

# De subjectiviteit van de wil en het vertrouwen

L. Reurich\*

## I. INLEIDING

Op triviale wijze heeft de wetgever in art. 3:33 en 3:35 BW de subjectieve wils-vertrouwensleer neergelegd: een aantal werkbare criteria geeft antwoord op uitsluitend concrete vragen.<sup>1</sup> Het zijn primair de *geopenbaarde wil* (3:33) en subsidiair het *gerechtvaardigd vertrouwen* (3:35) die bepalen wanneer een rechtshandeling tot stand komt en de juridische gebondenheid intreedt. Deze criteria hangen echter direct samen met de rechtvaardiging van die gebondenheid.<sup>2</sup> Op dit diepere niveau spelen opnieuw de wil en het vertrouwen een belangrijke rol. Nieuwenhuis spreekt in dit verband van het autonomie- en vertrouwensbeginsel, waarbij de term beginsel gebruikt wordt in de betekenis van rechtvaardiging.<sup>3</sup>

Hier dreigt een terminologische verwarring. Het is namelijk gangbaar art. 3:35 op zichzelf eveneens het vertrouwensbeginsel te noemen.<sup>4</sup> De term beginsel wordt dan gebruikt in de globale betekenis van 'eenvoudige eigenschap'.<sup>5</sup> Men treft het vooral aan in titels

\* Mr. L. Reurich is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. Parlementaire Geschiedenis Boek 3, blz. 169.
2. Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, blz. 14.
3. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979, blz. 5-6. Ik zal mij in dit betoog beperken tot deze twee beginselen in verband met art. 3:33 en 3:35. Aan het *causa*-beginsel besteed ik geen aandacht.
4. Bijv. A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijke wetboek*, Deventer 1990, blz. 59; T&C (Hijma), aant. 3 bij art. 33 Boek 3.
5. Van Dale, *Groot woordenboek der Nederlandse taal*, 12e uitgave 1992; J.H. Nieuwenhuis t.a.p.

van wetenschappelijke werken die eenvoudige, basale kenmerken van een bepaald vakgebied beschrijven. Zo zijn er beginselen van het Sanskrit en beginselen van de archeologie<sup>6</sup>. Maar er zijn ook beginselen van vermogensrecht. Het vertrouwensbeginsel is er één van. Het vertrouwen duikt als een 'eenvoudige eigenschap' op in allerlei bepalingen van het vermogensrecht. Evenzo zou art. 3:33 het autonomiebeginsel kunnen worden genoemd, zij het dat haar spreiding beperkt blijft tot dit artikel en de analoge toepassing op grond van art. 3:59. Het beginsel in deze 'oppervlakkige' betekenis van eenvoudige eigenschap van het vermogensrecht noem ik een horizontaal beginsel. Het komt vooral ter sprake in verband met haar toepassingsgebied, ofwel de horizontale spreiding. Het dieperliggende beginsel dat de juridische gebondenheid rechtvaardigt, en deze als een pijler ondersteunt, noem ik een verticaal beginsel. Hierbij gaat het om de vraag of het beginsel de juridische gebondenheid kan legitimeren.

In de twee typen beginselen spelen de wil en het vertrouwen een belangrijke rol. Dit werpt de vraag op hoe deze begrippen moeten worden opgevat en met name welke betekenis toekomt aan het subjectieve element dat inherent is aan beide begrippen. Deze vraag staat in dit betoeg centraal.

De aandacht gaat vooral uit naar de bespreking van het horizontale autonomie- en vertrouwensbeginsel. Na een korte, algemene schets wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de subjectieve wil en het subjectieve vertrouwen daadwerkelijk een rol spelen bij de totstandkoming van een rechtshandeling. Tot slot komt kort aan de orde de betekenis van het subjectieve element op het diepere niveau van rechtvaardiging van de juridische gebondenheid, dus op het niveau van de verticale beginselen.

## II. HET AUTONOMIEBEGINSEL

Ieder mens is vrij naar eigen keuze rechtsbetrekkingen aan te gaan. Het beginsel dat deze vrijheid vooropstelt — het autonomiebeginsel — heeft een passieve en een actieve zijde.<sup>7</sup> De *passieve* zijde bestaat

6. A. Scharpbe, *Beginselen van het Sanskrit*, Gent 1970; F. Deschoemaeker, *Beginselen van archeologie*, Amsterdam 1990.

