

Redelijkheid en billijkheid

Monografieën BW

Losdelig handboek over het burgerlijk recht

onder redactie van:

Prof. mr. I. Giesen

Hoogleraar privaatrecht Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch

Prof. mr. T. Hartlief

Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en deeltijd-hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht

Prof. mr. V. Mak

Hoogleraar Nederlands en Europees Verbintenissenrecht Universiteit van Tilburg

Prof. mr. A.C. van Schaick

Advocaat te Tilburg, hoogleraar privaatrechtelijke rechtshandhaving en rechtsvergelijking Universiteit van Tilburg en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te Amsterdam

Prof. mr. drs. C.H. Sieburgh

Hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te Amsterdam

Oud-redactieleden:

Prof. mr. C.J.H. Brunner †

Prof. mr. A.S. Hartkamp

Mr. P. Neleman

Mr. M.J.P. Verburgh †

Prof. mr. J.B.M. Vranken

De deeltjes van het 'losdelig' handboek Monografieën BW vormen gezamenlijk een compleet en onderling samenhangend commentaar op het (nieuwe) burgerlijk recht. Die volledigheid en onderlinge samenhang worden bewerkstelligd en bewaakt door de redactie van de reeks. Dit handboek blijft actueel doordat elk deeltje afzonderlijk herdrukt wordt zodra belangrijke nieuwe ontwikkelingen in het rechtsgebied in kwestie dit noodzakelijk maken. Behalve door deze opzet onderscheidt dit 'losdelig' handboek zich ook door zijn inhoud van andere series en handboeken over het (nieuwe) burgerlijk recht. Waar mogelijk wordt getracht door het verschaffen van kwantitatieve, sociaaleconomische en rechtssociologische gegevens inzicht te geven in de maatschappelijke betekenis van het beschreven complex van rechtsregels.

Daarnaast wordt aandacht besteed aan rechtsvergelijking, voornamelijk om reliëf en perspectief aan het eigen recht te geven, maar ook om de lezer die in het desbetreffende buitenlandse recht als zodanig geïnteresseerd is met zijn naspeuringen op weg te helpen.

MONOGRAFIEËN BW

A5 Redelijkheid en billijkheid

Prof. mr. H.N. Schelhaas
Hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus
Universiteit Rotterdam

Tweede druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2017

Citeerwijze:

VERKORT: Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/[nummer]

VOLLEDIG: H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

ISBN 978 90 13 13353 0

E-book 978 90 13 13354 7

NUR 822-206

Omslag: Bert Arts bNO

© Wolters Kluwer, 2017

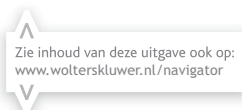
Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer, gedeponereerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.wolterskluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.



NAVIGATOR

VOORWOORD

De eerste druk van deze monografie over redelijkheid en billijkheid van de hand van prof. mr. G.J. Rijken verscheen in 1994. In de meer dan twintig jaar die ligt tussen de eerste en deze tweede druk van de monografie heeft het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid een aanzienlijke groei doorgemaakt. Nieuwe leerstukken hebben zich op basis van de redelijkheid en billijkheid ontwikkeld, en een grote hoeveelheid rechtspraak en literatuur is ontstaan. Dat heeft ervoor gezorgd dat deze tweede druk een volledige herbewerking is en vrijwel geheel is herschreven.

Het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid is breed en de literatuur en rechtspraak zijn omvangrijk. Gezien het beknopte karakter van deze monografie was het onmogelijk om volledigheid te betrachten. Ik heb dan ook een selectie moeten maken in de behandelde onderwerpen, de geraadpleegde literatuur en de verwerkte rechtspraak. Lagere rechtspraak behandel ik vrijwel niet, terwijl ik evenmin alle literatuur heb kunnen betrekken. Wel heb ik geprobeerd om de in mijn ogen belangrijkste onderwerpen, bronnen en rechtspraak in deze monografie te verwerken.

Het manuscript is afgesloten op 1 oktober 2016. Met nadien verschenen rechtspraak en literatuur heb ik slechts incidenteel rekening kunnen houden.

H.N. Schelhaas

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / XII

Lijst van verkort aangehaalde literatuur / XIII

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1 De betekenis van de redelijkheid en billijkheid, terminologie / 1
- 2 Redelijkheid en billijkheid: geen verschil in inhoud / 2
- 3 Theorieën over de betekenis van de redelijkheid en billijkheid: wat is het begrip redelijkheid en de billijkheid? / 3
- 4 Redelijkheid en billijkheid als mogelijke aanvullende algemene rechtsbron / 5
- 5 Open norm, invulling door art. 3:12 BW / 7
- 6 Doorwerking van grondrechten in de redelijkheid en billijkheid / 9
- 7 De functies van de redelijkheid en billijkheid: aanvulling, beperking, uitleg / 11
- 8 Terreinafbakening en plan van behandeling / 13

HOOFDSTUK 2

Toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid / 17

- 9 Art. 6:2 BW en art. 6:248 BW: doublure? / 17
- 10 Redelijkheid en billijkheid en het vermogensrecht / 17
- 11 Relevante rechtsgebieden / 19
- 12 Overeenkomstige toepassing van de redelijkheid en billijkheid en verwijzing naar redelijkheid en/of billijkheid / 24
- 13 Bijzondere wettelijke toepassingen: leges speciales / 27
- 14 De redelijkheid en billijkheid in internationaal perspectief / 28

HOOFDSTUK 3

Redelijkheid en billijkheid en uitleg / 31

- 15 De verhouding tussen redelijkheid en billijkheid en uitleg / 31
- 16 De wijze van uitleg: subjectief-objectieve uitlegmethode / 32
- 16.1 Algemeen / 32
- 16.2 Relevante factoren / 34

17	Uitleg en derden: cao's, algemene voorwaarden / 35
18	Uitleg en commerciële contracten / 37
19	Kiezen voor een bepaalde uitlegmethode? / 41
20	Procesrechtelijke aspecten van uitleg / 42
20.1	Bewijs / 42
20.2	De grenzen van de rechtsstrijd / 42
20.3	Toetsing in cassatie / 43
20.4	Objectieve uitleg om processuele redenen? / 43
21	Rechtsvergelijking / 43

HOOFDSTUK 4

Aanvullende werking / 45

22	Betekenis / 45
23	Aanvulling en uitleg / 45
24	Aanvulling van leemtes, relevante omstandigheden / 46
25	Informatie- en onderzoeksverplichtingen / 50
26	Opzeggemogelijkheid bij duurovereenkomsten / 51
27	Overige verspreide voorbeelden / 56
28	Rechtsgevolg / 62
29	Kan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van toepassing worden uitgesloten? / 64
30	Rechtsvergelijking / 65

