



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid : beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht

Smits, J.M.

Citation

Smits, J. M. (1995, November 14). *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid : beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*. Gouda Quint BV, Arnhem|Department of Private Law, Faculty of Law, Leiden University. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12296>

Version: Corrected Publisher's Version
License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12296>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Hoofdstuk III

Redelijkheid en billijkheid en vertrouwen

1. INLEIDING

1.1 De redelijkheid en billijkheid en de feiten van het geval

Aan het einde van het vorige hoofdstuk zijn we blijven steken bij de wens om de 'feitelijkheid' van het geval aan de hand van leerstukken nader te bepalen. Daartoe is een eerste vraag waarin die feitelijkheid zich in het contractenrecht eigenlijk uit. Men kan op de voorafgaande beschouwing immers tegen hebben dat zij weinig betrokken was op het positieve recht en dus in hoge mate abstract. Thans moet aan de orde komen hoe de suprematie van de feiten van het geval in het contractenrecht meer specifiek blijkt.

Daartoe moet in herinnering worden geroepen wat al werd aangestipt in hoofdstuk I, namelijk dat feiten op zichzelf geen feiten zijn en dus altijd normatief geladen. Duidelijk werd toen dat de 'feitelijkheid' doorgaans gelijk wordt gesteld aan de norm die door de aanhangers van de 'normatieve uitleg' als bepalend voor alle rechtsverhouding wordt gepresenteerd, namelijk de 'goede trouw'. Dit betekent dat wanneer we ons nader willen oriënteren op wat de feiten van het geval zijn, we onze toevlucht moeten nemen tot een beschouwing omtrent die 'goede trouw' of — zoals het begrip in de terminologie van het huidige BW wordt aangeduid — de 'redelijkheid en billijkheid'.

1.2 Opbouw van het betoog

Aan de redelijkheid en billijkheid zal hier betrekkelijk uitgebreid aandacht worden geschonken. Dat wordt ook gerechtvaardigd door de grote rol die aan de redelijkheid en billijkheid in ons recht wordt toegekend. Algemeen wordt onder de vigeur van het BW van 1992 aangenomen dat de hendyadis¹ niet slechts de overeenkomst, maar iedere verbintenis beheerst.² Zelfs wordt wel gesteld dat het begrippenpaar een rol speelt in iedere vermogensrechtelijke rechtsbetrekking, ongeacht de vraag of deze als een verbintenisrechtelijke kan

1. Aldus genoemd in de PG Boek 6, p. 67 (MvA II) en p. 71 (EV I). Naar redelijkheid en billijkheid zal dan ook worden verwezen in de enkelvoudsvorm.

2. Vgl. art. 6:2 lid 1 en art. 6:216 jo. 6:248 BW.

worden gekwalificeerd.³ Bij een dergelijk ruim toepassingsgebied, is de vraag gerechtvaardigd wat het dan betekent dat enigerlei verhouding onder de hegemonie van de redelijkheid en billijkheid staat.

Daartoe zal eerst meer algemeen aandacht worden besteed aan het standaardbeeld van de redelijkheid en billijkheid: aangegeven wordt hoe er meestal tegen wordt aangekeken. Het geschetste beeld zal vervolgens worden bijgesteld. Is eenmaal duidelijkheid ontstaan omtrent de gewenste rol van het begrippenpaar, dan kan vervolgens het verband worden gelegd met het vertrouwensbeginsel.

2. REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID ALS RECHTSFACTOR

2.1 *Het standaardbeeld van redelijkheid en billijkheid*

In de traditionele benadering van de redelijkheid en billijkheid vallen vier dingen op. Tezamen vormen zij wat kan worden aangeduid als het *standaardbeeld* van redelijkheid en billijkheid.⁴

2.1.1 *Redelijkheid en billijkheid als vage norm*

In de eerste plaats moet worden opgemerkt, dat de redelijkheid en billijkheid als een vage of open norm wordt gezien. Hieraan kunnen twee aspecten worden onderscheiden, een positief en een negatief.

Enerzijds erkent men dat met een verwijzing naar redelijkheid en billijkheid weinig is gezegd.⁵ Het betreft een norm waarmee eigenlijk wordt teruggevallen op de meest algemene maatstaf die in ons recht aanwezig is. In wezen gaat het om een verwijzing naar het ongeschreven recht, dat per definitie niet nader concretiseerbaar is. Weliswaar vindt een concretisering van de algemene redelijkheid en billijkheid door de rechter steeds plaats naar aanleiding van de casus die voorligt, maar enige prospectieve waarde, ook voor andere gevallen, komt daaraan vanwege de nauwe verbondenheid met de 'omstandigheden van het geval' niet toe.

Deze factor wordt van oudsher in verband gebracht met de rechtszekerheid: die komt bij een dergelijk beroep op redelijkheid en billijkheid in

3. Aldus bijvoorbeeld *Asser-Hartkamp II*, no. 305. Vgl. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, p. 47 v.

4. Vgl. de, anders georiënteerde, functies van de redelijkheid en billijkheid genoemd bij G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis* [= Studiepockets privaatrecht nr. 15], 3e dr., Zwolle 1987, p. 129 v.

5. Representatief is de bekende zinsnede bij H. Drion, *Dwaling in het contractenrecht*, *RMTh* 1960, p. 506: 'verwijzen naar de goede trouw is een "non liquet" uitspreken'.

gevaar.⁶ Een grote betekenis voor de vage norm leidt tot onzekere uitkomsten in het concrete geschil. Bovendien ontstaat rechtsongelijkheid omdat gevallen niet langer kunnen worden beoordeeld aan de hand van een eerder geformuleerde regel.⁷ Aldus krijgt het rechtersrecht het primaat; ook al zal de rechter trachten zoveel als mogelijk aansluiting te zoeken bij objectieve factoren, zoals bijvoorbeeld neergelegd in art. 3:12 BW, geheel zijn eigen oordeel uitsluiten kan hij niet.⁸ Al deze factoren worden als negatief ervaren.

Anderzijds wordt tegelijkertijd erkend dat deze vaagheid van het begrip noodzakelijk is om het recht open te laten zijn. De bekoring van de redelijkheid en billijkheid zit hem nu juist in die vaagheid en concretisering zou die waarde teniet doen. Wanneer men aanneemt dat concretisering theoretisch gezien wel mogelijk is, dan nog is deze onwenselijk omdat daarmee een der belangrijkste factoren voor de rechtsontwikkeling teniet gaat. Het gebruik van vage normen maakt het bereiken van een rechtvaardig resultaat mogelijk; met de redelijkheid en billijkheid als een der belangrijkste open normen, blijft het recht open voor de behoeften van het maatschappelijk verkeer.⁹

Hiermee hangt een ander aspect samen dat doorgaans in één adem met het bovenstaande wordt genoemd, maar dat daarmee logisch gezien geen verband houdt. Dit betreft de gedachte dat het concretiseren van de redelijkheid en billijkheid niet alleen onwenselijk is, maar ook onmogelijk. Het betreft hier immers, zo luidt de gangbare redenering, een der meest algemene principes

6. Zie met name Ph.A.N. Houwing, *Zekerheid omtrent het recht*, rede Rotterdam 1947, in: *Geschriften van Houwing*, Deventer 1972, p. 199 v. en G. de Grooth, *Enige beschouwingen over de conflicten tussen rechtszekerheid en levend recht*, rede Leiden 1947, Leiden 1947. Vgl. over het rechtszekerheidsargument L.D. Pels Rijcken, *Rechtszekerheid*, aspepoester van rechtsvindingstheorieën, in: *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle 1979, p. 311 v. Anders over de rol der rechtszekerheid Bregstein, *De betrekkelijke waarde der wet*, oorspr. 1952, in: *VW*, dl. I, p. 1 v. Vgl. het overzicht bij Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, p. 66 v.
7. Ook denkbaar is het argument van de verminderde economische activiteit omdat men niet meer weet waar men aan toe is en dus eerder zal afzien van risicodragende activiteiten. Zie daarover vooral Peter Swoboda, *Ökonomische Aspekte der Rechtssicherheit*, in: *Festschrift Walter Wilburg zum 70. Geburtstag*, Graz 1975, p. 387 v.
8. Zie voor deze bezwaren bijv. P.A. Stein, *Over de betekenis van de billijkheid voor het huidige en het toekomstige verbintenissenrecht*, *RMTh* 1969, p. 314 v., alsmede Houwing, *Zekerheid omtrent het recht*, o.c., p. 199 v.
9. Vgl. S. Gerbrandy, *Ontwikkeling van het privaatrecht*, in: *Vooruitzichten van de rechtswetenschap*, Deventer etc. 1964, p. 100; H.G. van der Werf, *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht*, Arnhem 1982, p. 12 en L. Cornelis, *Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw?*, preadvies voor de VJV, 34e rechtscongres (1990), *TPR* 1990, p. 240. Voorts G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 3e dr., Zwolle 1988, p. 37, J.B. Vegter, *Enige opmerkingen over het karakter van juridische begripsvorming*, *WPNR* 5957 (1990) p. 251. Kritisch hierover is Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, p. 7 (vgl. p. 37 en 68), die in dit verband spreekt van een 'sluiproute naar een billijke oplossing'.

van het recht en dit is principieel niet nader te definiëren.¹⁰ De billijkheid is per definitie concreet. Dit kan nog voor twee niveau's worden uitgewerkt, namelijk in de eerste plaats voor de beslissing in concreto die op grond van de redelijkheid en billijkheid geschiedt en in de tweede plaats voor de redelijkheid en billijkheid als algemeen principe van ons recht.

Bij het eerste niveau gaat het erom dat wordt gemeend dat met een verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid wordt teruggegrepen op een aantal verscheidene elementen dat niet op een nader te concretiseren noemer is terug te brengen. De omstandigheden van het geval zijn nu eenmaal beslissend.¹¹ Niet voor niets immers — zo luidt de redenering — wordt juist daarnaar verwezen: een bestaande norm biedt geen houvast. Vervolgens proberen om toch tot een concretisering te komen is dan onmogelijk.¹² Was het wel mogelijk, de rechter zou het wel hebben gedaan. De redelijkheid en billijkheid fungeert hier als instrument voor de rechter.

Op een tweede niveau, namelijk ten aanzien van de nadere concretisering van het algemene begrip van de redelijkheid en billijkheid, wordt doorgaans een genuanceerder standpunt ingenomen. Dit heeft te maken met de andere functie die de redelijkheid en billijkheid in dit verband heeft. Het gaat hier niet zozeer om een instrument voor de rechter alswel om het algemene onuitputtelijke begrip. Hier is een nadere concretisering wel mogelijk in die zin dat zich hieruit nieuwe leerstukken kunnen ontwikkelen. Dit is wat we in de ontwikkeling van het recht ook steeds weer terugzien: voor wat het verbintenissenrecht aangaat heeft dat in deze eeuw bijvoorbeeld geleid tot aparte leerstukken van onvoorziene omstandigheden¹³ en rechtsverwer-

10. W.C.L. van der Grinten, *Handelen te goeder trouw*, in: *Opstellen over recht en rechts-geschiedenis* (Hermesdorf-bundel), Deventer 1965, p. 163; Van der Werf, *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht, o.c.*, p. 17 spreekt van een 'niet verder te herleiden abstracte norm'. Vgl. Stein, *Over de betekenis van de billijkheid, o.c.*, p. 317. Grondlegend Franz Bydlinsky, *Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln*, in: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft* (Wieacker-Symposion), Göttingen 1990, p. 189 v.
11. Zie Paul Scholten, *Recht en billijkheid*, oorspr. 1924, in: *VG*, dl. I, p. 247.
12. Schoordijk, *Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding*, in: *Rechtsvinding* (Pieters-bundel), Deventer 1970, p. 251 meent dat de goede trouw zich 'uiteindelijk' niet in regels laat vangen. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, p. 46, formuleert uiteindelijk de door hem zo genoemde 'maatschappelijke' billijkheid als een verzameling van ongeschreven behoorlijkeheidsnormen, die hic et nunc gelding hebben. Vanwege de nadere ondefinieerbaarheid moet de nadruk worden gelegd op de kenbronnen van de billijkheid, zoals ook art. 3:12 dat doet. Vgl. I. Kisch, *Het eerste zevental, RMTh* 1955, p. 148: de billijkheid is voor nadere definiëring niet vatbaar. Men onderscheide hiervan nog dat de wetgever het niet kan. Vgl. S. Gerbrandy, *Wat is goede trouw?*, *WPNR* 4745 (1962), p. 497 v. en *PG Boek* 6, p. 4.
13. Waarover vooral P. Abas, *Rebus sic stantibus*, Deventer 1989. Grondlegend E.M. Meijers, *Behoort verandering in de feitelijke omstandigheden, waaronder een overeenkomst is gesloten, invloed te hebben op haar voortbestaan?* Preadvies NJV 1918, *Hand. NJV* 1918, I, p. 85 v.

king¹⁴ alsmede tot een nadere uitbouw van al eerder bestaande instituten. De ontwikkeling van mededelings- en onderzoeksplichten in het kader van de dwaling springt daarbij vooral in het oog.¹⁵

Kenmerkend voor dit tweede niveau is echter dat wordt aangenomen dat het ontstaan van die nieuwe leerstukken nooit mag leiden tot een verminderde betekenis van het algemene begrip der redelijkheid en billijkheid. Een eventuele concretisering is steeds slechts een voorlopige; de algemene norm blijft de overhand houden ter aanvulling van en correctie op eerder bereikte resultaten.¹⁶ Het is overigens niet noodzakelijk om de beide hier geschetste gedachten als onvermijdelijk aan elkaar verbonden te zien. Integendeel kan met name op de idee van de onmogelijkheid van concretisering kritiek worden geuit (zoals nog zal geschieden in paragraaf 2.3.1).

