

VU Research Portal

Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm

Bakker, P.S.

2012

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bakker, P. S. (2012). *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm*. [, Vrije Universiteit Amsterdam]. Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm

RECHT EN PRAKTIJK – CONTRACTEN- EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Onder redactie van prof. mr. R.P.J.L. Tjittes, mr. R.J.Q. Klomp

- CR1. B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, Algemene voorwaarden
- CR2. B. Wessels, T.H.M. van Wechem, Contracteren in de internationale praktijk
- CR3. A.H. Lamers, Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie
- CR4. C.M.D.S. Pavillon, Open normen in het Europees consumentenrecht
- CA5. K.J.O. Jansen, Informatieplichten
- CA6. P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm
- CA7. F.A. van Tilburg, Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid

Layout: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

ISBN 978-90-13-11056-2
E 978-90-13-11057-9
NUR 822-206

© 2012 P.S. Bakker

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veelevoudigd, 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 de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16*h* t/m 16*m* Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

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

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door 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 Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

VRIJE UNIVERSITEIT

Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad Doctor aan
de Vrije Universiteit Amsterdam,
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. L.M. Bouter,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van de promotiecommissie
van de faculteit der Rechtsgeleerdheid
op dinsdag 18 december 2012 om 15.45 uur
in de aula van de universiteit,
De Boelelaan 1105

door

Popke Sjoerd Bakker

geboren te Heemstede

promotoren: prof.mr. C.E.C. Jansen
prof.mr. G.T.M.J. Raaijmakers

Aan mijn vader

Voorwoord

Aan het begin van dit boek wil ik allereerst terugblikken op het drietal jaren dat aan de gereedkoming ervan voorafging. In de voorbije tijd is mij duidelijk geworden dat het schrijven van een proefschrift weliswaar een in hoofdzaak solitaire bezigheid is, maar niet zonder steun, inspiratie en advies van anderen kan worden volbracht. In de jaren voorafgaand aan – maar ook tijdens – het schrijven van dit boek zijn het vooral mijn paranimfen Pieter Arends en Luuk Reurich geweest, die mij steeds, ieder op eigen wijze, hebben gestimuleerd en gemotiveerd om mijn gedachten over het recht, de gemeenschap en over normativiteit uit te werken en in een proefschrift onder te brengen. Hen wil ik vooraleerst dankzeggen. Dank gaat evenzeer uit naar anderen, die mij in verschillende stadia van het dissertatieproject hebben geholpen mijn gedachten te vormen en te boekstaven. Op deze plaats noem ik er enkelen: Jan Vranken, Willem Zwolve, Coen Drion, Frans Brom, Ton Hol en Carla Sieburgh.

Voor het tot stand komen van een proefschrift zijn ook promotores onontbeerlijk. Geert Raaijmakers en Chris Jansen hebben, eveneens ieder op eigen wijze, het schrijven van dit boek tot een bescheiden feest gemaakt. Voor hun nuttige, opbouwende en soms prikkelende commentaar op de van tijd tot tijd ingeleverde concepten en voor hun begeleiding ben ik hen in even grote mate dankbaar.

Evenzeer ben ik dank verschuldigd aan de leden van de leescommissie – Arthur Hartkamp, Jaap Hijma, Rieme-Jan Tjittes, Harm-Jan de Kluiver en Wouter Veraart – die de bereidheid toonden het manuscript te beoordelen en van nuttig commentaar te voorzien. Hun opmerkingen heb ik zeer gewaardeerd. Uitgeverij Kluwer en de redactie van de serie Recht & Praktijk dank ik voor de bereidheid om dit boek in genoemde serie onder te brengen. Mijn collega's en oud-collega's bij de afdeling Privaatrecht van de faculteit Rechtsgeleerdheid bij de Vrije Universiteit Amsterdam en bij Houthoff Buruma te Amsterdam zeg ik eveneens dank voor de steeds getoonde betrokkenheid bij het onderzoek.

Tot slot wil ik mijn gezin en familie dankzeggen. Mijn vrouw Regina heeft mij met eindeloos geduld en veel praktische wijsheid behoed voor menige misslag. Mijn kinderen Freek en Sophie dank ik voor hun geduld, liefde en grappenmakerij. Mijn moeder dank ik voor haar liefde en aandacht. Zonder hen zou dit proefschrift niet tot stand hebben kunnen komen.

December 2012

Inhoudsopgave

| | |
|---|------|
| Inleiding | xiii |
| 1. Introductie | xiii |
| 2. Opzet en onderzoeksvraag | xiv |
| 3. Methode van onderzoek | xvi |
| 4. Leeswijzer | xvi |
| | |
| Hoofdstuk 1 | |
| Redelijkheid en billijkheid: gedragsnorm of beslissingsnorm? | 1 |
| 1. Introductie | 1 |
| 2. Leeswijzer | 3 |
| 3. Een rechterlijke beslissingsnorm? | 3 |
| 4. Een gemeenschap van redelijken | 5 |
| 5. Billijkheid als sequeel van redelijkheid | 8 |
| 6. Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm | 9 |
| 7. De redelijke rechter | 11 |
| 8. De methodische rol van de redelijkheid en billijkheid | 13 |
| 9. Redelijkheid en billijkheid ten processe | 16 |
| 10. Conclusies | 17 |
| | |
| Hoofdstuk 2 | |
| Redelijkheid en billijkheid als grondslag voor gebondenheid | 19 |
| 1. Inleiding | 19 |
| 2. Doel van het hoofdstuk/leeswijzer | 19 |
| 3. De klassieke gebondenheidsleren | 20 |
| 3.1. Inleiding | 20 |
| 3.2. De wilsleer | 21 |
| 3.3. De vertrouwensleer | 22 |
| 3.4. De wilsvertrouwensleer | 22 |

| | | |
|------|---|----|
| 4. | De alternatieve gebondenheidsleren van Hijma, Smits en Nieuwenhuis | 24 |
| 4.1. | De verklaringsleer van Hijma | 24 |
| 4.2. | De causa-leer van Smits | 25 |
| 4.3. | Nieuwenhuis: drie beginselen van contractenrecht | 26 |
| 5. | Waardering van de drie alternatieve grondslagvisies | 27 |
| 6. | Twee visies op gebondenheid van Engelse bodem | 31 |
| 6.1. | Inleiding | 31 |
| 6.2. | Fried | 31 |
| 6.3. | Atiyah | 32 |
| 6.4. | Waardering van beide grondslagvisies | 33 |
| 7. | Enige Duitse visies op gebondenheid | 34 |
| 7.1. | Canaris | 34 |
| 7.2. | Flume | 35 |
| 7.3. | Larenz | 36 |
| 7.4. | Waardering van de drie besproken grondslagvisies | 37 |
| 8. | Naar een andere grondslag voor gebondenheid | 37 |
| 8.1. | Redelijkheid en billijkheid als grondslag voor gebondenheid | 37 |
| 8.2. | Redelijkheid en billijkheid als grondslag voor opheffing van gebondenheid | 40 |
| 8.3. | Van vrijheid tot gebondenheid | 41 |
| 8.4. | Wil, verklaring en vertrouwen | 44 |
| 9. | Uitleg | 45 |
| 10. | Slot | 48 |

Hoofdstuk 3

| | | |
|------|--|----|
| | Uitleg van commerciële contracten | 51 |
| 1. | Inleiding | 51 |
| 2. | Leeswijzer | 52 |
| 3. | De ontwikkelingsgang van het leerstuk van uitleg | 53 |
| 3.1. | Inleiding | 53 |
| 3.2. | De Haviltex-norm | 54 |
| 3.3. | De CAO-norm | 57 |
| 3.4. | DSM/Fox: een vloeiende overgang | 58 |
| 3.5. | Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm | 60 |
| 3.6. | Uitleg naar redelijkheid en billijkheid | 62 |
| 3.7. | Resultaat | 64 |
| 4. | Uitleg van commerciële contracten | 64 |
| 4.1. | Introductie | 64 |
| 4.2. | Het PontMeyer arrest | 65 |
| 4.3. | Geen “terughoudende rol” redelijkheid en billijkheid | 68 |

Inhoudsopgave

| | |
|---|----|
| 4.4. Geen taalkundige uitleg | 70 |
| 4.5. Een recente ontwikkeling: het arrest UPC/Land | 72 |
| 4.6. Resultaat | 74 |
| 5. Fixatie van het overeengekomene | 74 |
| 5.1. Inleiding | 74 |
| 5.2. Contractuele uitsluiting van de aanvullende redelijkheid en billijkheid | 75 |
| 5.3. Contractuele uitsluiting van de uitlegfunctie van de redelijkheid en billijkheid | 80 |
| 5.4. Het (relatieve) belang van de redactie van het contract | 82 |
| 6. Slot | 84 |

Hoofdstuk 4

| | |
|---|-----|
| Imprévision en de eisen van redelijkheid en billijkheid | 86 |
| 1. Inleiding | 86 |
| 2. Enige karakteristieken van de imprévision-figuur | 89 |
| 2.1. Onvoorzien/onvoorzienbaar | 89 |
| 2.2. Risicosfeer | 91 |
| 2.3. Onverwacht voordeel | 92 |
| 2.4. Verdisconteringsbepalingen | 94 |
| 2.5. Inschakelbepalingen | 96 |
| 3. Imprévision en art. 6:2 BW | 97 |
| 3.1. Inleiding | 97 |
| 3.2. Redelijkheid en billijkheid als begrippen | 98 |
| 3.3. Verhouding tussen art. 6:2 BW en art. 6:248 BW | 100 |
| 4. Imprévision en art. 6:248 BW | 103 |
| 4.1. Het arrest VvE/CSM | 103 |
| 4.2. Betekenis van het arrest | 104 |
| 4.3. Verplichtingen van partijen ingeval van onvoorziene omstandigheden: de visie van Hijma | 106 |
| 4.4. Twee imprévision-situaties geschetst | 108 |
| 4.5. Onderhandelingen kunnen niet steeds worden gevergd | 109 |
| 4.6. Afbreken van de onderhandelingen | 110 |
| 5. Samenvatting | 114 |

Hoofdstuk 5

| | |
|---|-----|
| Ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid | 119 |
| 1. Inleiding | 119 |
| 2. Leeswijzer | 121 |

| | | |
|-----------------------------------|---|-----|
| 3. | Ambtshalve aanvulling | 121 |
| 3.1. | Binnen de grenzen van de rechtsstrijd | 121 |
| 3.2. | Buiten de grenzen van de rechtsstrijd | 122 |
| 4. | Ambtshalve aanvulling van de redelijkheid en billijkheid | 123 |
| 4.1. | Zijn redelijkheid en billijkheid van openbare orde? | 123 |
| 4.2. | Partijbelangen | 126 |
| 4.3. | Algemeen belang | 132 |
| 5. | Slot | 137 |
| Hoofdstuk 6 | | |
| Samenvatting en conclusies | | 139 |
| 1. | Redelijkheid en billijkheid als grondslag voor gebondenheid | 140 |
| 2. | Uitleg van commerciële contracten | 141 |
| 3. | Imprévision en de eisen van redelijkheid en billijkheid | 142 |
| 4. | Ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid | 144 |
| 5. | Epiloog | 145 |
| Summary | | 147 |
| Literatuurlijst | | 155 |
| Rechtspraakregister | | 181 |
| Trefwoordenregister | | 185 |
| Curriculum vitae | | 187 |

Inleiding

1. Introductie

Algemeen wordt aangenomen dat met de in 1992 gerealiseerde vervanging¹ van de (objectieve) goede trouw door de eisen van redelijkheid en billijkheid geen materiële wijziging van het recht is beoogd.² Niettemin zijn de eisen van redelijkheid en billijkheid sinds hun introductie in het nieuwe Burgerlijk Wetboek van 1992 geen erg rustig bezit te noemen. Gezegd kan worden dat de meningenstrijd over deze norm (pas goed) is ontbrand bij de verschijning in datzelfde jaar van het proefschrift van J.M. Barendrecht.³ Barendrecht ziet in dit proefschrift over vage en scherpe normen de redelijkheid en billijkheid niet alleen als een “geheel vage” norm (p. 52), maar betwist voorts dat deze norm überhaupt in staat is het gedrag van de justitiabelen te beïnvloeden (p. 76).⁴ Het debat over de redelijkheid en billijkheid wordt sindsdien gekenmerkt door een hardnekkige dissensus over de betekenis en reikwijdte

1 De tekst van art. 1374 lid 3 (oud) BW, de voorloper van art. 6:2 lid 1 BW, luidde: “Zij (alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten, PSB) moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht.” Het eerste lid van art. 6:2 BW bepaalt: “Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.”

2 Zie bijv. Wiarda 1988, p. 54-55. Zie over de verhouding tussen de objectieve goede trouw en de vervangende begrippen redelijkheid en billijkheid, met verwijzing naar verdere literatuur, voorts Van Schilfgaarde 1984, p. 219. Zie over art. 1374 lid 3 BW voorts Nieuwenhuis 1988, p. 111 e.v. Vgl. voorts het arrest HR 21 juni 1957, NJ 1959, 91 (Thurkow/Thurkow), waaruit valt op te maken dat de objectieve goede trouw moet worden verstaan als “wat in verband met de aard der overeenkomst en de omstandigheden de redelijkheid en billijkheid aan partijen voorschrijven.”

3 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid; Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en rechtsvorming*, Deventer 1992.

4 In dezelfde zin wordt geoordeeld in het eveneens in 1992 verschenen proefschrift van De Kluiver (*Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer 1992). Aldaar wordt op p. 56 opgemerkt “dat de goede trouw primair een beslissingsregel is die rechters de bevoegdheid geeft concrete rechtsregels te formuleren.” Over de artt. 6:2 en 6:248 BW merkt De Kluiver op p. 39 op dat dit in de eerste plaats “beslissingsregels zijn en dat zij niet bepaald gedrag voorschrijven.”

van deze norm in het privaatrecht.⁵ Die dissensus komt mede tot uitdrukking in de bonte verscheidenheid aan epitheta die in de loop der tijd aan de redelijkheid en billijkheid zijn toegekend. Voor sommigen zijn redelijkheid en billijkheid bijvoorbeeld niet minder dan de “grondnorm” van het verbintenissenrecht, voor anderen daarentegen niets meer of anders dan een “schaamlap” voor rechterlijke rechtsvorming.⁶ De één spreekt van een “alomvattende, alles overstijgende Superregel”, de ander weer van “geen norm” of zelfs in het geheel “niets”.⁷ Deze onderlinge disharmonie tussen de kwalificaties voor de redelijkheid en billijkheid blijkt in de meeste gevallen te herleiden tot één en hetzelfde dogmatische twistpunt, te weten de vraag of redelijkheid en billijkheid primair op te vatten zijn als een vage of open rechterlijke beslissingsnorm dan wel als een partijen bindende gedragsnorm.

2. Opzet en onderzoeksvraag

Dit boek heeft betrekking op genoemde norm van redelijkheid en billijkheid. Deze “controversiële”⁸ norm in al haar facetten te beschrijven of te onderzoeken – voor zover zulks binnen het kader van een promotieonderzoek al doenlijk zou zijn – is echter niet de opzet van dit boek. In plaats van een uitputtende beschrijving van de betekenis en werking van deze centrale norm in het vermogensrecht te willen geven, heb ik ervoor gekozen een viertal (in hoofdzaak) contractenrechtelijke leerstukken⁹ te onderzoeken, waarin de redelijkheid en billijkheid prominent naar voren treden, te weten: de problematiek van contractuele gebondenheid (hoofdstuk 2), de uitleg van (commerciële) contracten (hoofdstuk 3), de problematiek van imprévision

5 Het debat is in de jaren na invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (1992) voortgezet door o.m. L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem*, Zwolle 1993 en M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer 1999. Vgl. over de norm van redelijkheid en billijkheid voorts het proefschrift van C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm*, Maastricht 1998 en het proefschrift van L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen*, deel II, *Vaagheid van normen*, Deventer 2005. Zie voorts het proefschrift van P. Memelink, *De verkeersopvatting*, Meppel 2009.

6 Vgl. respectievelijk Brunner/De Jong 2004, p. 23 en Hesselink 1999a, p. 410. Vgl. voor het Duitse recht Palandt 2011, § 242, sub 1c, waar over „Treu und Glauben” wordt gesproken als het “Grundgebot der Redlichkeit”.

7 Vgl. Drion 2003, p. 2189 en Hesselink 1999a, p. 408. Zie ook Reurich 2005a, p. 172.

8 Drion 2007, p. 433.

9 De term “leerstuk” is voor wat betreft het onderwerp van de ambtshalve toepassing van redelijkheid en billijkheid minder geschikt. Waar hiernavolgend niettemin over “leerstukken” wordt gesproken, wordt genoemd onderwerp daaronder tevens begrepen.

Inleiding

(hoofdstuk 4) en tot slot de ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid (hoofdstuk 5).

Alvorens tot de behandeling van bedoelde vier leerstukken over te gaan lijkt het, in het licht van de hierboven kort geschetste controverse over aard en betekenis van de rechtsnorm van redelijkheid en billijkheid, evenzeer logisch als onvermijdelijk dit onderzoek te laten aanvangen met een (beknopte) studie ten aanzien van de (voor)vraag hoe de norm van redelijkheid en billijkheid primair dient te worden verstaan – als een vage of open rechterlijke beslissingsnorm dan wel als een partijen bindende gedragsnorm, die wortelt in het objectieve recht. De behandeling en beantwoording van deze vraag dient vooraf te gaan aan de behandeling van bedoelde leerstukken, nu (i) het antwoord op deze vraag niet op voorhand duidelijk lijkt, maar (ii) wel van belang is, nu genoemde leerstukken zonder uitzondering in hoge mate met het leerstuk van redelijkheid en billijkheid van doen hebben of daarvan een uitingsvorm zijn en (iii) de te kiezen visie op de norm van redelijkheid en billijkheid daarmee direct van invloed is op de vraag hoe de bedoelde leerstukken moeten worden begrepen. Eerst indien het antwoord op genoemde vraag gevonden is, kan derhalve de bestudering en bespreking van de genoemde leerstukken zinvol worden aangevat.

Aan de hand van de in hoofdstuk 1 te verwerven visie op redelijkheid en billijkheid zal vervolgens worden gezien of een beter begrip verkregen kan worden van de werking van redelijkheid en billijkheid in het overeenkomstenrecht en in het burgerlijk proces. *Leitmotiv* bij de bestudering van de vier gekozen leerstukken zal zijn de vraag in hoeverre de in hoofdstuk 1 gemaakte keuze noopt tot het bijstellen van gangbare dogmatische inzichten en tot bijstelling van gangbare inzichten omtrent de rol die de rechter respectievelijk partijen in de betreffende leerstukken toekomt.

Op grond van het voorgaande kom ik tot de volgende onderzoeksvraag:

- 1 a) Hoe dient de norm van redelijkheid en billijkheid *primair* te worden verstaan – als een vage of open rechterlijke beslissingsnorm dan wel als een partijen bindende gedragsnorm?
- 1 b) In hoeverre noopt het antwoord op de voorgaande vraag tot het bijstellen van gangbare dogmatische inzichten en tot bijstelling van gangbare inzichten omtrent de rol die de rechter respectievelijk partijen in de betreffende leerstukken toekomt?

3. Methode van onderzoek

Als het aankomt op de methode, waarmee tot beantwoording van deze onderzoeksvragen zal worden gekomen, geldt het volgende. Rechtswetenschap is een *normatieve* wetenschap en zulks in dubbele zin: enerzijds houdt de rechtswetenschap zich bezig met de bestudering van (een systeem van) normen en handelingen, anderzijds is het rechtswetenschappelijk onderzoek zelf steeds onderworpen aan de standaarden (normen) die in de rechtspraktijk worden gehanteerd. “Om gezag te hebben, dat wil zeggen, om invloed uit te oefenen op de beslissingen van gezagsdragers als wetgever en rechter, zullen voor de uiteindelijke bevindingen van het onderzoek goede redenen moeten worden aangevoerd.”¹⁰ Inzet van dit proefschrift is het verschaffen van dergelijke “goede redenen”. Een en ander zal primair geschieden door middel van analyse en interpretatie van wetgeving, rechtspraak en literatuur aangaande het Nederlandse recht. Waar dit zinvol kan worden geacht, zal bij tijd en wijle tevens melding worden gemaakt van (opvattingen ten aanzien van) buitenlands recht.

Rechtswetenschap is – evenals andere geesteswetenschappen – bij uitstek ook een ‘verstehende’ wetenschap.¹¹ In een verstehende wetenschap zijn begrijpen, uitleggen en toepassen de centrale figuren.¹² In het recht staat het verstaan (d.w.z. het duiden van de normatieve betekenis) van taaluitingen centraal, waarbij eerst en vooral te denken is aan verdragen, wetsteksten, contracten en rechterlijke uitspraken. Dit proefschrift staat blijkens het voorgaande primair in het teken van het beter begrijpen, beter beschrijven en beter toepassen van de in art. 6:2 lid 1 BW vervatte norm van redelijkheid en billijkheid, met name bezien tegen het licht van de hiervoor genoemde vier leerstukken. Intuïtief uitgangspunt bij het aanvangen van dat onderzoek zal zijn, dat redelijkheid en billijkheid (i) wel degelijk een norm vormen, (ii) waarvan de inhoud zich wel degelijk (tot op zekere hoogte) laat beschrijven respectievelijk concretiseren.

4. Leeswijzer

Zoals gezegd zal in hoofdstuk 1 de prealabele vraag worden beantwoord of de redelijkheid en billijkheid als een rechterlijke beslissingsnorm dan wel als een partijen

10 Smith e.a. 2008, p. 685-690.

11 Vgl. Gadamer 1990, p. 330 e.v., Larenz 1991, p. 204 en Engisch 2005, p. 73 e.v. Vgl. voorts Smith e.a. 2008, t.a.p. en Reurich 2005a, p. 33.

12 Reurich 2005a, t.a.p.

Inleiding

bindende gedragsnorm moeten worden opgevat. Nadat deze vraag is beantwoord, zal het gekozen antwoord worden gebruikt met het oog op de bestudering en behandeling van de diverse leerstukken. Het eerste, in hoofdstuk 2 te behandelen leerstuk is dat van de contractuele gebondenheid. Bezien zal worden in hoeverre de redelijkheid en billijkheid die gebondenheid (mede) kunnen helpen verklaren. Hoofdstuk 3 staat in het teken van de uitleg van commerciële contracten en vooral van de rol van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid daarbij. In hoofdstuk 4 staat de problematiek van onvoorziene omstandigheden centraal en met name de verhouding tussen de artt. 6:2 BW, 6:248 BW en 6:258 BW. Hoofdstuk 5 heeft betrekking op de vraag of respectievelijk in hoeverre de redelijkheid en billijkheid in rechte ambts-halve behoren te worden toegepast. In hoofdstuk 6 worden de lijnen van de diverse leerstukken bij elkaar gebracht, worden de in § 2 hiervoor genoemde onderzoeksvragen beantwoord en worden enige conclusies getrokken.

1 Redelijkheid en billijkheid: gedragsnorm of beslissingsnorm?

1. Introductie

Het eerste lid van art. 6:2 BW bepaalt kort en krachtig:

“Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.”

Over de vraag hoe de in dit artikel weergegeven redelijkheids- en billijkheidsnorm moet worden begrepen wordt verschillend gedacht.¹ In de oudere literatuur over de (objectieve) goede trouw – de voorloper van de redelijkheid en billijkheid – wordt deze norm door veel auteurs primair als *gedragsnorm* voor de justitiabelen opgevat.² In de meer recente literatuur ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid wordt daarentegen veeleer het accent gelegd op de redelijkheid en billijkheid als open of vage beslissingsnorm die de *rechter* ter hand neemt bij het beoefenen van rechtvaardige geschilbeslechting in het concrete geval.³

Het voorgaande roept de vraag op hoe de eisen van redelijkheid en billijkheid primair dienen te worden opgevat: als een gedragsnorm, die op partijen rust of veeleer als een beslissingsnorm die de rechter ter hand neemt bij het beslechten van juridische conflicten?⁴ Deze vraag is niet van belang ontbloot: wie de nadruk legt op de

1 Art. 6:2 lid 1 BW wordt geregeld als *grondregel* van het verbintenissenrecht aangemerkt; zie bijv. Wiarda 1988, p. 54. Zie in dezelfde zin Pitlo 1964, p. 183, met betrekking tot art. 1374 lid 3 (oud) BW. Zie voorts Van der Grinten 1965, p. 59. Zie ook Meijers 1918, p. 143. Vgl. voor het Duitse recht Palandt 2001, § 242, sub 1c, waar over “Treu und Glauben” wordt gesproken als het “Grundgebot der Redlichkeit”.

2 Zie bijv. Eggens 1937, p. 436 en op talloze andere plaatsen in zijn verzameld werk. Zie voorts De Wolf 1979, p. 39-40, Van der Grinten 1953, p. 30 en Van Brakel 1948, § 376. Zie verder Asser-Rutten 4-II (6^e druk), p. 245 e.v., Van der Werf 1982, p. 18. Zie ook Schoordijk 1984, p. 9 en Van Dunné 1980a, p. 103. Vgl. voorts Lokin 1995, p. 52-53.

3 Zie onder meer Barendrecht 1992, p. 6 e.v. Zie voorts Van Zaltbommel 1993, p. 60-62, Hesselink 1999a, p. 408 alsmede Smith 1998, p. 179.

4 Zie in de laatste zin Van Zaltbommel 1993, p. 39 e.v. Zie ook Koelemeijer 1999, p. 29 alsmede Smith 1998, p. 151 e.v.

redelijkheid en billijkheid als rechterlijke beslissingsnorm, zal vooral de rol van de rechter bij de toepassing van deze norm willen benadrukken en mogelijk zelfs concluderen tot een samenval tussen genoemde norm en de (rol van de) rechter. Wie echter meent dat redelijkheid en billijkheid niet samenvallen met het oordeel van de rechter omtrent hetgeen redelijk en billijk te achten is, maar primair een door de wet aan partijen opgelegde eis behelzen tot redelijk en billijk gedrag over en weer, zal tevens de overtuiging bezitten dat redelijkheid en billijkheid een gedragsnormerende kracht bezitten die zich los van het oordeel van de rechter in de rechtsverhouding van partijen manifesteert. In deze visie worden redelijkheid en billijkheid niet vereenzelvigd met het oordeel van de rechter, maar maken zij als gedragsnorm deel uit van het (objectieve) recht.⁵ In deze visie is het niet de rechter, maar veeleer genoemde gedragsnorm zelf die het tussen partijen overeengekomene kan aanvullen of beperken indien partijen achterblijven ten opzichte van hetgeen door het objectieve recht van hen aan redelijkheid en billijkheid wordt geëist.⁶

Consequentie van deze laatste visie op de redelijkheid en billijkheid is dat het gedrag van partijen bij de vaststelling van wat redelijk en billijk is aan betekenis wint, terwijl de rol van de rechter – althans dogmatisch bezien – te dezen aan prominentie inboet. Het is immers in de laatste visie eerst en vooral het *gedrag* van partijen zelf dat, bezien in het licht van de overige omstandigheden van het geval, voor het objectieve recht aanleiding kan zijn om – aanvullend en/of derogierend – in de rechtsverhouding tussen partijen in te grijpen. Uit het feit dat aldus het gedrag van partijen mede van betekenis is voor het vaststellen van hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt geëist, volgt logischerwijze tevens dat partijen door hun gedragingen op die vaststelling zelf mede invloed kunnen uitoefenen. In de woorden van Reurich:

“Het gedrag van partijen wordt niet alleen beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid, de eisen van redelijkheid en billijkheid worden ook beheerst door het gedrag van partijen. De laatste cryptische toevoeging beoogt duidelijk te maken dat het gedrag van partijen meeweegt bij de vaststelling van de eisen van redelijkheid en billijkheid. Wie zich constructief opstelt ten aanzien van een door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie versterkt zijn positie terwijl onverschilligheid jegens de ander zijn positie juist verzwakt.”⁷

5 In deze zin bijv. Hartkamp 2005, p. 230 en Van Dunné 1976, p. 855. Zie voorts Van der Grinten 1978, p. 21 e.v.

6 Vgl. Van Schilfgaarde 1999, p. 440.

7 Reurich 2003, p. 52.

2. Leeswijzer

Gelet op de hiervoor geschetste, uiteenlopende consequenties van elk der beide visies op redelijkheid en billijkheid zal hiernavolgend allereerst worden gezien op welke van de twee hiervoor genoemde wijzen de redelijkheid en billijkheid als norm respectievelijk als begrippen dienen te worden verstaan. Het betoog vangt in § 3 daarom aan met een weergave van de opvattingen van enkele recente(re) auteurs, die alle in meer of mindere mate de nadruk leggen op de redelijkheid en billijkheid als rechterlijke beslissingsnorm. In § 4-7 wordt de meer klassieke visie op redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm daartegenover geplaatst en wordt tussen beide een keuze gemaakt. In § 8 wordt vervolgens stilgestaan bij de vraag hoe de gekozen visie op redelijkheid en billijkheid zich verhoudt tot enkele recente studies, waarin, naar Duits voorbeeld, de *methodische* rol van de redelijkheid en billijkheid wordt belicht. In de daaropvolgende paragraaf wordt kort stilgestaan bij de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid en het parallelle begrip van de goede procesorde. § 10 bevat enige conclusies.

3. Een rechterlijke beslissingsnorm?

De visie dat redelijkheid en billijkheid primair als rechterlijke beslissingsnorm dienen te worden aangemerkt is onder meer verkondigd door De Kluiver. Hij stelt in zijn in 1992 verschenen proefschrift “dat de goede trouw primair een beslissingsregel is die rechters de bevoegdheid geeft concrete rechtsregels te formuleren.”⁸ Over de artt. 6:2 en 6:248 BW merkt hij op dat dit in de eerste plaats “beslissingsregels zijn en dat zij niet bepaald gedrag voorschrijven.”⁹ Deze visie op redelijkheid en billijkheid leidt, aldus De Kluiver, “tot het accentueren van de rol van de rechter en kent deze een betrekkelijk grote beslissingsvrijheid toe.”¹⁰

Een andere aanhanger van deze denkwijze is Hesselink. Deze stelt in zijn uit 1999 daterende proefschrift dat de redelijkheid en billijkheid een “volledig open norm”

8 De Kluiver 1992, p. 56.

9 De Kluiver 1992, p. 39 (curs. PSB). Zie in dezelfde zin ook Barendrecht 1992, p. 6 e.v. Barendrecht ziet de redelijkheid en billijkheid niet alleen als een “geheel vage” norm (p. 52), maar betwist voorts dat deze norm überhaupt in staat is het gedrag van de justitiabelen te beïnvloeden (p. 76).

10 De Kluiver 1992, p. 40.

vormen en derhalve niet eens als norm kunnen worden gezien.¹¹ Wat gebruikelijk voor de “inhoud” van de redelijkheid en billijkheid doorgaat (zijns inziens: de functies van aanvulling, beperking en uitleg), behelst naar zijn opvatting in feite niets meer dan een weergave van de (rechtsvormende) taken van de rechter (aanvulling, beperking, concretisering).¹² Redelijkheid en billijkheid zijn ook in deze visie dus niets meer dan rechterlijke beslissingsregels.¹³ Bij het hanteren van die beslissingsregels (concretiseren, aanvullen en beperken) komt ook volgens Hesselink de rechter discretie, vrijheid toe.¹⁴ In het licht van deze vrijheid heeft het rechterlijk oordeel in de visie van Hesselink noodzakelijkerwijs een sterk *subjectief* karakter:

“Er lijkt geen reden te bestaan voor de rechtswetenschap te proberen te achterhalen hoe de rechter tot zijn oordeel moet komen. Evenmin als daartoe reden is ten aanzien van de oordeelsvorming door de wetgever. Niemand zal het bijvoorbeeld in zijn hoofd halen te zeggen dat de wetgever moet proberen meer billijkheid te realiseren. De individuele leden van het parlement stemmen op grond van hun eigen subjectieve opvatting over wat het beste is. Ook de rechter geeft zijn eigen (subjectief) oordeel over de wijze

11 Hesselink 1999a, p. 408. Vgl. Snijders 1999, p. 793 en Reurich 2005a, p. 172. Zie voorts Wiarda 1988, waar op p. 28-29 wordt opgemerkt: “Toch zijn er termen die aan de rechterlijke autonomie een nog groter speelveld laten dan reeds het geval is met begrippen als overmacht en huwelijksontwrichting. Zijn deze nog geschikt bij ons bepaalde voorstellingen op te roepen van hetgeen de wetgever voor ogen heeft gestaan, dit is bij voorschriften als art. 1374 BW, volgens hetwelk overeenkomsten te goeder trouw moeten worden ten uitvoer gebracht, en 1375 BW volgens hetwelk de overeenkomst, behalve tot hetgeen uitdrukkelijk werd afgesproken, ook nog verbindt tot al hetgeen door de billijkheid wordt gevorderd, *nauwelijks meer het geval*. En gaat het bij de artikelen 1374 en 1375 BW nog om hetgeen in een contractuele verhouding partijen naar redelijkheid en billijkheid tegenover elkaar verplicht zijn, artikel 1401 BW beslaat een nog aanmerkelijk ruimer gebied. Sinds de Hoge Raad in 1919 de daarin voorkomende term “onrechtmatig” door interpretatie duidde als omvattende onder meer al hetgeen in strijd is met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid tegenover eens anders persoon of goed, kan men zeggen dat de wetgever aan de rechter een het gehele maatschappelijk verkeer omspannende aanvullende normeringsbevoegdheid heeft gegeven, waarbij hij geheel op eigen rechtsbesef is aangewezen.” (curs. PSB).

12 Hesselink 1999a, p. 435. Zie ook Hesselink 1999b, p. 692: “Mijn stelling is nu dat voor functies van de redelijkheid en billijkheid wordt aangezien, wat in werkelijkheid de normale taken van de rechter zijn bij de toepassing van abstracte regels in concrete gevallen.”

13 Hesselink 1999b, p. 692. Vgl. Rùthers 2005, p. 48 e.v., alwaar op p. 55 “Treu und Glauben” als dekmantel voor rechterlijke rechtsvorming ten tonele worden gevoerd: “Nicht aus der Generalklausel sprudelt das Recht hervor, sondern der Richter schafft unter Berufung auf diesen Grundsatz neues Recht: Richterrecht.”

14 Hesselink 1999a, p. 404.

Redelijkheid en billijkheid: gedragsnorm of beslissingsnorm?

waarom¹⁵ in het gegeven geval de regels geconcretiseerd, aangevuld, gecorrigeerd moeten worden.”¹⁶

Hesselink heeft met zijn hiervoor weergegeven visie op redelijkheid en billijkheid als “volledig open” rechterlijke beslissingsnorm bijval ondervonden van Koelemeijer. Koelemeijer merkt in haar eveneens in 1999 verschenen proefschrift over de redelijkheid en billijkheid binnen kapitaalvennootschappen op dat de in art. 2:8 BW¹⁷ bedoelde redelijkheid en billijkheid

“zelfs het minimum aan scherpte (missen) om als een norm voor gedrag te kunnen fungeren.”¹⁸

Redelijkheid en billijkheid zijn derhalve ook voor Koelemeijer niet een gedragsnorm, maar veeleer een tot de *rechter* gerichte, open beslissingsnorm.¹⁹ Ook Pavillon lijkt in haar recente proefschrift zich achter deze denklijn te scharen, waar zij open normen eveneens voornamelijk vanuit rechterlijk oogpunt lijkt te bezien.²⁰

4. Een gemeenschap van redelijken

De in de voorgaande paragraaf vermelde visie kan niet als juist worden aanvaard. Redelijkheid is niet voorbehouden aan de rechter, maar is een diep in het maatschappelijke gebeuren geworteld, menselijk *handelingspatroon*, dat constitutief moet

15 Bedoeld zal zijn: waarop.

16 Hesselink 1999a, p. 404-405.

17 Art. 2:8 BW vormt de rechtspersonenrechtelijke pendant van art. 6:2 BW. Het eerste lid van art. 2:8 BW luidt: “Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.”

18 Koelemeijer 1999, t.a.p. Zie ook Abas e.a. 2003, p. 17.

19 Koelemeijer 1999, t.a.p. Vgl. Groeneveld-Louwerse 2004, p. 103.

20 Pavillon 2012. Enigszins anders luidt de opvatting van C.E. Smith. Voor Smith (Smith 1998, p. 179) vormen redelijkheid en billijkheid niet zozeer een beslissingsnorm voor de rechter, maar verwijzen zij naar een *houding* die de rechter als geschilbeslechter dient in te nemen. Weliswaar moet blijkens Smith’s proefschrift de rechter oordelen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, maar een dergelijke beoordeling verwijst in de optiek van Smith niet naar “maatstaven die ergens in het recht of in haar politieke of morele fundamenten verborgen liggen, maar naar een *dispositie* (curs. in orig.). Oordelen naar de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid verwijst naar de intellectuele en ethische deugden van de rechter die noodzakelijk zijn om een gegeven geval in overeenstemming met het ideaal van de gerechtigheid te beslissen.”. Zie over deze opvatting nader Claes 2003, p. 326.

worden geacht voor elke vorm van zinvol menselijk samenleven.²¹ De Belgische filosoof Herman Parret schrijft:

“(…) Het is immers voor het samenzijn en de interactie tussen personen van het grootste belang dat ze redelijk zijn: meer nog dan dat ze intelligent, efficiënt, grootmoedig en genereus zijn. Een aandurende onredelijkheid binnen de gemeenschap zou de mogelijkheid om met elkander samen te leven vernietigen.”²²

Leden van een gemeenschap dienen derhalve redelijk te handelen. Maar wat *is* redelijk handelen? Het contextgebonden karakter van de redelijkheid verhindert dat het antwoord hierop in steen gehouwen is. Wat redelijk handelen is, is steeds afhankelijk van contextuele factoren als tijd en plaats.²³ Evenals bij andere open begrippen, zijn de omstandigheden van het geval steeds beslissend voor het antwoord op de vraag wat op zeker moment redelijk handelen te noemen is.²⁴ Het begrip is om deze reden weliswaar niet vastomlijnd te noemen, maar is evenmin te beschouwen als een “pseudonormative Leerformel”, waaraan willekeurig welke betekenis kan worden toegedicht. Aldus ook Karl Larenz, die opmerkt dat open begrippen, zoals redelijkheid, niet “schlechthin inhaltslos” zijn:

„Vielmehr enthalten sie jeweils einen spezifischen Rechtsgedanken, der sich zwar jeder begrifflichen Definition entzieht, aber durch allgemein akzeptierte Beispiele verdeutlicht werden kann.”²⁵

De betrekkelijke onscherpheid van het begrip redelijkheid laat onverlet dat de karakteristieken van redelijkheid en van redelijk gedrag steeds in grote lijnen dezelfde zijn. Zo kan over de redelijke persoon in algemene zin worden opgemerkt dat deze rationaliteit steeds aan ethisch besef weet te paren.²⁶ Zijn rationaliteit is er, met

21 Parret 1989, p. 15.

22 Parret 1989, p. 13.

23 Redelijkheid is, evenals het aanverwante begrip rationaliteit, in hoge mate “situation-specific”. Vgl. Taliaferro 2005, p. 372, Commers 2011, p. 266 en Brown 1988, p. 195-196.

24 Vgl. onder (veel) meer Hesselink 1999a, p. 182, Keirse 2003, p. 117 en Schrama 2000, p. 127.

25 Aldus met betrekking tot o.m. Treu und Glauben: Larenz 1991, p. 223. Anders: Rütters 2005, p. 48 e.v.

26 Vgl. Gadamer 1978, pp. 148-150 en 181, waar deze beschrijft dat Plato reeds betoogde dat naast λόγος (rede) ook φρόνησις (redelijkheid, oordeelkundigheid, morele verstandigheid) noodzakelijk is voor het (langs de weg van de dialectiek) verwerven van werkelijke kennis. Zie voorts Bernstein 1982, p. 823-845, m.n. p. 833. Zie over het begrip φρόνησις in een juridische context voorts Smith 1998, p. 172 e.v. alsmede Hartendorp/Wagenaar 2004, p. 82 e.v. Zie over φρόνησις voorts Maris/Jacobs 1997, p. 69. Zie ook Schut, p. 129, Kornet 2006, p. 52, Assink 2007, p. 61 e.v. en Smith 1998, p. 151-198.

andere woorden, niet enkel met het oog op het dienen van de *eigen* belangen, maar dient mede ter vervulling van de ethische plicht om de gerechtvaardigde belangen van de *ander* in het vizier te houden en aldus, om het met Eggen te zeggen, “de ander als persoon te respecteren”.²⁷ De redelijke mens denkt derhalve na alvorens te handelen, houdt in voldoende mate rekening met anderen en rekent zich niet rijker dan hij is.²⁸ De redelijke persoon weet, kortom, steeds in alles het “juiste midden” te bewaren.²⁹ In de woorden van Aristoteles:

“Het is niet iemand die in negatieve zin op zijn rechten staat, maar hij neemt met minder genoegen dan waarop hij recht heeft, hoewel hij de wet aan zijn zijde heeft. Zo’n man is redelijk en deze dispositie is redelijkheid; het is een vorm van rechtvaardigheid en niet een dispositie die daarvan verschilt.”³⁰

Redelijkheid kan, zo moge inmiddels duidelijk zijn, niet in afzondering worden betracht, het is geen solipsistische bezigheid. Het is bij uitstek een *sociale* praxis, het ligt aan de basis van het samenleven.³¹ Redelijkheid stelt de subjecten in staat om *begrip* voor elkaar op te brengen, om zich jegens elkaar behoorlijk en zorgvuldig, d.w.z. volgens elementaire regels van maatschappelijk fatsoen te gedragen.³² Door over en weer elkaars redelijkheid te vooronderstellen en te erkennen constitueren subjecten als het ware een “gemeenschap van redelijken”,³³ waarin ieder subject in beginsel wordt geacht redelijk te zijn en daarom door diezelfde gemeenschap te

27 Zie Eggen 1949, p. 200: “Want persoon is hij die zich van zichzelf bewust geworden is. En deze zelf-bewustwording, zelf-onderscheiding, zelf-objectivering als zedelijk wezen, houdt in dat men zich “de anderen” bewust wordt als “andere ikken”, andere personen die ik te eerbiedigen heb “als mijzelf”, omdat zij – in hun anders-zijn – aan mij wezensgelijk (identiek) zijn.” Zie ook Nieuwenhuis 1989, p. 184 e.v., met verwijzing naar Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, par. 36. Vgl. voorts Hijma 1988, p. 31 en 32. Zie voorts Larenz/Wolf 2004, p. 284 en Van Woudenberg 1996, p. 290-291.

28 Zie (ook over het verschil tussen *reason* en *rationality*) Scanlon 1998, p. 192.

29 Aristoteles Ethica Nicomachea, Boek 5 (1107a1-5), p. 109.

30 Aristoteles Ethica Nicomachea, Boek 5 (1137b7-1138a3), p. 185. Vgl. Palandt 1985, § 242, sub 1d: “§ 242 beruht auf dem Gedanken, daß jedem Recht sozialethische Schranken immanent sind; er verpflichtet zu einer sozial angem RAusüb”. Vgl. voorts Larenz/Wolf 2004, p. 284 en Brown 1988, p. 183 e.v.

31 Parret 1989, p. 15. Zie ook Brown 1988, p. 187.

32 Liesmann 1999, p. 50. Vgl. De Kluiver 1992, p. 35.

33 Deze term is ontleend aan Commers 2009, p. 304. De term vertoont verwantschap met Perelman’s concept van de “universal audience”, welke bestaat uit allen die “enlightened” en “reasonable” zijn. Zie voor een bespreking van Perelman’s gedachtegoed op dit punt Alexy 2010, p. 160 e.v.

allen tijde op zijn redelijkheid(sgehalte) mag worden aangesproken.³⁴ In zo'n gemeenschap dienen de subjecten steeds *in te staan* voor hun verklaringen en gedragingen en deze desgevraagd jegens (elkaar als leden van) de gemeenschap te kunnen *verantwoorden*.³⁵ Redelijkheid heeft ten opzichte van de samenleving derhalve een formerende en een normerende functie.

De samenleving is tegelijk ook *rechtsgemeenschap*.³⁶ Leden van de samenleving maken automatisch ook deel uit van de rechtsgemeenschap.³⁷ Het blijktens het voorgaande in de samenleving geldende redelijkheidsgebod (en de verantwoordingsplicht die daarvan de keerzijde vormt) is daarmee ook in de rechtsgemeenschap ten volle van kracht. Dit komt onder meer tot uitdrukking in de in art. 6:2 BW verankerde (basis)regel dat iedere schuldeiser en iedere schuldenaar verplicht zijn “zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid.” Omdat deze regel moet worden gezien als een *afgeleide* van het hiervoor genoemde algemene maatschappelijke redelijkheidsgebod is het niet verwonderlijk dat de toepassing van deze regel in de praktijk niet tot verhoudingen van enkel schuldeisers en schuldenaren is beperkt. Gezegd wordt dan ook wel dat deze grondregel van het verbintenissenrecht het gehele vermogensrecht “doorschrijdt en overschrijdt.”³⁸

5. Billijkheid als sequel van redelijkheid

Zou, blijkens het voorgaande, de redelijkheid als een diep in de maatschappij verankerd – en voor het welslagen van die maatschappij onontbeerlijk – handelingspatroon kunnen worden opgevat, van de *billijkheid* kan worden gezegd dat deze in zekere zin op de redelijkheid voortbouwt en deze completeert. Het begrip is onder de naam *επιείκεια* door Aristoteles ontwikkeld als correctiemechanisme naast de

34 Vgl. Scanlon 1998, p. 268-269. Redelijkheid vormt, met andere woorden, een dispositie die niet enkel van de rechter mag worden gevorderd (vgl. Smith 1998, p. 179), maar van *elk* lid van de gemeenschap mag worden geëist.

35 Zie hierover ook Reurich 2005a, p. 22. Vgl. voorts Brown 1988, p. 183 en Bakker 1984, p. 220.

36 “Het maatschappelijk geheel en de rechtsgemeenschap zijn geen gescheiden grootheden.”, aldus W.C.L. van der Grinten in Van der Grinten 1953, p. 28.

37 Zie over het verband tussen recht en gemeenschap ook Engisch 2005, p. 2: “Das Recht aber ist Wesenselement der Gemeinschaft. Es geht uns daher unvermeidlich an.”

38 Aldus Reurich 2005b, p. 49 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, nr. 401. Zie voorts Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 2 Boek 6 BW, aant. 4 en Memelink 2009, p. 193-194. Vgl. voorts Lindijer 2006, p. 531, Van Schilfgaarde 1997, p. 393-394, Larenz/Wolf 2004, t.a.p. en Hesselink 1999b, p. 688.

algemene rechtvaardigheid van de wet.³⁹ Omdat de wet geen rechtvaardigheid voor alle individuele gevallen kan scheppen, bestaat behoefte aan billijkheid in het concrete geval: deze moet worden gezien als “die Berichtigung des Gesetzes (ἐπανόρθωμα νόμου) da, wo es infolge seiner allgemeinen Fassung lückenhaft ist”.⁴⁰ Nu zou men kunnen denken dat de billijkheid vooral een norm is die de *rechter* ter hand dient te nemen bij het beoefenen van rechtvaardige geschilbeslechting in het concrete geval.⁴¹ Art. 6:2 BW laat er echter geen misverstand over bestaan dat ook – en zelfs primair – de *partijen* bij een verbintenis zelf billijkheid jegens elkaar dienen te betrachten: “Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid.”⁴²

6. Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm

Aldus opgevat vormen de in art. 6:2 BW gehanteerde termen redelijkheid en billijkheid, in tegenstelling tot wat soms wordt aangenomen, geen tautologie maar een uit twee te onderscheiden termen opgebouwd begrippenpaar met ieder een eigen, elkaar wederzijds aanvullende, gedragsnormerende dimensie.⁴³ Partijen bij een verbintenis – en in het bijzonder contractspartijen – dienen als redelijke mensen jegens elkaar te handelen en mitsdien rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Mèt de verplichting tot redelijk handelen is tevens voor partijen de verplichting gegeven om *billijkheid* te betrachten ingeval een tussen hen geldende (contracts)regel door zijn algemeenheid in het gegeven geval tekortschiet en/of een

39 Zie Gadamer 1990, p. 323 en Maye 2006, p. 61 e.v. Zie hierover ook Schut 1987, p. 131 alsmede Tjong Tjin Tai 2002, p. 259 e.v., met verwijzing naar verdere literatuur en Smith 1998, p. 151.

40 Zie hierover Bien 2007, p. 939, die voorts opmerkt dat het hier tevens om een deugd gaat: “Diese sittliche Eigenschaft hat eine solche Bedeutung, daß sie für Aristoteles, der hier zunächst im Sprachgebrauch sich niederschlagende allgemeine Vorstellungen aufnimmt, identisch sein kann mit der Tugend schlechthin; das ἐπιτεκές kommt allem rechten Verhalten in bezug auf andere Menschen zu; wer durch es ausgezeichnet ist, zeigt Verständnis für andere (er ist συγγνωμονικός).” Zie ook Vogenauer 2001, p. 539 en Maye 2006, p. 60-62, waar deze op p. 62 opmerkt: „Das positive Recht als eine bestimmte Art des Gerechten ist aufgrund seiner allgemeinen Bestimmungen nicht in der Lage, „die Fülle dessen, was das Leben bringt“, in jedem Einzelfall gerecht zu treffen. Die Aufgabe der Billigkeit ist daher die „Berichtigung des Gesetzes da, wo es infolge seiner allgemeinen Fassung lückenhaft ist“.”

41 Vgl. Van Zaltbommel 1993, p. 39 e.v. en Maye 2006, p. 60 e.v.

42 Vgl. Asser/Scholten Algemeen deel* 1974, p. 18.

43 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 64 en 67, Hartkamp 1981, p. 215-217, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 397 en Schut 1987, t.a.p.

star vasthouden aan die regel de gerechtvaardigde belangen van één der partijen zou schaden.⁴⁴ Alsdan is het primair aan de partijen zelf om naar billijkheid tot een oplossing te komen, hetzij door de betreffende regel buiten toepassing te laten, hetzij door de onvolledigheid ervan op te heffen door additionele afspraken te maken, hetzij door een combinatie van beide. Blijven zij echter achter ten opzichte van hetgeen door de rechtsgemeenschap van hen aan redelijkheid en billijkheid wordt geëist, dan voert het binnen die rechtsgemeenschap geldende objectieve recht onverbiddelijk – ofwel dwingend en van rechtswege – datgene voor hen door, wat partijen hebben nagelaten uit zichzelf te doen.⁴⁵ Al naar gelang de omstandigheden zal de door het objectieve recht aangewezen billijke oplossing kunnen bestaan uit *aanvulling* (art. 6:248 lid 1 BW) van de betreffende contractuele regel, ofwel uit (al dan niet gedeeltelijke)⁴⁶ *beperking* (art. 6:248 lid 2 BW) daarvan ofwel uit een *combinatie* van beide. Beide bepalingen zijn, als gezegd, van dwingend recht⁴⁷ en werken steeds van rechtswege.⁴⁸ Dit spreekt, gelet op het voorgaande, welhaast vanzelf: de (rechts-)gemeenschap zou betrekkelijk krachteloos zijn, indien het zich in de rechtsrelatie van partijen kunnen doorzetten van zijn meest elementaire⁴⁹ opvattingen over fatsoen en behoorlijk handelen afhankelijk zou zijn van de (toevallige) goede gezindheid van partijen.⁵⁰ Beide kenmerken van de redelijkheid en billijkheid leiden er tezamen toe dat deze norm steeds tussen partijen toepassing vindt, dat deze norm – ongeacht de eventuele instemming van partijen – steeds ten volle in de rechtsverhouding van partijen kan ingrijpen en (aldus) dat het in deze norm vervatte maatschappelijke gedachtegoed in die rechtsverhouding steeds onbelemmerd tot gelding kan worden gebracht.⁵¹

44 Vgl. Schut 1987, t.a.p.

45 Zie Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 2 Boek 6 BW, aant. 72 (Vriend), Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 414 en 446 en Van Brakel 1948, t.a.p. Zie in dezelfde zin Asser-Rutten 4-II (6^e druk), p. 258 met verwijzing naar verdere literatuur. Zie ook Rijken 1984, nr. 34 en Hijma 1989, p. 14 e.v.

46 HR 17 februari 2006, NJ 2007, 378 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures).

47 Een contractuele uitsluiting van de redelijkheid en billijkheid zou immers neerkomen op een vrijbrief voor partijen om zich onredelijk te gedragen en is derhalve vanuit maatschappelijk oogpunt niet aanvaardbaar. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 380 en 392.

48 Zie Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 2 Boek 6 BW, aant. 72 (Vriend) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 414 en 446 en Van Brakel 1948, t.a.p. Zie in dezelfde zin Asser-Rutten 4-II (6^e druk), p. 258 met verwijzing naar verdere literatuur. Zie ook Rijken 1984, nr. 34 en Hijma 1989, p. 14 e.v.

49 Dat het in art. 6:2 lid 2/art. 6:248 lid 2 gaat om *elementaire* maatschappelijke opvattingen over fatsoen en behoren wordt mijns inziens treffend weergegeven met het woord “onaanvaardbaar”.

50 Vgl. Van der Grinten 1953, p. 28.

51 Vgl. Hesselink 1999b, p. 692.

Uit het voorgaande volgt dat en waarom redelijkheid en billijkheid primair als een (in het maatschappelijke leven gewortelde) *gedragsnorm* voor de justitiabelen zijn op te vatten. Dat deze opvatting overeenstemt met het geldende recht volgt onder meer uit het feit dat de Hoge Raad in 1957 zelf heeft duidelijk gemaakt dat het bij de objectieve goede trouw aankomt op de vraag “wat in verband met de aard der overeenkomst en de omstandigheden de redelijkheid en billijkheid *aan partijen* voorschrijft ven.”^{52,53} In datzelfde jaar formuleerde genoemd college in het arrest Baris/Riezenkamp vervolgens de regel, dat redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat partijen “hun *gedrag* mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij”.⁵⁴ Aan genoemde, klassiek geworden regel wordt door de Hoge Raad inmiddels al meer dan vijftig jaar onverstoort vastgehouden.⁵⁵ Het bestendig hanteren van die regel lijkt een vingerwijzing van de Hoge Raad in te houden dat de redelijkheid en billijkheid, althans in contractenrechtelijke verhoudingen, vooraleerst als *gedragsnorm* moeten worden opgevat.⁵⁶

7. De redelijke rechter

In de voorgaande paragraaf werd duidelijk dat en waarom redelijkheid en billijkheid moeten worden opgevat als een partijen dwingende, in het maatschappelijk gebeuren gewortelde *gedragsnorm*. In deze paragraaf zal ik ingaan op de vraag of en in

52 En dus niet op de subjectieve gezindheid van partijen. Zie te dezen reeds HR 9 februari 1923, NJ 1923, 676 (Artist de Laboureur). Zie over beide arresten in dit kader Van Schilfgaarde 1984, p. 205. Zie voorts over het belang van de subjectieve gezindheid Scanlon 1998, p. 273.

53 HR 21 juni 1957, NJ 1959, 91 (Thurkow/Thurkow), curs. PSB. Zie in vergelijkbare zin over dit arrest Van Zaltbommel 1993, p. 47 en Asser-Rutten 4-II (vijfde druk), p. 236. Zie over dit arrest ook Van Dunné 1976, p. 855 alsmede Valk, Losbl. Contractenrecht**** IV-C, nr. 255.

54 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp), curs. PSB.

55 Deze regel geldt zowel in precontractuele als in contractuele verhoudingen. Zie o.m. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Nethou/Multi Vastgoed), HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO), HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC) en HR 10 juni 2011, NJ 2011, 423 (ING/Kreuger c.s.).

56 Bij De Kluiver 1992, p. 43, wordt erkend dat het rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen een essentieel kenmerk is van de goede trouw, maar wordt dit kenmerk, opmerkelijk genoeg, niet afgeleid uit het (door De Kluiver betwiste) gedragsnormerende karakter van de goede trouw. Dit is opmerkelijk, omdat uit het gebruik van het woord “gerechtvaardigd” al volgt dat de justitiabele die “gerechtvaardigd” vertrouwt, bepaald *gedrag* (n.l. het honoreren van zijn vertrouwen) in het gegeven geval van zijn wederpartij *mag verwachten*. Van een “mogen verwachten” als hier bedoeld kan enkel sprake zijn indien een norm voorradig is die genoemde verwachtingen als gerechtvaardigd erkent en welke norm de wederpartij dient na te leven. Die norm wordt gevormd door de eisen van redelijkheid en billijkheid.

hoeverre de redelijkheid en billijkheid mede als *beslissingsnorm* kunnen worden aangemerkt. Ik licht dit toe als volgt.

De rechter kan worden gezien als prototypisch lid van de rechtsgemeenschap, die blijkens het voorgaande steeds tegelijk ook “gemeenschap van redelijken” is. De rechter symboliseert zowel de (verplichting tot) redelijkheid van partijen als de verantwoordingsplicht van partijen die daarvan de keerzijde vormt. Het afleggen van verantwoording over het eigen gedrag geschiedt ten overstaan van de rechter (als ultieme representant van de rechtsgemeenschap). De rechter toetst het *gedrag* van partijen aan de hand van de in die gemeenschap vigerende *gedragsnorm* van redelijkheid en billijkheid. Als de rechter de redelijkheid en billijkheid toepast, is hij derhalve nimmer “lui même sa règle”.⁵⁷ De rechter is niet “zijn eigen redelijkheid en billijkheid”, maar past aan de hand van art. 3:12 BW het *objectieve* recht toe, zoals dit gold ten tijde van het handelen van partijen.⁵⁸ Slechts in zoverre het gaat om deze *toetsing van het gedrag van partijen* aan de gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid, is dit begrippenpaar tevens als *beslissingsnorm* aan te merken.⁵⁹ Met Nieskens-Isphording kan dan ook worden gesteld dat:

“(d)e taak van de rechter (bij het beoordelen van het al of niet in acht zijn genomen van de precontractuele redelijkheid en billijkheid, PSB) geen andere (is) dan *achteraf* vast te stellen waartoe partijen *ten tijde van* het onderhandelingsproces verplicht waren en aan afwijking mogelijkerwijs gevolgen te verbinden. Er is sprake van een gedragsregel voor partijen waarmee de beslissingsregel van de rechter als de tweede kant van dezelfde munt verbonden is.”⁶⁰

57 Vgl. Wiarda 1988, in het bijzonder de pp. 14, 21 en 28-29.

58 Aldus past de rechter steeds de gedragsnorm toe, waardoor partijen zelf zich *ten tijde van hun handelen* hebben laten leiden of hadden dienen te laten leiden. Een andere opvatting zou er in wezen op neer komen dat de rechter “zijn eigen redelijkheid en billijkheid” zou worden, oftewel achteraf iets zou vaststellen, waarvan destijds niet vaststond dat partijen daartoe ook destijds al gehouden waren.

59 Voor een enigszins andere opvatting zie men Snijders 2001. Aldaar wordt op p. 10 opgemerkt dat “de eisen van redelijkheid en billijkheid de nadruk leggen op ongeschreven recht, waarbij men veeleer heeft te denken aan toetsing achteraf door de rechter.” Weliswaar nuanceert Snijders deze opmerking even verderop in zijn artikel door te betogen dat de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm en als rechterlijke toetsingsnorm twee kanten van dezelfde medaille vormen, maar gezien zijn zojuist geciteerde opmerking lijkt Snijders niettemin, evenals Hesselink c.s., het primaat aan de redelijkheid en billijkheid als rechterlijke toetsingsnorm te gunnen.