HOOFDSTUK 5

Derogerende werking / 67

31	Derogerende versus aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid / 67
32	Bestaat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wel? / 68
33	Betekenis 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' / 68
33.1	Terughoudende toepassing / 68
33.2	Objectief of subjectief begrip? / 69
34	Toepassingsgebied / 69
35	Derogerende werking en contractuele afspraken / 70
35.1	Algemeen / 70
35.2	Exoneraties / 72
35.3	De redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten / 75
36	Derogerende werking ten aanzien van enige wettelijke bepalingen / 78
36.1	Beperkende werking van wettelijke bepalingen – algemeen / 78
36.2	Het wettelijke verjaringsregime / 79
36.3	Causaliteit: proportionele aansprakelijkheid / 81
36.4	Wettelijke remedies en verzuim bij een tekortkoming / 84
37	Overige verspreide voorbeelden / 87
38	Rechtsgevolg / 92
38.1	Een regel is (geheel of gedeeltelijk) niet van toepassing / 92

- 38.2 Proportionele benadering: gedeeltelijke terzijdestelling van een contractueel beding / 93
- 39 Kan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van toepassing worden uitgesloten? / 97
- 40 Rechtsvergelijking / 97

HOOFDSTUK 6

Enige procesrechtelijke aspecten van de Redelijkheid en de billijkheid / 101

- 41 Inleiding / 101
- 42 Stelplicht en bewijslast / 101
- 43 Ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid / 102
- 43.1 Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden ... / 102
- 43.2 ...binnen de grenzen van de rechtsstrijd / 102
- 43.3 En buiten de grenzen van de rechtsstrijd? / 104
- 43.4 Ambtshalve toetsing van Europese redelijkheid? / 105
- 43.5 Feiten die niet aan een beroep op de redelijkheid en billijkheid ten grondslag zijn gelegd / 106
- 44 Toetsing in cassatie / 106
- 45 Redelijkheid en billijkheid in het internationaal privaatrecht / 108

HOOFDSTUK 7

Bijzondere toepassingen van de redelijkheid en billijkheid / 111

- 46 Algemeen / 111
- 47 Onredelijk bezwarende algemene voorwaarden: art. 6:233 onderdeel a BW / 111
- 47.1 Algemeen / 111
- 47.2 Samenloop tussen art. 6:233 onderdeel a BW en de redelijkheid en billijkheid / 114
- 48 Onvoorziene omstandigheden: art. 6:258 BW / 115
- 48.1 Algemeen / 115
- 48.2 Samenloop tussen art. 6:258 BW en art. 6:248 BW / 118
- 49 Misbruik van bevoegdheid: art. 3:13 / 120
- 49.1 Algemeen / 120
- 49.2 De verhouding tot art. 6:248 BW / 120
- 50 Matiging van schadevergoeding en van een contractuele boete (art. 6:109 BW en art. 6:94 BW) / 122
- 50.1 Algemeen / 122
- 50.2 De verhouding tot art. 6:248 BW, art. 6:233 onderdeel a BW en Richtlijn 93/13/EEG / 124
- 51 Precontractuele goede trouw: het afbreken van onderhandelingen / 125
- 51.1 Algemeen / 125
- 51.2 De rechtsgrond: redelijkheid en billijkheid? / 127
- 52 Rechtsverwerking / 127
- 52.1 Algemeen / 127
- 52.2 De verhouding tot de redelijkheid en billijkheid / 129

HOOFDSTUK 8

Epiloog / 131

Trefwoordenregister / 133

Jurisprudentieregister / 137

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	<i>Ars Aequi</i>
aant.	aantekening(en)
afd.	afdeling
A-G	advocaat-generaal
art.	artikel(en)
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
DCFR	Draft Common Frame of Reference
diss.	dissertatie
Fw	Faillissementswet
Gw	Grondwet
Hof	Gerechtshof
HvJ	Hof van Justitie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JOR	<i>Jurisprudentie Onderneming & Recht</i>
JBPR	<i>Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht</i>
m.nt.	met noot
MvA	memorie van antwoord
MvV	<i>Maandblad voor Vermogensrecht</i>
NJ	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
NJB	<i>Nederlands Juristenblad</i>
nr.	nummer
NTBR	<i>Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht</i>
NV	naamloze vennootschap
p.	pagina('s)
par.	paragraaf
PECL	Principles of European Contract Law
Rb.	rechtbank
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
TM	Toelichting Meijers
vgl.	vergelijk
WPNR	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i>

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Asser/De Boer I

J. de Boer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, I. Personen- en Familirecht*, Deventer: Kluwer 2010 (18^e druk)

Asser/Hartkamp 3-I

A.S. Hartkamp *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3-I, Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015 (3^e druk)

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I, De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2012 (14^e druk)

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II, De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013 (14^e druk)

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III, Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (14^e druk)

Asser/Heerma van Voss 7-V

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2015 (3^e druk)

Asser/Houben 7-X

I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X, Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016

Asser/Kramer & Verhagen 10-III

X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015

Asser/Scholten

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, aangevuld door G.J. Scholten, Deventer: Kluwer 1998 (3^e druk)

Asser/Van Schaick 7-VIII*

A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, alijd-durende rente, spel en weddenschap*, Deventer: Kluwer 2012 (7^e druk)

Asser/Vranken***

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel****, Deventer: Kluwer 2005

Asser Procesrecht/Van Schaick 2

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2010

Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7

E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in Burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015 (5^e druk)

Bakker (2012)

P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2012

De Graaf (diss.)

T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006

Hammerstein & Vranken

A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten* (Mon. BW A-10), Deventer: Kluwer 2003 (2^e druk)

Hartkamp (2010)

A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht* (Mon. BW A-1), Deventer: Kluwer 2010 (4^e druk)

Hesselink (diss.)

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. UU), Deventer: Deventer 1999

Parl. Gesch. BW Boek 3

C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981

Parl. Gesch. BW Boek 6

C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981

Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3

C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990

Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6

C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990

Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991

Van Rossum (2011)

M.M. van Rossum, *De redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten in het bijzonder in het kader van precontractuele onderhandelingen en uitleg* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2011

Tjittes (2009)

R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009

Tjittes (2013)

R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6-b), Deventer: Kluwer 2013

Tjong Tjin Tai (2008)

E. Tjong Tjin Tai, De proportionele benadering in het contractenrecht, in: I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht* (preadvies VBR), Deventer: Kluwer 2008

Valk (2016)

W.L. Valk, Rechtsgevolgen van de overeenkomsten ten aanzien van partijen, in: Hijma e.a. (red.), *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016 (8^e druk)

Wolters (2013)

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), Deventer: Kluwer 2013

Zimmermann & Whittaker

R. Zimmermann & S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2008

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1 De betekenis van de redelijkheid en billijkheid, terminologie

Redelijkheid en billijkheid: slechts twee woorden, maar ze liggen ten grondslag aan een groot aantal privaatrechtelijke leerstukken en zijn het onderwerp van veel rechtspraak en literatuur. Het beginsel van de redelijkheid en billijkheid vormt een belangrijke basis van het privaatrecht en komt in een breed pallet aan kleuren voor, zowel in wet als rechtspraak. Zo vormen de redelijkheid en billijkheid de grondslag voor in de wet verankerde leerstukken als onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) en misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW), en heeft de Hoge Raad de redelijkheid en billijkheid toegepast om exoneraties te begrenzen en duurovereenkomsten niet eindeloos te laten voortduren.

