

PLAS/VALBURG EN DE KLASSIEKE TEGENSTELLING TUSSEN RECHTSZEKERHEID EN BILLIJKHEID

Reactie op ‘Plas/Valburg: veel rechtsonzekerheid en ondermaats resultaat in de feitenrechtspraak’

Pieter Wolters*

1 Inleiding

In het januarinummer van dit tijdschrift bespreken Smeehuijzen en Van Oosten de *Plas/Valburg*-doctrine vanuit de tegenstelling tussen rechtszekerheid en billijkheid.¹ Zij komen op basis van de analyse van 141 bodemzaken tot de conclusie dat de voordelen van de doctrine niet opwegen tegen de aantasting van de rechtszekerheid. De mogelijkheid tot vergoeding van het positief contractsbelang op grond van *Plas/Valburg* zou om deze reden moeten worden afgeschaft. In deze reactie betoog ik dat de gepresenteerde argumenten niet duidelijk maken dat er sprake is van een grote aantasting van de rechtszekerheid (§ 3) en de conclusie niet dragen (§ 4). Hiervoor is het echter nodig om nader in te gaan op het begrip rechtszekerheid (§ 2).

In deze reactie betoog ik dat de gepresenteerde argumenten niet duidelijk maken dat er sprake is van een grote aantasting van de rechtszekerheid en de conclusie niet dragen

2 Wat is rechtszekerheid?

Onder de noemer rechtszekerheid vallen twee verschillende algemene belangen (zie kader). Het begrip omvat allereerst de ‘rechtszekerheid in de zin van de rechtsbescherming’. Het recht beschermt de gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van de deelnemers aan het maatschappelijk leven. Het beschermt hen tegen het onfatsoenlijke gedrag van anderen. De rechtszekerheid vereist dat zij moeten kunnen vertrouwen op deze bescherming.

Rechtszekerheid: twee verschillende algemene belangen

- P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972, p. 8;
- A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972, p. 79;
- H. Drion, ‘Het rechtszekerheidsargument’, in: H. Drion e.a., *De hanteerbaarheid van het recht* (Pels Rijcken-bundel, Boekenreeks NJB deel 7), Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 3;
- J.B.M. Vranken, ‘Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht’, in: J.B.M. Vranken, N. Verheij & J. de Hullu, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland* (Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 6-11;
- M.M. Mendel, ‘Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers en wat behoort die rol te zijn?’, in: R.J.O. Klomp e.a., *Het eigen gezicht van het handelsrecht* (Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 2000), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 140-141;
- L.A.D. Keus, ‘Het rechtszekerheidsbeginsel’, *WPNR* (690) 2011, p. 810;
- P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 77), Deventer: Kluwer 2013, p. 252-253.

* Mr.dr. P.T.J. Wolters is docent rechtsgeschiedenis en onderzoeker bij het onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 J.L. Smeehuijzen & M.L. van Oosten, ‘Plas/Valburg: veel rechtsonzekerheid en ondermaats resultaat in de feitenrechtspraak’, *AA* 2015, p. 72-77 (AA20150072); HR 18 juni 1982, ECLI: NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983/723 m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*).

2 Smeehuijzen & Van Oosten 2015, p. 72.

Hiertegenover staat de ‘rechtszekerheid in de zin van de kenbaarheid van het recht’. Zij vereist duidelijkheid over de rechten en plichten van de deelnemers aan het rechtsverkeer. Smeehuijzen en Van Oosten besteden slechts aandacht aan deze vorm van de rechtszekerheid. Deze keuze is verdedigbaar. Zij vloeit voort uit de concentratie op de ‘klassieke tegenstelling tussen rechtszekerheid en billijkheid’.²

De door Smeehuijzen en Van Oosten gegeven invulling van deze ‘rechtszekerheid in de zin van de kenbaarheid van het recht’ is echter moeilijker te

rechtvaardigen. De auteurs stellen dat de rechtszekerheid wordt aangetast als 'de uitkomst van toepassing van een doctrine in een individuele zaak moeilijk te voorspellen is'.³ Zij zoeken de onzekerheid op het niveau van een doctrine. Deze onzekerheid op het niveau van een doctrine dient echter niet gelijk te worden gesteld aan de rechtszekerheid in de zin van de hierboven beschreven 'klassieke' tegenstelling. Die rechtszekerheid vereist duidelijkheid over het bestaan van de rechten en plichten. Zij vereist geen 'dogmatische' duidelijkheid.