60 Nieskens-Isphording 1995, p. 71. Cursivering in origineel.

Het feit dat eerst bij de beoordeling achteraf door de rechter *in concreto* wordt geformuleerd waartoe partijen destijds in de gegeven omstandigheden gehouden waren, laat in de hier verdedigde visie onverlet dat zij daartoe reeds ten tijde van het gewraakte handelen op grond van het *objectieve recht* gehouden waren.⁶¹ Het aldus tot stand gekomen rechterlijk oordeel is derhalve – dogmatisch gezien – noch subjectief noch discretionair van aard.⁶²

8. De methodische rol van de redelijkheid en billijkheid

In het licht van de hiervoor gepresenteerde visie op redelijkheid en billijkheid plaats ik vraagtekens bij de bijzondere aandacht die in recente literatuur over open normen blijkt uit te gaan naar de *methodische* rol van de redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht. De methodische rol van de redelijkheid en billijkheid kenmerkt zich door een drietal functies: een receptiefunctie, een transformatiefunctie en een delegatiefunctie. De genoemde drie methodische functies zijn voor het eerst in de jaren zeventig van de vorige eeuw door de Duitse jurist Teubner onderkend.⁶³ Teubner's methodische model wordt, hoewel door hem oorspronkelijk met het oog op de *Gute Sitten* ontwikkeld, thans in de Duitse doctrine vrij algemeen toepasbaar geacht ten aanzien van open normen en onbepaalde begrippen in het algemeen.⁶⁴ In Nederland zijn het vooral Reurich en Memelink geweest die het model van Teubner hebben gehanteerd in het kader van hun onderzoek naar de werking van respectievelijk de redelijkheid en billijkheid en de verkeersopvatting.⁶⁵ Hun bevindingen laten zich als volgt (beknopt) weergeven.

In hun receptiefunctie zijn de redelijkheid en billijkheid doorgeefluik voor maatschappelijke normen: via de redelijkheid en billijkheid worden in de maatschappij levende opvattingen en overtuigingen het recht “binnengehaald”. De receptiefunctie van de redelijkheid en billijkheid komt tot uitdrukking in art. 3:12 BW, dat bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.

61 De eisen van redelijkheid en billijkheid maken immers deel uit van het objectieve recht. Zie in deze zin o.a. Hartkamp 2005, nr. 238 en Van der Wiel 2004, p. 182.

62 Vgl. Hesselink 1999a, p. 404-405 en Wiarda 1988, p. 28-29.

63 Zie Teubner 1971, p. 60 en 61 en Reurich 2005b, p. 5.

64 Zie bijv. Ohly 2001, p. 6-7.

65 Zie Reurich 2005b, p. 4-5 en Memelink 2009, p. 251 e.v.

De transformatiefunctie behelst dat de rechter, bij gebreke van voorliggende maatschappelijke norm, deze in voorkomende gevallen zelf dient te “programmeren”. Bij deze functie past volgens Reurich een zekere mate van terughoudendheid, welke:

“niet zozeer materieel maar stylistisch van aard is. Het gaat hier om de bekende discussie of een rechter het recht vormt of vindt. De in de jurisprudentie gangbare objectiverende tournure ‘er bestaat een regel van geldend recht die meebrengt dat...’ is niet verenigbaar met de gedachte dat de rechter de justitiabelen zou ‘programmeren’”.⁶⁶

De delegatiefunctie houdt ten slotte, kort gezegd, in dat de wetgever bepaalde plekken in de wetgeving bewust vaag of open heeft gehouden, omdat sommige materie voorhands te weerbaarstig is om tot in detail te regelen. Men denke in dit verband bijvoorbeeld aan het leerstuk van afgebroken onderhandelingen, dat mede het onderwerp van het hierna volgende hoofdstuk vormt. In navolging van Hedemann wordt over deze delegatiefunctie ook wel gesproken van “een stuk opengelaten wetgeving”, waarbij de invulling van de opengelaten plekken aan de rechterlijke discretie wordt overgelaten.⁶⁷

Het gebruik van Teubner’s model in het kader van de redelijkheid en billijkheid heeft niet mijn onverdeelde instemming. Hoewel de (in Teubner’s onderzoek centraal staande) goede zeden en de redelijkheid en billijkheid een sterke verwantschap (en zelfs overlap)⁶⁸ met elkaar vertonen, vervullen beide normen in het recht wezenlijk andere functies en vormen zij geen uitwisselbare *Leerformeln*. Waar de goede zeden in de praktijk vooral als *rechterlijke toetsingsnorm* fungeren bij de beoordeling van de geldigheid van rechtshandelingen, vervullen de redelijkheid en billijkheid primair de taak van centrale *gedragsnorm* in het vermogensrecht.⁶⁹ In het methodische model van Teubner komt dit gedragsnormerende karakter van de redelijkheid en billijkheid echter niet (voldoende) uit de verf, nu daarin hoofdzakelijk de rol van de *rechter* (en niet die van het objectieve recht respectievelijk die van partijen) wordt belicht.⁷⁰ Een dergelijke focus op de rol van de rechter past veeleer bij een onder-

66 Reurich 2005b, p. 6. Vgl. P.A. Stein, Losbl. Vermogensrecht, aant. 11 bij art. 3:12 BW.

67 Zie Hedemann 1933, p. 58. Zie voorts Hesselink 1999a, p. 38 en 40, Reurich 2005a, p. 6-7 en Memelink 2009, p. 258.

68 Zie Van den Brink 2002, p. 203 en Zwolve 2002, p. 607 alsmede Reurich 2005b, p. 6.

69 Vgl. voor het Duitse recht Palandt 2001, § 242, sub 1c, waar over “Treu und Glauben” wordt gesproken als het “Grundgebot der Redlichkeit”.

70 In deze zin ook Reurich 2005a, die op p. 177 van zijn proefschrift opmerkt: “Voor wie aan het gedragsnormerende vermogen van de redelijkheid en billijkheid vasthoudt – althans voor contractuele verhoudingen – is deze functieomschrijving ontoereikend.”

zoek naar de goede zeden, dan in het kader van een onderzoek naar de werking van redelijkheid en billijkheid. De rol van de rechter bij toepassing van die laatste norm is vanwege genoemd gedragsnormkarakter – althans dogmatisch bezien – bescheidener dan bij het toetsen van de geldigheid van rechtshandelingen aan de goede zeden. Zo is het – zoals wij in § 6 hiervoor al zagen – niet het oordeel van de rechter, maar de in het objectieve recht gewortelde dwingende verplichting van partijen tot redelijk en billijk gedrag over en weer die er in de gegeven omstandigheden toe kan leiden dat het contractueel overeengekomene *van rechtswege* – derhalve zonder enige rechterlijke interventie – wordt uitgebreid (art. 6:248 lid 1 BW) of beperkt (art. 6:248 lid 2 BW). De rechter kan derhalve slechts *constateren* dat de redelijkheid en billijkheid in een gegeven geval tot aanvulling of beperking leiden, maar kan niet zelf tot aanvulling of beperking overgaan.⁷¹ In de woorden van Rutten:

“Niet de rechter heeft de bevoegdheid de overeenkomst te herzien, doch het objectieve recht legt aan de partijen de dwingende plicht op bij het uitvoeren van de overeenkomst naar goede trouw te handelen en hierdoor kan een wijziging in contractuele rechten en plichten worden teweeggebracht.”⁷²

Of om het met Van Schilfgaarde te zeggen: redelijkheid en billijkheid zijn “niet een speeltje van de rechter”, maar een door het objectieve recht “aan de justitiabelen gestelde eis”.⁷³ Met dit gegeven is onverenigbaar de in genoemd model vervatte gedachte dat de rechter in voorkomende gevallen zelf de norm van redelijkheid en billijkheid zou dienen te “programmeren” ofwel *discretie* zou hebben ten aanzien van de vraag wat de eisen van redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval meebrengen.⁷⁴

71 Zie o.m. Rijken 1994, nr. 34, Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 2 Boek 6 BW, aant. 72 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 414. Zie ook Hijma 1989, p. 14 e.v. Voor een andere opvatting zie men o.m. Wiarda 1988, p. 58-61.

72 Asser-Rutten 4-II (5e druk), p. 245 (cursivering in origineel).

73 Van Schilfgaarde, 1999, p. 440. Zie ook Van Schilfgaarde 1984, p. 208. Reurich 2005a, p. 99, wijst er eveneens op dat redelijkheid en billijkheid primair als een zich tot partijen richtende gedragsnorm moeten worden opgevat en constateert dat zulks in de literatuur niet altijd voldoende wordt onderkend. Vgl. Memelink 2009, p. 193.

74 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 970. Vgl. Van der Heijden 1987, p. 84-85 en Van Brakel 1948, § 376. Vgl. voorts Clavareau 1943, p. 277 en Deschenaux 1942, p. 595a. Memelink 2009, p. 194, gebruikt in haar behandeling van de functies (aanvulling, beperking, uitleg) van redelijkheid en billijkheid de term “toolbox functie”. De discretionaire ruimte die het woord “toolbox” lijkt te suggereren, bestaat evenwel in werkelijkheid niet, omdat de rechter niet zelf kan aanvullen of derogeren. Hij kan slechts constateren wat de eisen van redelijkheid en billijkheid in een gegeven geval teweeg hebben gebracht. Voor uitleg geldt in wezen hetzelfde nu ook de wijze van uitleg niet wordt bepaald door de smaak van de rechter, maar wordt geleid door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Eveneens kritisch over de term “toolbox”

9. Redelijkheid en billijkheid ten processe

Hiervoor stond steeds de werking van de redelijkheid en billijkheid in de materieel-rechtelijke verhouding van partijen centraal. De in die verhouding geldende eisen van redelijkheid en billijkheid werken echter als “de eisen van een goede procesorde” ook door in het burgerlijk proces.⁷⁵ Als prototypisch lid van de rechtsgemeenschap toetst de rechter niet alleen het in de materieelrechtelijke verhouding door partijen vertoonde gedrag aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, ook de processuele houding van partijen wordt door hem aan (in wezen) dezelfde norm afgemeten.⁷⁶ De rechter houdt partijen in de rechtszaal aldus welbeschouwd twee (nagenoeg) identieke normatieve spiegels voor, een materieelrechtelijke en een procesrechtelijke.

Ook in de rechtszaal moet derhalve het in het maatschappelijk gebeuren gewortelde redelijkheidsgebod worden nageleefd.⁷⁷ Dit uit zich op praktisch alle terreinen van het burgerlijk proces: de wet dient bijvoorbeeld op redelijke wijze te worden verstaan (“een redelijke lezing van de wet brengt met zich mee...”), gedingstukken moeten op redelijke, d.w.z. begrijpelijke en verantwoordbare wijze worden gelezen, enzovoort.⁷⁸ De orde en duur van het proces (*lites finiri oportet*) moeten ten slotte worden bewaakt en wel zo dat beide partijen voldoende tijdens het proces aan bod komen.⁷⁹ Wie zich onredelijk tijdens het proces gedraagt, riskeert dat zijn gedrag “in strijd met de goede procesorde” wordt geacht en kan daarvan nadeel ondervinden. Ook in de rechtszaal geldt het maatschappelijk redelijkheidsgebod derhalve en moet door de actoren over en weer “het juiste midden” worden gehouden. Op de goede procesorde kom ik kort terug in hoofdstuk 5 van dit boek.

in het kader van de redelijkheid en billijkheid toont zich P. van Schilfgaarde in zijn bespreking van het proefschrift van Hesselink – zie Van Schilfgaarde 1999, p. 444.

75 Aldus reeds Paul Scholten, die in zijn annotatie bij HR 9 maart 1939, NJ 1939, 1012 opmerkt dat wat de goede procesorde eist “(...) zoowat de parallel van den eisch der goede trouw in het overeenkomstenrecht (...)” is. In deze zin ook Van der Wiel 2004, p. 182. Anders: Lindijer 2006, p. 650 en Gras 2004, p. 184-185.

76 Vgl. Van der Wiel 2004, t.a.p.

77 Vgl. Vriesendorp 1970, nrs. 80 en 115.

78 Zie hierover Van den Brink 2006, p. 1 e.v.

79 Vgl. recentelijk HR 2 maart 2012, NJ 2012, 158.

10. Conclusies

In het licht van het voorgaande kunnen enkele conclusies worden getrokken. Redelijkheid en billijkheid vormen een in het maatschappelijk gebeuren gewortelde gedragsnorm, die, bij toepassing door de rechter, tegelijk ook beslissingsnorm is. 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. Hun uitwerking op die rechtsverhouding kan door de rechter bijgevolg enkel worden geconstateerd.

De rechter is nimmer “zijn eigen redelijkheid en billijkheid”, maar past steeds het objectieve recht toe, zoals dit gold ten tijde van het handelen van partijen. Als prototypisch lid van de rechtsgemeenschap toetst de rechter echter niet alleen het in de materieelrechtelijke verhouding door partijen vertoonde gedrag aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, ook de processuele houding van partijen wordt aan (in wezen) dezelfde norm afgemeten. Dit brengt met zich dat het algemene maatschappelijke redelijkheidsgebod zowel op materieelrechtelijk als op procesrechtelijk vlak ten volle gelding heeft. In het volgende hoofdstuk zal ik onderzoeken wat de betekenis van dit redelijkheidsgebod is voor de vraag naar de *gebondenheid* aan het overeengekomene.

2 | Redelijkheid en billijkheid als grondslag voor gebondenheid

1. Inleiding

Tot op heden zijn zowel hier te lande als elders vele pogingen ondernomen om de gebondenheid van partijen aan het overeengekomene te verklaren. Tot eenstemmigheid in de doctrine heeft dit alles niet geleid.¹ De verbrokkeldheid in het denken over gebondenheid wordt geïllustreerd door het feit dat nu eens wordt uitgegaan van het (beweerdelijk) zelf-evidente karakter van deze gebondenheid: *pacta sunt servanda* en daarmee basta!² Dan weer wordt getracht aan de hand van (een onderlinge afweging van verschillende) beginselen en/of gezichtspunten tot een verklaring voor gebondenheid te komen. Bekende representanten van deze laatste, genuanceerde aanpak zijn Vranken en Nieuwenhuis.³ Weer anderen zoeken de grondslag van gebondenheid in het belovende karakter van de overeenkomst: Anglo-Amerikaanse juristen als Fried en Atiyah, maar ook de Nederlandse rechtsgeleerde Paul Scholten kunnen tot deze stroming worden gerekend. Nog weer anderen menen dat het de rechtsorde is die de binding aan het overeengekomene verleent.

2. Doel van het hoofdstuk/leeswijzer

Doel van dit hoofdstuk is om te bezien of de in het vorige hoofdstuk gevonden visie op redelijkheid en billijkheid als dwingende gedragsnorm voor partijen wellicht bij kan dragen tot een beter begrip van het verschijnsel van contractuele gebondenheid en wellicht voor dat verschijnsel zelfs een passende verklaring kan bieden. Alvorens de beantwoording van beide vragen aan te vatten, zal ik de (in Nederland) klassieke gebondenheidsleren behandelen (§ 3). Op die klassieke leren is in de loop der tijd van diverse zijden kritiek gekomen, die onder andere is verwoord door de auteurs

1 Aldus ook Houben 2005, p. 221 (noot 15).

2 Zie in deze zin bijv. Schelhaas 2008, p. 150. Vgl. Royer 1972, p. 514. Vgl. voorts Cliteur/Ellian 2009, p. 142.

3 Vgl. Nieuwenhuis 1979 en Vranken 2000, als te vinden op <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=12935>.

Hijma, Smits en Nieuwenhuis. Hun alternatieve gebondenheidsvisies worden in § 4 besproken. Een beoordeling van genoemde klassieke en contemporaine gebondenheidsleren vindt plaats in § 5. Inhoudelijke consistentie, werkbaarheid in de praktijk en dogmatische aanvaardbaarheid vormen het uitgangspunt voor die beoordeling. Daaropvolgend zal ik, aan de hand van hetzelfde beoordelingskader, in § 6-7 enige visies op gebondenheid van Anglo-Amerikaanse respectievelijk Duitse origine bespreken. In die paragrafen komen achtereenvolgens de Amerikaanse rechtsgeleerde Charles Fried, zijn Britse collega Patrick Atiyah en de bekende Duitse dogmatici Canaris, Flume en Larenz aan bod. De keuze om juist deze schrijvers te bespreken hangt samen met het feit dat de Anglo-Amerikaanse en Duitse rechtsculturen beide behoren tot de meest invloedrijke ter wereld – ook waar het gaat om het denken over gebondenheid⁴ – en de hier te bespreken schrijvers zonder uitzondering behoren tot de meest invloedrijke contemporaine denkers over contractuele gebondenheid.⁵ Een behandeling van hun respectievelijke visies over dit onderwerp is dan ook op zijn plaats. In § 8 wordt ten slotte in het licht van het hiervoor geformuleerde doel van dit hoofdstuk een eigen visie op gebondenheid gepresenteerd. In § 9 zal ik vervolgens ingaan op het belang van de te kiezen grondslag van gebondenheid voor de *uitleg* van de overeenkomst. De bevindingen worden ten slotte samengevat in de tiende en laatste paragraaf.

3. De klassieke gebondenheidsleren

3.1 Inleiding

Alvorens een drietal meer recente visies van eigen bodem te behandelen, te weten de verklaringsleer van Hijma, de *causa*-leer van Smits en Nieuwenhuis' gebondenheidsleer op basis van drie beginselen van contractenrecht, zal ik thans overgaan tot een korte behandeling van de drie klassieke gebondenheidsleren (wilsleer, wilsvrouwensleer en vertrouwensleer). Hoewel geen van deze leren heden ten dage nog in zuivere vorm lijkt te worden aangehangen, hebben zij onmiskenbaar het denken over gebondenheid hier te lande diepgaand beïnvloed.⁶ Een behandeling van hun voornaamste kenmerken is dan ook op zijn plaats.

4 Nader hierover Van den Berg/Jansen 2007, p. 149-150. Bovendien staan zij relatief dicht bij de hier te lande vigerende rechtscultuur. In deze zin ook Schoordijk 2002, p. 326.

5 Zie voor wat betreft Atiyah en Fried: Kimel 2003, p. 2. Zie voor wat betreft Canaris, Flume en Larenz: Dedek 2007, p. 35 e.v.

6 Vgl. Asser-Hartkamp 4-II (negende druk), nr. 100.

3.2 De wilsleer

In de klassieke, negentiende-eeuwse wilsleer berust de gebondenheid aan het overeengekomen op de *wil* van partijen.⁷ Consequentie van een strikt hanteren van deze leer is dat, waar de wilsverklaring afwijkt van de werkelijke wil, geen overeenkomst tot stand komt⁸ en dat voor de beantwoording van de vraag of gebondenheid is ingetreden steeds een empirisch-psychologisch onderzoek naar de wil van de betrokkene(n) noodzakelijk is.⁹ Smits heeft in zijn hierna nog te bespreken proefschrift en elders echter uiteen gezet dat de wilsleer dikwijls verkeerd wordt begrepen.¹⁰ Hij merkt op:

“Wanneer men de wilsleer dan ook bekritiseert met het argument dat wanneer de wil niet in overeenstemming is met de gedane verklaring geen overeenkomst ontstaat, ook niet wanneer de wederpartij mocht aannemen dat overeenstemming wel bestond, dan kan dit eenvoudig worden gepareerd: in de ideaaltypische wilsleer bestaat geen discrepantie tussen wil en verklaring. Het is een van de twee: òf er is een wil en dan ook (per definitie) een daarmee corresponderende verklaring, òf er is geen wil, maar dan ook geen verklaring. Tertium non datur. Een psychologisch onderzoek, nodig om de ‘werkelijke’ wil te achterhalen, is evenmin vereist nu deze reeds blijkt uit de verklaring die daarmee per definitie samenvalt.”¹¹

In de aldus begrepen wilsleer (door Smits reële wilsleer genoemd) telt derhalve niet de “geheime, verborgen wil”,¹² maar alleen de in een verklaring geopenbaarde

7 Zie o.m. Asser-Rutten 4-II (vierde druk), p. 64-65: “Volgens de *wiltheorie* moet weliswaar de wil op enigerlei wijze zijn geuit, zodat er een natuurlijke band bestaat tussen wil en verklaring, doch is het in wezen de *wil* die de overeenkomst tot stand doet komen. Een consequente toepassing van deze leer zou zijn dat, wanneer de verklaring van een der handelende personen niet overeenstemt met diens wil, een overeenkomst *niet* tot stand komt: evenmin als de wil zonder verklaring, kan de verklaring zonder het bestaan van de werkelijke wil een overeenkomst tot stand doen komen. (curs. in origineel)” Zie voorts, met verwijzing naar literatuur, Blei Weissmann, Losbl. Contractenrecht* II, nr. 20.

8 Pitlo/Bolweg 1974, p. 186, Asser-Rutten 3-II (derde druk), p. 67. Zie voorts, met verwijzing naar verdere literatuur, Blei Weissmann, Losbl. Contractenrecht* II, nr. 20.

9 Hijma 1988, p. 16. Zie ook Hijma e.a. 2010, nr. 24. Vgl. voorts Van den Brink 2006, p. 7-8.

10 Smits 1995, p. 190 e.v.

11 Smits 1997, als te vinden op: <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=7862>.

12 Zie Opzoomer 1891 alwaar op p. 28 wordt opgemerkt: ‘De geheime, verborgen wil kan geen kracht hebben: alleen de uitgesproken, geopenbaarde wil kan werken. Op het uiten, het verklaren van den wil, komt het aan. (...) Er is geen andere wil dan de uitgedrukte wil; van strijd tusschen wil en wilsverklarend woord kan geen sprake zijn. (...)’ Daarmee komt Opzoomer’s opvatting in zeker opzicht dichtbij die van de Duitse dogmaticus Karl Larenz. Diens in § 7 hierna te bespreken opvatting komt er namelijk eveneens op neer dat er geen van de

wil.¹³ In deze wilsleer wordt de wil *belichaamd* door de verklaring: er is geen wil buiten de verklaarde wil.¹⁴

3.3 *De vertrouwensleer*

Dan de vertrouwensleer. Deze leert dat niet iedere verklaring bindt, maar “alleen die, welke bij de wederpartij, in verband met de eisen van het maatschappelijk verkeer, het vertrouwen mocht wekken dat zij ook werkelijk is gewild.”¹⁵ In deze leer speelt de wil nog steeds een grote rol en wel in tweeërlei opzicht: het vertrouwen zelf moet gericht zijn op de wil van de betrokkene en van bescherming van vertrouwen kan geen sprake zijn, indien het voor de ontvanger van de verklaring duidelijk was of moest zijn dat deze verklaring niet op een daarmee corresponderende wil was gebaseerd.¹⁶ Van deze op de (fictieve)¹⁷ wil van de betrokkene gerichte vertrouwensleer moet worden onderscheiden de variant van de vertrouwensleer, waarin het vertrouwen niet gericht is op de wil van de betrokkene, maar zich erop richt dat de zich verklarende in deze of gene zin zal *handelen*. Van Schilfgaarde heeft er terecht op gewezen dat slechts een aldus opgevatte vertrouwensleer werkelijk zelfstandige betekenis heeft naast de wilsleer, nu deze leer zich voor de oriëntatie op gebondenheid, anders dan de hiervoor behandelde vertrouwensleer, wèl van de wil losmaakt.¹⁸

3.4 *De wilsvertrouwensleer*

Ten slotte de wilsvertrouwensleer. Kort gezegd komt deze leer neer op een *correctief* van de wilsleer: de overeenkomst komt normaliter tot stand op grond van de wil van de verklarende. Eerst indien bij hem de (met de verklaring corresponderende) wil ontbreekt, kan de gebondenheid aan de verklaarde wil worden gegrond op het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij dat de wil en de verklaring van

verklaring afgezonderde wil bestaat. De wil wordt in de verklaring *voltrokken* en daarin geobjectiveerd; zie nader Larenz 1966, p. 62.

13 Smits 1995, p. 192. Vgl. Blei Weissmann, t.a.p.

14 Smits 1995, t.a.p.

15 Asser-Rutten, 3-II (derde druk), p. 67-68.

16 Pitlo/Bolweg 1974, t.a.p., p. 187. Vgl. Van Brakel 1948, p. 368.

17 Aldus ook Asser-Rutten 3-II (tweede druk), p. 87.

18 Van Schilfgaarde 1976, p. 104. Vgl. Hijma 1988, p. 20-21. Vgl. Blei Weissmann, Losbl. Contractenrecht* II, nr. 21.

de *nolens* overeenstemden. Deze leer is door onder meer Meijers en nadien Rutten verdedigd.¹⁹ Eerstgenoemde maakt in zijn beroemde opstel “De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen”²⁰ uit 1921 korte metten met de gedachte dat vertrouwen *de* grondslag van gebondenheid zou zijn: normaliter is het niet het vertrouwen, maar de *wil*, die de binding aan het overeengekomene teweegbrengt. Het vertrouwen leidt slechts tot binding in het *abnormale* geval dat wil en verklaring elkaar niet dekken.²¹

“Er bestaat derhalve niet een dilemma, geuite wil of opgewekt vertrouwen, maar geuite wil en, *tot aanvulling daarnaast*, het opgewekt vertrouwen, zijn beide verbindende feiten (curs. PSB).”

Beide kunnen in de visie van Meijers derhalve de gebondenheid teweegbrengen, met dien verstande dat aan de wil als grondslag voor normale gevallen logischerwijs het primaat behoort toe te komen.

Hoewel de wilsvertrouwensleer in Nederland als heersend²² moet worden aange-merkt, heeft zij in de loop der tijd de nodige kritiek ondervonden. Deze kritiek heeft hoofdzakelijk te maken met het feit dat in de wilsvertrouwensleer de *wil* nog altijd de primaire en belangrijkste pijler van gebondenheid is.²³ Deze pijler wordt door velen evenwel als ondeugdelijk beschouwd om de binding aan het overeengekomene te schragen.²⁴ De meest vergaande kritiek is afkomstig van J.M. van Dunné.²⁵ In zijn in 1971 verschenen proefschrift “Normatieve uitleg van rechtshandelingen” hekelt Van Dunné het zijns inziens axiomatisch karakter van de wilsleer en verwijt hij Meijers dat deze uit een *sein* een *sollen* afleidt: dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst in doorsneegevallen overeenkomen met de wil van partijen “rechtvaardig (nog niet), dat die subjektieve wil noodzakelijkerwijs het bindend element van de op een overeenkomst gerichte rechtshandeling is.”²⁶ De kritische bejegening

19 Asser-Rutten 3-II (derde druk), p. 71.

20 Meijers 1921, p. 141 e.v. Zie ook Meijers 1948, p. 211 e.v.

21 Meijers verwijt de aanhangers van de vertrouwensleer vanwege hun vooropstelling van het vertrouwen dan ook een “overmaat aan belangstelling voor het *abnormale*”; zie het genoemde artikel “De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen” op p. 142.

22 In deze zin o.m. Schut 1987, p. 66 en Smits 2002, § 2.2, als te vinden op <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=5036>. Zie ook Hijma e.a. 2010, nr. 265.

23 Zie in deze zin met name Van Dunné 1971, p. 305 e.v. Zie voorts Blei Weissmann, Losbl. Contractenrecht* II, nr. 24.

24 Zie bijv. Hijma 1988, p. 15-16.

25 Van Dunné 1971, p. 321 e.v.

26 Van Dunné 1971, p. 323.

van de wilsvertrouwensleer is voortgezet door de hierna te bespreken schrijvers Hijma, Smits en Nieuwenhuis. Hoewel hun alternatieve gebondenheidsleren onderling sterk van elkaar verschillen, hebben zij met elkaar gemeen dat in elk van hen wil en vertrouwen als zodanig als grondslag van gebondenheid worden verworpen.

4. De alternatieve gebondenheidsleren van Hijma, Smits en Nieuwenhuis

4.1 De verklaringsleer van Hijma

Hijma's visie op de contractuele gebondenheid is kenbaar uit diens in 1988 verschenen proefschrift.²⁷ In dit proefschrift ontvouwt hij zijn opvattingen over gebondenheid na de klassieke wilsleer, wilsvertrouwensleer en vertrouwensleer als ondeugdelijk te hebben verworpen. Zijn kritiek op deze leren laat zich als volgt beknopt weergeven.

In de wilsleer wordt de gebondenheid van de contractanten aan het overeengekomene verklaard vanuit de wil. De in de wilsleer centraal staande subjectieve wil van de handelende vormt echter een te onbetrouwbare grondslag voor binding ("kan de wil binden, dan kan zij ook ontbinden").²⁸ Voorts doet het feit dat ook in de wilsleer wordt geëist dat de wil zich in een *verklaring* openbaart, blijken dat in die leer kennelijk meer is vereist dan de wil alleen. Verder impliceert deze grondslag de noodzaak van een empirisch-psychologisch onderzoek naar de wil van de betrokkene ("wat wilde de handelende nu werkelijk?") en wordt in deze leer het belang van de wederpartij opgeofferd aan dat van de handelende. Ook de bekende wilsvertrouwensleer leidt volgens Hijma tot niet te overkomen moeilijkheden, nu deze leer er, zeer in het kort, op neer komt dat alleen in die gevallen waarin de wil ontbreekt de gebondenheid moet worden gebaseerd op het vertrouwen. Daarmee bouwt deze leer voort op de wilsleer en moet zij volgens Hijma daarom het lot daarvan delen. De vertrouwensleer, die in tal van varianten het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij tot uitgangspunt neemt, moet het bij Hijma eveneens ontgelden: deze leer is reeds hierom ondeugdelijk, omdat zij de onaanvaardbare consequentie heeft dat de notoir onbetrouwbare contractant niet wordt gebonden, nu zijn wederpartij immers niet gerechtvaardigd heeft vertrouwd c.q. kunnen vertrouwen.²⁹

27 Hijma 1988, p. 15 e.v.

28 Hijma 1988, p. 16.

29 Hijma 1988, p. 21.

Na aldus de op de pijlers wil en vertrouwen gebaseerde gebondenheid te hebben verworpen, kiest Hijma vervolgens de laatst overgebleven pijler, de *verklaring*, als grondslag voor gebondenheid aan de overeenkomst. Dat de verklaring bindt vloeit voort uit het feit dat de mens de vrijheid heeft keuzes te maken, die door het objectieve recht van *rechtsbijval* kunnen worden voorzien. De wilsverklaring nu is zo'n keuze-uiting die voor rechtsdoorvoering geëigend is. In de woorden van Hijma:

“De keuze-uiting, de handeling zelf, vormt (...) het voor het bindingsgevolg redenevende element.”³⁰

4.2 De causa-leer van Smits

Dan de visie van Smits, zoals verwoord in diens uit 1995 daterende proefschrift.³¹ Ook door Smits wordt de wilsleer, zij het op andere gronden dan de door Hijma aangevoerde, verworpen. Smits' eerste argument tegen de wilsleer betreft de blijken die leer gemaakte keuze voor de *wil* als grondslag voor gebondenheid. Deze keuze is wellicht te begrijpen vanuit het ten tijde van het ontstaan van de wilsleer vigerende negentiende-eeuwse liberale denken, waarin de autonomie en de vrijheid van het individu, als bekend, sterk centraal stonden, maar die historische context biedt nog geen *rechtvaardiging* voor de wil als het element dat de binding tot stand brengt. Het tweede door Smits aangevoerde argument betreft de uitwisselbaarheid tussen wil en verklaring die bestaat in de wilsleer, zoals deze door Smits wordt verstaan.³² Nu de wil in de verklaring wordt belichaamd, kan als *criterium* voor gebondenheid evenzeer van de verklaring worden uitgegaan als van de wil. De vraag welke verklaring nu bindt en welke niet, wordt door de wilsleer echter niet beantwoord, aldus Smits. Dit probleem doet zich volgens Smits overigens bij alle klassieke pijlers van gebondenheid voor:

“(Z)olang wordt uitgegaan van wil, verklaring of vertrouwen als grondslag of criterium voor de gebondenheid, (is) niet duidelijk (...) welke wil of verklaring en welke vertrouwen in staat is om de gebondenheid te rechtvaardigen.”³³

Als alternatief houdt Smits de lezer de *causa* als “toetssteen van verbindbaarheid” voor. Wat Smits betreft ligt de oorzaak van de gebondenheid aan het overeengekome-

30 Hijma 1988, p. 32.

31 Smits 1995, p. 190 e.v.

32 Zie hiervoor onder 3.2.

33 Smits 1995, p. 222 (curs. in origineel).

ne in het *wederkerig verband* tussen de verrichte of nog te verrichten prestaties van de contractanten:

“(d)it verband is voldoende en de noodzakelijke voorwaarde voor de gebondenheid: *zonder wederkerige samenhang* geen overeenkomst en alleen in geval van wederkerige samenhang *wel* een overeenkomst. Niet de overeenkomst leidt tot samenhang der prestaties, maar de samenhang leidt tot de overeenkomst.”³⁴

4.3 *Nieuwenhuis: drie beginselen van contractenrecht*

Ook Nieuwenhuis voert in zijn uit 1979 daterende proefschrift de causa aan in het kader van een studie naar de grondslag van gebondenheid aan het overeengekomen.³⁵ Anders dan in de leer van Smits moet het beginsel van wederkerigheid bij Nieuwenhuis echter tevens het vertrouwensbeginsel en dat van de autonomie naast zich dulden. Laatstgenoemde beginselen zijn in de visie van Nieuwenhuis onlosmakelijk met elkaar verbonden:

“In het sociale vlak is er geen vrijheid van handelen zonder dat dit gepaard gaat met verantwoordelijkheid voor de gevolgen die daardoor bij anderen teweeg worden gebracht. Met de vrijheid tot het sluiten van overeenkomsten is onverbreekbaar verbonden de aansprakelijkheid voor het vertrouwen dat in dat verband bij de ander wordt opgewekt.”³⁶

Naast de beginselen van autonomie en vertrouwen plaatst Nieuwenhuis, zoals gezegd, dat van de causa: aan de hand van het arrest Booy/Wisman³⁷ betoogt Nieuwenhuis dat naast de vrije en volwaardige toestemming van partijen ook de *doeloorzakelijke structuur* van de overeenkomst van belang is:

“De verbindende kracht van de overeenkomst is mede afhankelijk van de lotsverbondenheid van de over en weer bedongen prestaties.”³⁸

Geen van de drie door Nieuwenhuis opgevoerde beginselen kan echter op *eigen kracht* de gebondenheid aan de overeenkomst verklaren: elk der door Nieuwenhuis opgevoerde beginselen vindt zijn begrenzing in (de wisselwerking met) de andere

34 Smits, 1995, p. 238 (curs. in origineel).

35 Nieuwenhuis 1979.

36 Nieuwenhuis 1979, p. 64.

37 HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183.

38 Nieuwenhuis 1979, p. 78.

twee beginselen.³⁹ De verbindende kracht van de overeenkomst wordt dan ook verklaard door het *samenspel* tussen genoemde drie beginselen: afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal nu weer de autonomie, dan weer het vertrouwen of de causa een sterkere of zwakkere rol spelen bij de rechtvaardiging van gebondenheid. Aldus heeft de benadering van Nieuwenhuis een sterk *topisch* karakter, hieruit bestaande dat autonomie, vertrouwen en causa niet zozeer als (starre) *vereisten* zijn op te vatten, maar veeleer moeten worden gezien als *vindplaatsen van argumenten* ter rechtvaardiging van gebondenheid.⁴⁰

5. Waardering van de drie alternatieve grondslagvisies

Gemeenschappelijk kenmerk van de in § 4.1-4.3 besproken opvattingen is dat daarin de wil of het vertrouwen *sec* als grondslag voor gebondenheid wordt verworpen. Dit is mijns inziens terecht: inderdaad valt niet in te zien dat de *enkele* wil zelf reeds zou vermogen de binding aan het overeengekomene tot stand te brengen.⁴¹ Waarop is deze verbindende kracht van de wil *als zodanig* immers gebaseerd? Het antwoord zal men bij de aanhangers van de zuivere wilsleer vergeefs zoeken: het wilsdogma is bij uitstek aprioristisch van aard.⁴² Wie met een kaal “Postulat des Willensdogmas”⁴³ geen genoegen wenst te nemen, zal zich dan ook genoodzaakt zien de verbindende kracht van de overeenkomst *buiten de wil* zelf te zoeken.⁴⁴ In de woorden van Nieuwenhuis:

“De verbindende kracht van een belofte kan niet worden gebaseerd op uitsluitend de wil van de belover, zij dient mede te berusten op een norm die gelding heeft, los van de wil van het individu: ‘belofte maakt schuld’, of de juridische variant daarvan ‘pacta sunt servanda’ (art. 1374 BW).”⁴⁵

39 In deze zin ook Smith 1998, p. 162.

40 Vgl. Nieuwenhuis 1992, p. 81.

41 Vgl. Asser-Rutten, 3-II (tweede druk), p. 83, waar wordt opgemerkt dat noch de wilstheorie, noch de vertrouwensleer “consequent en zonder correctie toegepast, in de praktijk bruikbaar (is).”

42 Vgl. Van Dunné 1971, p. 306 en 333. Zie voorts Hamaker 1913, p. 371 voor een beschrijving van het wilsdogma. Zie ook Meijers 1948, p. 211. Zie voorts Meijers 1921, p. 143, alwaar de bindingsgrondslag door Meijers (mede) lijkt te worden gezocht in de ethiek en de eisen van het maatschappelijk verkeer.

43 Dedek 2007, p. 45.

44 Vgl. Storme 1993, als te vinden op: <http://webh01.ua.ac.be/storme/bindendekrachtovereenkomst.pdf>.

45 Vgl. Nieuwenhuis 1979, p. 15. Vgl. Dedek 2007, p. 19.

Hetzelfde als hiervoor geldt mutatis mutandis voor het *vertrouwen* als grondslag van gebondenheid. Vertrouwen *sec* betekent niets.⁴⁶ Het begrip pleegt dan ook veelal in *normatieve zin* te worden opgevat: men spreekt dan van redelijk of gerechtvaardigd vertrouwen.⁴⁷ Het antwoord op de vraag wát redelijk of gerechtvaardigd vertrouwen is, moet echter noodzakelijkerwijs *buiten het vertrouwen* worden gezocht, nu het begrip zelf hierover geen uitsluitel geeft. Zowel voor de wil als voor het vertrouwen geldt derhalve dat zij *als zodanig* niet deugen als grondslag voor gebondenheid.⁴⁸ Ligt dit wellicht anders voor de alternatieve grondslagen die door Hijma, Smits en Nieuwenhuis worden aangevoerd? Ik meen dat het antwoord ontkennend moet luiden en licht dit toe als volgt.

Allereerst de opvatting van Hijma. Diens vooropstelling van de verklaring als bindend element lijdt naar mijn opvatting aan hetzelfde euvel als hetwelk de door hem verworpen pijlers wil en vertrouwen aankleeft. Waarom het nu juist de verklaring *zonder meer* zou zijn die de binding tweeebrenkt wordt in het betoog van Hijma niet duidelijk. Ook Hijma lijkt twijfel te hebben over de verklaring *sec* als grondslag voor gebondenheid. Zo merkt hij op dat zowel “voor” als “tegen” de handelende uitvallende rechtsgevolgen voor diens rekening komen. De reden hiervan moet volgens Hijma worden gevonden in de *vrijheid* van het individu dat de verklaring aflegt en diens daarmee samenhangende *verantwoordelijkheid* voor de gevolgen van zijn verklaring.⁴⁹ Deze nadruk op vrijheid en verantwoordelijkheid als wezenlijke begrippen in zijn theorie ondermijnt echter de gedachte dat voor gebondenheid “de verklaring zelf redengevend is” en geeft aan Hijma’s theorie een halfslachtig karakter.

De visie van Smits kan worden gewaardeerd vanwege haar radicaliteit. De drie traditionele pijlers wil, verklaring en vertrouwen worden door Smits alle als ondeugdelijk van de hand gewezen. Als alternatieve pijler voor gebondenheid voert Smits de *causa*-eis aan, de eis van wederkerigheid, of zo men wil, gelijkwaardigheid van de over en weer door contractspartijen te verrichten of reeds verrichte prestaties. In de woorden van Smits: “Niemand verbindt zich zo maar tot het verrichten van een prestatie ten opzichte van een ander. Daarvoor is steeds een nadere rechtvaardiging nodig.”⁵⁰

46 Vgl. Sieburgh 2004, p. 20.

47 In deze zin ook Hijma 1988, p. 19.

48 Vgl. Sieburgh 2004, t.a.p.

49 Hijma 1988, p. 32. Vgl. Nieuwenhuis 1979, p. 64.

50 Smits 1995, p. 236.

Smits' visie kan ik om verschillende redenen niet delen. Allereerst is onjuist de gedachte dat bij iedere overeenkomst steeds het *do ut des*-principe bij partijen zou voorliggen. Reeds de overeenkomst van schenking toont dit aan. Weliswaar getroost Smits zich de nodige moeite om ook deze overeenkomst van een "voor wat hoort wat" karakter te voorzien, maar zijn pogingen daartoe overtuigen niet. De wederkerigheid in de schenkingsovereenkomst zou volgens Smits zijn gelegen in het verband tussen de prestatie van de schenker enerzijds (de gift) en de prestatie van de begunstigde anderzijds. Deze laatste prestatie zou bestaan uit de *persoonlijke omstandigheden* bij de begunstigde (hoedanigheid, eerdere verdiensten zijnerzijds etc.) die de schenker tot zijn schenkingsdaad brengen. Met deze interpretatie wordt het begrip "prestatie" door Smits echter tot ver buiten zijn gebruikelijke betekenis opgerekt. Algemeen wordt immers aangenomen dat met dit begrip (enkel) wordt bedoeld op een *gedraging* waartoe de één verplicht is en waarop de ander recht heeft en welke kan bestaan uit een geven, doen of niet-doen.⁵¹ Persoonlijke omstandigheden vallen daar evident niet onder.⁵² Voorts schurkt Smits met zijn *causa-eis* erg dicht aan tegen de hier te lande niet aanvaarde *iustum pretium*-leer.⁵³ Steeds zou de prestatie van de één *gerechtvaardigd* moeten worden door een gelijkwaardige prestatie van de ander. Deze benaderingswijze – waarvan de onjuistheid al met het schenkingsvoorbeeld werd aangetoond – leidt evenwel tot onoverkomelijke praktische problemen, nu een beslissend, objectief⁵⁴ criterium ontbreekt om de (on)gelijkwaardigheid der prestaties vast te stellen.⁵⁵ Aanvaarding van de *causa-eis* van Smits zou derhalve noodzakelijkerwijs tot grote onzekerheid in het verkeer leiden, denkkelijk ook tot ontwrichting van het handelsverkeer.⁵⁶ Dat maakt Smits' gebondenheidsleer voor de praktijk onbruikbaar. Ten slotte maakt Smits nergens in zijn boek duidelijk dat en waarom het door hem gepropageerde wederkerige verband der prestaties op

51 Brahn/Reehuis 2010, nr. 326.

52 Dergelijke persoonlijke omstandigheden zijn voor het slagen van een schenking in het geheel niet noodzakelijk: wie op straat een willekeurige voorbijganger met diens consent een briefje van 20 euro in de hand drukt, verricht – niettegenstaande het ontbreken van persoonlijke omstandigheden bij de begunstigde, die deze schenking zouden rechtvaardigen – ongetwijfeld een geldige schenking.

53 Asser-Hijma 5-I, nr. 212-213. Vgl. Hartlief 1999, p. 239 e.v.

54 Vgl. Canaris 1971, p. 414.

55 Het door Smits geopperde begrip "gebruikelijkheid van de tegenprestatie" is reeds hierom onbruikbaar, daar niet zelden onduidelijk zal zijn wat gebruikelijk is, ofwel omdat een gebruik ter zake ontbreekt, of omdat het niet kan worden aangetoond of omdat binnen het gebruik een grote variëteit aan tegenprestaties pleegt voor te komen. Wat gebruikelijk is, is voorts niet zelden van tijd, plaats en economische omstandigheden afhankelijk. Ook dit bemoeilijkt in sterke mate een correcte vaststelling van de gebruikelijkheid van de geboden tegenprestatie.

56 Vgl. Hartkamp 1996, p. 443.

zichzelf (reeds) een “voldoende en noodzakelijke voorwaarde” voor het aannemen der gebondenheid is. De verbindende kracht van de causa wordt door Smits weliswaar *gepostuleerd*, maar in zijn betoog nergens onderbouwd.

Nieuwenhuis gaat minder rigoureuus te werk dan zijn collega’s Hijma en Smits. Nieuwenhuis erkent evenals Hijma en Smits dat de pijlers wil en vertrouwen, afzonderlijk beschouwd, niet in staat zijn de gebondenheid aan het overeengekomene te rechtvaardigen. Hoewel wil en vertrouwen als pijlers ondeugdelijk worden bevonden, keren zij als *beginselen* (autonomiebeginsel, vertrouwensbeginsel) echter samen met het causabeginsel in zijn betoog terug. Kern van zijn betoog is dat deze drie beginselen in onderlinge wisselwerking de verbindende kracht van de overeenkomst kunnen verklaren.⁵⁷ Ik waag dat te betwijfelen. Allereerst blijkt Nieuwenhuis aan zijn drie beginselen niet voldoende te hebben. Zo leunt hij regelmatig ook op andere begrippen, zoals “het sociale vlak”, de rechtszekerheid, het verkeersbelang, de rechtvaardigheid en de eisen van het rechtsverkeer.⁵⁸ Ondanks een ferme en categorische afwijzing⁵⁹ van de goede trouw als mogelijke grondslag voor gebondenheid, blijkt Nieuwenhuis het evenmin zonder deze grondregel van het contractenrecht te kunnen stellen: het veelvuldig gebruik van de termen *gerechtvaardigd* en *redelijk* getuigt daarvan.⁶⁰ Een en ander doet vermoeden dat bij de vraag naar de gebondenheid meer factoren in het spel zijn dan enkel de drie door Nieuwenhuis gekozen beginselen.⁶¹ Nieuwenhuis’ benadering is voorts even flexibel als onwerkbaar: per voorliggend geval zal steeds opnieuw aan de hand van een onderlinge afweging van de gekozen drie beginselen moeten worden bepaald of gebondenheid gerechtvaardigd is.⁶² Het rechtsverkeer is met zo’n overdaad aan nuance denkkelijk niet gebaat. Een grondslag voor gebondenheid *in abstracto* wordt er evenmin door verkregen.⁶³

57 Aldus ook Storme 1993, p. 14.

58 Zie ook Van Dunné 1980b, p. 81.

59 Nieuwenhuis 1979, p. 7.

60 Vgl. Van Dunné 1980b, p. 75.

61 Vgl. Van Dunné 1980b, p. 74-75.

62 Zie bijv. over de “mengverhouding” tussen autonomiebeginsel en vertrouwensbeginsel Nieuwenhuis 1979, p. 64-65.

63 Dit bezwaar kleeft mijns inziens ook aan de met Nieuwenhuis’ gebondenheidsvisie verwante opvatting van Vranken. In diens “Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht”, in: *Beginselen van het contractenrecht: opstellen aangeboden aan B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer 2000, als te vinden op <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=12935>, lijkt ook Vranken de mening toegedaan dat een abstracte grondslag voor gebondenheid ontbreekt en dat de gebondenheid moet worden vastgesteld aan de hand van “een waardering van morele overtuigingen, sociaalpsychologische gegevens, fundamentele beginselen, praktische overwegingen en aan het stelsel van het overeenkomstenrecht ontleende

6. Twee visies op gebondenheid van Engelse bodem

6.1 Inleiding

Uit het voorgaande moge blijken dat aan de alternatieve gebondenheidsleren van Hijma, Smits en Nieuwenhuis zodanige bezwaren kleven, dat zij minder geschikt moeten worden geacht als substituut van de klassieke pijlers van gebondenheid. Het lijkt daarom zinvol om – met het oog op de in § 2 geformuleerde doelstelling van dit hoofdstuk – de blik eerst tijdelijk naar enkele buitenlandse rechtsstelsels te verleggen, teneinde te bezien hoe aldaar door gezaghebbende juristen over gebondenheid wordt gedacht. In deze paragraaf staat het denken over gebondenheid van de Amerikaanse rechtsgeleerde Charles Fried alsmede van diens Britse collega Patrick Atiyah centraal. Allereerst wordt aandacht besteed aan de gebondenheidsvisie van Charles Fried. Vervolgens komt de opvatting over gebondenheid van Atiyah aan bod. De paragraaf wordt afgesloten met een evaluatie van hun beider visies.

6.2 Fried

In 1981 verschijnt Charles Fried's "Contract as promise: a theory of contractual obligation".⁶⁴ In dit boek ontvouwt Fried zijn visie op gebondenheid, die zich wellicht met het volgende citaat het beste laat weergeven:

"An individual is morally bound to keep his promises because he has *intentionally* invoked a convention whose function it is to give grounds – moral grounds – for another to expect the promised performance.⁶⁵ To renege is to abuse a confidence he was free to invite or not, and which he *intentionally* did invite.⁶⁶ To abuse that confidence now is like (but only *like*)⁶⁷ lying: the abuse of a shared social institution that is intended to invoke the bonds of trust."⁶⁸

gezichtspunten, over wat een samenleving op zeker ogenblik bereid is te accepteren." Zie over Vranken's visie voorts Asser/Hartkamp 4-II, nr. 108. Vgl. voorts Willoweit 1969, p. 52.

64 Fried 1981.

65 Curs. PSB.

66 Curs. PSB.

67 Curs. Fried.

68 Fried 1981, p. 16-17.

Anders gezegd: door gebruik te maken van de “conventie van het beloven”⁶⁹ wordt de verklarende partij onderworpen aan de morele plicht om het vertrouwen dat het gebruik van deze conventie oproept niet te beschamen.⁷⁰ De verplichting om de gedane belofte gestand te doen, is (vgl. ook de door mij gecursiveerde woorden in het hierboven weergegeven citaat) volgens Fried geworteld in de *persoonlijke autonomie* van de verklarende:

“The promise principle (...) is that principle by which persons may impose on themselves obligations where none existed before.”⁷¹

Uitgaande van de verbindende kracht van de belofte is de gebondenheid aan de overeenkomst vervolgens een feit: “since a contract is first of all a promise, the contract must be kept because a promise must be kept.”⁷²

6.3 Atiyah

In hetzelfde jaar als dat van de verschijning van Fried’s boek, ziet ook een studie van Patrick Atiyah het licht: *Promises, Morals and Law*.⁷³ Daarin komt Atiyah eveneens tot een theorie over gebondenheid. Ook Atiyah stelt in zijn boek de belofte centraal, maar komt tot een wezenlijk andere uitwerking daarvan dan Fried.⁷⁴ Waar de beloftheorie van Fried de nadruk legt op intentionaliteit en autonomie, is het bij Atiyah niet de wil, maar het *gedrag* van partijen dat de dienst uitmaakt. De belofte zelf vermag geen binding te veroorzaken; het is het *gedrag* van partijen dat de binding teweegbrengt.⁷⁵ Dit gedrag kan bestaan uit het opwekken van redelijk vertrouwen (“reasonable reliance”) door de *promisor* of het door deze laatste verkrijgen van voordeel (“benefits”). Deze situaties kunnen leiden tot het ontstaan van *reliance-based liabilities* respectievelijk *benefit-based liabilities*.⁷⁶ Het zijn deze

69 Smits 1995, p. 212.

70 De belofte moet worden gezien als een uitnodiging voor de wederpartij om de verklarende partij te vertrouwen, zo merkt Fried op p. 16 van zijn boek op. Zie hierover Engelhard/Van Maanen 2008, p. 36. Vgl. voorts Hamaker 1913, p. 386-387.

71 Fried 1981, p. 1. Vgl. Dedek 2007, p. 75.

72 Fried 1981, p. 17. Vgl. over deze passage Smits 1995, t.a.p. en Van Dun 2008, p. 180.

73 Atiyah 1981.

74 Hogg 2011, p. 2. Vgl. Kimel 2003, t.a.p. Zie ook Lightsey 1984, p. 45.

75 Atiyah 1981, p. 128-129.

76 Zie hierover Engelhard/Van Maanen 2008, p. 35.

liabilities die in de visie van Atiyah tot gebondenheid leiden.⁷⁷ Bij gebreke daarvan kan de belofte straffeloos herroepen worden. In de woorden van Lightsey:

“(A) promise is an admission of a preexisting obligation on the part of the promisor. This obligation results from either the harm to the promisee or the unjust enrichment of the promisor that would occur if the promise is not kept. Thus, he (Atiyah, PSB) concludes, if there has been no reliance by the promisee and no conferral of benefit upon the promisor, there is no immorality in the promisor’s revocation of his promise.”⁷⁸

6.4 Waardering van beide grondslagvisies

Gekomen tot een waardering van beide hiervoor behandelde grondslagvisies, meen ik dat tegen beide de nodige bezwaren zijn aan te voeren. Het voornaamste bezwaar tegen Fried’s belofteleer lijkt mij te zijn dat deze veel weg heeft van een *cirkelredenering*: de verbindende kracht van de belofte wordt verklaard vanuit het gebruikmaken van de conventie van het beloven.⁷⁹ De verklarende is gebonden “because he has intentionally invoked a convention whose function it is to give grounds – moral grounds – for another to expect the promised performance.” Maar dit op morele gronden gestoelde verwachtingspatroon kan slechts ontstaan (en geschonden worden) indien de belofte *zelf* bindend is en dat is nu juist de vraag. Ten tweede is in Fried’s belofteleer niet duidelijk welke belofte nu bindt en welke niet.⁸⁰ Dat maakt zijn grondslagvisie voor de praktijk minder bruikbaar, nu evident is dat (lang) niet iedere belofte in een *rechtsplicht* resulteert: de belofte van een kleinzoon om met zijn opa uit rijden te gaan laat zich bijvoorbeeld niet met een beroep op art. 3:296 BW in rechte afdwingen.⁸¹ De belofteleer van Fried lijdt derhalve mede aan een gebrek aan onderscheidend vermogen.⁸² Ook de belofteleer van Atiyah weet mij niet te overtuigen. Gebondenheid vloeit in Atiyah’s visie voort uit bepaalde omstandigheden (verkregen voordelen, opgewekt vertrouwen), niet uit de belofte zelf.⁸³ Consequentie van deze visie is dat sommige contracten, hoewel gesloten, in wezen niet binden. En inderdaad: “Vast numbers of transactions are not in any

77 Vgl. Smits 1995, p. 214 en Dedek 2007, p. 76.

78 Lightsey, t.a.p., p. 46.

79 Vgl. Scanlon 1998, p. 307.

80 Vgl. Van Dun 2008, t.a.p.

81 Vgl. Smits 2003, p. 38. Zie ook Willoweit 1969, p. 101.

82 Vgl. Gordley 2001, p. 305 e.v.

83 Vgl. Storne 1993, p. 9.

real sense binding prior to something being done by one or both of the parties.”⁸⁴ Deze uitspraak indachtig lijkt de leer van Atiyah er in zeker opzicht één te zijn van contractuele *ongebondenheid*.⁸⁵ Ten slotte geldt voor Atiyah’s leer eenzelfde bezwaar als voor de gebondenheidsleer van Nieuwenhuis: per voorliggend geval zal steeds opnieuw aan de hand van een onderlinge afweging (en invulling!)⁸⁶ van de begrippen “benefit” en “reliance” moeten worden bepaald of gebondenheid gerechtvaardigd is. Het rechtsverkeer is met zoveel nuance niet gebaat. En ook voor de door Atiyah gepropageerde visie geldt dat een grondslag voor gebondenheid *in abstracto* er niet door wordt verkregen.

7. Enige Duitse visies op gebondenheid

7.1 *Canaris*

Met het vinden van laatstbedoelde grondslag heeft Claus-Wilhelm Canaris weinig moeite, getuige zijn boek “Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht”.⁸⁷ Niettegenstaande het onderwerp van genoemd boek, rekent Canaris in enkele korte passages daarin gedecideerd af met de gedachte dat het *vertrouwen* de grondslag van gebondenheid aan de rechtshandeling zou zijn. De gebondenheid aan de rechtshandeling volgt namelijk “schon aus seinem Begriff”. Dat begrip wordt door Canaris aldus verstaan dat:

“das Wesen des Rechtsgeschäfts darin zu erblicken (ist), daß die Parteien in Selbstbestimmung Rechtsfolgen in Geltung setzen; das Rechtsgeschäft ist somit seiner Natur nach “Geltungserklärung”.”

De “Geltung” van de rechtshandeling volgt volgens Canaris “unmittelbar aus dem Grundsatz der Privatautonomie”⁸⁸ Deze is volgens Canaris op haar beurt geworteld in het respect voor het zelfbeschikkingsrecht van de mens, hetgeen niet met vertrouwen van doen heeft, maar “wurzelt im Wert der Freiheit oder möglicherweise auch in dem der Würde des Menschen”. In tegenstelling tot de wil is voor het vertrouwen in de rechtshandelingsleer van Canaris geen zelfstandige, maar slechts een ondersteunende rol weggelegd, met name daar waar de wil als gevolg van een wilsgebrek

84 Atiyah 2001, p. 22-23.

85 Vgl. Collins 1982, p. 225.

86 Aldus ook Smits 1995, p. 215.

87 Canaris 1971, p. 411 e.v.

88 Zie in deze zin ook Dedek 2007, p. 36.

niet in staat is de “rechtliche Erkennung” van de wilsverklaring zelfstandig te dragen.⁸⁹

7.2 *Flume*

Autonomie is ook het sleutelwoord in de rechtshandelingsleer van Werner Flume.⁹⁰ Niettemin ademt Flume’s opvatting over de gebondenheid een wezenlijk andere geest dan die van Canaris. Waar de laatste de gelding van de rechtshandeling direct en zonder meer doet steunen op de “Grundsatz der Privatautonomie”, maakt Flume de “Privatautonomie” al op de eerste bladzijden van zijn befaamde boek “Das Rechtsgeschäft” ondergeschikt aan de *rechtsorde*. Rechtsorde en partijautonomie zijn echter nauw met elkaar verbonden en moeten steeds in relatie tot elkaar worden gedacht:

“Die Privatautonomie erfordert begrifflich die Rechtsordnung als Korrelat. Es können von dem einzelnen nur Rechtsverhältnisse gestaltet werden, die als Rechtsfiguren der Rechtsordnung eigen sind, und die privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen kann nur durch Akte geschehen, welche als Aktstypen rechtsgeschäftlicher Gestaltung von der Rechtsordnung anerkannt sind.”⁹¹

Anders gezegd: de partij-autonomie vindt zowel haar bestaan als haar grenzen in de rechtsorde. Een rechtshandeling geldt daarom slechts in zoverre deze “kragt der Anerkennung der Rechtsordnung als Rechtens gilt.”^{92,93} Het is voorts de rechtsorde die de rechtshandeling haar betekenis verleent:

89 Canaris 1971, m.n. pp. 418 en 412.

90 Flume 1992, p. 1 e.v.

91 Flume 1992, p. 2. Flume gaat uit van een “*numerus clausus*” van rechtshandelingen, zie pp. 2 en 23-24. Dat dit zijns inziens niet gelijk staat aan een hermetisch gesloten systeem, maakt Flume duidelijk door zijn beschrijving van het fenomeen van de zekerheidseigendom, dat in de praktijk is ontstaan en door de rechtspraak op zeker moment is erkend, waardoor een nieuwe rechtshandeling aan de *numerus clausus* werd toegevoegd.

92 Hetgeen in Flume’s boek ook treffend tot uitdrukking komt op p. 6 in de zin: “Auf Grund der Anerkennung durch die Rechtsordnung gilt, *soweit die Anerkennung reicht*, die privatautonome Gestaltung ebenso wie ein Rechtssatz (curs. PSB).”

