

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/120647>

Please be advised that this information was generated on 2019-06-18 and may be subject to change.

Regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid?

Een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad

*Mr. P. T. J. Wolters**

1 Inleiding

De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Zij is niet afhankelijk van 'harde' regels die een vast rechtsgevolg koppelen aan de aan- of afwezigheid van een bepaalde omstandigheid. De omstandigheden van het geval werken als factoren die voor of tegen een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid pleiten. Een omstandigheid werkt op dezelfde manier als een *principle* van Dworkin: 'It states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision.'¹

Hiermee is echter niet gezegd dat het onmogelijk is om regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid te formuleren. De partijen bij een rechtsbetrekking, de literatuur en de rechter kunnen deze regels formuleren en toepassen bij de vaststelling van de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een dergelijke regel kan bijvoorbeeld luiden: de redelijkheid en billijkheid beperkt de gevolgen van een exoneratieclausule, als de exonerant tegen de exoneratierisico's is verzekerd.²

Deze bijdrage is gericht op het creëren van duidelijkheid over de rol van regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij besteedt in het bijzonder aandacht aan de rechtspraak van de Hoge Raad. Zij definieert een regel over de werking van de redelijkheid en billijkheid als volgt: een regel die, ongeacht de overige omstandigheden van het geval, een vaste werking van de redelijkheid en billijkheid verbindt aan de aan- of afwezigheid van een bepaalde omstandigheid. Met andere woorden: de bijdrage behandelt de rol van regels over de *rechtsgevolgen* van de redelijkheid en billijkheid. Zij behandelt de rol van 'harde subregels'.³

De bijdrage begint met een korte behandeling van de voor- (par. 2) en nadelen (par. 3) van de toepassing van dergelijke regels. De Hoge Raad vernietigt uitspraken waarin lagere rechters een regel over de werking van de redelijkheid en billijkheid toepassen (par. 4). Zelf lijkt hij in sommige gevallen echter wel degelijk uit te gaan van een dergelijke regel (par. 5). De bijdrage besteedt in het bijzonder aandacht aan twee recente arresten van de Hoge Raad: Van Marrum/Wolff (par. 6) en Nationale-Nederlanden/S (par. 7), en eindigt met een conclusie (par. 8). Deze conclusie geeft een antwoord op de volgende onderzoeksvraag: *hoe gaat de Hoge Raad om met regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid? Verdient deze benadering de voorkeur?*

2 Het voordeel van regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid

Het belangrijkste *voordeel* van regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid hangt samen met het belangrijkste *nadeel* van de redelijkheid en billijkheid en andere open normen.⁴ De invloed van 'alle omstandigheden van het geval' leidt tot rechtsonzekerheid.⁵ Harde regels koppelen een specifiek rechtsgevolg aan de aan- of afwezigheid van één of meer omstandigheden. Dergelijke 'harde subregels' verkleinen de door de redelijkheid en billijkheid veroorzaakte rechtsonzekerheid. Verschillende auteurs roepen dan ook op tot de ont-

* Mr. P.T.J. Wolters is onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. R.M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1978, p. 26.
2. Vgl. in deze zin G.J. Rijken, *Exoneratieclausules. Een analyse van de omstandigheden van welke waardering het afhangt of een beroep op een exoneratieclausule vrijstaat* (diss. Utrecht, Serie Recht en Praktijk, deel 38), Deventer: Kluwer 1983, p. 210.
3. Zie over dit begrip W.D.H. Asser, *Civiele cassatie (Ars Aequi Cahiers. Privaatrecht, deel 13)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 52.

4. Zie J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 66-77; G.J. Wiarda & T. Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 77-82; P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 57-77 voor een uitgebreidere bespreking van de nadelen van open normen.
5. Zie bijv. Parl. Gesch. Boek 3, p. 1033 (T.M.), Parl. Gesch. Boek 6, p. 57 (Handelingen II); G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid (Monografieën Nieuw BW, deel A5)*, Deventer: Kluwer 1994, p. 69; H.J. Snijders, *Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992*, AA 2012, p. 771. Zie over de verhouding tussen de redelijkheid en billijkheid en de rechtszekerheid ook P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht, deel 77), Deventer: Kluwer 2013, p. 3, 29 en 253-255.

wikkeling van scherpere regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid en andere open normen.⁶

3 Nadelen van regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid

Harde regels verbinden gevolgen aan *bepaalde* omstandigheden. Zij zijn bovendien *abstract*. Hun gelding is niet beperkt tot de concrete omstandigheden van het onderhavige geval. Deze kenmerken conflicteren met het karakter van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid verbindt gevolgen aan *alle* relevante omstandigheden van het *concrete* geval. Zij biedt een uitkomst in atypische gevallen waarin de regels niet leiden tot een rechtvaardige oplossing.⁷ Nieuwe regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen deze functie niet vervullen. De regels kunnen in bepaalde atypische gevallen bevredigend werken. Zij kunnen echter, net als wettelijke regels, onbevredigend werken in andere situaties.⁸

