



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlands
privaatrecht - mogelijkheden en grenzen in de rechtsvormende
rechtspraak op grond van de billijkheid**

Bruning, M.E.; Samadi, M.; Keijzer, T.A.; Graaff, R. de; Kluiver, C.C. de

Citation

Bruning, M. E. (2016). Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlands privaatrecht - mogelijkheden en grenzen in de rechtsvormende rechtspraak op grond van de billijkheid. In M. Samadi, T. A. Keijzer, R. de Graaff, & C. C. de Kluiver (Eds.), *Ars Aequi Libri* (pp. 75-107). Nijmegen: Ars Aequi. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/64870>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/64870>

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

Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlands privaatrecht
Mogelijkheden en grenzen in de rechtsvormende rechtspraak op grond van de billijkheid

Menno Bruning*

Over de legitimiteit van de rechtsvormende taak van lagere rechters en de Hoge Raad bestaat een voortdurende controverse. In deze bijdrage wordt onderzocht of de wettelijke grondslag voor rechterlijke rechtsvorming kan worden gevonden in de artikelen 11, 12 en 13 Wet AB. Hiervoor wordt ingegaan op hun doel en strekking vanuit een historisch perspectief. Analyse van jurisprudentie leert dat de Hoge Raad in zijn rechtspraak met deze bepalingen rekening houdt. Onderzocht wordt op grond waarvan en in hoeverre de rechter bevoegd is, bij zwijgen van de wet(gever), de leemten in wetgeving op te vullen. De Wet AB blijkt nog springlevend.

1. Inleiding: overheidsrechtspraak bij een zwijgende wetgever

Sinds 2012 is het voor rechtbanken en gerechtshoven mogelijk om aan de civiele kamer van de Hoge Raad op de voet van artikel 392 e.v. Rv prejudiciële vragen te stellen die niet alleen relevant zijn voor de beslissing van de zaak (art. 392 lid 1 Rv) maar waarvan beantwoording rechtstreeks van belang kan zijn voor de beslissing van een massa van gelijksoortige andere vorderingszaken (art. 392 lid 1 sub a Rv) of voor de beëindiging van in de praktijk bestaande rechtsonzekerheid (art. 392 lid 1 sub b Rv). Deze rechtspraak heeft inmiddels een hoge vlucht genomen. De Hoge Raad beantwoordt jaarlijks vragen van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht in gemotiveerde uitspraken die goed worden ontvangen.¹ De bevoegdheid om vragen van wetsuitleg te beantwoorden wordt aangemerkt als één van de ‘andere taken’ van de Hoge Raad als bedoeld artikel 118 lid 3 Grondwet, naast zijn taak als cassatierechter (art. 118 lid 2 Gw). Binnen de rechterlijke organisatie is deze nieuwe taak verankerd in artikel 81a RO. Over de wettelijke legitimatie en legitimiteit van de richtinggevende uitspraken van de civiele kamer van de Hoge Raad lijkt daarom geen enkel meningsverschil te bestaan.

Dit is anders voor wat betreft de gewone taakvervulling van de Hoge Raad als cassatierechter. Zo stelde staatsrechtgeleerde Kortmann, kort voor de wetwijziging in 2012, bij zijn afscheid in 2009 de wettelijke legitimatie van de ‘rechtsvormende taak van de rechter’ waaronder die van de Hoge Raad ter discussie, omdat die rechtsvormende taak niet in de Grondwet of de wet is te vinden en de Hoge Raad deze taak in zijn rechtspraak zichzelf zou hebben aangemeten.² Kortmann kan worden toegegeven dat de Wet algemene bepalingen³ (hierna: Wet AB) lijkt te suggereren dat de rechter niet aan rechtsvorming mag doen, waar artikel 11 Wet AB gebiedt dat hij steeds ‘volgens de wet’ moet rechtspreken en niet mag treden in de beoordeling van de innerlijke waarde of billijkheid van de wet, en dat artikel 12 voorschrijft dat de rechter niet bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement uitspraak mag doen in zaken die aan diens beslissing zijn onderworpen. Anderzijds verbiedt artikel 13 dat hij weigert recht te spreken in gevallen dat de wet niets bepaalt (zwijgt) of de wettelijke regeling een ‘duisterheid of onvolledigheid’ bevat.⁴ Dit dilemma toont het door Kortmann beschreven spanningsveld in de verhouding tussen het primaat van de wet en de rechtsvormende taak van de wetgever

* mr. M.E. Bruning is cassatie-advocaat te Den Haag en oud-medewerker van het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden.

