

Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Uitgave van de Koninklijke Notariële Broederschap

Ereredacteur: mr. Ph. A. N. Houwing – *Redacteuren:* prof. mr. J. M. Polak, mr. H. Drion, mr. A. G. Lubbers, mr. J. van Soest, W. Heuff, J. J. M. de Vries, mr. W. G. de Vries, mr. J. H. Linders, prof. mr. H. C. F. Schoordijk
Redactie-secretaris: mr. P. C. T. Hengeveld – *Administrateur:* D. J. M. de Hondt, 's-Gravenhage, 't Hoenstraat 5 (postadres. 's-Gravenhage-2078, postbus 2827) – telefoon 070 - 469433*, postrekening 125185 ten name van de Koninklijke Notariële Broederschap

MR. J. H. NIEUWENHUIS *

Bezwarende titel, negatief belang en afwezigheid van bevoordeling als factoren die bij de geldigheid van rechtshandelingen een rol spelen

Het probleem is klassiek: onder welke voorwaarden dient rechtsgevolg te worden verbonden aan een wilsverklaring die niet overeenstemt met hetgeen de declarant werkelijk wil? En vervolgens, welk rechtsgevolg zal dit zijn: geldigheid van de rechtshandeling of schadevergoeding? Met betrekking tot dit probleem gaan de Hoge Raad en de ontwerpers van het Nieuw Burgerlijk Wetboek duidelijk gescheiden wegen. Voor de laatste is het door de verklaring geëkte vertrouwen het exclusieve oriëntatiepunt.

De Hoge Raad richt zijn koers daarnaast op de in de titel van dit opstel aangegeven bakens: bezwarende titel, negatief belang en afwezigheid van bevoordeling.

Welke waarderingslagen liggen aan het verschil in benadering ten grondslag? Welke weg verdient de voorkeur?

1. De Hoge Raad en het Ontwerp NBW kan men gevoeglijk kenschetsen als de 'zenuwcentra' van de privaatrechtelijke rechtsvorming. In het algemeen bestaat tussen beide een goede coördinatie, en is er duidelijk sprake van 'tweerichtingsverkeer'. De ontwerpers van het Nieuw Burgerlijk Wetboek laten zich dikwijls inspireren door de rechtspraak van de Hoge Raad. Zo is het in art. 6.3.2 neergelegde relativiteitsvereiste bij onrechtmatige daad typisch een produkt van rechtsvorming door de cassatierechter (vgl. HR 24-1-1930, *NJ* 1930, 299; Brandstichting). Omgekeerd anticipeert de Hoge Raad niet zelden¹ op de regeling zoals door het Ontwerp voorgesteld. Vgl. bijvoorbeeld de formulering van 'misbruik van recht' in HR 17-4-1970, *NJ* 1971, 89 (Grensoverschrijdende Garage), met art. 8 Inleidende titel NBW. Op ten minste één belangrijk punt gaan de wegen echter uiteen en volharden zowel de Hoge Raad als de ontwerpers van het NBW in hun onderling divergerende koers. Het betreft hier de vraag in hoeverre iemand die de rechtsgevolgen van een door hem ge-

formuleerde rechtshandeling niet werkelijk wil (de nolens) daaraan niettemin kan worden gehouden wanneer de ander gerechtvaardigd op de geldigheid van die rechtshandeling heeft vertrouwd (de fidens). Het ontwerp heeft bij herhaling gekozen voor een oplossing die uitmunt door eenvoud. Vgl. art. 3.2.3 Gewijzigd Ontwerp NBW:

'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 die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil.'

Een grove vereenvoudiging van de huidige stand der rechtspraak is echter gelegen in de stelling dat ook de rechter het gerechtvaardigd vertrouwen in de strekking van een verklaring in dezelfde mate hono-

1. Zie voor een overzicht: C. J. van Zeben, 'Een koperen feest', rede Utrecht 1966.

Inhoud

Mr. J. H. Nieuwenhuis: Bezwarende titel, negatief belang en afwezigheid van bevoordeling als factoren die bij de geldigheid van rechtshandelingen een rol spelen (I)	169
Prof. mr. P. A. Stein: Overzicht der Nederlandse Rechtspraak, Zakenrecht (II, slot)	174
Rechtsvragenrubriek	180
Verslagen en berichten (Cursus Selectieve Investerings Regeling; Postdoctorale leergang fiscaal bouwrecht; Aankondiging vergaderingen)	181
Ontvangen boeken	181
Tijdschriften	182
Koninklijke Notariële Broederschap (Nieuwe leden; Aankondiging Ringvergaderingen)	183
Benoemingen, overlijden, enz.	183
Vakaturenstaat notariaat	184

* Wetenschappelijk medewerker burgerlijk recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit te Leiden.

reert als het Ontwerp en dat de rechtspraak hier te lande mitsdien de 'vertrouwensleer' aanhangt. Het beleid dat de Hoge Raad de lagere rechter aanbeveelt is aanmerkelijk subtieler.² Voor de geldigheid van een door een nolens verrichte rechtshandeling is meer nodig dan het gerechtvaardigd vertrouwen van zijn wederpartij. De rechtspraak van de Hoge Raad bevat chronologisch onder meer de volgende formuleringen van dit 'extra':

(a) De aanwezigheid van een bezwarende titel. Vgl. HR 11-12-1959, *NJ* 1960, 230; Eelman/Hin.