De vaagheid van de redelijkheid en billijkheid omvat aldus een positief en een negatief aspect. De discussie die in de loop der tijd omtrent de waarde van de redelijkheid en billijkheid voor het recht wordt gevoerd, kan op deze tegenstelling worden teruggevoerd. Het betreft een aan het recht inherente spanning tussen enerzijds de belangen van de rechtszekerheid in de zin van aansluiting bij eerder geformuleerde regels en anderzijds de belangen die zijn gediend bij de rechtvaardigheid in het concrete geval. Het belang van een dergelijke discussie kan worden gerelativeerd in die zin dat ieder tijdperk in deze kwestie zijn eigen opvattingen kent.¹⁷ Een dergelijke relativering in de tijd doet echter niets af aan de concrete tegenstelling die in ieder geval steeds weer voorligt en die vanuit de aan elkaar tegengestelde standpunten tot een verzoening dient te worden gebracht.

2.1.2 Beperkte betekenis voor de redelijkheid en billijkheid

Tweede aspect van het standaardbeeld is dat de redelijkheid en billijkheid slechts een beperkte betekenis heeft. Zij heeft geen *directe* invloed op het vaststellen van de tussen personen geldende rechtsverhouding. Dit kan goed worden toegelicht aan de hand van het overeenkomstenrecht: de contractuele rechten en verplichtingen van partijen worden in beginsel door hen zelf

14. Waarover vooral W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud*, diss. Leiden 1993, Deventer 1993.

15. Waarover vooral Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten*, alsmede A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss. Leiden 1992, Deventer 1992.

16. Van der Werf, *o.c.*, p. 22; W.C.L. van der Grinten, *Verbintenissenrecht volgens het NBW*, *NJB* 1983, p. 1238.

17. Nogal wat auteurs erkennen dit niet, en komen eenzijdig op één der tegengestelde standpunten als het enige juiste uit, daarmee de ontwikkelingsgang van het recht ontkennend. Recent maakte Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, zich hieraan schuldig voor wat betreft het 'rechtszekerheidsstandpunt'. Representant van het andere uiterste is Van Dunné, *Normatieve uitleg*, waarover *supra*, hoofdstuk I, § 3.

bepaald en worden niet door de rechter langs de weg van de redelijkheid en billijkheid binnen de verhouding gebracht.¹⁸ Ook bij andere rechtsverhoudingen dan contractuele geldt dit. Deze beperkte betekenis wordt normaliter opgehangen aan een tweetal functies die de redelijkheid en billijkheid in het geldende recht wordt toegedacht.

De beperkte betekenis van de redelijkheid en billijkheid wordt dan aldus weergegeven dat in een eerste stadium van de rechtsvinding wordt vastgesteld welke regels tussen partijen gelden. Deze regels kunnen zowel worden afgeleid uit de partij-afspraken als uit de (dwingende of aanvullende) wettelijke regeling.¹⁹ De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid speelt hier slechts een rol waar men daaraan niet voldoende heeft. Vervolgens kan in een tweede fase afbreuk worden gedaan aan deze regels, voor zover de redelijkheid en billijkheid dat in de gegeven omstandigheden met zich brengt. Deze beperkende werking komt zo eerst te pas op het moment dat al verplichtingen op grond van het contract zijn vastgesteld.²⁰

Dit betekent dus dat de rechter in deze heersende, ook in het BW van 1992 neergelegde, opvatting niet de bevoegdheid heeft om de uit overeenkomst of ongeschreven recht voortvloeiende regel terzijde te stellen omdat de inhoud daarvan voor een der betrokken personen (doorgaans contractspartijen) onbillijk is.²¹ De heerschappij van de redelijkheid en billijkheid begint eerst waar de partij-autonomie ophoudt. Het is om die reden dat bijvoorbeeld Hartkamp de moderne overeenkomst niet op één lijn wil stellen met de Romeinsrechtelijke 'contractus bonae fidei': de vraag of en tot wat partijen gebonden zijn, hetgeen bij dergelijke overeenkomsten door de rechter werd vastgesteld, is niet aan de moderne rechter overgelaten.²² Hij mag het eindresultaat slechts 'marginaal' toetsen.

2.1.3 Redelijkheid en billijkheid en goede trouw

Als een derde kenmerk van het standaardbeeld kan worden genoemd de uitwisselbaarheid van de begrippen redelijkheid en billijkheid en goede trouw. Vrij algemeen wordt aangenomen dat de beide termen verwijzen naar eenzelfde inhoud. Voor een goed begrip van de materie dient echter met het

18. Vgl. *Asser-Hartkamp II*, no. 315.

19. *Asser-Hartkamp II*, no. 316.

20. Zie art. 6:2 en 6:248 BW. Vgl. de formulering van de leden 2: een regel is niet van toepassing 'voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'.

21. Zie *Asser-Hartkamp II*, no. 318.

22. *Asser-Hartkamp II*, no. 300. Vgl. de TM, PG Boek 6, p. 62 (vgl. VV II, p. 65): dat de schuldenaar zijn gegeven woord slechts gestand behoeft te doen of een verbintenis op grond van de wet slechts behoeft na te komen, voor zo ver dit in het gegeven geval strookt met de redelijkheid en billijkheid, wordt verworpen.

onderscheid tussen terminologie en inhoud van de beide begrippen te worden begonnen.

Zoals bekend heeft met de invoering van het BW van 1992 een verandering van naam plaats gehad. Werd de huidige redelijkheid en billijkheid vroeger aangeduid met de term goede trouw (in objectieve zin), in het nieuw gecodificeerde recht heeft men de twee onderscheiden betekenissen van dat begrip van aparte benamingen voorzien. Aldus werd bereikt dat de subjectieve goede trouw van een bepaalde persoon (in de zin van een gezindheid: het weten noch behoren te weten) niet verward zou worden met de objectieve goede trouw in de zin van redelijkheid en billijkheid. Veel meer dan slechts een terminologische kwestie was dit voor de wetgever niet: een inhoudelijke wijziging werd niet beoogd.²³ De bedoeling was slechts duidelijk te maken dat het ook reeds de rechter bij de objectieve goede trouw van art. 1374 lid 3 BW (oud) ging om ongeschreven eisen van redelijkheid en billijkheid en niet om de gezindheid van de persoon aan wie verweten wordt dat hij in strijd met de goede trouw heeft gehandeld.²⁴

Bovendien hanteerde de Hoge Raad toch al een taalgebruik waarin de beide termen wat betreft hun betekenis niet van elkaar waren te onderscheiden. Voor 1992 gebruikte hij 'goede trouw' in objectieve zin en 'redelijkheid en billijkheid' door elkaar.²⁵

Zijn goede trouw in objectieve zin en redelijkheid en billijkheid aldus door de wetgever terminologisch en inhoudelijk op één lijn gesteld, tegen deze gelijkstelling zijn wel bezwaren gerezen. Deze kunnen vrijwel allemaal worden teruggevoerd op de omstandigheid dat met het terminologisch verdwijnen van de objectieve goede trouw tevens een inhoudelijk onderscheid in ons recht verdwijnt. Aan deze kritiek zal aandacht worden besteed in paragraaf 2.3.3. Hier past reeds de opmerking dat op zichzelf een naamswijziging geen inhoudelijke gevolgen behoeft te hebben, zolang men zich maar blijft realiseren dat aan de nieuwe term meerdere betekenissen kunnen worden

23. Dit blijkt wel duidelijk hieruit dat de wetgever meent dat met de nieuwe terminologie een stelsel ontstaat vergelijkbaar aan het Duitse en Zwitserse recht, waar de termen 'Treu und Glauben' enerzijds en 'guter Glaube' anderzijds worden gebezigd. Zie de PG Boek 6, p. 67 (MvA II). Vgl. verder nog G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon.NBW A-5), [Deventer 1994], p. 2 v.

24. Zoals wel werd verdedigd. Zoals bekend koos de Hoge Raad voor de eerste opvatting bij HR 9 februari 1923, *NJ* 1923, 676 (Artist de Laboureur); vgl. HR 21 juni 1957, *NJ* 1959, 91 (Thurkow). Zie voor de parlementaire discussie de PG Boek 6, p. 64 (VV II), p. 66-67 (MvA II), p. 70 (MO) en p. 71 (EV I).

25. Ook sprak de Hoge Raad wel van de eisen van redelijkheid en billijkheid die opgesloten liggen in de goede trouw. Zie HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 156 (Ziekenfonds) en HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 693 (Theunissen/Verstappen). Vgl. W.L. Valk, *Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, in: *Erudita Ignorantia* (Grotius-bundel), Arnhem 1992, p. 153.

gehecht. Wel moet worden toegegeven dat dit laatste inzicht gemakkelijker kan blijven bestaan bij een ook terminologisch onderscheid.²⁶

2.1.4 Het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid

Om het standaardbeeld te completeren, kan nog worden toegevoegd dat het gebied waarop de redelijkheid en billijkheid toepassing vindt, allengs groter geworden is.²⁷ Hier valt nog een onderscheid te maken naar enerzijds de *soorten* verhoudingen waarop de redelijkheid en billijkheid ziet, en anderzijds de betekenis ervan *binnen* die verhoudingen.

Om met het laatste aspect te beginnen: in de heersende leer heeft de redelijkheid en billijkheid eerst haar waarde gekregen na een lange ontwikkelingsgang. De heerschappij van de redelijkheid en billijkheid kan worden gezien als een uiting van de gedachte dat men zich in het maatschappelijk verkeer in de eerste plaats behoorlijk dient te gedragen. Naar de rechter toe vertaalt deze norm zich aldus dat hij steeds moet trachten tot een rechtvaardige uitkomst te komen.²⁸ Deze opvatting heeft zich in deze eeuw doorgezet ten koste van het strikte legistische model. In dat verband worden doorgaans drie arresten genoemd waaruit deze ontwikkeling blijkt. Behalve Lindenbaum/Cohen²⁹ en Goudse Bouwmeester³⁰ wordt Quint/Te Poel³¹ daartoe gerekend. In alle drie de uitspraken, ieder voor een ander leerstuk en anders getinte verhouding, heeft de billijkheid het primaat boven de wetstekst gekregen. Als sluitstuk van die ontwikkeling wordt wel de expliciete erkenning van de beperkende werking van de goede trouw gezien.³² Sindsdien staat een geformuleerde contractuele of wettelijke regel nooit in de weg aan het bereiken van een rechtvaardige uitkomst.³³

De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor het geldende recht kan dan ook in de heersende leer als volgt worden omschreven dat door enigerlei

26. Overigens ziet niet iedereen genoemd bezwaar. Bijv. niet *Asser-Hartkamp* II, no. 302-303. Van der Werf, *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht o.c.*, p. 19 heeft evenmin *inhoudelijke* bezwaren.
27. Zie bijv. W.C.L. van der Grinten, *Redelijkheid en billijkheid in het overeenkomstenrecht* [= Med. KNAW, Afd. Lett., N.R., dl. 41, no. 1], Amsterdam 1978, p. 5.
28. Nog daargelaten hoe het begrip rechtvaardigheid moet worden opgevat. Dat het gaat om de 'billijkheid in concreto', zegt niet veel. Vgl. Abas, *Beperkende werking*, p. 52.
29. HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161.
30. HR 12 maart 1926, *NJ* 1926, 777 m.nt. PS.
31. HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 m.nt. DJV.
32. HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU) en HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486 m.nt. GJS (Pseudo-vogelpest). Zie voor een recent arrest bijv. HR 31 januari 1992, *NJ* 1992, 686 m.nt. PvS (Van der Hoeven/Comtu).
33. Voor deze ontwikkeling vooral A. Pitlo, *De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad*, rede Brussel 1972, in: *Gespreide keuze*, Groningen 1974, p. 93 v. Vgl. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding, o.c.*, p. 30.

toepassing ervan, hetzij in het kader van de beperkende werking, hetzij in het kader van een nieuw opgekomen leerstuk dat wordt geacht nauw verband te houden met de redelijkheid en billijkheid, steeds weer tot een rechtvaardige uitkomst kan worden gekomen. Er ontstaat ruimte om de omstandigheden van het geval voor zich te laten spreken.

Hieraan dient te worden toegevoegd dat wel wordt aangenomen dat de betekenis van genoemd begrippenpaar alleen nog maar groter is geworden met de invoering van het BW van 1992.³⁴ Hiertoe wordt dan aangevoerd dat in het BW vele bepalingen zijn neergelegd die verwijzen naar enigerlei vorm van 'billijkheid'. Het gaat dan, behalve om de bepalingen die reeds aan de orde waren, vooral om 'vage' normen zoals bijvoorbeeld neergelegd in de regeling van onvoorziene omstandigheden, dwaling en ongerechtvaardigde verrijking.