¹ Zie o.m. C.A. Streefkerk, ‘De prejudiciële procedure bij de Hoge Raad. Een voorlopige balans’, *Trema* 2015, p. 248-255; I. Giesen & A.M. Overheul, ‘Rechtsvorming door prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussenstand’, *AA* 2015, p. 825-834 en A.J.S. Lokin, ‘De prejudiciële procedure in kort bestek’, *TvPP* 2015, p. 95-99.

² C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d’Etat* (afscheidscollage Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 11-12. Zie eerder ‘De rechtsvormende taak van de Hoge Raad’, *Trema* 2005, p. 250 waartegenover A. Hammerstein, ‘Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk’, *AA* 2009, p. 672-676 en P.C. Kop, ‘Rechtsvorming door de burgerlijke rechter?’, *NJB* 2011/796.

³ Wetten van 14 juni 1822 (*Stb.* 10) en 15 mei 1829 (*Stb.* 28).

⁴ Sinds 2002 bepaalt art. 26 Rv voor civiele procedures dat de rechter niet mag weigeren te beslissen.

tegenover de wettelijke plicht van de rechter om ook in de niet door de wetgever voorziene gevallen of onduidelijk in de wet geregelde gevallen recht te spreken.

In zijn opstel uit 1963 over ‘Drie typen van rechtsvinding’⁵ heeft Wiarda de rechtsprekende functie van de rechter getypeerd als wetstoepasser, wetsvertolker en beslisser naar billijkheid. Wiarda greep terug op de door Montesquieu⁶ beschreven verdeling in de taakopvatting van de wetgever en de rechter.⁷ Volgens Wiarda was er sprake van een bewegend beeld waarin sinds 1838 zich een verschuiving voltrekt in die zin dat voor de karakterisering van de rechterlijke functie het beeld van de ‘spreekbuis der wet steeds meer op de achtergrond was geraakt en dat van de naar billijkheid oordelende scheidsman steeds meer op de voorgrond komt te staan’. Wiarda schreef deze verschuiving toe aan de noodzakelijk gebleken vrijere toepassingen van de verouderde wetgeving uit 1838 en de rol die ‘vage normen’ (open begrippen) in de wet zijn gaan spelen, waarmee de wetgever zijn rechtsvormende taak heeft gedelegeerd om de rechter, in plaats van als wetstoepasser en wetsvertolker, als ‘beslisser naar billijkheid’ te laten recht spreken in gevallen die de wet niet kan voorzien.⁸ Bij parlementaire beraadslagingen over het NBW had eerder Meijers als regeringscommissaris die verschuiving aldus verklaard dat door verplaatsing ‘van de rechtsvorming van de wetgever naar de rechter’ de wijze van wetsuitleg anders was geworden: ‘Niet meer wat de wet en de historie zeggen beslist; alles beslissend is op het ogenblik de utiliteit, de doelmatigheid van de uitspraak’ binnen het wettelijke systeem.⁹

De rechtsopvatting dat de wet niet de uitsluitende rechtsbron was, objectief recht deze (mede) omvat en buiten de wet geldt, had de staatscommissie-Gratama¹⁰ in 1920 ten grondslag gelegd aan wetsvoorstellen tot herziening van burgerlijk procesrecht waarin werd voorgesteld om rechtseenheid en rechtszekerheid te laten waarborgen door de Hoge Raad en in de artikelen 99 (oud) RO en 406 (oud) Rv als grond voor cassatie ‘schending van de wet’ te vervangen door: ‘schending van het recht’. Omdat de vaststelling en toepassing door de lagere rechters van rechtsnormen buiten de wet die zij volgens de billijkheid hadden aangewezen, niet op grond van artikel 99 (oud) RO kon worden getoetst, wilde de staatscommissie de Hoge Raad als cassatierechter een ruimere taak geven in gevallen waarin de lagere rechters wetsartikelen of andere objectief geldende regels van ongeschreven recht niet of verkeerd zouden toepassen:

‘Door den Hoogen Raad de mogelijkheid te openen mede te werken bij de nieuwe rechtsvorming, behoedt men het Nederlandsche recht voor de versteening, waaraan het blootstaat, bepaaldelijk nu herziening van burgerlijk- en handelsrecht op groote schaal [op] zich laat wachten.’¹¹

De laatste honderd jaar is – zoals de staatscommissie inschatte – die controlerende taak van de Hoge Raad toegenomen. Pas in 1963 werd het ruimer toetsingsrecht in artikel 99 (oud) RO vastgelegd zonder de taakuitoefening van de Hoge Raad noemenswaardig te veranderen.¹²

⁵ G.J. Wiarda, ‘Drie typen van rechtsvinding’ in: *Een Bundel Gedachten* (Jubileum-uitgave 1 Mei 1838-1 Mei 1963 N.V. Uitgevers-maatschappij), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 131-176. Zie voor deze lezing uit 1962 ook de tekst van de door T. Koopmans bewerkte druk van G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

⁶ Wiarda 1963, p. 132-135; Wiarda 1999, p. 13-15.