De redelijkheid en billijkheid hebben in het Nederlandse privaatrecht hun wettelijke grondslag gevonden in art. 6:2 BW (voor verbintenissen) en art. 6:248 BW (voor obligatoire overeenkomsten). De schakelbepaling van art. 6:216 BW zorgt ervoor dat de redelijkheid en billijkheid een veel breder bereik hebben dan het verbintenissenrecht en in wezen het gehele privaatrecht bestrijken. Het eerste lid van zowel art. 6:2 BW als art. 6:248 BW legt de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid neer. Art. 6:2 lid 1 BW bepaalt dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid te gedragen: de redelijkheid en billijkheid voorzien dus in aanvullende vereisten in de verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser. Art. 6:248 lid 1 BW bepaalt verder dat overeenkomsten niet alleen de overeengekomen rechtsgevolgen hebben maar ook welke uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (art. 6:248 lid 1 BW). Het tweede lid van de beide artikelen maakt vervolgens duidelijk dat de redelijkheid en billijkheid ook beperkingen kunnen aanleggen: een (overeengekomen) regel is niet van toepassing indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2 BW resp. art. 6:248 lid 2 BW).

De verhouding tussen art. 6:2 BW en 6:248 BW, en de vraag naar de toegevoegde waarde van art. 6:248 BW wordt behandeld in paragraaf 9 hierna.

Maar hoe moeten de redelijkheid en billijkheid dan worden verstaan, met andere woorden: wat is de concrete betekenis van de redelijkheid en billijkheid? Die vraag kan natuurlijk niet in algemene zin worden beantwoord, omdat het beginsel van de redelijkheid en billijkheid een open norm is waarvan de werking afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Wel is duidelijk dat het begrippenpaar redelijkheid en billijkheid dezelfde betekenis heeft als de begrippen 'goede trouw' en 'billijkheid' in de artikelen 1374 lid 3 resp. 1375 van het oude BW.

Voor een rechtshistorische achtergrond: zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 392; H.C.F. Schoordijk, *Redelijkheid en billijkheid* (oratie UvA 1996), W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1996, p. 7-57 (vanaf de 19^e eeuw); H.J. Snijders, 'Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992', *Ars Aequi* 2012/10, p. 771-775. In art. 1374 lid 3 oud BW was bepaald dat overeenkomsten 'te goeder trouw' ten uitvoer moeten worden gebracht, waaruit werd afgeleid dat partijen met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening moeten houden (zie HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*)). Daarnaast bepaalde art. 1375 oud BW dat overeenkomsten niet alleen tot het uitdrukkelijk bepaalde verbinden, maar ook tot 'al hetgeen dat, naar den aard van dezelve overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik, of de wet, wordt gevorderd.' Het begrip redelijkheid en billijkheid beoogt de 'goede trouw' uit art. 1374 lid 3 oud BW en de 'billijkheid' van art. 1375 oud BW te vervangen. Met deze andere terminologie is geen verschil in betekenis beoogd. Zie onder meer Hartkamp (2010), nr. 15; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 394. Uit de wetsgeschiedenis (*Parl. Gesch. BW Boek 6*, MvA, p. 66 en 67) volgt dat werd beoogd met de nieuwe terminologie misverstanden te voorkomen ten aanzien van vooral de term 'goede trouw', die in het oude BW twee uitingsvormen had. Waar de 'goede trouw' uit art. 1374 lid 3 BW vooral zag op de vraag of partijen jegens elkaar handelden zoals het behoorde (de zogenoemde objectieve werking van de goede trouw), werd de goede trouw in het zakenrecht vooral gebruikt om de subjectieve gemoedstoestand van een partij en de vraag of hij iets wist of behoorde te weten te duiden. Zie onder meer Hesselink (diss.), p. 27. In de praktijk veroorzaakte dit verschil in betekenis verwarring. De introductie van de redelijkheid en billijkheid beoogde dit te voorkomen: "*Wat de artikelen 6.1.1.2 en 6.5.3.1 [de artikelen 6:2 en 6:248, HNS] dus doen (...) is het overnemen van de omschrijving die de huidige rechtspraak heeft gegeven van de goede trouw van artikel 1374 lid 3, waardoor de voormelde 'subjectieve' opvatting ter zijde wordt gesteld. Daardoor werd tevens mogelijk om de goede trouw van artikel 1374 lid 3 en de 'billijkheid' van artikel 1375 in artikel 6.5.3.1 te laten samenvallen.*" aldus *Parl. Gesch. BW Boek 6*, MvA II, p. 67. Bij de redelijkheid en billijkheid gaat het volgens de parlementaire geschiedenis niet om de goede of kwade gezindheid van partijen, maar om ongeschreven objectief recht. In het huidige BW komt de objectieve goede trouw uit het oude BW dan ook niet meer voor en is dit overgenomen door de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:2 BW en art. 6:248 BW. In de gevallen waar het BW nog naar de 'goede trouw' verwijst, moet zij uitsluitend in subjectieve zin worden opgevat: zie bijv. de definitie van goede trouw in art. 3:11 BW, en de toepassing daarvan in onder meer art. 1:89 lid 1, 2:83, 3:86 lid 1, 3:88, 5:73 lid 1, 3:105 lid 1 en 3:121 BW. Daar waar het BW nog spreekt van 'goede trouw' gaat het er dus om of een rechtssubject feiten en/of rechten kende of behoorde te kennen.

De redelijkheid en billijkheid hebben in het Nederlandse recht drie functies. De redelijkheid en de billijkheid kunnen erin resulteren dat een rechtsverhouding wordt aangevuld (de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid: vgl. art. 6:2 lid 1 BW en art. 6:248 lid 1 BW), maar kunnen er ook toe leiden dat tussen partijen geldende regels niet van toepassing zijn (de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid: art. 6:2 lid 2 BW en art. 6:248 lid 2 BW). Verder vervullen de redelijkheid en billijkheid naar heersende mening een functie bij de uitleg van rechtshandelingen.

Zie over deze drie functies van de redelijkheid en billijkheid nader paragraaf 7.

2 Redelijkheid en billijkheid: geen verschil in inhoud

Art. 6:2 BW en art. 6:248 BW verwijzen naar de redelijkheid *en* de billijkheid. De vraag is dan: bestaat een verschil in betekenis tussen die beide elementen van dit begrippenpaar? De redelijkheid kan bijvoorbeeld meer duiden op de ratio (rede, verstand), en billijkheid meer op het gevoel (het hart). Volgens de parlementaire geschiedenis kan weliswaar aan de beide begrippen enig verschil in (gevoels)waarde toekomen, maar komt er geen juridisch relevant verschil aan toe en moeten de beide termen (redelijkheid én billijkheid) als één geheel worden gezien.

