klooster en Winkel – Rosen</i> . . . . .	37
HR 17 juni 1921 <i>NJ</i> 737, <i>Deen – Perlak Petroleum Mij</i> . . . . .	90
HR 2 nov. 1922 <i>NJ</i> 1923-90, <i>Verwayen – Eerste Ned. Automobiël Mij</i> . . . . .	90, 97
HR 29 dec. 1922 <i>NJ</i> 1923-360, <i>Gomperts – Claassen</i> . . . . .	37
HR 9 maart 1923 <i>W</i> 11 090, <i>Meijer – Honegger &amp; Co.</i> . . . . .	38
HR 8 juni 1923 <i>NJ</i> 952 <i>Ruyter – „De Hoop”</i> . . . . .	86
HR 7 dec. 1923 <i>W</i> 2838 (1924), nt. E. M. M., <i>NJ</i> 1924-145, <i>Stoom- Brood- en Scheeps- beschuifabriek – Kalden</i> . . . . .	46, 111, 155, 159, 160, 171, 199
HR 3 april 1924 <i>NJ</i> 569, <i>Beckers – NV Thermos</i> . . . . .	204
HR 30 mei 1924 <i>NJ</i> 835, <i>Schoonmoeder-arrest</i> . . . . .	297
Rb. Rotterdam 18 juni 1924 <i>W</i> 11 352, <i>Van Anraat – Baggelaar</i> . . . . .	50
HR 20 juni 1924 <i>NJ</i> 1107, <i>Truffino – De Kanter</i> . . . . .	90
HR 4 dec. 1924 <i>NJ</i> 1925-274, <i>Benes &amp; Co. – Taschl</i> . . . . .	85, 86

## 1925-1929

HR 13 maart 1925 <i>NJ</i> 561, <i>Sas van Gent – Hombach</i> . . . . .	119, 252
HR 26 juni 1925 <i>NJ</i> 977, nt. T., <i>Cayzer Irvine &amp; Co – Smit &amp; Co</i> 130, 138-141, 173, 277, 320	
HR 4 dec. 1925 <i>NJ</i> 1926-97, nt. E. M. M., <i>Van Prooye – Veltenaar</i> 174, 245-249, 255-257, 262, 264, 298, 303	
HR 8 jan. 1926 <i>NJ</i> 203, nt. E. M. M., <i>sarong-arrest</i> . . . . .	56, 249, 368
HR 19 maart. 1926 <i>NJ</i> 441, nt. P. S., <i>weefgetouwen-arrest</i> . . . . .	56, 249, 368

HR 6 mei 1926 NJ 721, <i>Vas Dias – Salters</i>	139, 142, 143, 173, 228, 232, 235, 329, 345
HR 18 juni 1926 NJ 1021, nt. E. M. M., <i>Altena – Van der Horst</i>	142, 143, 151, 173, 223, 228, 329, 345
HR 18 juni 1926, NJ 1078, nt. E. M. M., <i>Spoorwegkamp Andruicq</i>	. . . . . 38
HR 23 dec. 1926 NJ 1927-434, <i>De Poortier – Burgerhout</i>	. . . . . 238
HR 18 febr. 1927 NJ 574, nt. E. M. M., <i>Van der Schuyt's Stoombootrederij – Alg. Centrale Bankvereniging voor den Middenstand</i>	. . . . . 16, 18, 21, 23, 25, 143, 151, 173, 249
HR 17 maart 1927 NJ 1025, nt. E. M. M., <i>Baggelaar – De Wind</i>	. . . . . 65, 67
HR 14 april 1927 NJ 1180, <i>Scheepvaart &amp; Steenkolen Mij – Terwindt &amp; Arntz</i>	85, 86, 88
Rb. 's-Gravenhage 21 juni 1927 W 11 804, <i>Electriciteits Mij 'Wassenaar' – Timmers c.s.</i>	50, 62, 209
HR 10 nov. 1927 NJ 1928-251, nt. E. M. M., <i>Verz. Mij. Almelo – Vermeulen</i>	89, 90, 220
HR 24 nov. 1927 NJ 1928-390, nt. E. M. M., <i>Anneveld – Van Dijk</i>	. . . . . 43
HR 8 dec. 1927 NJ 1928-336, nt. E. M. M., <i>Kerstholt – Rasker</i>	. . . . . 85, 88, 210
HR 16 maart 1928 NJ 712, <i>russische uniformen</i>	. . . . . 146
HR 23 maart 1928 NJ 730, nt. E. M. M., <i>huiden-arrest</i>	. . . . . 146, 223
HR 10 mei 1928 NJ 1226, <i>Zimmerman – Hartmans</i>	. . . . . 86
HR 16 mei 1929 NJ 1486, nt. E. M. M., <i>Ned. Handels- en Landbouwbank – Wolterstorff</i>	107, 143, 172