⁷ Wiarda 1963, p. 132; Wiarda 1999, p. 14.

⁸ Wiarda 1963, p. 143-152; Wiarda 1999, p. 19-29 en 71-76.

⁹ Zie Parl. Gesch. BW, Algemeen deel, p. 101. Zie over deze verschuiving van wetsinterpretatie naar rechtsvinding A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1969, hoofdstuk VIII. Zie ook H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding. Taak en taakopvatting van de rechter in de westerse wereld*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 149-168 met verdere gegevens.

¹⁰ Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/31.

¹¹ MvT, *Ontwerp 1920 der Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering*, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 4 november 1911, nr. 4, p. 222-226 i.h.b. 223. Art. 371 Ontwerp-1920 luidde (art. 99 Nieuw-RO): ‘Beroep in cassatie kan alleen zijn gegrond op schending van het recht. Het recht wordt geacht te zijn geschonden, indien de rechter op de vastgestelde feiten den daarvoor geldende rechtsregel niet of niet juist heeft toegepast.’

¹² Zie ook de wetgever van 1992: MvT Inv., Parl. Gesch. Inv. Bk 3, p. 1022 onder 5; Eindverslag I, Parl. Gesch. Bk 6, p. 32. Zie hierover nader Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/32-34.

Met de latere wetswijzigingen in 1988 en 2012 is deze taak van de Hoge Raad niet beperkt. Hij heeft meer ruimte, bij zijn beoordeling van de rechtsbescherming in concrete gevallen, om met oog voor ‘rechtseenheid en rechtsontwikkeling’ in cassatie aan de orde gestelde relevante vragen te beantwoorden (art. 80a en 81 RO).¹³ Zoals Hammerstein Kortmann tegenwierp,¹⁴ lijkt de rechtsvormende taak van de Hoge Raad bij de uitoefening van zijn rechtsprekende bevoegdheid als cassatierechter te worden bevestigd in het bepaalde in artikel 81 (101a oud) RO. Daarmee is, inderdaad, niet weerlegd de kritiek van Kortmann dat de rechtsvormende taak van de rechter niet in de Grondwet of de wet zou zijn verankerd en de Hoge Raad deze taak zichzelf heeft aangemeten zonder door de wet(gever) daarvoor te zijn gelegitimeerd.¹⁵

In deze bijdrage zal worden onderzocht of een wettelijke legitimatie voor de rechtsvormende taak van de rechter kan worden gevonden in de artikelen 11, 12 en 13 Wet AB en, zo ja, in hoeverre de rechter bevoegd is om deze rechtsvormende taak uit te oefenen. Omdat volgens Kortmann de Wet AB suggereert dat de rechter niet aan rechtsvorming mag doen, zal nader worden ingegaan op de uit de ontstaansgeschiedenis van de uit artikelen 11, 12 en 13 Wet AB blijken de bedoeling van de wetgever en de wijze waarop de Hoge Raad daarmee rekening houdt. Deze bepalingen zijn, net als de andere regelgeving in de burgerlijke wetgeving van 1838, geïnspireerd op de negentiende-eeuwse codificaties uit Frankrijk. Voor beter begrip van de toen heersende rechterlijke taakopvatting zullen daarom hierna eerst de rechtsopvattingen bij de Franse en Nederlandse codificatoren worden onderzocht.