De door Smeehuijzen en Van Oosten gegeven invulling van de 'rechtszekerheid in de zin van de kenbaarheid van het recht' is moeilijk te rechtvaardigen

Ik geef een voorbeeld om dit te illustreren. In *Van Hese/Koninklijke Schelde* oordeelde de Hoge Raad dat de redelijkheid en billijkheid, mede geleid op het beginsel van rechtszekerheid dat de termijn beoogt te dienen, slechts in uitzonderlijke gevallen leidt tot het buiten toepassing laten van de dertigjarige verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 2 BW.⁴ Het gaat hier om zekerheid over het bestaan van een opeisbare vordering. Een schuldenaar mag ervan uitgaan dat hij niet wordt aangesproken voor gebeurtenissen die meer dan dertig jaar geleden hebben plaatsgevonden.⁵ Duidelijkheid over de specifieke norm op grond waarvan hij zou worden aangesproken, speelt geen bijzondere rol.

Ook de literatuur over de klassieke tegenstelling is niet beperkt tot onzekerheid op het niveau van een doctrine (zie kader). Verschillende auteurs stellen de billijkheid tegenover duidelijkheid over de bestaande rechten en plichten. Houwing verklaart dat wij 'willen, dat wij te allen tijde terstond kunnen weten, wat onze rechten en verplichtingen zijn'.⁶ Drion legt de nadruk op de 'rechtszekerheid in de zin dat de burger de rechtsgevolgen van zijn handelen of nalaten moet kunnen beoordelen'.⁷ Een partij die de onderhandelingen afbreekt, wil weten of dit tot het rechtsgevolg 'aansprakelijkheid' leidt. Zij zal niet geïnteresseerd zijn in de grondslag van deze aansprakelijkheid. Barendrecht en Mendel stellen ten slotte de rechtspositie van de deelnemers aan het rechtsverkeer centraal. Volgens Barendrecht is het ideaal 'dat een ieder eenvoudig uit wet en jurisprudentie kan afleiden wat zijn rechtspositie is, en dat men zo mogelijk al aan het begin van een procedure kan voorspellen hoe die procedure afloopt'.⁸

Smeehuijzen en Van Oosten plaatsen hun bijdrage in de klassieke tegenstelling tussen rechtszekerheid en billijkheid. Zij beschrijven de rechtszekerheid op een wijze die afwijkt van het begrip in de zin van deze tegenstelling. Het verschil is subtiel

Zie over deze tegenstelling onder andere:

- *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1033 (T.M.);
- *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 57 (*Handelingen II* (2846), Meijers);
- P.A. Stein, 'Over de betekenis van de billijkheid voor het huidige en het toekomstige verbintenissenrecht', *RMThemis* 1969, p. 314;
- Abas 1972, p. 6-9;
- L.D. Pels Rijkken, 'Rechtszekerheid, Assepoester van rechtsvindingstheorieën', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 313;
- C.J.H. Brunner, 'Burgerlijk recht, geschreven en ongeschreven', *WPNR* (5885) 1988, p. 459-460;
- J.B.M. Vranken, "'Nietige overeenkomsten binden tot wat de goede trouw meebrengt' (J.C. van Oven)", *NJB* 1990, p. 489;
- L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 23-25;
- G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën Nieuw BW deel A5), Deventer: Kluwer 1994, p. 69;
- C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm. Een methodologisch onderzoek naar de betekenis van de feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing 1998, p. 5;
- S.D. Lindenbergh, 'Bescherming van de 'zwakkere': regel en uitzondering', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 406;
- G.J. Wiarda/T. Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 77;
- V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 61;
- Asser/Vranken 2005 (*Algemeen deel***), nr. 95,
- J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 2007, p. 89;
- P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 51;
- H.J. Snijders, 'Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992', *AA* 2012, p. 771 (AA20120771).