Het begrip *redelijkheid en billijkheid* is als onlosmakelijk geheel één zelfstandig begrip. Vgl. *Parl. Gesch. BW Boek 6, VV*, p. 64: "Hoewel er tussen 'redelijkheid' en 'billijkheid' weinig of geen verschil lijkt te zijn – men zou kunnen zeggen dat bij de 'redelijkheid' het hoofd is betrokken en bij de 'billijkheid' het hart – hoewel dus de uitdrukking 'redelijkheid en billijkheid' vrijwel volledig een tautologie schijnt, acht de Commissie deze uitdrukking toch aanvaardbaar. Zij verdient zelfs positieve waardering en wel hierom, omdat zij als geheel een eigen gevoelswaarde heeft (...)." De parlementaire geschiedenis duidt het begrippenpaar wel als een zogenoemde hendiadys (de term moet als één geheel worden gezien). Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6, MvA*, p. 67: "Evenals daar moet ook in de hier besproken artikelen de term als één geheel worden gezien (hendiadys), waarvan beide onderdelen elkaar wederzijds aanvullen. De in het voorlopig verslag opgeworpen vraag of hier sprake is van een tautologie, zou de ondergetekende ontkennend willen beantwoorden, ook al lopen de begrippen redelijkheid en billijkheid in elkaar over en worden zij in het nieuwe wetboek hier en daar ook wel afzonderlijk gebezigd." Zie in vergelijkbare zin *Parl. Gesch. BW Boek 6, Eindverslag I*, p. 71. Dit voert tot de conclusie dat de term 'redelijkheid en billijkheid' als één onlosmakelijk geheel moet worden gezien en dus tezamen een zelfstandig begrip vormt.

3 Theorieën over de betekenis van de redelijkheid en billijkheid: wat is het begrip redelijkheid en de billijkheid?

In de theorie is verschillende malen getracht de functie en de rol van de redelijkheid en billijkheid te grondvesten. Grofweg is een tweedeling te maken. Enerzijds wordt het begrip redelijkheid en billijkheid opgevat als een gedragsnorm die op partijen rust, en anderzijds wordt betoogd dat het beginsel van de redelijkheid en billijkheid een beslissingsnorm voor de rechter is.

Onder meer De Kluiver (H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1992, met name p. 38-43) is representant van de visie dat de redelijkheid en billijkheid als een beslissingsnorm voor de rechter heeft te gelden: door deze open norm kan hij zijn oordelen vorm geven en kan hij inhoud geven aan de rechtsvormende taak die hem toekomt. Hesselink heeft zich ook in dit kamp geschaard, maar gaat een stap verder. De functies van de redelijkheid en billijkheid (kort gezegd uitleg, aanvulling en correctie) stemmen volgens Hesselink geheel overeen met de rechtsvormende taken die aan de rechter zijn toebedeeld (Hesselink (diss.), onder meer p. 412). Hij trekt hieruit de conclusie dat het begrip redelijkheid en billijkheid eigenlijk geen (richtinggevende) norm meer is, omdat de functies daarvan volledig overeenstemmen met de functies van de rechter. Het begrippenpaar van de redelijkheid en billijkheid is hiermee een volledig open norm die betekenisloos is, zo betoogt Hesselink. Wanneer de rechter de redelijkheid en billijkheid toepast, ontwikkelt hij in wezen nieuwe regels. De redelijkheid en billijkheid vormen volgens Hesselink dan ook niets meer dan '(...) een spreekbuis voor nieuwe regels' (Hesselink (diss.), p. 412) en zijn in wezen overbodig. Achter de redelijkheid en billijkheid gaat rechtsvorming schuil, zo propageert Hesselink.

De visie van Hesselink is niet zonder kritiek ontvangen. Zie onder meer W. Snijders, Boekbespreking Hesselink, *WPNR* 1999/6376, p. 792 e.v. die onder meer wijst op het feit dat in het verleden veel rechtsvormende beslissingen zijn genomen die niet zijn geënt op de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid worden niet als dekmantel gebruikt voor een door de rechter eigenlijk te gedurfd geachte rechtsvorming, zo betoogt Snijders. Zie verder P. van Schilfgaarde, 'Deel 4 van Hesselink', *WPNR* 1999/6377, p. 811-816, die stelt dat het begrip redelijkheid en billijkheid niet (alleen) een norm is voor de rechter, maar vooral een tot de rechtzoekende gerichte norm: "Redelijkheid en billijkheid is niet een speeltje van de rechter maar een aan de justiatabelen gestelde eis," zo vat Van Schilfgaarde op p. 814 van zijn bespreking samen. Deze norm is, zo vervolgt Van Schilfgaarde, weliswaar open, maar is in concrete gevallen voor

concretisering vatbaar. Voor de rechter is het systeem der wet een bepalend kompas en hij zal zich mede moeten oriënteren op intenties en ervaringen van een justiebele, waar de redelijkheid voor de burger veeleer cultuurbepaald is, aldus Van Schilfgaarde.

Tegenover de visie dat het begrip redelijkheid en billijkheid (primaire) een beslissingsnorm van de rechter is, staat de visie dat de redelijkheid en billijkheid een alom tegenwoordige gedragsnorm vormen. Naast de hiervoor al aangehaalde Van Schilfgaarde, is Bakker één van de recente exponenten van deze visie. Hij meent dat de redelijkheid en billijkheid *uitsluitend* moeten worden opgevat als een voor partijen dwingende, in de maatschappij gewortelde gedragsnorm. *“Redelijkheid is niet voorbehouden aan de rechter, maar is een diep in het maatschappelijke gebeuren geworteld, menselijk handelingspatroon, dat constitutief moet worden geacht voor elke vorm van zinvol menselijk samenleven”*, zo is zijn overtuiging (Bakker (2012), p. 7). De rechter kan in zijn visie geen eigen invulling aan deze norm geven omdat deze norm tussen partijen al in het objectieve recht vastligt (Bakker (2012), p. 12-13). De rechter past de redelijkheid en billijkheid simpelweg als ware het een wet toe en stelt achteraf vast waartoe partijen destijds op basis van het objectieve recht gehouden waren: *“De redelijkheid en billijkheid worden niet ‘gemaakt’ door de rechter, maar maken deel uit van het hier te lande geldende objectieve recht. Zij doen hun werk in de rechtsverhouding van partijen dwingend en van rechtswege.”*