2. Artikel 11 Wet AB: de rechter moet ‘volgens de wet’ recht spreken ... naar billijkheid

Zoals Wiarda voorhield,¹⁶ kunnen de drie rechterlijke functies (wetstoepasser, wetsvertolker en beslisser naar billijkheid) worden teruggevonden in de rechtsopvatting van Montesquieu,¹⁷ die ten grondslag ligt aan de *Code civil des Français* 1804.¹⁸ Volgens de Franse codificatoren onder leiding van Portalis was burgerlijke wetgeving¹⁹ de plechtige verklaring van de wil van de wetgever tot het reguleren van kwesties van algemeen belang en openbare orde. De wet was het resultaat van gezond verstand, rechtvaardigheid en rede en verbond de burgers onderling en tegenover de gemeenschap tot betamelijkheid.²⁰ Voornaamste taak van de wet was het vastleggen van de rechten en van de uit de zedelijkheid voortvloeiende plichten, wat zoveel mogelijk zou overeenstemmen met de natuurlijke billijkheid. Ervan uitgaande dat in de samenleving natuurrecht op ‘les principes de l’équité générale’ is gefundeerd, had de wet als primair doel vast te leggen ‘par de grandes vues, les maximes générales du droit; d’établir des principes féconds en conséquences’,²¹ om (uitsluitend op hoofdlijnen) vorm te geven aan de in de samenleving voorkomende verhoudingen.²² Met algemeen geredigeerde bepalingen, geabstraheerd van concrete gevallen omvatte de wet alles.²³

¹³ Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/36 en 292.

¹⁴ Hammerstein 2009, p. 674. Zie hierover ook W.D.H. Asser, ‘Over rechtsvorming door de Hoge Raad’, AA 2005, p. 223, Kop 2011, par. ‘Kanttekeningen’ en G. Boogaard & J. Uzman, ‘Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming’, AA 2015, p. 64.

¹⁵ Vgl. Kop 2011, par. ‘Kanttekeningen’.

¹⁶ Zie o.m. Wiarda 1963, p. 143, 163 en 169; Wiarda 1999, p. 13-18.

¹⁷ Charles-Louis de Secondat Montesquieu (Baron de la Brède et de), *De l’Esprit des lois*, Genève : Chez Barillot&fils 1750.

¹⁸ Zie Favard de Langlade, *Code Napoléon*, Tome Septième, Paris: Firmin Didot 1808, nr. 112, p. 179 (exposé des motifs); *Conférence du Code Civil*, Tome Premier, Paris: Firmin Didot 1805, p. xvii (discours préliminaire) en *Code Napoléon*, Tome Neuvième, Paris: Firmin Didot 1810, nr. 1, p. 4 e.v. (exposé des motifs). Zie nader Kop 2011, par. ‘Historische achtergrond’.

¹⁹ Langlade 1805, p. xxviii-xxix ; Langlade 1810, p. 4-5.

²⁰ Langlade 1805, p. xvii en xxviii-xxix.

²¹ Langlade 1805, p. xx-xxi. Zie ook art. 3 van titel I in Livre préliminaire.

²² Langlade 1805, p. xx-xxi en xxvi-xxvii; Langlade 1810, p. 11-12. Zie ook *Code Napoléon*, Tome Deuxième, Paris: Firmin Didot 1808, nr. 1, p. 16 e.v. (exposé des motifs).

²³ Langlade 1805, p. xxvi-xxvii.

De rechter diende, aldus Portalis, vooreerst de wetgever te gehoorzamen door volgens de wet te beslissen.²⁴ Waar de wetgever de beginselen van natuurlijke billijkheid diende te vinden die uit oogpunt van algemeen welzijn het grootste nut zouden brengen, was het de taak van de rechter die beginselen in de praktijk te brengen, nader uit te werken en weloverwogen en beargumenteerd in de hem voorgelegde gevallen toe te passen.²⁵ De rechter moest bij zijn beslechting van rechtsgeschillen doordringen tot ‘l’*esprit général des lois*’ om, waar de letter van de wet stokte, volgens de regels van uitlegkunde de overige twistpunten op te lossen.²⁶ Uitspraken ‘*contre le texte de la loi*’ waardoor de rechter zijn taak te buiten ging, konden worden tegengegaan door middel van vernietiging in cassatie.²⁷ Voor juiste wetstoepassing golden de aan natuurrechtelijke beginselen ontleende uitlegregels die zouden voorkomen dat ‘*la raison particulière d’aucun homme ne puisse jamais prévaloir sur la loi, raison publique*’.²⁸ Was de wet duidelijk, dan moest de rechter deze zonder meer toepassen; bij onduidelijkheid mocht hij haar nader doorgronden.²⁹ Waar de wet leemten zou laten, mocht de rechter afgaan op zijn rechtsovertuiging en teruggrijpen op beginselen van natuurlijke billijkheid.³⁰ ‘*l’équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l’opposition ou l’obscurité des lois positives*’.³¹ Volgens Portalis stond het daarom aan rechters als ‘*ministres d’équité entre les hommes*’ niet vrij om te weigeren recht te spreken ingeval de wet niet duidelijk was of (deels) zweeg.³² Het verbod van rechtswegering (art. 4 Cc)³³ is opgenomen gelet op de onvolkomen regelgeving in de wet.³⁴ Steeds konden geschillen opkomen die de rechter niet ‘*par la loi écrite*’ zou kunnen beslissen, maar die binnen het systeem van de wet door wetsuitleg moesten worden beslecht,³⁵ met inachtneming van algemene rechtsbeginselen en de in rechtspraak en literatuur ontwikkelde rechtsopvattingen.³⁶ Zo kon de rechter geldende regels steeds ‘vinden’ in het wettenrecht, dan wel in het ongeschreven recht op grond van de beginselen van ‘natuurlijke billijkheid’, gebruikmakend van zijn eigen rechtsovertuiging.³⁷