Geen van deze bronnen beperkt het begrip rechtsonzekerheid tot onzekerheid op het niveau van een doctrine. Zij maken echter ook niet duidelijk dat zij niet tot dit niveau zijn beperkt.

Met andere woorden: de deelnemers aan het rechtsverkeer verlangen duidelijkheid over (bijvoorbeeld) het feit dat zij recht hebben op 100 euro. Zij hebben geen, of slechts een zeer beperkt,⁹ belang bij zekerheid over de grondslag van deze vordering. Onduidelijkheid op het niveau van de doctrine veroorzaakt slechts rechtsonzekerheid als zij leidt tot onduidelijkheid over het bestaan van bepaalde rechten en plichten. Dit is echter, zoals ook blijkt uit het betoog van Smeehuijzen en Van Oosten, niet altijd het geval.¹⁰

Smeehuijzen en Van Oosten plaatsen hun bijdrage in de klassieke tegenstelling tussen rechtszekerheid en billijkheid. Zij beschrijven de rechtszekerheid echter op een wijze die afwijkt van het begrip in de zin van deze tegenstelling. Het verschil is subtiel. Uit de volgende paragraaf blijkt echter dat het leidt tot grote verschillen in de conclusie over de aantasting van deze rechtszekerheid.

3 De argumenten van Smeehuijzen en Van Oosten

In deze paragraaf laat ik zien dat de argumenten van Smeehuijzen en Van Oosten niet leiden tot de conclusie dat de *Plas/Valburg*-doctrine een grote

- 3 Smeehuijzen & Van Oosten 2015, p. 72.
- 4 HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, *NJ* 2000/430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde*).
- 5 Vergelijk ook de overweging 10.6 van de conclusie van advocaat-generaal Spier, ECLI:NL:PHR:2000:AA5635.
- 6 Ph.A.N. Houwing, *Zekerheid omtrent het recht* (diesrede Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1947, p. 13.
- 7 Drion 1981, p. 3.
- 8 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 66. Zie Mendel 2000, p. 140 over het belang van zekerheid over de 'juridische positie'.
- 9 Onzekerheid over de grondslag zou bijvoorbeeld tot ingewikkeldere, en hierdoor duurdere, processen kunnen leiden. Deze conflicten ontstaan echter minder snel als er sprake is van duidelijkheid over het bestaan van de vordering.
- 10 Smeehuijzen & Van Oosten 2015, p. 76-77. Zie ook § 3.3.

aantasting van de rechtszekerheid veroorzaakt. Ik ga achtereenvolgens in op de volgende elementen van hun betoog: de moeilijkheid om het leerstuk aan studenten uit te leggen als manifestatie van rechtsonzekerheid (§ 3.1), de 'povere' score van de doctrine in de feitenrechtspraak (§ 3.2) en de alternatieve leerstukken (§ 3.3).

Ik laat zien dat de argumenten van Smeehuijzen en Van Oosten niet leiden tot de conclusie dat de *Plas/Valburg*-doctrine een grote aantasting van de rechtszekerheid veroorzaakt

3.1 De moeilijkheid om het leerstuk aan studenten uit te leggen als manifestatie van rechtsonzekerheid Smeehuijzen en Van Oosten beschouwen de moeilijkheid/onmogelijkheid om het leerstuk aan studenten uit te leggen als een manifestatie van rechtsonzekerheid. Hun stelling dat de doctrine tot veel onzekerheid leidt, is voornamelijk gebaseerd op deze moeilijkheid.¹¹

De doctrine is inderdaad niet eenvoudig. Smeehuijzen en Van Oosten stellen dat haar verhouding met andere leerstukken troebel is.¹² De complexiteit blijkt daarnaast uit de discussie over de grondslag van de vordering tot schadevergoeding.¹³ Deze onzekerheid op het niveau van een doctrine is echter niet gelijk te stellen met rechtsonzekerheid over de rechten en plichten. Het maakt een schuldeiser niet uit of zijn vordering gebaseerd is op een overeenkomst, op een onrechtmatige daad of direct op de redelijkheid en billijkheid.¹⁴ Hij wil alleen maar weten of hij recht heeft op een schadevergoeding.