7. Dit onderscheid is verwant aan de scheiding tussen negatieve en positieve vrijheid, zie Isaiah Berlin, *Four essays on Liberty*, Oxford, 1969, blz. 121 e.v.

uit de vrijheid *van* bemoeienis van anderen. Deze ‘vrijheid van’ garandeert een onaantastbare, vrije sfeer van het individu. In de literatuur over de juridische gebondenheid blijft deze zijde nogal onderbelicht. Geheel ten onrechte, omdat zij de noodzakelijke voorwaarde is voor de veel meer besproken *actieve* zijde van de autonomie: de vrijheid *om* rechtsbetrekkingen aan te gaan. Deze ‘vrijheid om’ wordt door de wetgever in art. 3:33 BW erkend door aan de (geopenbaarde) individuele wil rechtsgevolgen te verbinden.

Hoewel de subjectieve, interne wil de kern vormt van (de actieve zijde van) het autonomiebeginsel, zoekt men vergeefs naar een inhoudelijke bepaling daarvan. De verdedigers van het beginsel volstaan met de moeiteloze vaststelling dat het privaatrecht en zelfs de gehele westerse samenleving het beginsel veronderstelt.<sup>8</sup> Enig begrip voor deze weinig inhoudelijke behandeling kan wel worden opgebracht, want de menselijke wil heeft met een hardnekkig probleem te kampen. Dit probleem bestaat hierin dat voor de mens zelf, in de eerste persoon enkelvoud, de wil een zekere vanzelfsprekendheid heeft, die echter geheel verloren gaat als een extern standpunt wordt ingenomen. Vanuit dat standpunt is de wil, die intern en subjectief is, immers niet kenbaar. Ze bezwijkt dan onmiddellijk, zonder dat ook maar enigzins duidelijk is wát er nu eigenlijk bezwijkt. In een tamelijk recent boek van de filosoof T. Nagel, waarin de kwestie van de menselijke wil en het interne perspectief aan de orde komt — met de treffende titel ‘The view from nowhere’ — wordt het probleem als volgt samengevat:

‘The difficulty (...) is that while we can easily evoke disturbing effects by taking up an external view of our own actions and the actions of others, it is impossible to give a coherent account of the internal view of action which is under threat.’<sup>9</sup>

Nagel voegt hieraan toe dat voor dit probleem (nog) geen oplossing bestaat. Vooralsnog is een objectieve, inhoudelijke bepaling van de menselijke wil niet mogelijk.

Het vooropstellen van de wil lijkt hiermee een sprong in het duister. Toch doet het ontbreken van een inhoudelijke bepaling zich niet zo sterk voelen, omdat de wil in positieve zin vrijwel nooit ter

8. B.W.M. Nieskens-Ispording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg 1991, blz. 9; aldaar meer literatuur.

9. T. Nagel, *The view from nowhere*, Oxford University Press 1986, blz 112-113.

sprake komt. Als iemand een vaas omgooit zal hij aannemelijk maken dat hij dit *niet* heeft gewild. Slaagt hij hierin, dan is hij verontschuldigd; slaagt hij niet, dan wordt hem het omgooien toegerekend. In het dagelijkse taalgebruik komt de wil slechts aan de orde in deze negatieve, verontschuldigende, zin.<sup>10</sup> Het recht sluit aan bij dit dagelijks taalgebruik. Niet de aanwezigheid, maar de afwezigheid van een met de verklaring overeenstemmende wil moet door de handelende persoon worden gesteld en bewezen.<sup>11</sup> Met andere woorden, de vraag of al dan niet een wil aanwezig is lost zich op in de vraag of het bewijs van de afwezigheid van de wil al dan niet slaagt. Om dit bewijs te kunnen leveren wordt het niet-willen enigszins geobjectiveerd.