Regels zijn daarnaast inflexibel. Maatschappelijke ontwikkelingen leiden tot nieuwe problemen met nieuwe relevante omstandigheden. Harde regels houden geen rekening met deze nieuwe problemen en omstandigheden. Aanvankelijk rechtvaardige regels kunnen door deze ontwikkelingen tot onrechtvaardige resultaten leiden. Het is immers niet mogelijk om bij het formuleren van een regel rekening te houden met alle eventuele toekomstige ontwikkelingen. De redelijkheid en billijkheid kan hier wel rekening mee houden. Haar werking is immers afhankelijk van *alle* omstandigheden. Zij stelt een rechtsstelsel op deze manier in staat om zich aan te passen aan maatschappelijke ontwikkelingen.⁹ 'Harde subregels' kunnen ook deze functie niet vervullen, maar zij kunnen beter bij de huidige maatschappij passen dan de oudere wettelijke regels. Deze verbetering is echter altijd slechts tijdelijk. De maatschappelijke ontwikkelingen stoppen niet na de formulering van de regel over de werking van de redelijkheid en billijkheid.

Zij kunnen ertoe leiden dat ook deze regel niet meer tot rechtvaardige resultaten leidt.

De redelijkheid en billijkheid vervult verschillende functies. Zij kan deze functies niet vervullen door de toepassing van harde regels. Dit betekent niet dat het formuleren van regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid zinloos is. De regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen in veel gevallen meer duidelijkheid creëren dan een verwijzing naar 'alle omstandigheden van het geval'. Zij kunnen echter niet volledig 'hard' zijn. Het blijft altijd mogelijk om van de regels af te wijken op grond van de omstandigheden van het geval. De regels zijn slechts voorlopig.¹⁰ De door de redelijkheid en billijkheid veroorzaakte rechtsonzekerheid blijft dan ook bestaan.

4 De Hoge Raad verwerpt regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid

De Hoge Raad kan in cassatie worden geconfronteerd met een regel over de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een lagere rechter kan een dergelijke regel toepassen bij de vaststelling van de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het is daarnaast mogelijk dat één van de partijen in haar cassatiemiddel een beroep doet op een regel. De Hoge Raad dient in deze gevallen te beoordelen of de geponeerde regel werkelijk geldt.¹¹ Hij kiest hierbij doorgaans voor een uitdrukkelijke verwerping van de voorgestelde norm. Ik geef enkele voorbeelden.¹²

Een bindend adviseur dient onpartijdig te zijn. Hij moet daarnaast het beginsel van hoor en wederhoor in acht nemen. Het hof oordeelde in X/Veldhuyzen van Zanten dat een exoneratieclausule geen betrekking kan hebben op deze verplichtingen. Het formuleerde hiermee een harde regel: een exoneratieclausule kan een bindend adviseur niet beschermen tegen aansprakelijkheid die is veroorzaakt door zijn partijdigheid of een schending van het beginsel van hoor en wederhoor. De Hoge Raad verwerpt deze regel echter. Hij maakt duidelijk dat een exoneratieclausule niet *in algemene zin* geen betrekking kan hebben op de genoemde verplichtingen. Ook de opvatting dat een schending van deze plichten aan een beroep op de clausule in de weg staat, *ongeacht de overige omstandigheden van het geval*, is onjuist.¹³

6. Vgl. bijv. Rijken 1983, p. 208-209; Barendrecht 1992, p. 12-13, 75-77, 155-159, 190, 225 en 273-275; M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 416-417; V. van den Brink, De rechtshandeling in strijd met de goede zeden (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 62; Asser/Vranken, Algemeen deel***, Deventer: Kluwer 2005, nr. 95; M.M. van Rossum, De redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten in het bijzonder in het kader van precontractuele onderhandelingen en uitleg (oratie OU), Deventer: Kluwer 2011, p. 40; V. van den Brink, Alle omstandigheden van alle gevallen, NTBR 2012, p. 2.

7. Barendrecht 1992, p. 7-9 en 24; Hesselink 1999, p. 39; Memelink 2009, p. 51.

8. Zie ook P. Abas, Beperkende werking van de goede trouw (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972, p. 10; Barendrecht 1992, p. 13, 34-35 en 160. Vgl. in de context van het gewoonterecht ook Asser/Scholten, Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1994, p. 110.

9. Barendrecht 1992, p. 160; Wiarda/Koopmans 1999, p. 71; Asser/Vranken 2005, nr. 56; C.E. Smith, Regels van rechtsvinding, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 41; Memelink 2009, p. 49 en 52. Vgl. ook B.M. Pajjmans, De Zorgplicht van scholen. De grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen (diss. Utrecht, Serie Recht en Praktijk, Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht CA8), Deventer: Kluwer 2013, p. 4-5.