De vraag is gesteld in hoeverre hier nu werkelijk sprake is van een uitbreiding van de vage norm en van de billijkheid.³⁵ Het gaat immers om een codificatie van wat eerder op grond van het ongeschreven recht al gold. In die zin wordt de *autonome*³⁶ betekenis van de redelijkheid en billijkheid juist verminderd. Hiertegen kan dan nog worden opgemerkt dat een vastlegging in de wet in zoverre verschilt van wat rechtens is op grond van ongeschreven recht, dat in dat laatste geval ook niet de mogelijkheid voor de wetgever heeft bestaan om een nieuwe norm te formuleren en nu wordt volstaan met een vrijbrief aan de rechter om maar recht te doen zoals hem goedgebeurt.³⁷

In de tweede plaats dient nog eens te worden gewezen op het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid wat de soorten verhoudingen die erdoor worden beheerst aangaat. Eerder werd al opgemerkt dat naar het BW van 1992 niet alleen de contractuele verhouding, maar in beginsel iedere vermogensrechtelijke meerzijdige rechtshandeling onder die hegemonie staat³⁸ en dat wel wordt gepleit voor een algehele erkenning binnen alle

34. P. Abas, Beperkende werking van de goede trouw, toen (1972), nu en in de toekomst, in: *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle 1979, p. 14 v. alsmede Stein, Over de betekenis van de billijkheid, *o.c.*, p. 311 v. Zie de weergave van de verschillende soorten bepalingen bij Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, *o.c.*, p. 42 v. Vgl. Van der Werf, Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht, *o.c.*, p. 16 en zie ook Van der Grinten, Verbintenissenrecht volgens het NBW, *o.c.*, p. 1238.

35. Bijvoorbeeld door A.S. Hartkamp, Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW, *WPNR* 5559-5560 (1981), p. 213 en Van der Werf, Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht, *o.c.*, p. 16.

36. Vgl. voor deze term Van der Werf, *o.c.*, p. 16.

37. Zo kan ook Stein, Over de betekenis van de billijkheid, *o.c.*, p. 325 v. worden begrepen.

38. Op grond van art. 6:216 jo. 6:248 BW. Vgl. art. 2:8 BW (verhoudingen binnen rechtspersonen), art. 3:166 BW (verhouding tussen deelgenoten in gemeenschap), art. 6:8 BW (rechtsbetrekkingen tussen hoofdelijke schuldenaren), art. 7:865 (tussen borgen); zie voor de verhouding tussen schuldeisers HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 104 (Loef-

vermogensrechtelijke betrekkingen. Dit geldt zowel voor oud als voor nieuw recht. Hoe, voor oud en nieuw recht, deze hegemonie moet worden begrepen, kan echter eerst worden vastgesteld wanneer duidelijk is wat het nu precies betekent dat de redelijkheid en billijkheid de verhouding beheerst.

2.1.5 Het standaardbeeld op de helling

Wat vooral opvalt wanneer we het standaardbeeld bezien, dan is het dat men in de heersende opvatting vrede heeft met de vaagheid van het begrip redelijkheid en billijkheid. In de literatuur is geen werkelijke, materiële, concretisering beproefd. Men pleegt te erkennen dat een deel van de waarde van de redelijkheid en billijkheid zit in de openheid omdat deze beter de mogelijkheid biedt aan te sluiten bij iets abstracts als de rechtvaardigheid, maar dat die vaagheid anderzijds ook haar nadeel is vanwege de daarmee gepaard gaande rechtsonzekerheid. Veel verder dan deze constatering komt het doorgaans niet.³⁹ Weliswaar vindt wel concretisering plaats naar de soort verhouding, maar een materiële bepaling *binnen* die verhouding is dat niet.

Het kan evenwel niet zo zijn dat bij een dergelijk sleutelbegrip van het recht niet méér zou kunnen worden gezegd dan dat deze slechts waarde heeft als vage norm. Getracht zal worden tot een concretisering te komen, waarna met de verworven kennis kritiek op het hier geschetste standaardbeeld zal worden beproefd.

2.2 Functies van redelijkheid en billijkheid

In het voorafgaande is het standaardbeeld geschetst dat ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid bestaat. Wat opviel bij deze weergave, was dat de functies van de redelijkheid en billijkheid weliswaar wel ter sprake kwamen in het kader van de *werking* ervan als instrument voor de rechter, maar dat een meer omvattende, nadere indeling van het gehele instituut der redelijkheid en billijkheid niet aan de orde was. Het lijkt dienstig om hier een

fen/Mees & Hope). Vgl. de PG Boek 6, p. 71 (EV I) en voorts de opsomming bij *Asser-Hartkamp* II, no. 304. Volgens Hartkamp zijn alle vermogensrechtelijke verhoudingen aan het beginsel onderworpen. In dezelfde zin Abas, *Beperkende werking*, p. 47, J. Eggens, bijv. Eene nieuwe toepassing van het beginsel der goede trouw, oorspr. 1937, in: *VPO*, dl. 1, p. 425 en H.C.F. Schoordijk, bijv. De verbintenis uit de wet, rede Suriname 1968, Deventer 1968, p. 19 v. De Duitse § 242 BGB wordt van toepassing geacht op alle obligatoire verhoudingen.

39. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, p. 3 constateert hetzelfde; zijn concretisering van de redelijkheid en billijkheid in 'scherpe normen' kan echter niet voldoen. Zie *supra*, hoofdstuk II, § 3.3.

dergelijke indeling aan de hand van *functies* te beproeven.⁴⁰ Deze functies kunnen dan respectievelijk worden aangeduid als de interne en de externe werking van de redelijkheid en billijkheid, afhankelijk van de vraag vanuit welk standpunt men deze beoordeelt.⁴¹

2.2.1 Externe werking van de redelijkheid en billijkheid

In de eerste plaats kan men vanuit een extern standpunt trachten de billijkheid van een bepaalde situatie of van een bepaalde (toegepaste) regel te beoordelen. Deze 'externe werking van de redelijkheid en billijkheid' komt dan neer op een beoordeling van buitenaf van datgene wat in het concrete geval is ontstaan; maatstaf is het algemene rechtvaardigheidsgehalte daarvan. Zoals straks zal blijken, speelt deze externe werking vooral daar waar rechtsgevolgen direct lijken voort te vloeien uit wettelijk omschreven criteria. De redelijkheid en billijkheid kan voor wat betreft deze externe werking⁴² worden gelijkgesteld aan een algemene notie van rechtvaardigheid. Bovendien is met het inzicht dat recht in de eerste plaats rechtvaardig moet zijn, voor de rechter ook de mogelijkheid geopend om gevolgen te verbinden aan een eventuele te constateren 'externe onrechtvaardigheid'. De rechter kan een voor een of meer der betrokken personen onrechtvaardige uitkomst verzachten.⁴³

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW, is het belangrijkste instrument dat de rechter hiertoe tot zijn beschikking heeft. Men realiseer zich echter wel dat hij daarvan alleen dan gebruik behoeft te maken waar rechtsgevolgen reeds

40. Een alternatieve indeling in (in dat geval vijf) functies vindt men bij Josef Esser, *Schuldrecht*, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, p. 99 v. (niet meer in Esser-Schmidt, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, dl. 1, 7. Aufl., Heidelberg 1992), alsmede bij J.M.M. Macijer, *Matiging bij schadevergoeding*, diss. Nijmegen 1962, Breda 1962, p. 23 v.

41. Begripsverwarring ligt op de loer. Zowel bij de interne als bij de externe werking gaat het om een extern standpunt dat men ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid inneemt: men kijkt vanuit het perspectief van de buitenstaander, niet vanuit de rechtstoepasser. Het gebruik van beide benamingen in deze context is afkomstig van Walter van Gerven, *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht: Algemeen Deel*, Antwerpen etc. 1973, p. 154. Het gaat om een tegenstelling die in alle rechtssystemen voorkomt. Zie vooral Hessel E. Yntema, *Equity in the Civil Law and the Common Law*, *AJCL* 15 (1966-1967) p. 60 v.

42. De term 'werking' kan enig misverstand wekken nu dit begrip strikt terminologisch gezien verwijst naar een invloed *van binnen uit*. Het gaat echter om de werking (invloed) die de redelijkheid en billijkheid *extern* heeft op de voorliggende verhouding.

43. Deze extern werkende billijkheid is vergelijkbaar met de oorspronkelijke Engelse 'equity', die naast de 'common law' eenzelfde rol vervulde, maar na 1873 is uitgegroeid tot een stelselmatig geheel dat deel is gaan uitmaken van het meer strikte recht. Zoals bekend kende reeds Aristoteles de corrigerende werking van de 'epieikeia' t.o.v. de wet. Zie zijn *Ethica Nicomachea* 1137b.

zijn vastgesteld, maar in het gegeven geval toch onrechtvaardig uitpakken. Het spreekt voor zich dat dit laatste vooral het geval zal zijn bij zeer strikt geformuleerde regels die dwingend voorschrijven welke rechtsgevolgen moeten volgen en waar de rechter zelf geen keus heeft om tot toepassing van een andere regel te besluiten. Dit lijkt gelet op het voorgaande, waar consequent is gesteld dat steeds een keuze voor de regel vereist is, misschien een boude stelling, maar aangenomen moet worden dat in bepaalde gevallen de rechter inderdaad geen andere keuze heeft dan een specifieke regel toe te passen.

Het gaat dan vooral om situaties waarin de regel een belang *op zichzelf* heeft, dat wil zeggen waarin het belangrijker is *dat* er een regel is dan *welke* dat is. Men kan hier denken aan procesrechtelijke regels inzake termijnen of aan bepaalde fiscale wetgeving. In deze gevallen zal hoogstens naar aanleiding van een onbillijk eindresultaat actie kunnen worden ondernomen. Wat precies een billijk en wat een onbillijk resultaat is, is hier volledig afhankelijk van de waardering van het voorliggende geval, zodat daar in abstracto niet veel over te zeggen valt. In het BW van 1992 geeft de bepaling van art. 3:12 wel enkele gezichtspunten aan.⁴⁴

Het bovenstaande betekent concreet dat de beperkende werking van de goede trouw slechts daar als instrument mag worden gebruikt waar de keuze voor een bepaalde regel onvermijdelijk is. Binnen het vermogensrecht kan dan, behalve aan de zojuist genoemde gevallen, worden gedacht aan regels, bij de toepasselijkheid waarvan het algemeen belang is betrokken. Indien de levering van specifieke goederen aan bepaalde wettelijk nauw omschreven veiligheidsvoorschriften is gebonden, zal de rechter niet anders kunnen dan deze van toepassing verklaren op de overeenkomst; dat neemt niet weg dat het in concreto onbillijk kan zijn dat een partij zich ter onttrekking aan zijn contractuele verplichtingen op die voorschriften beroept. In dat geval staat de rechter echter slechts de beperkende werking als instrument ten dienste.⁴⁵

44. Behalve door gebruik te maken van het instituut van de beperkende werking, kan de rechter een in zijn ogen onrechtvaardig eindresultaat mitigeren door middel van het instrument van het zogenaamde misbruik van recht of bevoegdheid. Zie art. 3:13 BW, waarover bijv. *Asser-Hartkamp II*, no. 314.

45. De in art. 3:12 BW genoemde omstandigheden algemeen erkende rechtsbeginselen, in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken, spelen dus slechts een rol bij deze beperkende werking en niet ook bij de goede trouw als gedragsnorm. Duidelijk is dat de genoemde belangen, voor zover ziende op die van partijen, vooral als gedragsnorm aan de orde komen, waar zij, betrekking hebbend op door het algemeen belang beïnvloede verhoudingen of op derden, bij de beperkende werking van belang zijn. Vgl. overigens nog G.J. Rijken, *Exoneratieclausules*, diss. Utrecht 1983, Deventer 1983, p. 100.

2.2.2 Interne werking van de redelijkheid en billijkheid

Wel te onderscheiden van bovenstaande functie, is de interne werking van de redelijkheid en billijkheid als ziende op de werking binnen het geheel van regels, beginselen en leerstukken die tezamen het recht vormen. De rol van de billijkheid is hier, dat deze het is die bepaalt of een regel al dan niet van toepassing is op een aan de rechter voorgelegde situatie.⁴⁶ Bij een slechts extern werkende billijkheid, bestaat geen ruimte voor de al dan niet toepassing van de regel, maar is deze op een haast onvermijdelijke wijze toegepast. Bovendien valt aan deze interne werking nog een ander aspect te onderscheiden: dit betreft de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm. Beide aspecten worden hier achtereenvolgens uitgewerkt.

Wordt een rechtsverhouding intern door de redelijkheid en billijkheid beheerst, dan betekent dit in de eerste plaats dat een keuzevrijheid voor de toepassing van een regel bestaat. Niet direct volgen de rechtsgevolgen op grond van de regel, maar de keuze van de rechter voor de regel is noodzakelijk. Besluit de rechter uiteindelijk tot toepassing, dan is dat omdat de regel in voldoende mate verwoordt waarom het in het voorliggende geval gaat; het bereiken van een rechtvaardige uitkomst is ermee mogelijk. Is dit echter niet het geval, dan biedt deze werking van de redelijkheid en billijkheid de rechter de mogelijkheid te kiezen voor een regel die door hemzelf in het gegeven geval wordt opgesteld.⁴⁷ Deze werking van de redelijkheid en billijkheid is dus aan de orde in de door ons eerder onderscheiden methode van rechtsvinding waarin het de omstandigheden van het geval zijn die voor de toepassing van de norm bepalend zijn en waarover is opgemerkt dat dit slechts het geval is omdat een 'norm' in de vorm van een standaardsituatie ontbreekt.