Door deze bewijslastverdeling rond art. 3:33 wordt de vraag naar de daadwerkelijke aanwezigheid van de wil omzeild. Zij kan in de gevallen waarin een verklaring voorligt en niemand een geslaagd beroep doet op het ontbreken van de wil, eenvoudig worden verondersteld. Het autonomiebeginsel, zoals het is neergelegd in art. 3:33, is niet meer dan deze veronderstelling dat verklaringen en gedragingen van mensen, behoudens uitzonderingen, worden gedekt door een daarmee overeenstemmende wil. Een inhoudelijke bepaling van (de actieve zijde van) het beginsel is niet mogelijk en voor de toepassing van art. 3:33 ook niet nodig. Dit brengt tevens met zich mee dat het interne en subjectieve van de menselijke wil bij de toepassing van art. 3:33 wel in naam maar niet daadwerkelijk een rol speelt. Men kan immers volstaan met een veronderstelling, zonder dat duidelijk is wat er onder die veronderstelling schuilgaat.

### III. HET VERTROUWENSBEGINSEL

Op het eerste gezicht lijkt het vertrouwen, evenals de wil, een subjectief begrip. Ditmaal staat niet het interne perspectief van de volens<sup>12</sup>, maar dat van de fidens centraal. Toch is vertrouwen meer dan een interne aangelegenheid. Het vertrouwen van de één is immers altijd gericht op, en ook vaak gewekt door, een ander.

10. G. Ryle, *The concept of Mind*, Hutchinson 1949, blz. 68.

11. T&C (Hijma), aant. 3 bij art. 33 Boek 3.

12. De volens is degene die een bepaald rechtsgevolg wil. Dat deze term — in tegenstelling tot de term 'nolens' — in de juridische literatuur niet gebruikt wordt, bevestigt het in par. II betoogde dat de wil in positieve zin vrijwel nooit ter sprake komt.

Hierdoor bezit het vertrouwensbeginsel een *communicatief* karakter. Duidelijk komt dit naar voren in de neutrale, door art. 3:35 geïnspireerde, formule van de Hoge Raad uit het Misverstand-arrest<sup>13</sup>:

‘Het antwoord op de vraag of al dan niet een overeenkomst is tot stand gekomen, hangt in beginsel af van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen (...) hebben afgeleid.’

Het vertrouwensbeginsel dat in deze formule ligt vervat, is, door zijn ruimheid, niet alleen een beginsel in het vermogensrecht, maar van menselijk samenleven in het algemeen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat deze formule tevens wordt gebruikt bij de bestudering van de samenleving, en wel door een sociologische stroming die het symbolisch-interactionisme wordt genoemd.<sup>14</sup> *Interactionisme*, omdat het in de sociale werkelijkheid gaat om verklaringen en gedragingen over en weer. *Symbolisch*, omdat het gaat om de betekenis die aan deze verklaringen en gedragingen wordt toegekend. De treffende gelijkenis in formulering onderstreept dat het bereik van het vertrouwensbeginsel niet beperkt is tot het juridische.

Desondanks valt het vertrouwen als sociaal verschijnsel niet samen met het rechtens relevante vertrouwen. In de juridische context is het vertrouwen op een eigen wijze vorm gegeven, met name door de toevoeging van een objectiverend element. De volledige formule van de Hoge Raad luidt immers als volgt:

‘Het antwoord op de vraag of al dan niet een overeenkomst is tot stand gekomen, hangt in beginsel af van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, *overeenkomstig de zin die daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht worden toegekend*, hebben afgeleid.’<sup>15</sup>

De in het cursieve gedeelte neergelegde objectivering houdt in dat het (subjectieve) vertrouwen door objectieve omstandigheden moet worden gerechtvaardigd. Het rechtens relevante vertrouwen is altijd gerechtvaardigd vertrouwen. Dit gerechtvaardigd vertrouwen heeft zich deze eeuw sterk ontwikkeld, waarbij, voorzover relevant voor

13. HR 17 december 1976, NJ 1977, 241.

14. H. Blumer, ‘Society as Symbolic Interaction’ in: Symbolic Interaction, a reader in social psychology, Boston 1967, blz. 145-154.

15. HR 17 december 1976, NJ 1977, 241.

dit betoog, twee aspecten opvallen. Dit zijn de objectivering en de dynamisering.