De opvattingen van Portalis zijn terug te vinden bij de Nederlandse codificatoren. In de ontwerpen van de commissie-Cras (1804) en de daarop voortbouwende ontwerpen van Van der Linden (1807) en Kemper (1820), waarin de *Code civil* (1804) deels is overgenomen, was de billijkheid ook een aanvullende bron van wettenrecht. In deze wetsontwerpen werden de beginselen van de natuurlijke billijkheid aangewezen als de ultieme kenbron van de rechter om bij leemte in de wet tot rechtsoordelen te komen.³⁸ Ondanks de pogingen van Kemper tot

²⁴ Langlade 1805, p. xxv en Langlade II (1808), p. 16-19.

²⁵ Langlade 1805, p. xxvii.

²⁶ Langlade 1805, p. xxi e.v. i.h.b. xxv e.v.

²⁷ Langlade 1805, p. 28-30.

²⁸ Langlade 1805, p. xxxi; Langlade 1810, p. 230.

²⁹ Langlade 1805, p. xxv; Langlade 1810, p. 247-248.

³⁰ Langlade 1805, p. xxv en Langlade II (1808), p. 17.

³¹ Langlade II (1808), p. 17: ‘(...) *l’équité* n’est, dans le magistrat, que le coup-d’oeil d’une raison exercée par l’observation, et dirigée par l’expérience. Mais tout cela n’est relatif qu’à l’équité morale, et non à cette équité judiciaire dont les jurisconsultes romains se sont occupés, et qui peut être définie un retour à la loi naturelle, dans le silence, l’obscurité ou l’insuffisance des lois positives. C’est cette *équité* qui est la vrai supplément de la législation, et sans laquelle le ministère du juge, dans le plus grande nombre des cas, deviendrait impossible.’

³² Langlade 1810, p. 20.

³³ Art. 6 Ontwerp-Cc is, summier gewijzigd, opgenomen als art. 4 Cc (1804).

³⁴ Langlade 1810, p. 248; Langlade II (1808), p. 16-19.

³⁵ Langlade 1805, p. 27-29 (Portalís).

³⁶ Langlade II (1808), p. 16-17.

³⁷ Langlade 1805, p. 27: ‘Le juge civil est le ministre de la loi, quand la loi a parlé; il est l’arbitre des différends, quand elle se tait’.

³⁸ Bijv. Joannes van der Linden, *Rechtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek*, Amsterdam: Johannes Allart 1806, art. I.I.VI.3 en *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808* (heruitgave door J.Th. de Smidt), Amsterdam: Graphic 1967, Inl. art. 35: ‘Wanneer eenig geval voorkomt, het welk bij het Wetboek niet beslist is, noch door de toepassing van de regelen eener goede uitlegkunde, daar uit beslist kan worden, moet in de beslissing van het zelve gevolgd worden, het geen met de billijkheid en den aard (analogie) van het vastgesteld burgerlijk Regt in gelijksoortige gevallen zal bevonden worden meest overeenkomstig te zijn.’ Deze bepaling werd in het Ontwerp-Kemper (1820) gesplitst in art. 58-59 en art. 71-73. Zie nader Kop 2011, par.

een eigen nationale codificatie van het burgerlijk recht heeft de Franse wetgeving, via het in 1829 aangenomen ontwerp-Nicolaï (dat na afscheiding van België summier werd aangepast), de inhoud van de regeling in het Burgerlijk Wetboek van 1838 in belangrijke mate bepaald.³⁹