### 1930-1934

HR 13 nov. 1930 NJ 1931-251, nt. E. M. M., <i>Amstels Bouwvereniging – Attema</i>	. . . . . 252
HR 23 jan. 1931 NJ 673, <i>Volgraaf – Kuipers c.s.</i>	. . . . . 130
HR 19 febr. 1931 NJ 1501, nt. E. M. M., <i>Klomp – burg. van Woudenberg</i>	. . . . . 282
HR 27 febr. 1931 NJ 1932-81, nt. P. S., <i>Uitgevers Mij. Nederland – Saudek</i>	. . . . . 37
Rb. Rotterdam 25 juni 1931 NJ 1932-950, <i>Scheepswerf 'De Hoop' – Transport Mij 'Terneuzen'</i>	. . . . . 49, 51, 209
HR 7 jan. 1932 NJ 374, <i>Leguit – Den Oudsten &amp; Domburg</i>	. . . . . 86
HR 15 jan. 1932 NJ 380, nt. E. M. M., <i>Borsje – 'De Hoop'</i>	. . . . . 77, 87, 89, 210, 245, 249
HR 24 juni 1932 NJ 1587, nt. P. S., <i>Letterie – Holtzhuizer</i>	. . . . . 130
Rb. Utrecht 29 juni 1932 NJ 1933-420, <i>Stichts bouwbedrijf – Van der Linden</i>	. . . . . 172
HR 8 dec. 1932 NJ 1933-287, <i>Staat – Bozicnik</i>	. . . . . 130, 135
HR 10 maart 1933 NJ 804, nt. P. S., <i>nietig echtscheidingsconvenant-arrest</i>	. . . . . 293
HR 30 nov. 1933 NJ 1934-319, nt. E. M. M., <i>Ostendorf – Knoop c.s.</i>	. . . . . 144, 321, 326
HR 21 dec. 1933 NJ 1934-368, nt. E. M. M., <i>Bosch – Van Maren</i>	136, 157, 159, 171, 179, 417
Rb. Maastricht 18 okt. 1934 NJ 1935-377, <i>Huynen – Het Geuldal</i>	. . . . . 50

### 1935-1939

Rb. Arnhem 13 juni 1935 NJ 1936-570, <i>Verzijl – Blommestein</i>	. . . . . 70, 76
Rb. Utrecht 11 nov. 1936 NJ 1937-263, <i>Marsman – Nat. Onderlinge Boerenpaarden en Veeverz. Mij</i>	. . . . . 159
Rb. Leeuwarden 17 dec. 1936 NJ 1938-722, <i>Nationale Onderlinge Verz. Mij. – Desar</i>	159
HR 4 juni 1937 NJ 979, nt. P. S., <i>De Nederlandsche Handel Mij. – Lemans &amp; Leon</i>	. . . . . 238, 337
HR 12 nov. 1937 NJ 1938-377, nt. P. S., <i>Arona-Stedehouder</i>	. . . . . 70, 76, 196
HR 16 dec. 1937 NJ 1938-526, nt. P. S., <i>Van Wijk – Van Baren</i>	. . . . . 74, 130, 172
HR 24 juni 1938 NJ 1939-337, nt. P. S., <i>afstands-arrest</i>	. . . . . 83, 292, 293, 301, 304
HR 1 dec. 1938 NJ 1939-459, nt. E. M. M., <i>Illustra – Reinartz</i>	. . . . . 79, 83, 301
HR 27 jan. 1939 NJ 1345, nt. P. S., <i>gem. Rotterdam – Mij. tot Exploitatie van Staats-spoorwegen</i>	. . . . . 270
HR 29 dec. 1939 NJ 1940-274, <i>Doorn – NV De Prins</i>	. . . . . 74, 130, 172, 179

### 1940-1944

Hof Amsterdam 31 okt. 1940 NJ 1941-720, <i>Bakker's Houthandel – Boeree</i>	. . . . . 19, 20
---	------------------