Ook op deze visie is kritiek mogelijk. Niet alle beslissingen die op de redelijkheid en billijkheid worden gebaseerd, zijn mijns inziens tot een algemene (gedrags)norm te herleiden. Vgl. ook Losbladige Verbintnissenrecht, aant. 11 (Stein) bij art. 3:12 BW. Weliswaar kunnen bepaalde toepassingen van de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm worden gekwalificeerd, zoals het leerstuk van de rechtsverwerking dat gedrag normeert, maar dat geldt mijns inziens niet over de gehele linie. Vaak worden de redelijkheid en billijkheid toegepast naar aanleiding van individuele gebeurtenissen, zodat het begrip redelijkheid en billijkheid een feitelijk, incidenteel en individueel karakter heeft en moeilijk als algemene gedragsnorm kan worden gezien. Geregeld is het begrippenpaar van de redelijkheid en billijkheid niet zozeer een gedragsnorm, maar wordt het mijns inziens veeleer gebruikt om een (contractueel) evenwicht te herstellen. Verder worden de redelijkheid en billijkheid soms ingezet om de scherpe kanten van een wettelijke bepaling af te slijpen. Ik wijs hier naar de correctie die via de redelijkheid en billijkheid op de verzuimregeling is aangebracht, en die in de woorden van de Hoge Raad (HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257, m.nt. Jac. Hijma (*Fraanje/Götte*)) nodig was ‘ter hanteerbaarheid van het recht’. Verder wijs ik op het feit dat de Hoge Raad de lange objectieve verjaringstermijn buiten toepassing heeft verklaard in situaties waarin kortweg de verjaringstermijn al is verstreken op het moment dat de schuldeiser feitelijk op de hoogte kan zijn van mogelijke schade (zie onder meer HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 en 431, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hese/De Schelde*)). In beide situaties doet het mij geforceerd aan om de rol die de redelijkheid en billijkheid spelen als een gedragsnorm aan te merken. Deze gedragsvorm zou dan moeten inhouden dat een crediteur zich in een dergelijke situatie niet op een wettelijke of contractuele bepaling mag beroepen indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat is wat mij betreft kunstmatig en het is mijns inziens realistischer om de redelijkheid en billijkheid in dergelijke gevallen te beschouwen als een rechterlijk correctiemechanisme, voor het geval dat (de consequenties van) bepaalde regels onaanvaardbaar zijn. Daar komt bij dat het mijns inziens een fictie is om te veronderstellen dat de functie van de redelijkheid en billijkheid zich beperkt tot een alom tegenwoordige gedragsnorm, die de rechter slechts toepast als ware het een bestaande wettelijke bepaling, zonder hierbij recht te vormen. Van rechtsvorming of rechtsvinding door de rechter zou dan geen sprake kunnen zijn. Ook dat is mijns inziens geen realistisch idee: de redelijkheid en billijkheid worden feitelijk geregeld door een rechter gebruikt om achteraf het recht in een specifiek geval bij voorbeeld naar aanleiding van nieuwe ontwikkelingen om te vormen of bij te sturen.

Net als Snijders (W. Snijders, ‘Beperkende werking, een paradox of een instrument?’, *WPNR* 2007/6693, p. 11-12) denk ik dat de beide gepropageerde functies van de redelijkheid en

billijkheid (kort gezegd: gereedchapskist van de rechter en gedragsnorm) in de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW en art. 6:248 BW besloten liggen. Oftewel, sommige toepassingsvormen van de redelijkheid en billijkheid vormen een gedragsnorm en schrijven voor hoe partijen zich hebben te gedragen, maar in andere gevallen is het beginsel van de redelijkheid en billijkheid een gereedchapskist voor de rechter. Dat laatste is met name aan de orde indien hij achteraf situaties beoordeelt en tot de conclusie komt dat aanpassing van bepaalde regels in concreto nodig is.

De onder meer uit het Vodafone/ETC-arrest voortvloeiende en op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde regel dat partijen bij de uitvoering van de overeenkomst rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen is een uiting van de gedachte dat de redelijkheid en billijkheid een gedragsnorm kunnen vormen (zie HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (*Vodafone/ETC*)). Dit bouwt voort op het Baris/Riezenkamp-arrest, op grond waarvan partijen *bij de totstandkoming* van de overeenkomst hun gedrag mede moeten bepalen aan de hand van de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Zie verder de reeks arresten waaruit voortvloeit dat partijen (precontractuele) onderhandelingen niet zomaar mogen afbreken.

Maar de redelijkheid en billijkheid hebben ook een andere rol, die gelegen is in de rechtsvorming, rechtsvinding en in het verfijnen van rechtsregels door de rechter. Juist omdat de wet geen voorziening kan treffen voor alle denkbare gevallen in de praktijk, is het nodig dat de rechter manoeuvreerruimte krijgt om in concreto een oplossing te bieden, dus om het recht te vormen en het recht mogelijk ook verder te ontwikkelen. De redelijkheid en billijkheid geven hem hierbij de nodige flexibiliteit. De regels die bijvoorbeeld zijn ontstaan om exoneraties te beteugelen of om wettelijke bepalingen te corrigeren, schaar ik in deze categorie. De redelijkheid en billijkheid vormen hier de leidraad. Uiteraard kunnen dergelijke regels indirect invloed hebben op het gedrag van rechtssubjecten, bijvoorbeeld omdat partijen bepaalde exoneraties niet meer gebruiken, maar dat is hier naar mijn smaak niet de primaire functie van de redelijkheid en billijkheid.

Kortom: de redelijkheid en billijkheid kan mijns inziens een gedragsnorm voor partijen zijn waar een partij zich op zou moeten richten, maar tegelijkertijd gaat het om een open rechtsvormende norm, die de rechter de vrijheid geeft om bij bepaalde nog onopgeloste kwesties, een koers te bepalen met de redelijkheid en billijkheid als richtsnoer. Ook dát is een functie van de redelijkheid en billijkheid.

4 Redelijkheid en billijkheid als mogelijke aanvullende algemene rechtsbron

De redelijkheid en billijkheid fungeren enerzijds als algemene rechtsbron, naast de wet en andere bronnen van ongeschreven recht, en anderzijds als een concrete toepassing in een bepaald geval. De omstandigheid dat de redelijkheid en billijkheid als algemeen rechtsbeginsel, als bron van ongeschreven recht, fungeert vindt haar grondslag in het eerste lid van art. 6:2 BW en art. 6:248 BW: de schuldeiser en schuldenaar dienen zich te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW) en rechtsgevolgen kunnen ook voortvloeien uit de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW). De

redelijkheid en de billijkheid vormen zodoende een aanvullende rechtsbron, naast de wet en de gewoonte. Binnen de grenzen die art. 6:1 BW aan het ontstaan van verbintenissen stelt, kunnen uit de redelijkheid en billijkheid verbintenissen voortvloeien, hetgeen het geval is indien de verbintenis past in het stelsel van de wet en aansluit bij de in de wet geregelde gevallen (vgl. HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*)).