Het begrip van wettenrecht als een ‘système d’application’ bij de Franse codificatoren⁴⁰ stemde overeen met de hier te lande heersende opvatting dat de wet een alomvattend systeem van immer toepasselijk recht zou inhouden.⁴¹ Door toepasselijkheid en wijze van toepassing van wettenrecht in bijzondere gevallen aan de (oordeelsvorming in) rechtspraak en literatuur over te laten, zou het ‘système d’application’ onvolkomenheden van wetgeving wegnemen. Als het hoger doel van het privaatrechtelijke systeem van 1838 werd ook hier beschouwd de handhaving van de zedelijkheid in de burgerlijke maatschappij, welk doel kon worden bereikt door bij wetsuitlegging niet enkel af te gaan op de letter van de wet maar de billijkheid (bedoeling) erachter in het oog te houden.⁴² De ‘alleenheerschappij’ van de wet mede als bron van zedelijkheid (billijkheid) werd tot uitdrukking gebracht in artikel 11 Wet AB. Deze bepaling was ontleend aan het voorschrift in artikel 46 van het Ontwerp-Kemper⁴³ en strekte, ondanks redactionele aanpassing, ertoe te benadrukken dat, wegens de machtscheiding, de rechter niet bevoegd zou zijn door de wetgever voorgeschreven rechtsregels inhoudelijk op hun billijkheid te beoordelen; wèl mocht hij de rechtsgeldigheid van wetgeving bepalen door haar ‘uitwendige waarde’ te beoordelen bij een controle van de voor de totstandkoming geldende vormvereisten. Ondanks dat de rechter ‘volgens de wet’ moest rechtspreken, werd door het verbod van rechtsweigeren in artikel 13 Wet AB de rechter verplicht om de leemten in de wetgeving aan te vullen met raadpleging van billijkheid en gezond verstand. Artikel 13 Wet AB is ontleend aan artikel 4 Cc (1804) en diende ter vervanging van artikel 70 Ontwerp-Kemper. Met uitzondering van artikel 11 Wet AB, zijn uit het Ontwerp-Kemper de regels van uitlegkunde niet overgenomen, omdat zij als te leerstellig werden ervaren.⁴⁴ De uitleg en toepassing van de wet door de rechter zou kunnen worden gecontroleerd in cassatie; krachtens artikel 99 onder 2° RO⁴⁵ (1838) werd de Hoge Raad bevoegd om wegens ‘verkeerde toepassing of schending der wet’ uitspraken van lagere rechters te vernietigen. Als ‘Opperste Geregtschhof’ voor het Koninkrijk – artikel 173 Grondwet (1815) – heeft de wetgever de Hoge Raad opgedragen om zo waken tegen willekeur bij rechterlijke taakuitoefening en de

‘Historische achtergrond’ en dezelfde, ‘The duty of judges in Holland and West Friesland to pass judgements solely according to the content of the laws’, in: J.G.B. Pikkemaat ed., *The Old Library of the Supreme Court of the Netherlands*, Hilversum: Verloren Publishers 2008, p. 69-83 met verdere gegevens.

³⁹ Zie o.m. J.H.A. Lokin, ‘De receptie van de Code civil in de Noordelijke Nederlanden’, *GOM* 2004, p. 1-15 i.h.b. 11-13.

⁴⁰ Ontleend aan J.G. Locré, *Esprit du Code Napoléon*, Tome Premier, Paris 1804, p. 2 en 5-7.

⁴¹ Zie J.D. Meijer, ‘Proeve over eenige belangrijke onderwerpen uit de wetenschap der wetgeving’, in: *Briefwisseling over de Nederlandsche wetgeving* (J.D. Meijer, H.W. Tydeman e.a.), Leiden: H.W. Hazenberg 1819, p. 154-186 en *De la codification en général et de celle de l’Angleterre en particulier*, Amsterdam: Dieudrichs frères 1830, p. 193-195 en 204-205. Zie nader J. de Bosch Kemper, *Gedachten over de beoefening en toepassing der aanstaande Nederlandsche wetgeving, voornamelijk in betrekking tot de tegenwoordige Fransche regtsgeleerdheid*, Amsterdam: Ten Brink en De Vries 1838, p. 2-9, 32 en 60-65; Kop 2011, par. ‘Historische achtergrond’ en Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/12 en 103.

⁴² De Bosch Kemper 1838, p. 32-34 en 72-91.

⁴³ Art. 46 Ontwerp-Kemper: ‘De regter is verplicht uitspraak te doen overeenkomstig de wet. De beoordeeling der wet zelve ligt buiten de grenzen zijner magt’.