93 Flume 1992, p. 24. Zie echter ook p. 2, alwaar Flume opmerkt dat de rechtsorde de “Privatautonomie als Teil der Anerkennung der Selbstbestimmung des Menschen” erkent, waardoor het

“Daraus ergibt sich, daß *nach dem Sinn, welchen die Willenserklärung in der Rechtsordnung hat*, auch der Wille des Erklärenden auf Rechtsgestaltung gerichtet sein muß. (curs. PSB)”

7.3 *Larenz*

Nauw verwant aan de opvatting van Flume is de gebondenheidsleer van Karl Larenz. Larenz komt in zijn *Habilitationsschrift*⁹⁴ tot een synthese tussen de wilstheorie (die de “Geltung” van de rechtshandeling baseert op de wil van de handelende) en de “Erklärungstheorie” (die de binding aan de rechtshandeling fundeert in het door de verklaring van de handelende geschapen vertrouwen van de ontvanger daarvan) middels de introductie van het begrip “Geltungserklärung”. Larenz’ opvatting komt er in het kort op neer dat er geen van de verklaring afgezonderde wil *bestaat*. De wil wordt in de verklaring *voltrokken* en daarin geobjectiveerd.⁹⁵ De verklaring is derhalve geen manifestatie van een tijdelijke psychische toestand, maar heeft een onherroepelijk⁹⁶ (endgültiges) karakter: strekking van de verklaring is niet dat de verklarende iets wil of zal doen, maar om – definitief – een rechtstoestand in het leven te roepen.⁹⁷ Omdat aldus beschouwd in iedere wilsverklaring steeds de woorden “zo zal het gelden” of “zo zij het rechtens” besloten liggen, kan (en moet) de verklaring niet als *wilsverklaring*, maar als *Geltungserklärung* worden opgevat.⁹⁸ De grondslag voor de gebondenheid aan deze *Geltungserklärung* zoekt Larenz, evenals Flume, in de *rechtsorde*. De *rechtsorde* verleent (of onthoudt) aan de verklaring haar “Geltung”. De verklaring geldt derhalve slechts omdat en in zoverre de *rechtsorde* aan deze verklaring gelding *verleent*.⁹⁹

zijns inziens zinloos zou zijn de vraag te stellen of het nu de *rechtsorde* danwel de “Privatautonomie” is die de eigenlijke grond is voor de binding aan de rechtshandeling. Elders in zijn betoog (zie o.m. het citaat in noot 183) laat Flume er echter geen misverstand over bestaan dat niet de “Privatautonomie” maar de *rechtsorde* bepaalt of en in hoeverre een rechtshandeling gelding heeft.

94 Larenz 1966, p. 34 e.v.

95 Larenz 1966, p. 62.

96 Vgl. over de onherroepelijkheid van (taal)handelingen in het algemeen Bakker 1984, p. 220.

97 Larenz 1966, p. 44.

98 Larenz 1966, p. 45.

99 Larenz 1966, p. 46.

7.4 Waardering van de drie besproken grondslagvisies

Gelet op de grote rol van de autonomie in zijn gebondenheidsleer en gelet op het feit dat voor het vertrouwen in de rechtshandelingsleer van Canaris geen zelfstandige, maar enkel een ondersteunende rol is weggelegd, doet Canaris' opvatting in menig opzicht sterk denken aan de hiervoor in § 3.4 besproken wilsvertrouwensleer, zoals deze o.m. door Meijers is verdedigd.¹⁰⁰ Zij moet mijns inziens dan ook het lot van die laatste leer delen, nu ook aan de leer van Canaris het bezwaar kleeft dat een onderbouwing voor de premisse dat de "wil noodzakelijkerwijs het bindend element van de op een overeenkomst gerichte rechtshandeling" zou zijn, ontbreekt.¹⁰¹ Haaks op de theorie van Canaris staat evenwel de opvatting van Flume en Larenz. Laatstgenoemden betogen beide dat de binding aan het overeengekomene niet door zelfbeschikking tot stand komt, maar door de *rechtsorde* wordt verleend. Het is deze laatste opvatting die ik voor juist houd, zij het dat ik – om hierna te noemen redenen – van mening ben dat het in laatste instantie niet de rechtsorde, maar de *rechtsgemeenschap* is die, door middel van de door haar in stand gehouden rechtsorde, bepaalt wanneer gebondenheid aan het overeengekomene toekomt en wanneer deze aan het overeengekomene moet worden onthouden.¹⁰² Dit standpunt wordt nader uiteengezet en uitgewerkt in de thans volgende paragraaf.

8. Naar een andere grondslag voor gebondenheid

8.1 Redelijkheid en billijkheid als grondslag voor gebondenheid

"Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid.", zo bepaalt het eerste lid van art. 6:2 BW. Hoewel de redelijkheid en billijkheid traditiegetrouw als een zogeheten open of vage norm worden aangeduid, zijn zij geen

„pseudonormativen Leerformeln“, die „mit allen oder fast allen konkreten Verhaltensformen und Verhaltensregeln vereinbar“ wären.“ Vielmehr enthalten sie jeweils einen spezifischen Rechtsgedanken, der sich zwar jeder begrifflichen Definition entzieht, aber durch allgemein akzeptierte Beispiele verdeutlicht werden kann.“¹⁰³

100 Vgl. Meijers 1948, p. 216.

101 Vgl. Van Dunné 1971, p. 323.

102 In dezelfde zin reeds Eggens 1939, p. 31. Vgl. Hesselink 1999a, p. 424.

103 Aldus met betrekking tot o.m. Treu und Glauben: Larenz 1991, p. 223.

De “specifische Rechtsgedanke” die in de redelijkheid en billijkheid besloten ligt, houdt in dat op de leden van de rechtsgemeenschap een dwingende rechtsplicht rust om zich jegens elkaar behoorlijk en zorgvuldig, d.w.z. volgens elementaire regels van maatschappelijk fatsoen te gedragen.¹⁰⁴ Genoemde verplichting tot behoorlijk en zorgvuldig gedrag omvat mede de eis aan partijen om zich gebonden te weten, zodra zij elkaar hun woord hebben gegeven. Een en ander volgt uit art. 3:12 BW, het wetsartikel dat – niet-limitatief¹⁰⁵ – de weg wijst naar wat behoorlijk en zorgvuldig handelen in het concrete geval inhoudt. Vaste waarden in art. 3:12 BW zijn de *in Nederland levende* rechtsovertuigingen en *algemeen erkende* rechtsbeginselen. Daarmee functioneert genoemd artikel als een *schakel* tussen rechtsgemeenschap en de justitiabelen. De verwijzing in het artikel naar in de Nederlandse rechtsgemeenschap levende beginselen en overtuigingen alsmede de verwijzing naar *maatschappelijke belangen* maakt duidelijk dat een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding nimmer een *strikt* particuliere aangelegenheid tussen partijen kan zijn: middels art. 3:12 BW wordt een permanente betrokkenheid van de rechtsgemeenschap bij de rechtsverhoudingen tussen justitiabelen in het leven geroepen.¹⁰⁶

Het is genoemde rechtsgemeenschap¹⁰⁷ die – via de rechtsnorm van de redelijkheid en billijkheid – aan partijen de eis van gebondenheid aan het overeengekomene oplegt.¹⁰⁸ De eis van gebondenheid aan de overeenkomst is als algemeen erkend rechtsbeginsel (“*pacta sunt servanda*”) via art. 3:12 BW binnen de redelijkheid en

104 Zie in dezelfde zin o.m. Van Brakel 1948, § 376, Asser-Rutten 4-II (4^e druk), p. 230, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, nr. 392, Van der Werf 1982, p. 18 en 20, Pitlo/Bolweg 1979, p. 249, Van Dunné 2004b, p. 32-33 en Schoordijk 1996, p. 34. Zie voorts Reurich 2005b, p. 43 en Mendel 2000, p. 231.

105 Zie Reurich 2005b, t.a.p., met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

106 Vgl. Eggens 1950, p. 237-238, die spreekt van de “sociale wilsorde”. Zie ook Eggens 1935, p. 318 e.v. Zie ook Meijers 1903, p. 156 en Van der Grinten 1953, p. 21-36, i.h.b. pp. 24 en 28. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 43 en 57 en Smith 1998, p. 166. Zie voorts Sieburgh 2004, p. 26 e.v.

107 Vgl. Larenz 1936, p. 39: “Der Gemeinschaftsgedanke aber verlangt, dass jeder das Vertrauen rechtfertigt, das mit Grund in ihn gesetzt wird: ein Mann, ein Wort!”

108 Zij het niet dan nadat de overeenkomst de door art. 3:40 BW opgelegde, preliminaire toets van maatschappelijke aanvaardbaarheid heeft doorstaan. Indien die toets aldus uitpakt dat de overeenkomst door de rechtsgemeenschap niet als onaanvaardbaar wordt beschouwd (hetgeen vrijwel steeds het geval zal zijn), zal die rechtsgemeenschap – via de redelijkheid en billijkheid – steeds gelding aan die overeenkomst verlenen en dus van partijen eisen dat zij zich behoorlijk en zorgvuldig gedragen door zich aan het overeengekomene gebonden te weten. Is de overeenkomst echter maatschappelijk onaanvaardbaar, dan komt de overeenkomst niet tot gelding. Zij is dan nietig. Vgl. Hartkamp 2005, p. 359. Vgl. voorts Vranken 2000, als te vinden op <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=12935>.

billijkheid werkzaam, terwijl deze eis stellig ook tot de in dat artikel genoemde, in Nederland levende rechtsovertuigingen behoort.¹⁰⁹ De eis van gebondenheid aan de overeenkomst is, kortom, een algemeen erkende, in de redelijkheid en billijkheid verankerde eis van *behoorlijk en fatsoenlijk handelen*. Aldus ook Eggens, die in zijn klassiek geworden opstel “De bronnen van verbintenissen” tot de volgende uitspraak komt:

“Zo houdt dan ook art. 1374 *wezenlijk* hetzelfde in als art. 1401, en wordt de gebondenheid aan het gegeven woord, zowel als de eventuele opheffing van die gebondenheid (ingevolge lid 3 daarvan),¹¹⁰ geëist door de goede trouw, die niet anders is dan de eis van behoorlijk maatschappelijk gedrag in andere woorden (...).”¹¹¹

Ook in onze tijd zijn dit lang geen onbekende geluiden. Zo overwoog de Hoge Raad nog niet zo lang geleden in het bekende arrest *Briljant Schreuders/ABP*¹¹²:

“Aan het vereiste [dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van het contract niet mag verwachten, PSB] zal niet spoedig zijn voldaan; redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe. (...)”¹¹³

Deze bekende rechtsoverweging van de Hoge Raad bevestigt niet alleen dat, evenals Eggens meende en hiervoor is betoogd, redelijkheid en billijkheid als *grondslag* van gebondenheid kunnen worden aangemerkt, maar laat tevens zien dat die gebondenheid in contractuele rechtsverhoudingen ook steeds als de in beginsel meest dominante eis van de redelijkheid en billijkheid is aan te merken. Redelijkheid en billijkheid kunnen onder omstandigheden weliswaar de binding aan het overeengekomene ook weer verbreken of tenietdoen, maar daarvan kan slechts onder bijzondere omstandig-

109 In deze zin evenzo Meijers 1910, p. 15 en Meijers 1927, p. 30. Vgl. voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 43, waarin onder verwijzing naar Aristoteles wordt opgemerkt dat de trouw aan het gegeven woord als eis van de natuurlijke rede moet worden opgevat.

110 Van art. 1374 (oud) BW.

111 Eggens 1950, p. 244. Minder juist lijkt in het licht van dit citaat de visie van J.M. Smits (Smits 1999), die in zijn bespreking van Eggens’ “Een man een man, een woord een woord” stelt dat Eggens zou menen dat het *vertrouwen* uiteindelijk bepalend is voor het aannemen van contractuele gebondenheid. Dat is niet het geval: in de visie van Eggens is het niet het vertrouwen (sec) dat bindt, maar de *zedelijke plicht* van de verklarende om zich gebonden te weten op de wijze zoals hij zijn wil – hoe onvolkomen ook – jegens de wederpartij heeft kenbaar gemaakt. Vgl. Eggens 1949, p. 205. Vgl. voorts Van Dunné 1985, p. 772.

112 HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (*Briljant Schreuders/ABP*).

113 In deze zin reeds Parl. Gesch. Boek 6, p. 969.

heden sprake zijn. In de nu volgende subparagraaf wordt op die omstandigheden nader ingegaan.

8.2 *Redelijkheid en billijkheid als grondslag voor opheffing van gebondenheid*

Dat redelijkheid en billijkheid blijkens het voorgaande in het ene geval gebondenheid aan het eens gegeven woord kunnen eisen en deze in een ander geval weer kunnen opheffen, wordt begrijpelijk indien wordt ingezien dat de eis van trouw aan het gegeven woord via art. 3:12 BW *als beginsel* in de redelijkheid en billijkheid werkzaam is en daarmee binnen deze norm niet de alleenheerschappij toekomt, maar – niettegenstaande zijn grote soortelijk gewicht – zijn plaats moet delen met andere beginselen (zoals het vertrouwensbeginsel, het risicobeginsel, het toedoenbeginsel etc.), met de in Nederland levende rechtsovertuigingen, die eveneens in de redelijkheid en billijkheid werkzaam zijn en met de persoonlijke en maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn. Afhankelijk van de omstandigheden van het voorliggende geval (waaronder met name het gedrag van partijen) kan de wisselwerking tussen beginselen, rechtsovertuigingen en de bij het geval betrokken persoonlijke en maatschappelijke belangen tot de (bijzondere)¹¹⁴ situatie leiden dat de band met het overeengekomene geheel of ten dele moet worden opgeheven.¹¹⁵ Alsdan kunnen redelijkheid en billijkheid op zeker moment met zich brengen dat een beroep door een partij op (een deel van) het overeengekomene *onaanvaardbaar*, d.w.z. strijdig met elementaire maatschappelijke opvattingen over fatsoen en behoren, is te achten. In zo'n geval dienen partijen op grond van de in art. 6:2 lid 1 BW verankerde eisen van redelijkheid en billijkheid de desbetreffende contractuele regel (geheel of ten dele) buiten toepassing te laten. Houdt één van hen niettemin aan (onverkorte) toepassing van de regel vast, dan voert de rechtsgemeenschap zelf bedoelde opheffing voor partijen door. Deze opheffing wordt gerealiseerd via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, als neergelegd in art. 6:248 lid 2 BW. Deze bepaling is, als in hoofdstuk 1 reeds opgemerkt, van dwingend

114 Bijzonder, omdat het relatief zware soortelijk gewicht van het beginsel van trouw aan het gegeven woord met zich brengt dat redelijkheid en billijkheid niet licht tot opheffing van contractuele verplichtingen zullen nopen. Een en ander komt tot uitdrukking in de in art. 6:2 lid BW en 6:248 lid 2 BW gebruikte term “onaanvaardbaar”. Vgl. voorts Larenz 1963, p. 3.

115 Zie Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 2 Boek 6 BW, aant. 72 (Vriend), Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 414 en 446 en Van Brakel 1948, t.a.p. Zie in dezelfde zin Asser-Rutten 4-II (6^e druk), p. 258 met verwijzing naar verdere literatuur. Vgl. voorts Larenz 1963, t.a.p. Vgl. voorts Scanlon 1998, p. 199-200.

recht¹¹⁶ en werkt steeds van rechtswege.¹¹⁷ Het is dus niet de rechter die in dit soort gevallen een beding in de overeenkomst van partijen buiten werking stelt, maar het is het objectieve recht zelf dat voor partijen doorvoert, wat zij hadden moeten doen, maar hebben nagelaten uit zichzelf te doen.

8.3 Van vrijheid tot gebondenheid

Nu in het voorgaande duidelijk is geworden dat en waarom de redelijkheid en billijkheid de gebondenheid teweegbrengen is het thans zinvol in te gaan op de wijze waarop dit geschiedt. Zoals bekend overwoog de Hoge Raad in het standaardarrest Baris/Riezenkamp¹¹⁸ al dat ook de fase, voorafgaand aan sluiting van een contract wordt beheerst door de goede trouw, thans redelijkheid en billijkheid genaamd. Zoals gezegd houden de eisen van redelijkheid en billijkheid in de kern in dat op de leden van de rechtsgemeenschap een dwingende rechtsplicht rust om zich jegens elkaar behoorlijk en zorgvuldig, d.w.z. volgens elementaire regels van maatschappelijk fatsoen te gedragen.¹¹⁹ Voor de vraag welk gedrag in de gegeven omstandigheden van partijen mag worden verwacht, is art. 3:12 BW van belang – het wetsartikel dat, als gezegd, de weg wijst naar wat behoorlijk en zorgvuldig handelen in het concrete geval inhoudt. Vaste waarden in art. 3:12 BW zijn de in Nederland levende rechtsovertuigingen en algemeen erkende rechtsbeginselen. In de precontractuele fase is het autonomiebeginsel en, in het verlengde¹²⁰ daarvan, het beginsel van contractsvrijheid binnen de redelijkheid en billijkheid dominant, getuige de volgende overweging in het bekende arrest HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO):

“Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft

116 Een contractuele uitsluiting van de redelijkheid en billijkheid zou immers neerkomen op een vrijbrief voor partijen om zich onredelijk te gedragen en is derhalve vanuit maatschappelijk oogpunt niet aanvaardbaar. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 380 en 392.

117 Zie Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 2 Boek 6 BW, aant. 72 (Vriend), Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 414 en 446 en Van Brakel 1948, t.a.p. Zie in dezelfde zin Asser-Rutten 4-II (6^e druk), p. 258 met verwijzing naar verdere literatuur. Zie ook Rijken 1994, nr. 34 en Hijma 1989, p. 14 e.v.

118 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (m. nt. L.E.H. Rutten).

119 Zie in dezelfde zin o.m. Van Brakel 1948, § 376, Asser-Rutten 4-II (4^e druk), p. 230, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, nr. 392, Van der Werf 1982, p. 18 en 20, Pitlo/Bolweg 1979, p. 249, Van Dunné 2004b, p. 32-33 en Schoordijk 1996, p. 34. Zie voorts Reurich 2005b, p. 43 en Mendel 2000, p. 231.

120 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 41.

te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen (vgl. HR 23 oktober 1987, nr. 12999, NJ 1988, 1017, rov. 3.1; HR 4 oktober 1996, nr. 16062, NJ 1997, 65, rov. 3.5.2.2; HR 14 juni 1996, nr. 16008, NJ 1997, 481, rov. 3.6).”

Anders gezegd: partijen zijn in beginsel vrij om af te breken, zolang zij elkaar hun woord niet hebben gegeven: contractsvrijheid vormt in deze fase het uitgangspunt. Maar evenmin als het beginsel van trouw aan het gegeven woord ná contractssluiting binnen de redelijkheid en billijkheid de alleenheerschappij toekomt, is een dergelijke rol vóór contractssluiting weggelegd voor het beginsel van de contractsvrijheid. Dit beginsel moet zijn plaats dan ook delen met andere beginselen, met rechtsovertuigingen en met de bij het gegeven geval betrokken persoonlijke en maatschappelijke belangen. De wijze waarop deze beginselen, overtuigingen en belangen in de precontractuele redelijkheid en billijkheid werkzaam zijn is in hoge mate – maar niet uitsluitend; zie bijvoorbeeld de verwijzing van de Hoge Raad in het arrest naar (het zich kunnen voordoen van) onvoorziene omstandigheden – afhankelijk van het *gedrag van partijen* zelf. Het zijn partijen zelf die het grotendeels door middel van hun gedrag in hun “macht” hebben om de vrijheid om af te breken te behouden dan wel om deze geheel of ten dele te “verspelen”. Te behouden door, de gerechtvaardigde belangen van hun wederpartij in acht nemende, duidelijke voorbehouden te maken, helder en transparant te communiceren en bijtijds af te breken. Kortom, door zich gedurende het gehele onderhandelingsproces als fatsoenlijke en zorgvuldige lieden te gedragen. Gedeeltelijk te verspelen door, met voorbijgaan aan de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, deze eerst (bedoeld of onbedoeld) in de waan te brengen of te laten dat een overeenkomst tot stand zal komen en vervolgens de onderhandelingen te staken.¹²¹ Alsdan zal het beginsel van contractsvrijheid het *in zoverre* tegen andere beginselen (zoals het vertrouwensbeginsel en het schuld- en risicobeginsel),

121 Vgl. Schoordijk 2007b.

rechtsovertuigingen en de bij het geval betrokken belangen moeten afleggen dat het afbreken van de onderhandelingen (weliswaar mogelijk blijft, maar) in schadeplichtigheid resulteert.

Ten slotte behoort ook een geheel verspelen van de contractsvrijheid tot de mogelijkheden. Van een geheel verspelen van de contractsvrijheid kan bijvoorbeeld worden gesproken indien de afbrekende partij aan haar instemming een opschortende voorwaarde heeft verbonden, maar de vervulling van de voorwaarde verwijtbaar heeft belet. Alsdan zal het beginsel van contractsvrijheid het opnieuw tegen andere beginselen, rechtsovertuigingen en belangen moeten afleggen, echter met de verderstrekkende consequentie dat afbreken van de onderhandelingen *in het geheel niet meer mogelijk is*. In zo'n geval kunnen redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat de overeenkomst, ondanks het niet vervuld zijn van de voorwaarde, niettemin tot gelding komt.¹²² De rechtsgemeenschap zal in zo'n geval – via de norm van de redelijkheid en billijkheid – veelal eisen dat degene die het voorbehoud heeft gemaakt, zich in het licht van het eigen gedrag gebonden weet.

De meest bekende en gebruikelijke wijze van verspelen van de eigen contractsvrijheid betreft evenwel die van het *eens gegeven woord*, ofwel de instemming met de overeenkomst.¹²³ Doet een partij door zijn eigen gedrag aan zijn wederpartij blijken zich te willen binden, dan *is* hij gebonden, niet op grond van het door zijn gedrag opgewekte vertrouwen zelf, maar omdat de rechtsgemeenschap – via de norm van de redelijkheid en billijkheid – van de verklarende eist dat hij zich gebonden weet op de wijze zoals hij zijn wil – hoe onvolkomen ook – jegens de *fidens* heeft kenbaar gemaakt.¹²⁴ Deze gebondenheid is evenmin gegrond op de autonomie of de vrijheid van het verklarende individu.¹²⁵ Het is niet de autonomie of vrijheid van het verkla-

122 Zie voor enige recente voorbeelden in de jurisprudentie HR 9 december 2011, NJ 2012, 5 en HR 1 juni 2012, LJN: BV1748, als te vinden op: www.rechtspraak.nl.

123 Die niet uitdrukkelijk behoort te geschieden, maar ook uit gedragingen respectievelijk uit het bestaan van een feitelijke situatie kan worden afgeleid. Zie in deze zin reeds HR 29 december 1939, NJ 1940, 274, waarover Van Dunné 1971, p. 179. Zie voorts recentelijk HR 2 september 2011, NJ 2012, 75. Zie ook Meijers 1918, p. 104.

124 Met dien verstande dat als voor de wederpartij van de verklarende duidelijk is of moet zijn dat het verklaarde niet werkelijk gewild kan zijn (bijv. ingeval van een kennelijke vergissing of verspreking), van een “doen blijken” als hier bedoeld niet gesproken kan worden. In zo'n geval kan de verklarende door zijn wederpartij niet aan het per abuis verklaarde worden gehouden. Vgl. Asser-Rutten 3-II (zesde druk), pp. 69, 78 en 79.

125 Zie ook Vranken 2000, als te vinden op <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=12935>: “Ik meen daarom dat de gebondenheid aan overeenkomsten niet steunt, zeker niet in de eerste plaats, op de

rende individu die de gebondenheid oplegt, maar het is de rechtsgemeenschap die van het individu, dat in vrijheid zijn verklaring heeft afgelegd, eist dat het zich volgens de eisen van redelijkheid en billijkheid gedraagt door zich verantwoordelijk te weten voor zijn handelwijze en gebondenheid aan het overeengekomene te aanvaarden.¹²⁶

8.4 *Wil, verklaring en vertrouwen*

Dat, zoals hiervoor uiteengezet, redelijkheid en billijkheid de gebondenheid aan het overeengekomene teweegbrengen, betekent niet dat de elementen wil, verklaring en vertrouwen die in de hiervoor besproken klassieke gebondenheidstheorieën als bindende factoren zijn aangewezen, in de hier verdedigde opvatting plotsklaps niet meer van belang zouden zijn. Dat zijn zij wel, zij het dat zij naar mijn opvatting eerst in samenhang met en in verhouding tot de norm van redelijkheid en billijkheid een hen passende betekenis verkrijgen. Ik licht dit toe als volgt.

Ook als niet de wil, verklaring of het vertrouwen, maar de redelijkheid en billijkheid als grondslag voor gebondenheid dienen, blijft genoemd begrippentrio van belang voor de vaststelling of en ten aanzien waarvan men zich heeft gebonden. Zo is ook in de hier geboden visie op gebondenheid een rechtshandeling niet goed denkbaar zonder partij-autonomie, zonder op *rechtsgevolg* gerichte (en kenbaar gemaakte) intentionaliteit.¹²⁷ Bij gebreke daarvan kan het contractsvehikel eenvoudigweg niet op gang komen.¹²⁸ Art. 3:33 BW, dat bepaalt dat voor elke rechtshandeling een wil vereist is, die zich in een verklaring heeft geopenbaard, wordt door de hier gepresenteerde gebondenheidsleer derhalve niet van zijn betekenis beroofd.¹²⁹ Wil en verklaring vormen echter weliswaar een (doorgaans)¹³⁰ noodzakelijke voorwaar-

partijautonomie. Of en hoe gebondenheid aan overeenkomsten ontstaat, wordt door het recht bepaald.”

126 Vgl. Hijma 1988, p. 32 en Nieuwenhuis 1979, p. 64. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 42. Vgl. voorts Scanlon 1998, p. 259.

127 Die echter niet noodzakelijkerwijs de vorm van een *expliciete* wilsuiting hoeft aan te nemen, zie noot 123 hieronder. Zie ook Willoweit 1969, p. 102.

128 Vgl. het eerste citaat van Flume onder 7.2.

129 Maar wel genuanceerd. Een overeenkomst kan immers ook uit een tussen partijen op enig moment bestaande feitelijke situatie worden afgeleid, zonder dat een expliciete wilsuiting is vastgesteld. Zie recentelijk HR 2 september 2011, NJ 2012, 75. Vgl. Hamaker 1913, pp. 378-379 en p. 383: “Ik beweer (...) dat eene overeenkomst aanwezig zijn en de verbintenis ontstaan kan, zonder dat van dien of zelfs van eenigen anderen wil behoeft te blijken.”

130 Zie noot 123 hiervoor.

de voor het ontstaan van de rechtshandeling, maar niet een voldoende voorwaarde om *gebondenheid* aan te nemen. De gebondenheid van de verklarende is immers blijkens het voorgaande niet op de wil of op de verklaring gebaseerd, maar op de door de redelijkheid en billijkheid opgelegde plicht van de verklarende jegens de ontvanger om zich gebonden te weten. Evenzeer kan met de redelijkheid en billijkheid als grondslag in overeenstemming met art. 3:35 BW gezegd (blijven) worden dat “tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, (...) geen beroep (kan) worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil.” *Grondslag* voor gebondenheid is in dit soort gevallen echter niet, zoals wel wordt aangenomen, het opgewekte vertrouwen zelf, maar de rechtsnorm van redelijkheid en billijkheid, welke van de handelende eist om zich gebonden te weten op de wijze zoals hij zijn wil – hoe onvolkomen ook – jegens de *fidens* heeft kenbaar gemaakt. Tegenspraak met de artikelen 3:33 en 3:35 BW levert de hantering van de redelijkheid en billijkheid als grondslag voor gebondenheid derhalve niet op. Overigens kan ook uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid dat de redactie van deze artikelen geen keuze of voorkeur van de wetgever suggereert voor een bepaalde grondslag voor gebondenheid. De vraag naar deze grondslag is “nadrukkelijk overgelaten aan de doctrine”.¹³¹

9. Uitleg

De vraag op welke *grondslag* de overeenkomst tot stand komt kan niet los worden gezien van de vraag hoe zij moet worden *uitgelegd*. Beide vragen lopen in elkaar over: de beantwoording van de vraag of respectievelijk in hoeverre een overeenkomst tot stand is gekomen, kan niet geschieden zonder uitleg van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard.¹³² Als voorbeeld ter illustratie kan het uit de Duitse rechtsliteratuur bekende (fictieve) geval van de *Trierer Weinversteigerung* dienen.¹³³

131 Zie Antwoord Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 169. Zie ook Asser-Hartkamp 4-II (negende druk), nr. 103. Anders Hijma 1989, p. 18, die meent dat beide artikelen evident in de sleutel van de wilsvertrouwensleer zijn geplaatst. Ik deel deze opvatting niet. Zo stelt art. 3:33 BW weliswaar dat voor een rechtshandeling een wil vereist is die zich in een verklaring heeft geopenbaard, maar daarmee geeft het artikel nog niet weer op welke *grondslag* de verklarende aan zijn verklaring gebonden is. Dat dit de wil zou zijn, wordt in het artikel niet gesteld. Zie over de verhouding tussen art. 3:33 BW en 3:35 BW voorts Sieburgh 2004, p. 22.

132 In deze zin ook Hijma e.a. 2010, nr. 265.

133 Zie bijv. Flume 1992, p. 47 en Larenz 1967, p. 335.

Tijdens een veiling steekt A zijn hand op om een oude vriend te begroeten die de zaal binnenloopt. B, veilingmeester, interpreteert conform plaatselijk gebruik A's handgebaar als een bod op het object, dat op dat moment onder de hamer ligt. Hij bekrachtigt het "bod" van A met een ferme hamerslag. Wie nu de *wil* als bepalende factor voor totstandkoming aanwijst, zal voor de oplossing van dit uitleg- en totstandkomingsprobleem vrijwel zeker ook een *subjectivistische uitlegmethode* hanteren: aanhangers van de wilsleer vatten uitleg in de regel op als het zoeken naar de *bedoeling* van partijen.¹³⁴ Consequentie van een op de wilsleer gebaseerde uitlegmethode is in dit geval dat geen overeenkomst tot stand is gekomen: A's handgebaar was immers niet *bedoeld* om als bod te gelden. Wie daarentegen de goede trouw ofwel de redelijkheid en billijkheid als grondslag voor gebondenheid aanwijst, zal menen dat dit uitleg- en totstandkomingsprobleem juist *normatief* is op te vatten. Consequentie van deze visie is dat indien A door zijn gebaar bij B het redelijk vertrouwen van een door hem gedaan aanbod heeft gewekt, de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen, dat A zich gebonden heeft te weten in de zin, zoals hij zich – objectief gezien – jegens B te verstaan heeft gegeven. In dat geval is het handgebaar als bod op te vatten, nu dit de redelijke zin was die B in de gegeven omstandigheden aan het handgebaar mocht toekennen. In het arrest Bunde/Erckens kiest de Hoge Raad voor de laatste, normatieve benadering.¹³⁵ Hij overweegt immers dat:

“(…)indien pp. die een overeenkomst wensen te sluiten, daarin een voor misverstand vatbare uitdrukking bezigen, die zij elk in verschillende zin hebben opgevat, het antwoord op de vraag of al of niet een overeenkomst tot stand is gekomen, in beginsel afhangt van wat beide pp. over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden *redelijkerwijze mochten toekennen*, hebben afgeleid (...) (curs. PSB)”

Deze maatstaf is praktisch gelijk aan die van het Haviltex-arrest.¹³⁶ Blijkens dat arrest komt het bij uitleg van contracten namelijk aan op:

134 Vgl. Meijers 1948. Meijers, die als prominent verdediger van de wilsleer te boek stond, merkt aldaar op p. 23 op: “Hoe men zich ook daartegen keert, interpreteren blijft het zoeken naar een achter woorden verscholen menselijke bedoeling.” En elders in zijn boek (p. 225) schrijft Meijers over de door hem gepropageerde, later door Van Dunné als historisch-psychologisch gekenschetste, uitlegmethode dat “(...) het vaststellen van datgene wat bedoeld is – ook dus wat stilzwijgend bedoeld is – steeds een psychologische en niet een normatieve werkzaamheid blijft.” Zie over deze opvatting in kritische zin Eggens 1951, p. 258 e.v en p. 266 e.v. Vgl. Van Dunné 1980b, p. 68.

135 HR 17 december 1976, NJ 1977, 241.

136 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635. Zie in deze zin ook Vranken 1989, p. 64.

“de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer *redelijkerwijs* aan deze bepalingen *mochten toekennen* en op hetgeen zij te dien aanzien *redelijkerwijs* van elkaar *mochten verwachten*. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht. (curs. PSB)”

Beide, vrijwel identieke, formules hebben een sterk normatieve en (dus) objectiverende inslag: het komt niet aan op de feitelijke vraag hoe partijen elkaars verklaringen en gedragingen hebben opgevat, maar op de normatieve vraag hoe partijen in de gegeven omstandigheden elkaars verklaringen en gedragingen over en weer *in redelijkheid*, d.w.z. als fatsoenlijke en behoorlijke lieden, behoorden op te vatten.¹³⁷ Subjectief zijn beide maatstaven slechts in die zin dat dit behoren wordt afgemeten aan wat van *deze* partijen in *deze* omstandigheden mocht worden verwacht.¹³⁸

Vranken concludeert uit het aldus door de Hoge Raad hanteren van (praktisch) één en dezelfde formule terecht dat zowel uitlegvragen als vragen van totstandkoming aan één en dezelfde maatstaf gebonden zijn.¹³⁹ Die maatstaf is in beide gevallen die van de *redelijkheid en billijkheid*. Dat de Haviltex-maatstaf (en daarmee dus ook de praktisch identieke maatstaf van Bunde/Erckens) inderdaad in de sleutel staat van de redelijkheid en billijkheid is niet alleen af te leiden uit het gebruik van de woorden “redelijkerwijs” en “mogen”, maar ook uit het bekende uitlegarrest HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (DSM/Fox). In dat arrest maakte de Hoge Raad immers duidelijk dat de Haviltex-maatstaf niet meer dan een uitwerking vormt – voor het meest voorkomende type van overeenkomsten – van de redelijkheid en billijkheid, die bij elke wijze van uitleg in acht moet worden genomen: bij de uitleg van een contract zijn “telkens van beslissende betekenis (...) alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.”¹⁴⁰

137 Daarmee staat de Haviltex-maatstaf dicht bij de leer van de geobjectiverde gemeenschappelijke partijbedoeling, zoals deze in België wordt gehanteerd. Zie hierover nader Smits 2005, p. 3. Vgl. voorts Van der Heijden 1933, p. 11.

138 Vgl. Van der Werf 1982, p. 62 en Valk 1994, p. 112.

139 Vranken 1989, p. 64.

140 Zie voorts r.o. 3.3 van het arrest van de Hoge Raad inzake “de negende van oma” (HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691, alwaar de Hoge Raad overweegt dat niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting ’s Hofs oordeel dat de overeenkomst behoort te worden uitgelegd met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij ook met de belangen van derden rekening dient te worden gehouden (art. 3:12 BW). Zie hierover voorts het navolgende hoofdstuk van dit boek.

Dat zowel uitlegvragen als vragen van totstandkoming aldus aan één en dezelfde norm van redelijkheid en billijkheid zijn gebonden, mag gelet op het hiervoor vanaf § 8 gevoerde betoog geen verrassing heten. Deelnemers aan het rechtsverkeer zijn permanent onderworpen aan door de rechtsgemeenschap dwingend opgelegde elementaire normen van fatsoen en behoren: de eisen van redelijkheid en billijkheid. Wie overweegt te contracteren heeft zich aan die eisen te houden. In die eisen ligt besloten de verplichting van elke partij om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Deze verplichting brengt met zich dat als een partij bij zijn wederpartij het redelijk vertrouwen heeft gewekt, zich in deze of gene zin gebonden te achten, die partij zich gebonden heeft te weten in de zin, zoals hij zich – objectief bezien – jegens zijn wederpartij te verstaan heeft gegeven.¹⁴¹ Of in de woorden van Eggens, die in het perspectief van de goede trouw (zie hiervoor in § 8.1) als grondslag voor de binding aan het gegeven woord opmerkt:

“Wilsverklaring is rechtens de verklaring die de verklaarder – hem toerekenbaar – objectief als zijn wil doet verschijnen voor zijn wederpartij, en die deze laatste hem daarom rechtens mag toerekenen, en die de verklaarder zichzelf zal toerekenen indien hij zichzelf, en zijn wederpartij, als persoon begrijpt en eerbiedigt. De verklaarder is rechtens gebonden zo als hij zich te verstaan gegeven heeft, en zo behoort hij ook zichzelf – en daarmee zijn wil – te verstaan, onafhankelijk van de vraag wat hij had willen verklaren, maar in werkelijkheid niet – als zijn wil – verklaard heeft.”¹⁴²

10. Slot

Doel van dit hoofdstuk was om te bezien of de in het vorige hoofdstuk gevonden visie op redelijkheid en billijkheid als dwingende gedragsnorm voor partijen wellicht bij zou kunnen dragen tot een beter begrip van het verschijnsel van contractuele gebondenheid en wellicht voor dat verschijnsel zelfs een verklaring kan bieden.

In dit kader werden allereerst de vanouds bekende klassieke gebondenheidsleren op hun deugdelijkheid onderzocht. Geconstateerd werd dat het begrippentrio wil, verklaring en vertrouwen geen geschikte basis vormt om genoemde gebondenheid te verklaren. Hetzelfde bleek evenwel te moeten worden gezegd van de alternatieve gebondenheidsleren die in de afgelopen decennia door respectievelijk Hijma, Smits

141 Vgl. Willoweit 1969, p. 102 en Larenz/Wolf 2004, p. 620.

142 Uit “Een man een man, een woord een woord” (Eggens 1949, p. 205). Een fraai voorbeeld van deze objectiverende denkwijze biedt het recente arrest HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, dat betrekking had op de totstandkoming van een maatschapsovereenkomst.

en Nieuwenhuis werden ontwikkeld. Ook de gebondenheidsvisies van de prominente Anglo-Amerikaanse rechtsgeleerden Fried en Atiyah overtuigden niet: Fried's visie op gebondenheid bleek in wezen op een cirkelredenering te berusten, nu de verbindende kracht van de belofte werd verklaard vanuit het gebruikmaken van de "conventie van het beloven". Voorts bleek in Fried's belofteleer niet duidelijk welke belofte nu bindt en welke niet. Ook de belofteleer van Atiyah wist niet te overtuigen. Gebondenheid bleek in Atiyah's visie voort te vloeien uit bepaalde omstandigheden (verkregen voordelen, opgewekt vertrouwen), niet uit de belofte zelf. Consequentie van deze visie bleek te zijn dat sommige contracten, hoewel gesloten, in wezen niet binden. Daarmee bleek zijn leer in zeker opzicht neer te komen op een leer van contractuele *ongebondenheid*. Daarnaast leverde zijn denken in termen van "benefit" en "reliance" geen grondslag op voor gebondenheid *in abstracto*.

De opvattingen van de Duitse dogmatici Flume en Larenz bleken daarentegen vruchtbare kiemen op te leveren voor het lanceren van een eigen opvatting over gebondenheid: niet de autonomie van partijen, maar de *rechtsgemeenschap* beslist over gebondenheid. Het bleek de rechtsgemeenschap te zijn die – via de in hoofdstuk 1 centraal gestelde dwingende gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid – aan partijen de eis van gebondenheid aan het overeengekomene oplegt. De eis van gebondenheid aan de overeenkomst bleek een algemeen erkende, in de redelijkheid en billijkheid verankerde eis van *behoorlijk en fatsoenlijk handelen*. Geconstateerd werd voorts dat de rechtsgemeenschap tevens bij machte is – opnieuw via de redelijkheid en billijkheid – in bijzondere gevallen de band met het overeengekomene weer op te heffen en wel door middel van de dwingendrechtelijke en van rechtswege werkende norm van art. 6:2 lid 2/6:248 lid 2 BW. Gebondenheid en opheffing daarvan bleken daarmee door één en dezelfde norm te worden beheerst.

Voorts werd ingegaan op de vraag op welke wijze de gebondenheid aan het overeengekomene gestalte krijgt. Geconstateerd werd dat partijen de hen door de precontractuele redelijkheid en billijkheid toebedeelde contractsvrijheid op verschillende wijzen geheel dan wel gedeeltelijk kunnen *verspelen*. De ultieme manier van het verspelen van contractsvrijheid is die van de instemming met de overeenkomst. Doet een partij door haar gedrag aan haar wederpartij blijken zich te willen binden, dan *is* zij gebonden, niet omdat de wederpartij op haar wil heeft mogen vertrouwen, maar omdat de rechtsgemeenschap – via de norm van de redelijkheid en billijkheid – van de verklarende eist om zich gebonden te weten op de wijze zoals deze zijn wil jegens zijn wederpartij heeft kenbaar gemaakt.

Vervolgens werd aangetoond dat de artt. 3:33 BW en 3:35 BW ook bij aanvaarding van de hier gekozen grondslag van gebondenheid hun waarde behouden. Opgemerkt

werd dat uit de parlementaire geschiedenis bovendien kan worden afgeleid dat de redactie van deze artikelen geen keuze of voorkeur van de wetgever suggereert voor een bepaalde grondslag voor gebondenheid. De vraag naar deze grondslag is “nadrukkelijk overgelaten aan de doctrine”.

Tenslotte werd opgemerkt dat de vraag op welke grondslag de overeenkomst tot stand komt, niet los kan worden gezien van de vraag hoe zij moet worden uitgelegd. Beide vragen lopen in elkaar over: de beantwoording van de vraag of respectievelijk in hoeverre een overeenkomst tot stand is gekomen, kan niet geschieden zonder uitleg van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard. Vergelijking van het arrest Bunde/Erckens met het Haviltex-arrest maakte duidelijk dat zowel uitlegvragen als vragen van totstandkoming langs *normatieve* weg moeten worden beantwoord. In beide gevallen komt het niet aan op de feitelijke vraag hoe partijen elkaars verklaringen en gedragingen hebben opgevat, maar op de normatieve vraag hoe partijen in de gegeven omstandigheden elkaars verklaringen en gedragingen over en weer *in redelijkheid*, d.w.z. als fatsoenlijke en behoorlijke lieden, behoorden op te vatten.

3 | Uitleg van commerciële contracten¹

1. Inleiding

Kwam in het voorgaande de uitleg van contracten reeds in algemene zin kort ter sprake, in dit hoofdstuk staat de uitleg van het op Anglo-Amerikaanse leest geschoeide *commerciële contract* centraal. Dit type contract is in de afgelopen jaren uitgegroeid tot een niet meer weg te denken fenomeen in de Nederlandse contractspraktijk. Dit type contract wordt gekenmerkt door het feit dat het veelal in de Engelse taal is opgesteld, doorgaans een groot aantal (standaard-)bepalingen¹ en gedetailleerde regelingen bevat en door het feit dat het pleegt te worden gesloten tussen commerciële partijen, die zich bij het uitonderhandelen en opstellen van het contract in de regel door deskundig te achten juristen laten bijstaan. Genoemd type contract is – getuige de bestendig uitdijende stroom publicaties op dit terrein – tevens een dankbare bron van inspiratie voor de literatuur gebleken.² In veel van die publicaties wordt ervan uitgegaan dat dit type contract, gezien zijn gedetailleerdheid, (vermeende) heldere risicoallocatie en eenduidige bewoordingen, meer dan het “klassieke” (lees: beduidend beknoptere en gewoonlijk in de Nederlandse taal geredigeerde) commerciële contract, zou congrueren met de in het (internationale) handelsverkeer bestaande hang naar voorspelbaarheid en rechtszekerheid.³

Om aan deze behoefte aan rechtszekerheid en voorspelbaarheid te kunnen voldoen, zou het op Anglo-Amerikaanse leest geschoeide commerciële contract⁴ noodzakelij-

1 Een eerdere versie van dit hoofdstuk verscheen in 2011 in het WPNR, onder de naam “Uitleg van commerciële contracten”, WPNR 6890-6891 (2011), pp. 477-485 en 502-511.

1 Ook wel “boilerplates” genoemd. Nader over dit soort bepalingen o.m. Uijen 2010, p. 132-139, Meijer 2009, p. 104 en Wessels 2007, p. 9.

2 Zie onder (veel) meer: Drion 1999, p. 13-20 en Drion 2010, p. 1279 alsmede de bijdragen van R.P.J.L. Tjittes, R. De Vrey en C.E. Drion in de Grosheidebundel “Contracteren Internationaal”, Den Haag 2006, Schuit 2001, p. 42-44, Temme 2008, p. 5-19, Erwtelman 2007, p. 65-67, Tjong Tjin Tai 2008, p. 810-816, Sno 2008, p. 72-75, Tjittes 2008a, p. 41-43, Tjittes 2005, p. 2-29 en Tjittes 2008b, p. 113-139.

3 Zie bijv. De Vrey 2006, p. 87 e.v. en Schelhaas 2008, p. 151.

4 Dit contractstype zal hiernavolgend om redenen van beknoptheid kortweg als “commercieel contract” of als “(internationaal) commercieel contract” worden aangeduid.

kerwijs taalkundig, althans zo objectief mogelijk moeten worden uitgelegd.⁵ Commerciële contractanten zouden veelal een dergelijk type uitleg verkiezen boven de door voorvechters van voormeld contractstype regelmatig als (te) subjectief⁶ en onvoorspelbaar⁷ gekenschetste Haviltex-maatstaf.⁸ Ondernemers zouden niet zozeer behoefte hebben aan (redelijk en) billijk recht, als wel aan zeker recht, zo wordt in dit kader wel betoogd.⁹

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre bij de uitleg van het (internationale) commerciële contract tussen professionele partijen andere uitlegmaatstaven (dienen te) gelden dan bij de uitleg van reguliere contracten. Is een taalkundige uitleg bij commerciële contracten inderdaad geboden respectievelijk is taalkundige uitleg van dergelijke contracten verenigbaar met de nog altijd vigerende Haviltex-formule (vgl. de arresten PontMeyer,¹⁰ Derksen/Homburg¹¹ en UPC/Land¹²)? En, last but not least, in hoeverre verzet het in de voorgaande hoofdstukken geconstateerde dwingende gedragsnormkarakter van de redelijkheid en billijkheid zich tegen een dergelijke taalkundige benadering van contractsuitleg?

2. Leeswijzer

In dit hoofdstuk zal ik – na in § 3 in hoofdlijnen de ontwikkelingsgang van het leerstuk van uitleg van obligatoire¹³ overeenkomsten te hebben geschetst alsmede de betekenis die daarbij aan de gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid moet worden toegekend – in § 4 een antwoord formuleren op de vraag in hoeverre bij

5 Zie onder meer Schelhaas 2008, p. 160, Grosheide 2000, p. 101, Snijder-Kuipers 2010, p. 172 en Tjittes in zijn JOR noot onder HR 29 juni 2007, JOR 2007/198 (Derksen/Homburg).

6 De Vrey 2006, p. 87; Tjittes 2006, p. 76.

7 Grosheide 2000, p. 106.

8 Te vinden in HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (m. nt. C.J.H. Brunner).

9 In deze zin bijv. Schelhaas 2008, pp. 151 en 160 alsmede Tjittes in zijn noot bij het PontMeyer arrest, HR 19 januari 2007, JOR 2007/166. Zie in dezelfde zin Tjittes 2009, p. 24-27 en Tjittes 1997, p. 375-388. Zie voorts Drion 2006, p. 189. De juistheid van de door deze schrijvers verdedigde opvatting is betwist, zie onder meer Asser-Vranken 2005, p. 57 (nr. 48) en Mendel 2000, p. 129 e.v. Mendel is bijgevalen door Raaijmakers (zie Raaijmakers 2005, p. 129 e.v.) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 399.

10 HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575.

11 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (m.nt. M.H. Wissink).

12 HR 9 april 2010, JOR 2010, 179 (m. nt. P. Olden).

13 De uitleg van andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, zoals de goederenrechtelijke overeenkomst, blijft in dit hoofdstuk buiten beschouwing.

de uitleg van het (internationale) commerciële contract tussen professionele partijen andere maatstaven (dienen te) gelden dan bij de uitleg van reguliere contracten. In § 5 zal ik vervolgens een antwoord geven op de aanpalende vraag of commerciële contractanten de inhoud van hun contract kunnen *fixeren* door redelijkheid en billijkheid in hun aanvullende, beperkende of uitlegfunctie uit te schakelen, bijvoorbeeld door middel van uitlegclausules of het gebruik van een *entire agreement clause*. Bezien zal voorts worden in hoeverre het dynamische aspect van de contractsrelatie zich tegen een dergelijke fixatie verzet. Het hoofdstuk wordt in § 6 afgesloten met een samenvatting van de resultaten.

3. De ontwikkelingsgang van het leerstuk van uitleg

3.1 Inleiding

Onder contractsuitleg kan worden verstaan de vaststelling van de juridische betekenis van de door de contractanten afgelegde verklaringen en dus van de daardoor ontstane rechtsgevolgen.¹⁴ Aan deze vaststelling gaat echter noodzakelijkerwijs een werkzaamheid vooraf, die eveneens uitleg zou kunnen worden genoemd en die betrekking heeft op de kwalificatie van het *object* van uitleg, bijvoorbeeld als arbeidsovereenkomst, transportakte of als het in dit hoofdstuk centraal staande commerciële contract. Elk van deze objecten van uitleg is aan regels van uitleg gebonden.¹⁵ Deze regels luiden niet steeds hetzelfde: een collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) dient anders te worden uitgelegd dan huwelijkse voorwaarden, een overeenkomst van geldlening tussen familieleden anders dan een Share Purchase Agreement tussen professionele partijen. Om deze reden kan uitleg zonder voorafgaande kwalificatie van het uitlegobject geen werkelijke aanvang nemen: eerst indien bedoelde kwalificatie heeft plaatsgevonden, is duidelijk welke regels bij de uitleg van het betreffende object ter hand moeten worden genomen.¹⁶

14 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III * 2010, nr. 362 en Dooyeweerd 1973, die in zijn bespreking van Van Dunne's proefschrift opmerkt dat het bij juridische interpretatie steeds gaat om de "vaststelling van de rechtsbetekenis der handeling die nimmer tot de taalkundige betekenis van haar eventueel schriftelijke formulering is te herleiden." (p. 31). Hesselink (Hesselink 1999a, p. 132 e.v.) spreekt van de vaststelling van de autonome verplichtingen tussen partijen.

15 Vgl. Nieuwenhuis 1979, p. 20.

16 Zie in deze zin reeds Eggens 1951, p. 258.

De uitleg van de inhoud van het contract is voorts te onderscheiden van de *aanvulling* van de overeengekomen rechtsgevolgen ingevolge art. 6:248 BW. Aanvulling¹⁷ en beperking ingevolge dit artikel doen, zoals wij eerder in dit boek al zagen, van rechtswege – derhalve zonder enige rechterlijke interventie – hun werk in de rechtsverhouding tussen partijen.¹⁸ Deze werking van rechtswege brengt met zich dat aanvulling en beperking zich aan de uitleg *onttrekken*: zij *kunnen* niet in het uitleg-oordeel opgaan, omdat zij hun werk in de overeenkomst al (van rechtswege) hebben gedaan.¹⁹ Dit laat onverlet dat – zoals hierna in paragraaf 5 nader uiteen zal worden gezet – deze drie functies van de redelijkheid en billijkheid in de praktijk nauw met elkaar samenhangen en in elkaars verlengde liggen, al was het maar omdat het contractueel overeengekomene weliswaar van rechtswege wordt uitgebreid of beperkt, maar deze uitbreiding of beperking veelal eerst met de uitleg van het overeengekomene aan het licht komt.²⁰

3.2 De Haviltex-norm

Uitleg geschiedde vóór invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek lange tijd met inachtneming van een aantal in de artt. 1378-1387 (oud) BW neergelegde bepalingen voor de uitleg van contracten. Veranderde inzichten over belang en functie van de goede trouw in het verbintenissenrecht en de moeizame, soms innerlijk tegenstrijdige²¹ formulering van deze artikelen leidden er echter toe dat deze artikelen in de loop der tijd van regels veranderden in min of meer vrijelijk door de rechter te hanteren gezichtspunten.²² De culminatie van deze ontwikkelingen vormde in 1981

17 Ik beperk mij hier en in het navolgende tot de aanvulling door redelijkheid en billijkheid en laat de aanvullende wet en gewoonte verder buiten beschouwing.

18 Zie hoofdstuk 1, § 6. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 414 en 446 alsmede Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 2 Boek 6 BW, aant. 72 (Vriend).

19 Hun uitwerking op het overeengekomene kan mitsdien bij uitleg slechts worden *geconstateerd*. Daarmee is meteen het verschil gegeven met de zogeheten normatieve uitleg, zoals deze bekend is gemaakt door onder meer Van Dunné en Schoordijk: in die leer worden, grof gezegd, aanvulling en beperking niet *geconstateerd* maar in één greep genomen om tezamen in het uitleg-oordeel op te gaan. Zie onder meer Van Dunné 1975, p. 72 e.v. en de literatuur, genoemd bij Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III * 2010, nr. 365. Zie ook Schoordijk 2007a.

20 Zie ook A-G Wissink in zijn conclusie onder 3.8 en 3.10 bij HR 19 november 2010, NJ 2010, 623.

21 Zie bijv. Eggens 1951, p. 264 voor wat betreft het voor uitleg van testamenten met art. 1378 (oud) BW corresponderende art. 932 (oud) BW. Zie ook Pitlo 1964, p. 199.

22 Nader hierover: Lankhorst 1988, p. 12-18.

het Haviltex arrest.²³ In dat inmiddels klassieke uitlegarrest nam de Hoge Raad afstand van de op art. 1378 (oud) BW steunende gedachte dat aan de hand van enkel een taalkundige uitleg van de in een overeenkomst gebruikte bewoordingen zou kunnen worden vastgesteld of deze bewoordingen duidelijk zijn respectievelijk of het overeengekomene een leemte laat die aanvulling behoeft.²⁴ De kernoverweging van dit arrest, dat tot op de huidige dag door velen maatgevend²⁵ wordt geacht voor de uitleg van overeenkomsten, is intussen overbekend en luidt als volgt:

“De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.”

Ergo: niet de bewoordingen *sec*, maar de in de gegeven omstandigheden *redelijke* verwachtingen en *in redelijkheid* aan die bewoordingen gegeven betekenissen zijn voor de uitleg van het overeengekomene bepalend. De dubbele verwijzing naar de redelijkheid in de hierboven geciteerde overweging wijst op het sterk objectiverende element in de Haviltex-maatstaf: het komt niet aan op de feitelijke vraag hoe partijen het overeengekomene *hebben* opgevat, maar op de normatieve vraag hoe partijen in de gegeven omstandigheden het overeengekomene over en weer in redelijkheid *behoorden* op te vatten.²⁶ Subjectief is de Haviltex-maatstaf slechts in die zin dat

23 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (m. nt. C.J.H. Brunner).

24 Nadat zulks eerder al in de literatuur was geschied, zie bijv. Pitlo 1964, p. 199 e.v. en Eggens 1951, p. 257-279. Zie ook Asser-Rutten 4-II (5^e druk), p. 209, waarin wordt gewezen op eerdere rechtspraak van de Hoge Raad, waarin is overwogen dat het criterium voor het duidelijk zijn van de overeenkomst niet uitsluitend gelegen is in de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen. Zie ook Veenstra 2009, p. 62.

25 Zie bijv. De Vries 2009, p. 9, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 364, Drion/Van Wechem 2008, p. 934 en Hijma/Olthof 2008, p. 348.

26 Daarmee staat de Haviltex-maatstaf dicht bij de leer van de geobjectiverde gemeenschappelijke partijbedoeling, zoals deze in België wordt gehanteerd. Zie hierover nader Smits 2005, p. 3. Vgl. voorts Van der Heijden 1933, p. 11.

dit behoren wordt afgemeten aan wat van *deze* partijen in *deze* omstandigheden mocht worden verwacht.²⁷

Wat de Haviltex-formule door haar verwijzing naar de omstandigheden van het geval tevens duidelijk maakt is dat (in tegenstelling tot wat soms lijkt te worden gedacht)²⁸ woorden op zichzelf nooit duidelijk zijn en steeds (redelijke) uitleg behoeven.²⁹ Stanley Fish zegt over dit fenomeen:

“A sentence is never not in a context. We are never not in a situation. A statute is never not read in the light of some purpose. A set of interpretative assumptions is always in force. A sentence that seems to need no interpretation is already the product of one.”³⁰

Anders gezegd: uitleg is een onontkoombare schakel in het proces om tot begrip van willekeurig welke tekst te komen. Bij die uitleg spelen de omstandigheden van het geval *steeds* een rol. De noodzaak om steeds de context te betrekken bij de uitleg van taaluitingen heeft alles te maken met de vaagheid of meerduidigheid die nu eenmaal intrinsiek met taal verbonden is.³¹ Deze eigenschap van taal vormt evenwel

27 Vgl. Van der Werf 1982, p. 62 en Valk 1994, p. 112. Een andere opvatting lijkt Tjittes (Tjittes 2009, p. 14) te huldigen, waar deze opmerkt dat het bij de Haviltex-maatstaf “gaat om de gerechtvaardigde verwachtingen van *de desbetreffende contractspartijen* (cursivering in tekst) en niet van redelijke personen (in dezelfde omstandigheden als partijen of in het algemeen).” Door aldus de verwachtingen van de contractspartijen en die van redelijke mensen tegenover elkaar te plaatsen, lijkt Tjittes voorbij te zien aan de uit art. 6:2 lid 1 BW voortvloeiende, voortdurende gehoudenheid van contractspartijen om zich als redelijke mensen te gedragen. Op deze gehoudenheid mogen partijen ook bij de uitleg van het overeengekomene ten volle worden afgerekend. Zie over deze gehoudenheid ook de hierna in noot 278 genoemde literatuur. Vgl. voorts HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC) en Van der Heijden 1933, t.a.p.

28 Zie o.m. Grosheide 2000, p. 100 e.v. en Snijder-Kuipers 2010, p. 172.

29 Dit leerde reeds P. Scholten; zie Scholten 1909, p. 310. Zie in dezelfde zin nadien o.m. Eggens 1951, p. 257-279, Bregstein 1951, p. 250 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 370-371 met verwijzing naar verdere literatuur en jurisprudentie.

30 Fish 1980, p. 284.

31 Vgl. De Vooy 1925, p. 410. De Vooy merkt in zijn artikel “Vaktaal en volkstaal” op: ““Een taal, waarin telkens één woord diende ter aanduiding van een scherp omljnd en dus duidelijk omschrijfbaar begrip, zou de oppervlakkige beschouwer een ideaal kunnen toeschijnen, maar bij nader inzien plaatst hij zich daarmee buiten de maatschappelijke werkelijkheid. Door talrijkheid van woorden zou zulk een taal buitengewoon onprakties worden, maar bovendien heeft de algemene taal meestal vrij vage complexen van voorstellingen aan te duiden, die Erdmann ‘Populargriffes’ noemt. In plaats van scherpe omgrenzing hebben ze een kern met vervloeiende rand. Wie een definitie tracht te geven van tafel of van nacht kan zich daarvan overtuigen. De polysemie (‘Vieldeutigheid’) is tegelijk een gebrek en een deugd (...).”

geen beletsel voor zinvolle communicatie, zolang tijdens het interpreteren van de taalhandeling maar op bedoelde context acht wordt geslagen, aldus onder meer de befaamde taalkundige Michel Bréal:

“One fact which dominates the whole subject is that by a necessity, the reasons for which will appear, our languages are condemned to a perpetual lack of proportion between the word and the thing. Expression is sometimes too wide, sometimes too narrow. We do not notice this want of accuracy because for the speaker, expression adapts itself to the thing through the circumstances, the place, the moment and the obvious intention of discourse. At the same time, the attention of the hearer, who counts for half in all language, goes straight to the thought behind the word, without dwelling on its literal bearing, and so restricts or extends it according to the intention of the speaker. (...)”³²

Vanwege genoemde “want of accuracy” behoeven woorden, kortom, *steeds* interpretatie aan de hand van de context waarin die woorden worden gebruikt.³³ De Haviltex-formule sluit bij dit inzicht aan door met de woorden “in de gegeven omstandigheden” de contextualiteit van het uitlegproces te benadrukken.