(b) De afwezigheid van een bevoordeling zonder redelijke grond. Vgl. HR 22-2-1974, *NJ* 1975, 381; Roosendaal/Kinderbescherming.

(c) De omstandigheid dat de fidens op basis van zijn gerechtvaardigd vertrouwen iets heeft gedaan waardoor hij bij ongedaanmaking van de transactie in een ongunstiger toestand zou komen dan waarin hij zonder dat vertrouwen zou verkeren. Vgl. HR 29-11-1974, *NJ* 1975, 211; Hensels/Seegers en *Musters*.

Veeleer dan te anticiperen op het Ontwerp, zet de Hoge Raad in bovenvermelde rechtspraak een beleid uit dat duidelijk is geïnspireerd op gedachten ontwikkeld door Ph. A. N. Houwing in *WPNR* 3868-3872, 'positief en negatief belang bij rechtsschijn'. Voor zover hier van belang kan de kern van diens betoog als volgt worden weergegeven.

De *billijkheid* eist wel dat de fidens wordt beschermd tegen door hem te lijden *nadeel*, maar de *billijkheid* verkeert in haar tegendeel indien de bescherming er toe zou leiden dat de fidens ook – en uiteraard ten koste van de nolens – de teleurstelling zou worden bespaard dat hem bij ongedaanmaking van de transactie een *voordeel* ontgaat. De *billijkheid* eist niet meer dan *schadevergoeding* (ten bedrage van het geleden nadeel). Reden voor *instandhouding* van de door de nolens verrichte rechtshandeling is er slechts voor zover het *verkeersbelang* (de rechtszekerheid) zulks eist.

Alvorens na te gaan hoe Houwing deze uitgangspunten heeft uitgewerkt, eerst enige aandacht voor zijn dubbele a priori: de *billijkheid* eist slechts *vergoeding van nadeel*; de *geldigheid* van een door een nolens verrichte rechtshandeling kan uitsluitend worden gemotiveerd met een beroep op *het verkeersbelang*.

2. Welke rol vervullen *billijkheid* (goede trouw) en *verkeersbelang* in het kader van de contractuele rechtsvorming?

Over het karakter van de *billijkheid* valt in abstracto niet veel te vertellen. Maar toch wel iets meer dan dat onder *billijkheid* moet worden verstaan 'een verzameling van ongeschreven behoorlijkheidsnormen die hic et nunc gelding hebben'.³ Een dergelijke omschrijving vormt stellig een goed begin, maar is even stellig slechts het halve werk. Zij is aanmerkelijk te ruim van snit. Wie zijn buurman uit pure balorigheid laat uitglijden over een bananeschil, schendt zonder twijfel een 'ongeschreven behoorlijkheidsnorm', maar het doet vreemd aan deze handelwijze te kwalificeren als 'onbillijk'.

De reden is duidelijk. De termen 'billijk' en 'onbillijk' zijn gereserveerd voor 'weegschaalsituaties', d.w.z. situaties waarin 'belangen' tegen elkaar moeten worden 'afgewogen'. Onbillijk handelt hij die tekort schiet bij deze belangenafweging en die mitsdien de balans verstoort. Wie een van zijn kinderen 'voortrekt' boven diens broers en zusters, schendt niet slechts een behoorlijkheidsnorm, maar handelt tevens onbillijk.

Nog twee opmerkingen ter verduidelijking van de rol van de *billijkheid*. In de eerste plaats haar *concretiserende* tendens. De functie van het *billijkheidsinstrument* zoals dat door juristen door de eeuwen heen is gehanteerd, kan alleen worden begrepen tegen de achtergrond van hetgeen door Aristoteles wordt opgemerkt over de verhouding tussen rechtvaardigheid en *billijkheid*. Wat hij daaromtrent in het vijfde boek van zijn *Nikomaachse ethiek* naar voren brengt, is volstrekt 'modern' en nimmer principieel verbeterd.