⁴⁴ Artt. 46-73 over ‘uitlegging der wetten’ en ‘strijden en zwijgen der wetten’. Zie over de rechtsgeschiedenis van de aanvullende functie van de (natuurlijke) billijkheid als rechtsbron m.n. Kop 2008, p. 69-83; W.J. Zwolve, ‘The Equity of the Law: Law and Equity since Justinian’, in: E. Koops & W.J. Zwolve (edd.), *Law & Equity. Approaches in Roman Law and Common Law*, Leiden: Brill/Nijhoff 2014, hoofdstuk 1, p. 33 e.v. Zie over de wordingsgeschiedenis van de Wet AB nader C.J.H. Jansen ‘Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829)’, *AA* 2008, p. 22-29 i.h.b. 26 e.v. en C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, ‘Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht’, *ArA* 2012, p. 3-21 met verdere gegevens.

⁴⁵ Wet op de ‘Zamenstelling der Regterlijke Magt en het Beleid der Justitie’ van 18 april 1827, *Stb.* 1827, 20 welke wet uiteindelijk op 1 oktober 1838 met de overige burgerlijke wetgeving in werking is getreden (*Stb.* 1838, 12).

rechtseenheid in jurisprudentie van de lagere rechters te bewaken zodat vanuit eenzelfde rechtsopvatting de wet overal werd toegepast.⁴⁶

Met Scholten⁴⁷ kan worden geconcludeerd dat, net als de Franse codificatoren, de wetgever van 1838 bij inwerkingtreding van het oude BW de ‘vorming van een geheel’ rechtssysteem heeft beoogd waarbij wettenrecht verder zou worden uitgewerkt in de jurisprudentie gevormd in rechtersrecht – lagere rechtspraak en die van Hoge Raad – dat wordt gesteund door breed gedragen rechtsopvattingen in de doctrine.⁴⁸ Een nadere bestudering van de aan de artikelen 11, 12 en 13 Wet AB ten grondslag liggende rechtsopvattingen en daarmee samenhangende taakopvatting van de rechter leert dat, anders dan Kortmann veronderstelt, de wetgever van 1838 met deze algemene bepalingen niet heeft beoogd dat de rechter niet aan rechtsvorming mag doen, maar – integendeel – juist bedoelde het aan de rechter over te laten om waar hij niet als wetstoepasser of als wetsvertolker de zaak kon beslissen, hij het niet-geregelde geval volgens de (natuurlijke) billijkheid mocht beslissen. Wiarda’s derde type van rechtsvinding ligt daarmee in de drie algemene bepalingen besloten, welke bepalingen dan ook de wettelijke legitimatie van de rechtsvormende taak van de rechter (als beslisser naar billijkheid) vormen bij de uitoefening van zijn rechtsprekende bevoegdheid.

3. Billijkheidsrechtspraak volgens de demarcatie van de Hoge Raad

Illustratief voor deze rechtspraak en richtinggevend voor de rechtsontwikkeling op grond van de billijkheid waren de arresten van de Hoge Raad *Lindenbaum/Cohen* en *Quint/Te Poel*. Met het eerste standaardarrest zette hij de deur open voor de ontwikkeling van recht naast de wet, welke deur het tweede standaardarrest sloot voor de vorming van ‘nieuw’ recht buiten de wet.

De lezer zal bekend zijn dat, terwijl de behandeling van het wetsontwerp-Heemskerk uit 1911 en 1913 stil lag, de Hoge Raad een ingrijpen van de wetgever niet heeft afgewacht en met zijn standaardarrest *Lindenbaum/Cohen* in 1919 terugkwam van de maatschappelijk bekritiseerde (legalistische) rechtspraak, van welke rechtsopvatting het hof en A-G Tak in zijn verwerpende conclusie nog waren uitgegaan. Op grond van de bewoordingen en de wetsgeschiedenis van artikel 1401 (oud) BW koos de Hoge Raad – als wetsvertolker – voor de, door Molengraaff en anderen verdedigde, wetsuitleg die strookte met de bedoeling van de wetgever van 1838.⁴⁹ Zo beschouwd⁵⁰ was het arrest *Lindenbaum/Cohen* uiterst principieel en werd het één van de belangrijkste standaardarresten uit de twintigste eeuw;⁵¹ allereerst omdat de Hoge Raad hier deed wat de wetgever naliet, maar ook omdat de door zijn eerdere rechtspraak ontstane onduidelijkheid over billijkheid als aanvullende bron van ongeschreven recht is weggenomen. Deze uitspraak wordt dan ook gezien als een standaardarrest, omdat de Hoge Raad voor het eerst zich bereid had getoond van zijn eerdere rechtspraak expliciet terug te komen ten gunste van een in Nederland levende rechtsovertuiging. Daarnaast heeft de Hoge Raad zelf de, door

⁴⁶ Joan van den Honert (Thz.), *Handboek voor de burgerlijke regtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam: L. van der Vinne 1839, p. 105-106, 135-135 en 139 (minister van justitie Van Maanen). Zie hierover nader Kop 2011, par. ‘Historische achtergrond’ en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/10-15 met verdere gegevens.