Het betoog van Smeehuijzen en Van Oosten getuigt van een opvallende visie op de verhouding tussen de rechtenstudie, de wetenschap en de praktijk

Het betoog van Smeehuijzen en Van Oosten getuigt daarnaast van een opvallende visie op de verhouding tussen de rechtenstudie, de wetenschap en de praktijk. Tussen de rechtenstudie, wetenschap en de praktijk bestaat een grotere wisselwerking dan tussen (bijvoorbeeld) de studie geschiedenis en de feitelijke geschiedenis. Het positieve recht is door mensen gemaakt en kan worden aangepast aan de inzichten van de wetenschap.¹⁵ Duidelijk recht heeft voordelen. Dit betekent echter niet dat de praktijk een doctrine moet afschaffen omdat het leerstuk moeilijk is uit te leggen aan studenten. De eerste taak van de rechtenstudie blijft de doorgronding van het geldende recht.¹⁶ De rechtenstudie dient zich aan te passen aan de praktijk, niet omgekeerd.

3.2 De 'povere' score in de feitenrechtspraak Smeehuijzen en Van Oosten bepalen het 'billijkheidspotentieel' van de *Plas/Valburg*-doctrine door informatie te verzamelen over de toepassing van de doctrine in de feitenrechtspraak. De rechter wees de vordering tot vergoeding van het positieve contractsbelang slechts toe in 15 van de geselecteerde 141 bodemzaken. De auteurs concluderen mede op basis van deze 'povere' score dat de billijkheidsopbrengst van de doctrine beperkt is.¹⁷

De vergoeding van het positieve contractsbelang speelt in kwantitatieve zin geen grote rol. Deze beperkte rol heeft echter niet alleen invloed op de billijkheidsopbrengst. Zij heeft ook invloed op de omvang van de aantasting van de rechtszekerheid. Juist het feit dat de vergoeding van het positieve contractsbelang slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde is, brengt met zich dat het met de inbreuk op de rechtszekerheid wel mee valt. Tegenover de beperkte billijkheidsopbrengst staat dus een beperkte aantasting van de rechtszekerheid.

De score van 15 toegewezen vorderingen is, zoals de auteurs stellen, verre van indrukwekkend.¹⁸ De analyse van de feitenrechtspraak suggereert dat het leerstuk slechts een beperkte rol speelt in de rechtspraktijk. De cijfers leiden echter niet noodzakelijk tot de conclusie dat het leerstuk slecht functioneert. Billijkheidsoplossingen bieden een uitkomst in atypische gevallen waarin het wettelijke systeem niet leidt tot een rechtvaardige oplossing.¹⁹ De beperking van de doctrine tot uitzonderlijke gevallen past bij deze rol. De 'povere' score is net zo goed een aanwijzing dat de wet, en de alternatieve leerstukken, goed functioneren als dat de *Plas/Valburg*-doctrine slecht presteert.

De 'povere' score is net zo goed een aanwijzing dat de wet, en de alternatieve leerstukken, goed functioneren als dat de *Plas/Valburg*-doctrine slecht presteert

3.3 Alternatieve leerstukken

Smeehuijzen en Van Oosten betogen dat het aanmerkelijk is dat de rechter in een aantal van de 15 toegewezen vergoedingen van het positieve contractsbelang ook een ander leerstuk had kunnen aanwenden. De billijkheidsopbrengst van de doctrine is daarom nog beperkter dan blijkt uit de in paragraaf 3.2 besproken 'povere' score.²⁰