Art. 6:2 lid 1 BW en art. 6:248 lid 1 BW maken duidelijk dat het begrippenpaar van de redelijkheid en billijkheid een bron van ongeschreven recht *kan* vormen. Art. 6:248 lid 1 BW duidt dit aan met de formulering dat een overeenkomst niet alleen de rechtsgevolgen heeft die uit de overeenkomst zelf of de wet of de gewoonte voortvloeien, 'maar ook die welke (...) uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien'. De redelijkheid en billijkheid beheersen in die zin als algemeen rechtsbeginsel het gehele privaatrechtelijke rechtsverkeer. Art. 6:2 lid 1 BW en art. 6:248 lid 1 BW refereren aan de *eisen* van de redelijkheid en billijkheid. Hiermee wordt, aldus de parlementaire geschiedenis, gedoeld op het feit dat het gaat om ongeschreven objectief recht: *Parl. Gesch. BW Boek 6*, MvA II, p. 67. De redelijkheid en billijkheid kunnen dus, naast de wet en gewoonte, een aanvullende bron van verbintenissen vormen. Zie onder meer J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen* (Mon. BW A-2), nr. 15-18.

Art. 6:248 BW bepaalt overigens dat het gaat om rechtsgevolgen die 'naar de aard van de overeenkomst' uit de wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Deze verwijzing betekent dat de aard van de overeenkomst invulling kan geven aan de toepassing van de redelijkheid en billijkheid: zie bijv. HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264, m.nt. P.A. Stein (*Bruinsma Tapijt/Schuitmaker*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 386.

De vraag kan worden gesteld of tussen de in art. 6:248 BW genoemde rechtsbronnen (de wet, de gewoonte en de redelijkheid en de billijkheid) een hiërarchie bestaat. De wet zelf noemt geen rangorde tussen de rechtsbronnen.

Als algemene leidraad kan worden aangehouden dat bij de aanvulling van *leemtes* in een rechtsverhouding eerst moet worden gezien of wet en/of de gewoonte deze leemte kunnen invullen. Gaat het om *aanvullende* wetsbepalingen en bestaat een discrepantie tussen wet en gewoonte, dan moet worden gezien of de feiten en omstandigheden aanleiding geven om de wet te laten prevaleren boven de gewoonte, of andersom. Een *dwingende* wetsbepaling prevaleert in het algemeen boven een daarmee strijdige gewoonte, maar in uitzonderingssituaties kan dat anders zijn (zie nader M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Mon. BW A-19), nr. 10). Indien noch wet, noch gewoonte een antwoord geven voor de ontstane leemte, komt normaliter pas de redelijkheid en billijkheid als aanvullende rechtsbron in beeld. Gaat het *niet* om leemtes, dan is de belangrijkste bron van verbintenissen naast de wet de uitdrukkelijke partij-afspraken. Slechts een dwingende wetsbepaling, de openbare orde of goede zeden (vgl. art. 3:40 BW) of in uitzonderingssituaties de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen hieraan in de weg staan. Een met een partij-afspraken strijdige gewoonte doet evenmin af aan de kracht van de partij-afspraken: die laatste gaat in het algemeen voor.

Uit de jurisprudentie kunnen geen heldere voorrangsregels worden gedestilleerd en de rechtspraak vertoont een wisselend beeld ten aanzien van vooral de hiërarchie tussen wet en gewoonte: zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 388-390 en, mede voor een overzicht van de parlementaire debatten over een mogelijke hiërarchie: M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Mon. BW A-19), nr. 10 en 11. Wel kan uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid dat de wet niet altijd boven de gewoonte gaat, zelfs niet als het gaat om een dwingende wetsbepaling. Indien een wet bijvoorbeeld in onbruik is geraakt, dan kan de gewoonte als aanvullende rechtsbron prevaleren: zie *Parl. Gesch. BW Boek 6*, Eindverslag I, p. 31. Wat

betreft de samenloop tussen de wet enerzijds en de redelijkheid en billijkheid anderzijds, geldt dat een aanvullende wettelijke bepaling prevaleert boven de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. In die zin staat de wet als aanvullende rechtsbron hoger op de hiërarchische ladder dan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 385 waar wordt aangevoerd dat dat anders is indien dit strijdig zou zijn met de strenge derogerende norm die in art. 6:248 lid 2 BW is vervat ('naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'). Deze zienswijze wordt in de parlementaire geschiedenis ondersteund, waar wordt opgemerkt dat het antwoord naar de juiste rangorde te vinden is in art. 6:2 lid 2 BW en art. 6:248 lid 2 BW (*Parl. Gesch. BW Boek 6*, Eindverslag I, p. 31). Oftewel, zo leid ik uit de parlementaire geschiedenis af, het beginsel van de redelijkheid en billijkheid komt als aanvullende rechtsbron in principe ná een aanvullende of dwingende wetsbepaling. De redelijkheid en billijkheid kunnen slechts *prioriteit* genieten, indien aan de eisen voor de *derogerende* werking van de redelijkheid en billijkheid is voldaan. Daarvoor geldt het strenge criterium 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'. Dat is in lijn met het wettelijk systeem. Een andere visie zou erop neerkomen dat bij de vraag naar de rangorde van de diverse rechtsbronnen, de wet en gewoonte opzij zouden kunnen worden gezet door de aanvullende redelijkheid en billijkheid zonder dat aan het strenge criterium van art. 6:2 lid 2 BW en art. 6:248 lid 2 BW zou zijn voldaan. Dat zou het uitzonderlijke karakter van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid ten onrechte ondermijnen.

5 Open norm, invulling door art. 3:12 BW

De redelijkheid en billijkheid herbergen een open norm: de inhoudelijke betekenis ervan en de rechtsgevolgen zijn niet in concreto nader bepaald en zijn afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval. Omdat de werking van de redelijkheid en billijkheid per geval verschilt, kan zij niet op voorhand in concrete normen worden omgezet en is het noodzakelijk de rechter beoordelingsvrijheid te geven, ruimte te bieden voor flexibiliteit en de rechtsontwikkeling. Wel heeft de wet voorzien in een aantal aanknopingspunten dat de redelijkheid en billijkheid nader kan invullen. Zo bepaalt art. 3:12 BW dat bij de vaststelling van de redelijkheid en billijkheid rekening moet worden gehouden met (i) algemeen erkende rechtsbeginselen, (ii) de in Nederland levende rechtsovertuigingen, en (iii) de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval betrokken zijn. Deze aanknopingspunten zijn niet limitatief: de rechter kan ook met andere gezichtspunten rekening houden.