Met het eerste aspect doel ik op het terugtreden van het subjectieve element. Dit subjectieve element is onder het oude BW — mede ter onderscheiding van de goede trouw van art. 1374 lid 3 BW (oud) — sterk op de voorgrond geplaatst. Meijers spreekt van ‘de goede trouw in den zin van een bepaalde geestestoestand’<sup>16</sup>; ook Van der Heijden plaatst het vertrouwen in het bewustzijn van de fidens<sup>17</sup>; tientallen jaren later spreekt Van Schilfgaarde van een subjectieve gezindheid<sup>18</sup>. Uitgangspunt is steeds het (subjectieve) vertrouwen van de fidens dat echter vervolgens dient te worden getoetst aan de (objectieve) omstandigheden van het geval. Vertrouwen is pas gerechtvaardigd als objectieve omstandigheden deze rechtvaardiging kunnen dragen. Deze ‘tweetraps’-benadering is ook in het huidige BW gehandhaafd. Er komt weliswaar veel betekenis toe aan de objectivering — de Parlementaire Geschiedenis spreekt van geobjectiveerde goede trouw<sup>19</sup> — maar de objectivering betreft het subjectieve vertrouwen, dat dus het uitgangspunt blijft vormen.

Zoals hierboven is gebleken bestaat ook het door art. 3:35 geïnspireerde criterium uit het Misverstand-arrest uit een subjectief element en een objectivering. Spoedig wordt het criterium echter toegepast zonder het subjectieve element uitdrukkelijk te noemen. In het Kribbebijter-arrest<sup>20</sup> komt het nog expliciet naar voren, maar sinds het Haviltex-arrest lijkt het door de objectivering op de achtergrond te zijn gedrongen.<sup>21</sup> Betekent dit nu dat het subjectieve element — de persoonlijke verwachtingen en opvattingen van betrokkenen — geen rol meer speelt? Deze vraag was de inzet van de procedure bij de Hoge Raad van 21 september 1990, NJ 1991, 4 (Van der Werff/APF).

16. Meijers in zijn noot onder HR 27 mei 1927, NJ 1927, 1293.

17. Van der Heijden, De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis, RM 1928, blz. 33-34.

18. P. van Schilfgaarde, ‘Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten’ in: Goed en Trouw, opstellen aangeboden aan Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1984, blz. 58.

19. Parlementaire Geschiedenis Boek 3, blz. 106.

20. HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521.

21. HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125; HR 23 september 1988, NJ 1989, 35; HR 18 november 1983, NJ 1984, 272; HR 22 april 1988, NJ 1988, 745; HR 11 november 1988, NJ 1990, 440.

Het geschil dat partijen verdeeld hield spitste zich in hoger beroep toe op de vraag of bij de uitleg van een overeenkomst tot het verrichten van enige diensten, gewicht toekomt aan het opgewekte vertrouwen — door het hof omschreven als de ‘persoonlijke verwachting’ van een der partijen. Het oordeel van het hof luidt ontkennend. In het cassatiemiddel wordt tegen dit oordeel aangevoerd, daarin gesteund door A-G Strikwerda, dat het hof, door deze ‘persoonlijke verwachting’ van een der partijen terzijde te schuiven, het Haviltex-criterium heeft miskend. Het middel faalt. De Hoge Raad is van oordeel dat het Haviltex-criterium niet op onbegrijpelijke wijze is toegepast; hij voegt hieraan toe dat het hof de ‘persoonlijke verwachting’ kennelijk te weinig concreet heeft geacht. Kortom, het subjectieve element is niet een noodzakelijk onderdeel van het Haviltex-criterium, maar slechts een omstandigheid die bij toepassing van het criterium eventueel meeweegt.

In dit arrest heeft de Hoge Raad, in navolging van het hof, slechts oog voor de objectieve zijde van de vertrouwensbescherming. Kennelijk gaat hij ervan uit dat het subjectieve element in de objectieve formule van het Haviltex-arrest besloten ligt en kan het ontbreken van een uitdrukkelijke toetsing van de persoonlijke verwachtingen van partijen niet tot cassatie leiden. Daarmee lijkt het subjectieve element — ooit uitgangspunt van het vertrouwensbeginsel — van het toneel te zijn verdwenen.

Met het tweede aspect, de dynamisering, doel ik op de opkomst en bloei van de onderzoeksplicht. Niet iedereen is altijd even sterk doordrongen van de strekking en draagwijdte van zijn verklaringen. De ontvanger van een verklaring dient alert te zijn op dergelijke onvolkomenheden. Hij zal daarom, naar gelang van omstandigheden, enig onderzoek dienen te verrichten om er zeker van te zijn dat de ander bedoelt wat hij verklaart. Laat hij dit achterwege, dan kan geen sprake zijn van gerechtvaardigd vertrouwen. Deze onderzoeksplicht is moeilijk te verenigen met de bovengenoemde ‘tweetraps’-benadering. Immers, niet het vertrouwen maar de twijfel vormt het uitgangspunt. Het subjectieve vertrouwen is hooguit het resultaat van verricht onderzoek, zonder dat er verder betekenis aan toekomt.