10. Barendrecht 1992, p. 13, 145, 148 en 159-160.

11. Asser 2011, p. 52.

12. Zie daarnaast bijv. HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (Kakkenberg/Kakkenberg); HR 30 november 2001, JOL 2001, 709 (Océ/MEGA); HR 25 oktober 2002, NJ 2004, 556 (Bunink-van der Laar/Manege Nieuw Amstelland); HR 27 november 2009, NJ 2010, 493 (Van der Grijp/Stam); HR 12 februari 2010, NJ 2010, 494 (Rutten/Breed); HR 17 februari 2012, NJ 2012, 290 (Savills/Pasman); HR 17 februari 2012, RvdW 2012, 321 (Alcoa/X); HR 13 april 2012, NJ 2012, 247 (Rabobank/Erden). Zie ook Barendrecht 1992, p. 120 en 152-153.

13. HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852 (X/Veldhuyzen van Zanten). Zie vooral overweging 3.6.3 van het hof en overweging 3.8.2 van de Hoge Raad.

In ABN AMRO/X stelt de bank (onder andere) dat de redelijkheid en billijkheid de werking van art. 9 lid 3 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) niet (nooit) kan beperken. De Hoge Raad verwerpt deze regel. De rechter moet wel grote terughoudendheid in acht nemen bij de beperking van een beroep op het artikel.¹⁴

5 In sommige gevallen past de Hoge Raad regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid toe

De Hoge Raad past doorgaans geen regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid toe. Hij legt juist de nadruk op 'alle omstandigheden van het geval'. Hij volgt deze lijn echter niet consequent. In sommige gevallen lijkt de Hoge Raad wel degelijk uit te gaan van regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden.

De '50%-regel' en de '100%-regel' beschermen voetgangers en fietsers die schade lijden bij een verkeersongeval dat mede het gevolg is van hun 'eigen schuld', maar *niet* het gevolg is van hun opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid. De billijkheid eist dat de automobilist in deze gevallen ten minste 50% van de schade draagt. De automobilist draagt zelfs 100% van de schade als het slachtoffer de leeftijd van 14 jaar nog niet heeft bereikt. Deze regels zijn echter niet volledig 'hard'. Andere omstandigheden kunnen leiden tot een nuancering. Zo zijn de regels niet van toepassing als de regresnemende verzekeraar van de voetganger of fietser de vorderingen instelt.¹⁵

De '50%-regel' en de '100%-regel' zijn concreet. Zij verbinden een specifiek rechtsgevolg aan specifieke omstandigheden. De Hoge Raad kan echter ook algemenere regels formuleren. Zo brengt art. 7:611 Burgerlijk Wetboek (BW) mee dat een werknemer in beginsel tegenover zijn werkgever is gehouden tot discretie en loyaliteit.¹⁶ De Hoge Raad formuleert een algemene regel: een werknemer is gehouden tot discretie en loyaliteit. De werknemer heeft deze verplichting *in beginsel*. De omstandigheden van het geval kunnen tot een afwijkend resultaat leiden. De regel is daarom niet 'hard'.

14. HR 22 juni 2012, NJ 2012, 396 (ABN AMRO/X).

15. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink); HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (Klaverblad/IZA); HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (ZAS/SRZ); HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 (Van Keulen/Trias); HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (Terminus/ZAO). Vgl. over deze regels ook Barendrecht 1992, p. 151.

16. HR 28 oktober 2012, RvdW 2012, 1341. Het artikel verplicht de werknemer om zich als een goed werknemer te gedragen. Dit is een uitwerking of 'kristallisatie' van de 'algemene' redelijkheid en billijkheid. Zie hierover HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (Agfa/Schoolderman); HR 30 januari 2004, NJ 2008, 536 (Parallel Entry/KLM); E.M. Meijers, De arbeids-overeenkomst. Met inleiding en aantekeningen ontleend aan de gewisselde stukken, de gevoerde beraadslagingen en de rechtspraak, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1924, p. 162; Asser/Heerma van Voss 7-V*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 55; W.C.L. van der Grinten, W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 49.

6 Van Marrum/Wolff

De Hoge Raad legt in de meeste gevallen de nadruk op de invloed van 'alle omstandigheden van het geval' (par. 4). In Van Marrum/Wolff¹⁷ gaat hij hierbij verder dan de verwerping van regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid. Hij casseert een uitspraak van het hof die, zonder de toepassing van een expliciete regel, leidt tot een werking van de redelijkheid en billijkheid die losstaat van de omstandigheden van het *concrete* geval.

De particulier Wolff sluit een overeenkomst met het bouwbedrijf Van Marrum. Het bedrijf maakt gebruik van de 'Algemene Voorwaarden voor Aannemingen in het bouwbedrijf 1992'. Deze voorwaarden bevatten een arbitragebeding. Het hof oordeelt dat dit beding onredelijk bezwarend is. Het beding is dus vernietigbaar op grond van art. 6:233 sub a BW.¹⁸ Het hof verwijst hiervoor naar verschillende omstandigheden. Het arbitragebeding is allereerst een beding als bedoeld op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) onder q. De uitleg van art. 6:233 sub a BW moet in overeenstemming zijn met deze richtlijn.¹⁹ Het beding beperkt daarnaast het in art. 17 Grondwet (Gw) en art. 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde recht van toegang tot de rechter. Verder neemt het voorontwerp herziening Arbitragewet tot uitgangspunt dat een arbitragebeding vernietigbaar is, als het de consument niet de vrijheid geeft om te kiezen tussen de overheidsrechter en arbitrage. Arbitrage kan ten slotte op verschillende manieren nadelig zijn voor de consument. Zij kan allereerst leiden tot hogere kosten. De onafhankelijkheid van de arbiter is daarnaast niet op dezelfde wijze gewaarborgd als die van de overheidsrechter. De afstand tussen woonplaats van de consument en de plaats waar de Raad van Arbitrage is gevestigd, kan ten slotte een belemmering voor het instellen van een vordering vormen. Arbitrage kan juist (kosten)voordelen bieden voor de gebruiker van het arbitragebeding.