Art. 3:12 BW beoogt een zekere objectivering en inkadering van de redelijkheid en billijkheid aan te brengen en is er ook op gericht de rechter verantwoording af te laten leggen van de belangen die hij heeft laten meewegen in zijn oordeel. Legt hij aan zijn oordeel onvoldoende motivering ten grondslag, dan is dat in cassatie toetsbaar en kan dit tot een motiveringsgebrek leiden. Zie in dit verband nader *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6*, p. 1032-1033 waar wordt aangegeven dat het artikel enige richtlijnen geeft '(...) om te voorkomen, dat deze op te subjectieve wijze wordt bepaald'. *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6*, MvT Inv., p. 1036 voegt daar het volgende aan toe: "De bepaling kan er voorts toe bijdragen dat de rechter wordt genoopt verantwoording af te leggen van de belangen die hij heeft laten meewegen en van de eventuele rechtsbeginselen die hij op het oog heeft gehad. Bij de motivering van zijn uitspraak zal hij dus vaak niet kunnen volstaan met een opsomming van omstandigheden die voor hem beslissend zijn geweest voor zijn oordeel omtrent wat redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval eisen, maar hij zal ook voldoende inzicht moeten geven in zijn gedachtegang te dier zake, iets wat mede van belang is voor de toetsbaarheid in cassatie." Dat art. 3:12 BW niet limitatief is bedoeld, volgt uit *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6*, MvA II, p. 1035: "De opsomming van de factoren, waarmede rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van wat de billijkheid vordert (...) is niet volledig, maar daar is ook bepaaldelijk niet naar gestreefd. Het artikel vermeldt een aantal belangrijke gegevens die objectivering van het begrip billijkheid kunnen stimuleren. Een limitatieve opsomming van alle billijkheidsfactoren zou verstarring van de billijkheid ten gevolge kunnen hebben."

De eerste factor die art. 3:12 BW noemt, bestaat uit algemeen erkende rechtsbeginselen. Deze zijn voornamelijk neergelegd in de wet, en kunnen ook volgen uit (nog niet geïmplementeerde) richtlijnen of andere regelgeving van de EU.

Voor een voorbeeld waarin een 'algemeen erkend rechtsbeginsel' relevant werd geacht zie onder meer HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434, m.nt. J.M. Maeijer (*Bank of America/VvE*), waarin de Nederlandse *corporate governance code* van belang werd geacht. Bij overeenkomsten met de overheid kan ook gedacht worden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en (andere) publieke belangen: zie HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363, m.nt. A.R. Bloembergen (*Apeldoorn/Duisterhof*). W. Snijders, 'Good faith as a Dutch and as a European Concept', in: Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on national private law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 548-549, vestigt de aandacht op het feit dat via art. 3:12 BW Europese beginselen ook in puur interne verhoudingen kunnen doorsijpelen.

Bij de invulling van het tweede aanknopingspunt van art. 3:12 BW, de in Nederland levende rechtsovertuiging, moet worden vastgesteld wat in de maatschappij in het algemeen wordt waargenomen ten aanzien van opvattingen en overtuigingen.

Deze rechtsovertuiging kan ook betrekking hebben op een *deel* van Nederland, zoals opvattingen in een bepaalde beroepsgroep. Voor een overzicht van rechtspraak over de invulling van het criterium 'in Nederland levende rechtsovertuigingen': Losbladige verbintenissenrecht, aant. 23 bij art. 3:12 BW (Stein). Als voorbeeld noem ik HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683, m.nt. M.M. Mendel (*Kroymans/Sun Alliance*): voor de vaststelling van een in Nederland levende rechtsovertuiging komt mede betekenis toe aan het standpunt daaromtrent van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf. In vergelijkbare zin HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 160, m.nt. M.M. Mendel (*A./London Verzekeringen*); HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 586, m.nt. J.M.M. Maeijer en HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Effectenlease/Dexia*), waar werd geoordeeld dat de "(...) *Duisenbergregeling* (...) *de in Nederland levende rechtsovertuiging [weergeeft], waarmee op grond van art. 3:12 rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van hetgeen de redelijkheid en billijkheid eisen in de fase voorafgaande aan de totstandkoming van de overeenkomst zowel bij de beoordeling van de omvang van de schade als bij de verdiscontering van de eigen schuld van de deelnemer.*" Ook kan hier mijns inziens gedacht worden aan gedragscodes en andere vormen van zelfregulering: die drukken immers een overtuiging in een bepaalde branche of beroepsgroep uit. Zie in verband met het insolventierecht: Wessels, afscheidsrede, p. 13-14 en in algemene zin M. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief* (preadvies VBR), Deventer: Paris 2013. De rechter die zijn oordeel baseert op een in Nederland levende rechtsovertuiging, zal in zijn vonnis moeten aangeven hoe deze rechtsovertuiging luidt: zie Losbladige Verbintenissenrecht, aant. 24 (Stein) bij art. 3:12 BW. Voor een analyse van de inhoud van het begrip rechtsovertuiging, en onder meer de rol die het gewoonterecht hierbij kan spelen: zie L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de redelijkheid en billijkheid* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 43 e.v. Zie ook Wolters (2013), p. 65-70 voor een invulling van de in art. 3:12 BW bedoelde rechtsovertuiging.

De in Nederland levende rechtsovertuiging ex art. 3:12 BW vertoont verwantschap aan, of is een generalis van, de verkeersopvatting, waar het BW op verschillende plaatsen naar verwijst.

De wet refereert vaak aan verkeersopvattingen (zie bijvoorbeeld art. 3:4, 3:254, 5:14, 6:75, 6:77, 6:162, 6:228 en 6:258 BW): een tekortkoming kan bijvoorbeeld worden toegerekend aan een schuldenaar indien zij krachtens in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Zie nader Wolters (2013), p. 70-74.

In de literatuur heerst verdeeldheid over de vraag of de verkeersopvatting als species van de in Nederland levende rechtsovertuiging ex art. 3:12 BW moet worden gezien.

Volgens P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 213-229 is dat niet het geval omdat – kort gezegd – de rechtsovertuiging verwijst naar een voor een concrete rechtsverhouding

geldende gedragsnorm, terwijl de verkeersopvattingen slechts een rol spelen bij de uitleg van wettelijke bepalingen die geen betrekking hebben op gedragsnormen. Als voorbeeld kan volgens Memelink art. 5:14 BW dienen, op grond waarvan bij natrekking als hoofdzaak te gelden heeft de zaak die een aanmerkelijk hogere waarde heeft of de zaak 'die volgens verkeersopvatting als zodanig wordt beschouwd'. Dogmatisch komt mij dit juist voor, maar ik denk dat het in de praktijk vaak neerkomt op een semantische discussie: bij het vaststellen van een rechtsovertuiging zal worden bezien wat in het verkeer, oftewel in de maatschappij, als juist wordt ervaren. Het verschil in inhoud tussen de rechtsovertuiging uit art. 3:12 BW en de verkeersopvatting is naar mijn smaak dan niet groot. Ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 383 zien minder grote verschillen tussen de verkeersnorm en de rechtsovertuiging dan Memelink: de verkeersopvatting is een '(...) *verbijzondering van de in Nederland levende rechtsovertuigingen, waarmee blijkens art. 3:12 BW moet worden rekening gehouden.*' Op dezelfde lijn begeeft zich B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon. BW A-20), die in nr. 12 naar voren brengt dat de 'rechtsovertuiging' waar art. 3:12 BW naar verwijst een hogere hiërarchie heeft dan de verkeersopvatting. In nr. 19-24 determineert Rogmans de wijze waarop de verkeersopvattingen zouden moeten worden vastgesteld: door te kijken naar de wet, rechtspraak, gebruikelijke contractvoorwaarden, literatuur, het gedrag van verzekeraars en verzekerden, en tot slot door een opinieonderzoek uit te voeren.