3.3 De CAO-norm

Ruim tien jaar na het wijzen van het Haviltex arrest heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt hoe de uitleg dient plaats te vinden, indien het object van uitleg een CAO betreft. Bij de totstandkoming van zo’n overeenkomst zijn de individuele werknemers niet en is de individuele werkgever soms betrokken. Werknemer en werkgever staan daarom bij de uitleg van zo’n CAO veelal geen andere gegevens ter beschikking dan de tekst van de CAO en de eventuele schriftelijke toelichting daarop. Dit gegeven brengt de Hoge Raad ertoe een nieuwe, objectieve uitlegmaatstaf te formuleren, welke erop neerkomt dat:

“[v]oor de uitleg van de bepalingen van een CAO, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn.”³⁴

32 Als geciteerd in Nerlich/Clarke 1996, p. 244.

33 Zie hierover ook Noordegraaf 2006, p. 205-216. Zie in dezelfde zin Nieuwenhuis 2007, p. 380. Vgl. voorts Janssen 2006, p. 13, waar deze opmerkt dat de voor een taaluiting vereiste mate van specificiteit afhankelijk is van de mate waarin spreker en toegesprokene een gedeeld referentiekader hebben.

34 HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (Gerritse/HAS).

De CAO-norm is nadien ook toegepast op andere schriftelijke stukken waarin een overeenkomst of een andere regeling is vastgelegd, die naar haar aard bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst of regeling, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor die derden niet kenbaar is.³⁵

3.4 *DSM/Fox: een vloeiende overgang*

Weer een decennium later maakt de Hoge Raad in het arrest DSM/Fox³⁶ duidelijk dat zowel de Haviltex-maatstaf als de CAO-norm op een gemeenschappelijke grondslag berusten, welke erop neerkomt dat:

“(…) bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Ten behoeve van de werkbaarheid voor de praktijk en van de toetsbaarheid van het rechterlijk oordeel in cassatie, heeft de Hoge Raad een uitwerking van die vage norm gegeven voor de boven aangegeven, in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende, typen van gevallen. In deze typologie heeft de CAO-norm betrekking op geschriften en verhoudingen waarvan de aard meebrengt dat bij die uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan.”

De Haviltex-maatstaf en de CAO-norm vormen blijkens deze overweging van de Hoge Raad derhalve niet meer dan uitwerkingen – voor een aantal veel voorkomende typen van overeenkomsten – van de redelijkheid en billijkheid, die bij elke wijze van uitleg in acht moet worden genomen.³⁷ De Haviltex-maatstaf en de CAO-norm zijn mitsdien loten van dezelfde stam.³⁸ Beide wijzen van uitleg dienen volgens de Hoge Raad plaats te vinden onder toekenning van beslissende betekenis aan de omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven

35 Te noemen zijn een sociaal plan dat niet zelf een CAO is (HR 26 mei 2000, nr. C 98/318, NJ 2000, 473), een trustakte bij een obligatielening (HR 23 maart 2001, nr. C 99/054, NJ 2003, 715) en het Bindend Besluit Regres 1984 (HR 16 mei 2003, nr. C 01/250, NJ 2003, 470). Zie hierover nader Wissink 2004, p. 411 e.v.

36 HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (m. nt. C.E. du Perron).

37 Gelet daarop dient de gedachte dat de Haviltex-formule nog altijd de centrale maatstaf bij de uitleg van overeenkomsten vormt thans als achterhaald te worden beschouwd. Vgl. De Vries 2009, p. 9, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III * 2010, nr. 364, Drion/Van Wechem 2008, p. 934 en Hijma/Olthof 2008, p. 348.

38 De beeldspraak is ontleend aan Tjittes 2005, p. 28.

van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Tussen beide uitlegvarianten bestaat volgens de Hoge Raad dan ook “geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang”:

“Enerzijds heeft ook bij toepassing van de Haviltexnorm te gelden dat, indien de inhoud van een overeenkomst in een geschrift is vastgelegd – nog afgezien van het bepaalde in art. 3:36 BW in de verhouding tot derden – de argumenten voor een uitleg van dat geschrift naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen in de mate waarin de daarin belichaamde overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen.

Anderzijds leidt de CAO-norm niet tot een louter taalkundige uitleg; in het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 2002, nr. C 00/186, NJ 2003, 110, is de hiervoor in 4.3 aangehaalde rechtspraak in die zin verduidelijkt dat hier sprake is van een uitleg naar objectieve maatstaven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. (...)”³⁹

De verklaring voor het feit dat, blijkens het voorgaande, de CAO-norm net zo min als de Haviltexnorm⁴⁰ leidt tot een “louter taalkundige uitleg” moet worden gezocht in het feit dat beide uitlegvarianten in de redelijkheid en billijkheid geworteld zijn. Redelijkheid en billijkheid als gemeenschappelijke grondslag voor alle te hanteren vormen van contractsuitleg brengen onvermijdelijk met zich dat geen van de op basis van de omstandigheden van het geval geëigende uitlegvarianten een louter taalkundige uitleg kan opleveren: bij elke uitlegvariant geldt dat van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.⁴¹

39 Valk 1994, p. 112, spreekt in dit kader bij toepasselijkheid van de CAO-norm van “doorsnee belangen” en “doorsnee partijen”.

40 Zie te dezen HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex), m. nt. C.J.H. Brunner en het nadien gewezen Vodafone/ETC arrest (HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565).

41 Vgl. Valk 1994, p. 112. Vgl. voorts Dooyeweerd 1973, die in zijn bespreking van Van Dunné’s proefschrift opmerkt dat het bij juridische interpretatie steeds gaat om de “vaststelling van de rechtsbetekenis der handeling die nimmer tot de taalkundige betekenis van haar eventueel schriftelijke formulering is te herleiden.” (p. 31).

3.5 *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm*

Hoe nu te verklaren dat de uitleg van contracten aldus steeds naar redelijkheid en billijkheid dient plaats te vinden? Bezien wij, alvorens een antwoord te formuleren, eerst art. 6:2 BW, het algemene redelijkheid- en billijkheidsartikel dat ook wel als grondregel van het verbintenissenrecht wordt aangemerkt.⁴² Lid 1 daarvan bepaalt kort en krachtig:

Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid.

In hoofdstuk 1 heb ik betoogd dat deze norm primair als een partijen dwingende, en van rechtswege werkende gedragsnorm moet worden opgevat. Redelijkheid en billijkheid zijn geen onversneden *Leerformeln*,⁴³ waaraan elke willekeurige betekenis kan worden toegedicht, maar hebben een eigen gedragsnormerend karakter dat in de kern voor partijen bij een verbintenis de dwingende verplichting inhoudt om zich over en weer behoorlijk en zorgvuldig te gedragen.⁴⁴ Een dergelijke houding brengt voor partijen met zich dat zij niet enkel oog mogen hebben voor het dienen van de *eigen* belangen, maar ook de gerechtvaardigde belangen van de *ander* in het vizier moeten houden en aldus “de ander als persoon” moeten respecteren.⁴⁵ Deze verplichting is dwingend omdat zij het gehele verbintenissenrecht doordeesemt en, gelet op het hetgeen hierover in hoofdstuk 1 reeds werd opgemerkt, van zo fundamentele aard moet worden geacht dat zij zich niet voor contractuele uitsluiting leent.⁴⁶ Voornoemd gedragsnormkarakter van redelijkheid en billijkheid komt wellicht het

42 Wiarda 1988, p. 54. Zie in dezelfde zin Pitlo 1964, p. 183, met betrekking tot art. 1374 lid 3 (oud) BW. Zie voorts Van der Grinten 1965, p. 59. Zie ook Meijers 1918, p. 143.

43 Zie hierover met betrekking tot o.a. Treu und Glauben, Larenz 1991, p. 223.

44 Zie in dezelfde zin o.m. Van Brakel 1948, § 376, Asser-Rutten 4-II (4^e druk), p. 230, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, nr. 392, Van der Werf 1982, p. 18 en 20, Pitlo/Bolweg 1979, p. 249 en Schoordijk 1996, p. 34. Zie voorts Reurich 2005b, p. 43.

45 Zie Eggens 1949, p. 200. Zie ook Nieuwenhuis 1989, p. 184 e.v., met verwijzing naar Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, par. 36.

46 Een contractuele uitsluiting van de redelijkheid en billijkheid zou immers neerkomen op een vrijbrief voor partijen om zich onfatsoenlijk en onredelijk te gedragen en is derhalve vanuit maatschappelijk oogpunt niet aanvaardbaar. Vgl. Van der Werf 1982, p. 12 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 380 en 392. Zie ook hierna onder 5.

meest kernachtig tot uiting in de in het standaardarrest Baris/Riezenkamp⁴⁷ geformuleerde regel dat:

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

De daarop voortbouwende overweging

“dat voor dengene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, de omvang van welke gehoudenheid mede hierdoor wordt bepaald, dat men in den regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen (...)

maakt duidelijk dat wat de gerechtvaardigde belangen van partijen zijn, mede afhankelijk is van het *eigen* gedrag van die partijen.⁴⁸ Zo vormt de in de zojuist weergegeven overweging genoemde mededeling van de ene partij een gedraging die, indien de andere partij daarop afgaat, verder onderzoek staakt en vervolgens onder dwaling contracteert, bij de mededelende partij tot verlies van een gerechtvaardigd belang bij instandhouding van de overeenkomst kan leiden en bij de andere partij tot verkrijging van een gerechtvaardigd belang bij vernietiging van het overeengekome.⁴⁹ Partijen beïnvloeden dusdoende door hun eigen gedrag over en weer de mate van gerechtvaardigheid van het eigen belang en dat van de ander.⁵⁰ De voortdurende verplichting om met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden heeft derhalve geen abstract of statisch karakter, maar moet concreet, dynamisch en wederkerig worden gedacht. Dat deze verplichting in belangrijke mate ook de *uitleg* van overeenkomsten beheerst, is onderwerp van de volgende subparagraaf. Daarin zal opnieuw zichtbaar worden dat de vraag naar de gerechtvaardigheid van de over en weer bestaande belangen niet los kan worden gezien van de eigen gedragingen van partijen: wat redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval van hen eisen wordt door hun eigen gedrag derhalve medebepaald.

47 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (m. nt. L.E.H. Rutten) en nadien herhaald in onder meer HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Nethou/Multi Vastgoed), HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO) en HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC).

48 Vgl. Asser-Rutten 4-II (5^e druk), p. 244.

49 Vgl. Valk, T&C, aant. 4 bij art. 6:228 BW.

50 Zie Reurich 2003, p. 52. Zie ook hoofdstuk 1, § 1.

3.6 *Uitleg naar redelijkheid en billijkheid*

Uitleg van het overeengekomene is niet voorbehouden aan de rechter, maar is primair een taak van partijen zelf te achten.⁵¹ Het zijn partijen die, om tot een zinvolle uitvoering van het overeengekomene te (kunnen blijven) komen, hun overeenkomst niet zelden op enig moment uit moeten leggen. Uitvoering van de overeenkomst en uitleg daarvan liggen daarmee in elkaars verlengde.⁵² Gelet hierop zal niet alleen die uitvoering moeten geschieden met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid, maar wordt ook de uitleg van het overeengekomene door deze dwingende gedragsnorm beheerst en daarmee door de hiervoor genoemde verplichting voor partijen om met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden.⁵³ Genoemde verplichting laat zich in het kader van uitleg nader formuleren tot de regel dat partijen over en weer rekening hebben te houden met het gerechtvaardigde vertrouwen dat zij bij elkaar hebben doen postvatten met betrekking tot de wijze waarop het overeengekomene behoort te worden verstaan. De eis van gerechtvaardigdheid brengt echter met zich dat niet ieder vertrouwen behoort te worden gehonoreerd.⁵⁴ Redelijkheid en billijkheid eisen bijvoorbeeld geregeld dat men bij de

51 Zie in deze zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 368.

52 In deze zin ook Pitlo/Bolweg 1979, p. 249.

53 Voorzover zulks al niet zou volgen uit art. 6:2 lid 1 BW, hebben latere arresten als HR 15 februari 1991, NJ 1991, 493 (RVS/Van Scharenburg) en HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Nethou/Multi Vastgoed) duidelijk gemaakt dat deze uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel ook nadat een overeenkomst tot stand is gekomen, de rechtsverhouding tussen partijen onverminderd blijft beheersen. Vgl. Kornet 2006, p. 40 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 392.

54 Deze gedachte weerklinkt ook in het arrest waarmee de Hoge Raad de CAO-norm introduceerde (HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (Gerritse/HAS)). In r.o. 3.3 van dit arrest overweegt de Hoge Raad n.l.: “Bij de totstandkoming van een dergelijke overeenkomst zijn de individuele werknemers niet betrokken, terwijl de individuele werkgever daarbij betrokken kan, maar niet hoeft te zijn. In het algemeen staan daarom aan de werknemers en werkgever, op wie de overeenkomst van toepassing is, bij het bepalen van inhoud en strekking daarvan geen andere gegevens ter beschikking dan haar tekst en de eventueel daaraan toegevoegde schriftelijke toelichting, die in deze zaak echter ontbreekt.” In zo’n situatie bieden redelijkheid en billijkheid geen ruimte voor het vertrouwen dat het in de CAO overeengekomene op een andere wijze behoort te worden verstaan dan voorzover blijkt uit de voor werknemer en werkgever toegankelijke tekst van de CAO en de eventuele toelichting daarop. Voor het gebruik van andere, niet bij een ieder bekende wetenschap is dan geen plaats: “Dit brengt mee dat voor de uitleg van de bepalingen van een CAO, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Heeft de werkgever zelf aan de totstandkoming van de CAO meegewerkt, dan zal hij zijn eventueel daaraan ontleende bijzondere wetenschap te dier zake niet jegens de werknemer kunnen invoeren.”

wederpartij eerst navraag doet naar de door deze voorgestane betekenis van een contractsterm, alvorens met opname daarvan in het contract akkoord te gaan. Gaat men akkoord zonder deze navraag te doen, dan kunnen diezelfde redelijkheid en billijkheid vervolgens met zich brengen dat men de aldus geaccepteerde term in de door de wederpartij voorgestane zin tegen zich heeft te laten gelden, omdat door het eigen gedrag (het niet bij de ander informeren) bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen is opgewekt dat de term in een bepaalde zin mocht worden opgevat.⁵⁵ Voor gerechtvaardigd vertrouwen op de betekenis van een bepaalde contractsterm of -beding is derhalve steeds vereist dat men in de gegeven omstandigheden (het eigen gedrag daaronder begrepen) met rede(n) heeft vertrouwd.⁵⁶

Niet het enkele, subjectieve vertrouwen van partijen op een bepaalde betekenis van het overeengekomene derhalve, maar de eisen van redelijkheid en billijkheid – en daarmee die van het objectieve recht – bepalen welke betekenis, gegeven het gedrag van partijen en de overige omstandigheden van het geval (hoedanigheid, aard van de overeenkomst, deskundige bijstand etc.), aan het overeengekomene moet worden toegekend.⁵⁷ Omdat ook de rechter bij uitleg van het overeengekomene aan datzelfde objectieve recht gebonden is, bestaat er idealiter geen verschil in benadering tussen uitleg door laatstgenoemde en uitleg door partijen zelf.⁵⁸ Beiden zullen bij die uitleg iedere persoonlijke voor- of willekeur moeten laten varen en beslissende betekenis moeten (laten) toekennen aan de omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.⁵⁹

55 In deze zin ook HR 3 september 2010, RvdW 2010, 973. Vgl. Reurich 2003, t.a.p.

56 Zie in deze zin ook Valk 2009, p. 397-400. Vgl. voorts HR 17 december 1976, NJ 1977, 241, m. nt. G.J. Scholten en Vranken 1997, p. 1842.

57 Zie in deze zin reeds Eggens 1951, p. 257-279, m.n. p. 259-261 en p. 267. Vgl. Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 2 Boek 6 BW, aant. 72 (Vriend).

58 Vgl. Van Brakel 1948, t.a.p.

59 Vgl. Eggens 1951, p. 266. Wat men dit begrippenpaar (zoals vaak lijkt te gebeuren) niet (zozeer) op als een in het objectieve recht gewortelde gedragsnorm, maar enkel of primair als vage of open rechterlijke beslissingsnorm, dan wordt de rechter welbeschouwd “zijn eigen redelijkheid en billijkheid”: gevolg van deze visie is dat de rechter onder het mom van redelijkheid en billijkheid kan uitleggen zoals dit hem “in redelijkheid” goeddunkt. Redelijkheid kan in zo’n geval een synoniem worden voor “freies richterliches Ermessen” en een façade worden voor “willekeur en wille-keuze”. De laatste term is ontleend aan Eggens 1949, p. 202.

3.7 *Resultaat*

In deze paragraaf werd aan de hand van een aantal kernarresten op het gebied van uitleg vastgesteld dat uitleg steeds met inachtneming van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te geschieden. De reden hiervoor werd door mij gevonden in het dwingende gedragsnormkarakter van deze norm, welke partijen bij een overeenkomst verplicht steeds met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden. Deze verplichting bleek zich in het kader van uitleg (welke primair een taak is van partijen) nader te laten formuleren tot de regel dat partijen over en weer rekening hebben te houden met het gerechtvaardigd vertrouwen dat zij bij elkaar hebben doen postvatten met betrekking tot de wijze waarop het overeengekomene behoort te worden verstaan. Omdat niet het subjectieve vertrouwen van partijen maar de eisen van redelijkheid en billijkheid – en daarmee die van het objectieve recht – bepalen welke betekenis, gegeven het gedrag van partijen en de overige omstandigheden van het geval, aan het overeengekomene moet worden toegekend, bestaat idealiter geen verschil in benadering tussen uitleg door de rechter en uitleg door partijen zelf.

4. Uitleg van commerciële contracten

4.1 *Introductie*

Nu in het voorgaande duidelijk is geworden dat en waarom bij de uitleg van contracten de eisen van redelijkheid en billijkheid in acht moeten worden genomen, is het moment daar om een antwoord te formuleren op de vraag in hoeverre bij de uitleg van het (internationale) commerciële contract tussen professionele partijen andere uitlegmaatstaven (dienen te) gelden dan bij de uitleg van reguliere contracten. Is een taalkundige uitleg bij commerciële contracten geboden respectievelijk is taalkundige uitleg van dergelijke contracten verenigbaar met de nog altijd vigerende Haviltex-formule? Ik zal deze vragen beantwoorden aan de hand van het hierna te bespreken PontMeyer arrest.⁶⁰ Dit op 19 januari 2007 gewezen arrest over de uitleg van een op Anglo-Amerikaanse leest geschoeid overnamecontract wordt, samen met het enige maanden later gewezen arrest Derksen/Homburg,⁶¹ wel gezien als aanwijzing dat de Hoge Raad de bijzondere status van het commerciële contract⁶² heeft erkend. Uit de arresten zou blijken “dat een met zorg gesloten commercieel contract in

60 HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575.

61 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (m.nt. M.H. Wissink).

62 Zie mijn omschrijving van dit contractstype in de inleiding van dit hoofdstuk.

beginsel taalkundig moet worden uitgelegd.”⁶³ Na een bondige beschrijving van de feiten en de weergave van de kernoverwegingen van de Hoge Raad zal ik stilstaan bij de receptie van het arrest door enige van zijn meest uitgesproken pleitbezorgers en vervolgens te dien aanzien positie kiezen.

4.2 Het PontMeyer arrest

Meyer Europe is enig aandeelhouder van PontMeyer. Op 2 februari 1999 worden door haar alle aandelen PontMeyer geleverd aan koper WPH. In de door partijen gesloten SPA (*Share Purchase Agreement*) worden PontMeyer en WPH gevrijwaard voor bepaalde belastingsschulden. De in de SPA opgenomen ‘indemnification’ strekt zich echter niet uit tot vennootschapsbelastingsschulden ‘included in the provision in the Interim Accounts for corporate income tax covering the period as of April 1, 1998 up to and including the Economic Transfer Date’. Einde 1998 ontvangt PontMeyer een aanslag vennootschapsbelasting. PontMeyer zendt vervolgens de aanslag ter betaling door aan Meyer Europe, zulks met een beroep op de betreffende vrijwaringsclausule voor belastingsschulden in de SPA.

In rechte strijden partijen vervolgens over de vraag of de bewuste aanslag vennootschapsbelasting nu wel of niet onder de vrijwaringsverplichting van Meyer Europe valt. Meyer Europe meent van niet en stelt zich op het standpunt dat de uitzondering in de vrijwaringsclausule ook betrekking heeft op de gewraakte aanslag vennootschapsbelasting: de woorden ‘as of April 1, 1998’ moeten volgens haar worden begrepen als ‘as per/as at April 1, 1998’.

Het hof verwerpt echter de door Meyer Europe verdedigde uitleg van de woorden ‘as of’ in art. 8 onder b SPA en overweegt dat, hoewel ‘as of’ zowel ‘from’ (vanaf) kan betekenen als ‘as per/as at’ (per), in het onderhavige geval, gelet op het zinsverband – ‘the period as of April 1, 1998 up to and including the Economic Transfer Date’ –, de betekenis ‘from’ (vanaf), ter aanduiding van het begin van het ook qua eindpunt exact omliggende tijdvak, veruit het meest voor de hand ligt. Verder oordeelt het hof dat de overige inhoud van de SPA evenmin tot de door Meyer Europe bepleite uitleg dwingt.

63 Aldus onder meer Tjittes in diens noot bij HR 29 juni 2007, JOR 2007/198. In gelijke zin Schelhaas 2008, t.a.p., p. 158-160. Zie voorts Wissink in diens noot bij HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576.

Het daartegen door Meyer Europe gericht cassatiemiddel bevat de klacht dat het hof, aldus oordelende, de Haviltex-maatstaf heeft miskend door – voorshands – beslissend gewicht toe te kennen aan de taalkundige aspecten zonder in zijn overwegingen de door Meyer Europe aangevoerde stellingen te betrekken. De Hoge Raad denkt daar echter anders over:

“3.4.1 Het hof heeft de door Meyer Europe voorgestane, ‘Engelstalige’ (dus taalkundige) interpretatie van de woorden ‘as of’ in art. 8 onder b SPA verworpen en daartoe overwogen dat, hoewel ‘as of’ zowel ‘from’ (vanaf) kan betekenen als ‘as per/as at’ (per), in het onderhavige geval, gelet op het zinsverband – ‘the period as of April 1, 1998 up to and including the Economic Transfer Date’ –, de betekenis ‘from’ (vanaf), ter aanduiding van het begin van het ook qua eindpunt exact omliggende tijdvak, veruit het meest voor de hand ligt (rov. 7.2). Voorts heeft het hof geoordeeld dat de verdere inhoud van de SPA evenmin tot de genoemde interpretatie van Meyer Europe dwingt (rov. 7.3). Daarom is het hof uitgegaan van dezelfde ‘in hoge mate door taalkundige overwegingen ingegeven betekenis als die welke de rechtbank heeft toegekend aan de bewoordingen van de SPA’ (rov. 7.4). Aan die taalkundige betekenis dient volgens het hof een groot gewicht te worden toegekend. Daartoe neemt het als omstandigheden in aanmerking de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming ervan en in het bijzonder de hierboven onder 3.3.3 (d) geciteerde ‘*entire agreement clause*’ van art. 17.5 SPA (rov. 8.1).

(...)

3.4.3 Deze klacht faalt. Het hof heeft met zijn hiervoor in 3.4.1 samengevatte overwegingen tot uitdrukking gebracht dat voor het antwoord op de vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze mochten toekennen aan de omstreden woorden in art. 8 onder b, SPA en wat zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten, in de door het hof in rov. 8.1 genoemde omstandigheden, waaronder de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming ervan en in het bijzonder de hierboven onder 3.3.3 (d) geciteerde ‘*entire agreement clause*’ van art. 17.5 SPA, als uitgangspunt beslissend gewicht dient te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de SPA. Een en ander geeft niet blijk van een onjuiste opvatting aangaande de wijze waarop in een zaak als deze de Haviltex-maatstaf dient te worden toegepast. Het stond het hof in dat verband vrij, gelijk het kennelijk heeft gedaan, vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de door Meyer Europe aangevoerde, hiervoor onder 3.4.2 (ii) en (iii) samengevatte, stellingen, te komen tot een – voor, zoals hierna zal blijken, tegenbewijs door Meyer Europe vatbaar – oordeel aangaande de uitleg van art. 8 onder b en die stellingen, gelijk het blijktens rov. 9 heeft gedaan, te beoordelen in het kader van het door Meyer Europe te leveren tegenbewijs.”

Blijkens zijn JOR noot bij dit arrest heeft Tjittes het arrest opgevat als blijk van een toenemende gevoeligheid van de Hoge Raad voor de belevingswereld “van in het bijzonder Engelse en Amerikaanse partijen, waar grammaticale uitleg van contracten voorop staat” en welke partijen “nogal onbegrijpend stonden tegenover de redelijkheids- en de “alle omstandigheden van het geval”-benadering van de Nederlandse uitlegeregels.”⁶⁴ Het arrest hoort wat hem betreft daarmee thuis in een ontwikkeling die met de arresten Wessanen/ Nutricia⁶⁵ en CBB/JPO⁶⁶ enige jaren eerder zou zijn ingezet. Met het arrest geeft de Hoge Raad volgens Tjittes te kennen het belang van taalkundige uitleg in het internationale handelsverkeer in te zien. In zijn bespreking van het kort na PontMeyer gewezen arrest Derksen/Homburg⁶⁷ gaat Tjittes nader op de PontMeyer zaak in en komt vervolgens tot de slotsom dat de Hoge Raad in PontMeyer de regel heeft geformuleerd dat “een met zorg gesloten commercieel contract in beginsel taalkundig moet worden uitgelegd.”⁶⁸ Uit beide arresten zou volgens Tjittes de les kunnen worden getrokken dat, waar het gaat om een uitonderhandelde, zuiver commerciële transactie, bij de totstandkoming waarvan partijen zijn bijgestaan door deskundige raadslieden, een taalkundige uitleg in beginsel aangewezen is.

Schelhaas heeft zich achter Tjittes’ lezing van het arrest geschaard. In een artikel, getiteld “Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten”, bepleit zij, in navolging van Tjittes, in één adem het fors terugsnijden van de rol van redelijkheid en billijkheid in rechtsverhoudingen tussen commerciële contractanten en de hantering van een grammaticale (elders in haar artikel weer als objectief of taalkundig aangeduide)

64 JOR 2007/166.

65 HR 17 september 2004, NJ 2005, 169.

66 HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467.

67 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (m. nt. M.H. Wissink). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad onder verwijzing naar het PontMeyer arrest in een geschil omtrent de betekenis van een bepaald beding in een tussen commerciële partijen gesloten en door deskundige juristen geredigeerde vaststellingsovereenkomst dat het hof vrijstond “om in dit geval, dat wordt gekenmerkt door de in rov. 4.7 van het bestreden arrest vermelde factoren – waaronder met name de aard van de overeenkomst (een vaststellingsovereenkomst inzake een zuiver commerciële transactie), en het feit dat partijen bij de totstandkoming daarvan werden bijgestaan door (juridisch) deskundige raadslieden – vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de in het onderdeel bedoelde stellingen [van eiseres in cassatie] te komen tot een voorshands gegeven oordeel aangaande de uitleg van art. 8a en vervolgens te beoordelen of [eiseres in cassatie], de partij op wie hier de bewijslast rust, voldoende had gesteld om tot bewijs te worden toegelaten (vgl. HR 19 januari 2007, RvdW 2007, 108).”

68 JOR 2007/198.

uitleg van commerciële contracten.⁶⁹ Begrijp ik beide schrijvers goed, dan komt hun betoog ten aanzien van de arresten PontMeyer en Derksen/Homburg erop neer dat de Hoge Raad blijkens deze arresten voor wat betreft de uitleg van een door professionals geredigeerd en uitonderhandeld commercieel contract thans een taalkundige uitleg voorstaat en dat bij deze uitleg de redelijkheid en billijkheid een “terughoudende rol” is toebedeeld.⁷⁰ In de volgende subparagraaf zal ik uiteenzetten dat deze visie duidt op een misverstaan van de rol die redelijkheid en billijkheid bij uitleg spelen.

4.3 Geen “terughoudende rol” redelijkheid en billijkheid

Zoals bekend bepaalt de in PontMeyer van toepassing geachte Haviltex-maatstaf dat het voor de beantwoording van de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, aankomt op:

“de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.”

69 Zie H.N. Schelhaas 2008, pp. 151, 157 en 160. Schelhaas lijkt in haar artikel overigens onvoldoende oog te hebben voor het feit dat de door haar gepropageerde beginselen van rechtszekerheid en van de verbindende kracht van overeenkomsten (*pacta sunt servanda*) geen tegenstelling met de redelijkheid en billijkheid vormen, maar bij uitstek via deze norm (zie art. 3:12 BW) in de rechtsverhouding van partijen werkzaam zijn. Voor een sprekend voorbeeld hiervan zij verwezen naar het (ook door Schelhaas aangehaalde) arrest HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP), alwaar de Hoge Raad overweegt: “Redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe.” Zie over de verhouding tussen billijkheid en rechtszekerheid eveneens Royer 1972, p. 534. Zie voorts over art. 3:12 BW Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 397.

70 Schelhaas 2008, t.a.p. en Tjittes 2005, p. 20 en van dezelfde: Tjittes 1997, p. 375-388. Zie ook Tjittes 2009, alwaar Tjittes redelijkheid en billijkheid en taalkundige uitleg een aantal malen tegenover elkaar plaatst, bijv. op p. 27, waar hij opmerkt: “Het verwondert daarom niet dat commerciële partijen aangeven te willen ontkomen aan een *redelijke* (curs. van mij, PSB) uitleg, door expliciet overeen te komen dat hun contract objectief of grammaticaal moet worden uitgelegd.” Zie ook de pp. 24-27 en p. 88.

Wat de Hoge Raad in PontMeyer⁷¹ heeft gedaan is naar mijn indruk niets meer of anders dan helderheid verschaffen over wat partijen in omstandigheden als in dat arrest aan de orde in beginsel redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten en begrijpen. Zie ik het goed, dan ligt in het oordeel van de Hoge Raad de gedachtegang besloten dat in situaties, waarin de totstandkomingsfase van een overeenkomst niet (zoals normaliter) in het teken staat van het levendig contact en het uitwisselen van verklaringen tussen partijen, maar (veeleer) van (de redactie door ingehuurde specialisten van) de uiteindelijke tekst van een lijvig en gedetailleerd contractsdocument, professionele partijen er in de regel over en weer in redelijkheid op mogen vertrouwen dat de blijkens het gedrag van partijen zo belangrijk geachte tekst van het contract ten volle doorklinkt bij de uitleg van het overeengekomene en de voornamelijk bij de ingehuurde advocaten aanwezige kennis omtrent de achtergrond van de diverse, elkaar opvolgende *drafts* bij die uitleg in beginsel buiten beschouwing blijft.⁷² Dit zowel op het gedrag van partijen als op hun maatschappelijke positie geënte redelijke verwachtingspatroon van partijen vindt rechtens ingang door middel van een geobjectiveerde toepassing van de Haviltex-maatstaf, waarbij de contractsbedingen in beginsel in hun tekstuele betekenis en zonder gebruikmaking van specifieke achtergrondkennis over de totstandkoming van de bedingen, worden opgevat.

Redelijkheid en billijkheid spelen daarmee in een uitlegkwestie als aan de orde in PontMeyer net zo'n grote rol als in uitlegkwesties tussen andersoortige partijen: in beide gevallen gaat het om honorering van redelijk vertrouwen en redelijke verwachtingen. Wat in een gegeven situatie redelijk te noemen is, wordt echter in hoge mate bepaald door de omstandigheden van het geval, waaronder de maatschappelijke en economische positie van partijen, hun onderlinge (machts)verhouding, gedragingen en deskundigheid.⁷³ Het verschil tussen deze en andere uitlegcasus is in deze omstandigheden gelegen, niet (zoals soms lijkt te worden gedacht)⁷⁴ in de mate waarin redelijkheid en billijkheid de rechtsverhouding tussen partijen beheersen: het dwingende gedragsnormkarakter van redelijkheid en billijkheid brengt met zich

71 En overigens ook in het kort na PontMeyer gewezen arrest Derksen/Homburg (HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576, m. nt. M.H. Wissink).

72 Vgl. HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (Gerritse/HAS) en Tjittes 1994, p. 412. Zie ook Schelhaas 2007, p. 299.

73 Zie in dit kader ook HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (GTI/Zürich). Vgl. voorts HR 2 december 2011, NJ 2011, 574.

74 Zie bijv. Schelhaas 2008, pp. 151, 157 en 160.

dat dit begrippenpaar elke verbintenisrechtelijke rechtsverhouding steeds in even grote mate beheerst.⁷⁵

Daarnaast geldt dat ook bij een geobjectieerde toepassing van de Haviltex-maatstaf redelijkheid en billijkheid nog steeds de aan te leggen uitlegmaatstaven zijn.⁷⁶ Ook dan geldt de eis van een redelijke uitleg, waarbij onder meer acht moet worden geslagen op de belangen van partijen, de aannemelijkheid en redelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden, de aard en systematiek van het contract en de strekking van de daarin opgenomen contractsbepalingen.⁷⁷

4.4 Geen taalkundige uitleg

De door de Hoge Raad in de arresten PontMeyer en Derksen/Homburg gehanteerde geobjectieerde toepassing van de Haviltex-maatstaf is in de literatuur veelvuldig aangeduid als taalkundige of grammaticale uitleg.⁷⁸ Het gebruik van dergelijke aanduidingen berust mijns inziens op een niet dan wel niet voldoende onderkennen van het feit dat uitleg, ook in casus als die van PontMeyer en Derksen/Homburg, steeds naar redelijkheid en billijkheid dient te geschieden.⁷⁹ In dit kader zij eraan herinnerd dat de Hoge Raad in het arrest DSM/Fox nog uitdrukkelijk heeft overwogen dat de CAO-norm, die eveneens een tekstuele vorm van uitleg behelst, niet leidt tot een “louter taalkundige uitleg”, maar tot een uitleg “naar objectieve maatsta-

75 Zie in deze zin ook Van der Werf 1982, p. 15. Zie voorts Mendel 2000, p. 231.

76 Dit volgt onder meer uit het arrest DSM/Fox (HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493, m. nt. C.E. du Perron), waarin immers wordt overwogen dat “ (...) bij de uitleg van een schriftelijk contract *telkens* (curs. van mij, PSB) van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.”

77 Zie in dit kader recentelijk Hof Leeuwarden 15 juni 2010, LJN: BM8441, HR 19 november 2010, NJ 2010, 623 en HR 24 februari 2012, NJ 2012, 142. Vgl. voorts de conclusie van A-G Wissink bij dit arrest onder 3.22. Zie voorts Valk 1994, p. 112.

78 Zie bijv. Valk, T&C aant. 2 bij art. 6:248 BW, Wissink in zijn NJ noot bij HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576, Schelhaas 2008, p. 158, Kraaiipoel 2007, p. 294-296, Tjittes 2009, p. 27. Zie met betrekking tot het hierna te bespreken arrest UPC/Land de JOR-noot van Olden bij dit arrest.

79 Met als gevolg dat van een (zuiver) taalkundige uitleg geen sprake *kan* zijn. Zie te dezen Valk 1994, p. 112. Zie ook Dooyeweerd 1973, die in zijn bespreking van Van Dunné's proefschrift opmerkt dat het bij juridische interpretatie steeds gaat om de “vaststelling van de rechtsbetekenis der handeling die nimmer tot de taalkundige betekenis van haar eventueel schriftelijke formulering is te herleiden.” (p. 31).

ven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.” Gelet daarop en gelet op het feit dat de Hoge Raad de in PontMeyer en Derksen/Homburg gehanteerde uitleg steeds uitdrukkelijk in de sleutel van de door de redelijkheid en billijkheid geschraagde Haviltex-norm – die blijkens de bewoordingen van het Haviltex arrest evenmin ruimte biedt voor een “zuiver taalkundige uitleg”⁸⁰ - heeft geplaatst, is het verkieslijk de uitlegwijze van de Hoge Raad in genoemde arresten niet als taalkundig te omschrijven maar – zoals hiervoor – als een geobjectiveerde toepassing van de Haviltex-maatstaf.⁸¹ De Hoge Raad spreekt in de arresten PontMeyer, Derksen/Homburg en het hierna nog te bespreken arrest UPC/Land⁸² overigens ook niet van taalkundige uitleg, maar van de “meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden” respectievelijk van de “taalkundige betekenis” van bepaalde bewoordingen. Dit duidt erop dat de Hoge Raad het begrip “taalkundig” inderdaad niet heeft willen gebruiken ter aanduiding van de door hem gehanteerde *methode* van uitleg, maar in die arresten slechts heeft willen aangeven dat de litigieuze woorden in hun (binnen de context van de overeenkomst meest voor de hand liggende en dus) gebruikelijke betekenis moesten worden begrepen.⁸³

Steun voor de zojuist uitgedrukte gedachte kan worden ontleend aan een recent arrest van de Hoge Raad, waarin sprake was van een afstandsovereenkomst die was gesloten tussen twee professionele partijen, betrekking had op een zuiver commerciële transactie, tijdens de behandeling van een met de bodemprocedure samenhangend kort geding was opgesteld door de voorzieningenrechter en mede was ondertekend door de advocaten van beide partijen.⁸⁴ In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat, gelet op deze omstandigheden, aan de “gebruikelijke betekenis” van een bepaalde

80 Aldus ook de Hoge Raad in het na PontMeyer en Derksen/Homburg gewezen Vodafone/ETC arrest (HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565).

81 Ter relativering moet bij deze omschrijving overigens worden aangetekend dat ook in meer alledaagse casus de Haviltex-formule een sterk objectiverend karakter heeft, nu ook in die situaties gewoonlijk niet de subjectieve partijbedoeling telt, maar de betekenis die partijen redelijkerwijs aan de contractsbepalingen mogen toekennen. De term “geobjectiveerd” moet in dit kader dan ook vooral worden begrepen als uitdrukking van de gedachte dat bij deze vorm van uitleg de bepalingen van het contract in beginsel tekstueel, dus in hun normale betekenis en zonder gebruikmaking van specifieke achtergrondkennis van partijen over de totstandkoming van de bedingen, zijn op te vatten. Vgl. paragraaf 3.2 hiervoor. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 372 en Tjittes 2009, p. 11.

82 HR 9 april 2010, JOR 2010, 179, m. nt. P. Olden (UPC/Land).

83 Vgl. Grosheide 2000, p. 107.

84 HR 4 juni 2010, NJ 2010, 312.

term in de afstandsovereenkomst “groot gewicht” toekwam. Het aldus (in een zaak die voor wat betreft de professionaliteit van partijen, hun deskundige juridische bijstand en de gekozen contractsvorm veel gemeen had met de feitenconstellaties in de arresten PontMeyer en Derksen/Homburg) hanteren van de term “gebruikelijke betekenis” duidt er mijns inziens eens te meer op dat de Hoge Raad met de arresten PontMeyer en Derksen/Homburg geen taalkundige uitleg heeft willen introduceren, maar slechts zijn steun heeft uitgesproken voor een geobjectiveerde toepassing van de Haviltex-maatstaf, welke haar grondslag vindt in het feit dat professionele, door deskundige advocaten bijgestane partijen normaliter van elkaar mogen verwachten en er wederzijds op mogen vertrouwen dat de bepalingen van het contract tekstueel, dus in hun normale betekenis en zonder gebruikmaking van specifieke achtergrondkennis over de totstandkoming van de bedingen, zijn op te vatten. Deze vooropstelling van het normale c.q. normaliter bij partijen over en weer levende verwachtingspatroon maakt eens te meer duidelijk dat de Haviltex-maatstaf geen synoniem is voor subjectiviteit⁸⁵ en onvoorspelbaarheid⁸⁶ maar, door het in de gegeven omstandigheden redelijke vertrouwen van partijen voorop te stellen, juist een normaliserende⁸⁷ en daarmee de rechtszekerheid dienende functie vervult.

4.5 *Een recente ontwikkeling: het arrest UPC/Land*

In het recente arrest UPC/Land heeft de Hoge Raad de lijn van de arresten PontMeyer en Derksen/Homburg doorgetrokken.⁸⁸ In deze zaak was sprake van een Shareholders Agreement die (en dan met name de in art. 1.2 van het contract opgenomen IPO-definitie) eerst na uitgebreide onderhandelingen tot stand was gekomen. Bij deze overeenkomst was voorts een groot aantal partijen betrokken, waarvan een deel afkomstig was uit de Verenigde Staten. De overeenkomst was voorts opgesteld in de Engelse taal en de afspraken daarin waren “volgens de Anglo-Amerikaanse rechtstraditie tot in detail vastgelegd”. Op grond van deze (door het hof in rechtsoverweging 4.11 van zijn arrest genoemde) omstandigheden werd door de Hoge Raad geoordeeld dat het hof:

“terecht, en in cassatie (dan ook) onbestreden, heeft overwogen dat de Shareholders Agreement moet worden uitgelegd aan de hand van de Haviltexmaatstaf, dat er geen

85 De Vrey 2006, p. 87; Tjittes 2006, p. 76.

86 Grosheide 2000, p. 106.

87 Zie nader Vranken 1997, p. 1842-1843 en 1851-1852. Zie voorts Eggens 1951, p. 267. Zie ook Pitlo 1964, p. 187, Nieuwenhuis 2007, p. 383 en Memelink 2009, p. 145-146.

88 HR 9 april 2010, JOR 2010, 179, m. nt. P. Olden (UPC/Land).

reden is eventuele onduidelijkheden in de definitie van de IPO uit te leggen in het nadeel van UPC, en dat bij deze uitleg, gelet op de door het hof in rov. 4.11 van zijn arrest genoemde omstandigheden van het geval, een zwaar gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de in art. 1.2 van de Shareholders Agreement gebruikte bewoordingen.”

Deze overweging laat zien dat een voorshands gegeven oordeel als aan de orde in de arresten PontMeyer en Derksen/Homburg,⁸⁹ inhoudende dat beslissend gewicht moet worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de litigieuze woorden, onverlet laat dat bij de uitleg van uitonderhandelde, door deskundigen opgestelde contracten tussen grote partijen steeds een (weliswaar niet beslissend, maar toch) zwaar gewicht aan de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen toekomt.⁹⁰ Daarmee is niet gezegd dat bij de uitleg van dergelijke contracten de buiten de tekst gelegen omstandigheden van het geval geheel en al zijn uitgespeeld,⁹¹ maar wel dat naar de opvatting van de Hoge Raad in het geheel van uitlegfactoren de tekst van dergelijke contracten als de in beginsel meest prominente factor bij uitleg moet worden beschouwd.⁹²

De verwijzing in de geciteerde overweging naar de door het hof in rov. 4.11 van zijn arrest genoemde omstandigheden heeft mede betrekking op de Amerikaanse achtergrond van een deel der contractanten. Daarmee laat de Hoge Raad impliciet, maar onmiskenbaar zien dat het referentiekader van conform hun eigen rechtstraditie op tekstuele⁹³ uitleg van commerciële contracten anticiperende Anglo-Amerikaanse partijen mede van invloed kan zijn op de vraag of partijen in redelijkheid mogen verwachten dat de voor uitleg beschikbare context rondom het overeengekomene in beginsel tot objectieve uitlegfactoren wordt teruggesnoeid. De overweging van

89 Zie hierover Wissink in zijn NJ noot bij HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (Derksen/Homburg).

90 Zie ook HR 19 november 2010, NJ 2010, 623.

91 Al was het maar, omdat het nu juist de omstandigheden van het geval zijn die in een gegeven situatie nopen tot het oordeel dat aan de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen een zwaar gewicht toekomt.

92 De Hoge Raad maakt in de geciteerde overweging voorts duidelijk dat er geen reden bestaat voor uitleg *contra proferentem* in een uitlegkwestie tussen twee gelijkwaardig te achten professionele partijen. Zie over deze uitlegwijze nader Hijma 1999, p. 461-474, Tjittes 2009, p. 40 e.v. en Jansen 2011.

93 Zie onder meer Mitchell 2007, p. 12-13, Conway 2005, p. 119 e.v., Tjittes 2005, p. 4-5 en Veenstra 2009, p. 56. Laatstgenoemde merkt op dat de verschillen tussen uitleg naar Engels en Nederlands recht kleiner lijken te worden, nu sinds een aantal jaren (met name als gevolg van het baanbrekende arrest *Investors Compensations Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* ([1998] 1 WLR 896) ook het Engelse recht een meer contextgerichte benadering van uitlegkwesties kent.

de Hoge Raad vormt daarmee een bevestiging van het feit dat de Haviltex-maatstaf en de daarin verankerde maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen sta-in-de-weg (behoeven te) vormen voor in de Anglo-Amerikaans georiënteerde internationale handelscultuur levende verwachtingen omtrent uitleg van contracten, maar veeleer een onmisbare functie vervullen om dergelijke verwachtingen rechtens ingang te doen vinden.

4.6 Resultaat

In deze paragraaf werd duidelijk dat de uitleg van het (internationale) commerciële contract met hantering van dezelfde maatstaven dient plaats te vinden als de uitleg van reguliere contracten: in beide gevallen dient uitleg met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid te geschieden. Het is deze dwingende gedragsnorm die met zich brengt dat partijen bij een door professionals geredigeerd en uitonderhandeld commercieel contract mogen verwachten dat de tekst van het contract ten volle doorklinkt bij de uitleg van het overeengekomene en de voornamelijk bij de ingehuurde advocaten aanwezige kennis omtrent de achtergrond van de diverse, elkaar opvolgende drafts bij die uitleg in beginsel buiten beschouwing blijft. Dit zowel op het gedrag van partijen als op hun maatschappelijke positie geënte redelijke verwachtingspatroon van partijen vindt rechtens ingang door middel van een geobjectiverde toepassing van de Haviltex-maatstaf, waarbij de contractbedingen in beginsel in hun tekstuele betekenis en zonder gebruikmaking van specifieke achtergrondkennis over de totstandkoming van de bedingen, worden opgevat. Blijkens het arrest UPC/Land komt voor de vraag of partijen in redelijkheid van een dergelijke, geobjectiverde uitleg uit mogen gaan, mede betekenis toe aan het referentiekader van conform hun rechtstraditie op tekstuele uitleg van commerciële contracten anticiperende Anglo-Amerikaanse partijen. Omdat ook bij een geobjectiverde toepassing van de Haviltex-maatstaf redelijkheid en billijkheid de te hanteren maatstaven vormen is een geobjectiverde toepassing van de Haviltex-maatstaf niet gelijk te stellen met taalkundige uitleg.

5. Fixatie van het overeengekomene

5.1 Inleiding

Zagen wij in het voorgaande dat redelijkheid en billijkheid ook de uitleg van het (internationale) commerciële contract beheersen, thans zullen wij de vraag beantwoorden of respectievelijk in hoeverre contractspartijen de inhoud en betekenis van een

dergelijk contract kunnen *fixeren* door de werking van de redelijkheid en billijkheid in hun contract te beperken dan wel uit te sluiten. Ook hier zal het gebruikelijke onderscheid worden gemaakt tussen de aanvullende en beperkende redelijkheid en billijkheid en de bij uitleg te betrachten redelijkheid en billijkheid. In deze paragraaf zal tevens aandacht worden besteed aan de werking en betekenis van uitlegclausules en het gebruik van de *entire agreement clause*.⁹⁴ Onderzocht zal ten slotte worden of het dynamische aspect in de contractsrelatie consequenties heeft voor de werking van redelijkheid en billijkheid op de genoemde drie gebieden.

5.2 Contractuele uitsluiting van de aanvullende redelijkheid en billijkheid

Een opvallend aspect aan de receptie van de arresten PontMeyer en Derksen/Homburg is dat deze arresten niet zelden blijken te worden gezien als een bevestiging van de hiervoor bekritiseerde gedachte dat redelijkheid en billijkheid in contractsrelaties tussen grote, commerciële partijen weinig in de melk te brokkelen (behoren te) hebben.⁹⁵ Zo heeft C.E. Drion betoogd dat:

“(...) de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, in ieder geval tussen professionele partijen, moet kunnen worden weggecontracteerd (zie ook de betekenis die de Hoge Raad recentelijk (HR 19 januari 2007, C05/266HR, LJN AZ3178), zij het in het kader van uitleg, heeft toegekend aan de *entire agreement clause*). Hetzelfde zou wat mij betreft moeten gelden voor de vrije rol van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg; ook die zou tussen professionele partijen weggecontracteerd moeten kunnen worden, bijvoorbeeld door middel van een bewijsovereenkomst of het als zodanig kwalificeren van een expliciete uitlegbepaling in de overeenkomst, in combinatie met een *entire agreement clause*. Maar ik realiseer mij dat daar ook anders gedacht over zou kunnen worden.”⁹⁶

In hetzelfde vaarwater bevindt zich Schelhaas, die aan het slot van haar artikel “*Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten*” betoogt dat in relaties tussen commerciële contractanten “een voorspelbare en daarom taalkundige of althans objectieve uitleg moet prevaleren en de redelijkheid en billijkheid (...) een terughoudende rol

⁹⁴ Zie hierover Schelhaas 2008, p. 153, met verwijzing naar verdere literatuur.

⁹⁵ In deze zin bijv. Schelhaas 2008, pp. 151 en 160 alsmede Tjittes in zijn noot bij PontMeyer, HR 19 januari 2007, JOR 2007/166. Zie ook Tjittes 2009, p. 24-27. Zie voorts Drion 2006, p. 189 en Van Rossum 2009, p. 180, met verwijzing naar verdere literatuur.

⁹⁶ Drion 2007, p. 433.

(moet) worden toebedeeld”.⁹⁷ Deze wens indachtig bepleit Schelhaas elders in haar artikel tevens de mogelijkheid om de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid contractueel uit te sluiten:

“Net als onder meer Drion meen ik dat een buitentoepassingverklaring van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in principe, en vooral tussen commerciële contractanten, uit hoofde van het beginsel van de contractsvrijheid rechtsgeldig is. Partijen beperken hiermee de mogelijkheid dat een rechter later een onzekere aanvulling geeft op hun afspraken. Zo wordt bijvoorbeeld bereikt dat een opzeggingsbevoegdheid in overeenkomsten niet in het contract kan worden ‘ingelesen’. Ook kan hiermee worden bewerkstelligd dat de Nederlandse subjectieve uitlegeregels toepassing missen. In dit geval heeft deze clause op dit punt dezelfde werking als een objectieve interpretatieclause”.⁹⁸

Ook Van Bijnen heeft in zijn dissertatie een lans gebroken voor de mogelijkheid om de aanvullende redelijkheid en billijkheid contractueel uit te sluiten.⁹⁹ In een kritische beschouwing over het boek van Van Bijnen heeft Hartkamp zich tegen deze gedachte gekeerd:

“Naar mijn mening kan men de werking van redelijkheid en billijkheid niet in het algemeen uitsluiten; vgl. art. 6:250 jo art. 6:258. Anders dan Van Bijnen aanneemt (p. 289) geldt dit niet alleen voor de beperkende werking, maar ook voor de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid. Dat er een scherp onderscheid tussen beide zou bestaan, is een illusie; zie Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 309.”¹⁰⁰

Ik onderschrijf de visie van Hartkamp. Redelijkheid en billijkheid vormen, zoals eerder opgemerkt, een dwingende gedragsnorm, die in de kern voor partijen bij een verbintenis de verplichting inhoudt om zich jegens elkaar behoorlijk en zorgvuldig, d.w.z. volgens elementaire regels van maatschappelijk fatsoen te gedragen. Het is deze eis aan partijen tot redelijk en billijk gedrag over en weer die (en niet het oordeel van de rechter dat) er in de gegeven omstandigheden toe kan leiden dat het contractueel overeengekomene – van rechtswege – wordt uitgebreid of beperkt. Het is voorts deze eis die met zich brengt dat bij uitleg van het overeengekomene niet het enkele, subjectieve vertrouwen van partijen op een bepaalde betekenis van het overeengekomene telt, maar slechts het vertrouwen dat in de gegeven omstandigheden redelijk te achten is. Aanvulling, beperking en uitleg zijn, aldus bezien, geen gereed-

97 Schelhaas 2008, p. 160.

98 Schelhaas 2008, p. 154.

99 Van Bijnen 2005, p. 283 e.v.

100 Hartkamp 2006, p. 468-471.

schappen die al naar gelang de voorkeur van partijen kunnen worden gehanteerd of weggeborgen, maar drie uitingsvormen van één en dezelfde fundamentele gedragsnorm, die steeds tussen partijen toepassing vindt.¹⁰¹ Dat deze grondregel van het contractenrecht ook voluit geldt in commerciële verhoudingen heeft de Hoge Raad de afgelopen jaren buiten twijfel gesteld door in een drietal arresten, gewezen tussen commerciële partijen, steeds de reeds besproken regel uit *Baris/Riezenkamp*¹⁰² voorop te stellen, inhoudende dat partijen “hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij”.¹⁰³

De gedachte dat de aanvullende redelijkheid en billijkheid zouden kunnen worden weggecontracteerd is voorts niet te rijmen met het feit dat deze functie van de redelijkheid en billijkheid in theorie weliswaar van de algemeen als dwingendrechtelijk¹⁰⁴ beschouwde beperkende werking van deze norm te onderscheiden is, maar dat deze functies in de praktijk nauw met elkaar samenhangen en in elkaars verlengde liggen.¹⁰⁵ Dit is bijvoorbeeld het geval bij de opzegging van duurovereenkomsten en de uitoefening van het opschortingsrecht.¹⁰⁶ Om met het eerste te beginnen, uit het recent gewezen arrest *Gemeente De Ronde Venen/Stedin c.s.*¹⁰⁷ kan worden

101 In deze zin ook *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010, nrs. 392 en 380, *Rijken* 1994, p. 7, *Van der Werf* 1982, p. 12 en *Wiarda* 1988, p. 55.

102 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (m. nt. L.E.H. Rutten).

103 HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (*Nethou/Multi Vastgoed*), HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (*CBB/JPO*) en HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (*Vodafone/ETC*).

104 Zie onder meer *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010, nrs. 380 en 393, *Van der Werf* 1982, p. 50, *Pitlo* 1964, p. 184, *Wiarda* 1988, p. 60 en *Meijers* 1937, p. 24. Ook *Drion* 2007, t.a.p. en *Schelhaas* 2008, p. 154, erkennen dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van dwingend recht is.

105 Zie ook *Royer* 1972, p. 536, *Kornet* 2006, p. 56 en *Memelink* 2009, p. 194.

106 Voor meer voorbeelden zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010, nr. 407 en *Van der Werf* 1982, p. 50.

107 HR 28 oktober 2011, LJN: BQ9854, *RvdW* 2011, 1311. Het arrest kan worden gezien als de opvolger van het bekende arrest *Latour/De Bruijn* (HR 3 december 1999, NJ 2000, 120). In dat laatste arrest leek de Hoge Raad nog niet te willen weten van “in beginsel” opzegbaarheid van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd zonder opzegbeding: of de opzegging van zo’n overeenkomst in een concreet geval het beoogde rechtsgevolg heeft gehad, moest volgens het arrest worden beantwoord aan de hand van de (aanvullende) redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval: “3.6. De subonderdelen I.1 en I.2 voeren aan dat het Hof heeft miskend dat een distributieovereenkomst als de onderhavige altijd opzegbaar is in dier voege dat de leverancier ook zonder grond mag opzeggen en dat die opzegging altijd tot gevolg heeft dat de overeenkomst wordt beëindigd. Die opvatting vindt in haar algemeenheid echter geen steun in het recht. Bij gebreke van een wettelijke of contractuele regeling daaromtrent zal de vraag of de opzegging in een concreet geval het beoogde rechtsgevolg heeft gehad, beantwoord moeten worden aan de hand van de redelijkheid en

afgeleid dat opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd “in beginsel” mogelijk is. De vraag óf in het gegeven geval daadwerkelijk mag worden opgezegd en onder welke voorwaarden dient echter steeds te worden beantwoord aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval:

“3.5.1 Het gaat te dezen om de opzegging van een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan. Of en, zo ja, onder welke voorwaarden zo’n overeenkomst opzegbaar is, wordt bepaald door de inhoud daarvan en door de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen. Indien, zoals hier, wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging, geldt dat de overeenkomst in beginsel opzegbaar is. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat (HR 3 december 1999, LJN AA3821, NJ 2000/120). Uit diezelfde eisen kan, eveneens in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, voortvloeien dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding.”

Mede gezien de verwijzing naar de aard van de overeenkomst (vgl. art. 6:248 lid 1 BW) moet worden aangenomen dat de Hoge Raad in deze overweging de opzeggingsbevoegdheid plaatst in de sleutel van de aanvullende redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁸ In dit soort casus is de scheidslijn tussen aanvulling en beperking echter (flinter)dun.¹⁰⁹ Immers, de op de aanvullende redelijkheid en billijkheid te baseren opzegging heeft tegelijkertijd de facto een blokkering van de nakomingsaanspraak van de wederpartij tot gevolg.¹¹⁰ Zeker indien aan zo’n opzegging geen (lange) termijn¹¹¹ is verbonden, bestaat voor de wederpartij materieel geen verschil tussen de situatie dat haar nakomingsvordering sneeft op grond van de op de aanvullende redelijkheid en billijkheid te baseren onmiddellijke opzegging van de overeenkomst

billijkheid in verband met de omstandigheden van dat geval. Ook indien uit de aard van een specifieke distributie-overeenkomst zou volgen dat zij in beginsel zonder meer opzegbaar is, kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de concrete omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts tot beëindiging van de overeenkomst leidt indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat.” Zie voor een bespreking van het arrest ook Tanja-Van den Broek 2012.

108 Vgl. de conclusie van A-G Huydecoper bij HR 29 juni 2012, NJ 2012, 411.

109 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 407 en Okma 1945, p. 94.

110 Vgl. HR 25 juni 1999, NJ 1999/602 (VvE/CSM).

111 Vgl. HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (Kakkenberg/Kakkenberg).

en de situatie dat haar nakomingsvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is te achten (art. 6:248 lid 2 BW).

Iets vergelijkbaars geldt voor de opschorting van prestaties. In het arrest HR 4 januari 1991, NJ 1991, 723 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat onder omstandigheden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat een schuldenaar pas van een hem toekomend opschortingsrecht (art. 6:52/262 BW) gebruik mag maken nadat hij zijn wederpartij heeft meegedeeld dat en op welke grond de opschorting plaatsvindt.¹¹² Geen van beide wetsartikelen stelt de eis van een mededeling, zodat kan worden aangenomen dat deze onder omstandigheden voortvloeit uit de aanvullende redelijkheid en billijkheid. Ook hier is de scheidslijn tussen aanvulling en beperking uiterst dun, nu tegelijkertijd kan worden gezegd dat uit het arrest volgt dat de opschorting van een prestatie onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, indien en voor zolang van die opschorting geen mededeling aan de wederpartij is gedaan.¹¹³

Gelet op de uit deze en andere¹¹⁴ voorbeelden blijkende nauwe samenhang tussen de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan niet worden volgehouden dat de laatste functie wel en de eerste niet dwingendrechtelijk van aard zou zijn: beide functies hebben een zelfde soortelijk gewicht dat zij beide ontleenen aan het dwingende gedragsnormkarakter van de redelijkheid en billijkheid, waaruit zij voortkomen.¹¹⁵ Om deze reden dient de suggestie van o.m. Drion¹¹⁶ en Schelhaas¹¹⁷ dat redelijkheid en billijkheid zich, althans voor wat betreft aanvulling (en uitleg, waarover meer in de thans volgende subparagraaf), voor contractuele uitsluiting zouden lenen, te worden verworpen: zowel de aanvullende als beperkende redelijkheid en billijkheid zijn van dwingend recht.¹¹⁸

112 Zie recentelijk over deze problematiek HR 17 september 2010, NJ 2012, 43 m. nt. Jac. Hijma.

113 Iets dergelijks geldt ook voor de klachtplicht die thans in art. 6:89 BW geregeld is, maar vóór 1992 op de aanvullende redelijkheid placht te worden gebaseerd, doch bij schending leidde tot een verkorting van de rechten van de schuldeiser. Zie over deze problematiek nader Valk 1992a, p. 52-53.