De alternatieven hebben echter ook invloed op de aantasting van de rechtszekerheid. Indien de schuldeiser zijn vordering ook zou kunnen baseren op de totstandkoming van de overeenkomst, de uitleg van de intentieovereenkomst en andere partijbedingen of onrechtmatige daad, dan leidt eventuele onduidelijkheid over de toepassing van *Plas/Valburg* niet tot rechtsonzekerheid. De schuldeiser weet op grond van de alternatieve leerstukken immers alsnog waar hij recht op heeft. Hier komt het verschil tussen rechtsonzekerheid op het niveau van een doctrine en rechtsonzekerheid in de zin van de klassieke tegenstelling opnieuw tot uiting. Onduidelijkheid

11 Smeehuijzen & Van Oosten 2015, p. 73 en 77.

12 Smeehuijzen & Van Oosten 2015, p. 75.

13 Zie bijvoorbeeld H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw en J.E.Th. Deelen, I.P.R. en de afgebroken onderhandelingen* (Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus', reeks Handelsrecht deel 18), Deventer: Kluwer 1984, p. 61-86; M.R. Ruygvoorn, 'De vordering tot dooronderhandelen nader belicht', AA 2012, p. 614 (AA20120613); Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 201-202.

14 Zie over het belang van de grondslag ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 203.

15 Zie over het gezag van de wetenschap Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel*), p. 93-97.

16 Of: studenten trainen in het doorgronden van het geldende recht.

17 Smeehuijzen & Van Oosten 2015, p. 76-77.

18 Smeehuijzen & Van Oosten 2015, p. 76.

19 Barendrecht 1992, p. 7-9 en 24; M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 39; Memelink 2009, p. 51.

20 Smeehuijzen & Van Oosten 2015, p. 76-77.

over de grondslag van een vordering zorgt niet voor rechtsonzekerheid zolang het maar duidelijk is dat de vordering bestaat.

Het bestaan van andere leerstukken die voor hetzelfde resultaat zorgen, leidt bovendien niet noodzakelijk tot een afname van de billijkheidsopbrengst van de *Plas/Valburg*-doctrine. Uit het bestaan van de andere mogelijkheden blijkt immers niet noodzakelijk dat deze alternatieven ook duidelijker zijn. Juist de omstandigheid dat de procespartijen hun vordering ondanks de alternatieven baseren op de *Plas/Valburg*-doctrine, suggereert dat het leerstuk voorziet in een behoefte.

Juist de omstandigheid dat de procespartijen hun vordering ondanks de alternatieven baseren op de *Plas/Valburg*-doctrine, suggereert dat het leerstuk voorziet in een behoefte

4 Conclusie

Het begrip rechtszekerheid laat zich op verschillende wijzen definiëren. De door Smeehuijzen en Van Oosten gegeven omschrijving wijkt slechts op een subtiele wijze af van het begrip in de zin van de klassieke tegenstelling tussen de rechtszekerheid en de billijkheid (§ 2). Dit kleine verschil in het uitgangspunt leidt echter tot grote verschillen in de conclusie. De moeilijkheid/onmogelijkheid om de doctrine

aan studenten uit te leggen en de afbakening ten opzichte van de alternatieve leerstukken leiden tot onduidelijkheid op het niveau van de doctrine. In deze reactie heb ik echter laten zien dat zij niet noodzakelijk zorgen voor onzekerheid over het bestaan van de rechten en plichten. Zij hoeven dus niet te leiden tot rechtsonzekerheid in de zin van de klassieke tegenstelling (de §§ 3.1 en 3.3). Ook de 'povere' score in de feitenrechtspraak suggereert dat de *Plas/Valburg*-doctrine slechts zorgt voor een beperkte aantasting van de rechtszekerheid (§ 3.2).

De gepresenteerde cijfers en argumenten leiden niet tot de conclusie dat er sprake is van een grote aantasting van de rechtszekerheid in de zin van de klassieke tegenstelling

De door Smeehuijzen en Van Oosten uitgevoerde analyse van de feitenrechtspraak is waardevol omdat zij inzicht geeft in de rol van de *Plas/Valburg*-doctrine in de rechtspraak. De auteurs maken bovendien duidelijk dat de doctrine wordt geplaagd door een onduidelijke verhouding tot andere leerstukken. De gepresenteerde cijfers en argumenten leiden echter niet tot de conclusie dat er sprake is van een grote aantasting van de rechtszekerheid in de zin van de klassieke tegenstelling. Zij kunnen de vergaande conclusie dat de mogelijkheid tot vergoeding van het positief contractbelang moet worden afgeschaft daarom niet dragen.