Wij laten hem daarom zelf aan het woord:

'wat de moeilijkheid maakt is, dat het billijke het rechtvaardige is, doch niet het wettelijke rechtvaardige, maar een correctief van de wettelijke rechtvaardigheid. De grond hiervan ligt in het feit, dat de wet altijd algemeen is, terwijl het over sommige dingen onmogelijk is bepalen te maken, die algemeen en toch juist zijn en zo bestaat de natuur van de *billijkheid* hierin, dat zij een correctief is op de wet, waar deze door haar algemeenheid tekort schiet want waar de zaak zelf onbepaald is, daar is ook de maatstaf onbepaald, zoals bij de Lesbische huizenbouw, waar men van een loden maatstok gebruik maakt; want deze maatstok wijzigt zich naar de vorm van de steen en is veranderlijk; en zo ook richt zich het afzonderlijke decreet naar de zaak.'⁴

Het credo van de (verdelende) rechtvaardigheid luidt: behandel gelijke gevallen gelijk, ongelijke ongelijk. Het rechtvaardigheidsgehalte van rechtsregels kan daaraan worden getoetst; zij zijn onrechtvaardig voor zover zij een ongelijke behandeling voorschrijven van gevallen die gelijk zijn of slechts verschillen op irrelevante punten. Rechtsregels hebben echter noodzakelijkerwijs een *generaliserend* karakter. Wie een regel opstelt kan onmogelijk alle consequenties van iedere denkbare toepassing voorzien. Voor zover toepassing van een in abstracto geformuleerde regel zou leiden tot verstoring van de balans, moet met behulp van de *billijkheid* het evenwicht worden hersteld. Via de *billijkheid* komen de omstandigheden van het geval, die de rechtsregel wegens haar algemeen luidende formulering buiten beschouwing moest laten, toch tot hun recht.

In de tweede plaats is de rol van de *billijkheid* vastgeklonken aan de goede trouw⁵ en daarmee met

2. Bij de 'vergelijkende reclame' voor art. 3.2.3 in de *Memorie van Antwoord* (blz. 48 en 49) wordt met een beroep op 'de zekerheid die de praktijk behoeft', de rechtspraak van de Hoge Raad als 'te subtiel' aangemerkt.

3. Vgl. P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, diss., blz. 46.

4. Aristoteles, *Ethica Nicomachea* 1137^b, vertaling R. W. Thuis, *Klassieke Galerij* 84.

5. De termen 'goede trouw', 'billijkheid' en 'redelijkheid' fungeren in de gangbare rechtstaal (nagenoeg) als wisselbegrippen (vgl. J. C. van Oven, *WPNR* 4718). Pogingen om

name van belang voor 'vertrouwensrelaties', d.w.z. relaties waarin men niet kan volstaan met het in acht nemen van 'zorgvuldigheid', maar waarin in verhoogde mate rekening moet worden gehouden met de belangen van de ander. Ook de verhouding tussen partijen die onderhandelen over het sluiten van een overeenkomst, wordt door de Hoge Raad beschouwd als een dergelijke vertrouwensrelatie. Vgl. HR 15-11-1957, *NJ* 1958, 67; Baris/Riezenkamp:

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

De billijkheid eist ten aanzien van de contractuele rechtsvorming dat de aldaar in het geding zijnde 'gerechtvaardigde belangen' tegen elkaar worden afgewogen. Aan de ene kant staat het belang van de nolens, niet betrokken te raken in rechtsbetrekkingen die hij niet werkelijk wil. Aan de andere kant heeft de fidens er een gerechtvaardigd belang bij, althans wanneer aanwijzingen voor het tegendeel ontbreken, er van te mogen uitgaan dat indien hij 'schuimrubber' koopt, hij ook schuimrubber krijgt en niet zoals naar achteraf de bedoeling van de verkoper blijkt: schuimplastic.⁶

Op welk punt is nu de balans in evenwicht? Niet wanneer men het laat bij de conclusie dat bij gebreke van 'toestemming' geen overeenkomst is tot stand gekomen. In dat geval wordt aan het vertrouwen van de fidens geen gewicht toegekend, omdat de beslissing niet anders zou luiden indien dat vertrouwen zou ontbreken. Het evenwichtspunt wordt evenmin bereikt, wanneer men besluit tot de geldigheid van de overeenkomst. In dat geval legt de omstandigheid dat een der partijen die overeenkomst niet wilde, blijkbaar geen gewicht in de schaal, omdat immers exact dezelfde rechtsgevolgen intreden wanneer beide partijen die overeenkomst wél willen. De balans is in evenwicht indien, en alleen indien, er enerzijds géén overeenkomst tot stand komt, maar anderzijds de schade die daaruit voor de fidens voortvloeit, wordt vergoed. Bij dit laatste komt de concretiserende tendens van de billijkheid naar voren. Niet het vertrouwen zonder meer rechtvaardigt vergoeding van schade, maar hetgeen de fidens in concreto, op basis van zijn vertrouwen, heeft gedaan of heeft nagelaten (bijvoorbeeld het maken van kosten ten behoeve van de gekochte goederen of het achterwege laten van een soortgelijke transactie).

3. Nu is de billijkheid stellig niet de enige factor die bij de belangenafweging in een nolens-fidens verhouding aan bod komt. Ook hier geldt: *summa aequitas, summa iniuria*. Het kan doelmatig zijn de weegschaal naar één kant te doen doorslaan. Naast de concretiserende en evenwichtzoekende tendens van de billijkheid staan overwegingen met een meer generaliserende signatuur: *de eisen van het rechtsverkeer*.