De vraag *hoe* moet worden bepaald of een bestaande regel van toepassing is of niet, is overigens een andere. Hoe de rechter bepaalt — al dan niet bewust⁴⁸ — of een bestaande regel aan kan geven wat de redelijkheid en billijkheid met zich brengt, dus of de rechter de regel als 'vehikel' kan

46. Aristoteles onderscheidde deze billijkheid reeds. Hij vergeleek deze met een meet-instrument van buigzame stof, dat zich aan kan passen aan de grilligheden van het te meten voorwerp, zoals een steen. Fr. Dumon, *Billijkheid en recht* — Enkele overwegingen, *Med. KAWLSK, Kl. der Lett.*, 1980, dl. 5, p. 13 noemt dit de formele betekenis van de billijkheid. Vgl. Van Gerven, *o.c.*, p. 154: een van binnen uit agerende factor, 'die het recht doordeesemt, vervormt en hervormt'. Over de Romeins-rechtelijke herkomst zie men E.M. Meijers, *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring*, oorspr. 1937, in: *VPO*, dl. III p. 279.

47. Vgl. nog Eggens, *De bronnen van verbintenis*, p. 244: 'geen enkele rechtsnorm heeft absolute waarde'.

48. Vooral H. Drion heeft gewezen op de soms wel wat al te grote aandacht voor de 'sprong'. Gelijk bekend spreekt hij in dit verband van het 'rechtvindingsyndroom'. Zie *Functies van rechtsregels in het privaatrecht*, p. 50. Dat de sprong steeds moet worden gemaakt, lijkt te worden miskend door Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, *o.c.*, p. 17.

gebruiken of niet, valt niet in het algemeen te zeggen. Het gaat hier om wat bekend staat als 'praktische wijsheid' van de rechter.⁴⁹ Te dien aanzien kan hier worden volstaan met te zeggen dat men nagaat in hoeverre voor het nu voorliggende geval aansluiting kan worden gezocht bij een situatie waarop een regel ziet. Dit geschiedt door uitleg van en de feitelijke situatie en de regel.⁵⁰ Hierin vindt ook zijn verklaring waarom de jurisprudentie anders dan vroeger een zo belangrijke rol speelt in het hedendaagse recht: daaruit kunnen voor soortgelijke gevallen corresponderende regels worden gedestilleerd.

Het tweede aspect van de interne werking betreft de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm. Behalve voor de toepassing van de regel, is de redelijkheid en billijkheid namelijk ook van belang voor de normen die aan het gedrag van de betrokken personen moeten worden gesteld.⁵¹ Ook de materiële rechtsregels van het BW zijn gedragsregels, maar de redelijkheid en billijkheid kan worden gezien als de ultieme gedragsnorm waarop zal worden teruggevallen bij het ontbreken van passende, eerder ontwikkelde regels. Aldus is dan ook de verhouding tussen deze beide aspecten van de interne werking: waar het voorliggende geval op relevante punten verschilt van het in de regel neergelegde, is men aangewezen op een andere maatstaf, die men kan zoeken in de redelijkheid en billijkheid, maar die in de door ons verdedigde rechtsvindingsmethode beter in soortgelijke gevallen kan worden gevonden omdat daarmee geen ervaring verloren gaat.

2.2.3 De dubbele rol van de redelijkheid en billijkheid

In deze verhoudingen waarin de redelijkheid en billijkheid intern werkt, zou het op het eerste gezicht logisch zijn wanneer het zou gaan om een *slechts* intern werkende billijkheid: deze speelt immers een rol bij de keuze van de (gedrags)norm en dat betekent dat — logisch bezien — in een tweede stadium de billijkheid er niet meer aan te pas hoeft te komen. Deze is dan al uitgewerkt. De rechter hoeft dus, waar hij de keuze heeft een regel toe te passen en bij gebreke van een dergelijke regel de vrijheid heeft een gedragsnorm op te stellen, geen gebruik te maken van de techniek der beperkende werking. Wederom logisch gezien is dit zelfs uitgesloten: of men past de regel toe

49. Ook bekend als de 'équité cérébrine'. Dumon, Billijkheid en recht, o.c., p. 17, formuleert deze als 'een vooroordeel of opvatting van persoonlijke en instinctmatige aard, los van de regels van het positief recht, nopens de oplossing welke zou dienen gegeven te worden aan het te beslechten geschil'.

50. Dit verband tussen billijkheid ('aequitas') en uitleg is al oud en bestaat in ieder tot enige graad van ontwikkeling gekomen rechtstelsel. Vgl. Fritz Pringsheim, Aequitas und Bona Fides, oorspr. 1931, *Gesammelte Abhandlungen* I, Heidelberg 1961, p. 161. Nader ook *supra*, hoofdstuk II, § 5.2.

51. Dit werd vooral benadrukt door N.J. van de Sande Bakhuijsen, Artikel 6.5.3.1 NBW en de goede trouw, *WPNR* 5387 (1977), p. 247 v.

omdat deze in voldoende mate weergeeft waarom het gaat, of hij doet dit niet omdat de regel niet 'past'. Een derde optie is er niet. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zou — enigszins paradoxaal — dan ook geen enkele rol spelen *juist* in door de redelijkheid en billijkheid beheerste verhoudingen. De vraag waarop de beperkende werking ziet — namelijk hoe een rechtvaardige uitkomst kan worden bereikt — komt al in een eerder stadium van de oordeelsvorming te pas.

In de rechtspraak blijken beide functies echter wel door elkaar te lopen. Ook in verbintenisrechtelijke verhoudingen wordt een beroep gedaan op de beperkende werking van de goede trouw. Voor deze anomalie zouden twee redenen kunnen worden aangevoerd.

In de eerste plaats zal de rechter in feitelijke instantie niet altijd genegen zijn om de wellicht in theorie juiste techniek te volgen. Dit hangt ook samen met de vrijheid die de rechter heeft: hij zal er doorgaans de voorkeur aan geven om aan te sluiten bij de door partijen naar voren gebrachte regels; pas in een tweede stadium van de oordeelsvorming komen de eventuele in de ogen van de rechter onrechtvaardige consequenties aan de orde.⁵²

In de tweede plaats kan worden gewezen op het onderscheid tussen wettelijke en contractuele regels. In het voorafgaande is steeds uitgegaan van *de* regel, zonder een nader onderscheid naar de herkomst daarvan. In abstracto behoeft een dergelijk onderscheid ook niet te worden gemaakt; feit is echter dat de regels binnen de contractuele verhouding de normen van een meer concreet, meer op de verhouding toegesneden, karakter zijn dan de normen zoals die door wetgever of rechter zijn ontwikkeld. Het terzijde schuiven van de laatste zal de rechter gemakkelijker vallen.

Deze beide redenen zijn echter niet principieel te noemen. Volgens ons is een derde, alternatieve, verklaring van de dubbele rol van de redelijkheid en billijkheid een betere.⁵³ Dit is een visie die in de verdedigde dogmatische opvatting past en die de geconstateerde anomalie opheft. Onzes inziens moet worden aangenomen dat de redelijkheid en billijkheid inderdaad zowel intern als extern kan werken, maar dat het daarbij dan wel gaat om *twee soorten* van redelijkheid en billijkheid. De toets die intern — binnen de aan de orde zijnde verhouding — wordt uitgevoerd is een andere dan die, die in tweede instantie plaats heeft. Weliswaar wordt in beide gevallen van redelijkheid en billijkheid

52. Vgl. wat is gezegd over de topiek, *supra* hoofdstuk II, § 2.4. Men zij er nog op bedacht dat de rechter ten onrechte kan menen gebonden te zijn aan een regel en beperkende werking toepast waar hij binnen de partij-verhouding voldoende ruimte heeft om een gewenst resultaat te bereiken.

53. Een andere verklaring is nog die van de 'normatieve uitleg', waarin de dubbele rol van de redelijkheid en billijkheid wordt ontkend. Dat deze leer niet worden aanvaard, is reeds uiteengezet, *supra* hoofdstuk I, § 3.3. Aan de 'normatieve uitleg' kan wel worden toegegeven dat iedere uitleg normatief is: men ontkomt er niet aan normatief te werk te gaan. Maar dit betekent nog niet dat de norm in beide fasen dezelfde is. Vgl. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 19-21.

gesproken, maar zij dienen vanwege hun verschillend gearde functies goed van elkaar te worden onderscheiden.

Bij de intern werkende billijkheid — de benaming geeft het al aan — is de verhouding *tussen* de betrokken personen aan de orde. Hier gaat het er om dat aan de hand van de billijkheid die regels worden gekozen en worden geformuleerd die op de beste manier aan die verhouding vorm geven. Bij de extern werkende billijkheid gaat het daarentegen om de algemeen werkende rechtvaardigheid, die altijd nog een corrigerende invloed kan uitoefenen op het aan de hand van de eerste functie verkregen resultaat. Dit verschil wordt thans nader uitgewerkt door te bezien welke invloed het heeft op het geschetste standaardbeeld.

2.3 *Het standaardbeeld bijgesteld*

Met de boven onderscheiden functies van de redelijkheid en billijkheid, kan nu worden teruggekeerd naar het standaardbeeld en naar de vraag in hoeverre een nadere concretisering van de redelijkheid en billijkheid mogelijk is. Het onderscheid in interne en externe werking is van groot belang voor inzicht in de vraag wat de heerschappij van de redelijkheid en billijkheid betekent voor een verhouding.⁵⁴ Dit houdt immers twee dingen in: in de eerste plaats dat een eventueel, onverschillig op welke wijze verkregen, resultaat steeds kan worden gemitigeerd door middel van een door de rechter te hanteren techniek. In de tweede plaats betekent het dat de rechter aan de billijkheid ook in die zin het primaat kan verlenen dat deze laatste het is die bepaalt of en in hoeverre een regel of leerstuk toepassing vindt (een keuzemogelijkheid voor de rechter) en waartoe partijen verplicht zijn (een gedragsnorm voor de burger). Hoe beïnvloedt dit inzicht het standaardbeeld inzake de redelijkheid en billijkheid?

2.3.1 *De concretisering van de vage norm*

In de eerste plaats was deel van de heersende benadering dat de redelijkheid en billijkheid vooral waarde heeft als vage norm omdat de rechter daarmee in staat is een gewenste uitkomst te bereiken. Een concretisering van het begrip zou die waarde teniet doen en bovendien is deze onmogelijk omdat de billijkheid per definitie concreet is. Een eventuele inperking ervan heeft hoogstens een voorlopige waarde: aan het algemene begrip kan nooit afbreuk worden gedaan.

54. Vgl. Pringsheim, *Aequitas und Bona Fides, o.c.*, vooral p. 159. Iemand die de functies niet uit elkaar lijkt te houden is bijv. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 7: hij stelt billijkheid en goede trouw aan elkaar gelijk.

Op dit kenmerk dient nu het onderscheid tussen twee soorten redelijkheid en billijkheid te worden losgelaten. Toegegeven moet dan worden dat, voor wat betreft de externe werking van de redelijkheid en billijkheid, het begrip een eigen, niet tot andere grootheden te herleiden, waarde heeft binnen het recht. Inderdaad dient deze billijkheid algemeen te zijn om invloed te kunnen hebben op een bereikt resultaat; anders te concretiseren dan naar de kenbronnen, zoals dat in art. 3:12 BW is geschied, valt deze niet. Art. 3:12 BW verwijst naar algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval zijn betrokken. Afhankelijk van de situatie is het een dezer elementen dat de overheersende rol speelt.⁵⁵ Zij zijn juist voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van belang.⁵⁶

Dat in deze betekenis de rechtszekerheid op enigerlei wijze in gevaar komt, kan overigens nog worden betwijfeld.⁵⁷ Dit geldt slechts voor wie er van uitgaat dat een rechtszekerheid wél bestaat omdat eerder geformuleerde regels onvermijdelijk van toepassing zijn op specifieke gevallen. Hier is echter betoogd dat daarvan geen sprake is: door de openheid van iedere vermogensrechtelijke regel bestaat een dergelijke zekerheid nooit.

Wat de interne werking van de redelijkheid en billijkheid aangaat, ligt het anders. Ten aanzien van de keuze die de rechter steeds moet maken, kan worden opgemerkt dat deze afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval. De idee dat er niet meer over te zeggen valt dan dat, moet echter worden verworpen. De vraag of een regel van toepassing wordt verklaard, is immers afhankelijk gesteld van de mate waarin die regel de juiste verhouding tussen partijen kan tonen. Dit betekent dat het dienstig is om zoveel mogelijk regels voor bijbehorende situaties op te stellen. Weliswaar is nooit zeker in hoeverre deze ook van toepassing zullen zijn — inderdaad hangt dit af van de gegeven omstandigheden — maar hiermee wordt wel de mogelijkheid geschapen voor de rechter om juist *dáár* op terug te vallen, in plaats van op de algemene redelijkheid en billijkheid.