HR 20 dec. 1940 NJ 1941-363, nt. E. M. M., <i>Bosgoed – Staat</i> . . . . .	270
HR 3 april 1941 NJ 835, nt. P. S.,— . . . . .	75
HR 28 nov. 1941 NJ 1942-190, <i>Pesie's Bad</i> . . . . .	270
Hof 's-Gravenhage 15 dec. 1941 NJ 1942-176, <i>Voereman – Verhagen</i> . . . . .	51
HR 23 jan. 1942 NJ 298, <i>Utrechtse Provinciebank – De Bruyn</i> . . . . .	75
HR 19 maart 1942 NJ 445, <i>De Gruyter – Voorschotbank</i> . . . . .	146, 231, 232, 248
Ktg. Arnhem 8 juni 1942 NJ 859, <i>Van Woerkom – Bus</i> . . . . .	70
HR 26 juni 1942 NJ 585, <i>request Weegewijs</i> . . . . .	213, 214
HR 4 sept. 1942 NJ 617, <i>request Twentsche Bank</i> . . . . .	213, 214
HR 21 mei 1943 NJ 472,— . . . . .	83
Hof Amsterdam 9 juni 1943 NJ 651, <i>Bekking – Strengholt</i> . . . . .	83
HR 21 jan. 1944 NJ 120, <i>Van de Water – Van Hemme</i> . . . . .	214

**1945-1949**

HR 19 dec. 1946 NJ 1947-139, nt. E. M. M., <i>Mol – Verbove</i> . . . . .	280
HR 10 dec. 1948 NJ 1949-122, nt. Ph. A. N. H., <i>Marcel Petit-arrest</i> . . . . .	282
Hof Arnhem 4 jan. 1949 NJ 581, <i>Nederlandse Spoorwegen – Gelderse Tramweg Mij. c.s.</i> . . . . .	51
HR 20 mei 1949 NJ 1950-72, nt. Ph. A. N. H., <i>De Zwitserse Mij. v. Verz. tegen Ongevallen – Rederij Koppe</i> . . . . .	21, 52-54, 84, 210, 211, 214, 220, 245, 249, 252, 253, 255-258, 263, 264, 293
HR 16 nov. 1949 NJ 1950-73, nt. Ph. A. N. H., — . . . . .	51, 54, 64

**1950-1954**

HR 27 jan. 1950 NJ 559, nt. Ph. A. N. H., <i>huurbedrog-arrest</i> . . . . .	296
HR 2 juni 1950 NJ 1951-19, nt. Ph. A. N. H., <i>Groen – De Boer</i> . . . . .	70, 75
HR 13 april 1951 NJ 1952-76, nt. Ph. A. N. H., <i>Dorrius-arrest</i> . . . . .	119, 246, 249, 253, 255, 258, 262
HR 20 april 1951 NJ 1952-65, <i>Bendien – Silten</i> . . . . .	219
Rb. Rotterdam 10 okt. 1951 NJ 1953-162, <i>Van Nieuwkerk – Kaptein c.s.</i> . . . . .	83
HR 30 nov. 1951 NJ 1953-76, <i>Van Stijverden – Van Olst</i> . . . . .	248, 249, 254-257, 262, 264
HR 28 mei 1952 NJ 1953-394, nt. Ph. A. N. H., — . . . . .	53, 64
HR 14 nov. 1952 NJ 1953-135, nt. D. J. V., <i>Maaskant – De Oude</i> . . . . .	88, 89, 97, 98, 210, 211, 220
Hof 's-Gravenhage 11 febr. 1953 (zie HR 27 nov. 1953) . . . . .	55
HR 10 april 1953 NJ 630, <i>Inverbo – Jacobi</i> . . . . .	275
HR 22 mei 1953 NJ 647, nt. Ph. A. N. H., <i>Ned. Lloyd Ongevallen – West-Ind. Bananen Import Cie</i> . . . . .	270
HR 22 mei 1953 NJ 1954-189, nt. J. D. <i>Sio-arrest</i> . . . . .	205
Rb. Middelburg 10 juni 1953 NJ 1954-773, <i>Eggerman – Rietbergen</i> . . . . .	56
HR 27 nov. 1953 NJ 1954-129, nt. J. D., <i>Van Rappard – Looyen c.s.</i> . . . . .	55
HR 2 dec. 1953 NJ 1954-229, nt. Ph. A. N. H., — . . . . .	20, 22
HR 18 dec. 1953 NJ 1954-248, nt. Ph. A. N. H., <i>Godefroy – Fontein</i> . . . . .	107
HR 8 jan. 1954 NJ 249, nt. Ph. A. N. H., <i>Vrolijk – Rusman</i> . . . . .	54
Rb. Zwolle 24 febr. 1954 NJ 523, <i>Zwolsche Algemeene Verz. Mij – Duckers</i> . . . . .	126