Het hof formuleert geen regel. Het stelt niet dat een arbitragebeding dat een consument niet de keuze geeft om zich tot de rechter te wenden, in alle gevallen onredelijk bezwarend is. Toch leidt de motivering van het hof wel degelijk tot deze conclusie. Het hof noemt verschillende omstandigheden die *in dit geval* tot de vernietigbaarheid van het arbitragebeding leiden. Deze 'omstandigheden' zijn echter aanwezig *in alle gevallen* waarin de partijen twisten over de vernietigbaarheid van

17. HR 21 september 2012, RvdW 2012, 1132 (Van Marrum/Wolff).

18. Dit artikel is, gelet op het woord 'onredelijk', een 'preciserend' van de redelijkheid en billijkheid. Zie ook Parl. Gesch. Boek 3, p. 1036 (M.v.T. Inv.), Parl. Gesch. Boek 6, p. 66 (M.v.A. II) en 72 (Eindverslag I); A.S. Hartkamp, Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW, WPNR (1981) 5559 en 5560, p. 215, 217 en 230; Rijken 1994, p. 16; Snijders 2012, p. 775.

19. Zie over de plicht tot richtlijnconforme interpretatie bijv. I.V. Aronstein, European Law and Open Norms of Private Law, Utrecht: Science Shop of Law, Economics and Governance, Utrecht University 2011, p. 70-74; Asser/Hartkamp 3-1*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 181-184.

een vergelijkbaar arbitragebeding. Een dergelijk beding is altijd een beding als bedoeld op de indicatieve lijst onder q, het leidt altijd tot een beperking van het recht van toegang tot de rechter en het voorontwerp neemt in alle gevallen tot uitgangspunt dat dergelijke bedingen vernietigbaar zijn. Het hof stelt bovendien niet dat arbitrage *in dit geval* tot nadeel voor de consument leidt. Het stelt slechts dat arbitrage nadelig *kan* zijn.

Het oordeel van het hof steunt niet op de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval. Het gaat daarom volgens de Hoge Raad uit van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel dat een arbitragebeding vernietigbaar is, dient te steunen op een specifieke motivering, waarin de in art. 6:233 sub a BW genoemde omstandigheden zijn betrokken.

Het arrest Van Marrum/Wolff getuigt van een strengere houding tegenover regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid dan de eerdere arresten Kroymans/Sun Alliance en Witte/Alte Leipziger.²⁰ Deze arresten behandelen de rechtsgevolgen van een beding waarin de termijn waarbinnen de verzekerde zijn recht geldend kan maken, wordt verkort tot zes maanden of een jaar. Een beroep op een dergelijk beding is op grond van deze arresten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar als de verzekeraar bij de weigering van betaling niet op duidelijke wijze heeft meegedeeld dat hij een beroep op het beding zal doen als de verzekerde de vordering niet binnen de termijn bij de rechter aanhangig maakt. De Hoge Raad baseerde deze oordelen op de aan de hand van een oordeel van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf vastgestelde in Nederland levende rechtsovertuigingen. Deze overtuigingen staan, net als de door het hof genoemde omstandigheden in Van Marrum/Wolff, los van het concrete geval.²¹

Hoe is de strengere houding in Van Marrum/Wolff te verklaren? Er bestaan allereerst verschillen tussen de arresten. Het arrest Van Marrum/Wolff ziet op de vernietigbaarheid van een algemene voorwaarde op grond van art. 6:233 sub a BW. De arresten Kroymans/Sun Alliance en Witte/Alte Leipziger zien echter op de beperking van een beroep op een beding op grond van de 'algemene' beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit verschil kan de strengere houding echter niet verklaren. De Hoge Raad verwerpt in Van Marrum/Wolff nadrukkelijk de van het concrete geval losstaande motivering van het hof. Deze verwerping zou haar betekenis verliezen als dezelfde motivering wel zou kunnen leiden tot een beperking van het beroep op het arbitragebeding op grond van art. 6:248 lid 2 BW.

De arresten Kroymans/Sun Alliance en Witte/Alte Leipziger verwijzen ook naar een omstandigheid die niet losstaat van het concrete geval. Het antwoord op de vraag of de verzekeraar

heeft meegedeeld dat hij een beroep op het beding zal doen, verschilt immers per concreet geval. Ook dit verschil kan de strengere houding echter niet verklaren. De situatie waarin de verzekeraar deze mededeling heeft gedaan, kan worden gezien als een uitzondering: een beroep op het beding is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar *tenzij* de verzekeraar de mededeling heeft gedaan. De hoofdregel van strijd met de redelijkheid en billijkheid is enkel gebaseerd op de van het concrete geval losstaande in Nederland levende rechtsovertuigingen.