Reactie en nawoord

arsaequi.nl/maandblad AA20150478

Naschrift bij bovenstaande reactie

Lodewijk Smeehuijzen & Meelf van Oosten*

Als de uitkomst van toepassing van een doctrine in een individuele zaak moeilijk te voorspellen is, tast dat de rechtszekerheid in de zin van de kenbaarheid van het recht aan. Dat rechtszekerheidsnadeel kunnen we op de koop toenemen als het leerstuk een grote 'billijkheidsopbrengst' heeft; als het de rechter in staat stelt een hogere mate van *Individualgerechtigheit* te bereiken dan hij zonder de doctrine had gekund. Zo is het, bijvoorbeeld, met de beperkende en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid: betrekkelijk veel rechtsonzekerheid, maar een frequent gebruikte mogelijkheid om het rechterlijk oordeel op maat

te snijden. Naarmate echter die billijkheidsopbrengst minder indruk maakt, verandert de balans en kan er een moment komen waarop men moet constateren dat een leerstuk op het terrein van de billijkheid onvoldoende presteert om het in de lucht te houden.

In ons stuk '*Plas/Valburg*: veel rechtsonzekerheid en ondermaats resultaat in de feitenrechtspraak' betogen wij dat de weging van rechtszekerheidsnadelen en billijkheidsvoordelen in het nadeel van *Plas/Valburg* uitvalt.¹ Wij illustreren de rechtsonzekerheid van de regel aan de hand van de moeilijkheid het leerstuk aan studenten uit te leggen; wij illus-

* Prof. mr. J.L. Smeehuijzen is hoogleraar Privaatrecht aan de VU en M.L. van Oosten is advocaat te Amsterdam.

¹ J.L. Smeehuijzen & M.L. van Oosten, '*Plas/Valburg*: veel rechtsonzekerheid en ondermaats resultaat in de feitenrechtspraak', AA 2015, p. 72-77 (AA20150072).

teren de povere billijkheidsopbrengst aan de hand van jurisprudentieonderzoek waaruit blijkt dat een vordering gebaseerd op *Plas/Valburg* zeer zelden wordt toegewezen. In zijn reactie formuleert Wolters op beide vlakken een bezwaar.

Als de uitkomst van toepassing van een doctrine in een individuele zaak moeilijk te voorspellen is, tast dat de rechtszekerheid in de zin van de kenbaarheid van het recht aan

Wat betreft het eerste punt, de rechtsonzekerheid, meent Wolters dat wij, kort gezegd, te vrij zijn geweest met het begrip rechtsonzekerheid, omdat het type onzekerheid waar wij op duiden ziet op *het niveau van de doctrine* terwijl rechtsonzekerheid in klassieke zin gaat over het bestaan van rechtsonzekerheid *over de rechten en plichten* van individuele partijen. Dat een leerstuk niet aan studenten valt uit te leggen, wil dus niet zeggen dat het leerstuk rechtsonzekerheid in de klassieke zin veroorzaakt. Over die bedenking het volgende.

Stel: ik ben advocaat en mijn cliënt heeft de onderhandelingen met de wederpartij afgebroken. De wederpartij stelt primair dat een overeenkomst tot stand is gekomen en subsidiair, met een beroep op *Plas/Valburg*, dat de wederpartij schadelijkt is. Ik ontwikkel een opvatting over de eerste grondslag. Maar nu de subsidiaire grondslag. In hoeverre de rechter hier andere feiten weegt, aan die feiten ander gewicht toekent, in hoeverre hier überhaupt een andere maatstaf geldt, heb ik eigenlijk nooit helemaal kunnen begrijpen. Zou deze verwarring gevolg hebben voor de stelligheid waarmee ik voor mijn cliënt de uitkomst van de procedure kan voorspellen? Toch wel: ik begrijp niet precies wat de rechter hier gaat doen en de uitkomst van een toets die ik niet begrijp, kan ik niet voorspellen.