Naast de overweging dat de billijkheid volledig aan haar trekken komt wanneer de schade wordt vergoed van degenen die in concreto voortbouwde op zijn

gerechtvaardigd vertrouwen, staat de overweging dat het rechtsverkeer *in het algemeen* slecht gediend is met onzekerheid omtrent de vraag, of een rechtshandeling in stand blijft dan wel of genoeg moet worden genomen met schadevergoeding. Dit laatste klemmt temeer daar een enigszins geavanceerde economie zich onderscheidt van haar primitieve voorstadia, waarin de ruiltransacties doorgaans onmiddellijk en ter plekke werden uitgevoerd, door de belangrijke rol die in een ontwikkelde economie wordt vervuld door *kredietrelaties*. Terwijl de rijkdom van de primitieve homo economicus voornamelijk werd afgemeten aan tastbare zaken zoals het aantal schapen en ossen dat hij bezat, bestaat het vermogen van zijn moderne nazaat in belangrijke mate uit banktegoeden, obligaties, leverantiecontracten e.d.; in ieder geval uit obligatoire relaties die hem een aanspraak verlenen op prestaties van anderen. Hun waarde wordt geheel en al bepaald door de waarschijnlijkheid dat de toegezegde prestaties ook werkelijk worden verricht. Naast eigendomsbescherming wordt contractsbescherming een dwingende eis. Hier komt bij dat het gebruikelijk, en in een ontwikkeld commercieel verkeer zelfs noodzakelijk is, transacties met *derden* te baseren op het vertrouwen in de regelmatige afwikkeling van tevoren aangegane contractuele relaties. De goederen- en dienstenstroom verloopt via een keten van op elkaar afgestemde overeenkomsten en ieder afzonderlijk contract vervult daarin een schakelfunctie. Met name dit laatste aspect, dat nog extra gewicht krijgt door het domino-effect dat wordt teweeggebracht door een causaal stelsel van overdracht, pleit krachtig voor instandhouding van de door de nolens verrichte rechtshandeling, althans wanneer het vertrouwen in de geldigheid van de rechtshandeling inderdaad heeft geleid tot transacties met derden. In een situatie waarin A in een toestand van geestelijke labiliteit zijn huis verkoopt aan B terwijl deze geen reden had te twifelen aan A's psychisch evenwicht, werkt een systeem waarbij A zich, onder aanbieding van schadevergoeding, kan beroepen op de ongeldigheid van de transactie met B, onbevredigend voor zover het betreffende huis inmiddels is doorverkocht aan C, D, E enz. Bij ongedaanmaking van de transactie A-B verliezen immers alle opvolgende kopers hun eigendomsrecht en een hele keten van uitwinningssacties zal daarvan het gevolg zijn. Om dit laatste te vermijden moet men de balans laten doorslaan ten gunste van de fidens door de koop geldig te achten en hem niet slechts aanspraak te verlenen op schadevergoeding. Zo gezien is het uitgangspunt juist: de billijkheid eist niet meer dan schadevergoeding, de geldigheid van een door een nolens verrichte rechtshandeling dient steeds mede te steunen op overwegingen ontleend aan de eisen van het rechtsverkeer.

4. Welke uitwerking is hieraan gegeven door Houding en op diens voetspoor door de Hoge Raad?

te komen tot een meer specifieke definiëring van deze termen (vgl. S. Gerbrandy, *WPNR* 4745, en I. L. M. Elders, *NJB* 1973 blz. 505 e.v.) zijn voorshands in hoge mate stipulatief.

6. Vgl. Ktg. Nijmegen 26-4-1957, *NJ* 1958, 21.

begrippen 'bezwarende titel' en 'negatief belang'. Van een bezwarende titel is sprake wanneer met de prestatie van de één een prestatie van diens wederpartij rechtens verband houdt.⁷ Negatief belang is aanwezig wanneer de fidens bij ongedaanmaking van de transactie, op grond van hetgeen door hem is ondernomen in vertrouwen op de geldigheid van de rechtshandeling, in een ongunstiger situatie geraakt dan waarin hij zonder dat vertrouwen zou verkeren. Houwing wees in dit verband op de door schrijvers bepleite beperking van de bescherming op grond van de artt. 2014 en 1910 tot verkrijging onder bezwarende titel; De gedachte die hieraan ten grondslag ligt, is dat het onbillijk zou zijn de derde die – weliswaar in goed vertrouwen – een schenking heeft aanvaard uit handen van een beschikkingsonbevoegde, te beschermen ten koste van de eigenaar. De derde mist immers negatief belang. Bij teruggave van het goed ontgaat hem slechts een voordeel; hij komt niet in een ongunstiger doch in exact dezelfde positie als waarin hij zou verkeren wanneer van de schenking nimmer sprake zou zijn geweest. Geheel anders de positie van de derde die onder bezwarende titel verkreeg. Als deze de zaak aan de eigenaar moet teruggeven, raakt hij wel degelijk in een ongunstiger situatie dan wanneer de transactie geheel en al achterwege ware gebleven. De derde die onder bezwarende titel verkreeg, is immers voor het terugvoeren van (de waarde van) zijn prestatie aangewezen op de wellicht onvindbare of insolvable tweede hand. Hetzelfde geldt in deze gedachtengang m.b.t. het tot stand komen van obligatoire overeenkomsten. De begiftigde die contracteerde met een wederpartij die, naar achteraf blijkt, niet in staat was zijn wil te bepalen, raakt, wanneer hij het geschonken goed moet retourneren, niet in een ongunstiger, maar in precies dezelfde toestand als waarin hij zou verkeren wanneer hij nimmer op het tot stand komen van de schenkingsovereenkomst zou hebben vertrouwd.