Het is daarnaast mogelijk dat de Hoge Raad in Van Marrum/Wolff slechts duidelijk heeft willen maken dat de door het hof genoemde omstandigheden een arbitragebeding niet onredelijk bezwarend maken. De nadrukkelijke verwerping van de van het concrete geval losstaande argumentatie van het hof heeft in deze lezing van het arrest niets te maken met een strengere houding tegenover regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze interpretatie verklaart echter niet waarom de Hoge Raad voor deze nadrukkelijke verwerping kiest. Hij had zich immers ook kunnen beperken tot de stelling dat de door het hof genoemde omstandigheden niet kunnen leiden tot het oordeel dat het arbitragebeding onredelijk bezwarend is.

De specifieke kenmerken van (de casus van) Van Marrum/Wolff kunnen de strenge houding niet verklaren. De Hoge Raad lijkt een strengere houding ten opzichte van regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid aan te nemen dan in de eerdere arresten Kroymans/Sun Alliance en Witte/Alte Leipziger. Deze strengere houding past in een trend.²² De Hoge Raad heeft sinds de '50%-regel' geen concrete en duidelijk geldende regels meer erkend. Met Van Marrum/Wolff gaat de Hoge Raad nog een stap verder. Hij kiest nadrukkelijk voor de verwerping van een werking van de redelijkheid en billijkheid die slechts is gebaseerd op de van het concrete geval losstaande omstandigheden. De arresten Kroymans/Sun Alliance en Witte/Alte Leipziger nemen, net als de '50%-regel' en de '100%-regel', een uitzonderingspositie in. Deze positie is erkend in een arrest uit 1996. De in IZA/Vrerink erkende '50%-regel' stamt zelfs uit 1992. Deze uitzonderingen lijken voorsnog te worden geëerbiedigd.²³ Zij passen echter slecht bij de strengere nadruk op 'alle omstandigheden van het geval'. Men kan zich afvragen of de uitzonderingen ook zouden worden geaccepteerd als zij anno 2013 voor het eerst aan de Hoge Raad zouden worden voorgelegd.

7 Nationale-Nederlanden/S

De Hoge Raad past in sommige gevallen wel degelijk een regel over de werking van de redelijkheid en billijkheid toe (zie par. 5). Hij erkent echter niet altijd even duidelijk dat de toe-

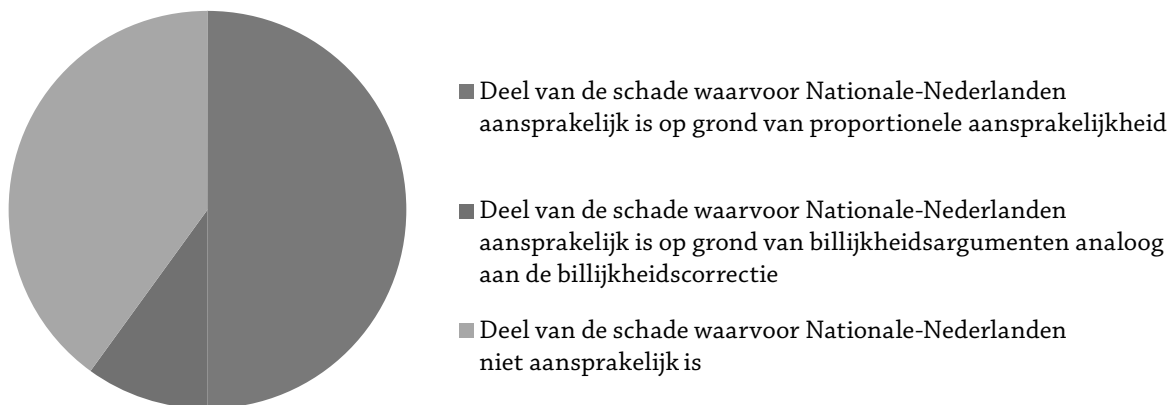
20. HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (Kroymans/Sun Alliance) en HR 14 mei 2004, NJ 2006, 188 (Witte/Alte Leipziger).

21. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 395.

22. Vgl. ook Asser/Veegens, Korthals Altes & Groen, Procesrecht. Deel 7, Deventer: Kluwer 2005, nr. 102, noot 1 op p. 230.

23. Zie over de '50%-regel' bijv. HR 30 maart 2007, NJ 2008, 64 (P/Noord-hollandsche); Rb. Zutphen 12 november 2009, JA 2010, 30 (X/Achmea).

Figuur 1 De verdeling van de schade in de visie van het hof



gepaste regel het primaat van 'alle omstandigheden van het geval' doorbreekt. Hij past in een dergelijk geval een regel toe zonder deze als zodanig te formuleren.