Aldus wordt een verband gelegd tussen de beide functies van de interne werking. Dit verband kan als volgt worden weergegeven: de algemene gedragsnorm die uit de redelijkheid en billijkheid kan worden afgeleid, vindt een concretisering in meer specifieke gedragsnormen; tonen deze laatste de juiste verhouding tussen partijen, dan behoeft op de meer algemene norm niet

55. Vgl. C.W. Dubbink, De redelijkheid en billijkheid volgens artikel 3:12 NBW, *WPNR* 5963-5964 (1990) p. 359 v. De bepaling is vrijwel letterlijk overgenomen uit de beruchte Inleidende titel van het Ontwerp NBW, waar zij art. 7 vormde. Kisch, *Het eerste zevental, o.c.*, p. 149, leverde de terechte kritiek dat de rechter *altijd* de betrokken belangen zal wegen, ook wanneer er geen 'billijkheidsoordeel' is.

56. Vgl. *supra*, § 2.2.1. Zie over de betekenis van de billijkheid als rechtsbron voor ongeschreven recht en in hoeverre verandering is opgetreden bij overbrenging naar art. 3:12 BW Dubbink, *o.c.*, vooral p. 376.

57. Idem Van der Werf, *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht, o.c.*, p. 13.

langer te worden teruggevallen, maar kan de concrete als maatstaf dienen. Eerder is betoogd dat de concrete norm in een dergelijk geval zelfs ook als maatstaf moet dienen.⁵⁸

Wat bij de externe werking echter een positieve eigenschap was, namelijk dat een open rechtssysteem bestaat, wordt bij de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm juist tot een negatieve eigenschap. Hier is een concretisering van de redelijkheid en billijkheid dus juist wel mogelijk⁵⁹ en ook op een zodanige manier dat de geconcretiseerde regel de overhand krijgt boven de redelijkheid en billijkheid. Die concretisering zal plaats moeten hebben op de in het voorgaande hoofdstuk omschreven wijze, dus door de ontwikkeling van standaard situaties binnen leerstukken waarbij vervolgens in de rechtspraktijk aansluiting kan worden gezocht.⁶⁰

2.3.2 De beperkte betekenis voor de redelijkheid en billijkheid

In de tweede plaats zou de redelijkheid en billijkheid een slechts beperkte waarde hebben. De aanvullende en beperkende werking komen eerst te pas op het moment dat de contractsinhoud is vastgesteld. Dit gaat in zoverre op dat dit geldt voor de externe werking: daar komen de beide functies als instrument voor de rechter in een laatste 'marginale' toetsing aan bod.

Intern speelt de redelijkheid en billijkheid echter reeds een rol bij de toepassing van de regel en als norm voor de aan partijen te stellen eisen. In die zin heeft zij juist een grote betekenis en vormt zij één der belangrijkste factoren voor de rechtsontwikkeling: dankzij haar bestaan kan de rechtstoepasser afzien van het ten onrechte toepassen van een regel. Daar deze laatste een standaard-situatie beoogt te vatten, en in de praktijk zich steeds nieuwe gevallen kunnen voordoen die daaronder niet te brengen zijn, is de aanwezigheid van een algemene norm als de redelijkheid en billijkheid bij uitstek geschikt om te voorkomen dat een afwijkend geval ten onrechte onder een

58. Nogmaals zij benadrukt dat de traditionele 'rechtszekerheid' met deze tactiek dus niet wordt gediend. Het blijven de concrete omstandigheden die steeds aanleiding geven tot het al dan niet gebruik maken van de regel.

59. Dat de goede trouw een onderontwikkelde rechtsnorm is in vergelijking met de zorgvuldigheidsnorm bij onrechtmatige daad, meent ook N.J. van de Sande Bakhuizen, Een schip op het strand, *WPNR* 5534 (1980) p. 696 v. Vgl. Schut, studiepocket, *o.c.*, p. 130.

60. Dit geschiedt gedeeltelijk in de rechtsliteratuur. Zie bijv. voor de rechtsverwerking — typisch een voorbeeld van de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm — de uitwerking door Valk, Rechtsverwerking in drievoud, *o.c.* De wijze waarop deze bij hem geschiedt (nl. door aansluiting te zoeken bij de instituten van contract, onrechtmatige daad en verjaring) is evenwel in zoverre aanvechtbaar dat de door Valk niet beantwoorde voorvraag is waarom dit dan geen gevallen van contract, onrechtmatige daad en verjaring zijn.

voor een andere situatie geschreven regel wordt gebracht. Dat zou immers leiden tot een onwaarachtig gebruik van die regel.⁶¹

2.3.3 Terminologie: redelijkheid en billijkheid en goede trouw

In de derde plaats is tot deel van het standaardbeeld gemaakt dat wordt aangenomen dat tussen het oude begrip (objectieve) goede trouw enerzijds en redelijkheid en billijkheid anderzijds geen relevant verschil bestaat en dat met het verdwijnen van dat onderscheid in het BW van 1992 slechts een terminologische kwestie is beslist. In het bovenstaande is verdedigd dat een onderscheid in twee soorten redelijkheid en billijkheid kan worden gemaakt. De vraag die zich dan opdringt is of dit onderscheid misschien correspondeert met ook het terminologisch verschil tussen de huidige redelijkheid en billijkheid en de vroegere (objectieve) goede trouw. Hiertoe zou moeten worden nagegaan of die 'goede trouw' wellicht naar oud recht een eigen betekenis had.

Op de verandering van terminologie is inderdaad de nodige kritiek geuit. Deze kritiek komt vrijwel steeds daarop neer dat met het verdwijnen van het begrip goede trouw in objectieve zin tevens een inhoudelijk aspect, uitgedrukt in die term, dreigt te verdwijnen.⁶² Dit inhoudelijk aspect kan zo worden uitgedrukt dat de term goede trouw verwijst naar enigerlei 'vertrouwens-verhouding' tussen personen. Een woordencombinatie als goede trouw, Treu und Glauben of bona fides zou dit beter aangeven omdat deze enerzijds verwijst naar de trouw en anderzijds naar het geloof of het vertrouwen in en op een andere persoon of een ander verschijnsel.⁶³ Aldus worden twee woorden aaneengesmeed tot een onverbrekelijk verbond dat verwijst naar de grondslag

61. Zie voor deze gedachte, toegepast op een specifiek leerstuk, ook Meijers, Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring, *o.c.*, p. 277 v. Vgl. Pitlo, De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen, *o.c.*, p. 18: eerst zal men onder de regel wringen, daarna de goede trouw uitdrukkelijk erkennen.

62. Tégen de verandering, vooral i.v.m. deze 'despecificering' (L.J. Hijmans van den Bergh, Openingsrede NJV 1957, *Hand. NJV 1957*, II, p. 10): Gerbrandy, Wat is goede trouw?, *o.c.*, p. 497 v. en dez., Ontwikkeling van het Privaatrecht, *o.c.*, p. 100 vanwege het prijsgeven van een winst, in de loop van eeuwen verworven, Van der Grinten, Handelen te goeder trouw, *o.c.*, p. 159 vanwege het niet te verwaarlozen beeldend vermogen van de term en dez., Verbintenissenrecht volgens het NBW, *o.c.*, p. 1237 en instemmend J. Wiarda, De toenemende invloed van algemene ongeschreven rechtsprincipes als goede trouw, billijkheid, betamelijkheid, verkeersopvatting, enz., in: *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis-bundel), Zwolle 1969, p. 328. Idem Schut, studiepocket, *o.c.*, p. 130. Voorts P.L. Wery, De aanslag op de goede trouw, *NJB 1991*, p. 1303 v. Ook afwijzend is J.C. van Oven, Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek, *WPNR 4718* (1962) p. 169 v., die echter tussen de redelijkheid en billijkheid enerzijds en de goede trouw anderzijds geen verschil ziet en meent dat de praktijk zich toch wel redt. Vgl. Rijken, *Mon.NBW*, t.a.p.

63. Zie Wiarda, De toenemende invloed, *o.c.*, p. 318 alwaar verdere lit., waaraan toe te voegen Friedrich Merzbacher, Die Regel 'Fidem frangenti fides frangitur' und ihre Anwendung, *ZSS (KAN) LXVIII* (1982) p. 339 v.

van menselijk samenleven. De term redelijkheid en billijkheid bezit die connotatie veel minder.⁶⁴

In deze stroming wordt er dus van uitgegaan dat goede trouw en redelijkheid en billijkheid niet identiek zijn omdat de beide termen zien op onderscheiden situaties.⁶⁵ Onzes inziens is dit een zinvol onderscheid. De zg. 'vertrouwensverhouding' waarvan eerder sprake was ziet specifiek op de *interne* werking van de redelijkheid en billijkheid. In die verhouding is het mogelijk om bij afwezigheid van concrete standaardsituaties (lees: normen) te rade te gaan bij het betrokken leerstuk om daaruit wel nader geconcretiseerde normen te putten.⁶⁶ Bij de extern werkende redelijkheid en billijkheid is dat onmogelijk.

Betekent dit nu ook dat de term 'goede trouw' gebruikt kan worden voor die interne werking? Te dien aanzien valt op te merken dat zolang twee soorten redelijkheid en billijkheid worden onderscheiden, het gebruik van één en dezelfde term niet problematisch behoeft te zijn. Er zijn wel meer termen in het recht die verschillende betekenissen hebben en problemen levert dat niet op. Toch zou ook ik de voorkeur willen geven aan het gebruik van de term 'goede trouw' voor wat is genoemd de 'interne werking' van de redelijkheid en billijkheid. Enerzijds wordt aldus aansluiting behouden bij de ons omringende rechtsstelsels, anderzijds wordt voorkomen dat de eerder om inhoudelijke redenen scherp van elkaar gescheiden interne en externe werking met elkaar worden verward. De beide onderscheiden functies van de redelijkheid en billijkheid corresponderen aldus met enerzijds redelijkheid en billijkheid in algemene zin voor de externe werking en anderzijds met de meer specifieke goede trouw in de interne verhouding.⁶⁷

Waar het in het BW van 1992 dan ook gaat om een uiting van de externe werking van de redelijkheid en billijkheid, is een algemene notie van rechtvaardigheid aan de orde, welke een rol speelt bij iedere rechtsverhouding en

64. Voor Duitsland: de 'Treu und Glauben' geldt voor een 'Sonderverbindung' met verhoogde plichten. Deze speelt een rol tussen *concrete* personen bij de verbintenis: maatgevend is daar het wederzijdse vertrouwen op beloften en gedrag. De vraag is: wat mag *deze* schuldeiser van *deze* schuldenaar in *deze* situatie verwachten? Zie Fikentscher, *Schuldrecht*, o.c., p. 127 v.

65. Vergelijk nog Elders, Goede trouw of redelijkheid en billijkheid? o.c., p. 505 v.; J.C. Hage, Over de betekenis van vage termen als 'goede trouw', 'redelijkheid' en 'billijkheid', *WPNR* 5579 (1981) p. 708 v. en Abas, *Beperkende werking*, p. 47-48. Anders Hartkamp, Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW, o.c., p. 215. Vgl. *Asser-Hartkamp II*, no. 302 en 303.

66. Zie voor de uitwerking van deze gedachte ook *infra*, § 2.3.4.

67. Het onderscheid komt ook overeen met dat tussen 'bonne foi' en 'équité': de *équité* is de rechtvaardigheid, geleid door ervaring en beoordeling van het geval. Deze dient slechts als maatstaf voor de rechter bij afwezigheid van een geformuleerde regel. Zie Xavier Janne d'Othée, Quelques réflexions sur le rôle de la 'bonne foi' et *équité* dans notre Code Civil, in: *Aequitas und Bona Fides* (Festgabe Simonius), Basel 1955, p. 161-166.

bij iedere regel. Terecht spreekt de wetgever hier van beperkende werking van de *redelijkheid en billijkheid*. Wat de verhouding is tussen de bij die verhouding betrokken personen, speelt geen overheersende rol: slechts het verkregen eindresultaat wordt op het rechtvaardigheidsgehalte getoetst.⁶⁸

2.3.4 Het toepassingsgebied en een hoogst belangrijk gezichtspunt

Eerder is gesteld dat het precieze toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid eerst kan worden aangegeven wanneer duidelijk is wat precies met de heerschappij van dat begrip wordt bedoeld. Het is hier dan ook de plaats om nog eens terug te komen op de vraag welke verhoudingen in welke mate door de redelijkheid en billijkheid worden beheerst.

Dat de redelijkheid en billijkheid *extern* in principe steeds een corrigerende invloed kan hebben, geldt voor iedere rechtsverhouding. Om die reden stellen dat een verhouding onder invloed staat van de redelijkheid en billijkheid helpt ons niet werkelijk verder: de uitspraak is te algemeen om er enig profijt van te hebben. Wel kan de vraag worden gesteld welke verhoudingen nu precies door de *interne* redelijkheid en billijkheid (de *goede trouw*) worden beheerst zodat deze daar, behalve als gedragsnorm, ook van belang is voor de keuze van de regel.