Valt in dit licht te rechtvaardigen dat (a) de bescherming van negatief belang wordt gekoppeld aan de onderscheiding 'bezwarende titel'-'om niet' en dat (b) die bescherming plaats vindt in de vorm van instandhouding van de overeenkomst? Neen, noch het één, noch het ander. Het eerste niet omdat de vraag, of al dan niet negatief belang aanwezig is, volstrekt niet samenvalt met het onderscheid 'bezwarende titel'-'om niet'.

Tengevolge van het niet tot stand komen van een overeenkomst onder bezwarende titel raakt de fidens stellig niet steeds in een ongunstiger toestand dan waarin hij zonder dat vertrouwen zou verkeren. Met name niet wanneer hij goederen heeft gekocht die inmiddels in prijs zijn gedaald. Immers bij gebreke van zijn vertrouwen in de geldigheid van de koop zou hij waarschijnlijk in een eerder stadium een andere, wel geldige koopovereenkomst hebben gesloten tegen een hogere prijs. Omgekeerd is er voor de fidens die om niet verkreeg, wel degelijk de mogelijkheid van negatief belang, bijvoorbeeld wanneer er uitgaven zijn gemaakt ten behoeve van het om niet verkregen goed.

Of negatief belang aanwezig is, hangt niet af van

de vraag of er sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel, maar van de vraag of door de fidens op grond van zijn vertrouwen initiatieven zijn ontplooid resp. nagelaten die hij zonder dat vertrouwen zou hebben nagelaten resp. zou hebben ontplooid.

Kan het tweede wellicht worden aanvaard? Is de aanwezigheid van negatief belang bij de fidens een reden om de door een nolens verrichte rechtshandeling niettemin geldig te achten?

De Hoge Raad lijkt deze vraag bevestigend te beantwoorden. Vgl. HR 29-11-1974, *NJ* 1975, 211 (Hensels/Seegers en Musters):

'dat – gelet op het nadeel dat, naar de Firma kon begrijpen, voor Hensels uit het ontslag kon voortvloeien – de Firma hem onder deze omstandigheden alleen dan aan zijn, met zijn werkelijke wil niet overeenstemmende, wilsverklaring mag houden, wanneer zij in gerechtvaardigd vertrouwen op die verklaring en dus op de daardoor bij haar gewekte schijn van ontslagneming iets heeft gedaan waardoor zij bij ongedaanmaking van het ontslag in een ongunstiger toestand zou zijn gekomen dan waarin zij zonder die ontslagneming zou hebben verkeerd.'

De door Hensels in een toestand van geestelijke labiliteit verrichte rechtshandeling (ontslagname) zou *geldig* zijn geweest indien, de overige omstandigheden in aanmerking genomen, de werkgever bij ongedaanmaking van het ontslag in een ongunstiger toestand zou geraten dan waarin hij zonder die (niet gewilde) ontslagneming zou verkeren (negatief belang).

De ongekwalificeerde verheffing van het negatief belang tot geldigheidsvoorwaarde is echter een paardemiddel. Het gaat er niet om *dat* de werkgever, vertrouwend op de geldigheid van het ontslag, maatregelen heeft getroffen die voor hem nadelig uitvallen indien het ontslag ongedaan wordt gemaakt; het gaat erom *wat*, voortbouwend op dat vertrouwen, is geschied. Enerzijds zullen dit maatregelen zijn waarvan de gevolgen op volstrekt bevredigende wijze kunnen worden geredresseerd door schadevergoeding. Het zou toch bepaald te ver gaan, wanneer de werkgever de werknemer ook aan diens ontslagname kan houden indien hij intussen slechts advertentiekosten heeft gemaakt voor een in dienst te nemen vervanger, ook al zou de werknemer vergoeding van die kosten aanbieden. Toch lijkt dit te volgen uit de bovenaangehaalde overwegingen van de Hoge Raad.⁸