In Nationale-Nederlanden/S²⁴ twisten de partijen over de aansprakelijkheid voor de hersenschade van een kind. Voor deze schade bestaan twee mogelijke oorzaken. Het letsel kan het gevolg zijn van een verkeersongeval tijdens de zwangerschap van de moeder. Het kan ook het gevolg zijn van ademhalingsproblemen kort na de geboorte. De ouders van het kind spreken (de verzekeraar van) de veroorzaker van het verkeersongeluk aan. Het hof besluit tot de toepassing van de regel van proportionele aansprakelijkheid. Het stelt de kans dat het verkeersongeluk de schade heeft veroorzaakt op 50%. Het stelt vervolgens dat er ook bij proportionele aansprakelijkheid ruimte overblijft voor een correctie op grond van billijkheidsargumenten analoog aan de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW. Het verhoogt de aansprakelijkheid van de veroorzaker van het verkeersongeval op grond van deze correctie tot 60%. De visie van het hof is weergegeven in figuur 1.

De Hoge Raad vernietigt het oordeel van het hof. Art. 6:99 en 6:101 BW zijn volgens de Hoge Raad niet rechtstreeks of van overeenkomstige toepassing op de verdeling van de schade op grond van proportionele aansprakelijkheid. Er bestaat dan ook geen ruimte om een billijkheidscorrectie toe te passen op de in een percentage uitgedrukte kans dat de normschending de schade heeft veroorzaakt.

De Hoge Raad merkt op dat dit niet betekent dat de billijkheidscorrectie geen enkele rol speelt bij gevallen van proportionele aansprakelijkheid. Art. 6:101 lid 1 BW is niet van toepassing op de *vestiging* van een vergoedingsplicht op grond van proportionele aansprakelijkheid. Het artikel is echter wel van toepassing op de op grond van proportionele aansprakelijkheid *vastgestelde* vergoedingsplicht. Het kan tot een vermindering van de vergoedingsplicht leiden 'op grond van causale omstandigheden aan de zijde van de benadeelde die niet reeds verdisconteerd (konden) zijn in het kader van de proportione-

le aansprakelijkheid zelf'. De billijkheidscorrectie kan deze plicht vervolgens verlagen of verhogen. Zij kan echter niet leiden tot een hogere vergoedingsplicht dan op grond van proportionele aansprakelijkheid is vastgesteld. De visie van de Hoge Raad is weergegeven in figuur 2.

De Hoge Raad creëert een regel: de billijkheidscorrectie kan niet leiden tot een verhoging van de aansprakelijkheid tot boven het niveau van de op grond van proportionele aansprakelijkheid vastgestelde vergoedingsplicht. Hij verbindt een gevolg (de billijkheidscorrectie leidt *niet* tot een verhoging van de aansprakelijkheid) aan de 'aanwezigheid' van proportionele aansprakelijkheid.²⁵

Verskillende argumenten pleiten voor deze regel.²⁶ Een billijkheidscorrectie op de in een percentage uitgedrukte kans dat de normschending de schade heeft veroorzaakt, levert de partijen uit aan de intuïtie van de rechter.²⁷ Proportionele aansprakelijkheid leidt tot aansprakelijkheid voor schade die de schuldenaar mogelijk niet heeft veroorzaakt. De aanwezigheid van een *conditio sine qua non*-verband is onzeker. Dit pleit volgens Fortis/Bourgonje²⁸ voor terughoudendheid. Dezelfde terughoudendheid pleit tegen een verhoging van de aansprakelijkheid op grond van een billijkheidscorrectie.²⁹ Deze correctie leidt immers tot verdere aansprakelijkheid voor schade die de schuldenaar mogelijk niet heeft veroorzaakt.

Andere argumenten pleiten tegen deze regel. Ik geef in de volgende alinea's enkele voorbeelden van deze tegenargumenten. Een uitgebreide analyse van alle mogelijke argumenten valt

25. De 'aard van de aansprakelijkheid' is een omstandigheid die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. Zie ook Wolters 2013, p. 222-225.

26. Zie ook J.M. Emaus & A.L.M. Keirse, Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid. Een verkenning van het criterium veroorzakingswaarschijnlijkheid ter vaststelling van het percentage van proportionele aansprakelijkheid, MvV 2013, p. 131.