Wolters heeft natuurlijk gelijk waar hij zegt dat onzekerheid op het niveau van de doctrine niet altijd impliceert dat de justitiabelen over hun positie in het duister tasten. Als voorbeeld kan dienen de vraag naar de grondslag van de vordering tegen een arts na een kunstfout: ageert men op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie? Daarover heeft in de doctrine onduidelijkheid bestaan. Die onduidelijkheid tastte de rechtszekerheidspositie van partijen niet aan, omdat het in praktische zin eigenlijk niet uitmaakt of men op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad ageert: de beoordelingsmaatstaf is hetzelfde². Dat is dan wat we een academische kwestie noemen: er zijn geen praktische implicaties.

Maar het debat over *Plas/Valburg* is geen academische kwestie. Het betreft een leerstuk dat de pretentie heeft van materiële betekenis te zijn; een recht op schadevergoeding te bieden waar andere leerstukken dat niet doen. Onzekerheid op het niveau van de doctrine impliceert dan onzekerheid in de praktijk.

Het debat over *Plas/Valburg* is geen academische kwestie. Het betreft een leerstuk dat de pretentie heeft van materiële betekenis te zijn

Het tweede punt. Een leerstuk dat zoveel onduidelijkheid geeft als *Plas/Valburg*, zou toch bestaansrecht kunnen hebben als het een hoge mate van *Individual-gerechtigheid* zou bieden. Dat blijkt, zoals ons onderzoek laat zien, *Plas/Valburg* niet te doen: wij hebben maar 15 toegewezen vorderingen gevonden en het ziet er bovendien naar uit dat er in het grootste deel (allemaal?) van die gevallen alternatieve wettelijke routes bestonden die de billijke oplossing ook konden herbergen. Het leerstuk heeft dus in praktische zin nauwelijks of geen nut.

Wolters lijkt het om te draaien: 'De "povere" score is net zo goed een aanwijzing dat de wet, en de alternatieve leerstukken goed functioneren als dat de *Plas/Valburg*-doctrine slecht presteert.' Deze redenering kunnen wij niet goed volgen. Inderdaad functioneren de wet en de alternatieve leerstukken goed. Precies om die reden is het niet nodig *Plas/Valburg* daar nog aan toe te voegen.

Wolters schrijft voorts: 'Juist de omstandigheid dat de procespartijen hun vordering ondanks de alternatieven baseren op de *Plas/Valburg*-doctrine, suggereert dat het leerstuk voorziet in een behoefte.' Zo werkt het procesrechtelijke denken van partijen niet. De behoefte aan grondslagen van de eisende partij is oneindig. De cliënt vindt dat de onderhandelingen ten onrechte zijn afgebroken en wil daar juridisch gevolg aan verbinden. Zijn advocaat gaat op zoek naar grondslagen. Alle grondslagen die hij kan bedenken voert hij aan. Niet de mate waarin partijen een grondslag aanvoeren is maatgevend voor de billijkheidsprestaties van een leerstuk, maar de mate waarin de rechter vorderingen op die grondslag toewijst.

Waarschijnlijk geldt voor geen leerstuk dat er meer wetenschappelijke beschouwingen aan zijn gewijd dan er toegewezen vorderingen op zijn gebaseerd – behalve voor *Plas/Valburg*. Ook wij hebben daar nu helaas weer aan bijgedragen

Waarschijnlijk geldt voor geen leerstuk dat er meer wetenschappelijke beschouwingen aan zijn gewijd dan er toegewezen vorderingen op zijn gebaseerd – behalve voor *Plas/Valburg*. Ook wij hebben daar nu helaas weer aan bijgedragen. Dat de Hoge Raad er maar snel een eind aan moge maken.

2 Steeds: 'de redelijk handelend beroepsbeoefenaar'.