**1955-1959**

HR 28 jan. 1955 NJ 1959-174, <i>Bierenbroodspot – Straus</i> . . . . .	92
HR 11 febr. 1955 NJ 218, nt. L. E. H. R., <i>balkonleuning-arrest</i> . . . . .	270
HR 18 maart 1955 NJ 356, <i>Koek – Van der Meer</i> . . . . .	93, 96
Hof Amsterdam 28 april 1955 NJ 530, <i>Furth en Mesquita – Asscher's Diamant Nijverheid</i> . . . . .	55
HR 11 nov. 1955 NJ 1957-605, nt. H. K. B., <i>Van Rooijen – Van den Heuvel</i> . . . . .	27
HR 9 dec. 1955 NJ 1956-157, nt. L. E. H. R., <i>Boogaard – Vesta</i> . . . . .	269
HR 2 nov. 1956 NJ 1957-124, nt. L. E. H. R., <i>Blom – van Woudenberg</i> . . . . .	89, 92, 93, 97
HR 11 jan. 1957 NJ 1959-37, nt. H. B., <i>Bovag II-arrest</i> . . . . .	300

HR 28 juni 1957 NJ 514, <i>Erba-arrest</i> . . . . .	270
HR 15 nov. 1957 NJ 1958-67, nt. L. E. H. R., <i>Baris - Riezenkamp</i> . . . . .	20, 114, 117-120, 166, 232, 248, 291, 293, 298
Hof Arnhem 20 nov. 1957 NJ 1958-270, <i>Boll - Westera</i> . . . . .	70
HR 22 nov. 1957 NJ 1958-2, nt. L. E. H. R., <i>Buining - Kuiper</i> . . . . .	75, 76
Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 1958 NJ 624, <i>Winters - Winters</i> . . . . .	56
Hof Amsterdam 19 juni 1958 NJ 1959-369, <i>NV Elsevier - Elsevier S.A.</i> . . . . .	55
Rb. Zutphen 11 juli 1958 NJ 426, <i>S.A. Tuberies Julien - NV van Katwijk</i> . . . . .	56
Ktg. Delft 15 jan. 1959 NJ 455, <i>Stichting Johannes de Deo - X</i> . . . . .	278
HR 30 jan. 1959 NJ 548, nt. D. J. V., <i>Quint - Te Poel</i> . . . . .	102, 105, 106, 278, 279, 283, 293, 304
Hof 's-Gravenhage 20 febr. 1959 NJ 1960-351, <i>Smits - Heijman</i> . . . . .	270
HR 15 mei 1959 NJ 516, nt. D. J. V., <i>Van Dongen - Van den Oetelaar</i> . . . . .	79, 82, 301, 349
HR 19 juni 1959 NJ 1960-59, nt. H. B., <i>Kanthalos-arrest</i> . . . . .	120
HR 26 juni 1959 NJ 586, nt. L. E. H. R., <i>De Koning - Vorst</i> . . . . .	275, 281
HR 11 dec. 1959 NJ 1960-230, nt. L. E. H. R., <i>Eelman - Hin</i> . . . . .	81, 146-151, 174, 193, 235, 277, 284, 324, 349