114 Zie hiervoor Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 407 en Van der Werf 1982, p. 50.

115 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 380 en 393, Van der Werf 1982, p. 50, Pitlo 1963, p. 184, Wiarda 1988, p. 60 en Meijers 1937, p. 24.

116 Zie Drion 2007, p. 433 en Drion 2004, p. 17. Zie voorts Drion 2001, p. 430-431.

117 Schelhaas 2008, p. 154.

118 In Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 380 wordt opgemerkt op dat de wetgever dit kennelijk zo vanzelfsprekend heeft geacht dat geen verwijzing naar art. 6:248 BW in art. 6:250 BW is opgenomen.

5.3 Contractuele uitsluiting van de uitlegfunctie van de redelijkheid en billijkheid

Om vergelijkbare redenen als hiervoor genoemd moet de door sommige auteurs¹¹⁹ geopperde gedachte worden afgewezen dat partijen middels een daartoe strekkend beding redelijkheid en billijkheid bij de uitleg van hun contract zouden kunnen wegcontracteren. Daaraan staat om te beginnen in de weg dat uitleg in theorie weliswaar van de overige functies van de redelijkheid en billijkheid (aanvulling, beperking) te onderscheiden valt, maar feitelijk nauw met deze andere functies samenhangt.¹²⁰ Voor wat betreft aanvulling en uitleg heeft dit mede van doen met het feit dat, hoewel het overeengekomene in geval van een ontstane (en niet door wet of gewoonte aan te vullen) leemte van rechtswege door redelijkheid en billijkheid wordt aangevuld, zulks onverlet laat dat voor het kunnen *constateren* van deze aanvulling telkens uitleg van de overeenkomst vereist is, waarin het ontstaan zijn – preciezer: het bestaan hebben – van zo'n leemte wordt onderkend.¹²¹ Uitleg en aanvulling liggen daarmee in elkaars verlengde en zijn aldus steeds met elkaar verbonden.¹²² Hetzelfde geldt, naar algemeen wordt aangenomen voor uitleg en beperking.¹²³ Ook uitleg en beperking liggen in elkaars verlengde, in die zin dat gezegd kan worden dat beperking begint, waar (een redelijke) uitleg ophoudt.¹²⁴ Gegeven deze verbondenheid en de hiervoor besproken samenhang tussen aanvulling en uitleg kan niet worden volgehouden dat de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wel van dwingend recht zouden zijn, maar de sterk met beide samenhangende uitlegfunctie van de redelijkheid en billijkheid naar

119 Zie onder meer Drion 2004, p. 17, Schelhaas 2008, p. 153, Tjittes 2005, p. 26 en Tjittes 2007, p. 421 e.v. alsmede Temme 2008, p. 17 en 18.

120 Zie onder meer Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 380, Wissink 2001, p. 305-306, Valk 2002, p. 6 en Kornet 2006, p. 56. Dit wordt voor wat betreft aanvulling en uitleg onder meer geïllustreerd in het al eerder genoemde arrest Vodafone/ETC (HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565). Zie nader over dit arrest Tjittes in zijn JOR noot bij dit arrest (JOR 2008, 23) alsmede F.W. Grosheide (die het arrest in het teken van de aanvullende redelijkheid en billijkheid plaatst) en C.E. Drion (die in het arrest daarentegen een toepassing ziet van de leer van de normatieve uitleg); Grosheide/Drion 2008, p. 30-32. Zie ook Drion/Van Wechem 2008, p. 937-939. Voor voorbeelden in de jurisprudentie van het in elkaar overlopen van uitleg en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zij verwezen naar Snijders 2007, p. 11.

121 Zie in deze zin ook HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (m. nt. C.J.H. Brunner).

122 Zie in deze zin ook A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 19 november 2010, NJ 2010, 623.

123 Zie in deze zin bijv. Maeijer 1984, p. 36-37 en Snijders 2007a, p. 11. Zie ook het arrest Rederij Koppe, HR 20 mei 1949, NJ 1950, 72 (m. nt. Ph.A.N.H.). Zie voorts Mollema 2012.

124 Zie uitgebreid Snijders 2007a, t.a.p.

believen zou kunnen worden weggecontracteerd: alle drie de functies zijn uitingsvormen van één en dezelfde fundamentele gedragsnorm, die steeds tussen partijen toepassing vindt. Daarmee valt niet te rijmen de gedachte dat partijen niettemin naar willekeur¹²⁵ zouden kunnen besluiten de uitlegfunctie van deze norm contractueel uit te sluiten.¹²⁶ Dit brengt met zich dat de wel gehoorde gedachte¹²⁷ dat een dergelijke uitsluiting mogelijk zou zijn door opname in het contract van een zogenaamde *entire agreement clause*¹²⁸ moet worden verworpen. Dit geldt mijns inziens ook indien een dergelijke bepaling in de vorm van een bewijsovereenkomst (art. 153 Rv.) zou worden gegoten.¹²⁹ Art. 153 Rv. verbiedt namelijk om bewijsovereenkomsten te sluiten die strijdig zijn met regels, die dwingendrechtelijk van aard zijn.¹³⁰ Dit verbod kan mijns inziens niet worden omzeild door, conform een suggestie van Drion,¹³¹ de bewijsovereenkomst zo te construeren dat deze krachtens lid 3 van art. 7:900 BW gelijk staat met een vaststellingsovereenkomst. Nog daargelaten dat een vaststellingsovereenkomst zelf niet in strijd mag komen met dwingend recht,¹³² volgt uit art. 7:902 BW dat afwijking van dwingend recht enkel is toegestaan bij een vaststelling of beslissing ter beëindiging van onzekerheid of geschil

125 Zie bijv. Tjittes 2009, alwaar op p. 88 de mogelijkheid wordt geopperd van een getrapte uitlegclausule, “waarin uitleg primair taalkundig, subsidiair contextueel en meer subsidiair naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient plaats te vinden.” Een dergelijke gedachtegang stuit echter af op het feit dat het dwingende gedragsnormkarakter van de redelijkheid en billijkheid met zich brengt dat uitleg steeds met inachtneming van deze norm dient plaats te vinden. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de door Tjittes opgevoerde subsidiaire uitlegvariant: vanwege hun intrinsieke vaagheid of meerduidigheid behoeven woorden steeds opheldering aan de hand van de context waarin die woorden worden gebruikt. Zie daarover bijv. Brunner’s noot bij het Haviltex-arrest (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635) en Noordegraaf 2006, p. 205-216.

126 In deze zin ook Schoordijk 2007, p. 1233.

127 Drion 2004, p. 17.

128 Deze clausule wordt ook wel *integration clause* of *merger clause* genoemd en dient ertoe om zeker te stellen dat het door partijen overeengekomene is beperkt tot de afspraken die in het contract zijn neergelegd. Zie te dezen o.m. de noot van Wissink onder HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (Derksen/Homburg) en Tjittes’ JOR noot bij HR 19 januari 2007, JOR 2007, 166 (PontMeyer). Een dergelijke clausule zou kunnen luiden als volgt: “This Agreement (together with all Schedules and the documents executed at Completion) constitutes the entire agreement and understanding of the Parties with respect to its subject matter and replaces and supersedes all prior agreements, arrangements, undertakings or statements regarding such subject matter.”

129 Als geopperd door Drion 2004, t.a.p.

130 Zie o.m. Losbl. Rv., artikel 153 Rv, aant. 3 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 33.

131 Drion, t.a.p.

132 Zie Van Zijst 2001, p. 59-61 en 80-81 en Van Rossum 2001, p. 21 e.v. Zie ook Broekema-Engelen, T&C aant. 2 sub a bij art. 7:902 BW.

en niet ter voorkoming daarvan.¹³³ Een commercieel contract pleegt echter te worden gesloten aan het begin van een contractuele relatie en vormt van dit begin veelal het gebruikelijke markeerpunt. Van beëindiging van onzekerheid of geschil kan op het moment van redigeren c.q. sluiten van zo'n contract in de regel bezwaarlijk worden gesproken, zodat ook langs deze weg de redelijkheid en billijkheid niet kunnen worden uitgesloten.

5.4 *Het (relatieve) belang van de redactie van het contract*

Het feit dat blijktens het voorgaande het (al dan niet gedeeltelijk) wegcontracteren van de redelijkheid en billijkheid niet tot de mogelijkheden behoort, wil niet zeggen dat partijen geen enkele invloed zouden kunnen uitoefenen op de wijze waarop hun contract behoort te worden uitgelegd. Dit kunnen zij wel, tot op zekere hoogte. Ik licht dit toe als volgt.

Wij zagen hiervoor al dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid bepalen welke betekenis, mede gegeven het gedrag van partijen en de overige omstandigheden van het geval, aan het overeengekomene moet worden toegekend. Uit het feit dat aldus het gedrag van partijen mede van betekenis is voor het antwoord op de vraag hoe het overeengekomene behoort te worden uitgelegd, volgt dat partijen door hun gedragingen mede invloed kunnen uitoefenen op de wijze waarop hun contract moet worden begrepen. Dit blijkt onder meer uit het reeds besproken PontMeyer arrest. Dit arrest leert dat het in een contract opnemen van een *entire agreement clause* een omstandigheid vormt die (mede) invloed kan uitoefenen op de wijze waarop het overeengekomene dient te worden verstaan. Hoewel zo'n beding op zichzelf niet tot een bepaalde uitleg noopt, maar slechts ertoe dient om zeker te stellen dat het door partijen overeengekomene is beperkt tot de afspraken die in het contract

133 Zie Van Zijst 2001, t.a.p. en Broekema-Engelen, T&C aant. 2 sub b bij art. 7:902 BW. Zie in dezelfde zin Asser-Van Schaick 5-IV, nr. 275: "De reikwijdte van art. 7:902 BW is ook op andere wijze beperkt. Uit de vaststellingsovereenkomst kunnen alleen dan afdwingbare verbintenissen ontstaan die partijen verplichten een rechtstoestand tot stand te brengen die in strijd is met dwingend recht maar niet met de openbare orde of goede zeden, als krachtens de vaststellingsovereenkomst een beslissing wordt genomen die een reeds bestaande onzekerheid of een reeds bestaand geschil beëindigt. De beslissing die strekt ter voorkoming van een onzekerheid of geschil kan niet leiden tot verbintenissen die partijen verplichten een rechtstoestand tot stand te brengen die in strijd is met dwingend recht."

zijn neergelegd,¹³⁴ kan het – de tekst van het contract centraal stellende – karakter van zo'n beding, in combinatie met andere factoren, bijdragen aan de gerechtvaardigheid van het vertrouwen dat de contractsbepalingen in hun tekstuele betekenis en zonder gebruikmaking van specifieke achtergrondkennis over de totstandkoming van de bedingen, zijn op te vatten.¹³⁵

Iets dergelijks geldt ook voor uitlegclausules. Hoewel zij – gegeven het hiervoor besproken dwingendrechtelijke karakter dat de redelijkheid en billijkheid ook in hun uitlegfunctie aankleeft – niet vermogen te dicteren hoe een contract moet worden uitgelegd (zulks wordt immers bepaald door de omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen) kan zo'n beding onder omstandigheden eveneens – naast andere omstandigheden – een *aanwijzing* vormen dat partijen de tekst van het contract op de voorgrond hebben willen plaatsen en aldus op vergelijkbare wijze bijdragen aan de gerechtvaardigheid van genoemd vertrouwen. Voorts zagen wij reeds bij de arresten PontMeyer, Derksen/Homburg en UPC/Land dat deskundig te achten juridische bijstand en het (doen) voeren van uitgebreide contractsonderhandelingen omstandigheden kunnen zijn die bij kunnen dragen tot het oordeel dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een geobjectiveerde toepassing van de Haviltex-maatstaf als hiervoor bedoeld aangewezen is. Ditzelfde geldt voor het zorgvuldig en in detail vastleggen van de contractuele afspraken. Dit laatste verkleint tevens de kans op aanvulling door de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:248 lid 1 BW.

Bij het voorgaande zij echter wel aangetekend dat de relatie tussen contractspartijen steeds een dynamisch¹³⁶ karakter draagt, hetgeen met zich brengt dat wat bij aanvang van de contractrelatie een volledig contract kan schijnen, na verloop van tijd¹³⁷ en door de inwerking van de mettertijd optredende omstandigheden van het geval, leemten kan gaan vertonen, die ex art. 6:248 lid 1 BW door de redelijkheid

134 Zie de noot van Wissink onder HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (Derksen/Homburg) en Tjittes' JOR noot bij HR 19 januari 2007, JOR 2007, 166 (PontMeyer).

135 HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575. Hier past echter de nodige voorzichtigheid, nu de *entire agreement clause* niet zelden gedachteloos als niet-uitonderhandelde *boilerplate* aan de contractsbepalingen wordt toegevoegd. In zo'n geval mag worden betwijfeld of partijen (mede) aan dit beding voldoende gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ontleen dat de contractsbepalingen in bedoelde zin mogen worden opgevat. Ik zou dan ook menen dat een dergelijk beding in beginsel niet op zichzelf maar enkel in combinatie met andere indicatoren tot het aannemen van dergelijk gerechtvaardigd vertrouwen kan leiden. Zie over deze problematiek ook Drion 2008 en Sno 2008, p. 74.

136 Aldus ook Van Schilfgaarde 1997, p. 400.

137 Zie over de factor tijd bij uitleg ook Nieuwenhuis 2007 en Vranken 1986, p. 415 e.v.

en billijkheid (moeten) worden aangevuld.¹³⁸ Andersom is denkbaar dat door gedrag van partijen na contractssluiting, door veranderde (maatschappelijke) gebruiken en/of tijdsverloop zekere bepalingen in een contract van lieverlee hun betekenis verliezen. Alsdan kunnen redelijkheid en billijkheid op zeker moment met zich brengen dat een beroep op een dergelijk “dode letter” beding niet langer aanvaardbaar is te achten (art. 6:248 lid 2 BW).¹³⁹ Geen van beide partijen kan alsdan worden geacht nog een gerechtvaardigd belang bij een beroep op zo’n beding te hebben respectievelijk worden geacht het gerechtvaardigde vertrouwen te hebben dat dit beding tussen partijen nog gelding heeft.¹⁴⁰ Een voorbeeld van een beding dat een dergelijk lot kan treffen is de in commerciële contracten nogal eens gehanteerde *no oral modification clause*.¹⁴¹ Een beroep op dit beding, dat beoogt de inhoud van een contract te fixeren door te bepalen dat wijziging of aanvulling van het contract slechts mogelijk is bij ondertekend geschrift, zal, zodra partijen eenmaal aan een niettemin mondeling of stilzwijgend overeengekomen wijziging of aanvulling uitvoering hebben gegeven, veelal afstuiten op de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid. Door hun gedrag geven partijen in zo’n geval het recht prijs nog langer een beroep op zo’n beding te doen.

Het dynamische karakter van de contractsrelatie brengt aldus het relatieve belang van de redactie van de overeenkomst aan het licht. Het is niet alleen de redactie van de tekst, het zijn ook de verdere gedragingen van partijen en de andere omstandigheden van het geval die invloed uitoefenen op de vraag wat tussen partijen rechtens is. Omdat deze omstandigheden gedurende de looptijd van een contract kunnen veranderen, zal ook de inhoud van het overeengekomene zich (met name bij duurovereenkomsten) navenant kunnen wijzigen (lees: uitgebreid of beperkt kunnen worden). Aldus beschouwd heeft het vaststellen van de inhoud van een contract veel weg van het nemen van een foto – het verkregen beeld is beslist realistisch, maar het blijft een momentopname.

138 Een bekend voorbeeld hiervan biedt het arrest VvE/CSM (HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602).

Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 407.

139 Vgl. HR 6 april 2012, NJ 2012, 234.

140 Met als bekend voorbeeld het arrest Rederij Koppe, HR 20 mei 1949, NJ 1950, 72 (m. nt. Ph.A.N.H.).

141 Een dergelijke clause zou kunnen luiden als volgt: “No modification or alteration of this Agreement shall be validly made unless in writing and signed by or on behalf of both parties hereto.” (formulering ontleend aan: Florian Wagner-von Papp, European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses not worth the paper they are written on?, als te vinden op ssrn.com/abstract=1650501).

6. Slot

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal in hoeverre bij de uitleg van het (internationale) commerciële contract tussen professionele partijen andere uitlegmaatstaven (dienen te) gelden dan bij de uitleg van reguliere contracten. Het antwoord op die vraag luidt blijkens het voorgaande ontkennend. In beide gevallen volgt uit de in hoofdstuk 1 centraal gestelde dwingende verplichting van partijen bij een overeenkomst om zich redelijk en billijk te gedragen dat ook de uitleg van het overeengekomene steeds door de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt beheerst. Deze eisen brengen met zich dat voor gerechtvaardigd vertrouwen op de betekenis van een bepaalde contractsterm of -beding steeds vereist is dat men in de gegeven omstandigheden (het eigen gedrag daaronder begrepen) met rede(n) heeft vertrouwd.

In situaties, waarin de totstandkomingsfase van een overeenkomst niet (zoals normaliter) in het teken staat van het levendig contact en het uitwisselen van verklaringen tussen partijen, maar (veeleer) van (de redactie door ingehuurde specialisten van) de uiteindelijke tekst van een lijvig en gedetailleerd contractsdocument, mogen professionele partijen er in de regel over en weer in redelijkheid op vertrouwen dat de blijkens het gedrag van partijen zo belangrijk geachte tekst van het contract bij uitleg een aanzienlijk gewicht toekomt. Redelijkheid en billijkheid brengen vervolgens met zich dat dit door de gedragingen van partijen zelf in het leven geroepen verwachtingspatroon rechtens ingang vindt door middel van een geobjectiveerde toepassing van de Haviltex-maatstaf, waarbij de contractsbedingen in beginsel in hun tekstuele betekenis en zonder gebruikmaking van specifieke achtergrondkennis over de totstandkoming van de bedingen, worden opgevat. Zuiver taalkundig kan deze uitleg niet worden genoemd, omdat ook bij een geobjectiveerde toepassing van de Haviltex-maatstaf redelijkheid en billijkheid de aan te leggen uitlegmaatstaven zijn.

In de voorlaatste paragraaf kwam de vraag aan de orde of partijen het overeengekomene zouden kunnen fixeren door de redelijkheid en billijkheid in één of meerdere functies daarvan uit te sluiten. Geconstateerd werd dat de aanvullende functie van redelijkheid en billijkheid en hun functie bij uitleg, mede gezien hun verbondenheid met elkaar en met de beperkende functie van deze norm, beide van dwingend recht zijn en derhalve niet kunnen worden “weggecontracteerd”. Besproken werd vervolgens dat het feit dat partijen mitsdien redelijkheid en billijkheid niet vermogen weg te contracteren bij de uitleg van het overeengekomene, onverlet laat dat partijen door hun gedrag wel degelijk invloed kunnen uitoefenen op de wijze waarop het overeengekomene moet worden verstaan. Zo kunnen onder meer clausules die de tekst van het contract centraal stellen alsook de mate van gedetailleerdheid van een contract bijdragen aan het oordeel dat een geobjectiveerde toepassing van de Haviltex-maatstaf

is geboden. Het dynamische karakter van de contractrelatie tussen partijen maakt het echter onmogelijk de inhoud van een contract tussen partijen te fixeren: zowel de factor tijd als wijzigende omstandigheden en gedragingen van partijen na contractssluiting kunnen in het contract leemten veroorzaken die door de redelijkheid en billijkheid (moeten) worden aangevuld dan wel ertoe leiden dat op bepaalde bedingen van het contract geen beroep meer openstaat.

4 | Imprévision en de eisen van redelijkheid en billijkheid

1. Inleiding

In het internationale handelsverkeer is het met name sinds de (door oliecrises en andere economische problemen geplaagde) jaren zeventig van de vorige eeuw in toenemende mate gangbaar geworden om in contracten zogeheten *hardship clauses* op te nemen. Dergelijke clausules plegen te worden gebruikt ter ondervanging van het risico dat als gevolg van een wezenlijke, niet door partijen voorziene verandering van omstandigheden ongewijzigde uitvoering van een (duur)overeenkomst voor één der contractspartijen op enig moment uiterst bezwaarlijk wordt.¹ In de regel verplichten deze clausules contractspartijen ertoe om, zodra zich een dergelijke (ingrijpende) verandering van omstandigheden voordoet, te goeder trouw met elkaar te onderhandelen met het oog op een voor beide partijen acceptabele aanpassing van het contract.² Niet zelden wordt in zo'n clause, als stok achter de deur, een arbiter, *referee* of andere *third party* aangewezen, aan wie op voorhand de geschilbeslechting wordt overgelaten voor het geval partijen er niet middels “amicable re-negotiation” uitkomen.³ In Nederland kennen wij ook een *wettelijke* regeling voor verandering van omstandigheden. Dit betreft de *imprévision*regeling, zoals deze – dwingendrechtelijk – is vormgegeven in de artt. 6:258 BW en 6:260 BW.⁴ Deze *imprévision*regeling

1 Zie o.m. Bertrams 1995, p. 55, Dalhuisen 2007, p. 322-327, Fontaine/De Ly 2006, p. 458 en Moisan 1994, p. 321. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 440, Van Rossum 1997, p. 433 e.v. en Van Dunné 2004a, p. 781 alsmede Van Dunné 1998, p. 87-88. Zie voorts Van Beukering-Rosmuller 2006, p. 42 en I. Schwenzer, Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, p. 714-715, als te vinden op: <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>.

2 Zie E. Baan en W.L. Valk, Losbl. Verbintenissenrecht, aant. 6 bij art. 6:258 BW en Van Rossum 1997, p. 433. Zie voorts Van Beukering-Rosmuller 2006, p. 50, die de heronderhandelingsplicht van partijen de “kern van de hardship-clausule” noemt.

3 Zie o.m. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, t.a.p., Tjittes 1995, p. 20 en Fontaine/De Ly 2006, p. 483 e.v.

4 Zie art. 6:250 BW. Zie ook Loth 2009, nr. 21, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis. De tekst van lid 1 van art. 6:258 BW luidt als volgt: “De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpar-

voorziet in een desverzocht⁵ door de rechter⁶ tot stand te brengen wijziging of ontbinding (al dan niet met terugwerkende kracht) van de overeenkomst, indien sprake is van diep in de overeenkomst ingrijpende, “onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten”.⁷ Gedacht dient te worden aan een wezenlijke, niet door partijen voorziene verandering van omstandigheden die ongewijzigde uitvoering van een overeenkomst voor één der contractspartijen op enig moment uiterst bezwaarlijk maakt.⁸

tij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.” Lid 2 bepaalt dat een wijziging of ontbinding als in het vorige lid bedoeld niet wordt “(...) uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.” Het derde lid is voor de gang van het betoog niet relevant en blijft verder buiten beschouwing.

- 5 Een vordering in conventie of reconventie is daarvoor niet nodig. Voldoende is dat er ten processe een (voldoende duidelijk) beroep door een der partijen op het artikel wordt gedaan, hetgeen ook bij wijze van verweer kan geschieden. Zie te dezen, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, Valk, T&C aant. 2d bij art. 6:258 BW en Tjittes 1995, p. 14. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 448, waar onder verwijzing naar HR 28 november 1997, NJ 1998, 659 (Luycks/Kroonenberg) wordt opgemerkt dat aan het tot uitdrukking brengen van het in art. 6:258 BW bedoelde verlangen door de Hoge Raad kennelijk geen hoge eisen worden gesteld. Dit laat evenwel onverlet dat volgens de Hoge Raad aan de stelplicht van de op wijziging of ontbinding aansturende partij strenge eisen mogen worden gesteld. Vgl. HR 19 november 1993, NJ 1994, 156 (Campina/Van Jole) en. Zie voor een bespreking van dit arrest ook Peletier 1999, p. 155 alsmede Valk 1996, p. 158-160 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 444.
- 6 Algemeen lijkt te worden aangenomen dat een beroep op art. 6:258 BW ook in een arbitraal geding kan worden gedaan. Zie Sanders 2001, p. 54-55 en, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, Snijders 2007b, p. 72. Zie voorts Meijer, T&C aant. 5b bij art. 1020 Rv. Zie ook Van Beukering-Rosmuller 2006, p. 51.
- 7 Hammerstein/Vranken 2003, nr. 19. Vgl. De Wolf 1979, p. 1 e.v. Vgl. voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 441 e.v., en Hesselink 1999a, p. 332 e.v. Zie ook HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439 (Mondia/Calanda), waar de Hoge Raad spreekt van “omstandigheden, die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten.”
- 8 In deze zin o.m. Parl. Gesch. Boek 6, p 966 en Hijma 1995, p. 57. Vgl. voorts Hesselink 1999, p. 335, Kobussen 1990, p. 407 en Peletier 1995, p. 425. Vgl. voorts Larenz/Wolf 2004, p. 708: “Erst wenn der betroffenen Vertragspartei das Festhalten am Vertrag unter Berücksichtigung aller vertragsrelevanten Umstände insgesamt unzumutbar ist, darf die Vertragsbindung gelöst und die eingetretene Veränderung berücksichtigt werden.“

In dit hoofdstuk staat genoemde wettelijke regeling van onvoorziene omstandigheden centraal. Na een beknopte behandeling in § 2 van enige, voor een goed begrip van het leerstuk en de verdere gang van het betoog onontbeerlijke *imprévision*-aspecten, wil ik in § 3 e.v. de rol die de norm van redelijkheid en billijkheid in bedoeld leerstuk toekomt dan wel behoort te komen, grondig uitdiepen. Ik licht dit toe als volgt. In de traditionele visie op het *imprévision*-leerstuk is de focus op de (rol van de) rechter gericht. De *rechter* grijpt op grond van de redelijkheid en billijkheid in de contractuele verhouding in, de *rechter* heeft een discretionaire wijzigings- of ontbindingsbevoegdheid, de *rechter* stelt voorwaarden, de *rechter* dient zijn bevoegdheden terughoudend te gebruiken etc.⁹ In het eerste hoofdstuk van dit boek zagen wij evenwel reeds dat redelijkheid en billijkheid primair als een tot *partijen* gerichte, dwingende gedragsnorm moeten worden opgevat. Gelet daarop lijkt het zinvol de aldus gedane constatering ook tot uitgangspunt te nemen bij de analyse van de werking van de redelijkheid en billijkheid in het leerstuk van de *imprévision*. Bezien kan dan met name worden in hoeverre het traditionele¹⁰ beeld van art. 6:258 BW als een soort “Ermessensnorm”¹¹ die resulteert in een ruime discretionaire bevoegdheid van de rechter, vanuit dogmatisch oogpunt correctie behoeft en of bij de analyse van het leerstuk van de *imprévision* niet veeleer de rol en het gedrag van partijen in het licht van de aan hen te stellen (gedrags)eisen van redelijkheid en billijkheid op de voorgrond zouden moeten staan.

Met het oog daarop zal in § 3 allereerst de relatie tussen art. 6:258 BW en de algemene gedragsnorm van art. 6:2 lid 1 BW worden belicht. In dat kader zal mede stil worden gestaan bij de begrippen redelijkheid en billijkheid als zodanig en bij de vraag waartoe de gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid contractspartijen, in abstracto, ingeval van onvoorziene omstandigheden verplicht. In het vervolg van § 3 komt de werking van rechtswege van art. 6:248 aan de orde ingeval partijen ten achter blijven bij hetgeen door de gedragsnorm van art. 6:2 lid 1 BW van hen wordt geëist. In dat kader zal mede aandacht worden besteed aan de verhouding tussen voornoemde werking van rechtswege van art. 6:248 BW enerzijds en de

9 Zie o.m. Brahn/Reehuis 2010, nr. 491, Hesselink 1999a, p. 331, Asser-Hijma 5-I, nr. 537 en 492, Abas 2001, p. 66 en Teuben 2004, p. 75. Zie voorts Chao-Duivis/Koning 2001, p. 35. Zie ook Peletier 1995, p. 423 e.v. Vgl. voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 446 e.v.

10 Zie bijv. Schelhaas 2007, p. 295. Zie hierover ook Peletier 1995, p. 433.

11 Met de term “Ermessen” of “Ermessensspielraum” wordt wel geduid op de ruimte die ter discretie van de rechter staat. In de Nederlandse rechtssfeer wordt veelal gesproken van “vrije beslissingsruimte” of “discretionaire bevoegdheid”. Zie over het begrip Ermessen onder meer Falk 1999 en Engisch 2005, p. 145 e.v. en p. 168 e.v.

werkingsfeer van art. 6:258 BW anderzijds. Het betoog over de verhouding tussen art. 6:258 BW en 6:248 BW wordt voortgezet in § 4: na een bespreking van het in het kader van genoemde verhouding belangwekkende arrest VvE/CSM¹² wordt in het vervolg van deze paragraaf ruim aandacht besteed aan de concrete verplichtingen, die op partijen kunnen rusten, indien en zodra onvoorziene omstandigheden zich in de contractrelatie tussen partijen hebben voorgedaan. De bijdrage wordt in § 5 afgesloten met een samenvatting van de bevindingen.

2. Enige karakteristieken van de *imprévision*-figuur

2.1 *Onvoorzien/onvoorzienbaar*

Anders dan soms wordt gedacht¹³ is onvoorzienbaarheid geen vereiste voor een geslaagd beroep op het leerstuk van de *imprévision*.¹⁴ De in art. 6:258 BW gebezigde term “onvoorzien” heeft geen betrekking op de vraag wat voor partijen voorzienbaar was of wat zij hebben voorzien, maar uitsluitend op de vraag of het intreden van de relevante omstandigheden (die toekomstig dienen te zijn en dus na het sluiten van het contract dienen te zijn ingetreden)¹⁵ – uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend – in het contract is *verdisconteerd*.¹⁶ Zijn de omstandigheden verdisconteerd, dan komt aan de *imprévision* geen werking toe.

12 HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602.

13 Zie Abas 1989, p. 214 e.v. Kritisch over Abas' standpunt toont zich Van Dunné in zijn Ars Aequi noot (AA 48 (1999) I, p. 53) bij het arrest HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP). Zie ook Zondag 2001, p. 105.

14 Zie echter het slot van deze subparagraaf.

15 Hammerstein/Vranken 2003, nr. 19. Vgl. voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 455 en 442, waar in nr. 442 wordt opgemerkt dat ook het uitblijven van een door partijen verwachte wijziging een onvoorziene omstandigheid kan opleveren. Zie voorts het arrest HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP).

16 Zie o.m. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 439 en 441 en Grosheide 1996, p. 82 alsmede E. Baan & W.L. Valk, Losbl. Verbintenissenrecht, aant. 19.1 bij art. 6:258 BW. Zie ook HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439 (Mondia/Calanda): “Een voor bepaalde tijd gesloten overeenkomst kan, zo tussentijdse opzegbaarheid niet is bedongen, in beginsel niet eenzijdig tussentijds door opzegging worden beëindigd. Weliswaar is niet geheel uitgesloten dat op dit beginsel een uitzondering wordt aangenomen, maar een dergelijke uitzondering kan slechts haar grond vinden in onvoorziene – d.w.z. niet in de overeenkomst verdisconteerde – omstandigheden, die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten”.

Óf bepaalde omstandigheden (uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend) in de overeenkomst zijn verdisconteerd is een kwestie van uitleg.¹⁷ De bij die uitleg aan te leggen maatstaf is sinds jaar en dag de in redelijkheid en billijkheid verankerde Haviltex-maatstaf.¹⁸ De kernoverweging van het gelijknamige standaardarrest, die inhoudt dat:

“(d)e vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, (...) niet (kan) worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.”

maakt duidelijk dat niet de bewoordingen *sec*, maar de in de gegeven omstandigheden *redelijke* verwachtingen en *in redelijkheid* aan die bewoordingen gegeven betekenissen bepalend zijn voor de uitleg van het overeengekomene. Dit brengt in het kader van de *imprévision* met zich dat bij het zoeken naar een antwoord op de vraag of een bepaalde omstandigheid al dan niet in de overeenkomst is verdisconteerd, de letterlijke betekenis van de gekozen bewoordingen (bijv. de term *inflatie*) nimmer zaligmakend is: steeds zal moeten worden gezien of partijen ook *redelijkerwijs* moeten worden geacht de metterdaad opgetreden zijnde omstandigheid (bijv. hyperinflatie ten belope van 800%) in de overeenkomst te hebben willen verdisconteren.¹⁹ De voorzienbaarheid van de betreffende omstandigheid speelt bij dit alles in zoverre een rol, dat naarmate voor partijen een bepaalde omstandigheid ten tijde van con-

17 Het verband tussen uitleg en *imprévision* komt onder meer tot uitdrukking in het recente arrest Skare/Flexmen (HR 19 november 2010, NJ 2010, 623). In dit arrest werd een kwestie die zich in principe leende voor behandeling op de voet van art. 6:258 BW door partijen in haar geheel in de uitlegsleutel geplaatst. Zie daarover de lezenswaardige conclusie van A-G Wissink bij dat arrest onder 3.2 en 3.3. Zie voorts voor het Duitse recht Larenz/Wolf 2004, p. 711.

18 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (m. nt. C.J.H. Brunner). Voor zover deze verankering in genoemde norm al niet zou volgen uit het arrest zelf, is zij af te leiden uit het nadien gewezen arrest DSM/Fox (HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (m. nt. C.E. du Perron), waarin is overwogen dat uitleg steeds dient plaats te vinden aan de hand van “alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.”

19 Aldus ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 441 en 448, Van Plateringen 2002, p. 47 e.v. en Bakker/De Groot 2009, p. 370. Zie voorts hoofdstuk 3, § 3.2 e.v.

tractssluiting redelijkerwijs meer voorzienbaar was, deze eerder kan worden geacht door partijen in de overeenkomst (stilzwijgend) te zijn verdisconteerd.²⁰

2.2 *Risicosfeer*

Algemeen wordt aangenomen dat een beroep op *imprévision* niet openstaat, indien de betreffende omstandigheden zich in de risicosfeer bevinden van de door die omstandigheden getroffen partij.²¹ Deze gedachte vindt in art. 6:258 BW mijns inziens op drie wijzen haar beslag. Zulks allereerst in het vereiste dat de betreffende omstandigheden onvoorzien moeten zijn, d.w.z. niet met zoveel woorden of stilzwijgend in de overeenkomst mogen zijn verdisconteerd. Komen risico's krachtens een dergelijke (uitdrukkelijke of stilzwijgende) verdiscontering voor rekening van de beknelde partij, dan is de weg van art. 6:258 BW voor deze partij (in beginsel)²² niet begaanbaar. Ten tweede is er het vereiste van het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid "niet mogen verwachten", zoals dit in de eerste volzin van lid 1 van het artikel is opgenomen. Van een dergelijk "niet mogen verwachten" is niet spoedig sprake. Risico's en de verwezenlijking daarvan vormen nu eenmaal een vast onderdeel van het bestaan. Gebruikelijke (lees: redelijkerwijs te verwachten) risico's behoren daarom (voor zover deze al niet verdisconteerd zouden zijn) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de regel voor rekening te komen van de door die risico's getroffen partij.²³ Het via art. 3:12 BW in genoemde norm werkzame risicobeginsel brengt zulks, in combinatie met andere beginselen, zoals dat van de trouw aan het eens gegeven woord, gewoonlijk met zich mee.²⁴ Ten derde zullen redelijkerwijs voorzienbare risico's, voor zover die niet reeds op grond van een van de voorgaande twee vereisten voor rekening van de getroffen partij komen, niet zelden krachtens de in lid 2 van art. 6:258 BW genoemde (*handelsverkeersopvattingen*) voor rekening van de beknelde partij komen. Verdedigd kan immers worden dat in het handelsverkeer als uitgangspunt heeft te gelden dat een ieder die

20 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 441, Kobussen 1990, p. 410, Hesselink 1999, p. 338 e.v., Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 258 Boek 6 BW, aant. 19.3 en Stolp/Reurich 2000, p. 194.

21 Zie bijv. Hammerstein/Vranken 2003, nr. 19, Rogmans 1999, p. 84 en Hesselink 1999, p. 342 e.v.

22 Zie hierna onder 2.4.

23 Vgl. Larenz/Wolf 2004, p. 706-708.

24 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 41 e.v.

daaraan deelneemt de aan die deelname verbonden risico's moet inschatten en zo nodig heeft te dragen.²⁵ Ondernemen is risico nemen.²⁶

2.3 Onverwacht voordeel

Het leerstuk van de *imprévision* heeft niet enkel betrekking op het intreden van financieel nadelige omstandigheden, zoals een verhoging van de kosten of een vermindering van de waarde van de tegenprestatie.²⁷ Ook een onverwacht voordeel voor één der partijen kan met zich brengen dat ongewijzigde instandhouding van het overeengekomene niet mag worden verwacht. In dit kader valt te wijzen op het bekende (en nog onder het oude BW geweest)²⁸ arrest Kriek/Smit.²⁹ Deze zaak had betrekking op een na echtscheiding ingestelde vordering van een ex-echtgenote tot betaling van een aandeel in de waardevermeerdering van achtereenvolgende echtelijke woningen, in eigendom toebehorend aan de man en destijds gedeeltelijk betaald met geld van de vrouw. Op grond van het door beide echtelieden in gelukkiger tijden gekozen huwelijksgoederenregime (koude uitsluiting) had de vrouw enkel recht op teruggave van het destijds door haar gefourneerde bedrag en niet op enig

25 Aldus bijv. Van de Paverd 1999, pp. 67 en 149. Voor een weergave van verdere meningen op dit terrein, zie Klomp 2000, p. 132 e.v. Vgl. over het aspect van voorzienbaarheid bij verkeersopvattingen voor wat betreft het (met de *imprévision* verwante) leerstuk van overmacht Hof 's-Hertogenbosch 25 mei 2010, RCR 2011, 14.

26 Aldus ook Buijs 1998, p. 54.

27 In deze zin ook Hijma 1995, p. 60-61. Hijma merkt terecht op dat het al te zwaar gaan drukken van de prestatieplicht soms door "anders geaarde moeilijkheden" wordt veroorzaakt. Deze moeilijkheden kunnen bijvoorbeeld zijn gelegen in het feit dat als gevolg van onvoorziene omstandigheden de in verband met het contract te plegen uitgaven het met die uitgaven beoogde *doel* moeten missen. Als klassiek voorbeeld hiervan mogen dienen de uit de Engelse rechtspraak bekende *coronation cases* (Krell v Henry [1903] 2 K.B. 740 [1], Chandler v Webster [1904] 1 KB 493, Herne Bay Steamboat Co v Hutton [1903] 2 K.B. 683 [2], Hobson v Pattenden & Co (1903) 19 TLR 186, Clark v Lindsay (1903) 19 TLR 202. Griffith v Brymer (1903) 19 TLR 434. Deze zaken hadden betrekking op personen die met het oog op de kroning van Edward VII op 26 juni 1902 accommodaties hadden gehuurd langs de route, die bij de feestelijkheden zou worden gevolgd. De aspirant-koning werd echter ziek en de kroningsplechtigheid werd uitgesteld tot augustus van dat jaar. Om in zo'n geval te zeggen dat de kosten van de prestatie zijn verhoogd of de waarde van de tegenprestatie is gedaald, is, om de woorden van Hijma te gebruiken, "indirect – ja geforceerd te noemen". Zie over de zaak Krell v Henry ook Cartwright 2007, p. 240.

28 Vgl. over de situatie onder het oude BW Peletier 1999, p. 91, HR 16 januari 2004, NJ 2004, 164 en, met verwijzing naar verdere jurisprudentie, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 439-440.

29 HR 12 juni 1987, NJ 1988, 150.

aandeel in de opgetreden waardevermeerdering. De vrouw stelde zich echter op het standpunt dat zij dit recht in casu wél had en baseerde haar vordering te dien aanzien op de goede trouw. De Hoge Raad oordeelde daarover als volgt:

“Zoals hiervoor onder 3.3 is overwogen, strekt een vergoedingsrecht als daar bedoeld in beginsel tot terugbetaling van een gelijk bedrag als destijds ten laste van de ene echtgenoot voor de financiering van het goed op naam van de andere echtgenoot is gebezigd. Uitzonderingen op grond van de eisen van de goede trouw zijn evenwel niet geheel uitgesloten. In het bijzonder kan, voor zover voor de onderhavige zaak van belang, een uitzondering op haar plaats zijn in een geval waarin de betreffende gelden zijn gebruikt voor de aankoop van de echtelijke woning en vervolgens door ten tijde van die aankoop niet voorziene omstandigheden, zoals de ontwikkeling van de Nederlandse onroerend goed-markt sedert die aankoop, een zo aanzienlijke waardevermeerdering van die woning heeft plaatsgevonden dat bij gebreke van enige correctie het gevolg daarvan zou zijn dat bij het uiteengaan van pp. als gevolg van echtscheiding het evenwicht tussen de vordering van de ene partij tot terugbetaling van de destijds verschaft, nadien in koopkracht verminderde geldsom en het uitzonderlijk gunstige resultaat van de belegging daarvan, dat aan de andere partij ten goede komt, geheel zou zijn verbroken. Daarbij zal het aankomen op de vraag of de betreffende onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de echtgenoot op wiens naam het huis staat, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat hij met de enkele teruggave van het destijds ter beschikking gestelde bedrag zonder enige verrekening van de waardevermeerdering van de woning kan volstaan.”

De reikwijdte van deze uitspraak moet denkelijk in beginsel tot meer huiselijke aangelegenheden, althans tot de kring van niet-professionele contractanten beperkt worden geacht. Redelijkheid en billijkheid zullen zich er mijns inziens doorgaans tegen verzetten dat ook professionele partijen er via de weg van onvoorziene omstandigheden aanspraak op kunnen maken om mee te delen in een onverwacht voordeel van de contractuele wederpartij. Onder meer het in de redelijkheid en billijkheid (vgl. art. 3:12 BW) werkzame risicobeginsel en het beginsel van trouw aan het eens gegeven woord staan daaraan, mede in het licht van de professionele hoedanigheid van partijen, in de regel in de weg. Ook de (in de handel levende)³⁰ verkeersopvattingen zullen denkelijk veelal met zich brengen dat een onverwachte meevaller voor één der contractspartijen niet met de andere contractspartij behoeft te worden gedeeld (vgl. art. 6:258 lid 2 BW).

30 Vgl. Memelink 2009, p. 220-222.

2.4 Verdisconteringsbepalingen

Partijen kunnen de reikwijdte van art. 6:258 BW terugdringen door één of meerdere omstandigheden in het contract te benoemen en aldus in deze omstandigheden contractueel te *voorzien*.³¹ Zowel specifieke omstandigheden als min of meer algemeen omschreven omstandigheden lenen zich voor verdiscontering.³² Zo is in de in § 1 hiervoor al aangestipte hardshipclausule vaak een dergelijke verdiscontering van meer algemene dan wel meer specifieke aard te vinden.³³ Een ander voorbeeld betreft de zogeheten MAC clausule. Laatstgenoemde clausule wordt geregeld in SPA's (*Share Purchase Agreements*) gebruikt.³⁴ De clausule is bedoeld om de gevolgen te regelen van het tussen *signing* (het moment van tekenen van de SPA) en *closing* (het moment van levering van de aandelen) optreden van onvoorziene dan wel door partijen voorziene en in de MAC clausule benoemde omstandigheden, die in een *material adverse change* (MAC) resulteren bij de *target*, ofwel de vennootschap die voorwerp is van de SPA tussen haar aandeelhouder(s) en de beoogde nieuwe eigenaar-aandeelhouder.³⁵ Deze laatste verkrijgt door het intreden van een dergelijke MAC in de regel een recht van terugtred: hij kan van de koop af zonder schadeplichtig te worden. Belangrijk neveneffect van dit recht van terugtred is dat

31 Valk, T&C, aant. 1 bij art. 6:258 BW, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

32 Met dien verstande dat een (te) algemeen geformuleerde verdisconteringsbepaling het risico in zich bergt dat een redelijke uitleg daarvan met zich brengt dat een metterdaad optredende omstandigheid niet kan worden geacht onder de reikwijdte van de verdisconteringsbepaling te vallen.

33 De complexiteit van hardshipclausules kan uiteenlopen van eenvoudige "boilerplates" tot zorgvuldig geredigeerde en gedetailleerde (risicoverdelings)bedingen, inclusief (al dan niet getrapte) procedureregels voor aanpassing of eventueel beëindiging van de overeenkomst. Vgl. Fontaine/De Ly 2006, p. 460, Bertrams 1995, p. 56 en McKendrick 2004, p. 5. Door Fontaine en De Ly (t.a.p.) is betoogd dat hardshipclausules steeds uit twee "main parts" zouden bestaan, te weten een eerste deel dat een min of meer specifieke omschrijving bevat van de omstandigheden die door partijen als hardship worden gedefinieerd en waarin de consequenties van die omstandigheden voor de contractrelatie worden vermeld, en een tweede deel, waarin procedure-regels zijn opgenomen, variërend van een enkele verplichting tot heronderhandelen tot meer ingewikkelde varianten, waarin (mede) in (arbitrale) geschilbeslechting is voorzien. Een dergelijke opbouw is bijvoorbeeld terug te vinden in de contractsbepaling die aan de orde kwam in het recente arrest Heijmans c.s./DLO (HR 29 oktober 2010, RvdW 2010, 1286).

34 MAC clausules, zoals deze te vinden zijn in andersoortige contracten blijven in dit hoofdstuk buiten beschouwing. Zie over de verschillende verschijningsvormen van de MAC clausule nader E. Sonck, De material adverse change clause: het ultieme vangnet in een contract?, Gent 2009, p. 10 e.v., te vinden op http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/001/458/384/RUG01001458384_2011_0001_AC.pdf.

35 Zie o.m. Van Valen/Boufadiss 2009, p. 95 en Van Schooten 2008, p. 8-12, Bakker/Kaarl's 2009, p. 208-214 en Sonck, t.a.p.

daarmee *bargaining power* wordt verkregen voor het alsnog op betere condities uitonderhandelen van een nieuwe koopovereenkomst. Zeker indien de MAC clausule een groot aantal omstandigheden opsomt, die al dan niet in een MAC resulteren bij de *target*, is deze clausule bij uitstek te beschouwen als een verdisconteringsbepaling in de hiervoor bedoelde zin.³⁶

Hoewel mag worden aangenomen dat opsommingen, als hiervoor bedoeld, door partijen in het contract worden opgenomen, teneinde duidelijkheid te verkrijgen omtrent de vraag wanneer de MAC- of hardshipclausule (al dan niet) mag worden ingeroepen, hebben deze opsommingen als (al dan niet bedoeld) neveneffect, dat de betreffende omstandigheden tevens als verdisconteerd in de zin van art. 6:258 BW hebben te gelden. Zo kan van de omstandigheden, waarvan door partijen is afgesproken dat deze *geen* recht geven op een beroep op een in het contract opgenomen MAC- of hardshipclausule, worden gezegd dat deze *a fortiori* evenmin recht geven op aanpassing van het contract ingevolge art. 6:258 BW: de aan die omstandigheden verbonden risico's moeten (in beginsel)³⁷ worden geacht door partijen onder ogen te zijn gezien en door hen te zijn aanvaard.³⁸ Echter, ook die omstandigheden die *wel* recht geven op een beroep op de MAC- of hardshipclausule moeten worden geacht door partijen onder ogen te zijn gezien en in het contract te zijn verdisconteerd: de door partijen getroffen contractuele voorziening (respectievelijk een recht van terugtred of een inspannings- dan wel resultaatsverplichting om te goeder trouw te onderhandelen over aanpassing van het contract) is door hen kennelijk voldoende geacht om de betreffende omstandigheden, ingeval van intreden ervan, het hoofd te bieden.

Aldus wordt duidelijk dat als gevolg van het in een contractsbepaling benoemen van omstandigheden die al dan niet in een recht op heronderhandelingen, contractsaanpassing of zelfs van terugtred resulteren, het toepassingsbereik van art. 6:258 BW in aanzienlijke mate door partijen kan worden teruggedrongen. De in die clausule genoemde omstandigheden zijn door hun opneming daarin niet langer als onvoorzien, of beter: niet verdisconteerd, te beschouwen. Dit soort clausules heeft derhalve in de regel een sterk uithollend effect op de mogelijkheid om op 6:258 BW een beroep te doen. Een en ander is evenwel niet in strijd met het in § 1 al aangestipte dwingendrechtelijke karakter van deze norm, daar een dergelijke (algemeen als geldig

36 Zie over de MAC clausule als verdisconteringsbepaling nader Bakker/Kaarlis 2009, t.a.p.

37 Zie het slot van deze subparagraaf.

38 Vgl. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 333.

beoordeelde)³⁹ terugdringing van haar toepassingsbereik door partijen nu juist tot gevolg heeft dat de norm niet wordt geschonden, maar in het gegeven geval simpelweg toepassing *mist*.

Aan het slot van deze subparagraaf verdient vermelding dat Hijma in zijn inaugurele rede heeft betoogd dat verdisconteringsbepalingen als hier aan de orde op enig moment door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden getroffen en alsdan toepassing missen, waardoor de in aldus getroffen bepalingen genoemde omstandigheden niet langer als voorzien/verdisconteerd zouden zijn aan te merken.⁴⁰ Hoewel deze gedachtegang mij op zichzelf juist voorkomt (iedere contractuele regel tussen partijen kan onder omstandigheden opzij worden gezet door de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid)⁴¹ moet niettemin aangenomen worden dat een dergelijke situatie zich slechts zelden zal voordoen, daar verdiscontering nu eenmaal met zich pleegt te brengen dat een zeker risico door partijen onder ogen is gezien en aanvaard.⁴² De redelijkheid en billijkheid zullen zich er – mede gelet op het daarin via art. 3:12 BW werkzame risicobeginsel – in de regel (nu juist) tegen verzetten dat aan een aldus eenmaal overeengekomen risicoverdeling alsnog wordt getornd, nadat het betreffende (en op voorhand contractueel aanvaarde) risico zich heeft geopenbaard.

2.5 *Inschakelbepalingen*

Voorts bestaan er bepalingen door middel waarvan partijen op voorhand wensen vast te leggen in welke gevallen sprake zal zijn van een onvoorziene omstandigheid, die de daardoor getroffen partij het recht geeft de rechter met een beroep op art. 6:258 BW te adiëren. Dergelijke “inschakelbepalingen” zijn op de voet van art. 6:250 jo. art. 3:40 BW niet steeds als geldig te beschouwen: geldig is een dergelijke bepaling in elk geval niet, indien deze ertoe strekt dat art. 6:258 BW alleen in de door partijen in hun contract opgesomde gevallen van toepassing zal zijn.⁴³ Een

39 Zie onder meer Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 448 en Valk, T&C, aant. 1 bij art. 6:258 BW, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis. Zie ook Peletier 1999, t.a.p., p. 103 en Hondius/Grigoleit 2011, p. 73-74.

40 Hijma 1989, p. 8.

41 Vgl. voor het Duitse recht Palandt 1985, § 242, sub 1d: “§ 242 beruht auf dem Gedanken, daß jedem Recht sozialethische Schranken immanent sind; er verpflichtet zu einer sozial angem RAusüb”. Vgl. Shytov 2001, p. 78 e.v.

42 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr 441 en Zimmermann/Whittaker 2008, p. 567.

43 Zie over inschakelbepalingen Wissink 2005, p. 217-218.

dergelijke inschakelclausule komt feitelijk neer op een door partijen (partieel) *uitsluiten* van de in art. 6:258 BW neergelegde *imprévision*regeling. Een zodanige uitsluiting stuit af op het hiervoor al aangestipte dwingendrechtelijke karakter van deze norm.⁴⁴

3. Imprévision en art. 6:2 BW

3.1 Inleiding

Blijkens de parlementaire geschiedenis vloeit de in de *imprévision*regeling van art. 6:258 BW bedoelde wijziging of ontbinding niet voort uit een rechterlijk redelijkheidsoordeel, maar uit de blijkens art. 6:2 BW op *partijen* rustende eisen van redelijkheid en billijkheid. De rechter heeft in het hem voor te leggen geval slechts te “concretiseren” wat redelijkheid en billijkheid van partijen in hun verhouding eisen.⁴⁵ Hieruit volgt onmiskenbaar dat de in art. 6:258 BW genoemde eisen van redelijkheid en billijkheid niet, zoals soms lijkt te worden gedacht,⁴⁶ zijn op te vatten als een soort “Ermessensnorm”⁴⁷ die resulteert in een ruime discretionaire bevoegdheid van de rechter, maar verwijzen naar het objectieve ongeschreven recht en gelijk zijn aan, of een uitvloeisel vormen van, de *gedragsnorm* van art. 6:2 lid 1 BW, welke kortweg bepaalt dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn “zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid.”⁴⁸ Waartoe deze gedragsnorm partijen ingeval van onvoorziene omstandigheden verplicht, zal ik hiernavolgend uiteenzetten aan de hand van een beknopte (en gedeeltelijke her)bespreking van de redelijkheid en billijkheid als begrippenpaar.

44 Zie art. 6:250 BW. Ook de artt. 6:2 en 6:248 BW zijn van dwingend recht: de verplichting van partijen om zich conform de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen, doordeseemt het gehele verbintenissenrecht en moet van zo fundamentele aard worden geacht dat deze zich niet voor contractuele uitsluiting leent. In Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 380 wordt opgemerkt op dat de wetgever dit kennelijk zo vanzelfsprekend heeft geacht dat geen verwijzing naar art. 6:248 BW in art.6:250 BW is opgenomen. Zie over deze materie voorts § 5 van hoofdstuk 3.

45 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 970. Vgl. Van der Heijden 1987, p. 84-85 en Van Brakel 1948, § 376. Vgl. voorts Clavareau 1943, p. 277 en Deschenaux 1942, p. 595a.

46 Zie in deze zin bijv. Schelhaas 2007, p. 295.

47 Vgl. Falk 1999, p. 72 en Engisch 2005, p. 145 e.v. en p. 168 e.v.

48 Van Schilfgaarde 1999, p. 440. Zie ook Van Schilfgaarde 1984, p. 208. Zie ook Reurich 2005b, alwaar er eveneens op wordt gewezen dat redelijkheid en billijkheid primair als een zich tot partijen richtende gedragsnorm moeten worden opgevat en wordt geconstateerd dat zulks in de literatuur niet altijd voldoende wordt onderkend. Vgl. Memelink 2009, p. 193-194.

3.2 Redelijkheid en billijkheid als begrippen

Zoals ik in de hoofdstukken hiervoor al heb betoogd, zijn de in art. 6:2 BW gebruikte termen redelijkheid en billijkheid geen onversneden “Leerformeln”, waaraan elke willekeurige inhoud kan worden toegedicht, maar vormen zij een uit twee te onderscheiden termen opgebouwd begrippenpaar waarin een eigen, op het *gedrag* van de justitiabelen gerichte normatieve inhoud ligt besloten.⁴⁹ In hoofdstuk 1 werd duidelijk dat het begrip *redelijkheid* in hoge mate verbonden is met noties van rede en rationaliteit.⁵⁰ Rationaliteit is in deze context echter niet op te vatten als de bloedeloze verstandelijkheid van de op het eigen succes gerichte enkeling, maar veeleer als een de menselijke gemeenschapsvorming constituerend begrip, waaraan ook een ethische component eigen is: wie het vermogen tot rationaliteit bezit, draagt daarmee ook *verantwoordelijkheid* voor de gevolgen van het eigen handelen.⁵¹ Dit uitgangspunt weerklinkt ook in het standaardarrest Baris/Riezenkamp, waarin de Hoge Raad overwoog dat:

“(...) partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (...)⁵²

De daarop volgende overweging dat:

(...) dit onder meer medebrengt, dat voor dengene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, de omvang van welke gehoudenheid mede hierdoor wordt bepaald, dat men in den regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen (...)

maakt duidelijk dat de in dit arrest aangenomen verplichting van partijen om steeds met elkaars gerechtvaardigde belangen te rekenen met zich brengt dat van beide

49 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 64 en 67, Hartkamp 1981, p. 215-217, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 397 en Schut 1987, t.a.p.

50 Vgl. Parl. Geschiedenis Boek 6, p. 64. Zie ook Schut 1987, p. 129.

51 Zie hierover o.m. Buddeberg 2011, p. 234 e.v. Zie ook Raes 2001, p. 362-363 en Wendt 2008, p. 28.

52 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67, nadien herhaald in onder meer HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Nethou/Multi Vastgoed), HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO) en HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC).

partijen *over en weer* rationeel gedrag mag worden verwacht. De rationaliteit die hier van partijen wordt verwacht heeft echter niet (zozeer) van doen met de doel-middel-rationaliteit van het op het eigen succes gerichte handelen, maar heeft een onmiskenbare ethische geladenheid.⁵³ Duidelijk laat de Hoge Raad namelijk in het arrest uitkomen dat degene die overweegt te contracteren (voor het gemak hierna kortweg “koper” te noemen) niet zozeer met het oog op de eigen belangen, maar *tegenover de wederpartij* (hierna: “verkoper”) gehouden is tot rationeel gedrag, en wel door “binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft”. Het zijn de gerechtvaardigde belangen van de laatste die de koper nopen tot rationeel, redelijk gedrag. Ook hier snijdt het mes van de redelijkheid echter aan twee kanten: de verkoper dient zich al evenzeer redelijk te gedragen en wel met het oog op de belangen van de koper. Dat brengt met zich dat, indien de verkoper een (geruststellende) mededeling doet in het kader van de betreffende voorgenomen transactie, deze er redelijkerwijs mee te rekenen heeft dat de koper op de juistheid van die mededeling zal vertrouwen en verder onderzoek naar het door die mededeling bestreken aspect van de transactie achterwege zal laten. Indien de koper, afgaande op die mededeling, vervolgens onder dwaling contracteert, gaat *zijn* gerechtvaardigd belang bij vernietiging van de overeenkomst in beginsel voor op het belang van de verkoper bij instandhouding daarvan.⁵⁴ Aldus wordt duidelijk dat de wederzijdse plicht tot het betrachten van redelijk gedrag in de hiervoor bedoelde zin niet straffeloos kan worden verzaakt: wie dat toch doet, ondergraaft daarmee de eigen rechtspositie en versterkt die van zijn wederpartij.⁵⁵

Partijen dienen derhalve als redelijke mensen jegens elkaar te handelen en mitsdien rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Met de verplichting tot redelijk handelen is tevens voor partijen de verplichting gegeven om *billijkheid* te betrachten ingeval een tussen hen krachtens een verbintenis geldende regel door zijn algemeenheid in het gegeven geval tekortschiet en een star vasthouden aan de regel de gerechtvaardigde belangen van één der partijen zou schaden.⁵⁶ Alsdan is het primair aan partijen zelf om naar billijkheid tot contractaanpassing te komen, hetzij door een tussen partijen geldende contractuele regel buiten toepassing te laten, hetzij door de onvolledigheid van het contract op te heffen door additionele afspraken

53 Vgl. Gadamer 1983, p. 243.

54 Aldus ook Valk, T&C aant. 4 bij art. 6:228 BW.

55 Aldus ook Reurich 2003, p. 52.

56 Vgl. Schut 1987, t.a.p. Zie over het begrip billijkheid voorts hoofdstuk 1, § 5 alsmede de aldaar genoemde literatuur.

te maken, hetzij door een combinatie van beide. Deze verplichting van partijen om zelf, d.w.z. zonder daartoe door de rechter te zijn gemaand of veroordeeld, tot een billijke contractaanpassing te komen, zal zich in het bijzonder kunnen voordoen ingeval van onvoorziene omstandigheden.⁵⁷ Voorzover zulke omstandigheden in het contract geen (im- of expliciete) regeling gevonden hebben (m.a.w. niet in het contract zijn verdisconteerd) en evenmin krachtens verkeersopvattingen voor rekening van de beknelde partij behoren te komen en voorzover ongewijzigde voortzetting van het contract de gerechtvaardigde belangen van de beknelde partij wezenlijk zou schaden, zullen zij immers niet zelden tot de conclusie moeten voeren dat een of meer algemene regels die in het contract zijn vervat voor het gegeven – onvoorziene – geval tekortschieten. Partijen zullen in zo'n geval zelf in constructief overleg een billijke oplossing dienen te vinden, welke ofwel bestaat uit aanvulling van de betreffende contractuele regel(s), ofwel uit (al dan niet gedeeltelijke) terzijdestelling daarvan ofwel uit een combinatie van beide.