Uit de bespreking van beide aspecten komt hetzelfde beeld naar voren: het subjectieve element — eens het kenmerk van het vertrouwensbeginsel in het vermogensrecht — is sterk op de achtergrond geraakt. Het gerechtvaardigd vertrouwen wordt vrijwel geheel

beheerst door de objectivering. Uit deze ontwikkeling leidt ik af dat er een meer *instrumenteel* gebruik wordt gemaakt van het vertrouwensbeginsel: het is een effectief middel om tot de gewenste objectivering te geraken. De aandacht gevestigd op de steeds wisselende omstandigheden van het geval, kan worden uitgemaakt of er een onderzoeks- of mededelingsplicht bestaat, en of deze omstandigheden het totstandkomen van een rechtshandeling kunnen rechtvaardigen.

Overigens is het vertrouwensbeginsel in het vermogensrecht altijd al een tamelijk instrumenteel gebruik ten deel gevallen. Men beschermdde het vertrouwen immers niet omwille van zichzelf, maar ten behoeve van de rechtszekerheid. Door het op de achtergrond raken van het subjectieve element komt het vertrouwensbeginsel nog meer van zijn wortels los. Tevens brengt dit met zich mee dat het beginsel zich niet langer kenmerkt door één bepaalde inherente eigenschap. Zij verstroot zich over de steeds wisselende omstandigheden van het geval.

#### IV. BEGINSELEN ALS RECHTVAARDIGING

De bespreking van het horizontale autonomie- en vertrouwensbeginsel laat zich als volgt samenvatten. Het subjectieve element van zowel de wil als het vertrouwen speelt geen daadwerkelijke rol bij de totstandkoming van een rechtshandeling. Steeds gaat het om de objectivering en dus om de betekenis die redelijkerwijs aan verklaringen en gedragingen over en weer mag worden toegekend. Komt dit bij het vertrouwensbeginsel scherp naar voren, bij de toepassing van art. 3:33 geldt het evenzeer. Daar wordt alleen de redelijke betekenistoekenning aan het zicht onttrokken omdat het artikel slechts normale, probleemloze gevallen bestrijkt, waardoor de veronderstelling van de wil ongeschonden kan worden gehandhaafd.

Wat hier naar voren komt, kondigde Suijling reeds in 1939 aan:

‘Dat de wet het rechtsgevolg eener wilsuïting niet van de wil of het vertrouwen van de contractanten doet afhangen, maar van de bedoeling die de wederpartij redelijkerwijs verondersteld mag worden aan de ontvangen verklaring te hechten, moet nog steeds tot een algemeen erkende waarheid worden.’<sup>22</sup>

Deze waarheid sluit overigens niet uit dat het subjectieve een rol

22. J. Ph. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 5e stuk, Zakenrecht, Haarlem 1940, voorrede blz. VI.



*kan* spelen. Het is namelijk nog steeds van betekenis in de exceptionele gevallen waarin het subjectieve kenbaar is, bijvoorbeeld door een brief van één van de contractanten. Maar bovendien, en dat is belangrijker, vormt het subjectieve de kern van de dieperliggende verticale beginselen. Dit houdt verband met een specifieke eis die aan deze beginselen, juist vanwege hun legitimerende functie, wordt gesteld. Deze eis bestaat hierin dat de rechtvaardiging geen elementen mag bevatten van hetgeen gerechtvaardigd wordt. Als hieraan niet wordt voldaan ontstaat immers een cirkelredenering en verliezen de beginselen hun legitimerende waarde. Met andere woorden, het verticale autonomie- en vertrouwensbeginsel kan slechts haar legitimerende functie vervullen als de rechtvaardiging van de juridische gebondenheid gelegen is in een niet-juridische sfeer. Dit is precies wat beide beginselen te bieden hebben: zij vinden de rechtvaardiging van de gebondenheid in respectievelijk de subjectieve wil en het subjectieve vertrouwen. Hiermee wordt overigens niet alleen tegemoet gekomen aan een logische eis. De meer inhoudelijke betekenis hiervan is dat de rechtvaardiging gevonden wordt in de individuele mens. Het recht dat zijn pretentie op redelijkheid wil waarmaken, kan ook niet zichzelf maar alleen de (redelijke) mens als uitgangspunt nemen.<sup>23</sup>