**1960-1964**

HR 29 jan. 1960 NJ 133, nt. L. E. H. R., <i>Kwant - Lentz</i> . . . . .	21, 22, 25, 30
Rb. Groningen 29 april 1960 NJ 559, <i>Meerpoel - De Vries</i> . . . . .	70
Hof 's-Gravenhage 14 sept. 1960 NJ 1961-292, <i>Eerste Rotterdamse - Niedenzu</i> . . . . .	130
Rb. Arnhem 9 nov. 1960 NJ 1961-219, <i>Visscher - Onderlinge Hulp</i> . . . . .	58
HR 11 nov. 1960 NJ 599, <i>Feitz - Gem. Vaals</i> . . . . .	92
HR 9 dec. 1960 NJ 1963-1, nt. D. J. V., <i>Jaguararrest</i> . . . . .	270
HR 23 dec. 1960 NJ 1962-255, <i>Peper - gem. Bloemendaal</i> . . . . .	92
Hof 's-Gravenhage 18 jan. 1961 NJ 1962-106, <i>Schippers - De Roo</i> . . . . .	97
HR 23 juni 1961 NJ 1962-263, nt. L. E. H. R., <i>Ontvanger dir.bel. - Schot</i> . . . . .	60
Hof Arnhem 28 juni 1961 NJ 1962-117, <i>NV van Katwijk - S.A. Tuberies Julien</i> . . . . .	55
Hof 's-Gravenhage 27 okt. 1961 NJ 1962-458, <i>Stichting Hervormd Burger-Weeshuis - Hervormde Gemeente te Delfshaven</i> . . . . .	56, 65
HR 13 april 1962 NJ 1964-366, nt. H. B., <i>Kruseman - gem. Amsterdam</i> . . . . .	293, 300
Hof 's-Gravenhage 16 mei 1962 NJ 1963-203, <i>gem. Hulst - Van den Broeck</i> . . . . .	65
HR 22 juni 1962 NJ 1963-3, nt. D. J. V., <i>Van den Heuvel - Kath. Vacantiehuisen</i> . . . . .	311
HR 29 juni 1962 NJ 285, <i>Staalman - Bedrijfschap Horeca</i> . . . . .	245, 251, 257, 260-264
Rb. Breda 9 okt. 1962 NJ 1963-43, <i>De Vredenburg - Teijssen</i> . . . . .	58
Rb. Amsterdam 30 okt. 1962 NJ 1963-420, <i>Soesman - Van der Sluis</i> . . . . .	98
HR 1 maart 1963 NJ 126, <i>Straeter - Drema</i> . . . . .	92
HR 3 april 1963 NJ 258, <i>burg. Rotterdam - Den Polder-Prins Alexander</i> . . . . .	55
HR 3 mei 1963 NJ 1964-486, <i>Oxyde - IGO</i> . . . . .	92, 94
Rb. Maastricht 16 mei 1963 NJ 1964-52, <i>Vogels - Holtackers c.s.</i> . . . . .	56
Ktg. Alphen a/d Rijn 3 sept. 1963 NJ 1964-60, <i>Hoogendoorn c.s. - Van Leeuwen</i> . . . . .	58
Hof Amsterdam 13 nov. 1963 NJ 1964-104, <i>Nieberg - Unger</i> . . . . .	56
HR 22 nov. 1963 NJ 1964-2, <i>Vita - Leeuwerke</i> . . . . .	92, 94, 210, 220
HR 22 nov. 1963 NJ 1964-128, <i>Garage Kost - Pon's Automobielenhandel</i> . . . . .	57
Rb. 's-Hertogenbosch 17 jan. 1964 NJ 276, — . . . . .	98
Ktg. 's-Gravenhage 22 jan. 1964 NJ 360, <i>Isai Ko Yen - Van Gijzelen</i> . . . . .	58
HR 20 maart 1964 NJ 461, nt. G. J. S., <i>Curator Ficra NV - Krau</i> . . . . .	18
HR 15 mei 1964 NJ 472, <i>Heesen - Smit</i> . . . . .	130
Hof Arnhem 19 mei 1964 NJ 1965-398, — . . . . .	98
Ktg. 's-Gravenhage 10 juni 1964 NJ 498, <i>Cistofa - De Leeuw c.s.</i> . . . . .	98

**1965-1969**

HR 22 jan. 1965 NJ 1966-177, nt. J. H. B., <i>Admiraal - Brakenhoff</i> . . . . .	245
HR 12 febr. 1965 NJ 139, nt. D. J. V., <i>Fabisch - Pintsch Bamag Ned.</i> . . . . .	92