3.3 Verhouding tussen art. 6:2 BW en art. 6:248 BW

Het is blijkens het voorgaande, op grond van de in art. 6:2 BW vervatte gedragsnorm, primair aan partijen zelf om op zinvolle wijze vorm te geven aan een wijziging van de contractsverhouding, indien en voor zover de in genoemd artikel verankerde eisen van redelijkheid en billijkheid daartoe, in verband met het intreden van onvoorziene omstandigheden, nopen. Blijven partijen echter achter ten opzichte van hetgeen door het objectieve recht van hen aan redelijkheid en billijkheid wordt geëist, dan voert ditzelfde objectieve recht – dwingend en van rechtswege – datgene voor hen door, wat partijen hebben nagelaten uit zichzelf te doen. Al naar gelang de aard van de onvoorziene omstandigheden zal de door het objectieve recht aangewezen billijke oplossing van de imprévision-problematiek kunnen bestaan uit aanvulling (art. 6:248 lid 1 BW) van de betreffende contractuele regel, ofwel uit (al dan niet gedeeltelijke)⁵⁸ beperking (art. 6:248 lid 2 BW) daarvan ofwel uit een combinatie van beide.⁵⁹

Hier past evenwel een caveat: niet steeds zullen beide functies van art. 6:248 BW in imprévision-situaties hun aanvullende en/of beperkende werk kunnen (blijven)

57 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 975.

58 HR 17 februari 2006, NJ 2007, 378 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures).

59 Zo ook Deschenaux 1942, p. 595a. Vgl. Valk 1992b, p. 165.

doen in de rechtsverhouding van partijen. Dit volgt uit de Memorie van Toelichting bij de invoeringswet. Aldaar wordt opgemerkt dat 6:258 BW

“de *buitengrens* van art. 6:248 BW bepaalt voor gevallen die te gecompliceerd zijn om anders dan bij een constitutioneel vonnis, omringd met de waarborgen van art. 6:258 BW en art. 6:260 BW, in de verhouding van partijen in te grijpen. (curs. PSB)”

Waar sprake is van niet-complexe *imprévision*-situaties (en de “*buitengrens*” derhalve niet wordt bereikt) doen de redelijkheid en billijkheid derhalve ook in *imprévision*-situaties gewoon hun aanvullende en/of beperkende werk.⁶⁰ Dat wordt anders, indien de complexiteit van de *imprévision*-situatie van een zodanige aard is dat rechterlijke tussenkomst onontbeerlijk wordt. Voor zulke gevallen heeft de wetgever gemeend dat deze niet anders dan bij *constitutioneel vonnis* kunnen worden opgelost.⁶¹ Is van een dergelijk, complex geval sprake, dan is voor de aanvullende of beperkende werking ex art. 6:248 BW geen plaats.⁶² Dit behoeft geen verbazing te wekken: uit de redelijkheid en billijkheid kunnen, naar algemeen wordt aangenomen, nu eenmaal geen rechten of verplichtingen voortvloeien, die onverenigbaar zijn met het systeem dat de wet voor het voorliggende geval inhoudt.⁶³ Het systeem van de wet houdt op het terrein van onvoorziene omstandigheden in dat complexe gevallen niet “anders dan bij een constitutioneel vonnis, omringd met de waarborgen van art. 6:258 BW en art. 6:260 BW” tot een einde kunnen worden gebracht: partijen hebben in zo’n geval derhalve enkel de keuze uit onverkorte contractshandhaving of de gang naar de rechter.⁶⁴ Dient die gang te worden gemaakt, dan is het, blijkens de parlementaire geschiedenis van art. 6:258 BW, vervolgens aan de rechter om

60 Vgl. Valk 1992b, p. 164, met verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij de invoeringswet.

61 Zie Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1828. Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 974.

62 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 457, alwaar onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt: “Dit „de *buitengrens* van art. 6:248 BW bepalende karakter“ komt art. 6:258 BW juist toe, omdat het een specialis (d.w.z. een meer toegespitste norm met een eigen sanctieregeling) bevat.” Anders: Abas 2000, p. 249-251. Zie voor een kritische reactie op het artikel van Abas Hartkamp 2000, p. 395-396. Zie voorts Schelhaas 2004, p. 75-76.

63 Aldus, met verwijzing naar HR 14 december 2001, NJ 2002, 45, Groene Serie Verbintenissenrecht, commentaar op art. 2 Boek 6 BW (Koot). Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 406. Zie ook het recente arrest HR 30 september 2011, JAR 2011, 277 m. nt. F.G. Laagland.

64 Voor een kritische bejegening van het begrip “complex”, zie Valk 1992b, p. 165. Zie ook Reurich 2005a, p. 155: “Het zijn wonderlijke woorden: art. 6:258 BW voor ‘gecompliceerde’ gevallen. Wonderlijk, niet alleen vanwege de suggestie dat bij de toepassing van art. 6: 258 BW eerst een prealabele vraag naar de gecompliceerdheid van de voorliggende problematiek moet worden beantwoord. Het is vooral de gedachte dat rechtsproblematiek zich op voorhand als meer of minder gecompliceerd zou aandienen die bevreemding wekt.”

te “concretiseren” wat redelijkheid en billijkheid van partijen in hun verhouding *eisen*.⁶⁵ Ook de rechter dient zich bij het eventueel wijzigen of ontbinden van de hem voorgelegde overeenkomst derhalve te richten naar de *gedragsnorm* van redelijkheid en billijkheid, ofwel naar de eisen die het objectieve (ongeschreven) recht aan partijen stelt in het licht van de opgetreden, onvoorziene omstandigheden.⁶⁶ Ook hier is derhalve de rechter nimmer “lui même sa règle”, maar past hij het recht toe, zoals dit tussen partijen geldt.⁶⁷

De vraag dringt zich op hoe – in niet-complexe gevallen – de hier besproken werking van rechtswege van art. 6:248 BW zich in de rechtsrelatie tussen partijen openbaart. Deze vraag zal in de thans volgende paragraaf worden behandeld aan de hand van het arrest VvE/CSM.⁶⁸

65 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 970. Vgl. Van der Heijden 1987, p. 84-85 en Van Brakel 1948, § 376. Vgl. voorts Clavareau 1943, p. 277 en Deschenaux 1942, p. 595a.

66 Deze onderworpenheid van de rechter aan het objectieve recht komt fraai tot uitdrukking in de uitspraak van het Duitse BGH, NJW 1953, 1586, waarin met betrekking tot rechterlijke contractsaanpassing vanwege een „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ werd overwogen dat “die Anpassung des Vertrages eine Frage ist nicht der Rechtsgestaltung sondern der Rechtsfindung; auch in diesem Falle schafft das richterliche Urteil nicht die rechtlichen Beziehungen der Parteien neu, sondern es spricht nur aus, welche Umgestaltung die bestehenden Rechtsbeziehungen durch die Veränderung der Umstände nach Treu und Glauben erlitten haben.“ Vgl. te dezen voorts Palandt 1985, § 242, 6 b f en, voor de huidige Duitse wettelijke regeling voor onvoorziene omstandigheden (§ 313 BGB), Larenz/Wolf 2004, p. 709. Overigens is denkbaar dat de rechter een hem voorgelegd geval van *imprévision* niet op de voet van art. 6:258 BW wil beslechten, omdat het niet (voldoende) gecompliceerd is en eenvoudig via een *declaratoir* kan worden beslecht. Dit staat hem, gelet op de in het arrest Briljant Schreuders/ABP (HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493) vervatte oproep aan de rechter om terughoudendheid te betrachten bij het aanvaarden van een beroep op art. 6:258 BW, vrij. Genoemde roep om terughoudendheid moet overigens niet worden verward met een aansporing aan de rechter om een verlangen ex art. 6:258 BW “marginaal” te toetsen. In de woorden van Reurich (Reurich 2005b, p. 8): “de toetsing is altijd volledig, al zal het feit dat reeds een contractuele regel voorligt van zodanig gewicht zijn dat de toetsing doorgaans niet in een beperking resulteert.” Anders gezegd: redelijkheid en billijkheid werken als fundamentele gedragsnorm steeds ten volle door in de rechtsverhouding tussen partijen. Hoewel redelijkheid en billijkheid in de regel met zich zullen brengen dat partijen elkaar mogen houden aan het eens gegeven woord, laat dit onverlet dat de rechter desverzocht steeds “vol” (d.w.z. met inachtneming van alle gezichtspunten die art. 3:12 BW hem gebiedt in zijn overwegingen te betrekken) heeft te toetsen of een afwijking van dit uitgangspunt in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geboden is. Vgl. Meijer 1990, p. 135 e.v.

67 Vgl. Wiarda 1988, in het bijzonder de pp. 14, 21 en 28-29.

68 HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602.

4. Imprévision en art. 6:248 BW

4.1 *Het arrest VvE/CSM*

Aanleiding tot het arrest VvE/CSM vormde een langshepend conflict tussen de Vereniging voor de Effectenhandel (VvE) en het beursgenoteerde CSM. In verband met in de loop der tijd gewijzigde inzichten ten aanzien van het gebruik van beschermingsconstructies,⁶⁹ wenste de VvE op enig moment met CSM tot een aanpassing van de tussen hen bestaande noteringsovereenkomst te komen, zulks met het oog op beëindiging van CSM's notering ter beurze van zogeheten niet-royeerbare certificaten. CSM beriep zich evenwel op onverkorte nakoming van de noteringsovereenkomst en weigerde medewerking aan de door de VvE gewenste aanpassing. Hierop zegde de VvE de overeenkomst tussen partijen op, "om op die wijze CSM te dwingen een nieuwe noteringsovereenkomst aan te gaan in de door de Vereniging gewenste zin".⁷⁰

Deze gang van zaken vond in de ogen van het Hof geen genade: het oordeelde dat een duurovereenkomst die niet in een bevoegdheid tot opzegging voorziet, niet op grond van het bepaalde in art. 6:248 kan worden opgezegd indien als grond voor de opzegging wordt aangevoerd dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht; in zo'n geval zou volgens het Hof enkel de weg van rechterlijke aanpassing of ontbinding op de voet van art. 6:258 BW openstaan. Anders oordeelde evenwel de Hoge Raad:

"De klacht gaat uit van een juiste opvatting omtrent de verhouding tussen de art. 6:248 en 6:258. Ook indien in een geval als vorenbedoeld op de voet van art. 6:258 wijziging van een duurovereenkomst kan worden gevorderd, staat het bestaan van deze mogelijkheid niet eraan in de weg dat de overeenkomst geldig kan worden opgezegd ingeval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst in ongewijzigde vorm niet mag worden verwacht. In dat geval is noch toepassing van het eerste lid van art. 6:248 (redelijkheid en billijkheid brengen mee dat de overeenkomst met een bevoegdheid tot opzegging in de gegeven omstandigheden wordt aangevuld), noch ook toepassing van het tweede lid van dit artikel (een beroep op het ongewijzigd voortduren van het overeengekomene is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar) uitgesloten doordat de opzeggende partij

69 Waartoe ook het gebruik van niet-royeerbare certificaten pleegt te worden gerekend.

70 Aldus het Hof; zie r.o. 3.2.2 van het arrest van de Hoge Raad.

op grond van dezelfde omstandigheden ook had kunnen kiezen voor een vordering tot wijziging van de overeenkomst op de voet van art. 6:258.”

4.2 *Betekenis van het arrest*

De hierboven weergegeven rechtsoverweging vormt een bevestiging van de hiervoor in § 3 verdedigde stelling dat in imprévisiongevallen de aanvullende en beperkende redelijkheid en billijkheid in de rechtsverhouding van partijen hun werk (blijven) doen. Althans, in niet-complexe gevallen, zoals in het arrest aan de orde: de kwestie draaide immers enkel om de in het licht van de veranderde maatschappelijke opvattingen gerechtvaardigde wens van VvE om tot beëindiging van CSM's notering ter beurze van niet-royeerbare certificaten te geraken. Oplossing van het conflict vergde in dit geval geen subtiel gebruik van het wijzigings- ontbindings- en voorwaardenarsenaal, waarmee de rechter ingevolge art. 6:258 BW en art. 6:260 BW is toegerust, maar kon eenvoudig van rechtswege zijn beslag krijgen door een gecombineerde werking van beide leden van art. 6:248 BW. Uit de uitspraak vloeit naar mijn opvatting logisch voort dat de uitwerking van beide leden van art. 6:248 BW op het overeengekomene in imprévision-situaties desverzocht door de rechter ook bij wege van een *declaratoire uitspraak* kan worden vastgesteld. Sterker nog: gelet op het feit dat art. 6:258 BW in de ogen van de wetgever slechts de *buitengrens* van art. 6:248 BW bepaalt voor gevallen die te gecompliceerd zijn om anders dan bij een constitutief vonnis, omringd met de waarborgen van art. 6:258 BW en art. 6:260 BW, in de verhouding van partijen in te grijpen, moet het ervoor worden gehouden dat elke imprévision-kwestie die de door de wetgever bedoelde (te grote) mate van complexiteit ontbeert, desverzocht in rechte middels een declaratoir vonnis kan worden beslecht.⁷¹ Een dergelijk vonnis komt niet tot stand door rechterlijk *ingrijpen*, maar door een rechterlijke *constatering*: vanwege de hiervoor genoemde werking van rechtswege van art. 6:248 BW kan de rechter immers slechts (als toeschouwer) vaststellen dat de redelijkheid en billijkheid in het voorliggende geval tot aanvulling of beperking hebben geleid, maar kan hij niet zelf tot aanvulling of beperking overgaan.⁷²

Het voorgaande doet de vraag rijzen of een eenmaal op grond van art. 6:2 BW jo. art. 6:248 BW van rechtswege ingetreden aanvulling of beperking een definitief

71 Vgl. Abas 2000, p. 249-251. Zie voor een kritische reactie op het artikel van Abas Hartkamp 2000, p. 395-396.

72 In deze zin reeds Clavareau 1943, p. 277.

karakter heeft dan wel dat een op enig moment van rechtswege plaatsgevonden hebbende aanvulling of beperking – ingebed als deze is in de omstandigheden van het geval – op een later tijdstip weer van rechtswege geheel of gedeeltelijk haar werking zou kunnen verliezen. Ik meen dat dit laatste het geval is. Zo zal een door de aanvullende redelijkheid en billijkheid opgelegde verplichting veelal zijn uitgewerkt, zodra partijen alsnog met een nadere afspraak de leemte vullen, die voordien door de aanvullende redelijkheid en billijkheid werd ingevuld. Omgekeerd zal ervan uit moeten worden gegaan dat een op grond van de redelijkheid en billijkheid eenmaal ingetreden beperking op grond van diezelfde redelijkheid en billijkheid metertijd haar werking kan verliezen, zodra de omstandigheden van het geval met zich brengen dat toepasselijkheid van de door genoemde beperking getroffen regel niet langer onaanvaardbaar is te achten. Steun voor deze gedachte kan mijns inziens worden aangetroffen bij het arrest ABB/Staat.⁷³ In dit voor het leerstuk van de precontractuele fase belangrijke arrest overwoog de Hoge Raad over de vraag of in casu gerechtvaardigd vertrouwen het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar maakte:

“Daarmede heeft het Hof kennelijk – en terecht – tot uitdrukking willen brengen dat in gevallen als het onderhavige, waarin onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, bij het oordeel omtrent de vraag of het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is wegens gerechtvaardigd vertrouwen in het totstandkomen van de overeenkomst, voor wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte, op het moment van afbreken, moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen.”

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de zich metertijd wijzigende omstandigheden van het geval tot gevolg kunnen hebben dat een eenmaal bestaand hebbend gerechtvaardigd vertrouwen (op dat moment resulterend in onaanvaardbaarheid van een eventueel afbreken van de onderhandelingen) op enig moment weer verdwijnt, waardoor van onaanvaardbaarheid op het daadwerkelijke moment van afbreken niet langer gesproken kan worden. Anders gezegd: wat op het ene moment onaanvaardbaar kan zijn, hoeft dat nog niet op het andere moment te zijn. Ik zou menen dat *mutatis mutandis* hetzelfde geldt voor wat betreft het “onaanvaardbaar”, als genoemd in art. 6:248 lid 2 BW, nu dit “onaanvaardbaar”, evenals het “onaanvaardbaar” in de door de Hoge Raad ontwikkelde leer van de precontractuele fase, in de (zich soms veranderende) omstandigheden van het geval is ingebed en met de in het arrest ABB/Staat genoemde term “onaanvaardbaar” destijds bij het ontwerpen van een

73 HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65.

wetsartikel over de precontractuele fase welbewust aansluiting is gezocht bij art. 6:248 lid 2 BW.⁷⁴

Een voorbeeld op het gebied van de *imprévision* kan het voorgaande zondig verduidelijken: stel dat x, leverancier van (de qua prijs als stabiel bekendstaande) grondstof z, vanaf zeker moment wordt geconfronteerd met een onverwacht sterk stijgende inkoopprijs voor deze grondstof. Op zeker moment kan die prijs een zo hoog niveau bereiken dat het onverkort door afnemer y vasthouden aan de één jaar voor het begin van de prijsstijgingen tussen x en y overeengekomen vaste prijsafspraken onaanvaardbaar wordt.⁷⁵ Het spreekt echter vanzelf dat die onaanvaardbaarheid weer verdwijnt, zodra de inkoopprijs weer zodanig is gedaald, dat een verdere uitvoering van de prijsafspraken in redelijkheid weer wel van x kan worden geveerd.⁷⁶

4.3 Verplichtingen van partijen ingeval van onvoorziene omstandigheden: de visie van Hijma

Over de vraag waartoe partijen op grond van de redelijkheid en billijkheid *in concreto* zijn gehouden, indien en zodra in hun relatie sprake is van onvoorziene omstandigheden, is hier te lande nog maar weinig geschreven: een gelukkige uitzondering daarop vormt Hijma, die in zijn inaugurele rede deze problematiek heeft verkend.⁷⁷ Aldaar stelt Hijma met juistheid dat de aanvullende en beperkende redelijkheid en billijkheid naast de *imprévision*regeling van art. 6:258 BW hun werk in de overeenkomst van partijen (blijven) doen.⁷⁸ Aan de hand van de bekende KBB/Gemeente Utrecht⁷⁹ casus betoogt Hijma vervolgens dat een dergelijk samenspel tussen beide functies van de redelijkheid en billijkheid enerzijds en de *imprévision* anderzijds

74 Het voorgestelde, maar later bij amendement geschrapt ontwerpartikel 6.5.2.8a luidde als volgt: “Onderhandelende partijen zijn verplicht hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Ieder van hen is vrij de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.” Zie nader over dit artikel Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 194.

75 Vgl. Van Beukering-Rosmuller 2006, § 5.3.

76 Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 970 en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 974. Zie ook Van der Heijden 1987, p. 85. Vgl. voorts Larenz 1963, p. 117.

77 Hijma 1989, p. 14 e.v. Zie echter ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 446, Valk 1992b, p. 163 e.v. en Peletier 1999, p. 97-100.

78 Aldus ook Hondius/Grigoleit 2011, p. 75-76.

79 Als weergegeven in Abas 1989, p. 202-205. Zie ook Hof Amsterdam 17 januari 1980, NJ 1981, 242 en Peletier 1999, p. 109.

niet onproblematisch is, nu voor partijen vaak niet kenbaar zal zijn op welke wijze redelijkheid en billijkheid het contract tussen partijen van rechtswege (precies) hebben aangepast. Om die reden bepleit Hijma de verhouding tussen art. 6:248 BW en 6:258 BW aldus te zien, dat met het intreden van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW op de daardoor beknelde partij een in de (aanvullende) redelijkheid en billijkheid wortelende *Obliegenheit*⁸⁰ komt te rusten om besprekingen met de wederpartij te openen, teneinde in der minne tot aanpassing van het overeengekomen te geraken.⁸¹ Eerst (en slechts) indien de beknelde partij een zinvol initiatief tot aanpassing heeft ontplooid, kan een nakomingsactie van de wederpartij van de beknelde als “onaanvaardbaar” in de zin van art. 6:248 lid 2 BW in de ban worden gedaan. Bij gebreke van een dergelijk initiatief kan de wederpartij van de beknelde het contract doorzetten. Indien de werking van beide leden van art. 6:248 BW ten opzichte van art. 6:258 BW aldus wordt verstaan, lopen beide artikelen volgens Hijma “met elkaar in de pas.”⁸²

De aldus door Hijma gevonden oplossing voor het samenspel tussen laatstgenoemde bepalingen kan mijns inziens niet als juist worden aanvaard: reeds het hiervoor behandelde arrest VvE/CSM maakt duidelijk dat een samenspel van art. 6:248 lid 1 en lid 2 zich ook in een andere dan de door Hijma geschetste zin kan voordoen. In dat arrest werd immers de overeenkomst – in afwijking van het “model” van Hijma – tussen partijen aangevuld met een opzeggingsbevoegdheid. Het arrest maakt daarmee duidelijk dat (uit de aard van de redelijkheid en billijkheid noodzakelijkerwijs voortvloeit dat) niet steeds op voorhand kan worden gezegd op welke wijze deze gedragsnorm in haar aanvullende of beperkende functie in de contractsrelatie zal ingrijpen. De inbedding van deze norm in de omstandigheden van het geval, waaronder niet in de laatste plaats het gedrag van partijen zelf, maakt het onmogelijk de werking van redelijkheid en billijkheid in de door Hijma voorgestane zin te

80 Een *Obliegenheit* betreft geen rechtsplicht in eigenlijke zin: degene op wie zij rust pleegt bij schending daarvan geen wanprestatie, maar ondergraaft slechts zijn eigen rechtspositie tegenover de wederpartij, in die zin dat hij zich tegenover die wederpartij niet meer op een hem toekomende bevoegdheid kan beroepen. Een voorbeeld van zo'n *Obliegenheit* biedt de klachtplicht van art. 6:89 BW. Zie nader Asser/Hijma 5-1, nr. 233. Zie voorts het recente arrest HR 24 februari 2012, NJ 2012, 144.

81 Hijma, t.a.p., p. 15-16. Zie ook Peletier 1999, p. 148. Hammerstein/Vranken 2003, nr. 45, lijken echter ervan uit te gaan dat de *beperkende* werking van redelijkheid partijen tot het voeren van overleg kan verplichten. Dit lijkt mij onjuist: de beperkende werking van deze norm roept geen plichten in het leven, maar zet daarentegen een tussen partijen geldende regel opzij, indien toepasselijkheid van die regel in het gegeven geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is te achten.

82 Hijma 1989, p. 16.

fixeren. Dat laat echter onverlet dat het zinvol kan zijn te schetsen hoe in sommige, denkkelijk veel voorkomende *imprévision*-situaties de beide leden van art. 6:248 BW hun werk in de contractrelatie zouden *kunnen* doen. In de thans volgende subparagraaf zullen twee van zulke situaties worden behandeld.

4.4 Twee *imprévision*-situaties geschetst

Zolang partijen, na met een tot aanpassing van het contract nopende onvoorziene omstandigheid te zijn geconfronteerd, zich jegens elkaar conform de eisen van redelijkheid en billijkheid (blijven) gedragen en in afdoende mate rekening met elkaars gerechtvaardigde belangen (blijven) houden, is er voor het objectieve recht geen noodzaak tot ingrijpen en blijven de aanpassingsmechanismen van art. 6:248 BW buiten toepassing. Dit wordt eerst anders indien één van beide partijen zich niet of niet langer (voldoende) constructief opstelt, bijv. door zonder deugdelijke grond te weigeren een redelijk aanpassings- of wijzigingsvoorstel te doen en/of te aanvaarden. Alsdan kan het objectieve recht al naar gelang de omstandigheden van het geval verschillende (en dus niet steeds dezelfde) oplossingen aanwijzen, welke soms kunnen bestaan uit *aanvulling* (art. 6:248 lid 1 BW) van een in het licht van de omstandigheden te algemene contractuele regel, ofwel uit (een al dan niet gedeeltelijke) *beperking* (art. 6:248 lid 2 BW) daarvan ofwel uit een *combinatie* van beide. Ik licht dit toe aan de hand van een tweetal denkkelijk veel voorkomende *imprévision*-situaties. Achtereenvolgens worden besproken de situatie dat de *beknelde partij* zich niet of niet langer (voldoende) constructief opstelt en de situatie dat haar *wederpartij* een in het licht van de situatie onvoldoende constructieve houding aanneemt.

Allereerst de situatie dat de *beknelde partij* zich niet of niet langer (voldoende) constructief opstelt. Alsdan kan de aanvullende redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW onder omstandigheden een onderhandelingsplicht op deze partij leggen, met name indien ook de wederpartij een gerechtvaardigd belang heeft bij een snelle afwikkeling van de problematiek buiten rechte. Schending van deze door redelijkheid en billijkheid op de beknelde gelegde onderhandelingsplicht zal in de regel tot gevolg hebben dat niet langer van onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:248 lid 2 BW kan worden gesproken en evenmin nog langer kan worden gezegd dat ongewijzigde uitvoering van het overeengekomene naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid “niet mag worden verwacht” (art. 6:258 BW).⁸³ Bovendien kan worden betoogd dat alsdan de onvoorziene omstandigheden (alsnog) moeten worden

83 Vgl. Tjittes 1995, p. 12.

geacht krachtens de in lid 2 van art. 6:258 BW genoemde (handels)verkeersopvattingen voor rekening van de beknelde partij te komen.

Stelt de *wederpartij* van de beknelde zich niet (of niet langer) voldoende constructief op, dan kan de aanvullende redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW onder omstandigheden eveneens een onderhandelingsplicht op deze partij leggen, met name indien de beknelde een gerechtvaardigd belang heeft bij een snelle afwikkeling van de problematiek buiten rechte. Schending van deze door redelijkheid en billijkheid op de wederpartij van de beknelde gelegde onderhandelingsplicht zal er niet zelden toe leiden dat, evenals het geval was in het arrest VvE/CSM, de overeenkomst door de beknelde op de voet van art. 6:248 lid 1 BW kan worden *opgezegd* dan wel een nakomingsvordering van de wederpartij kan worden afgeweerd op de voet van art. 6:248 lid 2 BW.⁸⁴ Een en ander kan zo nodig in rechte middels declaratoir vonnis door de rechter worden vastgesteld. Bieden beide artikelden in verband met de te grote complexiteit van de aangelegenheid in het gegeven geval geen soelaas, dan is de weg vrij voor aanpassing of ontbinding in rechte op de voet van art. 6:258 BW.

4.5 *Onderhandelingen kunnen niet steeds worden gevergd*

Het is op grond van de in art. 6:2 BW vervatte gedragsnorm primair aan partijen zelf om op zinnvolle wijze vorm te geven aan een wijziging van de contractsverhouding, indien en voor zover de in genoemd artikel verankerde eisen van redelijkheid en billijkheid daartoe, in verband met het intreden van onvoorziene omstandigheden, nopen. De gehoudenheid tot het openen en voeren van constructief, op wijziging gericht overleg zal in de regel op de door onvoorziene omstandigheden beknelde partij rusten. Die gehoudenheid tot het openen en voeren van constructief overleg brengt, indachtig het bepaalde in art. 6:2 lid 1 BW, voor de beknelde met zich dat een redelijk wijzigingsvoorstel van de wederpartij niet zonder deugdelijke grond mag worden verworpen. Gebeurt dit wel, dan heeft dit in de regel rechtsverlies voor de beknelde tot gevolg, hieruit bestaande dat de beknelde, kort gezegd, niet langer een beroep op de opgetreden onvoorziene omstandigheden toekomt. Alsdan zal in de regel het belang bij wijziging of ontbinding van de door onvoorziene omstandigheden getroffen partij, gezien haar eigen onconstructieve gedrag, niet langer als een *gerechtvaardigd* belang kunnen worden gekenschetst. Gevolg daarvan is dat de

84 Vgl. Larenz/Wolf 2004, p. 709.

wederpartij van de beknelde partij (weer) onverkort aanspraak zal kunnen maken op verdere (en ongewijzigde) uitvoering van het overeengekomene.

Het zij echter benadrukt dat het openen respectievelijk (blijven) voeren van onderhandelingen niet steeds van de beknelde partij gevegd mag worden: denkbaar is dat onder omstandigheden daarvan mag worden afgezien, met name indien, gelet op de houding van de wederpartij, daarvan op voorhand in redelijkheid toch niets te verwachten valt, dan wel indien hangende de onderhandelingen duidelijk wordt dat de wederpartij tot medewerking aan een zinvolle aanpassing van het contract niet bereid is. In het eerste geval zal de aanvullende redelijkheid en billijkheid geen onderhandelingsplicht in het leven roepen dan wel zal een beroep op een overeengekomen heronderhandelingsplicht in de regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden geacht. In het tweede geval moet een op de aanvullende redelijkheid en billijkheid of op de overeenkomst gebaseerde heronderhandelingsplicht in de gegeven omstandigheden als “uitgewerkt”⁸⁵ worden beschouwd en is de weg vrij voor wijziging of beëindiging van de overeenkomst, in rechte via de weg van art. 6:258 BW dan wel – bij de minder complexe gevallen – van rechtswege, via de werking van de beide leden van art 6:248 BW.

4.6 Afbreken van de onderhandelingen

Het voorgaande roept de vraag op waartoe de aan de orde gestelde heronderhandelingsplichten nu eigenlijk verplichten. Kunnen de op grond hiervan te openen onderhandelingen naar believen worden afgebroken en, zo ja, wanneer? In hoeverre dient bij een dergelijk afbreken van de onderhandelingen acht te worden geslagen op het leerstuk van afgebroken onderhandelingen, zoals dit door de Hoge Raad met het klassieke arrest Plas/Valburg⁸⁶ tot ontwikkeling is gebracht? Om met de laatste vraag te beginnen: deze is recentelijk door de Hoge Raad van een ontkennend antwoord voorzien in het arrest Heijmans c.s./DLO.⁸⁷ In deze zaak was sprake van een samenwerkingsovereenkomst, met daarin een art. 2.5, dat luidde als volgt:

85 Met als gevolg dat een beroep op het betreffende beding afstuit op de (derogerende) redelijkheid en billijkheid. Vgl. HR 20 mei 1949, NJ 1950, 72 (Rederij Koppe), als besproken door Asser/Clausing & Wansink 5-VI 2010, nr. 251. Zie ook J.M. van Dunné's bespreking van het arrest in Van Dunné 2004a, p. 147.

86 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723.

87 HR 29 oktober 2010, RvdW 2010, 1286.

“Indien de EU-bijdrage niet of niet in de mate zoals voorzien in de tussen partijen overeen te komen grondexploitatie door DLO in de BSP C.V. zal kunnen worden ingebracht, zal dit door ieder van partijen kunnen worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid die partijen verplicht medewerking te verlenen aan aanpassing (en eventueel zelfs beëindiging) van de samenwerkingsovereenkomst en overeenkomsten die uit deze samenwerkingsovereenkomst voortvloeien, voor zover ongewijzigde instandhouding van deze overeenkomst(en) jegens één van partijen onredelijk zou zijn. [...]”

Op basis van genoemd artikel⁸⁸ zijn partijen op enig moment gaan onderhandelen over aanpassing van hun samenwerkingscontract. Dit resulteerde echter niet in aanpassing van het contract, omdat partij DLO die onderhandelingen op zeker moment afbrak en de overeenkomst opzegde. In rechte stelde DLO daartoe gerechtigd te zijn geweest, nu in haar optiek “in zoverre sprake was van een precontractuele fase, zodat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden een verplichting van DLO tot dooronderhandelen bestond.” Deze opvatting wordt door de Hoge Raad echter terzijde geschoven:

“Kennelijk heeft het hof deze gedachtegang niet gevolgd omdat het van oordeel was dat er in de verhouding tussen DLO enerzijds en [eiseres 1], Arcadis en BSP C.V. anderzijds geen sprake was van enige precontractuele fase, nu de onderhandelingen tussen partijen, die naar het hof heeft vastgesteld voortvloeiden uit een daartoe in art. 2.5 van de samenwerkingsovereenkomst opgenomen verplichting, betrekking hadden op een wijziging van de bestaande contractuele verhoudingen (samenwerkingsovereenkomst en de samenwerking in BSP C.V.). Dat oordeel is alleszins begrijpelijk en geeft geen blijk van enige miskennis van de grenzen van het toepassingsgebied van de criteria die gelden voor de beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden het afbreken van precontractuele onderhandelingen niet meer geoorloofd is en wat van een ongeoorloofd afbreken de rechtsgevolgen zijn. De onderdelen falen reeds daarom.”

88 Een artikel dat – gelet op het gebruik van de term “onvoorzien” – wel wat weg heeft van een inschakelclausule in de in § 2.5 besproken zin, maar het niet is, omdat het niet beoogt vast te leggen in welke gevallen sprake zal zijn van een onvoorziene omstandigheid, die de door die omstandigheden getroffen partij het recht geeft de burgerlijke rechter met een beroep op art. 6:258 BW te adiëren. Voorts hanteert de clausule als aanpassingsmaatstaf de term “onredelijk”, welke een fractie lichtvoetiger lijkt dan het begrip “niet mogen verwachten”, welk begrip blijkens het hierna nog te bespreken arrest Briljant Schreuders/ABP (HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493) aldus moet worden verstaan, dat slechts “bij hoge uitzondering” voor afwijking van het gegeven woord op grond van art. 6:258 BW plaats is. Vgl. in dit kader Hijma 1989, p. 6 e.v., Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 444, Reurich 2003, p. 53 en Bakker/De Groot 2009, p. 372.

Ergo: wie onderhandelt op grond van een daartoe bestaande verplichting, die is opgenomen in een tussen partijen bestaand contract, bevindt zich niet in “enige precontractuele fase”. Dit oordeel lijkt mij juist: cruciaal kenmerk van de precontractuele fase is dat in die fase het mede in de redelijkheid en billijkheid verankerde beginsel van contractsvrijheid uitgangspunt is.⁸⁹ Afbreken mag dan steeds, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval *onaanvaardbaar* is te achten.⁹⁰ Anders is dit, indien al een contractuele onderhandelingsplicht voorligt: alsdan brengt het eveneens in de redelijkheid en billijkheid verankerde beginsel van trouw aan het gegeven woord met zich dat die overeengekomen verplichting moet worden nageleefd, tenzij dít naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Dit laatste geldt echter niet enkel ingeval – zoals in casu – op basis van een expliciet overeengekomen onderhandelingsplicht moet worden onderhandeld, maar evenzeer indien de onderhandelingsplicht van partijen voortvloeit uit de in art. 6:248 lid 1 BW verankerde aanvullende redelijkheid en billijkheid: ook verbintenissen die voortspuiten uit de aanvullende redelijkheid en billijkheid zijn immers contractuele verbintenissen.⁹¹ Zij binden partijen evenzeer als het door hen gegeven woord zelf.⁹²

89 Vgl. art. 3:12 BW en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 397. Zie hierover ook § 8.3 van hoofdstuk 2.

90 HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell); herhaald in HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO): “Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen (vgl. HR 23 oktober 1987, nr. 12999, NJ 1988, 1017, rov. 3.1; HR 4 oktober 1996, nr. 16062, NJ 1997, 65, rov. 3.5.2.2; HR 14 juni 1996, nr. 16008, NJ 1997, 481, rov. 3.6).”

91 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 309.

92 Hijma/Olthof 2008, nr. 300.

Het arrest Heijmans c.s./DLO maakt duidelijk dat waar een contractuele (overeengekomen dan wel door de redelijkheid en billijkheid opgelegde) plicht tot onderhandelen voorligt, men zich niet met een (misplaatst) beroep op de contractsvrijheid van die verplichting kan ontdoen.⁹³ Dooronderhandelen is dus het devies, maar voor hoelang en tegen welke prijs? Deze vraag is door Ruygvoorn aan de orde gesteld in een artikel naar aanleiding van het hiervoor besproken arrest van 29 oktober 2010.⁹⁴ Ruygvoorn formuleert aldaar als antwoord dat op de onderhandelende partijen een inspanningsplicht rust om de onderhandelingen “te continueren totdat (...) een gerechtvaardigd breekpunt zal zijn bereikt.”⁹⁵ Ik onderschrijf deze gedachtegang, maar nadruk verdient in dit kader dat, anders dan het geval is in de precontractuele fase, het feit van de reeds bestaande contractrelatie van partijen verregaand kleuring geeft aan de vraag wat van partijen in het kader van de heronderhandelingen aan inspanningen mag worden geleverd. In het licht van de reeds bestaande contractuele gebondenheid van partijen alsmede in het licht van de reeds genoemde, op partijen rustende verplichting om zich van elkaars gerechtvaardigde belangen⁹⁶ rekenschap te geven, zal een gerechtvaardigd breekpunt als door Ruygvoorn bedoeld, zich niet licht kunnen voordoen. Wanneer mag worden aangenomen dat van een dergelijk gerechtvaardigd breekpunt niettemin sprake is, kan niet in abstracto worden aangegeven, maar zal steeds afhangen van de relevante omstandigheden van het voorliggende geval (het eigen gedrag van partijen daaronder begrepen). Niettemin zal mijns inziens in de regel het bestaan van een breekpunt als bedoeld mogen worden aangenomen, indien één van beide partijen *zonder deugdelijke grond* weigert en blijft weigeren een redelijk voorstel te doen, dan wel te aanvaarden, dat het nadeel van de bekelde partij op afdoende wijze opheft.⁹⁷ Alsdan zal die partij zich er in de regel niet over kunnen beklagen dat zijn wederpartij “de handdoek in de ring gooit” en de onderhandelingen staakt.

93 Zie ook Ruygvoorn 2011, p. 70.

94 Ruygvoorn 2011, p. 69-73.

95 Ruygvoorn 2011, p. 71. Vgl. De Kluiver 1992, p. 83.

96 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp). Voorzover zulks al niet zou volgen uit art. 6:2 lid 1 BW, hebben latere arresten als HR 15 februari 1991, NJ 1991, 493 (RVS/Van Scharenburg) en HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Nethou/Multi Vastgoed) duidelijk gemaakt dat deze uit de redelijkheid en billijkheid voortspruitende regel ook nadat een overeenkomst tot stand is gekomen, de rechtsverhouding tussen partijen onverminderd blijft beheersen. Vgl. Kornet 2006, p. 40 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 392.

97 Vgl. in dit kader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 445. Zie voor wat betreft de lastige vraag wat onder “afdoende” kan worden verstaan nader Bakker/De Groot 2009, p. 371, met verwijzing naar verdere literatuur.

5. Samenvatting

In het voorgaande is de rechtsfiguur van onvoorziene omstandigheden (*imprévision*) onderzocht. Deze figuur bleek te worden gekenmerkt door de aanwezigheid van niet-verdisconteerde, na het sluiten van de overeenkomst opgekomen omstandigheden, welke diep ingrijpen in de contractsverhouding van partijen en die resulteren in een sterke verzwarende van de prestatieplicht van de door die omstandigheden getroffen partij. Na een beknopte behandeling in § 2 van enige, voor een goed begrip van het leerstuk en de verdere gang van het betoog onontbeerlijke aspecten, werd in § 3 e.v. de rol die de norm van redelijkheid en billijkheid in bedoeld leerstuk toekomt in meer fundamentele zin onder de loep genomen.

Geconstateerd werd dat het traditionele beeld van art. 6:258 BW als een soort “Ermessensnorm” die resulteert in een ruime discretionaire bevoegdheid van de rechter, vanuit dogmatisch oogpunt onhoudbaar is en dat de in art. 6:258 BW bedoelde redelijkheid en billijkheid in niets verschilt van de dwingende gedragsnorm van art. 6:2 lid 1 BW, zoals deze in hoofdstuk 1 ten tonele werd gevoerd. Deze gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid verplicht partijen om – ook als zij geconfronteerd worden met onvoorziene omstandigheden die de prestatieplicht van een der partijen aanmerkelijk verzwaren – als redelijke mensen jegens elkaar te handelen en mitsdien rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Met de verplichting tot redelijk handelen is tevens voor partijen de verplichting gegeven om billijkheid te betrachten ingeval een tussen hen krachtens een verbintenis geldende regel door zijn algemeenheid in het gegeven, onvoorziene geval tekortschiet en een star vasthouden aan de regel de gerechtvaardigde belangen van één der partijen zou schaden. Alsdan is het primair aan partijen zelf om naar billijkheid tot contractsaanpassing te komen, hetzij door een tussen partijen geldende contractuele regel buiten toepassing te laten, hetzij door de onvolledigheid van het contract op te heffen door additionele afspraken te maken, hetzij door een combinatie van beide.

Blijven partijen achter ten opzichte van hetgeen door het objectieve recht van hen in verband met de opgetreden onvoorziene omstandigheden aan redelijkheid en billijkheid wordt geëist, dan voert ditzelfde objectieve recht onverbiddeijk – ofwel dwingend en van rechtswege – datgene voor hen door, wat partijen hebben nagelaten uit zichzelf te doen. Al naar gelang de omstandigheden zal de door het objectieve recht aangewezen billijke oplossing kunnen bestaan uit aanvulling (art. 6:248 lid 1 BW) van de betreffende contractuele regel, ofwel uit (al dan niet gedeeltelijke) beperking (art. 6:248 lid 2 BW) daarvan ofwel uit een combinatie van beide. Wat het objectieve recht ingeval van onvoorziene omstandigheden in de contractrelatie

van partijen teweeg heeft gebracht, kan in beginsel desverzocht door de rechter in een declaratoir vonnis worden vastgesteld (geconstateerd).

Sommige *imprévision*-gevallen zijn echter zodanig complex, dat de wetgever heeft gemeend dat deze niet anders dan bij constitutief vonnis kunnen worden opgelost. Is van een dergelijk, complex geval sprake, dan is voor aanvullende of beperkende werking ex art. 6:248 BW geen plaats. Dit houdt verband met het feit dat art. 6:258 BW in de ogen van de wetgever de enig aangewezen weg vormt voor gevallen die “te gecompliceerd zijn om anders dan bij een constitutief vonnis, omringd met de waarborgen van art. 6:258 BW en art. 6:260 BW, in de verhouding van partijen in te grijpen.” Omdat uit de redelijkheid en billijkheid nu eenmaal geen rechten of verplichtingen kunnen voortvloeien, die onverenigbaar zijn met het systeem dat de wet voor het voorliggende geval inhoudt, is voor aanvullende of beperkende werking ex art. 6:248 BW in zo’n geval geen plaats en hebben partijen derhalve enkel de keuze uit onverkorte contractshandhaving of de gang naar de rechter. Dient die gang te worden gemaakt, dan is het, blijkens de parlementaire geschiedenis van art. 6:258 BW, vervolgens aan de rechter om te “concretiseren” wat redelijkheid en billijkheid van partijen in hun verhouding *eisen*. Ook de rechter dient zich bij het eventueel wijzigen of ontbinden van de hem voorgelegde overeenkomst derhalve te richten naar de *gedragsnorm* van redelijkheid en billijkheid, ofwel naar de eisen die het objectieve (ongeschreven) recht aan partijen stelt in het licht van de opgetreden, onvoorzien omstandigheden. Ook hier is de rechter derhalve niet “*lui même sa règle*”.

Vervolgens werd in § 4 de verhouding tussen art. 6:258 BW en art. 6:248 BW verder uitgediept. Allereerst werd aan de hand van het arrest *VvE/CSM* vastgesteld dat redelijkheid en billijkheid niet steeds op de door Hijma in zijn intreedende voorgestane wijze in de contractsverhouding ingrijpen. Daaraan doet echter niet af dat redelijkheid en billijkheid partijen in de regel wel degelijk verplichten tot constructief overleg: besproken werd dat en hoe het verzaken van die verplichting kan leiden tot ondergraving van de eigen positie. Voorts werd besproken dat het openen respectievelijk (blijven) voeren van onderhandelingen evenwel niet steeds van de beknelde partij gevergd mag worden: denkbaar is dat onder omstandigheden daarvan mag worden afgezien, met name indien, gelet op de houding van de wederpartij, daarvan op voorhand in redelijkheid toch niets te verwachten valt, dan wel indien hangende de onderhandelingen duidelijk wordt dat de wederpartij tot medewerking aan een zinvolle aanpassing van het contract niet bereid is. Tenslotte werd in § 4 aan de hand van het arrest *Heijmans c.s./DLO* duidelijk gemaakt dat een contractuele verplichting tot onderhandelen moet worden nageleefd, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou

Imprévision en de eisen van redelijkheid en billijkheid

zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Dit geldt echter niet enkel indien op basis van een expliciet overeengekomen onderhandelingsplicht moet worden onderhandeld, maar evenzeer indien de onderhandelingsplicht van partijen voortvloeit uit de in art. 6:248 lid 1 BW neergelegde aanvullende redelijkheid en billijkheid: ook verbintenissen die voortspuiten uit de aanvullende redelijkheid en billijkheid zijn immers contractuele verbintenissen. Zij binden partijen evenzeer als het door hen gegeven woord zelf. De aldus bestaande onderhandelingsplicht duurt in beginsel net zo lang voort tot overeenstemming is bereikt, dan wel een gerechtvaardigd breekpunt wordt bereikt. Het bestaan van een breekpunt als bedoeld zal in de regel mogen worden aangenomen, indien één van beide partijen zonder deugdelijke grond weigert en blijft weigeren een redelijk voorstel te doen, dan wel te aanvaarden, dat het nadeel van de beknelde partij op afdoende wijze opheft. Alsdan zal die partij zich er in de regel niet over kunnen beklagen dat zijn wederpartij “de handdoek in de ring gooit” en de onderhandelingen staakt.

5 | Ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid

1. Inleiding

In de voorgaande vier hoofdstukken is duidelijk geworden dat en waarom redelijkheid en billijkheid een in het objectieve recht gewortelde dwingende verplichting van partijen vormen tot redelijk en billijk gedrag over en weer, die er in de gegeven omstandigheden toe kan leiden dat het contractueel overeengekomene *van rechtswege* – derhalve zonder enige rechterlijke interventie – wordt uitgebreid (art. 6:248 lid 1 BW) of beperkt (art. 6:248 lid 2 BW). Dit karakter van in het rechtsverkeer onontbeerlijke, dwingende gedragsnorm roept de vraag op of deze norm in het burgerlijk proces ook steeds – zo nodig buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen – *ambtshalve* moet worden toegepast. Ik licht dit toe als volgt.

Uit art. 25 Rv volgt dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden dient aan te vullen. Daarbij pleegt onderscheid te worden gemaakt tussen de ambtshalve aanvulling *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd en ambtshalve aanvulling *daarbuiten*. Is de ambtshalve aan te vullen regel niet van openbare orde, dan dienen bij de ambtshalve aanvulling de grenzen van de rechtsstrijd te worden gerespecteerd (vgl. art. 24 Rv). Is de regel wel van openbare orde, dan past de rechter deze regel steeds toe, “desnoods tegen de wil van partijen in”.¹ De in dit hoofdstuk te stellen hoofdvraag is of het in de voorgaande hoofdstukken geconstateerde dwingende gedragsnormkarakter van de redelijkheid en billijkheid wellicht met zich brengt dat ook de redelijkheid en billijkheid een norm van openbare orde is, waardoor de rechter in voorkomende

1 Aldus ook Crommelin 2007, p. 98. Vgl. Vriesendorp 1970, p. 169 e.v. Zie voorts Hof Amsterdam 4 oktober 2011, LJN: BT6548: “De rechter is op grond van artikel 25 Rv gehouden om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Hierbij is de rechter ingevolge artikel 24 Rv gebonden aan de feiten die de partij, die belang heeft bij de toepassing van de regel, aan haar vordering dan wel verweer ten grondslag heeft gelegd en tevens aan de aard en omvang van de rechtsstrijd zoals die zich in het processuele debat hebben ontwikkeld. (...) De rechter mag en moet echter ambtshalve de rechtsgronden buiten de rechtsstrijd aanvullen als het een rechtsgrond van openbare orde betreft. Dan mag de rechter wel andere ten processe gebleken feiten – dan de door partijen aangevoerde feitelijke gronden – aan zijn beslissing ten grondslag leggen.” Zie ook Ras/Hammerstein 2011, p. 43 e.v.

gevallen zo nodig *buiten de rechtsstrijd van partijen om* moet constateren dat de redelijkheid en billijkheid een wijziging in het overeengekomene van deze of gene aard teweeg hebben gebracht.² Moet de rechter bijvoorbeeld het zich voordoen van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid in een voorliggend geval constateren, indien weliswaar geen beroep daarop is gedaan, maar uit de ten processe vaststaande feiten blijkt dat aan de voorwaarden voor beperking op grond van art. 6:2 lid 2 BW of art. 6:248 lid 2 BW in casu wel is voldaan?³ Vergelijkbare vragen doemen op bij de ambtshalve toepassing van de aanvullende redelijkheid en billijkheid. Zoals elders in dit boek al is gebleken kan ook de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in voorkomende gevallen diep ingrijpen in de rechtsverhouding van partijen en bijvoorbeeld leiden tot een opzeggingsbevoegdheid, tot schadeplichtigheid en zo meer. Dit roept de vraag op of de rechter met voorbijgaan aan de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd mag constateren dat de contractsverhouding tussen partijen met een uit redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel is aangevuld. Deze vraag klemmt temeer daar de rechter in de regel bij het uitleggen⁴ van een contract niet gebonden is aan de door elk der partijen gegeven uitleg en derhalve, anders dan partijen, in een gegeven geval van oordeel kan zijn dat het litigieuze contract van partijen een door redelijkheid en billijkheid aan te vullen leemte laat.⁵

Of de redelijkheid en billijkheid inderdaad met voorbijgaan aan de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve behoren te worden toegepast, hangt af van (het antwoord op) de vraag of de norm van redelijkheid en billijkheid voldoende *gewicht* heeft om deze vorm van ambtshalve toepassing te rechtvaardigen.⁶ Bezien zal in dit hoofdstuk daarom worden of het gewicht van de redelijkheid en billijkheid zodanig zwaar is dat de rechter deze norm desnoods met voorbijgaan aan de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd moet aanvullen. Bij beantwoording van die vraag zal worden teruggegrepen op hetgeen ten aanzien van aard en inhoud van de norm van redelijkheid en billijkheid eerder in dit boek (met name in hoofdstuk 1) door mij werd opgemerkt.

2 Zie in bevestigende zin bijv. Rijken 1994, nr. 34, met verwijzing naar verdere literatuur. Vgl. Van Schilfgaarde 1999, p. 439.

3 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 395 en de conclusie van A-G Hartkamp bij HR 11 april 1997, NJ 1997, 583. Zie ook Van der Werf 1982, p. 41-43.

4 Welke functie van de redelijkheid en billijkheid, als eerder betoogd, sterk met de figuren van aanvulling en beperking samenhangt.

5 Vgl. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex). Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 377.

6 Zie Lewin 2009, p. 141-142 en Lewin 2011, p. 16.

2. Leeswijzer

Het betoog vangt aan met een korte schets van het fenomeen ambtshalve aanvulling (§ 3). Bezien wordt vervolgens in § 4 of de redelijkheid en billijkheid een norm vormen die zich leent voor ambtshalve toepassing binnen dan wel buiten de rechtsstrijd van partijen. In dat kader zal mede worden bezien in hoeverre bij de beantwoording van deze vraag een zinvolle parallel met (de ambtshalve toepassing van) de in hoofdstuk 1 reeds kort behandelde goede procesorde te maken valt. Het hoofdstuk wordt in § 5 afgesloten met een samenvatting van de bevindingen.

3. Ambtshalve aanvulling

Zoals in de inleiding al werd opgemerkt, pleegt onderscheid te worden gemaakt tussen de ambtshalve aanvulling *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd en ambtshalve aanvulling *daarbuiten*. Is de ambtshalve aan te vullen regel niet van openbare orde, dan dienen bij de ambtshalve aanvulling de grenzen van de rechtsstrijd te worden gerespecteerd (vgl. art. 24 Rv). Is de regel wel van openbare orde, dan past de rechter deze regel steeds toe, “desnoods tegen de wil van partijen in”.⁷ Beide vormen van ambtshalve aanvulling worden hiernavolgend beknopt behandeld.

3.1 Binnen de grenzen van de rechtsstrijd

Van ambtshalve aanvulling binnen de grenzen van rechtsstrijd wordt algemeen aangenomen dat zij steeds is geboden, waar een partij in rechte verzuimt de juiste rechtsgrond voor haar vordering of verweer aan te voeren, maar wel de nodige omstandigheden stelt en het daaruit voortvloeiende rechtsgevolg inroept.⁸ In zo'n geval dient de rechter ambtshalve zelf de juiste rechtsgrond aan te voeren. De Hoge Raad merkt over deze vorm van ambtshalve aanvulling op:

“4.5.2 (...) Voor ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de rechter is noodzakelijk, maar ook voldoende, dat een partij zodanige feitelijke stellingen aan zijn vordering ten grondslag legt dat deze – eventueel in onderling verband en samenhang bezien, mits voor zowel de rechter als de wederpartij duidelijk genoeg is dat de desbetreffende stellingen

⁷ Zie noot 478.

⁸ Het klassieke voorbeeld betreft het geval dat de vordering van eiser abusievelijk op onrechtmatige daad is gebaseerd, maar toewijsbaar is op grond van wanprestatie. In dat geval moet de rechter de vordering op grond van wanprestatie toewijzen.

(mede) in die samenhang of dat verband ten grondslag worden gelegd aan de vordering – toewijzing van de vordering kunnen rechtvaardigen op de door de rechter bij te brengen rechtsgrond.”⁹

Bij deze, meest gebruikelijke vorm van ambtshalve toepassing treedt de rechter derhalve niet in de beoordeling van feiten of stellingen die niet aan de vordering van eiser of het verweer van gedaagde ten grondslag zijn gelegd. De door partijen getrokken grenzen van het juridisch geschil worden gerespecteerd.¹⁰

3.2 *Buiten de grenzen van de rechtsstrijd*

Anders ligt dit voor wat betreft de tweede vorm van ambtshalve aanvulling.¹¹ De vraag of deze, meer vergaande vorm van ambtshalve aanvulling geboden is, hangt in hoge mate af van het *gewicht* van de voor ambtshalve toepassing gereed liggende rechtsregel.¹² Algemeen wordt aangenomen dat regels die van openbare orde zijn in elk geval ambtshalve moeten worden toegepast, “ongeacht of partijen zich op die feiten hebben beroepen en ongeacht of het desbetreffende rechtsgevolg is ingeroepen”.¹³ Het begrip openbare orde wordt evenwel door velen als weinig concreet ervaren.¹⁴ Kwalificaties variëren van “mistig” (Pels Rijcken) tot “vaag en rekbaar” (Veegens).¹⁵ In de doctrine is echter niet in geschil dat openbare orde en dwingend recht geen synoniemen zijn: niet al het dwingend recht is tevens van openbare orde.¹⁶ Vriesendorp stelde al in 1970 over recht van openbare orde dat:

9 HR 24 februari 2012, NJ 2012, 143.

10 Zie Crommelin 2007, p. 99. Zie ook Smith 2004, p. 55. Zie (mede vanuit bestuursrechtelijke optiek) voorts Kooper 2002, p. 85. Zie ook, met verwijzing naar jurisprudentie en literatuur, de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent bij HR 9 december 2011, JIN 2012, 16. Vgl. voorts Lewin 2011, p. 12-19.

11 Zie Crommelin 2007, t.a.p. Zie ook Hartkamp 2007, p. 18.

12 Aldus ook Lewin 2011, p. 16.

13 Ras/Hammerstein 2011, p. 42.

14 Aldus o.m. Hartkamp 2007, p. 16, Crommelin 2007, p. 96 en Smith 2004, p. 60-61.

15 Zie Pels Rijcken 1983, p. 178 respectievelijk Veegens 1971, p. 212. Zie voorts Ras/Hammerstein 2011, p. 54.

16 Al het recht van openbare orde is echter steeds ook dwingend recht. Loth 2009, nr. 19, spreekt bij regels van openbare orde van “super-dwingend recht”. Regels van dwingend recht die niet van openbare orde zijn, noemt hij regels van “normaal dwingend recht”. Dergelijke normaal-dwingendrechtelijke regels mogen niet buiten de rechtsstrijd van partijen ambtshalve worden aangevuld. Zie bijv. HR 14 november 2003, NJ 2004, 138: “De hiervoor in 3.3 (laatste alinea) geformuleerde regel is immers weliswaar van dwingend recht, maar zij is niet van openbare orde. Nu Drie-S c.s. zich in de feitelijke instanties niet op deze regel hebben beroepen, diende

“het *algemeen belang* – te onderscheiden van het *partij-belang* – bij recht van openbare orde in hoge mate betrokken is. Fundamentele beginselen van het recht komen daarbij in het geding, (...)”.¹⁷

In navolging van Vriesendorp stelt Crommelin dat de scheidslijn tussen dwingend recht dat niet respectievelijk wel van openbare orde is, wordt gevormd door de mate waarin het algemeen belang bij (het zich kunnen doorzetten van) de betreffende regel betrokken is.¹⁸ Een rechtsnorm is volgens Crommelin van openbare orde:

“als het algemeen belang in hoge mate betrokken is bij de rechtsnorm. Dwingend recht dat ‘slechts’ partij- of groepsbelangen beschermt en waarbij het algemeen belang dus niet in hoge mate is betrokken, is niet van openbare orde en is ‘gewoon’ dwingend recht.”¹⁹

In de volgende paragraaf zal worden gezien of ook bij toepassing van de redelijkheid en billijkheid het algemeen belang (steeds) in zodanige mate betrokken is, dat van een (ambtshalve toe te passen) regel van openbare orde gesproken kan worden.

4. Ambtshalve aanvulling van de redelijkheid en billijkheid

4.1 Zijn redelijkheid en billijkheid van openbare orde?

Nu in algemene zin is vastgesteld dat slechts recht van openbare orde zich met voorbijgaan aan de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve laat toepassen, ligt de volgende vraag voor de hand: vormen ook de redelijkheid en billijkheid een rechtsnorm van openbare orde? Voor het antwoord op deze vraag dienen wij terug te keren naar de in hoofdstuk 1 van dit boek getrokken conclusies ten aanzien van aard en betekenis van redelijkheid en billijkheid. Aldaar werd onder meer opgemerkt dat redelijkheid is op te vatten als een diep in het maatschappelijke gebeuren geworteld, menselijk *handelingspatroon*, dat constitutief moet worden geacht voor elke vorm van zinvol menselijk samenleven.²⁰ Geconstateerd werd voorts dat de verwevenheid

het hof zich te beperken tot beoordeling van de door Drie-S c.s. aangevoerde grieven en had het niet de vrijheid buiten de grieven om het door de president gewezen vonnis, met ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, te vernietigen.”