Met het oog op deze rechtvaardiging acht ik het niet onwenselijk dat de (subjectieve) wil en het (subjectieve) vertrouwen expliciet in de wet worden genoemd. Echter dan niet in de zin van een noodzakelijk vereiste voor de totstandkoming van elke individuele rechtshandeling, maar als een centraal uitgangspunt van het privaatrecht, dat wil zeggen als een *postulaat* dat het verrichten van rechtshandelingen mogelijk maakt en rechtvaardigt.<sup>24</sup> Dat hiermee een spanning ontstaat tussen het verticale beginsel dat het centrale uitgangspunt van het privaatrecht vormt en het horizontale beginsel dat de totstandkoming van alle individuele rechtshandelingen bestrijkt, is onvermijdelijk en overigens in het burgerlijk recht niet onbekend. Een soortge-

23. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en Compromis, recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer 1992, blz. 77-79

24. Een postulaat is een stelling die theoretisch onbewijsbaar is, maar noodzakelijk moet worden aanvaard om bepaalde feiten - hier: het privaatrecht - te kunnen begrijpen. De term geeft duidelijk aan dat de rechtvaardiging niet zelf nog eens op haar beurt gerechtvaardigd kan of behoeft te worden. Was dit wel het geval, dan raakt het eind zoek. Er zou een zinloze *regressus in infinitum* optreden.

lijke spanning is zichtbaar waar hinder grenzen stelt aan de uitoefening van het eigendomsrecht. Dit meest omvattende recht komt immers toegemoet aan de wens een vrije sfeer van het individu te creëren, en is daarmee de waarborg van de passieve zijde van de menselijke autonomie, terwijl het tegelijk in individuele gevallen aanmerkelijk wordt beperkt door rechten van anderen. Deze spanning vormt de spil van de beroemde passage van Meijers waarin hij stelt

‘dat de beantwoording der vraag of een belemmering van de eigenaar in zijn genot onrechtmatig is, niet meer hier van afhangt of deze belemmering een schennis van diens recht genoemd mag worden, maar dat omgekeerd de al of niet onrechtmatigheid der belemmerende handeling de omvang van het eigendomsrecht bepaalt.’<sup>25</sup>

## V. CONCLUSIE

De wil en het vertrouwen figureren in twee typen rechtsbeginselen. Vervat in het horizontale autonomie- en vertrouwensbeginsel vormen zij kenmerkende eigenschappen van het vermogensrecht. In respectievelijk art. 3:33 en 3:35 zijn deze eigenschappen als criteria voor de totstandkoming van een rechtshandeling opgenomen. Desondanks speelt het subjectieve element dat aan beide begrippen inherent is geen daadwerkelijke rol. Het subjectieve blijkt ofwel te worden omzeild, ofwel sterk op de achtergrond te zijn geraakt.

Wat op dit ‘oppervlakkige’ niveau van de horizontale beginselen allengs wordt prijsgegeven, wordt op het diepere niveau van de verticale beginselen onverkort gehandhaafd. Om de legitimerende functie te kunnen waarmaken vormt het subjectieve van de wil en het vertrouwen de kern van de verticale beginselen. De subjectieve wil en eventueel het subjectieve vertrouwen vormen daarmee het centrale uitgangspunt van het privaatrecht, ofwel het postulaat dat het verrichten van rechtshandelingen mogelijk maakt en rechtvaardigt.

De geheel verschillende plaats die aan de subjectieve wil en het subjectieve vertrouwen toekomt, wordt verklaard door de verschillende functie van de beginselen waarin zij figureren. Het is juist het onderscheid tussen horizontale en verticale beginselen dat de spanning tussen enerzijds het op de achtergrond raken van het subjectieve element en anderzijds het handhaven ervan, zichtbaar en begrijpelijk maakt.

25. Meijers in zijn noot onder HR 31 december 1937, NJ 1938, 517