HR 9 april 1965 NJ 1966-178, nt. J. H. B., <i>Freijne – Ponjee</i> . . . . .	243, 245
HR 15 april 1965 NJ 331, nt. D. J. V., <i>Snel – Ter Steege</i> . . . . .	213, 214, 262, 270, 281
Hof 's-Gravenhage 3 juni 1965 NJ 1967-84, <i>Stichting Het Z-H Landschap – Padberg</i> . . . . .	57
HR 21 jan. 1966 NJ 183 nt. G. J. S., <i>Booy – Wisman</i> . . . . .	248, 298
Rb. Rotterdam 21 jan. 1966 NJ 1967-228, <i>Scholten – Harmsen</i> . . . . .	98
HR 11 febr. 1966 NJ 194, nt. G. J. S., – . . . . .	23
HR 25 maart 1966 NJ 279, nt. G. J. S., <i>moffenkit-arrest</i> . . . . .	270
HR 15 april 1966 NJ 302, nt. G. J. S., <i>Sanders – Sanders</i> . . . . .	21, 58, 61, 67, 68, 81, 209, 210, 214, 218
Hof Amsterdam 6 mei 1965 NJ 1966-82, – . . . . .	98
Hof 's-Hertogenbosch 8 nov. 1966 NJ 1967-368, <i>Decelle c.s. – Huybregts &amp; Zn. c.s.</i> . . . . .	278
Hof Amsterdam 29 nov. 1966 NJ 1968-336, <i>Bakker – Waayer</i> . . . . .	61
HR 10 febr. 1967 NJ 212, nt. G. J. S., <i>De Zaan – Intercoal</i> . . . . .	47, 80, 92, 94, 301, 302
Rb. Alkmaar 30 maart 1967 NJ 360, <i>Bot – gem. Purmerend</i> . . . . .	159
HR 19 mei 1967 NJ 261, nt. G. J. S., <i>Saladin – HBU</i> . . . . .	61
HR 5 jan. 1968 NJ 102, nt. G. J. S., <i>Zentvelt – Assicurazioni Generali</i> . . . . .	137
HR 19 jan. 1968 NJ 233, <i>De Globe – gem. Wijhe</i> . . . . .	130
Rb. Amsterdam 14 febr. 1968 NJ 257, <i>Van der Meer – Stodel (Doorniks servies)</i> . . . . .	136
HR 23 febr. 1968 NJ 248, <i>Parzenczewska – Kruijssen</i> . . . . .	94
Rb. Amsterdam 28 maart 1968 NJ 173, – . . . . .	98
HR 5 april 1968 NJ 251, nt. G. J. S., <i>Oldenhove – Calot (pekingeenden)</i> . . . . .	95, 220
HR 5 april 1968 NJ 289, nt. H. D., <i>Van der Veen Zeppenfeldt – Perret-Gentil</i> . . . . .	95, 98
HR 31 jan. 1969 NJ 241, nt. G. J. S., <i>Van Blaaderen – Van Dijk</i> . . . . .	277, 278
HR 21 maart 1969 NJ 304, nt. G. J. S., <i>Stasse – Loeff</i> . . . . .	38
HR 18 april 1969 NJ 336, nt. G. J. S., <i>gem. Katwijk – De Vroom</i> . . . . .	278, 279
HR 19 dec. 1969 NJ 1970-154, <i>Lindeboom – gem. Amsterdam</i> . . . . .	107, 121, 172-174, 179, 191, 196, 199
<b>1970-</b>	
HR 3 april 1970 NJ 252, nt. G. J. S., <i>Van Andel – CP fabrieken</i> . . . . .	214, 281
HR 29 april 1971 <i>RvdW</i> – no. 16 ( <i>echtscheidingsconvenant</i> ) . . . . .	294, 300

N.B.: in dit register werd alleen de *nederlandse* rechtspraak opgenomen.

# Register op het Nieuw BW

## **Nieuw BW in het algemeen (ook: ontwerp-BW; ontwerp-Meijers)**

19, 35, 63, 64, 66, 69, 72, 113, 127, 137, 140, 161, 162, 173, 175, 177, 196–200, 203, 298, 304, 318, 319, 347, 442