Onzes inziens wordt het toepassingsgebied van deze 'goede trouw' nu bepaald door de *afwezigheid van een regel*. Wanneer het zo is dat de regel een gestandaardiseerde gevalssituatie weergeeft, en het thans te beslissen geval niet aan de hand van een dergelijke regel lijkt te kunnen worden beslist en teruggevallen moet worden op de goede trouw, dan betekent dit immers dat *regel en goede trouw complementair zijn*. Zij hangen zodanig samen dat de goede trouw als gedragsnorm eerst betekenis krijgt waar de regel niet langer de juiste verhouding toont. Zij zijn 'communicerende vaten': naarmate de regel een grotere rol speelt, is de redelijkheid en billijkheid *als gedragsnorm* (lees: goede trouw of vertrouwen) minder belangrijk en andersom. Dat een rechtsverhouding wordt beheerst door de goede trouw als gedragsnorm is in die zin eigenlijk afhankelijk van het rechterlijk oordeel dienaangaande. Zolang de rechter meent met bestaande regels uit te kunnen, is er geen enkele behoefte om te verwijzen naar de goede trouw. In deze zin is het ook verkeerd om in abstracto vast te stellen dat een verhouding door de goede trouw wordt beheerst: dit is afhankelijk van hoe de rechter te werk gaat.⁶⁹ De

68. N.J. van de Sande Bakhuijzen, Weerwoord op P. Abas, *WPNR* 5544 (1980) p. 875 v., merkt op dat de gedragsnorm in de artt. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW ontbreekt, hoewel de wetgever in de toelichtende stukken stelt de omschrijving uit de rechtspraak over te nemen. In onze opvatting is dit niet erg: die gedragsnorm is nu juist niet uitgedrukt in genoemde bepalingen.

69. Vgl. Abas, *Beperkende werking*, p. 48, die aanneemt dat een verhouding vertrouwensrelatie is, tenzij van het tegendeel blijkt.

betekenis van de gedragsnorm is dus minder groot dan wel wordt aangenomen. Veeleer vullen regel en redelijkheid en billijkheid elkaar aan.⁷⁰

Dit levert een voor ons betoog hoogst belangrijk gezichtspunt op. Zojuist is de verhouding waarin de interne werking van de redelijkheid en billijkheid een rol speelt aangeduid als zg. 'vertrouwensverhouding'. Wanneer het bovenstaande nu juist is, betekent dit dat met een beroep op 'vertrouwen' wordt afgezien van het verwijzen naar een gestandaardiseerd geval (lees: een regel). Dit impliceert dat met een beroep op dat vertrouwen afbreuk gedaan wordt aan het dogmatisch karakter van het burgerlijk recht. In al die gevallen waarin naar het vertrouwen als maatgevende factor wordt verwezen, moet het — gezien de dogmatische opvatting — dan mogelijk zijn een gestandaardiseerde norm daarvoor in de plaats te stellen.

2.4 Dit gezichtspunt als basis van het verdere betoog

Tot nu toe kwam het vertrouwensbeginsel nog slechts zeer sporadisch aan de orde. Thans wordt duidelijk waarom dat — ondanks de titel van deze studie — het geval was: teneinde aan te kunnen geven wat de ware betekenis is van het vertrouwensbeginsel in ons recht, diende bij uitstek *eerst* te worden ingegaan op regel en geval, omdat slechts vanuit hun onderlinge verhouding het vertrouwensbeginsel (niets anders dan 'goede trouw') kon worden geduid.

De 'feitelijkheid' — het zoeken waarvan wij ons in dit hoofdstuk ten doel hadden gesteld — blijkt dan ook niet zozeer uit de opgekomen 'redelijkheid en billijkheid', als wel uit de opkomst van het vertrouwensbeginsel. Dit voert tot de verdere opbouw van deze studie.

In de eerste plaats dient deze gedachte nader te worden toegelicht. Dit kan van verschillende zijden geschieden. Aandacht kan worden besteed aan wat het betekent dat partijen tot elkaar in een (vertrouwens-)relatie staan. Vervolgens kan de historische ontwikkelingsgang in het klassieke Romeinse recht worden geschetst en kan ook in het positieve recht de gedachte worden aangetroffen. Dit geschiedt in de nu volgende paragraaf.

In de tweede plaats kan men zich afvragen waarom nu juist het vertrouwen als zo belangrijke factor is opgekomen. Bovendien wordt het beginsel betrekkelijk algemeen beschouwd als een ethisch juiste gedachte: vertrouwen moet worden beschermd! Is dit dan geen reden om het als zodanig te aanvaarden? En als dat zo is, zijn dan ook niet nadere criteria ter bepaling van de vraag welk vertrouwen bescherming verdient mogelijk? Aan deze vragen is Hoofdstuk IV gewijd.

70. Met enige goede wil is een argument voor deze beperkte toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid *als gedragsnorm* in te lezen in de parlementaire stukken. Gesteld wordt dat buiten de overeenkomst de eisen van redelijkheid en billijkheid voor andere rechtsverhoudingen gelden *naar gelang van hun aard*. Zie de PG Boek 6, p. 71 (EV I).

Ten slotte is uit de bijstelling van het standaardbeeld gebleken dat de redelijkheid en billijkheid voor een deel wel degelijk nader concretiseerbaar is. De vraag die nog beantwoording verdient, is echter hoe die concretisering precies plaats moet hebben. Dat zal moeten geschieden overeenkomstig de dogmatische opvatting, dus naar standaardsituaties zoals die binnen leerstukken kunnen worden ontwikkeld. Daaraan is de rest van het betoog gewijd.

3. DE INTERNE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID EN DE VERTROUWENSVERHOUDING

3.1 Inleiding

In het voorafgaande is de vertrouwensverhouding ('goede trouw') gepresenteerd als een rechtsfiguur die opkomt waar een meer gestandaardiseerde norm niet voorhanden is. Dan gaat de interne redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm een rol spelen. Dit noodzaakt ons ertoe thans eerst in te gaan op die vertrouwensverhouding zelf. Hiertoe wordt eerst de rechtsverhouding in het algemeen aan een nader onderzoek onderworpen. Vervolgens wordt bezien welke van de rechtsverhoudingen 'vertrouwensverhouding' zijn en wat dat precies betekent.

3.2 De rechtsverhouding

Dat het in het recht gaat om de juridische duiding van verhoudingen, is een gemeenplaats. De term rechtsverhouding, rechtsbetrekking⁷¹ of relatie geeft aan dat in het recht steeds de verhouding, hetzij tussen personen onderling, hetzij tussen personen en zaken, op de voorgrond treedt. Met de kwalificatie van 'verhouding' is dan ook niets gezegd.⁷² Wordt in de literatuur de term rechtsverhouding gebruikt, dan is dat om aan te geven dat deze is ontstaan indien een bepaalde bron van gehoudenheid, met name overeenkomst of onrechtmatige daad, aanwezig is geweest. Het positieve recht schept deze *geïndividualiseerde* betrekking, die tevoren niet bestond.⁷³ Een bijzondere

71. Van Erp, die als een van de weinige Nederlandse auteurs deze relatie zelfstandig voor het voetlicht heeft gebracht, geeft de voorkeur aan de term 'rechtsbetrekking' omdat deze — in tegenstelling tot de term 'verhouding', die meer naar een toestand verwijst — aangeeft dat het gaat om een zich in de tijd ontwikkelende, dynamische, relatie. Zie *Contract als rechtsbetrekking*, p. 284-285.

72. Vgl. P. van Schilfgaarde, Bbespr., *RMTh* 1978, p. 458, die stelt dat iedere feitelijke verhouding een rechtsverhouding in wording is: zij wordt deze daadwerkelijk zodra zij 'als betrekking tussen rechtssubjecten in een rechtsoordeel functioneert'.

73. J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*, 1e st.— 1e ged., 2e dr., Haarlem 1927, p. 58. Het concept van de rechtsverhouding is afkomstig van F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I, 1840, p. 334 die het zakenrecht, verbintenissen-

betekenis komt in deze opvatting aan de term niet toe. Deze is synoniem met de term verbintenis.⁷⁴ Wat voor soort gehoudenheid het precies betreft, is niet duidelijk. Wel kan het begrip worden gebruikt om aan te geven dat de eisen van de redelijkheid en billijkheid een bepaalde verhouding beheersen.⁷⁵

Denkbaar zou op zichzelf zijn om aan het begrip rechtsverhouding wel een eigen betekenis te geven in die zin dat geen resultaat van een eerder uitgevoerde toets aan de bronnen is, maar eerder de maatstaf aan de hand waarvan moet worden bepaald of gebondenheid bestaat. Naar gelang de traditionele bronnen van verbintenis minder goed in staat zijn om nieuw gewenste gebondenheden op te vangen, zal de neiging groter worden om inderdaad de rechtsverhouding als redengevend voor de gebondenheid te gaan beschouwen.

Voor het Nederlandse recht heeft Van Erp een dergelijke poging gedaan. Geïnspireerd door de Anglo-Amerikaanse 'relationship', heeft hij, wat hij noemt, het 'rechtsbetrekkingenmodel' geïntroduceerd. De rechtsbetrekking ziet Van Erp als een zich in de tijd ontwikkelende verhouding, waaruit allerlei vormen van binding kunnen ontstaan, niet alleen die uit contract en onrechtmatige daad, maar ook de gehoudenheden die in het kader van de precontractuele fase of op grond van toezeggingen worden aangenomen.

Voor Van Erp is deze rechtsbetrekking de bron van de gehoudenheden. Terwijl in de heersende leer de betrekking het *gevolg* is van het aanwezig zijn van een bron van verbintenissen, is voor Van Erp de rechtsbetrekking *zelve* de bron van verplichtingen. Hiermee krijgt voor Van Erp de vraag wanneer een rechtsbetrekking bestaat bijzondere waarde. Wordt deze vraag in de meer traditionele benadering beantwoord door te kijken naar de geijkte bronnen van verbintenis om op grond daarvan tot een 'gehoudenheid' te komen, Van Erp wil 'het systeem van het vermogensrecht' laten spreken. Hiertoe stelt hij een niet-limitatieve lijst van zeven afwegingsfactoren op die moet dienen om op flexibele wijze een bepaalde uitkomst te bereiken.⁷⁶ Deze factoren betreffen, behalve de normen van maatschappelijke zorgvuldigheid en de redelijkheid en billijkheid, met name de verwachtingen en het vertrouwen van perso-

senrecht, familierecht en erfrecht allemaal onder de 'Rechtsverhältniße' bracht. Zie ook J.H.A. Lokin, Het NBW en de pandektistiek, in: *Historisch vooruitzicht* [= BW-krant Jaarboek 1994], Arnhem 1994, p. 125 v.

74. Vgl. Van Erp, *o.c.*, p. 288.

75. Zoals in *Asser-Hartkamp* II, no. 302. Vgl. de rechtspraak genoemd in de losbladige *Verbintenissenrecht* I (Blei Weismann), art. 217-227.I, aant. 39.

76. Van Erp, *o.c.*, p. 295.

nen en het in samenhang daarmee genoten voordeel of geleden nadeel. Bovendien zijn 'beleidsoverwegingen' een factor van belang.⁷⁷

Van Erp merkt terecht op dat zijn lijst van factoren is geïnspireerd door het systeem van het vermogensrecht 'in het licht van de wet'. De factoren die hij aandraagt kunnen stuk voor stuk ook op het huidige wettelijk systeem worden gebaseerd. Dit brengt ons op de hoogst belangrijke vraag waarin de benadering van Van Erp nu eigenlijk verschilt van de meer traditionele. De lijst van factoren dient er toe om binnen de rechtsbetrekking te bepalen welke gehoudenheden uit de betrekking voortvloeien. Daarmee is het probleem echter slechts verplaatst: Van Erp stelt dat het er niet langer om gaat de rechtsbetrekking als resultaat van een redenering aan te merken, maar als beginpunt. Met de kwalificatie 'rechtsbetrekking' is echter nog niets gezegd: de factorencatalogus dient om de gehoudenheden vervolgens te bepalen. En die factoren zijn eigenlijk dezelfde als die, die reeds in het geldende recht kunnen worden aangetroffen. De benadering van Van Erp leidt er dan slechts toe dat het onderscheid tussen verbintenis en rechtsplicht en tussen de verschillende gronden voor aansprakelijkheid wordt veronachtzaamd.⁷⁸

Het herleiden van de problematiek tot de vraag of al dan niet een rechtsverhouding bestaat, is dus weinig vruchtbaar. De vraag blijft hetzij wat dat eindresultaat 'rechtsverhouding' dan in concreto betekent, hetzij, wanneer men van de aanvang af uitgaat van een rechtsverhouding, hoe daarbinnen de concrete gehoudenheden moeten worden vastgesteld.

Hiermee is de vraag van de rechtsverhouding dus teruggewezen naar de vraag om wat voor *soort* verhouding het gaat en hoe dat te bepalen. Te dien aanzien is een vruchtbare discussie beter mogelijk.

3.3 De 'vertrouwensverhouding'

Zoals reeds gezegd, heeft een aantal auteurs⁷⁹ voor het verbintenissenrecht een onderscheid gemaakt tussen enerzijds 'vertrouwensrelaties', beheerst door de 'goede trouw' en anderzijds niet-vertrouwensrelaties, beheerst door de algemene zorgvuldigheidsnorm. Uiteraard is het op zichzelf mogelijk om deze beide soorten verhoudingen samen te brengen onder één term, zoals de

77. Van Erp, *o.c.*, p. 295: 'a) ontstane eenzijdige of meerzijdige verwachtingen; b) eenzijdig of meerzijdig vertrouwen; c) het voordeel dat iemand als gevolg van de ontstane verwachtingen resp. het ontstane vertrouwen heeft genoten; d) het nadeel dat iemand heeft geleden of het voordeel dat men heeft laten varen als gevolg van de ontstane verwachtingen resp. het gewekte vertrouwen; e) overeenstemming tussen de betrokkenen; f) normen van maatschappelijke zorgvuldigheid resp. redelijkheid en billijkheid; g) beleidsoverwegingen'.