Het derde aanknopingspunt van art. 3:12 BW wordt gevormd door maatschappelijke en persoonlijke belangen.

De *persoonlijke* belangen waar art. 3:12 BW naar verwijst, verschillen uiteraard van geval tot geval. Bij *maatschappelijke* belangen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de openbare orde, aan grondrechten die dienen te worden gerespecteerd, of aan fundamentele procesrechtelijke normen als hoor en wederhoor: zie Losbladige Verbintenissenrecht, aant. 26 (Stein) bij art. 3:12 BW.

Tussen de in art. 3:12 BW genoemde factoren bestaat geen rangorde. Het precieze belang van de in art. 3:12 BW genoemde ijkpunten hangt van de feiten en omstandigheden van elk geval af.

Wolters tracht in zijn proefschrift duidelijkheid te scheppen over de werking van de redelijkheid en billijkheid en geeft een overzicht van omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Hij onderscheidt in de in aanmerking te nemen factoren een aantal 'hoofdcategorieën' of 'benaderingswijzen': (i) normen (vrij vertaald alle geschreven of ongeschreven rechtsregels die de redelijkheid en billijkheid inkleuren: Wolters (2013), p. 59-103), (ii) gedragingen en gebeurtenissen (feitelijk waarneembare omstandigheden: Wolters (2013), p. 105-140), (iii) kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking (zoals de maatschappelijke positie of professionaliteit: zie Wolters (2013), p. 143-190), (iv) de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking (zoals de vertrouwensrelatie tussen partijen: zie Wolters (2013), p. 191-228), (v) de betrokken belangen van partijen en derden (Wolters (2013), p. 229-270), en (vi) evenwicht (volgens de auteur komt hier het relatieve gewicht van alle factoren in terug: Wolters (2013), p. 271-303)).

6 Doorwerking van grondrechten in de redelijkheid en billijkheid

Zoals in het vorige nummer uiteen is gezet, geeft art. 3:12 BW aan dat de redelijkheid en billijkheid onder meer worden ingevuld door algemeen erkende rechtsbeginselen en in Nederland levende rechtsovertuigingen. Hierin wordt veelal een opening gezien om grondrechten in het vermogensrecht toe te laten. Grondwettelijke beginselen en rechten en verplichtingen die voortvloeien uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de

Mens, het EU-Handvest of de Grondwet kunnen op deze manier indirect doorwerken in het privaatrecht. De directe werking van grondrechten, dat wil zeggen een private partij kan daar direct een beroep op doen jegens haar private wederpartij, wordt in Nederland niet aanvaard, mede omdat grondrechten zijn geschreven voor de verhouding overheid versus burger. Wel is mogelijk dat grondrechten indirect horizontaal – dat wil zeggen in private verhoudingen – hun werking doen gevoelen, onder meer via de open norm van de redelijkheid en billijkheid. De gedachte is dat grondrechten laten zien welke waarden een maatschappij van belang acht, zodat deze waarden – voor zover in privaatrechtelijke verhoudingen relevant – een indirecte rol kunnen spelen bij bijvoorbeeld de vraag wat de redelijkheid en billijkheid in een bepaalde situatie meebrengen.

De Hoge Raad heeft zich nog niet in expliciete bewoordingen uitgesproken over de mogelijke doorwerking van grondrechten in het privaatrecht, maar de literatuur is daar stilaan van overtuigd. Voor de doorwerking van grondrechten in het aansprakelijkheids- en contractenrecht zie onder meer O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. UU), München: Sellier 2007; J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss. UU), Den Haag: BJU 2013; C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law* (diss. UvA): Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn, 2007; C.H. Sieburgh, 'De betekenis van grondrechten voor het algemene vermogensrecht', in: J.H. Gerards en C.H. Sieburgh (red.), *Fundamentele rechten*, Deventer: Kluwer 2013, p. 429–452, die op p. 429–432 ingaat op een aantal technieken om grondrechten te laten doorwerken in het algemene vermogensrecht (via invulling van open normen zoals art. 6:248 BW, de toetsing van regels en de gebondenheid van de rechter aan grondrechten); J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht* (preadvies NVvR), Deventer: Kluwer 2003; L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. UU), Deventer: Kluwer 1992; F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (Mon. BW B54), Deventer: Wolter Kluwer 2016, nr. 15. Zie voorts Losbladige Verbintenissenrecht, aant. 4c (Mak) bij art. 6:2 BW, waar Mak een aantal voorbeelden noemt waaruit de invloed van grondrechten op de redelijkheid en billijkheid blijkt. De doorwerking van grondrechten in private verhoudingen is overigens niet onomstreden. Vooral tegen directe werking van grondrechten, oftewel de mogelijkheid voor een private partij om zich jegens zijn wederpartij direct te beroepen op grondrechten, worden bezwaren geuit. Zo wordt er wel op gewezen dat grondrechten zich veelal tot de overheid richten en zich daarom niet zonder meer lenen voor directe toepassing in private verhoudingen. Daarnaast wordt naar voren gebracht dat directe werking van grondrechten erin zou resulteren dat de aansprakelijkheid van een partij vaststaat zodra inbreuk is gemaakt op een grondrecht, zonder dat nog een nadere privaatrechtelijke afweging kan plaatsvinden. Voorts wordt een bezwaar tegen directe werking van grondrechten gezien in een te grote beperking die zulks voor de rechten van private partijen zou betekenen. Directe werking van het gelijkheidsbeginsel in contractuele verhoudingen zou de contractsvrijheid bijvoorbeeld te zeer beperken. Zie voor het voorgaande uitgebreider Smits, *ibid.*, p. 15–19, en p. 36–49, waar hij kort de wijze beschrijft waarop in het Duitse, Zuid-Afrikaanse en Engelse recht de grondrechten doorwerken. Gezien de bezwaren tegen de directe werking van grondrechten vindt de doorwerking van grondrechten tussen private partijen in Nederland in de regel indirect plaats, dat wil zeggen via open normen als de redelijkheid en billijkheid, goede zeden en de maatschappelijke betamelijkheid.

Een voorbeeld van een dergelijke indirecte doorwerking van grondrechten in de redelijkheid en billijkheid kan worden ontleend aan HR 12 december 2003, *NJ 2004*, 117 (*Hiv-test*). Aan de orde was de vraag of een patiënt verplicht kon worden om medewerking te verlenen aan een bloedtest. Bij de vraag of een dergelijke verplichting uit art. 6:162 BW of de redelijkheid en billijkheid voortvloeide, werd onder meer aandacht besteed aan het in art. 10 en 11 Gw verankerde recht op privacy. Dit grondrecht speelde dus indirect een rol bij de afweging door de rechter.

Zie voorts Hof Amsterdam 24 februari 2009, *NJ 2010*, 657 (tussenarrest) en 29 september 2009, *NJ 2010*, 658 (eindarrest), waar het hof oordeelde over de vraag of een schotelantenverbod naar maatstaven van