## **Inleidende Titel**

art. 8 . . . . . 219  
art. 8, lid 3 . . . . . 63, 218

## **Boek 3**

Algemeen . . . . . 75, 178, 442  
art. 3.1.1.5 . . . . . 203, 290  
art. 3.2.1 . . . . . 289  
art. 3.2.2 . . . . . 17, 82, 125, 140, 151, 176, 177, 178, 318–322, 338  
art. 3.2.2. e.v. (gewijzigd ontwerp) . . . . . 178, 320, 340  
art. 3.2.2, lid 1 . . . . . 177, 320, 347  
art. 3.2.2, lid 2 . . . . . 320  
art. 3.2.2, lid 3 . . . . . 320  
art. 3.2.2a (gewijzigd ontwerp) . . . . . 320, 340  
art. 3.2.3 . . . . . 74, 82, 125, 176, 177, 178, 301, 302, 320, 342  
art. 3.2.3 (gewijzigd ontwerp) . . . . . 320, 340  
art. 3.2.3a (gewijzigd ontwerp) . . . . . 342  
art. 3.2.3, lid 1 . . . . . 177  
art. 3.2.4 . . . . . 113  
art. 3.2.4, lid 2 . . . . . 74, 133, 158  
art. 3.2.4, lid 3 . . . . . 164, 169  
art. 3.2.4, lid 4 (gewijzigd ontwerp) . . . . . 164, 169  
art. 3.2.7 . . . . . 291, 293, 295  
art. 3.2.8 . . . . . 265  
art. 3.2.10 . . . . . 300, 301  
art. 3.2.10, lid 2 . . . . . 303  
art. 3.2.10, lid 3 . . . . . 301, 302  
art. 3.2.10, lid 4 . . . . . 303  
art. 3.3.1 . . . . . 227, 233  
art. 3.3.2, lid 3 . . . . . 228  
art. 3.3.6 . . . . . 227  
art. 3.3.8, lid 1 . . . . . 229  
art. 3.3.8, lid 3 . . . . . 189  
art. 3.3.8, lid 4 . . . . . 189  
art. 3.3.11, sub c . . . . . 228  
art. 3.4.2.11 . . . . . 74  
art. 3.5.2 . . . . . 204  
art. 3.11.1 . . . . . 198

**Boek 4**art. 4.3.1.8 . . . . . ~~242~~, 243, 341.**Boek 6**Algemeen . . . . . 33, 125, 178, 187, 203, 218, 219, 242, 287, 301, 302,  
342, 442

art. 6.1.1.2, lid 2 . . . . . 218

art. 6.1.5 . . . . . 36

Titel 1, afdeling 6 . . . . . 34

art. 6.1.6.5 . . . . . 32, 34

art. 6.1.6.6 . . . . . 34

art. 6.1.6.7 . . . . . 33

art. 6.1.6.13, lid 2 . . . . . 19

art. 6.1.6.14 . . . . . 33

art. 6.1.6.16 . . . . . 33

art. 6.1.8.2 . . . . . 262

art. 6.1.10.1 . . . . . 73, 75, 176

art. 6.3.1, lid 2 . . . . . 272

art. 6.3.1, lid 3 . . . . . 272

art. 6.3.1.11 . . . . . 272

art. 6.3.1.12 . . . . . 272

art. 6.3.1.13 . . . . . 272

art. 6.3.1.15 . . . . . 272

art. 6.3.1.16 . . . . . 272

art. 6.4.1.1 . . . . . 275

Titel 4, afdeling 2 . . . . . 33, 282

art. 6.4.2.1 . . . . . 39, 289

art. 6.4.2.8 . . . . . 33, 39, 176

art. 6.4.2.8, lid 2 . . . . . 279

art. 6.4.2.9 . . . . . 295

Titel 4, afdeling 3 . . . . . 282

art. 6.5.1.3 . . . . . 177

Titel 5, afdeling 2 . . . . . 74, 122, 124

art. 6.5.2.2, lid 1 . . . . . 125

art. 6.5.2.2, lid 2 . . . . . 125

art. 6.5.2.3 . . . . . 125

art. 6.5.2.5 . . . . . 125

art. 6.5.2.6 . . . . . 131, 132

art. 6.5.2.7 . . . . . 164, 166, 167

art. 6.5.2.8, lid 1 . . . . . 117

art. 6.5.2.11 . . . . . 177

art. 6.5.2.11 (alternatief) . . . . . 299

art. 6.5.2.12 . . . . . 289

art. 6.5.2.12 (alternatief) . . . . . 299

art. 6.5.3.5 . . . . . 190

art. 6.5.3.5, lid 2 . . . . . 189

art. 6.5.3.5-8 . . . . . 189

art. 6.5.3.8 . . . . . 189

art. 6.5.3.11 . . . . . 167, 212, 289

art. 6.5.4.1 . . . . . 186, 187

art. 6.5.4.1, lid 2 . . . . . 187

**Boek 7**

(Titel: huur) . . . . . 62