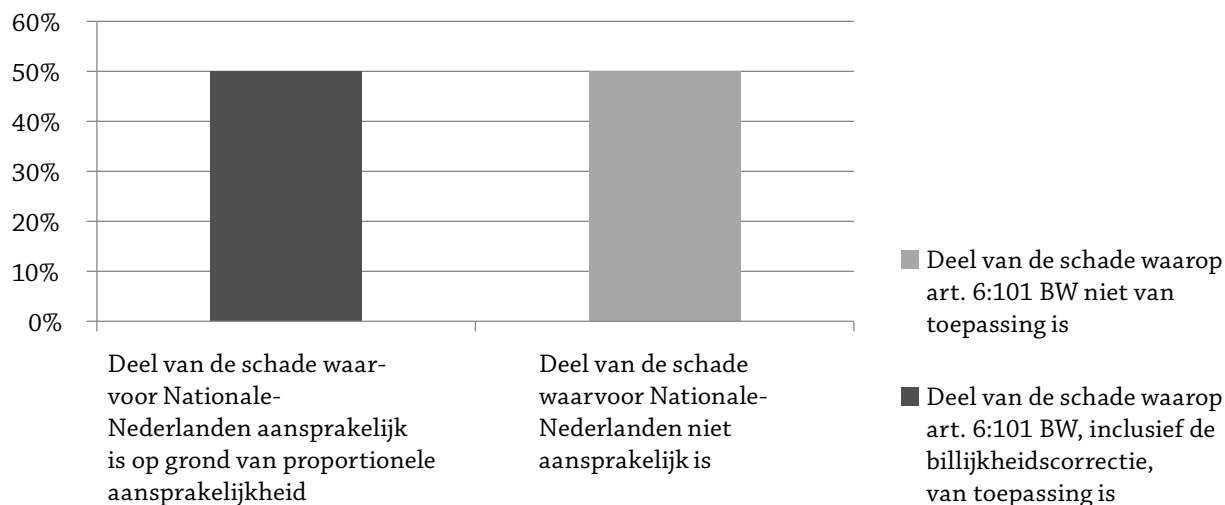
27. Overwegingen 2.3.7-2.3.10 van A-G Hammerstein. Vgl. ook T. Hartlief, Proportionele aansprakelijkheid voor juristen en echte wetenschappers, NJB 2013, p. 289. Hartlief vergelijkt de billijkheidscorrectie met een 'toverdoos'.

28. HR 24 december 2010, NJ 2011, 251 (Fortis/Bourgonje).

29. Overweging 4.3 van de Hoge Raad.

24. HR 14 december 2012, NJ 2013, 236 (Nationale-Nederlanden/S).

Figuur 2 De verdeling van de schade in de visie van de Hoge Raad



buiten het bereik van deze bijdrage. De voorbeelden zijn slechts bedoeld om aannemelijk te maken dat een andere keuze op zijn minst voorstelbaar is. Zij laten zien dat de Hoge Raad ook had kunnen oordelen dat art. 6:101 BW wel van toepassing is op de verdeling van de schade op grond van proportionele aansprakelijkheid.

Proportionele aansprakelijkheid is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid. Zij leidt tot aansprakelijkheid zonder vaststelling van een *conditio sine qua non*-verband. Waarom vormt het ontbreken van dit verband wel een bezwaar tegen een verhoging van de aansprakelijkheid op grond van de, eveneens op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde,³⁰ billijkheidscorrectie? Proportionele aansprakelijkheid is daarnaast mede gebaseerd op de aan art. 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten. Is de regel dat de redelijkheid en billijkheid tot een andere verdeling van de schade kan leiden, de billijkheidscorrectie, niet één van de uitgangspunten van art. 6:101 BW?

De kans dat de aansprakelijke persoon de schade heeft veroorzaakt, is niet altijd objectief vast te stellen.³¹ Bestaat er geen risico dat de rechter de billijkheidscorrectie 'verstopt' in de vaststelling van de kans? Stel dat het hof de kans dat de schade is veroorzaakt door het verkeersongeval niet op 50% maar op 60% zou hebben gesteld. Zou de Hoge Raad de uitspraak van het hof in dat geval ook hebben gecasseerd?

30. Art. 6:101 lid 1 BW is, gelet op het woord 'billijkheid', een 'precisering' van de redelijkheid en billijkheid. Zie ook Parl. Gesch. Boek 3, p. 1036 (M.v.T. Inv.), Parl. Gesch. Boek 6, p. 66 (M.v.A. II) en 72 (Eindverslag I); Hartkamp 1981, p. 215 en 217; Rijken 1994, p. 16; Sniijders 2012, p. 775.

31. Overweging 2.3.10 van A-G Hammerstein; C.J.M. Klaassen, Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?, NJB 2013, p. 1349 en 1362; Hartlief 2013, p. 289. Zie ook overweging 3 van het hof en F. Sobczak, Liability for Asbestos-Related Injuries (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht, p. 141, 208 en 225-226. Ook ingeschakelde deskundigen komen niet altijd tot een eenduidig oordeel.

De Hoge Raad formuleert de regel niet na een afweging van deze argumenten. Hij kiest in plaats daarvan voor een benadering die zich laat omschrijven als 'wetssystematisch'. Hij oordeelt dat art. 6:101 BW niet van toepassing is op de verdeling van de schade op grond van proportionele aansprakelijkheid. De door de Hoge Raad gecreëerde regel ziet op de *toepasbaarheid* van de in art. 6:101 BW opgenomen billijkheidscorrectie. De regel ziet niet op de *werking* van de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad komt niet toe aan een oordeel over de *redelijkheid* van een eventuele verhoging. Een dergelijke verhoging is immers uitgesloten.