78. Zie voor verdere kritiek op Van Erp Jac. Hijma, Bbespr., *KwNBW* 7 (1990), p. 118 v.

79. Zie Gerbrandy, *Wat is goede trouw?*, *o.c.*, p. 497 v., Elders, *Goede trouw of redelijkheid en billijkheid?*, *o.c.*, p. 505 v. en de auteurs genoemd in de volgende noot.

billijkheid, maar dit werkt volgens deze auteurs niet verhelderend.⁸⁰ De vertrouwensrelatie wordt dan omschreven als 'een betrekking van een persoon tot een ander, waarin de een op de trouw van de andere persoon en de ander op zijn beurt op de trouw van de een kan en mag afgaan'. Gehandeld moet worden in overeenstemming met het goed vertrouwen van de wederpartij.⁸¹ In een dergelijke verhouding is het 'vertrouwen' de ultieme norm waaraan het gedrag van de betrokkenen kan worden getoetst.

Niet geheel duidelijk is wat nu precies die 'vertrouwensnormen' zijn. De vertrouwensverhouding is nog een tamelijk vaag begrip, dat nadere invulling verdient. Gesteld wordt dat de aan het gedrag van personen te stellen eisen zwaarder zijn indien een vertrouwensrelatie aanwezig is.⁸² Dit geldt ook voor de 'rechtsverhouding' zoals afgezet tegen die van de algemene verhouding van slechts sociaal contact. Tussen de kwalificatie van vertrouwensverhouding en van rechtsverhouding bestaat dan ook een nauw verband.⁸³

De gedachte van de vertrouwensverhouding is opgekomen met de wens om nieuwe gebondenheden te kunnen construeren buiten de traditionele overeenkomst en onrechtmatige daad om. Deze tendens is begonnen met de erkenning dat ook in de precontractuele fase verplichtingen uit het gedrag van personen kunnen voortvloeien. Met name in Baris/Riezenkamp⁸⁴ werd de van oorsprong typisch overeenkomstrechtelijke goede trouw door de Hoge Raad voor de eerste maal geëxtrapoleerd naar de fase vóór de eigenlijke totstandkoming van de overeenkomst. De reden voor deze uitbreiding is

80. Zie Van der Grinten, *Handelen te goeder trouw, o.c.*, p. 159 en in diens navolging Abas, *Beperkende werking*, p. 47-48: 'Algemeen beginsel is de billijkheid. Voor een zeer grote groep rechtsverhoudingen kan gezegd worden, dat daarbij de billijkheid met een beeldender woord *goede trouw* heet' (curs. in orig.). Minder expliciet Gerbrandy, *o.c.*, p. 497 v.

81. Abas, *Beperkende werking*, p. 48. Zie ook Van der Grinten, *o.c.*, p. 159: 'vertrouwen dat het gegeven woord gestand zal worden gedaan, vertrouwen dat de een tegenover de ander als goed contractant zal handelen. Het met de aard van de relatie verbonden vertrouwen mag niet worden beschaamd'. Vgl. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I: Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München 1987, p. 125: 'Der Grundsatz von "Treu und Glauben" besagt (...) daß jeder in "Treue" zu seinem gegebenem Worte stehen und das Vertrauen, das die unerläßliche Grundlage aller menschlichen Beziehungen bildet, nicht enttäuschen oder mißbrauchen, daß er sich so verhalten soll, wie es von einem redlich Denkenden erwartet werden kann'.

82. Abas, *Beperkende werking*, p. 49. Men dient zich 'fatsoenlijker' te gedragen. Vgl. Eggers, *De bronnen van verbintenissen*, p. 244 en Van de Sande Bakhuijzen, Artikel 6.5.3.1. NBW en de goede trouw, *o.c.*, p. 247 v.: de billijkheid in een bestaande verhouding vergt meer dan in een niet-bestaande.

83. Vgl. W.C.L. van der Grinten, *AA 7* (1957-1958) p. 107.

84. HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR, herhaald in HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 493 (RVS/Van Scharenburg). Voor Duitsland geldt een soortgelijke ontwikkeling. Grondlegend Kurt Ballerstedt, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter*, *AcP* 151 (1950-1951), p. 501 v., uitgaande van de formulering van het Reichsgericht 1 maart 1928, *RGZ* 120 (1928), p. 249 v. (Büdnerei), dat spreekt van een 'vertragsähnliche Vertrauensverhältnis'.

gelegen in de gedachte dat de partijen ook voor dat moment zich de belangen van de andere contractspartij dienen aan te trekken.⁸⁵ Men moest een partij dus contractueel, en niet slechts naar de algemene norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid, aansprakelijk kunnen stellen in geval van verwijtbaar gedrag tijdens de onderhandelingen, ook waar geen overeenkomst tot stand kwam.⁸⁶

Deze gedachte van een 'vertrouwensverhouding' is later ook uitgebreid naar andere verhoudingen dan alleen de precontractuele.⁸⁷ Wat ons vooral interesseert is dat men kennelijk een vertrouwensverhouding aanwezig acht teneinde aan te geven dat personen ten opzichte van elkaar verplichtingen hebben die uitgaan boven de algemene zorgvuldigheidsnorm zonder dat van een overeenkomst kan worden gesproken. Daarmee is het beroep op vertrouwen vooral een manier om aan de consequenties van een als te strikt ervaren stelsel van bronnen van verbintenis te ontkomen. Met de bestaande regels kon blijkbaar niet uitgekomen worden ter beargumentering van de gebondenheid en men neemt dan zijn toevlucht tot de meest open norm die bestaat, nl. de redelijkheid en billijkheid zoals deze de verhouding tussen de betrokken personen beheerst.

Het belangrijkste hiertegen aan te voeren bezwaar is wederom dat daarmee het verband met die reeds bestaande regels wordt ontkend en dat in plaats van dat deze worden *aangepast*, zij betrekkelijk ongewijzigd *naast* het nieuw opgekomen vertrouwen blijven staan. Bovendien wordt met de kwalificatie als vertrouwensverhouding de vraag *welke* verplichtingen *wanneer* bestaan niet beantwoord. Eerder lijkt hier sprake te zijn van een 'truc': dat de in casu geschonden verplichtingen *voortvloeien* uit de verhouding, moet worden

85. Door te onderhandelen komen partijen tot elkaar 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'. Idem Duitsland: een 'gegenseitige Verantwoordelijkheid' dient zich aan; zie Rainer Loges, *Die Begründung neuer Erklärungspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes*, Berlin [1991], p. 51. Kritisch over de kwalificatie van de precontractuele fase als vertrouwensverhouding Van der Grinten, *t.a.p.*, die vooral bezwaar maakt tegen de consequentie dat dan ook buiten contractuele verhoudingen met de belangen van de wederpartij rekening moet worden gehouden. Het lijkt echter de vraag of die verhouding niet reeds *daardoor* contractueel is of niet. Zie voor meer lit. H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. Amsterdam VU 1992, Deventer 1992, no. 32 v.

86. In Duitsland heeft Jhering deze aansprakelijkheid gegrond in een rechtsverhouding, die haar maatstaven ontleent aan het contract dat partijen zullen sluiten of zouden hebben gesloten. De (Duitse) onrechtmatige daad voldeed niet. Waar sociaal contact echter had geleid tot een voldoende geconcretiseerde verhouding, waarin men met elkaars belangen rekening moest houden, daar diende de rechtsorde dit als een rechtsverhouding te sanctioneren. Zie daarover Hans Dölle, *Juristische Entdeckungen*, in: *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, II, 1959, p. B 8-9.

87. Vgl. *supra*, § 2.1.4.

betwijfeld. Eerder is het zo dat eerst *met* het oordeel dat gebondenheid moet bestaan, ook de vertrouwensverhouding ontstaat.⁸⁸

Kortweg stuiten we hier weer op het nauwe verband tussen redelijkheid en billijkheid in interne zin en de afwezigheid van enigerlei in een rechtsregel neergelegde standdaardsituatie. In gevallen waarin verplichtingen ontstaan in de precontractuele fase, door toezeggingen etc., is dat omdat door partijen over en weer van de 'goede trouw' van de wederpartij mag worden uitgegaan.⁸⁹ Dat is echter een oordeel dat wordt opgelegd omdat minder voor de hand liggende normen ontbreken. Pas wanneer de regel niet langer in voldoende mate de situatie in casu aan de orde op juiste wijze weergeeft, ontstaat de behoefte om meer algemeen naar de verhouding tussen de betrokken personen te kijken. Nadere argumenten zijn denkbaar.

4. VERTROUWEN ALS VANGNET; 'ABSORBERENDE WERKING' VAN HET BEGRIJP

4.1 Inleiding

Dat de verhouding van regel enerzijds en redelijkheid en billijkheid in interne zin (als vertrouwensverhouding) anderzijds althans wat betreft de aan partijen op te leggen gedragsnorm een complementaire is, kan thans nog eens worden toegelicht vanuit de ontwikkelingsgang in het Romeinse recht en vanuit het positieve recht.

4.2 Complementariteit van regel en vertrouwen; Romeins recht

Aan de rechtsgeschiedenis kan uiteraard geen dwingend bewijsmateriaal worden ontleend ter beargumentering van hoe het in het huidige recht moet zijn. Wel kan inzicht in de historische ontwikkelingsgang verhelderend werken; het gaat er dan niet om tot in alle details in te gaan op een vroeger rechtsstelsel, maar om het universaliteitsgehalte van een bepaald vraagstuk aan te tonen.

Het gaat dan om het Romeinsrechtelijke contractenrecht.⁹⁰ Op het gevaar

88. Zie ook Loges, *Die Begründung*, p. 52.

89. Aardig is om te wijzen op de tijdens het nationaal-socialistisch bewind in Duitsland door de 'Ausschuß für Schuldrecht' van de 'Akademie für Deutsches Recht' (1933-1945) voorgestelde wijziging van § 242 BGB: 'Schuldner und Gläubiger stehen von Beginn der Vertragsverhandlungen bis zur Beendigung des Schuldverhältnisses in einem gegenseitigen Vertrauensverhältnis'. Geciteerd bij Günter Freese, *Die positive Treuepflicht*, diss. Münster 1969, p. 54-55.

90. Vgl. voor een Nederlands overzicht terzake E.J.J. van der Heijden, *Natuurlijke normen in het positieve recht*, rede Nijmegen 1933, Nijmegen, Utrecht 1933 alsmede Chr. Zevenbergen, *Aard en werking der goede trouw in het Romeinse verbintenissenrecht*,

af van een te grove simplificering, kan kortweg worden gewezen op het bekende onderscheid dat daar bestond tussen formele en vormvrije overeenkomsten. Oorspronkelijk werd iedere overeenkomst op formele wijze gesloten, in aanwezigheid van beide partijen door het uitspreken van vaststaande plechtige woorden of door een geschrift met vaststaande formulering (de stipulatio) of door overgave van een zaak. Pas door het voldoen aan deze formele eisen ontstond gebondenheid. De bedoelingen van partijen waren daarbij niet van belang: in de vóórklassieke tijd lag in de stipulatio de garantie van zorgvuldige afweging van de partij-belangen.⁹¹

Later verhinderde dit te zeer de voortgang van het handelsverkeer en ontstond de overeenkomst door *wilsovereenstemming*: deze hield in dat men er op *vertrouwde* dat de wederpartij 'te goeder trouw' zou nakomen. *Zekerheid* van nakoming door de stipulatio bestond immers niet meer: men was niet langer 'rechtens' gebonden en dus werd toevlucht gezocht in het vertrouwen. Deze zagezegde 'goede trouw' kreeg daarop de rol, enerzijds van grondslag voor gebondenheid, anderzijds van maatstaf om vast te stellen waartoe men gebonden was.⁹² Het in beginsel altijd bestaande wederzijdse wantrouwen werd zo niet langer gekanaliseerd door het formele contract. Op het moment dat de wederpartij zich niet langer aan zijn verplichtingen hield, moest men zeggen: weliswaar is er geen formele overeenkomst gesloten, maar dit was ook niet nodig, want ik *vertrouw* thans op nakoming door de wederpartij.⁹³

Aldus ontstaat het inzicht dat het vertrouwen historisch gezien is gekoppeld aan de *afwezigheid* van een andere bindende maatstaf (oorspronkelijk: een formele eis) voor de overeenkomst. De opkomst van het vertrouwen als

oratie Utrecht, 3e dr. Utrecht 1942. Op dit punt ook R. Feenstra en Margreet Ahsmann, *Contract; aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer 1980, vooral p. 8 v. en Zimmermann, *Law of Obligations*, vooral p. 546 v.

91. In het klassieke recht waren stipulatio en wilsovereenstemming echter al aan elkaar gekoppeld, getuige de uitspraak van Pedius genoemd in D 2, 14, 1, 3. Zie Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 510 en 564-565. Vgl. voor het vóórklassieke recht ook Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 1. Abs., 2. Aufl., München 1971, p. 39 en 538.

92. Deze weergave is gesimplificeerd (zo is door mij bijv. geen aandacht geschonken aan de verschillen in rechte tussen Romeinse burgers en vreemdelingen). Vgl. de verhelderende weergave bij J.M. van Bemmelen en E.J.A. Fischer-Keuls, *Levend recht*, Antwerpen etc. [1957], p. 125 v. Zie voorts met name Van Oven, *Leerboek*, p. 239 en Gerbrandy, Wat is goede trouw?, *o.c.*, p. 498. Relevante vindplaatsen uit Gaius' Instituten en uit de Digesten treffe men aan bij Meijers, Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring, *o.c.*, p. 279.