Anders wordt het wanneer het maatregelen betreft waarvan de gevolgen minder eenvoudig langs de weg van schadevergoeding kunnen worden rechtgetrokken. Met name is dit het geval wanneer de werkgever inmiddels, ter vervulling van de naar zijn mening vrijgekomen arbeidsplaats,⁹ een arbeidsovereenkomst zou hebben gesloten met een derde. Zou men dan, onder passering van een aanbod tot schadevergoeding, de ontslagname geldig achten, dan steunt deze beslissing niet op de niet nader gekwalificeerde

7. Vgl. HR 11-3-1964, *NJ* 1965, 380.

8. Tot deze laatste conclusie komt ook W. C. L. van der Grinten, *Ars Aequi* XXIV (1975), blz. 418.

9. Vgl. HR 5-12-1975, *R.v.d.W.* 1976, nr. 7.

aanwezigheid van negatief belang, maar op de overweging dat dit strookt met de eisen van een doelmatig verkeer in de geldende arbeidsverhoudingen.

Het is principieel onjuist het negatief belang van een factor die schadevergoeding rechtvaardigt, te laten uitgroeien tot een geldigheidsvoorwaarde voor rechtshandelingen, verricht door iemand die de daaraan verbonden rechtsgevolgen niet werkelijk wil. Positief en negatief belang vormen op zichzelf slechts een reden en een maatstaf voor schadevergoeding. Positief belang heeft de crediteur wiens debiteur tekort schiet in de nakoming van een bestaande, *geldige* verbintenis en die daardoor geraakt in een situatie welke ongunstiger is dan wanneer de tekortkoming achterwege was gebleven en mitsdien de verbintenis naar behoren zou zijn nagekomen. Negatief belang heeft hij bij wie door een ander de *schijn* is gewekt dat een *geldige* verbintenis is tot stand gekomen en die op grond daarvan in een ongunstiger situatie is geraakt dan wanneer die schijn niet zou zijn gewekt. Beiden kunnen eisen financieel te worden gebracht in de situatie waarin zij zouden verkeren indien de gebeurtenis die de ander wordt toegerekend (resp. de wanprestatie en het wekken van schijn), niet had plaatsgevonden. Dit leidt echter tot een in beide gevallen verschillende maatstaf. In het eerste geval is dat de (hypothetische) toestand als ware de verbintenis goed nagekomen. In het tweede geval is dat de (evenzeer hypothetische) toestand waarin de fidens zou verkeren indien hij nimmer op de geldigheid van de verbintenis zou hebben vertrouwd.

Men hoede zich derhalve voor het denkbeeld dat bij het begrip 'negatief belang' het onderscheidend kenmerk is gelegen in de aanwezigheid van een 'ongunstiger toestand'. Daarvan is immers ook steeds sprake bij positief belang. Wat beide begrippen onderscheidt is het moment van vergelijking waaraan moet worden afgemeten of, en in welke mate, een ongunstiger situatie is ingetreden. Bij negatief belang is dit de toestand waarin van het wekken van schijn geen sprake zou zijn geweest en mitsdien evenmin van het vertrouwen in de geldigheid van de verbintenis; bij positief belang is het de toestand waarin de tussen partijen bestaande (geldige) verbintenis niet zou zijn geschonden.

Voor de stelling dat de aanwezigheid van negatief belang een reden vormt voor instandhouding van de rechtshandeling, kan ook geen steun worden ontleend aan de omstandigheid dat schadevergoeding kan plaatsvinden in iedere vorm die door de rechter 'passend' wordt geoordeeld (Vgl. HR 17-11-1967, NJ 1968, 42; Pos/Van den Bosch). Als de rechter de instandhouding van een door een nolens verrichte rechtshandeling 'passend' acht, moet hij dit oordeel doen steunen op overwegingen ontleend aan de eisen van het rechtsverkeer, in ieder geval op andere gronden dan de niet nader gespecificeerde aanwezigheid van negatief belang, omdat, zoals gezien, in dat geval vergoeding in geld veelal bij uitstek 'passend' is.

5. Bevredigender is de rol die aan het negatief belang wordt toegekend in HR 10-2-1967, NJ 1967, 212; De Zaan/Intercoal:

'dat (. . .) 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 recht-hebbende in zijn beroep op dat recht kan beperken.'

De aanwezigheid van negatief belang leidt hier niet tot *geldigheid* van de rechtshandeling (i.c. afstand van recht), maar slechts tot een door de goede trouw geëiste *beperking* van de uitoefening van het recht terzake waarvan de schijn van afstand is gewekt. Het ligt voor de hand dat de fidens de ander niet aardiens (schijn-)afstand mag houden wanneer deze zou aanbieden de schade (het negatief belang) te vergoeden.¹⁰

Intussen moet worden betwijfeld, of zelfs ten aanzien van (schijn-)afstand van recht de Hoge Raad de lijn van het arrest De Zaan/Intercoal wenst voort te zetten. Aanleiding tot deze twijfel vormt het arrest van 27-6-1975, R.v.d.W. 1975, nr. 75 (V.A.N./Popo). Het geschil dat aan deze uitspraak ten grondslag lag, betrof de vraag onder welke omstandigheden de crediteur (Popo) gebonden is aan de door hem gewekte schijn van bekrachtiging van een aan een onbevoegd vertegenwoordiger (Smeehuyzen) gedane betaling (art. 1421 lid 2).