17 Vriesendorp 1970, p. 172 (cursivering in origineel).

18 Crommelin 2007, p. 105.

19 Vgl. het arrest van de Hoge Raad van 1 november 1996, NJ 1997, 117, als besproken door Smith 2004, p. 60.

20 Parret 1989, p. 15.

van samenleving en rechtsgemeenschap met zich brengt dat het blijkens het voorgaande in de samenleving geldende redelijkheidsgebod (en de verantwoordingsplicht die daarvan de keerzijde vormt) ook in de rechtsgemeenschap ten volle van kracht is. Gesteld werd dat om deze reden de in art. 6:2 BW verankerde (basis)regel dat iedere schuldeiser en iedere schuldenaar verplicht zijn “zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid” niet anders is op te vatten dan als een *afgeleide* van het hiervoor genoemde algemene maatschappelijke redelijkheidsgebod.

Gelet op het, blijkens het voorgaande, grote belang van redelijkheid in onze maatschappij zou de gedachte kunnen postvatten dat redelijkheid en billijkheid dus ook (steeds) als regel van openbare orde moeten worden aangemerkt.²¹ Die gedachte lijkt mij in zijn algemeenheid evenwel onjuist. Een parallel dringt zich op met de goede procesorde, die, zoals in hoofdstuk 1 aan de orde kwam, niets anders is dan de procesrechtelijke pendant van de redelijkheid en billijkheid. Ook de goede procesorde hoeft niet steeds ambtshalve te worden toegepast. Zo merkt Van der Wiel in zijn uit 2004 daterende proefschrift op dat in de regel partijen zelf een beroep moeten doen op (schending van) de goede procesorde. Van een rechterlijke gehoudenheid tot ingrijpen bij schending van deze norm is zijns inziens enkel sprake indien “de openbare orde in het geding is”.²² Lindijer uit zich in soortgelijke bewoordingen:

“Soms beschermen de eisen van een goede procesorde enkel of voornamelijk het belang van een van de procespartijen tegen gedrag dat daarop inbreuk maakt en ontbreekt een rechtvaardiging voor een ambtshalve, door het algemeen belang ingegeven, bescherming van dat belang.”²³

In zo'n geval zijn de eisen van een goede procesorde derhalve niet van openbare orde en behoeven zij niet ambtshalve door de rechter te worden toegepast.²⁴ Een dergelijke gedachtengang lijkt mij voor wat betreft de redelijkheid en billijkheid ook voor de hand te liggen. Dat redelijkheid en billijkheid een in het rechtsverkeer onontbeerlijke gedragsnorm vormen, rechtvaardigt weliswaar zonder meer dat dit begrippenpaar van dwingend recht²⁵ moet worden geacht, maar brengt nog niet met zich dat hun handhaving *in rechte* steeds ook een kwestie van algemeen belang

21 Zie in deze zin bijv. Vriesendorp 1981, p. 62 en Van Schilfgaarde 1999, p. 439.

22 Van der Wiel 2004, p. 348.

23 Lindijer 2006, p. 464.

24 Vgl. Vriesendorp 1970, p. 187.

25 Zie hoofdstuk 1, § 6. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 380.

zou zijn.²⁶ Ingebed als de norm van redelijkheid en billijkheid is in de omstandigheden van het geval, zal deze norm nu eens (hoofdzakelijk) strekken tot bescherming van het belang van partijen zelf, dan weer (in belangrijke mate mede) in het belang van de maatschappij als geheel. Of en wanneer redelijkheid en billijkheid van openbare orde zijn hangt, met andere woorden, af van de omstandigheden van het geval. Een en ander volgt uit art. 3:12 BW. Ik licht dit toe als volgt.

Artikel 3:12 BW verklaart dat bij het beantwoorden van de vraag wat de eisen van redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval meebrengen rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. In hoofdstuk 2 heb ik betoogd dat dit artikel als een *schakel* fungeert tussen rechtsgemeenschap en de justitiabelen. De verwijzing naar in de Nederlandse rechtsgemeenschap levende beginselen en overtuigingen alsmede de verwijzing naar maatschappelijke belangen maakt duidelijk dat een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding nimmer een *strikt* particuliere aangelegenheid tussen partijen kan zijn: middels art. 3:12 BW wordt een permanente betrokkenheid van de rechtsgemeenschap bij de rechtsverhoudingen tussen justitiabelen in het leven geroepen.²⁷

Gelet hierop en gelet op het in hoofdstuk 1 uiteengezette grote belang van (het betrachten van) redelijkheid in onze maatschappij kan worden gezegd dat het algemeen belang in zekere zin altijd *een* rol speelt in iedere rechtsverhouding die door redelijkheid en billijkheid wordt beheerst. Daarmee is echter niet gezegd dat het algemeen belang steeds ook een *overwegende* rol in elke door die norm beheerste rechtsverhouding speelt: afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal het algemeen belang nu eens een grotere, dan weer een minder grote rol spelen bij de beantwoording van de vraag wat de eisen van redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval voor de rechtsverhouding van partijen meebrengen. Ook dit volgt

26 Waarbij dient te worden aangetekend dat redelijkheid en billijkheid van rechtswege in de rechtsverhouding van partijen werkzaam zijn en zich in zoverre niet laten “handhaven”. Zie Groene Serie Verbintenissenrecht, commentaar op art. 2 Boek 6 BW (Vriend) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 414 en 446 en Van Brakel 1948, t.a.p. Zie in dezelfde zin Asser-Rutten 4-II (6^e druk), p. 258 met verwijzing naar verdere literatuur. Zie ook Rijken 1994, nr. 34 en Hijma 1989, p. 14 e.v.

27 Vgl. Eggens 1950, p. 237-238, die spreekt van de “sociale wilsorde”. Zie ook Eggens 1935, p. 318 e.v. Zie verder Van der Grinten 1953, p. 21-36, i.h.b. pp. 24 en 28. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 43 en 57 en Sieburgh 2004, p. 26 e.v. Vgl. voorts Smith 1998, p. 166.

uit art. 3:12 BW: de woorden “de maatschappelijke en persoonlijke belangen die *bij het gegeven geval zijn betrokken*”, maken duidelijk dat invloed en betekenis van het algemeen belang op de (invulling van de) eisen van redelijkheid en billijkheid per geval kan en zal verschillen, oftewel contextafhankelijk is.²⁸ Art. 3:12 BW vormt aldus een bevestiging van de gedachte dat per geval steeds onderscheiden moet worden naar de mate waarin het algemeen belang bij het betreffende geval (mede) betrokken is.²⁹

4.2 Partijbelangen

Waar de redelijkheid en billijkheid in een gegeven situatie in overwegende mate strekken tot bescherming van *persoonlijke belangen* van partijen en de consequenties van het verzaken van de verplichting tot het betrachten van redelijkheid en billijkheid vooraleerst partijen zelf treffen, kan mijns inziens onmogelijk worden volgehouden dat steeds ook de maatschappij als geheel ofwel de openbare orde in het geding is.³⁰ In dergelijke gevallen ontbreekt een (voldoende) rechtvaardiging voor een ambtshalve, door het algemeen belang ingegeven, ingrijpen van de rechter.³¹ Het is in zo'n geval niet aan de rechter, maar aan partijen *zelf* om actief voor hun rechten op te komen. Een en ander kan als volgt worden toegelicht.

Het burgerlijk proces is bij uitstek een plek voor rekenschap, een plek waar rechts-subjecten als leden van de “gemeenschap van redelijken” over en weer jegens elkaar dienen in te staan voor hun verklaringen en gedragingen en deze desgevraagd jegens elkaar (en jegens de gemeenschap) dienen te kunnen verantwoorden.³² Dit proces van rekenschap geven en verantwoording afleggen dient bij voorkeur primair door partijen zelf te worden geïnitieerd. Het is in de eerste plaats aan partijen zelf om in het burgerlijk proces elkaar waar nodig op elkaars redelijkheid(sgehalte) aan te spreken.³³ Het is in de eerste plaats aan partijen zelf om elkaar op een eventuele schending van de redelijkheid en billijkheid aan te spreken en aldus het bestaan en de betekenis van deze gedragsnorm bij elkaar te bevestigen en in te prenten. De

28 Vgl. Huijgen, T&C art. 3:12 BW, aant. 2 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, nr. 61.

29 Voor de goede procesorde is dit niet anders. Ook de eisen van de goede procesorde worden namelijk ingevuld aan de hand van hetzelfde art. 3:12 BW. Zie nader hierover Van der Wiel 2004, p. 194.

30 Aldus ook Hijma e.a. 2010, nr. 278.

31 Lindijer 2006, p. 464.

32 Vgl. Stürmer 1976, p. 87 e.v.

33 Vgl. Scanlon 1998, p. 268-269.

rechter past in dit proces in beginsel vooral een faciliterende rol: partijen zijn *dominus litis* en in beginsel voldoende autonoom te achten om elkaar ter verantwoording te roepen en op elkaars gedrag aan te spreken.³⁴ Die autonomie (waartoe partijen overigens ook ingevolge de eisen van redelijkheid en billijkheid in beginsel gehouden zijn – zie mijn bespreking van het arrest Baris/Riezenkamp³⁵ in hoofdstuk 4), maar ook het *normbewustzijn* ten aanzien van redelijkheid en billijkheid, zouden denkelijk niet weinig worden ondermijnd, indien partijen steeds ongevraagd door de rechter bij het handhaven van hun rechten zouden worden geholpen.

De situatie dat de redelijkheid en billijkheid in een gegeven situatie in overwegende mate strekken tot bescherming van *persoonlijke belangen* van partijen en de consequenties van het verzuken van de verplichting tot het betrachten van redelijkheid en billijkheid vooraleerst partijen zelf treffen, kan als de meest gebruikelijke worden bestempeld. Het algemeen belang zal in een rechtsverhouding tussen twee private partijen doorgaans niet de overhand hebben.³⁶ Gezegd kan daarom worden dat *in de regel* de redelijkheid en billijkheid enkel met inachtneming van (en dus slechts binnen) de grenzen van de rechtsstrijd mogen worden aangevuld (art. 24 Rv).

Tjong Tjin Tai heeft er al eens op gewezen dat genoemde, in art. 24 Rv neergelegde beperking met zich brengt dat in de praktijk maar weinig ruimte voor amtsshalve aanvulling van (de derogerende) redelijkheid en billijkheid bestaat: voor amtsshalve aanvulling binnen de grenzen van de rechtsstrijd is immers noodzakelijk dat een partij zodanige feitelijke stellingen aan zijn vordering ten grondslag legt dat deze – eventueel in onderling verband en samenhang bezien, mits voor zowel de rechter als de wederpartij duidelijk genoeg is dat de desbetreffende stellingen (mede) in die samenhang of dat verband ten grondslag worden gelegd aan de vordering – toewijzing van de vordering kunnen rechtvaardigen op de door de rechter bij te brengen rechtsgrond.³⁷ Anders gezegd: wil de rechter bij een van de partijen amtsshalve de rechtsgronden kunnen aanvullen, dan dient de desbetreffende partij niet slechts de juridisch relevante feiten te hebben aangevoerd, doch tevens te hebben verwezen naar het met die feiten samenhangende *rechtsgevolg* dat zij wenst in te roepen. Laat de desbetreffende partij dit laatste na, dan mag de rechter deze omissie niet herstellen door zelf amtsshalve aan te duiden welk rechtsgevolg met de aange-

34 Crommelin 2007, p. 25 e.v. Zie over het begrip *dominus litis* in het bijzonder p. 42 van genoemde dissertatie.

35 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67.

36 Aldus ook Hijma e.a. 2010, nr. 278.

37 HR 24 februari 2012, NJ 2012, 143. Zie ook Snijders 2003, p. 15.

voerde feiten is verbonden. Doet de rechter dit toch, dan treedt hij buiten de grenzen van de rechtsstrijd en bezondigt hij zich aan aanvulling van de feitelijke grondslag van de vordering of het verweer, hetgeen hem niet is toegestaan.

Een voorbeeld van zo'n verboden aanvulling van de feitelijke grondslag in het kader van de (derogerende) redelijkheid en billijkheid biedt het arrest HR 2 oktober 2009, RvdW 2009, 1151 (Delta Lloyd/Kassenbouw). In deze zaak oordeelde het hof ambtshalve dat redelijkheid en billijkheid derogeerden aan de wettelijke regel van art. 7A:1641 (oud) BW zonder dat enig verweer van dien aard was gevoerd.³⁸ De Hoge Raad maakte met dit oordeel van het hof korte metten door te overwegen dat het hof door aldus te oordelen in strijd met art. 24 Rv de gronden van het verweer had aangevuld. Dat redelijkheid en billijkheid in beginsel enkel binnen de grenzen van de rechtsstrijd mogen worden aangevuld, wordt door andere uitspraken van de Hoge Raad bevestigd. Een vanuit de literatuur bekend voorbeeld is dat van HR 29 maart 1996, NJ 1996, 421.³⁹ In deze zaak, die betrekking had op een vordering tot schadevergoeding van een man tegen zijn ex-echtgenote wegens verspilling van goederen van de huwelijksgemeenschap (art. 1:164 BW), beriep de vrouw zich in hoger beroep op niet-ontvankelijkheid van de man, maar voerde daarvoor enkel aan dat laatstgenoemde had berust in het tussen hen gewezen rechtbankvonnis. Het hof oordeelde de man evenwel niet-ontvankelijk, omdat de eisen van redelijkheid en billijkheid zulks (op grond van niet door de vrouw aangevoerde feiten) met zich brachten. De Hoge Raad oordeelde:

“Door niettemin op grond van de hiervoor in 3.3 vermelde feiten en omstandigheden te oordelen dat de eisen van redelijkheid en billijkheid met zich brengen, dat de man in zijn hoger beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard, heeft het Hof derhalve in strijd met artikel 176 Rv de man niet-ontvankelijk verklaard in zijn hoger beroep op grond van feiten en omstandigheden, die de vrouw niet aan haar beroep op niet-ontvankelijkheid ten grondslag had gelegd.”

Andere sprekende voorbeelden zijn HR 30 juni 2000, NJ 2000, 675 (Van der Hoek/Stedehouder) en HR 24 september 2004, NJ 2004, 672 (Ligplaats). Dit laatste arrest bevestigt niet alleen (evenals het arrest van 30 juni 2000) dat redelijkheid en billijkheid in beginsel enkel binnen de grenzen van de rechtsstrijd mogen worden aangevuld, maar maakt tevens duidelijk dat (i) de rechter binnen die grenzen van de rechtsstrijd eigener beweging kan constateren dat de overeenkomst tussen partijen

38 Vgl. 11 juli 2008, NJ 2008, 418 (Peters/Fianed). Voor een kritisch onthaal van dit arrest, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, nr. 395.

39 Zie voor een bespreking van het arrest o.m. Tjong Tjin Tai 2002, p. 264 en Smith 2004, p. 55.

door de (aanvullende) redelijkheid en billijkheid met een bepaalde regel is aangevuld en (ii) dat de rechter bij het beoordelen van het gedrag van partijen in het licht van de eisen van redelijkheid en billijkheid – opnieuw binnen de grenzen van de rechtsstrijd – acht mag slaan op alle feiten die behoorlijk te zijner kennis zijn gebracht en ten processe zijn gebleken:

“5.1 Het middel voert in onderdeel 3 tevergeefs aan dat het hof onvoldoende heeft laten blijken of en op welke wijze het de rechtsgronden heeft aangevuld. Het hof heeft immers in het kader van de beoordeling van het beroep van [verweerster] op ontbinding van de overeenkomst overwogen dat partijen zich jegens elkaar overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid hebben te gedragen. Voldoende duidelijk is dat het hof daarbij de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid op het oog had. Het is voorts niet onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat [eiser] zich diende te onthouden van gedragingen die het sluiten van de overeenkomst met betrekking tot de ligplaats zouden kunnen bemoeilijken. Naar 's hofs in cassatie niet bestreden vaststelling lag aan de koopovereenkomst tussen [eiser] en [verweerster] de veronderstelling ten grondslag dat een dergelijke overeenkomst in de lijn der verwachting lag. Daaraan heeft het hof de voor de hand liggende conclusie verbonden dat het uitkomen van die verwachting niet behoorde te worden bemoeilijkt. Aldus heeft het hof, anders dan onderdeel 1 betoogt, ook niet buiten de door partijen gestelde feiten om aangenomen dat er nog een niet in de overeenkomst opgenomen verbintenis bestaat tussen [eiser] en [verweerster], noch de grenzen van de rechtsstrijd van partijen miskend. Het is niet onbegrijpelijk dat het hof de bedoelde, uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende gehoudenheid van [eiser] als onderdeel van de rechtsstrijd heeft beschouwd, gelet op de stellingen van [verweerster], die blijkens bladzijde 4 van de verzetdagvaarding mede inhielden dat, kort gezegd, het gekochte woonschip zonder ligplaats nagenoeg waardeloos is, dat voor overneming van de ligplaats de medewerking van [betrokkene 1] noodzakelijk was, die deze echter weigerde, en dat [eiser] tevergeefs is gesommeerd ervoor zorg te dragen dat het woonschip met ligplaats, derhalve met contractsoverneming met toestemming van [betrokkene 1], zou plaatsvinden, waartegenover [eiser] aanvoerde dat juist [verweerster] zich onvoldoende had ingespannen om de instemming van [betrokkene 1] te verkrijgen.

3.5.2 Bij de beantwoording van de vraag of de wijze waarop [eiser] zich heeft gedragen in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden geacht, mocht het hof binnen de grenzen van de rechtsstrijd alle behoorlijk te zijner kennis gebrachte en ten processe gebleken feiten en omstandigheden in zijn beoordeling betrekken en het had de vrijheid daaraan zijn eigen conclusies te verbinden. (...)”

In lijn met het vorige arrest ligt het elders in dit boek al genoemde arrest Vodafone/ETC.⁴⁰ Deze zaak betrof een uitleggeschil, waarbij Vodafone stelde dat een bepaalde gedraging van ETC door de tussen hen geldende overeenkomst werd verboden, terwijl zulks door ETC werd betwist. In de feitelijke instanties werd door partijen derhalve een debat gevoerd over de uitleg van hun overeenkomst, evenwel zonder dat partijen op enig moment tot een debat kwamen over de mogelijkheid van een *leemte* in de overeenkomst en een mogelijk daarop volgende aanvulling daarvan door de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). In zijn uitleg van de overeenkomst hield het hof zich aan de letter van het contract en oordeelde het dat het door Vodafone gestelde verbod niet in de overeenkomst kon worden gelezen. De uitleg van het hof wordt door de Hoge Raad wegens miskenning van de Haviltex-maatstaf onjuist bevonden:

“(3.3) Het hof heeft echter geoordeeld dat in de Algemene Voorwaarden niet gelezen kan worden dat een ander gebruik dan gebruik voor communicatie verboden is (rov. 4.6) en dat het oneigenlijk gebruik niet ongeoorloofd is, nu nergens uit blijkt dat het beltegoed uitsluitend voor het door Vodafone voorziene communicatief gebruik mocht worden aangewend (rov. 4.7). Aldus oordelend heeft het hof in verschillende opzichten een verkeerde maatstaf toegepast dan wel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd.

3.4 In de eerste plaats heeft het hof miskend dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het hof had dus niet mogen volstaan met zijn vaststelling dat het oneigenlijk gebruik als hiervoor in 3.3 vermeld, dat niet was gericht op communicatie met andere telefoonabonnees maar kennelijk uitsluitend op het behalen van financieel gewin ten koste van Vodafone, niet door de tekst van de overeenkomst werd verboden, maar had ook moeten onderzoeken of ETC, mede in verband met de aard en strekking van de overeenkomst, ook zonder dat dit gebruik uitdrukkelijk verboden werd, had behoren te begrijpen dat zij zich daarvan diende te onthouden.”

40 HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565. Zie nader over dit arrest Tjittes in zijn JOR noot bij dit arrest (JOR 2008, 23) alsmede Grosheide/Drion 2008, p. 30-32. Zie ook Drion/Van Wechem 2008, p. 937-939. Voor voorbeelden in de jurisprudentie van het in elkaar overlopen van uitleg en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zij overigens verwezen naar Snijders 2007a, p. 11.

Vervolgens maakt de Hoge Raad duidelijk dat een overeenkomst niet alleen bestaat uit de *expliciet* overeengekomen rechten en plichten, maar ook rechten en plichten kan bevatten die uit (de aanvullende) redelijkheid en billijkheid voortvloeien:

“3.5 Het hof heeft voorts miskend dat de rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar niet alleen bepaald worden door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, doch ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst. Op grond daarvan moeten zij hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit kan in een geval als het onderhavige meebrengen dat ETC geen oneigenlijk gebruik mocht maken van het beltegoed omdat zij wist of had behoren te beseffen dat dit gebruik in de overeenkomst niet was verdisconteerd, en dat dit gebruik Vodafone onaanvaardbaar benadeelde. Als het hof dit een en ander niet heeft miskend, is zijn oordeel zonder nadere toelichting, die evenwel ontbreekt, onbegrijpelijk.”

Mede gelet op de aanvang van de hiervoor geciteerde r.o. 3.5 meen ik dat de Hoge Raad hier het oog heeft gehad op een *leemte* in de overeenkomst tussen Vodafone en ETC, die door de redelijkheid en billijkheid is aangevuld.⁴¹ Dat de Hoge Raad, zonder dat partijen zelf op enig moment tot een debat waren gekomen over de mogelijkheid van een leemte, in casu een leemte kon constateren die door redelijkheid en billijkheid was aangevuld, hangt samen met het feit dat de rechter in het algemeen vrij is om – geleid als hij wordt door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid – een eigen uitleg te kiezen als partijen onderling twisten over de juiste uitleg.⁴² Uit het Haviltex-arrest⁴³ volgt dat de rechter bij die zelf gevonden uitleg kan constateren

41 Vgl. de conclusie van A-G Langemeijer bij het arrest onder 2.11: “Het in middelonderdeel 1 bedoelde Haviltexcriterium is een maatstaf voor de uitleg van een schriftelijk contract. Vodafone had het zichzelf (en het hof) gemakkelijker gemaakt indien zij in hoger beroep zou hebben toegegeven dat de ontstane situatie niet uitdrukkelijk in haar Algemene Voorwaarden is voorzien en dat sprake is van een leemte, die moet worden aangevuld met toepassing van art. 6:248 lid 1 BW. Vodafone heeft zich vastgeklampt aan haar Algemene Voorwaarden en in drie instanties betoogd dat daaraan de door haar bedoelde (ruime) uitleg moet worden gegeven.”

42 In het algemeen, omdat mogelijk is dat partijen slechts twisten over enkele alternatieve uitlegvarianten (bijv a, b en c) en het er over eens zijn dat er niet meer denkbare andere varianten voorhanden zijn. In zo'n geval treedt de rechter buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen, indien hij een uitleg (bijv. d) kiest die door geen der partijen voor denkbaar werd gehouden. Zie hierover Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 134, met verwijzing naar jurisprudentie en literatuur. Een uitzondering op deze leer lijkt mij evenwel aan de orde indien met de uitleg van de betreffende overeenkomst de openbare orde, ofwel het algemeen belang in bijzondere mate gemoeid is. Alsdan is de rechter immers niet gebonden aan de door art. 24 Rv getrokken grenzen van de rechtsstrijd.

43 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

dat de overeenkomst van partijen een leemte bevat(te).⁴⁴ Uit de mogelijkheid om eigenstandig een leemte in de overeenkomst te constateren, vloeit echter tevens logisch voort dat de rechter kan constateren dat de waargenomen leemte (van rechtswege) met een uit de aanvullende redelijkheid en billijkheid voortspruitende regel is aangevuld. Is dit een regel, waarop partijen ingevolge het door hen gevoerde debat niet bedacht hoefden te zijn, dan dient de rechter – mede ter voorkoming van een verrassingsbeslissing – alvorens een beslissing te nemen partijen evenwel van zijn bevindingen op de hoogte te stellen en hen in de gelegenheid te stellen zich daarover uit te laten.

4.3 *Algemeen belang*

Waar de redelijkheid en billijkheid in een gegeven situatie in belangrijke mate (mede) strekken tot bescherming van het *algemeen belang* en de consequenties van het verzaken van de verplichting tot het betrachten van redelijkheid en billijkheid dus in belangrijke mate ook de maatschappij als geheel treffen, bestaat wel een rechtvaardiging voor een ambtshalve, door genoemd algemeen belang ingegeven, ingrijpen van de rechter.⁴⁵ Bij aanwezigheid van zo'n algemeen belang is het niet (langer) enkel aan partijen om actief voor hun rechten op te komen. Handhaving van die rechten staat in zo'n geval "niet te hunner vrije dispositie."⁴⁶ Redelijkheid en billijkheid moeten alsdan zo nodig ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd kunnen worden toegepast. Een dergelijke toepassing moet evenwel worden gezien als een betrekkelijke zeldzaamheid, al was het maar omdat er in de regel geen behoefte aan zal bestaan, nu veelal al (voldoende) expliciet door één der partijen op de redelijkheid en billijkheid een beroep zal zijn gedaan.⁴⁷ Enige, denkelijk (relatief) vaker voorkomende gevallen van ambtshalve toepassing van redelijkheid en billijkheid – buiten de rechtstrijd van partijen om – zullen niettemin hiernavolgend kort worden bezien.

Ambtshalve toepassing in de zojuist bedoelde zin lijkt ten eerste aan de orde te kunnen komen in situaties, waarin de *overheid* als contractspartij optreedt en een

44 Contractuele leemten worden immers van rechtswege aangevuld. Zie Groene Serie Verbintenissenrecht, commentaar op art. 2 Boek 6 BW (Vriend) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 414 en 446 en Van Brakel 1948, t.a.p. Zie in dezelfde zin Asser-Rutten 4-II (6^e druk), p. 258 met verwijzing naar verdere literatuur. Zie ook Rijken 1994, nr. 34 en Hijma 1989, p. 14 e.v.

45 Lindijer 2006, p. 464.

46 Hartkamp 2007, p. 16.

47 Vgl. Vriesendorp 1981, p. 62.

zich onverkort door (kunnen) zetten van een tussen de overheid en haar contractuele wederpartij geldende contractuele regel op sterk gespannen voet zou komen te staan met het algemene belang.⁴⁸ Alsdan is denkbaar dat de maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn, zodanig zwaar drukken dat de eisen van redelijkheid en billijkheid ex art. 3:12 BW een openbare orde-karakter krijgen en zonodig ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd behoren te worden toegepast.⁴⁹

Een tweede type gevallen waarin ambtshalve toepassing in de hier bedoelde zin aan de orde zou kunnen zijn betreft exoneratieclausules, waarop in een geval van opzet of bewuste roekeloosheid⁵⁰ niettemin een beroep wordt gedaan. Een dergelijk beroep is in het algemeen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten.⁵¹ Mocht een beroep op die onaanvaardbaarheid wegens opzet of bewuste roekeloosheid onverhoopt in rechte niet door de benadeelde partij zijn gedaan (terwijl die opzet of bewuste roekeloosheid wel tijdens het geding ter kennis van de rechter is gekomen), dan is goed verdedigbaar dat het algemeen belang in zo'n geval zozeer geschonden wordt bij het zich onverkort kunnen doorzetten van de exoneratie, dat ambtshalve toepassing van de (derogerende) redelijkheid en billijkheid geboden is.⁵²

Tot slot kan hier worden gewezen op een derde categorie van gevallen, die kunnen nopen tot ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid buiten de rechtsstrijd van partijen om. Het betreft consumentenovereenkomsten die vallen onder de Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en een oneerlijk beding in de zin van die richtlijn bevatten.

48 Vgl. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363: “Vooropgesteld moet worden dat de Rechtbank kennelijk – en terecht – art. 6:248 lid 2 BW tot uitgangspunt heeft genomen. Zij heeft ook aangekondigd in het kader van die bepaling tot haar voormelde afweging te willen komen. Onjuist is echter in elk geval de door de Rechtbank kennelijk gehanteerde gedachte dat in dat kader alleen met “civielrechtelijke belangen” rekening zou kunnen worden gehouden, wat de Rechtbank bij die term ook voor ogen mag hebben gestaan. Integendeel moet worden aangenomen dat in het kader van de voormelde bepaling, toegepast op overeenkomsten met de overheid, ook algemene beginselen van behoorlijk bestuur en publieke belangen in aanmerking dienen te worden genomen, zoals ook strookt met de art. 3:12 en 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (Awb).”

49 Vgl. Vriesendorp 1981, t.a.p.: “Hetgeen vrouwe Justitia overigens verhoede, de advocaat past geen blinddoek.”

50 Van de schuldenaar of een tot diens bedrijfsleiding behorend persoon.

51 HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (Gemeente Stein/Driessen). Zie nader over deze problematiek: De Graaf 2006, p. 13 e.v., Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2006, p. 298 en Duyvensz 2011.

52 Betoogd zou kunnen worden dat in zo'n geval de goede zeden via art. 3:12 BW (versterkt) doorwerken in en kleuring geven aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Vgl. De Graaf 2006, p. 6 en Zwalve 2002, p. 607-608. Zie ook Reurich 2005b, p. 6.

De arresten *Océano*,⁵³ *Cofidis*,⁵⁴ *Mostaza Claro*⁵⁵ en *Pannon*⁵⁶ van het Europese Hof van Justitie hebben duidelijk gemaakt dat (in de zin van de richtlijn) oneerlijke bedingen ambtshalve door de rechter terzijde moeten (kunnen) worden geschoven, ook als op de oneerlijkheid van het beding ten overstaan van de rechter door de consument geen beroep is gedaan. De ratio voor deze ambtshalve te verrichten terzijdestelling is blijkens het arrest *Mostaza Claro* gelegen in de aard en het gewicht van het *openbare belang*, waarop de door de richtlijn aan de consument verschafte bescherming berust. Deze rechtvaardigen dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is:

“36 Het belang van bescherming van de consument heeft de communautaire wetgever met name ertoe gebracht om in artikel 6, lid 1, van de richtlijn te bepalen, dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument „de consument niet binden”. Het gaat om een dwingende bepaling die, rekening houdend met de zwakke positie van een der partijen bij de overeenkomst, beoogt het door deze overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt.

37 Verder vormt de richtlijn, die tot doel heeft de bescherming van de consument te bevorderen, overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub t, EG een maatregel die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan binnen de gehele Gemeenschap (zie naar analogie, met betrekking tot artikel 81 EG, arrest *Eco Swiss*, reeds aangehaald, punt 36).

38 De aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschafte bescherming berust, rechtvaardigen bovendien dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is en aldus het tussen de consument en verkoper bestaande gebrek aan evenwicht dient te compenseren.

39 Derhalve moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat zij van een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en dat vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze overeenkomst een oneerlijk beding bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens

53 HvJ 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 en C-244/98.

54 HvJ 21 november 2002, C-473/00.

55 HvJ 26 oktober 2006, C-168/05.

56 HvJ 4 juni 2009, C-243/08.

Ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid

de arbitrageprocedure, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen.”⁵⁷

In het enige jaren na Mostaza Claro gewezen Pannon arrest heeft het Europese Hof van Justitie buiten twijfel gesteld dat de rechterlijke constatering van een oneerlijk beding in een overeenkomst die onder de richtlijn valt, tevens de *verplichting* voor die rechter met zich brengt het beding ambtshalve buiten toepassing te laten:

“Derhalve moet op de tweede vraag worden geantwoord dat de nationale rechter gehouden is, ambtshalve te toetsen of een contractueel beding oneerlijk is zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt. Acht hij een dergelijk beding oneerlijk, dan laat hij het buiten toepassing, tenzij de consument zich hiertegen verzet. De nationale rechter is daartoe ook verplicht wanneer hij onderzoekt of hij *ratione loci* bevoegd is.”⁵⁸

In het enkele maanden nadien gewezen Asturcom arrest heeft het Europese Hof van Justitie vervolgens duidelijk gemaakt wat de *status* is van de in art. 6 lid 1 van de richtlijn vervatte regel, dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument „de consument niet binden”:

“51 Onderstreept moet worden dat, zoals in punt 30 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 een *dwingende bepaling* is. Voorts dient erop te worden gewezen dat deze richtlijn in haar geheel volgens de rechtspraak van het Hof overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub t, EG een maatregel vormt die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Europese Gemeenschap en in het bijzonder voor de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan binnen de gehele Gemeenschap (arrest Mostaza Claro, reeds aangehaald, punt 37).

52 Gelet op de aard en het gewicht van het openbare belang waarop de door richtlijn 93/13 aan de consument verzekerde bescherming berust, dient derhalve te worden vastgesteld dat artikel 6 van deze richtlijn moet worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van *openbare orde* gelden.”⁵⁹

Naar aanleiding van deze arresten is in februari 2010 het rapport “Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht” van de LOVCK werkgroep “Ambtshalve

57 HvJ 26 oktober 2006, C-168/05 (curs. PSB).

58 HvJ 4 juni 2009, C-243/08.

59 HvJ 6 oktober 2009, C-40/08. Curs. PSB.

toetsing” verschenen.⁶⁰ In dit rapport wordt onder meer gewezen op de mogelijkheid van ambtshalve toepassing – met voorbijgaan aan de grenzen van rechtsstrijd – van de in art. 6:248 lid 2 BW verankerde derogerende redelijkheid, ingeval de rechter wordt geconfronteerd met de noodzaak een contractueel beding dat onder de richtlijn valt wegens de oneerlijkheid ervan ter zijde te stellen.⁶¹ De in het rapport gesuggerede ambtshalve toepassing van de derogerende redelijkheid en billijkheid wordt inmiddels door rechters in Nederland gehanteerd.⁶²

De zojuist geschetste, uit het gemeenschapsrecht voortspuitende ontwikkeling van ambtshalve toepassing van de derogerende redelijkheid en billijkheid congrueert met de hiervoor betrokken stelling dat, waar de redelijkheid en billijkheid in een gegeven situatie in belangrijke mate (mede) strekken tot bescherming van het *algemeen belang* en de consequenties van het verzuken van de verplichting tot het betrachten van redelijkheid en billijkheid dus in belangrijke mate ook de maatschappij als geheel treffen, een rechtvaardiging voor een ambtshalve, door genoemd algemeen belang ingegeven, toepassing van de redelijkheid en billijkheid bestaat.⁶³ Dat dit algemeen belang in dit soort gevallen een sterk door “Europa” gekleurd karakter heeft, doet daaraan niet af, nu de Nederlandse rechtsgemeenschap al vele jaren een integraal onderdeel is van de Europese rechtsgemeenschap en het algemeen belang van “Europa” dus in hoge mate ook het hare is.⁶⁴

60 Als te vinden op: http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/EindrapportLOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing_17210.pdf. De afkorting staat voor Landelijk Overleg Voorzitters Civiele en Kantonsectoren.

61 Zie p. 10 e.v. van het rapport.

62 Zie bijv. Rechtbank Zutphen 27 mei 2009, LJN: BI7904 en Rechtbank Breda (sector kanton) 13 oktober 2010, LJN: BO2775, beide te vinden op www.rechtspraak.nl. In het oog moet overigens wel worden gehouden dat ook in dit soort gevallen het niet de rechter is die een beding ter zijde schuift, maar het objectieve recht zelf. De rechter kan, zoals eerder in hoofdstuk 1 opgemerkt, slechts *constateren* dat redelijkheid en billijkheid in deze of gene zin tot een wijziging van contractuele rechten en plichten hebben geleid. Kennelijk anders: Schelhaas 2007, p. 295.

63 Zie hierover ook Groene Serie Verbintenissenrecht, commentaar op art. 2 Boek 6 BW (Vriend), nr. 74 en Hijma e.a. 2010, nr. 278.

64 HvJ 23 maart 1993, C-314/91: “8. Wat de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring betreft, zij eraan herinnerd, dat de Europese Economische Gemeenschap een rechtsgemeenschap is in die zin, dat noch haar Lid-Staten, noch haar instellingen ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het constitutionele handvest waarop de Gemeenschap is gegrond, namelijk het Verdrag, en dat dit laatste een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven heeft geroepen, waarbij het Hof van Justitie het toezicht op de wettigheid van de handelingen van de instellingen is opgedragen (arresten van 23 april 1986, zaak 294/83, Les Verts, Jurispr. 1986, blz. 1339, r.o. 23, en 22 oktober 1987,

5. Slot

In dit hoofdstuk kwam de amtsshalve aanvulling van de redelijkheid en billijkheid aan de orde. Geconstateerd werd allereerst dat tussen twee typen van aanvulling van rechtsgronden steeds moet worden onderscheiden, te weten aanvulling binnen de grenzen van de rechtsstrijd en aanvulling die buiten die grenzen om kan plaatsvinden. Vastgesteld werd dat alleen recht van openbare orde buiten die grenzen om amtsshalve kan (en behoort te) worden toegepast. Van recht van openbare orde kan, aldus Crommelin, worden gesproken “als het algemeen belang in hoge mate betrokken is bij de rechtsnorm. Dwingend recht dat ‘slechts’ partij- of groepsbelangen beschermt en waarbij het algemeen belang dus niet in hoge mate is betrokken, is niet van openbare orde en is ‘gewoon’ dwingend recht.”

De vraag of, gelet op het voorgaande, de redelijkheid en billijkheid als een rechtsregel van openbare orde zou moeten worden aangemerkt, werd vervolgens in beginsel ontkennend beantwoord. Betoogd werd, onder teruggrijpen naar het gestelde in hoofdstuk 1 van dit boek, dat redelijkheid en billijkheid weliswaar een in het rechtsverkeer onontbeerlijke gedragsnorm vormen, en dat dit weliswaar rechtvaardigt dat redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm van dwingend recht moeten worden geacht, maar dat dit nog niet met zich brengt dat hun handhaving in rechte steeds ook een kwestie van algemeen belang zou zijn. Of en wanneer redelijkheid en billijkheid van openbare orde zijn, hangt, zo werd betoogd, af van de omstandigheden van het geval. Aangegeven werd dat dit volgt uit art. 3:12 BW: de daarin gebezigde woorden “de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken”, maken duidelijk dat invloed en betekenis van het algemeen belang op de (invulling van de) eisen van redelijkheid en billijkheid per geval kan en zal verschillen, oftewel contextafhankelijk is. Duidelijk werd op grond van dit wetsartikel dat per geval steeds onderscheiden moet worden naar de mate waarin het algemeen belang bij het betreffende geval (mede) betrokken is.

Deze bevindingen leiden vervolgens tot de gevolgtrekking dat redelijkheid en billijkheid in de regel met inachtneming van de grenzen van de rechtsstrijd moeten worden toegepast. Onder verwijzing naar Tjong Tjin Tai werd er vervolgens op gewezen dat de mogelijkheden voor amtsshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid binnen die grenzen van de rechtsstrijd doorgaans beperkt zijn. Ten aanzien

zaak 314/85, Foto-Frost, Jurispr. 1987, blz. 4199, r.o. 16; beschikking van 13 juli 1990, zaak C-2/88 Imm., Zwartveld e.a., Jurispr. 1990, blz. I-3365, r.o. 16; advies 1/91 van 14 december 1991, Jurispr. 1991, blz. I-6079, punt 21).”

van de ambtshalve toepassing van redelijkheid en billijkheid buiten de grenzen van de rechtsstrijd werd een drietal denkbaar vaker voorkomende typen gevallen behandeld, te weten de ambtshalve toepassing bij contracten met de overheid, de ambtshalve toetsing van exoneratieclausules en de door uitspraken van het Europese Hof van Justitie geïndiceerde ambtshalve terzijdestelling van oneerlijke bedingen in consumentencontracten met behulp van de in art. 6:248 lid 2 BW verankerde derogerende redelijkheid en billijkheid. Geconstateerd werd dat bij die laatste vorm van ambtshalve toepassing het algemeen belang een sterk door “Europa” gekleurd karakter heeft. Betoogd werd dat ambtshalve toepassing in dit soort gevallen niettemin op zijn plaats is, nu de Nederlandse rechtsgemeenschap al vele jaren een integraal onderdeel is van de Europese rechtsgemeenschap en het algemeen belang van “Europa” dus in hoge mate ook het hare is.

6 | Samenvatting en conclusies

Zoals aangegeven in de inleiding van dit boek, heb ik er in dit onderzoek voor gekozen een drietal (in hoofdzaak) contractenrechtelijke leerstukken te onderzoeken, waarin de redelijkheid en billijkheid prominent naar voren treden, te weten: de problematiek van contractuele gebondenheid (hoofdstuk 2), de uitleg van (commerciële) contracten (hoofdstuk 3) en de problematiek van *imprévision* (hoofdstuk 4). Daarnaast en tot slot heb ik in hoofdstuk 5 de ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid onderzocht. Opgemerkt werd in de inleiding van dit boek dat bestudering en behandeling van deze onderwerpen niet eerder een aanvang konden nemen dan nadat een prealabele vraag zou zijn beantwoord, te weten:

Hoe dient de norm van redelijkheid en billijkheid te worden verstaan – als een rechterlijke beslissingsnorm dan wel als een partijen bindende gedragsnorm?

Deze vraag werd door mij behandeld en beantwoord in hoofdstuk 1. Aldaar werd geconstateerd dat de door diverse auteurs aangehangen visie op redelijkheid en billijkheid als “volledig open” of “geheel vage” beslissingsnorm die de rechter ter hand neemt bij het beoefenen van rechtvaardige geschilbeslechting in het concrete geval, onhoudbaar is in het licht van de centrale, gedragsnormerende rol die de redelijkheid vervult in het maatschappelijk leven. Redelijkheid is niet exclusief aan de rechter voorbehouden, maar vormt bij uitstek een sociale praxis, die onmisbaar is voor het creëren en in stand houden van de gemeenschap. De gemeenschap kan niet zonder redelijkheid, kan evenmin zonder een in die gemeenschap geldend redelijkheidsgebod, op grond waarvan elk der subjecten in die gemeenschap is gehouden zich redelijk, oftewel zich behoorlijk en zorgvuldig te gedragen. Betoogd werd dat, omdat de samenleving steeds ook rechtsgemeenschap is, het aldus in de samenleving geldende redelijkheidsgebod ten volle doorwerkt in die rechtsgemeenschap. Dit komt hier te lande onder meer tot uitdrukking in de in art. 6:2 lid 1 BW verankerde (basis)regel dat iedere schuldeiser en iedere schuldenaar verplicht zijn “zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid.”

Betoogd werd voorts dat de in art. 6:2 BW gehanteerde termen redelijkheid en billijkheid, in tegenstelling tot wat soms wordt aangenomen, geen tautologie vormen, maar een uit twee te onderscheiden termen opgebouwd begrippenpaar zijn met ieder een eigen, elkaar wederzijds aanvullende, gedragsnormerende dimensie. Gelet op deze gedragsnormerende dimensie werd vervolgens in antwoord op de hiervoor vermelde prealabele vraag het standpunt ingenomen dat redelijkheid en billijkheid primair zijn op te vatten als een tot partijen gerichte, dwingende gedragsnorm.

Het is deze gedragsnorm die ook steeds door de rechter wordt toegepast en uitsluitend voor zover het om die toepassing gaat, kunnen redelijkheid en billijkheid tevens als beslissingsnorm worden beschouwd. Toepassing van genoemde gedragsnorm houdt geen vrijbrief in voor “richterliches Ermessen”, maar betekent steeds toepassing van (ongeschreven) objectief recht. Zo is het niet het persoonlijk oordeel van de rechter, maar de in het objectieve recht gewortelde dwingende verplichting van partijen tot redelijk en billijk gedrag over en weer die er in de gegeven omstandigheden toe kan leiden dat het contractueel overeengekomene van rechtswege – zonder enige rechterlijke interventie – wordt uitgebreid (art. 6:248 lid 1 BW) of beperkt (art. 6:248 lid 2 BW). De rechter vult derhalve niet zelf aan noch beperkt hij iets. Hij heeft in het hem voor te leggen geval slechts te *constateren* wat de eisen van het objectieve recht in het gegeven geval voor partijen met zich brengen.

Op basis van het aldus gevonden antwoord op de hiervoor geformuleerde eerste onderzoeksvraag werd de bestudering en behandeling van de hiervoor genoemde vier onderwerpen ter hand genomen. Leitmotiv bij de bestudering van deze onderwerpen was de vraag in hoeverre de in hoofdstuk 1 gemaakte keuze zou nopen tot het bijstellen van gangbare dogmatische inzichten en tot bijstelling van gangbare inzichten omtrent de rol die de rechter respectievelijk partijen in de betreffende leerstukken toekomt. Uit de voorgaande hoofdstukken volgt dat het antwoord op de hiervoor genoemde eerste onderzoeksvraag onvermijdelijk noopte tot bijstelling van bedoelde inzichten. Per hoofdstuk kan zulks als volgt worden toegelicht.

1. Redelijkheid en billijkheid als grondslag voor gebondenheid

In het tweede hoofdstuk van dit boek stond de eis van gebondenheid aan de overeenkomst centraal. Het betreft een leerstuk waar traditiegetrouw dissensus de boventoon voert. In de afgelopen jaren hebben op Nederlandse bodem vooral Nieuwenhuis, Hijma en Smits in verschillende richtingen pogingen ondernomen om nieuwe gebondenheidsvisies te ontwikkelen, die tegemoet zouden kunnen komen aan de bezwaren die (terecht) door anderen reeds tegen meer traditionele gebondenheidsvisies waren

ingebracht. De visies van deze drie schrijvers bleken echter op wezenlijke punten al evenzeer voor kritiek vatbaar, waardoor de noodzaak (en de ruimte) ontstond om op zoek te gaan naar een nieuwe grondslag voor gebondenheid. Door dit leerstuk opnieuw te doordenken vanuit het in hoofdstuk 1 geconstateerde dwingende en in het maatschappelijk leven gewortelde gedragsnormkarakter van de redelijkheid en billijkheid, werd het mogelijk een alternatieve grondslagvisie te ontwikkelen, die eenvoudig van aard is, geen tegenspraak oplevert met de wet en de gebondenheid verklaart vanuit de gemeenschapsgedachte. In de kern komt die visie erop neer dat gebondenheid niet ontstaat door enige combinatie van wil, verklaring of vertrouwen, maar dat het de *rechtsgemeenschap* is die – via de rechtsnorm van de redelijkheid en billijkheid – aan partijen de eis van gebondenheid aan het overeengekomene oplegt. De eis van gebondenheid aan de overeenkomst is immers als hier te lande *algemeen erkend* rechtsbeginsel (“*pacta sunt servanda*”) via art. 3:12 BW binnen de redelijkheid en billijkheid werkzaam, terwijl deze eis stellig ook tot de in dat artikel genoemde, in Nederland levende rechtsovertuigingen behoort. De eis van gebondenheid aan de overeenkomst is, kortom, een algemeen erkende, in de redelijkheid en billijkheid verankerde eis van behoorlijk en fatsoenlijk handelen. Deze eis komt binnen de redelijkheid en billijkheid een zwaar gewicht toe: “redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe. (...)”¹

2. Uitleg van commerciële contracten

Zagen wij hiervoor reeds dat in het perspectief van de in hoofdstuk 1 verkregen visie op redelijkheid en billijkheid als dwingende gedragsnorm de gebondenheid aan het overeengekomene dogmatisch opnieuw gefundeerd kon worden, hetzelfde kan worden gezegd over het leerstuk van de uitleg van contracten. Niet zelden wordt uitleg gezien als een bij uitstek rechterlijke taak. De rechtsnorm die bij die uitleg dient te worden gehanteerd is, naar algemeen wordt aangenomen, de redelijkheid en billijkheid. Vat men dit begrippenpaar (zoals vaak lijkt te gebeuren) enkel of primair op als vage of open rechterlijke beslissingsnorm, dan vallen het rechterlijk uitlegoordeel en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid welbeschouwd samen: gevolg van deze visie is dat de rechter onder het mom van redelijkheid en billijkheid kan uitleggen zoals dit hem “in redelijkheid” goeddunkt. Redelijkheid kan in zo’n geval een synoniem worden voor “*freies richterliches Ermessen*” en een façade

¹ HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP).

worden voor “willekeur en wille-keuze”.² Anders ligt dit indien men, zoals – als sequeel van de in hoofdstuk 1 gemaakte keuze – in hoofdstuk 3 gebeurt, het uitleg-leerstuk benadert vanuit het gedragsnormkarakter van de redelijkheid en billijkheid. Alsdan verschuift de focus van de rol van de rechter bij de uitleg naar die van partijen en ontstaat er ruimte voor de gedachte dat de uitleg van overeenkomsten niet is voorbehouden aan de rechter, maar vooral een (met het oog op de uitvoering van de overeenkomst niet zelden onontbeerlijke) taak van partijen zelf te achten is. Deze uitlegtaak moet – evenals de uitvoering van het overeengekomene – door partijen worden vervuld met inachtneming van de door art. 6:2 BW gestelde eis aan partijen tot redelijk en billijk gedrag over en weer, hetgeen met zich brengt dat partijen ook bij de uitleg van hun overeenkomst gehouden zijn om met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden. Zij dienen bij die uitleg hun persoonlijke voor- of willekeur te laten varen en steeds beslissende betekenis toe te kennen aan de omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. In hoofdstuk 3 heb ik laten zien dat het aldus vanuit het gezichtspunt van partijen opvatten van het uitlegproces bijdraagt aan een beter begrip van de wijze waarop (commerciële) contracten dienen te worden uitgelegd en aan een beter begrip van de leidende rechtspraak van de Hoge Raad over dit onderwerp. In het bijzonder werd daarbij aandacht besteed aan het bekende PontMeyer arrest, waarbij werd geconstateerd dat eerst in het licht van het gedragsnormkarakter van de redelijkheid en billijkheid aan dit arrest een zinvolle betekenis kan worden gegeven, in die zin dat dit arrest geen bewijs vormt van de terugdringing van de redelijkheid en billijkheid bij de uitleg van commerciële contracten, maar veeleer bevestigt dat ook bij dit type contracten de eisen van redelijkheid en billijkheid op de hiervoor beschreven wijze de uitleg van het overeengekomene dicteren.

3. Imprévision en de eisen van redelijkheid en billijkheid

Het hiervoor geschetste onderscheid tussen beide visies op redelijkheid en billijkheid speelt eveneens bij de problematiek van veranderde omstandigheden (*imprévision*), die aan de orde kwam in hoofdstuk 4. Deze problematiek, die in het internationale handelsverkeer onder de naam *hardship* bekend staat, ziet op diep in de contractsverhouding ingrijpende, niet in de overeenkomst verdisconteerde omstandigheden, die ongewijzigde instandhouding van het overeengekomene uiterst bezwaarlijk maken. In de traditionele visie op het *imprévision*-leerstuk is de focus op de (rol van de)

2 De term is ontleend aan Eggens 1949, p. 202.

rechter gericht. De *rechter* grijpt op grond van de redelijkheid en billijkheid in de contractuele verhouding in, de *rechter* heeft een discretionaire wijzigings- of ontbindingsbevoegdheid, de *rechter* stelt voorwaarden, de *rechter* dient zijn bevoegdheden terughoudend te gebruiken etc. In hoofdstuk 4 heb ik deze denkwijze niet gevolgd, maar – in lijn met de in hoofdstuk 1 bereikte conclusie – het gedragsnormaspect van de redelijkheid en billijkheid tot uitgangspunt genomen bij de analyse van de werking van de redelijkheid en billijkheid in het leerstuk van de *imprévision*. Ik heb vervolgens bezien in hoeverre het traditionele beeld van art. 6:258 BW als een soort “Ermessensnorm” die resulteert in een ruime discretionaire bevoegdheid van de rechter, vanuit dogmatisch oogpunt correctie behoefde en of bij de analyse van het leerstuk van de *imprévision* niet veeleer de rol en het gedrag van *partijen* in het licht van de aan hen te stellen eisen van redelijkheid en billijkheid op de voorgrond zouden moeten staan. Ik heb deze vraag in het hoofdstuk bevestigend beantwoord: geconstateerd werd dat de in art. 6:258 BW bedoelde redelijkheid en billijkheid niet zozeer als een rechterlijke toetsingsnorm zijn op te vatten, maar veeleer als een uitingsvorm van de gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid, als bedoeld in art. 6:2 lid 1 BW. Deze gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid verplicht partijen – ook bij het intreden van onvoorziene omstandigheden – om als redelijke mensen jegens elkaar te handelen en mitsdien rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Blijven partijen onverhoopt ten achter bij hetgeen het objectieve recht in het licht van de opgetreden wijziging van omstandigheden van hen eist, dan voert het objectieve recht onverbiddeijk voor partijen door, wat zij hebben nagelaten uit zichzelf te doen. Dit ingrijpen kan de vorm aannemen van aanvulling (art. 6:248 lid 1 BW), van beperking (art. 6:248 lid 2 BW) of van een combinatie van beide.

Wat het objectieve recht ingeval van onvoorziene omstandigheden in de contractsrelatie van partijen teweeg heeft gebracht, kan in beginsel desverzocht door de rechter in een *declaratoir* vonnis worden vastgesteld (geconstateerd). Sommige *imprévision*-gevallen zijn echter zodanig complex, dat de wetgever heeft gemeend dat deze niet anders dan bij *constitutief* vonnis kunnen worden opgelost. Ook dan is het echter het gedragsnormkarakter van de redelijkheid en billijkheid dat bepalend is voor de wijze waarop het contract van partijen moet worden gewijzigd: blijkens de parlementaire geschiedenis vloeit de in de *imprévision*regeling van art. 6:258 BW bedoelde wijziging of ontbinding niet voort uit een rechterlijk redelijkheidsoordeel, maar uit de op *partijen* rustende eisen van redelijkheid en billijkheid. De rechter heeft in het hem voor te leggen geval slechts te “concretiseren” wat redelijkheid en billijkheid van partijen in hun verhouding *eisen*. Anders gezegd: ook een wijziging of ontbinding op de voet van art. 6:258 BW behelst geen rechterlijk redelijkheidsoordeel, maar

vloeit voort uit de gedragsnorm van art. 6:2 lid 1 BW, welke kortweg bepaalt dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn “zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid.”

4. Ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid

In het voorlaatste hoofdstuk van dit boek stond de ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid centraal. Hoofdvraag in dat hoofdstuk was of het in hoofdstuk 1 geconstateerde dwingende gedragsnormkarakter van de redelijkheid en billijkheid wellicht met zich zou brengen dat de rechter in voorkomende gevallen zo nodig buiten de rechtsstrijd van partijen om moet constateren dat de redelijkheid en billijkheid een wijziging in het overeengekomene van deze of gene aard teweeg hebben gebracht. Betoogd werd dat die vraag in haar algemeenheid niet bevestigend kan worden beantwoord. Onder verwijzing naar de goede procesorde – waarvan in hoofdstuk 1 werd gesteld dat deze niets anders is dan de procesrechtelijke pendant van de redelijkheid en billijkheid – werd betoogd dat redelijkheid en billijkheid weliswaar een in het rechtsverkeer onontbeerlijke gedragsnorm vormen, en dat dit weliswaar met zich brengt dat dit begrippenpaar van dwingend recht moet worden geacht, maar dat dit nog niet met zich brengt dat hun handhaving *in rechte* steeds ook een kwestie van algemeen belang zou zijn.

Onder verwijzing naar art. 3:12 BW, dat als schakel tussen justitiabelen en de rechtsgemeenschap functioneert, werd vervolgens betoogd dat redelijkheid en billijkheid, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, nu eens (hoofdzakelijk) strekken in het belang van partijen zelf (in welk geval zij niet van openbare orde zijn), dan weer (in belangrijke mate mede) in het belang van de maatschappij als geheel (in welk geval zij wel van openbare orde zijn). Of en wanneer redelijkheid en billijkheid van openbare orde zijn (en zij zich dus met voorbijgaan aan de grenzen van de rechtsstrijd laten toepassen), hangt derhalve af van de omstandigheden van het geval. Zijn zij wel van openbare orde, dan past de rechter de redelijkheid en billijkheid zo nodig met voorbijgaan aan de grenzen van de rechtsstrijd toe. Als voorbeeld van een dergelijke ambtshalve toepassing werd genoemd het ambtshalve door de rechter terzijdeschuiven van oneerlijke bedingen in de zin van Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993.

Zijn redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden niet van openbare orde – hetgeen de gebruikelijke situatie is – dan dienen partijen zelf actief jegens elkaar voor hun rechten op te komen. Dit congrueert ook met de rol van redelijkheid in het maatschappelijk verkeer. Redelijkheid brengt immers met zich de gehoudenheid

om zich desgevraagd jegens de ander te verantwoorden voor het eigen gedrag. Het burgerlijk proces is bij uitstek een plek voor zulk een verantwoording, een plek waar rechtssubjecten als leden van de “gemeenschap van redelijken” over en weer jegens elkaar dienen in te staan voor hun verklaringen en gedragingen en deze desgevraagd jegens elkaar (en jegens de gemeenschap) dienen te kunnen verantwoorden. Betoogd werd dat het door de rechter ambtshalve (lees: ongevraagd) naar zich toetrekken van het initiatief op dit punt in wezen een miskenning zou inhouden van de autonomie waartoe partijen (ook ingevolge de eisen van redelijkheid en billijkheid) in beginsel gehouden zijn, maar denkkelijk ook het normbewustzijn ten aanzien van redelijkheid en billijkheid zou ondermijnen: het zijn in de eerste plaats partijen zelf op wie de taak rust om als leden van de gemeenschap het bestaan en de betekenis van die norm steeds opnieuw bij elkaar te bevestigen en in te prenten.

5. Epiloog

Blijkens het voorgaande kan de samenleving niet zonder redelijkheid en kan de rechtsgemeenschap niet zonder de daarop voortbouwende norm van redelijkheid en billijkheid. Redelijkheid is, kortom, de ultieme gemeenschapsnorm, die de samenleving gelijktijdig formeert en normeert:

“Redelijkheid is *gemeenschapsstichtend* en wordt door de gemeenschap, en alleen maar door haar, *gesanctioneerd*; redelijkheid kan onmogelijk worden gemotiveerd door solipsistische behoeften en begeerten; redelijkheid doet beroep op een gemeenschapsconsensus en vindt haar uiteindelijke legitimatie in en door de norm die wordt voorgehouden door de gemeenschap der subjecten.”³

Die steeds tussen leden van de gemeenschap bestaande gehoudenheid tot redelijkheid vertaalt zich in het recht in de verplichting van de justitiabelen om zich in hun gedrag te richten naar de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 BW). Die verplichting brengt in de regel met zich dat partijen hun eens gegeven woord gestand moeten doen, maar kan onder bijzondere omstandigheden eveneens tot een al of niet gedeeltelijke verbreking van de contractsband leiden. Waar partijen strijden over de uitleg van hun contract dienen zij zich al evenzeer te laten leiden door redelijkheid en billijkheid en daarmee door de verplichting elkaars gerechtvaardigde belangen serieus te nemen. Doet zich op grond van onvoorziene omstandigheden een verstoring van de contractuele relatie voor, dan dienen partijen eveneens als redelijke mensen

3 Parret 1989, p. 15.

te handelen en billijkheid jegens elkaar te betrachten bij het zoeken naar en vinden van een geschikte oplossing. Staan zij in rechte tegenover elkaar dan dienen zij zich al evenzeer redelijk te gedragen en elkaars processuele belangen serieus te nemen. Het burgerlijk proces, ten slotte, is bij uitstek een plek voor rekenschap, een plek waar rechtssubjecten als leden van de “gemeenschap van redelijken” over en weer jegens elkaar dienen in te staan voor hun verklaringen en gedragingen en deze desgevraagd jegens elkaar (en jegens de gemeenschap) dienen te kunnen verantwoorden. Dit proces van rekenschap geven en verantwoording afleggen dient bij voorkeur primair door partijen zelf te worden geïnitieerd. Het is in de eerste plaats aan partijen zelf om in het burgerlijk proces elkaar waar nodig op elkaars redelijkheid(sgehalte) aan te spreken en aldus bestaan en betekenis van die norm bij elkaar te bevestigen en in te prenten.