93. Zo werden alle overeenkomsten tot iudicia bonae fidei, rechtsverhoudingen waarbij de taak van de rechter niet alleen bestond in toepassen van het overeengekomene, maar ook in het aanvullen, wijzigen of buiten toepassing laten op grond van de goede trouw; deze werden onderscheiden van de contracten stricti iuris, waarbij wel werd uitgelegd naar de strenge wettelijke maatstaven uit het edict van de praetor. Zie bijv. Van Oven, *Leerboek*, p. 239.

factor hangt dus nauw samen met het ontstaan van consensuele contracten.⁹⁴ In ieder leerboek van Romeins recht kan men lezen dat de mogelijkheid om vormvrij contracten aan te gaan in de oudste Romeinse tijden niet bestond, maar dat niet zodra het handelsverkeer belangrijker werd, zich uit de formele vereisten de vormvrijheid wist los te breken.⁹⁵ Voor de fatsoensnormen die daarbij in acht moesten worden genomen, werd de term 'fides' gebruikt.⁹⁶ Het gaat hier niet dus zozeer om een vertrouwen op de wil, alswel om een vertrouwen op de nakoming van het afgesprokene door de wederpartij. De garantie dat een tegenprestatie zal plaatsvinden ligt in het te verwachten gedragspatroon van de wederpartij.

4.3 *Positief recht: absorberende werking van vertrouwen*

In het positieve recht wordt het vertrouwensbeginsel van oudsher doorgegaans gezien als een subsidiair beginsel: het komt eerst aan de orde waar een ander aanknopingspunt ontbreekt. Dit is met name het geval bij de totstandkoming van de overeenkomst: het vertrouwen komt daar in de heersende opvatting eerst om de hock kijken waar op grond van de privaatautonomie (de wil) niet tot gebondenheid kan worden besloten. Hetzelfde geldt voor situaties waarin gebondenheid wordt aangenomen buiten het klassieke schema van overeenkomst en onrechtmatige daad om. De in de Inleiding geschetste gevallen van toezegging en precontractuele fase zijn daarvan voorbeelden. Ook dan beroept men zich eerst op vertrouwen wanneer het klassieke schema geen uitkomst biedt.⁹⁷

Dat het 'vertrouwen' in het verbintenissenrecht daarmee de functie heeft van een 'vangnet', is ook door andere (buitenlandse) auteurs opgemerkt. Zo stelt Loges in zijn Göttinger dissertatie:⁹⁸

94. Zie nog Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 105-106: 'der mühsame Evolutions-schritt vom primitivrechtlichen Realvertrag zur Verbindlichkeit des formlosen Konsensualvertrags war ja nichts anderes als der Versuch (dem) 'Vertrauensproblem' beizukommen'.
95. Hoewel het in de Romeinse tijd nooit tot een volledige contractsvrijheid is gekomen. Een schriftelijke vorm bleef vereist. Zie bijv. R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, 6e dr., Leiden 1994, no. 231 v.
96. Vgl. H. van den Brink, De oorsprong van het Romeinse contractenrecht; in: J. van Herwaarden (ed.), *Lof der Historie*, Rotterdam 1973, p. 97, alsmede P. Stein en J. Shand, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh 1974, p. 230 v. Het is in dit verband tekenend dat het werkwoord 'fidere' oorspronkelijk de betekenis had van 'verenigen' of 'verbinden'.
97. Deze subsidiariteit is in de loop der geschiedenis steeds terug te vinden. Zie Okko Behrends, *Treu und Glauben; zu den christlichen Grundlagen der Willenstheorie im heutigen Vertragsrecht*, in: Vallauri en Dilcher (ed.), *Christentum, Säkularisation und modernes Recht*, Baden-Baden etc. [1981], Bd. II, p. 957 v.
98. *Die Begründung*, p. 20.

'daß die Rechtsprechung zum Instrument der Vertrauenshaftung nur greift, wenn sich keine bewährten Haftungsfiguren mehr finden lassen'.

Dit geldt voor het Duitse recht, waarin door het enge onrechtmatige daadsbegrip het gebied 'tussen' overeenkomst en onrechtmatige daad veel groter is dan in Nederland. In dat tussengebied wordt aan de hand van de 'Vertrauenshaftung' tot rechtvaardige uitkomsten gekomen. Het gaat dan om fenomenen als de 'faktische' overeenkomst, de rechtsverwerking en de 'Rechtsscheinhaftung', maar ook om de aansprakelijkheid in de precontractuele fase.

Hoewel naar Nederlands recht wél een algemeen onrechtmatige daadsartikel bestaat,⁹⁹ is dit ten onzent niet anders. Maar er is nog meer aan de hand. In Duitsland is er op gewezen dat óók waar dat niet 'noodzakelijk' is het vertrouwen de plaats inneemt van andere, al langer bestaande begrippen. Deze magische kracht die van het vertrouwensbeginsel als een 'theoretisch-dogmatische Allzweckwaffe'¹⁰⁰ uitgaat, heeft men wel gekwalificeerd als een 'Sogwirkung'.¹⁰¹ Vertrouwen overvleugelt aldus de bestaande categorieën.¹⁰² Ook uit deze tendens kan argumentatiemateriaal voor onze centrale stelling worden geput: de vertrouwensverhouding treedt als tot gebondenheid aanleiding gevende factor op de voorgrond waar een ander, meer gestandaardiseerd leerstuk ontbreekt. Dat 'vertrouwen' een absorberende werking heeft ten opzichte van gevestigde instituten, is echter in die zin negatief dat daarmee recht wordt gedaan buiten het bestaande om; hetgeen des te twijfelachtiger is, nu op voorhand juist die instituten zouden kunnen worden aangepast aan de nieuwe ontwikkelingen. Men kiest voor één optie (de 'feitelijkheid' los van het leerstuk), waar een andere (de 'feitelijkheid' verwerken in het leerstuk) onzes inziens beter recht doet aan het karakter van het burgerlijk recht.

Tegenover de absorberende werking van het vertrouwensbeginsel staat men in Duitsland terecht kritisch.¹⁰³ Dat er een *zuigende* werking van uitgaat, biedt de mogelijkheid om tot rechtvaardige uitkomsten te komen, maar

99. En hetzelfde geldt voor Frankrijk met het algemene art. 1382 CC, alsmede voor de Anglo-Amerikaanse rechtswereld met de algemene 'negligence'.

100. Aldus Klaus J. Hopt, *Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich*, *AcP* 183 (1983) p. 640.

101. Zie Fritz Ossenbühl, *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat*, *DöV* 25 (1972) p. 36: de idee dat vertrouwen moet worden beschermd heeft 'ohne konstruktive Notwendigkeit' veel leerstukken in zijn ban getrokken.

102. Een andere tendens, van 'vertrouwen' naar beleidsoverwegingen van de rechter, schetst Christian von Bar, *Unentgeltliche Investitionsempfehlungen im Wandel der Wirtschaftsverfassungen Deutschlands und Englands*, *RebelsZ* 44 (1980), p. 455 v.

103. Maar anders Rudolf Müller-Erbach, *Die Rechtswissenschaft im Umbau*, München [1950], p. 65: 'einen so belebenden und unentbehrlichen Faktor des menschlichen Zusammenlebens (nl. vertrouwen, JMS) können wir nicht einfach einer einwandfreien Systematik zuliebe damit abtun, daß wir sein Eingreifen als einen Fall der Ohnmacht kennzeichnen'.

de nadelen wegen daar niet tegen op. Een fraaie beeldspraak treft men aan bij Ossenbühl:¹⁰⁴

‘Weitere Wucherungen des Vertrauensschutzes gefährden das zuchtvolle, konstruktiv-systematische, juristische Denken (...). Der Vertrauensschutzgedanke ist unentbehrlich und in unserem Rechtsdenken tief verwurzelt, aber seine Abstraktionshöhe sollte uns davon abhalten, in ihm vorschnell die kleine juristische Münze für die alltägliche Fallentscheidung zu suchen (...). Der Vertrauensschutzgedanke mag *Anstoß* für eine Problemerkörterung sein, eine unmittelbare Problemlösung bietet er nicht’ (curs. in orig.).

Dit oordeel is juist. Ook naar Duits recht blijkt aldus van de principiële complementariteit van vertrouwen en meer gevestigde leerstukken. Wat men zich in Duitsland, evenmin als in Nederland, echter afvraagt is *waarom* nu juist het vertrouwen als factor van belang op het eerste plan wordt gezet bij afwezigheid van een andere categorie. Het tot nu toe gehouden verhaal moet worden afgemaakt: waarom vertrouwen en niet iets anders?

Bovendien is tot nu toe impliciet de indruk gewekt als zou inderdaad het vertrouwen slechts een ‘Allzweckwaffe’ zijn dat niet nader concretiseerbaar is. Dit lijkt in strijd met wat vrij algemeen wordt geleerd, namelijk dat men gerechtvaardigd van niet gerechtvaardigd vertrouwen kan afscheiden en dat aldus criteria kunnen worden opgesteld die bepalen welk vertrouwen wel en welk vertrouwen niet tot gebondenheid aanleiding geeft. Of dit juist is, dient te worden nagegaan. Dit betekent dat we ons thans gaan bezighouden met de vraag of vertrouwen een ‘dragende categorie’ kan zijn.

5. VERVOLG

Wanneer we het in dit hoofdstuk verkregen resultaat trachten samen te vatten, krijgen we het volgende beeld. Aan de redelijkheid en billijkheid kan een externe en een interne component worden onderscheiden. De externe component verwijst naar een algemene notie van rechtvaardigheid, is niet nader definieerbaar en wordt slechts bepaald naar zijn kenbronnen.

De interne werking van de redelijkheid en billijkheid heeft een meer specifieke functie. Deze ‘goede trouw’ is nauw verbonden met de verhouding zoals die tussen de betrokken personen bestaat. Dit betekent dat deze de mogelijkheid biedt om de juiste verhouding tussen de betrokken personen te laten zien; bovendien kan zij nader worden gespecificeerd in aan personen te stellen gedragsregels, waardoor de verhouding nader wordt geadstrueerd. De verhouding tussen deze twee aspecten is aldus dat door de heerschappij van de goede trouw de bestaande regel steeds mag wijken voor de concrete verhouding van de betrokken personen om plaats te maken voor de algemene

104. Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, o.c., p. 36.

norm. Slechts in uitzonderlijke gevallen speelt de externe werking hier nog een rol als corrigerende factor.¹⁰⁵

Vervolgens is de interne werking van de redelijkheid en billijkheid in verband gebracht met het vertrouwensbeginsel. Gesteld is dat regel en vertrouwen niet alleen complementair zijn in die zin dat eerst op het vertrouwen wordt teruggevallen waar meer gevestigde rechtsfiguren ontbreken, maar bovendien dat het vertrouwen een absorberende kracht bezit: het is in staat de bestaande categorieën te overvleugelen. De aan het eind van hoofdstuk II gestelde vraag waarin zich precies het niet-dogmatische van het contractenrecht uit, kan dan ook nu van een antwoord worden voorzien: die gevallen waarin aan de hand van het vertrouwensbeginsel tot gebondenheid wordt gekomen, kunnen in het hier geschetste model worden beschouwd als nader concretiseerbaar naar standaardsituaties.

Waar het dan ook thans zaak is om de in dit hoofdstuk ingezette beschouwingen omtrent het vertrouwensbeginsel — voor zover van belang voor de concretisering van de intern werkende redelijkheid en billijkheid — voort te zetten, moet eerst worden ingegaan op de vraag of aan het vertrouwensbeginsel zelf nadere criteria kunnen worden ontleend.

De beschouwingen in dit hoofdstuk zijn geconcentreerd rondom de vraag waarom nu juist het 'vertrouwen' als zo belangrijk factor is opgetreden. Tussen vertrouwen als al dan niet dragende categorie en de opkomst van het beginsel zal een nauwe verband blijven te bestaan. De opbouw van het betoog is aldus dat eerst wordt ingegaan op het vertrouwensbeginsel als *beginsel*. Weliswaar zijn voor het positieve recht de toepassingen van het beginsel in concrete gevallen maatgevend, daarmee valt over het vertrouwensbeginsel stellig ook het een en ander te zeggen op een meer algemeen niveau. Dat lijkt zelfs ook een eerste vereiste omkadering van het niveau van het beginsel kan worden voorgesteld waarom vertrouwen eigenlijk bescherming verdient. Het beginsel komt zowel in rechtsscheppende als in heuristische zin aan de orde.

De vraag naar criteria binnen de toepassingen van het beginsel volgt pas daarna. Het is voorgesteld dat vertrouwen inderdaad een aansprekend beginsel is.¹ De tweede vraag is dan of — onder erkenning van zijn en juistheid van het principe — in voldoende mate concrete criteria kunnen worden opgesteld

105. De gedachte is rechtshistorisch georiënteerd. De neiging de bona fides onder de algemene billijkheid te brengen, of beide begrippen met elkaar te verwarren, is een gevaar dat in ieder modern rechtstelsel dreigt door de algemeen aanvaarde gedachte dat het recht vóór alles billijk moet zijn. De historische wortels van beide begrippen worden daarmee ontkend. Zie Pringsheim, *Aequitas und Bona Fides*, o.c., p. 172.