De Hoge Raad had ook kunnen kiezen voor de formulering van een regel over de werking van de billijkheidscorrectie. Hij had kunnen oordelen dat de billijkheidscorrectie van toepassing is op de verdeling van de schade op grond van proportionele aansprakelijkheid, maar dat een verhoging van de aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Een discussie over de redelijkheid van een eventuele verhoging op grond van de billijkheidscorrectie is ook mogelijk bij de wetssystematische benadering van de Hoge Raad. De hierboven weergegeven argumenten kunnen nog steeds een rol spelen. De Hoge Raad, advocaat-generaal Hammerstein en de literatuur beargumenteren de afwijzing van de mogelijkheid van een (analoge) toepassing van de billijkheidscorrectie dan ook mede door te wijzen op de onrechtvaardigheid van dergelijke toepassingen.³²

De Hoge Raad 'verstopt' een oordeel over de redelijkheid van een verhoging van de proportionele aansprakelijkheid op grond van de billijkheidscorrectie in een oordeel over de toepasbaarheid van art. 6:101 BW. Op deze manier vermijdt hij de formulering van een regel over de werking van de redelijk-

32. Zie noot 27, 28 en 30.

heid en billijkheid. De werking van de redelijkheid en billijkheid is immers niet van belang als de redelijkheid en billijkheid niet van toepassing is.

8 Conclusie

De Hoge Raad past in sommige gevallen regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid toe (par. 5). Deze regels nemen echter een uitzonderingspositie in. De Hoge Raad kiest in de regel voor een nadrukkelijke verwerping van regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid (par. 4). Voor deze hoofdregel bestaan goede argumenten. De redelijkheid en billijkheid speelt een rol als harde regels tot onrechtvaardige resultaten leiden. Zij kan haar functies niet vervullen als haar werking ook afhankelijk is van harde regels (par. 3).

De houding van de Hoge Raad is niet consequent. Aan de ene kant legt de Hoge Raad sterk de nadruk op de omstandigheden van het concrete geval. Hij vernietigt uitspraken waarin lagere rechters een regel over de werking van de redelijkheid en billijkheid toepassen. Hij vernietigde in Van Marrum/Wolff zelfs een uitspraak waarin de werking slechts is gebaseerd op van het concrete geval losstaande omstandigheden. Deze strengere houding past in een trend. De Hoge Raad heeft sinds de uit 1992 stammende ‘50%-regel’ geen concrete en duidelijk geldende regels meer erkend (par. 6).

Aan de andere kant formuleert de Hoge Raad in Nationale-Nederlanden/S zelf wel een regel over de werking van de redelijkheid en billijkheid. Hij komt hier echter niet openlijk voor uit. Hij ‘verstopt’ de regel in een oordeel over de toepasselijkheid van art. 6:101 BW (par. 7). Deze benadering past in de trend om geen regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid te formuleren. Zij verdient echter niet de voorkeur. De Hoge Raad beargumenteert zijn beslissing in Nationale-Nederlanden/S mede aan de hand van argumenten over de redelijkheid van een eventuele verhoging van de proportionele aansprakelijkheid. Deze argumentatie is echter niet zuiver. De redelijkheid en billijkheid is ook van toepassing als zij in een concreet geval geen invloed uitoefent op de rechtsbetrekking. Art. 6:248 lid 2 BW is bijvoorbeeld ook van toepassing op een overeenkomst als de in deze overeenkomst opgenomen regels niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Hetzelfde dient te gelden voor de billijkheids-correctie van art. 6:101 BW. Het artikel is ook van toepassing als een billijkheidscorrectie in het concrete geval niet redelijk is. Een discussie over de redelijkheid van een verhoging van de proportionele aansprakelijkheid op grond van de billijkheids-correctie dient plaats te vinden in het kader van de redelijkheid en billijkheid. Deze benadering maakt het mogelijk om de argumenten over de *toepasbaarheid* van art. 6:101 BW te scheiden van de argumenten over de *redelijkheid* van een eventuele verhoging van de proportionele aansprakelijkheid.

De onderzoeksvraag luidt als volgt: *Hoe gaat de Hoge Raad om met regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid? Verdient deze benadering de voorkeur?* De vorige alinea’s geven

een overzicht van de houding van de Hoge Raad. Uit deze alinea’s blijkt dat deze houding niet altijd de voorkeur verdient. De Hoge Raad kan ook een andere koers varen. Hij kan ervoor kiezen om de strenge houding te laten varen. Hij kan in bepaalde gevallen *wel* kiezen voor de toepassing van regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid. De regels kunnen echter niet volledig ‘hard’ zijn. Het blijft altijd mogelijk om van de regels af te wijken op grond van de omstandigheden van het geval (par. 3). De erkenning van de mogelijkheid van voorlopige regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid maakt het ‘verstoppingen’ van een regel overbodig. Regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid vormen niet langer een onaanvaardbare inbreuk op het primaat van ‘alle omstandigheden van het geval’. Zij vormen een voorlopige regel die altijd opzij kan worden gezet op grond van de omstandigheden van het geval. Deze benadering stelt partijen, rechters en de literatuur in staat om de discussie over de redelijkheid van deze regel te voeren in het kader waarin deze discussie thuishoort: het kader van de redelijkheid en billijkheid.