Summary

Reasonableness and fairness as a norm for conduct

As stated in the introduction of this book, in this research I have chosen to analyse three doctrines that are primarily related to contract law and in which the principle of reasonableness and fairness plays a prominent role. These three doctrines are related to the binding force of contracts (Chapter 2), the interpretation of contracts, especially commercial contracts (Chapter 3) and the doctrine of the so-called *imprévision* (Chapter 4). In Chapter 5 I analysed how the court applies the principle of reasonableness and fairness of its own motion. In the introduction to this book, I observed that these subjects could not be studied and discussed until the following threshold question is answered:

How should the norm of reasonableness and fairness be understood: as a norm for judicial decision-making or as a mandatory norm for the conduct of contractual parties?

I discussed and answered this question in Chapter 1. Various authors hold the view that reasonableness and fairness is a ‘fully open’ or ‘totally vague’ norm for judicial decision-making if it justly resolves disputes in concrete cases. My view is that this view is untenable in light of the pivotal role played by reasonableness in our society as a norm for conduct. Reasonableness is not a concept exclusively reserved for the courts, but is pre-eminently a social praxis, indispensable for creating and preserving the community. The community cannot do without reasonableness. Nor can it do without imposing reasonableness obligations in the community. On this basis, each community member is obliged to behave reasonably, i.e. properly and carefully. It has been argued that, because society is also inherently a legal community, the social obligation to act with reasonableness has full effect in that legal community. In the Netherlands, this is reflected in the basic rule enshrined in article 6:2(1) of the Dutch Civil Code: every creditor and every debtor is obliged ‘to act towards one another in accordance with the requirements of reasonableness and fairness.’

Next I argued that the principle of reasonableness and fairness stated in article 6:2 of the Dutch Civil Code, contrary to what is sometimes assumed, does not constitute a tautology, but is a conceptual dyad made up of two distinguishable terms, each having its own dimension in setting norms of conduct and each complementing the other. When answering the threshold question stated above, I subsequently took the position that the principle of reasonableness and fairness is primarily to be viewed as a mandatory norm of conduct aimed at the parties.

It is this norm of conduct that is also always applied by the courts. For this application alone, reasonableness and fairness may also be considered a norm for judicial decision-making. The application of this norm of conduct referred to is not a licence for the exercise of judicial discretion (*richterliches Ermessen*), but always implies the application of unwritten positive law. It is not the personal opinion of the courts that matters, but the mandatory obligation of the parties, rooted in positive law, to act reasonably and fair towards one another. In any given circumstances, this may lead to an expansion of the contractual agreement (under art. 6:248(1) of the Dutch Civil Code) or a limitation of the contractual agreement (under art. 6:248(2) of the Dutch Civil Code). This occurs automatically, by operation of law and without any judicial intervention. Therefore, it is not the courts that supplement or restrict the contract. In the case submitted to the court, the court's role is only to *ascertain* what the requirements of positive law require from the parties in the case concerned.

Having answered the threshold question above, the study and discussion then turned to the four topics stated above. The leitmotiv for this was this question: to what extent does the choice made in Chapter 1 require a change in prevailing views regarding the role of the courts and the parties in the relevant doctrines? The various chapters led to the conclusion that the answer to the threshold question inevitably required a shift in views.

1 Reasonableness and fairness as the basis for the binding force of contracts

The main subject of the second chapter of this book was the requirement for a contract to have a binding nature. This is a doctrine where dissensus traditionally dominates. Many have raised objections (with good reason) against the more traditional view on the reason why contracts are binding. In the Netherlands over the last few years, Nieuwenhuis, Hijma, Smits, among others, have made various attempts to develop new views on the binding force of contracts to meet these objections. It turned out, however, that essential aspects of the views of these three

Summary

authors were likewise subject to criticism, as a result of which the need (and the opportunity) arose to search for a new basis for contracts to have binding force. By again reflecting on this doctrine, while bearing in mind the character of the principle of reasonableness and fairness as a mandatory and societally-rooted norm for conduct, as established in Chapter 1, it became possible to develop an alternative view that is simple in nature, does not result in contradictions with the law, and explains the binding force of contract on a community basis. In essence, this view entails the binding force of contracts not being the result of any combination of will, declaration and faith. Through the legal norm of reasonableness and fairness, it is the *legal community* that imposes on parties the requirement for agreements to be binding. The requirement that agreements have binding force, after all, functions within the principle of reasonableness and fairness as a *generally accepted* legal principle (*pacta sunt servanda*) in the Netherlands through article 3:12 of the Dutch Civil Code. However, this requirement is also definitely a current judicial view (*opinio iuris*) in the Netherlands referred to in that article. The requirement that agreements have binding force is, in short, a generally accepted requirement of respectable and decent conduct, enshrined in the principle of reasonableness and fairness. Great weight is given to this requirement within the principle of reasonableness and fairness: ‘after all, reasonableness and fairness first require that promises be kept and only very exceptionally allow changes in those promises...’.¹

2 Interpretation of commercial contracts

Given the position stated in Chapter 1 that reasonableness and fairness is a mandatory norm of conduct, we have seen that the concept of an agreement having binding force has a new foundation. The same is true of the doctrine of contractual interpretation. Interpretation is quite often considered to be pre-eminently a judicial duty. It is generally accepted that the legal norm to be used for such interpretation is the principle of reasonableness and fairness. If this conceptual dyad is only or primarily regarded as a vague or open norm for judicial decision-making (as often seems to be the case), the judicial interpretation and the norms of reasonableness and fairness coincide, the consequence of this being that under the guise of reasonableness and fairness the courts can give the interpretations they ‘reasonably’ see fit. In this event, reasonableness may become a synonym for ‘complete judicial discretion’ (*freies richterliches Ermessen*) and a facade for ‘arbitrariness and choice at will’.² This

1 Dutch Supreme Court, 20 February 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP).

2 The term is taken from Eggen 1949, p. 202.

is not the case if the interpretation doctrine is approached from the perspective of the role of reasonableness and fairness as a norm of conduct, as was done in Chapter 3 (as a consequence of the choice made in Chapter 1). If this approach is taken, the focus of the interpretative role of the courts is shifted to the parties and room is made for the idea that the interpretation of agreements is not a matter reserved for the courts, but is mainly to be considered a duty of the parties themselves (and quite often one that is indispensable to the performance of the agreement). This duty to interpret must be performed by the parties - just as they have an obligation to perform the agreement itself - in accordance with article 6:2 of the Dutch Civil Code. This article requires contractual parties to act reasonably and fairly towards one another, which entails the parties also being obliged to take each other's legitimate interests into account when interpreting their agreement. In this process they are also required to abandon their personal preferences and arbitrariness and to attach conclusive significance to the circumstances of the concrete case, valued in accordance with what the norms of reasonableness and fairness demand. I have shown in Chapter 3 that construing the interpretation process from the parties' point of view in such a manner contributes to a better understanding of the way in which (commercial) contracts have to be interpreted and to a better understanding of leading case law of the Dutch Supreme Court on this subject. Particular attention was given in this respect to the well-known judgment in the *PontMeyer* case. It was found that a meaningful construction could not be given to this judgment unless in light of the character of reasonableness and fairness for setting a norm of conduct, in such manner that this judgment does not provide evidence of the diminution of reasonableness and fairness when commercial contracts are interpreted, but rather confirms that, even for this type of contract, the requirements of reasonableness and fairness dictate the interpretation of the agreement in the manner described above.

3 *Imprévision* and the requirements of reasonableness and fairness

The distinction between both views on reasonableness and fairness, outlined above, is also a factor in the issue of change of circumstances (*imprévision*), which was discussed in Chapter 4. This concept, known as 'hardship' in international trade, is related to circumstances that deeply encroach on the contractual relationship, that are not taken into account in the agreement and that make the unaltered maintenance of the agreement extremely onerous. In the traditional view of the *imprévision* doctrine, the focus is on the courts and their role. The *courts* intervene in the contractual relationship on the basis of reasonableness and fairness; the *courts* have

Summary

discretionary powers to modify or set aside a contract; the *courts* set conditions; the *courts* are to use their powers with restraint etc. I did not pursue this way of thinking in Chapter 4, but in accordance with the conclusion in Chapter 1, I based my analysis of the effect of reasonableness and fairness on the *imprévision* doctrine on the reasonableness and fairness aspects as a norm of conduct. Subsequently, I examined to what extent the traditional picture of article 6:258 of the Dutch Civil Code as a kind of ‘norm of judicial review’ (*Ermessensnorm*) resulting in the courts having broad discretionary powers required correction from a dogmatic point of view and whether the role and the conduct of *parties* in the light of the requirements of reasonableness and fairness they have to meet should not have to hold a more prominent place in the analysis of the *imprévision* doctrine. I answered this question in the affirmative: it was found that the principle of reasonableness and fairness in article 6:258 of the Dutch Civil Code should not so much be construed as a norm of judicial review, but rather as a form of expression of the norm of conduct of reasonableness and fairness within the meaning of article 6:2(1) of the Dutch Civil Code. Because of this norm of conduct of reasonableness and fairness, the parties are obliged -even when unforeseen circumstances occur - to act as reasonable persons towards one another and therefore to take each other’s legitimate interests into account. In the unexpected event that the parties fail to meet the requirements of positive law in light of the change of circumstances, positive law unrelentingly does for the parties what they failed to do by themselves. This intervention may take the form of expansions of the contract (art. 6:248(1) of the Dutch Civil Code), or limitations (art. 6:248(2) of the Dutch Civil Code), or a combination of both.

In the event of unforeseen circumstances, the result of the application of positive law to the contractual relationship between the parties may in principle be determined (i.e. ascertained) by the courts, on request, in a *declaratory* judgment. Some *imprévision* cases are so complex, however, that according to the legislator they cannot be resolved except by means of a ‘constitutive’ judgment (i.e. a judgment creating, changing or cancelling a legal relationship). Also in these cases, it is the character of reasonableness and fairness for setting a norm of conduct, however, that is the decisive factor for the way in which the contract of the parties must be changed. According to the parliamentary history, the modification or setting aside referred to in the provisions on *imprévision* in article 6:258 of the Dutch Civil Code is not the result of a judicial opinion regarding reasonableness, but of the requirements of reasonableness and fairness to which *the parties* are subject. In the case to be submitted to the courts, the courts are only obliged to ‘concretize’ what reasonableness and fairness require from the parties in their relationship. In other words, even if a contract is amended or set aside pursuant to article 6:258 of the Dutch Civil

Code, this is not a judicial opinion regarding reasonableness, but the result of the norm of conduct set in article 6:2(1) of the Dutch Civil Code, which provides that creditors and debtors are obliged 'to act towards one another in accordance with the requirements of reasonableness and fairness.'

4 Application of reasonableness and fairness by the court of its own motion

The key subject in the second last chapter of this book was the application by the courts of reasonableness and fairness of their own motion. The main question in that chapter was whether the mandatory character of reasonableness and fairness as a norm of conduct (as established in Chapter 1) might entail the courts having to ascertain beyond the ambit of the legal dispute of the parties, as and when necessary, that reasonableness and fairness results in an amendment of any kind of the agreement. It was argued that an overall, affirmative answer to such a question cannot be given. With reference to the principle of due process - it was stated in Chapter 1 that this principle is the counterpart of reasonableness and fairness in procedural law - it was argued that although it is true that the principle of reasonableness and fairness is an indispensable norm of conduct in the legal community, and that this entails this conceptual dyad being considered mandatory, it does not yet imply that its enforcement *in court* would also always be a matter of general interest.

With reference to article 3:12 of the Dutch Civil Code, which functions as a link between individuals and the legal community, it was subsequently argued that the principle of reasonableness and fairness, depending on the circumstances of the case, sometimes (primarily) serves the interest of the parties themselves (in which case it is not a matter of public policy) and sometimes (to a significant extent) serves the interest of society as a whole (in which case it is a matter of public policy). If and when the principle of reasonableness and fairness is a matter of public policy (and is therefore applicable without regard to the ambit of the legal dispute) therefore depends on the circumstances of the case. If the principle is a matter of public policy, the courts apply, if necessary, the principle of reasonableness and fairness without regard to the ambit of the legal dispute. The courts of their own motion not applying unfair terms as defined in Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 was given as an example of the courts acting of their own motion.

When the principle of reasonableness and fairness is not a matter of public policy in the given circumstances - which is the usual situation - the parties themselves have to actively assert their own rights. This also corresponds with the role of reasonableness in society. After all, reasonableness includes an obligation to account

Summary

to someone else for one's own conduct, when requested to do so. Civil actions are pre-eminently a place for doing this, a place where persons with legal rights as members of the 'community of reasonable persons' have to be responsible to each other for their statements and conduct and, when requested, to be held accountable for them towards one another (and towards the community). It was argued that the courts taking the initiative in this matter of their own motion (read: without being asked to do so) would in essence mean that the autonomy to which the parties in principle are bound (which duty is also in accordance with the requirements of reasonableness and fairness) is ignored, but would probably also undermine the norm-consciousness in respect of reasonableness and fairness: it is primarily the duty of the parties themselves as members of the community to again and again confirm and to instil the existence and the meaning of that norm to and in each other.

5 Epilogue

Society cannot do without reasonableness and the legal community cannot do without the principle of reasonableness and fairness, which is based on this social norm. In short, reasonableness is the ultimate community norm, simultaneously forming society and setting norms for society:

'Reasonableness *creates a community* and is *sanctioned* by the community and by the community only; it is impossible that reasonableness is incited by solipsistic needs and desires; reasonableness makes an appeal to a community consensus and finds its eventual legitimacy in and through the norm shown by the community of the subjects.'³

The obligation to exercise reasonableness that always exists between members of the community translates in law into the obligation for the individuals to be guided in their conduct by the requirements of reasonableness and fairness (art. 6:2(1) of the Dutch Civil Code). In general, this obligation entails the parties having to fulfil the promise they once gave, but may under special circumstances also lead to the contractual relationship being broken off, in whole or in part. Where the parties dispute the interpretation of their contract they also have to let themselves be guided by reasonableness and fairness and, as a result, by the obligation to take each other's legitimate interests seriously. If the contractual relationship is damaged due to unforeseen circumstances, the parties also have to act as reasonable people and to exercise fairness towards one another when looking for and finding a suitable

3 Parret 1989, p. 15.

solution. If they face each other in court, they also have to act reasonably and take each other's procedural interests seriously. A civil action, finally, is pre-eminently a place for giving account, a place where persons with legal rights as members of the 'community of reasonable persons' have to be responsible to each other for their statements and conduct and, when requested, to be held accountable for them towards one another (and towards the community). This process of rendering account should preferably, and primarily, be initiated by the parties themselves. It is primarily the duty of the parties themselves to call each other to account in civil actions for their reasonableness, where necessary, and in such manner to confirm and to instil the existence and meaning of that norm to and in each other.

Literatuurlijst

Abas 1989

P. Abas, *Rebus sic stantibus*, Deventer: Kluwer 1989

Abas 2000

P. Abas, Over de verhouding tussen art. 6:248 en art. 6:258 BW, *WPNR* 6397 (2000)

Abas 2001

P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden*, Mon. Nieuw BW A-16, Deventer: Kluwer 2001

Abas e.a. 2003

P. Abas e.a., *Benadeling van de medecontractant*, Deventer: Kluwer 2003

Alexy 2010

R. Alexy, *A theory of legal argumentation*, Oxford: Oxford University Press 2010

Aristoteles Ethica Nicomachea

Aristoteles (vert. C. Hupperts en B. Poortman), *Ethica Nicomachea*, Budel: Damon 2008

Asser/Clausing & Wansink 5-VI 2010

P. Clausing & J.H. Wansink, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2010

Asser-Hartkamp 4-II (9^e druk)

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 5-VI, *Bijzondere overeenkomsten. De verzekeringsovereenkomst*, 3^e druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, Zwolle: Tjeenk Willink 1993

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 6-III*, *Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010

Asser-Hijma 5-I

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 5-I, *Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007

Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005)

E. Korthals Altes & H.A. Groen, D.J. Veegens. Asser-serie Procesrecht. Deel 7. *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005

Asser-Rutten 3-II (3^e druk)

L.E.H. Rutten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, derde deel – verbintenissenrecht, tweede stuk – *de overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, Zwolle: Tjeenk Willink 1968

Asser-Rutten 4-II (5^e druk)

L.E.H. Rutten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten*, 5^e druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1979

Asser-Rutten 4-II (6^e druk)

L.E.H. Rutten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten*, 6^e druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1982

Asser-Van Schaick 5-IV

A.C. van Schaick, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere Overeenkomsten. Deel IV. *Verbruikleen, borgtocht, vaststellingsovereenkomst e.a.*, Deventer: Kluwer 2004

Asser/Scholten Algemeen deel* 1974

P. Scholten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. *Algemeen deel*, met feitelijke gegevens aangevuld door mr. G.J. Scholten, Zwolle: Tjeenk Willink 1974

Asser-Vranken 2005

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

Assink 2007

B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, diss. Rotterdam, Deventer: Kluwer 2007

Atiyah 1981

P.S. Atiyah, *Promises, Morals and Law*, Oxford: Clarendon Press 1981

Atiyah 2001

P.S. Atiyah, Contracts, promises and the law of obligations, in: *Essays on contract*, Oxford/New York: Clarendon Press/Oxford University Press 2001

Bakker 1984

D.M. Bakker, De macht van het woord, in: Th.A.J.M. Janssen, J. Noordegraaf en A. Verhagen (red.), *De macht van het woord. Een selectie uit het taalkundig werk van D.M. Bakker*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1988

Bakker/De Groot 2009

P.S. Bakker & J.W. de Groot, Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken, *WPNR* 6797 (2009)

Bakker/Kaarls 2009

P.S. Bakker & A. Kaarls, De verhouding tussen art. 6:258 BW en de MAC-clausule, mede in het licht van de huidige krediet- en economische crisis, *MvV* 2009/9

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid; Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en rechtsvorming*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 1992

Van den Berg/Jansen 2007

G.C.J.J. van den Berg & C.J.H. Jansen, *Geleerd recht* (5^e druk), Deventer: Kluwer 2007

Bernstein 1982

R. J. Bernstein, From hermeneutics to praxis, *Review of Metaphysics* 35 (1982)

Bertrams 1995

R.I.V.F. Bertrams, *Enige aspecten van het Weens Koopverdrag*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 1995, Lelystad: Vermande 1995

Van Beukering-Rosmuller 2006

E.J.M. van Beukering-Rosmuller, Imprévision en zelfregulering, *NTBR* 2006/2

Bien 2007

G. Bien, Billigkeit, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, herausgegeben von Joachim Ritter †, Karlfried Gründer und Gottfried Gabriel, Band 1, Basel: Schwabe AG Verlag, p. 939

Van Bijnen 2005

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. Tilburg, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005

Brahn/Reehuis 2010

O.K. Brahn & W.H.M. Reehuis: *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010

Van Brakel 1948

S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht* (3^e druk), Zwolle: Tjeenk Willink 1948

Bregstein 1951

M.H. Bregstein, Het testament (slot), *WPNR* 4193 (1951)

Van den Brink 2002

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden*, diss. Amsterdam, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002

Van den Brink 2006

V. van den Brink, Uitleg van rechtshandelingen of uitleg van gedingstukken, in: *Hartkampvarianties*, Deventer: Kluwer 2006

Brown 1988

H.I. Brown, *Rationality*, London/New York: Routledge 1988

Brunner/De Jong 2004

C.J.H. Brunner & G.T. De Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2004

Buddeberg 2011

E. Buddeberg, *Verantwortung im Diskurs*, Berlin/Boston: De Gruyter 2011

Buijs 1998

D.C. Buijs, *Het wetsvoorstel beschermingsconstructies*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Deventer: Tjeenk Willink 1998

Canaris 1971

C-W. Canaris, *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, München: Verlag C. H. Beck 1971

Cartwright 2007

J. Cartwright, *Contract Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2007

Chao-Duivis/Koning 2001

M.A.B. Chao-Duivis & A.Z.R. Koning, *Veranderende rollen: een inleiding in nieuwe contractvormen in het bouwrecht*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2001

Claes 2003

E. Claes, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht*, Leuven: Leuven University Press 2003

Clavareau 1943

P.J.A. Clavareau, Herziening van overeenkomsten door den rechter (I), *WPNR* 3848 (1943)

Cliteur/Ellian 2009

P.B. Cliteur & A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap: positief recht*, Deventer: Kluwer 2009

Collins 1982

H. Collins, Review, *The Modern Law Review*, Vol. 45, No. 2, Mar., 1982

Commers 2009

R. Commers, *Kritiek van het ethisch bewustzijn. Van liefde met recht en rede*, Deel 1, Leuven: Acco 2009

Commers 2011

R. Commers, *Jeugd die niet voorbijgaat*, Brussel: Academic & Scientific publishers 2011

Conway 2005

S.C. Conway, Contract interpretation in the USA: a practical overview, *NTHR* 2005-3

Crommelin 2007

R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2007

Dalhuisen 2007

J.H. Dalhuisen, *Dalhuisen on transnational and comparative commercial, financial and trade law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart 2007

Dedek 2007

H. Dedek, *Negative Haftung aus Vertrag*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007

Deschenaux 1942

H. Deschenaux, *La revision des contrats par le juge*, Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, *Rev. dr. suisse* 1942

Dooyeweerd 1973

H. Dooyeweerd, Het juridisch wilsbegrip en de juridisch-normatieve uitlegging van rechtshandelingen, *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973

Drion 1999

C.E. Drion, Engelstalige contracten in de Nederlandse rechtspraak, *Contracteren* 1999/1

Drion 2001

C.E. Drion, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2001/10

Drion 2003

C.E. Drion, De drogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, *NJB* 2003/42

Drion 2004

C.E. Drion, De innovatieve contractenmaker en de bewijsovereenkomst, *NJB* 2004/1

Drion 2006

C.E. Drion, Evenwicht en proportionaliteit in het (commerciële contracten)recht, in: J.J. Brinkhof, M. de Cock Buning, E.H. Hondius (red.), *Contracteren internationaal* (Grosheide bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006

Drion 2007

C.E. Drion, De status van de redelijkheid en billijkheid, *NJB* 2007/8

Drion 2008

C.E. Drion, De omstandighedencatalogus, drie gedachten ter verbetering, *NJBlog.nl*, 8 juli 2008

Drion 2010

C.E. Drion, Anglo-Amerikaanse invloeden, *NJB* 2010/20

Drion/Van Wechem 2008

C.E. Drion & E. van Wechem, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2008/18

Van Dun 2008

F. van Dun, *Het fundamenteel rechtsbeginsel*, Antwerpen: Murray Rothbard Instituut 2008

Van Dunné 1971

J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1971

Van Dunné 1975

J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (studenteneditie), Deventer: Kluwer 1975

Van Dunné 1976

J.M. van Dunné, De goede trouw in het gewijzigd ontwerp boek 6 nieuw BW, in: *Normatief uitgelegd: verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer 2006

Van Dunné 1980a

J.M. van Dunné, De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht?, in: *Normatief uitgelegd: verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer 2006

Van Dunné 1980b

J.M. van Dunné, Drie beginselen van contractenrecht: een boekbespreking, in: *Normatief uitgelegd: verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer 2006

Van Dunné 1985

J.M. Van Dunné, Recht en dialectiek, in: *Normatief uitgelegd: verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer 2006

Van Dunné 1998

J.M. van Dunné, "Acts of God", *overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht, Deventer: Kluwer 1998

Van Dunné 2004a

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht* (deel 1), Deventer: Kluwer 2004

Van Dunné 2004b

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht* (deel 2), Deventer: Kluwer 2004

Duyvensz 2011

J.H. Duyvensz, Exoneratie en bewuste roekeloosheid, *WPNR* 6878 (2011)

Eggens 1935

J. Eggens, Iets over de ontwikkeling van het privaatrechtelijk denken in de laatste halve eeuw, in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Batavia: Noordhoff-Kolff 1938

Eggens 1937

J. Eggens, De executeur, de legitimaris, de schuldenaar en de goede trouw, in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Batavia: Noordhoff-Kolff 1938

Eggens 1939

J. Eggens, Vormen van nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II*, Alphen aan den Rijn: Samson 1959

Eggens 1949

J. Eggens, Een man een man, een woord een woord, in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II*, Alphen aan den Rijn: Samson 1959

Eggens 1950

J. Eggens, De bronnen van verbintenis, in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II*, Alphen aan den Rijn: Samson 1959

Eggens 1951

J. Eggens, Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen, in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II*, Alphen aan den Rijn: Samson 1959

Engelhard/Van Maanen 2008

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Mon. BW A15 Deventer: Kluwer 2008

Engisch 2005

K. Engisch, T. Würtenberger & D. Otto, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart: Kohlhammer 2005

Erwteman 2007

J. Erwteman, “De schrijfmachine mijmert gekkepraat” – draften na Pontmeyer, *V&O* 2007/4

Falk 1999

U. Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid, Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1999

Fish 1980

S. Fish, *Is there a text in this class?*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1980

Flume 1992

W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer Verlag 1992

Fontaine/De Ly 2006

M. Fontaine & F. de Ly, *Drafting international contracts: an analysis of contract clauses*, Ardsley, New York: Transnational Publishers 2006

Fried 1981

Charles Fried, *Contract as promise: a theory of contractual obligation*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1981

Gadamer 1978

H.G. Gadamer, *Die Idee des Guten zwischen Plato und Aristoteles*, in: Hans-Georg Gadamer, *Gesammelte Werke 7, Griechische Philosophie III*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999

Gadamer 1983

H.G. Gadamer, *Die Idee der praktischen Philosophie*, in: Hans-Georg Gadamer, *Gesammelte Werke 10, Hermeneutik in Rückblick*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999

Gadamer 1990

H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Hans-Georg Gadamer, *Gesammelte Werke 1, Hermeneutik 1*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999

Gordley 2001

James Gordley, *Contract law in the Aristotelian tradition*, in: Peter Benson (Ed.), *The theory of contract law: new essays*, Cambridge: Cambridge University Press 2001

De Graaf 2006

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

Gras 2004

E. Gras, *De grondslag voor de medewerkingsplicht – en in het bijzonder de mededelingsplicht – van partijen in het burgerlijk proces. Een bijdrage aan de fundamentele herbezinning volgens de nieuwe balans*, in: M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004

Van der Grinten 1953

W.C.L. van der Grinten, *Rechtsgemeenschap en recht*, in: *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Kluwer 2004

Van der Grinten 1965

W.C.L. van der Grinten, Handelen te goeder trouw, in: *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Kluwer 2004

Van der Grinten 1978

W.C.L. van der Grinten, Redelijkheid en billijkheid in het overeenkomstenrecht, in: *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Kluwer 2004

Groeneveld-Louwerse 2004

J.G. Groeneveld-Louwerse, Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, diss. VU Amsterdam, Deventer: Kluwer 2004

Grosheide 1996

F.W. Grosheide, Evenwicht in internationale commerciële contractsverhoudingen, in: *Molengrafica 1996*, Lelystad: Vermande 1996

Grosheide 2000

F.W. Grosheide, Lees maar, er staat wat er staat, *Contracteren 2000/4*

Grosheide/Drion 2008

F.W. Grosheide & C.E. Drion, Enerzijds, anderzijds, *Contracteren 2008/2*

Hamaker 1913

H.J. Hamaker, *Verspreide geschriften VII*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1913

Hammerstein/Vranken 2003

A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Mon. Nieuw BW A-10, Deventer: Kluwer 2003

Hartendorp en Wagenaar 2004

R.C. Hartendorp & H. Wagenaar, De praktische rechter. De opmerkelijke relevantie van Paul Scholten voor een eigentijdse rechtsvindingstheorie, *R&R 2004/1*

Hartkamp 1981

A.S. Hartkamp, Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW, *WPNR 5559* (1981)

Hartkamp 1996

A.S. Hartkamp, Boekbespreking, *WPNR 6227* (1996)

Hartkamp 2000

A.S. Hartkamp, Reactie. De verhouding tussen de artt. 6:248 en art. 6:258 BW, *WPNR 6404* (2000)

Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005

Hartkamp 2006

A.S. Hartkamp, Boekaankondiging, *WPNR 6671* (2006)

Hartkamp 2007

A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht* (rede), Deventer: Kluwer 2007

Hartlief 1999

T. Hartlief, *Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?*, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999

Hedemann 1933

J.W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1933

Hesselink 1999a

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1999

Hesselink 1999b

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, *AA* 48 (1999) 9

Van der Heijden 1933

E.J.J. van der Heijden, *Natuurlijke normen in het positieve recht* (rede), Nijmegen/Utrecht: Dekker en Van de Vegt 1933

Van der Heijden 1987

P.F. van der Heijden, *Clausula rebus sic stantibus en artikel 1639w BW*, in: *Schetsen voor Bakels: opstellen aangeboden aan prof. mr. H.L. Bakels ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Rijksuniversiteit te Groningen*, Deventer: Kluwer 1987

Hijma 1988

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1988

Hijma 1989

Jac. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis* (rede), Deventer: Kluwer 1989

Hijma 1995

Jac. Hijma, *Imprévision*, *BW-Krant Jaarboek 1995*, Arnhem: Gouda Quint 1995

Hijma 1999

Jac. Hijma, *Uitleg contra proferentem*, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999

Hijma/Olthof 2008

Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008

Hijma e.a. 2010

Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel, W.L. Valk (Eds.), *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2010

Hogg 2011

M. Hogg, *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*, New York: Cambridge University Press 2011

Hondius/Grigoleit 2011

E. Hondius & H.C. Grigoleit (Eds.), *Unexpected Circumstances in European contract law*, Cambridge: Cambridge University Press 2011

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2005

Jansen 2011

C.E.C. Jansen, Uitleg van overeenkomsten die na een aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen (jaarrede Vereniging voor Bouwrecht), *TBR* 2011/41

Janssen 2006

Th.A.J.M. Janssen, *Onvolledige zinnen* (rede), Münster: Nodus Publikationen 2006

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2003

McKendrick 2004

E. McKendrick, *The creation of a European law of contracts*, Deventer: Kluwer 2004

Kimel 2003

D. Kimel, *From promise to contract: towards a liberal theory of contract*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing 2003

Klomp 2000

R.Q.J. Klomp, Geschiedenis, bij wijze van inleiding, in: *Het eigen gezicht van het handelsrecht*, Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht', Deventer: Tjeenk Willink 2000

Kobussen 1990

M.H. Kobussen, Vertrouwen op een gegeven woord, en onvoorziene omstandigheden, in: *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballin bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1990

Koelemeijer 1999

M. Koelemeijer, *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen*, diss. Maastricht, Deventer: Kluwer 1999

Kooper 2002

R. Kooper, Ambtshalve toetsing en aanvulling van rechtsgronden, *JBPlus* 2002, p. 84-89

Kornet 2006

N. Kornet, *Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives*, diss. Maastricht, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006

Kraaijpoel 2007

B.I. Kraaijpoel, Er staat wat er staat: de grammaticale uitleg van contracten, *Bb* 2007, 70

Lankhorst 1988

G.H. Lankhorst, Uitleg van overeenkomsten, in: *Oud en nieuw*, BW-krant jaarboek nr. 4, Leiden 1988

Larenz 1936

K. Larenz, *Vertrag und Unrecht*, Erster Teil, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1936

Larenz 1963

K. Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung* (3^e druk), München/Berlin: C.H. Beck 1963

Larenz 1966

K. Larenz, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* (2^e ongewijzigde druk), Frankfurt am Main/Berlin: Metzner 1966

Larenz 1967

K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München: Beck 1967

Larenz 1991

K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer-Verlag 1991

Larenz/Wolf 2004

K. Larenz & M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht* (9^e druk), München: Verlag C.H. Beck 2004

Lewin 2009

G.C.C. Lewin, *Het hoger beroep en het cassatieberoep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba*, diss. Ned. Antillen, Deventer: Kluwer 2009

Lewin 2011

G.C.C. Lewin, Ambtshalve toepassing van rechtsregels, *TCR* 2011/1

Liesmann 1999

K.P. Liesmann, *Colleges ter inleiding in de filosofie, Over nut en nadeel van het denken voor het leven*, Rotterdam: Lemniscaat 1999

Lightsey 1984

Wallace K. Lightsey, A Critique of the Promise Model of Contract, 26 *Wm. & Mary L. Rev.* 45 (1984)

Lindijer 2006

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2006

Lokin 1995

J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen: Chimaira 1995

Loth 2009

M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Mon. Nieuw BW A-19, Deventer: Kluwer 2009

Maeijer 1984

J.M.M. Maeijer, De corrigerende werking van de goede trouw, in het bijzonder binnen rechtspersonen, in: *Goed & Trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1984

Maris en Jacobs 1997

C.W. Maris & F.C.L.M. Jacobs, *Recht, orde en vrijheid*, Groningen: Wolters Noordhoff 1997

Maye 2006

H. Maye, Die Paradoxie der Billigkeit in Recht und Hermeneutik, in: C. Vismann & T. Weitin (red.), *Urteilen/Entscheiden*, München: Wilhelm Fink Verlag 2006

Meijer 1990

R.S. Meijer, Marginale toetsing: een beetje onredelijk, in: *Haagse Baliebesognes uit de twintigste eeuw*, Bundel ter gelegenheid van de eeuwwisseling, samengesteld en uitgegeven door de Vereniging De Jonge Balie bij de Hoge Raad der Nederlanden, Den Haag 1999

Meijer 2009

E.T. Meijer, Enkele bepalingen van het overnamecontract, in: S.Y.Th. Meijer en B. Wessels (red.), *Bedrijfsvername*, Deventer: Kluwer 2009

Meijers 1903

E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. Leiden, 's- Gravenhage: Belinfante 1903

Meijers 1910

E.M. Meijers, De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak (rede), in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954

Meijers 1918

E.M. Meijers, *Behoort verandering in de feitelijke omstandigheden waaronder een overeenkomst is gesloten, invloed te hebben op haar voortbestaan?*, preadvies Nederlandse Juristen Vereniging 1918

Meijers 1921

E.M. Meijers, De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen, *WPNR* 2675 (1921)

Meijers 1927

E.M. Meijers, De beteekenis der burgerlijke wet in de huidige samenleving (rede), in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954

Meijers 1937

E.M. Meijers, *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring* (2^e druk), Mededelingen der Koninklijke Nederlandsche Akademie der Wetenschappen, afdeling letterkunde, deel 84, serie B, nr. 5, Amsterdam: N.V. Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1947

Meijers 1948

E.M. Meijers, *Algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948

Memelink 2009

P. Memelink, *De verkeersopvatting*, diss. Leiden, Meppel: Boom Juridische Uitgevers 2009

Mendel 2000

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: *Het eigen gezicht van het handelsrecht*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Deventer: Tjeenk Willink 2000

Mitchell 2007

C. Mitchell, *Interpretation of Contracts*, London/New York: Routledge-Cavendish 2007

Moisan 1994

P. Moisan, Technique contractuelle et gestion des risqué dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision, *Les Cahiers de Droit*, vol. 35/2, juin 1994

Mollema 2012

A.F. Mollema, De werking van de redelijkheid en billijkheid bij uiterste wilsbeschikkingen – een vervolg, *WPNR* 6918 (2012)

Nerlich/Clarke 1996

B. Nerlich & D.D. Clarke, *Language, action and context. The early history of pragmatics in Europe and America, 1780-1930*, Amsterdam/Philadelphia: Benjamins 1996

Nieskens-Isphording 1995

B.W.M. Nieskens-Isphording, Boekaankondiging, *WPNR* 6200 (1995)

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1979

Nieuwenhuis 1988

J.H. Nieuwenhuis, 'Zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht', in: M.S. Bijleveld et al (red.), *Recht vooruit: 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988

Nieuwenhuis 1989

J.H. Nieuwenhuis, De tuinman en de dood, in: *Confrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 1997

Nieuwenhuis 1992

J.H. Nieuwenhuis, Hoi Topoi, in: *Confrontatie en compromis* (3^e druk), Deventer: Kluwer 2007

Nieuwenhuis 2007

J.H. Nieuwenhuis, Tekst en tijd, *WPNR* 6709 (2007)

Noordegraaf 2006

J. Noordegraaf, Taal als gebrek, Bréal, Van Eeden en het misverstand, in: *Voortgang*, Jaarboek voor de neerlandistiek 24 (2006)

Ohly 2001

A. Ohly, Generalklauseln und Richterrecht, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen: J.C.B. Mohr 2001

Okma 1945

N. Okma, *Misbruik van recht*, diss. VU Amsterdam, Wageningen: Zomer en Keuning 1945

Opzoomer 1891

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, deel 5, 2^e druk, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1891

Palandt 1985

Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 44. Auflage, München: Verlag C. H. Beck 1985

Palandt 2011

Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 70. Auflage, München: Verlag C. H. Beck 2011

Parret 1989

H. Parret, Redelijkheid en de redenen van de rede, in: H. Parret (red.), *In alle redelijkheid: standpunten over het denken, spreken en handelen van de redelijke mens*, Meppel/Amsterdam: Boom 1989

Van de Paverd 1999

C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 1999

Pavillon 2012

C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2012

Peletier 1995

M.E.M.G. Peletier, Rechterlijk ingrijpen in evenredigheid, *RM Themis* 1995/10

Peletier 1999

M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partijautonomie*, diss. VU Amsterdam, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999

Pels Rijcken 1983

L.D. Pels Rijcken, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in hoger beroep, in: *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983

Pitlo 1964

A. Pitlo, *Het verbintenissenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, Groningen: Tjeenk Willink 1964

Pitlo/Bolweg 1974

A. Pitlo & M. F. H. J. Bolweg, *Het verbintenissenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek I*, Groningen: Tjeenk Willink 1974

Pitlo/Bolweg 1979

A. Pitlo & M. F. H. J. Bolweg, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Deel 3, Algemeen deel van het verbintenissenrecht* (8^e druk), Arnhem: Gouda Quint 1979

Van Plateringen 2002

A. van Plateringen, Artikel 6:258 BW: voorziene of onvoorziene omstandigheden, *AA* 2002-1

Raaijmakers 2005

G.T.M.J. Raaijmakers, Garanties in het contractenrecht, *Themis* 2005-3

Raes 2001

K. Raes, *Controversiële rechtsfiguren: rechtsfilosofische excursies over de relaties tussen ethiek en recht*, Gent: Academia Press 2001

Ras/Hammerstein 2011

H.E. Ras & A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2011

Reurich 2003

L. Reurich, Coherentie van redelijkheidsnormen. Over de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en 6:258 BW, in: T. Hartlief, Jac. Hijma, L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003

Reurich 2005a

L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen, deel II, Vaagheid van normen*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2005

Reurich 2005b

L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2005

Rijken 1994

G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid*, Mon. Nieuw BW A-5, Deventer: Kluwer 1994

Rogmans 1999

B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Mon. Nieuw BW, A-20, Deventer: Kluwer 1999

Van Rossum 1997

A.A. van Rossum, Imprévision en de hardship-clausule, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1997

Van Rossum 2001

A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst*, Mon. Nieuw BW B-80, Deventer: Kluwer 2001

Van Rossum 2009

M.M. van Rossum, De redelijkheid en billijkheid in commerciële contracten, in: S.Y.Th. Meijer en B. Wessels (red.), *Bedrijfsovername*, Deventer: Kluwer 2009

Royer 1972

S. Royer, Pacta sunt servanda en verandering van omstandigheden in het privaatrecht, *RM Themis* 1972

Rüthers 2005

B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, 6^e druk, Tübingen: Mohr Siebeck 2005

Ruygvoorn 2011

M.R. Ruygvoorn, Over de contractuele plicht tot dooronderhandelen, *NTBR* 2011/2

Sanders 2001

P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2001

Scanlon 1998

T.M. Scanlon, *What we owe to each other*, Cambridge, Massachusetts/London: Harvard University Press 1998

Schelhaas 2004

H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2004.

Schelhaas 2007

H.N. Schelhaas, Rechtsvergelijking in de praktijk: de entire agreement clause in het Europese contractenrecht, in: D. Busch & H.N. Schelhaas (red.), *Vergelijkender Wijs* (Hondius bundel), Deventer: Kluwer 2007

Schelhaas 2008

H.N. Schelhaas, Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten, *NTBR* 2008/4, nr. 21

Van Schilfgaarde 1976

P. van Schilfgaarde, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, in: *Peter van Schilfgaarde select*, Deventer: Kluwer 2000

Van Schilfgaarde 1984

P. van Schilfgaarde, Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten, in: *Peter van Schilfgaarde select: een bloemlezing uit zijn werk*, Deventer: Kluwer 2000

Van Schilfgaarde 1997

P. van Schilfgaarde, Uitleg van rechtshandelingen, in: *Peter van Schilfgaarde select*, Deventer: Kluwer 2000

Van Schilfgaarde 1999

P. van Schilfgaarde, Deel 4 van Hesselink, in: *Peter van Schilfgaarde select*, Deventer: Kluwer 2000

Scholten 1909

P. Scholten, Uitlegging van testamenten (II), *WPNR* 2058 (1909)

Schoordijk 1984

H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw*, Preadvies Studiekring Offerhaus, Deventer: Kluwer 1984

Schoordijk 1996

H.C.F. Schoordijk, *Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium* (rede), Zwolle: Tjeenk Willink 1996

Schoordijk 2002

H.C.F. Schoordijk, Het gebruik van open normen naar Belgisch en Nederlands privaatrecht, in: Eric Dirix (red.), *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Deurne: Kluwer 2002

Schoordijk 2007a

H.C.F. Schoordijk, Het betwiste onderscheid tussen uitleg en derogeren te goeder trouw breekt op, *NJB* 2007/20

Schoordijk 2007b

H.C.F. Schoordijk, Het rechtsbeginsel “gij zult een ander niet op het foute been zetten” en zijn reikwijdte, *WPNR* 6693 (2007)

Van Schooten 2008

M.R. van Schooten, Material adverse change/material adverse events, *Contracteren* 2008/1

Schrama 2000

W.M. Schrama, *Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers*, Deventer: Kluwer 2000

Schuit 2001

S.R. Schuit, De onstuitbare opmars van het Anglo-Amerikaanse recht, *Contracteren* 2001/2

Schut 1987

G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis*, Studiepockets privaatrecht, deel 15, Zwolle: Tjeenk Willink 1987

Shytov 2001

Alexander Nikolaevich Shytov, *Conscience and love in making judicial decisions*, Dordrecht/Boston: Kluwer Academic Publishers 2001

Sieburgh 2004

C. Sieburgh, *Tertium datur* (rede), Deventer: Kluwer 2004

Smith 1998

C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm*, diss. Leiden, Maastricht: Shaker Publishing 1998

Smith 2004

C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004

Smith e.a. 2008

C.E. Smith e.a., Criteria voor goed rechtswetenschappelijk onderzoek: de omgekeerde route, *NJB* 2008/12

Smits 1995

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1995

Smits 1997

J.M. Smits, Van wil, causa en verrijking: over een alternatieve route naar de contractuele gebondenheid, *Stellenbosch Law Review* 8 (1997), p. 280-295, als te vinden op: <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=7862>

Smits 1999

J.M. Smits, De klassieken van het Nederlandse privaatrecht: Eggens' Een man een man, een woord een woord, *NTBR* 1999/16

Smits 2002

J.M. Smits, Vertrouwensbescherming bij totstandkoming en dwaling naar Nederlands recht, in: J. Smits & S. Stijns (red.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen: Intersentia 2002, als te vinden op <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=5036>

Smits 2003

J.M. Smits, *Grondslag en bronnen van verbintenissen*, Mon. Nieuw BW A-2, Deventer: Kluwer 2003

Smits 2005

J.M. Smits, Inhoud en werking van de overeenkomst in België en Nederland: een overzicht, in J.M. Smits, S. Stijns (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2005

Snijder-Kuipers 2010

B. Snijder-Kuipers, *Omzetting als rechtsvormwijziging*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2010

Snijders 1999

W. Snijders, Boekbespreking, *WPNR* 6376 (1999)

Snijders 2001

W. Snijders, De invloed van boek 6 BW op het arbeidsrecht, in: I.P. Asscher-Vonk, S.C.J.J. Kortmann en E. Loesberg (red.), *Onderneming en werknemer*, Deventer: Tjeenk Willink 2001

Snijders 2003

H.J. Snijders, Remedies tegen algemene voorwaarden, in: T. Hartlief, Jac. Hijma, L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003

Snijders 2007a

W. Snijders, Beperkende werking, een paradox of een instrument?, *WPNR* 6693 (2007)

Snijders 2007b

H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2007

Sno 2008

A.P. Sno, De entire agreement-clausule in civil law-jurisdicities: op voorhand een probleemgeval?, *TOP* 2008/2

Stolp/Reurich 2000

M.M. Stolp & L. Reurich, *Toekomstverwachtingen in het contractenrecht*, BWKrant Jaarboek 2000, Deventer: Kluwer 2000

Storme 1993

M.E. Storme, De bindende kracht van de overeenkomst, in, M.E. Franke e.a., *Rechtsbeginselen in het vermogensrecht*, BW-krant Jaarboek 1993, Arnhem: Gouda Quint 1993, ook te vinden op <http://www.storme.be/bindendekrachtovereenkomst.html>

Stürner 1976

R. Stürner, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen: Mohr Siebeck 1976

Taliaferro 2005

C. Taliaferro, *Evidence And Faith: Philosophy And Religion Since The Seventeenth Century*, Cambridge: Cambridge University Press 2005

Tanja-Van den Broek 2012

T.H. Tanja-Van den Broek, Gemeente De Ronde Venen/Stedin c.s.: versoepeling van de mogelijkheden tot opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd?, *MvV* 2012/2

Temme 2008

S.N. Temme, Procederen over contractsuitleg, *VrA* 2008/1

Teuben 2004

K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2004

Teubner 1971

G. Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitte-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main: Athenäum 1971

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, De (on)vrijheid van de rechter bij de uitleg van contracten, in: *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994

Tjittes 1995

R.P.J.L. Tjittes, Aanpassing en heronderhandeling bij duurcontracten, in: B. Wessels en T.H.M. van Wechem (red.), *Contracteren in de internationale praktijk*, Deel II, Deventer: Kluwer 1995

Tjittes 1997

R.P.J.L. Tjittes, Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Tjeenk Willink 1997

Tjittes 2005

R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, *Themis* 2005-1

Tjittes 2006

R.P.J.L. Tjittes, De uitleg van een contract jegens derden, in: J.J. Brinkhof, M. de Cock Buning, E.H. Hondius (red.), *Contracteren internationaal* (Grosheide bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006

Tjittes 2007

R.P.J.L. Tjittes, Terug naar de tekst – een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten, *WPNR* 6709 (2007)

Tjittes 2008a

R.P.J.L. Tjittes, Veelvoorkomende misverstanden bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse termen in internationale contracten, *Contracteren* 2008/2

Tjittes 2008b

R.P.J.L. Tjittes, De uitleg van garanties en vrijwaringen in overnamecontracten, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Deventer: Kluwer 2008

Tjittes 2009

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

Tjong Tjin Tai 2002

T.F.E. Tjong Tjin Tai, Processuele aspecten van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, *WPNR* 2002/6482

Tjong Tjin Tai 2008

T.F.E. Tjong Tjin Tai, Bewijs van de (inhoud van) de overeenkomst, *NJB* 2008/14

Uijen 2010

M. Uijen, Boilerplate-clausules: Ketelbinkie in Contractenland?, *Contracteren* 2010/4

Van Valen/Boufadiss 2009

M.A. van Valen & S. Boufadiss, De MAC-bepaling en de huidige downturn, *TOP 3* (2009)

Valk 1992a

W.L. Valk, Recht en billijkheid, in: *Als een goed huisvader*, Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 1992

Valk 1992b

W.L. Valk, Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek, in: *Erudita Ignorantia* (Grotius bundel), Arnhem: Gouda Quint 1992

Valk 1994

W.L. Valk, De grenzen van de Haviltexformule en de uitleg van algemene voorwaarden, *NTBR* 1994/5

Valk 1996

W.L. Valk, Campina/Van Jole, in: *Verkort verklaard*, Arnhem: Gouda Quint 1996

Valk 2002

W.L. Valk, Tien jaar redelijkheid en billijkheid, *WPNR* 6472 (2002)

Valk 2009

W.L. Valk, Uitleg en het onderscheid tussen autonome en heteronome normen, in: A.G. Castermans, J. Hijma, K.J.O. Jansen, P. Memelink, H.J. Snijders, C.J.J.M. Stolker (red.), *Ex Libris* (Bundel J.H. Nieuwenhuis), Deventer: Kluwer 2009

Veegens 1971

D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971

Veenstra 2009

H.M. Veenstra, Veranderingen in contractsuitleg in het Engelse recht, *NTBR* 2009/2

Vogenauer 2001

S. Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Band 1, Tübingen: Mohr Siebeck 2001

De Vooy 1925

C.G.N. de Vooy, Vaktaal en volkstaal, in: *Verzamelde taalkundige opstellen*, Tweede bundel, Groningen/Den Haag: J.B. Wolters 1925

Vranken 1986

J.B.M. Vranken, Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht, *RM Themis*-5/6 (1986)

Vranken 1989

J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989

Vranken 1997

J.B.M. Vranken, Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht, Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland. In J.B.M. Vranken, N. Verheij, & J. de Hullu (Eds.), *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, Deventer: Tjeenk Willink 1997

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht, in: *Beginselen van het contractenrecht: opstellen aangeboden aan B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer: Kluwer 2000

De Vrey 2006

R. de Vrey, Het waterdicht maken van een Nederlands contract op Angelsaksische wijze, in: J.J. Brinkhof, M. de Cock Buning, E.H. Hondius (red.), *Contracten internationaal* (Grosheide bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006

De Vries 2009

G.J.P. de Vries, Uitleg van contracten: van subjectief naar objectief?, in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009

Vriesendorp 1970

J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding*, diss. Leiden, Zwolle: Tjeenk Willink 1970

Vriesendorp 1981

J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Studiepockets privaatrecht nr. 23, Zwolle: Tjeenk Willink 1981

Wendt 2008

J.A.I. Wendt, *De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief*, diss. Rotterdam, Zutphen: Paris 2008

Van der Werf 1982

H.G. van der Werf, *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1982

Wessels 2007

B. Wessels, Tien stappen bij het opstellen en beoordelen van contracten, in: B. Wessels (red.), *Contracten maken*, Deventer: Kluwer 2007

Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2006

B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006

Wiarda 1988

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988

Van der Wiel 2004

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2004

Willoweit 1969

D. Willoweit, *Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen*, Berlin: Duncker u. Humblot 1969

Wissink 2001

M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2001

Wissink 2004

M.H. Wissink, Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen, *WPNR* 2004/6579

Wissink 2005

M.H. Wissink, Afspraak is afspraak?, *Agrarisch recht*, april 2005/4

De Wolf 1979

A.L. de Wolf, *Veranderde omstandigheden*, Studiepockets privaatrecht nr. 18, Zwolle: Tjeenk Willink 1979

Van Woudenberg 1996

R. van Woudenberg, Rede, redenen, redeneren; rationalisme, rationeel, rationaliteit: de onderlinge verhouding van deze begrippen, *ANTW* 1996/4

Van Zaltbommel 1993

L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem*, diss. VU Amsterdam, Zwolle: Tjeenk Willink 1993

Van Zijst 2001

M. van Zijst, *De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2001

Zimmermann/Whittaker 2008

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

Zondag 2001

W.A. Zondag, *Werkijdverkorting*, diss. Rotterdam, Arnhem: Gouda Quint 2001

Zwalve 2002

W.J. Zwalve, Boekbespreking, *WPNR* 2002/6501

Rechtspraakregister

Hoge Raad:

HR 29 december 1939, NJ 1940, 274 (Doorn/NV De Prins)
HR 20 mei 1949, NJ 1950, 72 (Rederij Koppe)
HR 21 juni 1957, NJ 1959, 91 (Thurkow/Thurkow)
HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp)
HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (Bunde/Erckens)
HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Ermes/Haviltex)
HR 12 juni 1987, NJ 1988 (Kriek/Smit)
HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell)
HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439 (Mondia/Calanda)
HR 4 januari 1991, NJ 1991, 723 (Gelling/ Jessurun)
HR 15 februari 1991, NJ 1991, 493 (RVS/Van Scharenburg)
HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (Gerritse/HAS)
HR 19 november 1993, NJ 1994, 156 (Campina/Van Jole)
HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691 (De negende van OMA)
HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (Kakkenberg/Kakkenberg)
HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65 (ABB/Staat)
HR 1 november 1996, NJ 1997, 117 (Van Schijndel/PvF)
HR 28 november 1997, NJ 1998, 659 (Luycks/Kroonenberg)
HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (Gemeente Stein/Driessen)
HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (Apeldoorn/ Duisterhof)
HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP)
HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (VvE/CSM)
HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (Latour/De Bruijn)
HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473 (AKZO/FNV)
HR 30 juni 2000, NJ 2000, 675 (Van der Hoek/Stedehouder)
HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Nethou/Multi Vastgoed)
HR 23 maart 2001, NJ 2003, 715 (DAF)
HR 14 december 2001, NJ 2002, 45
HR 14 november 2003, NJ 2004, 138 (Drie-S/Mammoet)
HR 16 mei 2003, NJ 2003, 470

HR 16 januari 2004, NJ 2004, 164
HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (DSM/Fox)
HR 17 september 2004, NJ 2005, 169 (Wessanen/Nutricia)
HR 24 september 2004, NJ 2004, 672
HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (GTI/Zürich)
HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO)
HR 17 februari 2006, NJ 2007, 378 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures)
HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (Meyer/PontMeyer)
HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (Derksen/Homburg)
HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC)
HR 11 juli 2008, NJ 2008, 418 (Peters/Fianed)
HR 2 oktober 2009, RvdW 2009, 1151 (Delta Lloyd/Kassenbouw)
HR 2 oktober 2009, NJ 2012, 43
HR 9 april 2010, JOR 2010, 179 (UPC/Land)
HR 3 september 2010, RvdW 2010, 973
HR 17 september 2010, NJ 2012, 43
HR 29 oktober 2010, RvdW 2010, 1286 (Heijmans c.s./DLO)
HR 19 november 2010, NJ 2010, 623 (Skare/Flexmen)
HR 2 september 2011, NJ 2012, 75
HR 30 september 2011, JAR 2011, 277
HR 28 oktober 2011, RvdW 2011, 1311 (Gemeente Ronde Venen/Stedin c.s.)
HR 2 december 2011, NJ 2011, 574
HR 9 december 2011, NJ 2012, 5
HR 24 februari 2012, NJ 2012, 142
HR 24 februari 2012, NJ 2012, 143
HR 24 februari 2012, NJ 2012, 144
HR 2 maart 2012, NJ 2012, 158
HR 6 april 2012, NJ 2012, 234
HR 1 juni 2012, LJN: BV1748

Hoven:

Hof Amsterdam 17 januari 1980, NJ 1981, 242
Hof 's Hertogenbosch 25 mei 2010, RCR 2011, 14
Hof Leeuwarden 15 juni 2010, LJN: BM8441
Hof Amsterdam 4 oktober 2011, LJN: BT6548

Rechtspraakregister

Rechtbanken:

Rechtbank Zutphen 27 mei 2009, LJN: BI7904

Rechtbank Breda (sector kanton) 13 oktober 2010, LJN: BO2775

Buitenlandse rechtspraak

Europees Hof van Justitie:

HvJ 23 maart 1993, C-314/91

HvJ 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 en C-244/98

HvJ 21 november 2002, C-473/00

HvJ 26 oktober 2006, C-168/05

HvJ 4 juni 2009, C-243/08

HvJ 6 oktober 2009, C-40/08

Verenigd Koninkrijk:

House of Lords 19 juni 1997 (Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896)

Duitsland:

Bundesgerichtshof (BGH), NJW 1953, S. 1585, 1586

Trefwoordenregister

(Verwezen wordt naar de hoofdtekst, niet naar de voetnoottekst.)

- A**
Ambtshalve aanvulling van
rechtsgronden | p. 119 e.v.
Autonomiebeginsel | p. 26, 27, 30, 41,
127, 145
- B**
Beginsel van trouw aan het gegeven
woord | p. 38, 39, 40, 42, 68, 92,
94, 113, 141
Billijkheid | p. 8-10, 100-101
- C**
CAO-norm | p. 53, 57 e.v., 70-71
Causabeginsel | p. 25-30
Commerciële contracten | p. 51-53, 64
e.v.
Contractsvrijheid | p. 41-43, 49, 76,
113, 114
- E**
Entire Agreement clause | p. 53, 66,
75, 81, 82
Ermessen | p. 89, 98, 115, 140, 141,
143
Ermessensnorm Zie onder Ermessen
- G**
Gemeenschap van redelijken | p. 5
e.v., 12, 126, 145, 146
- Goede procesorde | p. 3, 16, 121, 124,
144
Goede trouw | p. 3, 11, 15, 30, 39,
41, 46, 48, 54, 61, 94, 99
- H**
Hardship | p. 87, 95, 96, 142
Haviltex-maatstaf | p. 46, 47, 50, 52,
54-59, 64, 66, 68, 69, 70, 71, 72,
74, 83, 85, 91, 120, 130, 131
- I**
Imprévision | p. 87 e.v.
Inschakelbepalingen | p. 97-98
Iustum pretium | p. 29
- M**
Material Adverse Change (MAC)
clause | p. 95-96
- N**
No oral modification clause | p. 84
- O**
Obliegenheit | p. 108
Onvoorziene omstandigheden | p. 87
e.v.
Openbare orde | p. 191, 121-126, 133,
135, 137, 144
Opzegging | p. 77, 78, 104, 108, 120

P

Pacta sunt servanda | p. 19, 27, 78, 68, 141

Precontractuele fase | p. 12, 41-44, 49, 106, 107, 112-114

R

Rationaliteit | p. 6, 99-100

Rechterlijke discretie | p. 4, 13, 14, 15, 89, 98, 115, 140, 141, 143

Rechtsgemeenschap | p. 8, 10, 12, 16, 17, 37, 38, 40, 41, 43, 44, 48, 49, 124, 125, 136, 138, 139, 141, 144, 145

Rechtszekerheid | p. 30, 51, 68, 72

Redelijkheid | p. 5-8, 9, 11-12, 16, 55, 91, 99, 100, 123-124, 139, 145-146

Redelijkheid en billijkheid

- Delegatiefunctie | p. 13, 14
- Receptiefunctie | p. 13
- Transformatiefunctie | p. 13, 14
- Methodische rol van de | p. 13 e.v.

Risicobeginsel | p. 40, 42, 94, 97

S

Schuldbeginsel | p. 42

T

Taalkundige uitleg | p. 52, 53, 55, 59, 64-68, 70-72, 74, 75, 85

U

Uitleg | p. 16, 45-48, 51 e.v., 91, 130-132, 141-142

V

Verdisconteringsbepalingen | p. 95-97

Verkeersopvattingen | p. 92-94, 101, 110

Verklaring | p. 21-25, 28, 35, 36, 44, 45, 46, 48, 50, 141

Vertrouwensbeginsel | p. 26, 27, 30, 40, 42

Vertrouwensleer | p. 20, 22, 24, 27

W

Wilsdogma | p. 23, 27

Wilsleer | p. 20 e.v., 27, 46

Wilsvertrouwensleer | p. 20, 22, 23, 24, 37, 45

Curriculum vitae

Sjoerd Bakker (geboren in 1973 te Heemstede) studeerde rechten aan de Universiteit van Leiden. Na een aantal jaren in de advocatuur werkzaam te zijn geweest trad hij in 2011 in dienst bij de Vrije Universiteit te Amsterdam als docent-onderzoeker. Hij doceert aldaar op het gebied van het contracten- en goederenrecht. Daarnaast is Sjoerd als advocaat verbonden aan Houthoff Buruma te Amsterdam. Momenteel bereidt Sjoerd een monografie voor over rechtsgevolgen van overeenkomsten. Hij is tevens als auteur verbonden aan de losbladige serie *Onrechtmatige Daad* van Kluwer.