De parallel met De Zaan/Intercoal is gelegen in de omstandigheid dat (schijn-)bekrachtiging een vorm is van (schijn-)afstand van recht.¹¹ Ging het bij de Zaan/Intercoal om de schijn dat afstand was gedaan van het recht op ontslag uit de borgtocht, in het arrest V.A.N./Popo betrof het de schijn dat door bekrachtiging afstand was gedaan van het recht zich op de ongeldigheid van de betaling te beroepen. De Hoge Raad overwoog in dit verband:

'dat de stelling van V.A.N. dat zij, op grond van de terugontvangen kwitantie mocht aannemen dat de betaling aan Smeehuyzen werd goedgekeurd niet tot casuatie kan leiden omdat voor een gebondenheid van Popo uit een aldus opgewekt vertrouwen mede vereist is dat V.A.N. als gevolg van dit vertrouwen iets heeft gedaan of nagelaten waardoor zij in een ongunstiger toestand is gekomen dan zonder de gedraging welke het vertrouwen opwekte, het geval zou zijn geweest.'

Een duidelijke afwijking van de aanpak in De Zaan/Intercoal. Er wordt niet geconstateerd dat *de goede trouw* onder omstandigheden (waaronder een 'ongunstiger toestand' bij V.A.N.) Popo kan beperken in diens recht zich op ongeldigheid van de betaling te beroepen; negatief belang bij V.A.N. wordt hier geproclameerd tot een factor die leidt tot *gebondenheid* van Popo aan de schijn-bekrachtiging en dienovereenkomstig tot *verlies* van het recht zich op de ongeldigheid van de betaling te beroepen in plaats van een beperking van een dergelijk beroep.

Dat deze alles-of-niets-benadering geen verbetering is, wordt duidelijk wanneer men nagaat in welk opzicht V.A.N. ten gevolge van de gewekte schijn van bekrachtiging in een ongunstiger toestand zou kunnen raken. Het ligt voor de hand hierbij te denken

10. Zie voor een krachtig pleidooi ten gunste van deze conclusie Ph. A. N. Houwing, Rechtsverwerking, preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, blz. 62 e.v.

11. Vgl. HR 1-12-1938, NJ 1939, 459; Illustrat./Reinartz.

aan de situatie dat V.A.N., vertrouwend dat Popo akkoord ging met betaling aan Smeehuysen, heeft nagelaten tijdig maatregelen te nemen om het aan de, nadien gefailleerde, onbevoegd vertegenwoordiger uitbetaalde bedrag terug te krijgen of is doorgegaan met betalingen die zij anders had nagelaten.

Gesteld dat V.A.N. aannemelijk kan maken dat, zo zij niet op de schijn van bekrachtiging had vertrouwd, zij in ieder geval de helft van het aan Smeehuysen uitgekeerde bedrag van deze had weten terug te krijgen, terwijl dit thans onmogelijk is, dan is in dat geval duidelijk sprake van negatief belang. Onder de formulering van het arrest V.A.N./Popo zou dit hebben geleid tot gebondenheid van Popo aan de schijnbekrachtiging, d.w.z. de betaling aan Smeehuysen door V.A.N. zou in haar geheel geldig zijn. De formule van het Zaan/Intercoal-arrest biedt daarentegen een bevredigender perspectief: beperking van het recht van Popo betaling te vorderen van V.A.N., in dier voege dat het negatief belang dat uit de gewekte schijn is voortgevloeid met die betalingsverplichting wordt verrekend.

Nu valt te hopen dat deze lezing van het arrest V.A.N./Popo niet strookt met de bedoelingen van de Hoge Raad en dat de afwijking van de Zaan/Intercoal-formule niet het gevolg is van een gewijzigd

standpunt t.a.v. de rol van de goede trouw en het negatief belang bij rechtsschijn, doch uitsluitend is ingegeven door overwegingen van cassatie-economie. In het arrest V.A.N./Popo werd het door V.A.N. ingestelde cassatieberoep verworpen. Het is denkbaar dat de Hoge Raad slechts tot uitdrukking heeft willen brengen dat het standpunt van V.A.N. inhoudende dat zij, ten gevolge van de door Popo gewekte schijn van bekrachtiging, van haar betalingsverplichting was gekwetend, reeds daarom niet tot cassatie kon leiden omdat negatief belang hiervoor een noodzakelijke voorwaarde is en hieromtrent door V.A.N. niets was gesteld. M.a.w. *zonder* negatief belang in ieder geval geen bescherming van het opgewekt vertrouwen, maar dat wil niet zeggen dat opgewekt vertrouwen *met* negatief belang steeds zou leiden tot de *geldigheid* van de door de nolens verrichte rechtshandeling (i.c. afstand van recht). Maar ook dan blijft de optiek van De Zaan/Intercoal de voorkeur genieten: de koppeling van het negatief belang aan de vraag *in hoeverre* de *nolens* zijn rechten, ondanks de door hem gewekte schijn, mag uitoefenen, in plaats van de vraag of de *fidens* zich *al dan niet* op de geldigheid van de rechtshandeling mag beroepen.

(slot volgt)

Overzicht der Nederlandse Rechtspraak

ZAKENRECHT (slot)

Revindicatie van roerende goederen

HR 8 februari 1974, NJ 1974, 309; AA XXIII blz. 523

Toen zijn dochter Cornelia ging trouwen, had vader Teunis, kapper van beroep, zijn bovenwoning aan haar in gebruik gegeven. Deze toestand heeft echter niet langer dan een jaar geduurd; Cornelia ging, na onenigheid met haar vader, met haar man elders wonen. Vóórdat zij het huis verliet, had vader Teunis revindicatoir beslag doen leggen op het meubilair, voor zover van hem afkomstig. In de vanwaardeverklaringsprocedure, welke op dat beslag volgde en waarin door de vader afgifte der in beslag genomen goederen werd geëist, voerde dochter Cornelia het verweer dat zij deze goederen van haar vader cadeau had gekregen, terwijl vader Teunis staande hield, dat hij deze aan zijn dochter slechts in bruikleen had gegeven, zodat hij tot opvordering ervan gerechtigd bleef. Aan wie het gelijk?

Dit is een kwestie van verdeling der bewijslast, waarbij dan overigens valt aan te nemen dat degene aan wie door de rechter het bewijs wordt opgedragen, daarmee tevens de procedure heeft verloren. Wij hebben hier vermoedelijk te maken met een situatie, waarbij reeds toen de meubels werden geplaatst in het gedeelte van het huis, dat dochter mocht bewonen, geenszins duidelijk werd of het vaders bedoeling was dat de dochter de goederen voorgoed mocht houden.

In overeenstemming met de zg. processuele functie van art. 2014 BW stelde de Hoge Raad de dochter in het gelijk. Cornelia was de bezitster van de in beslag genomen goederen. Gezien het feit dat deze zich beriep op bezit en verkrijging krachtens schenking, diende de eiser, vader Teunis, feiten en omstandigheden te stellen en bij tegenspraak te bewijzen waaruit zou moeten voortvloeien dat de beweringen van dochter Cornelia ongedaan waren.

De processuele functie van art. 2014 BW houdt in, dat het artikel een regel van bewijslastverdeling behelst. Deze regel wordt in het artikel gelezen naast de zg. materieelrechtelijke functie, die inhoudt dat het artikel een regel betreffende de eigendomsverkrijging bevat.

In het algemeen geldt, dat bezit een vermoeden van eigendom met zich brengt (artt. 604 en 605 BW). Dit vermoeden van eigendom heeft echter een andere uitwerking gekregen voor bezit van roerend goed dan voor bezit van onroerend goed, zoals met name blijkt in de revindicatieprocedure. Bij revindicatie van *onroerend* goed wordt het vermoeden van eigendom, dat de gedaagde aan het bezit ontleend, ontzenuwd doordat de eiser bewijst, eertijds eigenaar van het goed te zijn geweest. Het is dan aan de gedaagde om te bewijzen dat hij de eigendom van het goed krachtens titel heeft verkregen: hij moet dus met name zijn titel van verkrijging aantonen. Bij revindicatie van *roerend* goed daarentegen brengt het vermoeden van eigendom met zich, dat de gedaagde kan volstaan met een beroep op zijn bezit en de titel, krachtens welke hij het bezit heeft verkregen; de aard en deugdelijkheid van de titel behoeft hij niet te bewijzen. Het is veeleer de eiser, die na dit verweer van de gedaagde bezitter moet aantonen, dat deze het goed als detentor onder zich heeft.

Nu is deze tegenstelling tussen de bewijslevering in de revindicatieprocedure bij onroerend en bij roerend goed in zoverre meer theoretisch dan praktisch, dat bij onroerend goed het bewijs van de titel van verkrijging zelden een probleem zal opleveren, gezien het feit dat het eigendomsrecht van de gedaagde, die stelt krachtens levering eigenaar te zijn geworden, op een transportakte moet berusten. Bij roerend goed is dat daarentegen anders. De eiser vordert de zaak die hij bij de gedaagde aantreft als zijn eigendom op; deze beroept zich er op dat hij de eigendom ervan door levering krachtens een titel van eigendomsverkrijging heeft verworven. Het is