⁴⁷ P. Scholten, ‘De Codificatie-gedachte vóór honderd jaar en thans’, in: *Gedenkboek BW 1838-1938* (P. Scholten en E.M. Meijers red.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 5-6, 12-17 en 20-24.

⁴⁸ Zie nader Wiarda 1999, p. 34-43.

⁴⁹ Zie met verdere gegevens W.L.P.A. Molengraaff onder HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161. Zie nader G.E. van Maanen, ‘De mythe rond het arrest *Lindenbaum/Cohen* (31 januari 1919)’, *R&K* 1983, p. 51-86 en *Onrechtmatige daad: aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1986, p. 146 e.v. i.h.b. 151-154 volgens wie het arrest gezien zijn eerdere rechtspraak uit 1912-1919 eigenlijk ook niet (meer) ‘vernieuwend’ kan worden genoemd. Zie ook A. Pitlo, *De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad*, 1973, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1973, nr. 7.

⁵⁰ Vgl. Schoordijk 2014, p. 164 e.v.: ‘Het arrest is uiteindelijk sterk bepalend geweest voor onze visie op het recht, maar dit heeft wel een tijd geduurd. (...) het arrest gaf –naar later bleek– ruim baan voor een overall betamelijkheidsopvatting (...)’.

⁵¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/39-42 volgens wie het arrest ‘een omwenteling’ teweegbracht in ‘het civiele recht’. Zij zien de beslissing als de ‘belangrijkste, ooit door de Hoge Raad gegeven’.

de wetgever van 1838 bedoelde en door de staatscommissie-Gratama in 1920 voorgestelde, mogelijkheid weer geopend om zo ‘mede te werken bij de nieuwe rechtsvorming’ waar de ‘herziening van burgerlijk- en handelsrecht op groote schaal’ toen nog op zich liet wachten.

Nadat de Hoge Raad de mogelijkheid van rechtsmisbruik had aanvaard⁵² en het begrip ‘natuurlijke verbintenis’⁵³ had verruimd (en in deze leerstukken de zedelijkheid, moraal en fatsoen, als aanvullende rechtsbron aanwees), heeft hij in het arrest Quint/Te Poel in 1959 tegen de achtergrond van het bepaalde in artikel 11 Wet AB uitgemaakt dat in niet in de wet geregelde gevallen de rechter niet op grond van billijkheidsoverwegingen vorderingsrechten kan toekennen waar deze niet volgens de wet aan partijen als een rechthebbende toekomt.⁵⁴ Sinds Bregstein was in de literatuur verdedigd de billijkheid te erkennen als aanvullende bron van verbintenissen in de niet in het BW van 1838 geregelde gevallen van ongerechtvaardigde verrijking. De Hoge Raad verwierp deze opvatting in zijn arrest Quint/Te Poel en oordeelde dat de wet niet een regeling inhield (zweeg), aan de wet geen rechtsbeginsel ten grondslag lag, de traditie en de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten boden en de billijkheid geen bron van verbintenis kon zijn omdat artikel 1269 (oud) BW niet ‘in alle gevallen waarin naar het oordeel van de rechter de redelijkheid of de billijkheid verlangt dat de een tegenover den ander een zekere prestatie verricht’ toeliet om aan te nemen dat tussen hen een verbintenis ontstond. Volgens de Hoge Raad kon en moest de rechter in de ‘gevallen die niet (...) door de wet zijn geregeld’ de oplossing zoeken die ‘in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wèl in de wet geregelde gevallen’. Daarvan was in deze zaak geen sprake.

Het belang van wat de Hoge Raad in het arrest Quint/Te Poel heeft uitgemaakt, werd door Veegens in zijn *NJ*-noot aanstonds op één lijn gesteld met het arrest Lindenbaum/Cohen. Naar ook uit het openbare archiefdossier kenbaar is, was de concipiënt van dit arrest raadsheer F.J. de Jong, lid van het driemanschap dat na de dood van Meijers met het NBW was belast.⁵⁵ Gezien de controversen over de aanvullende functie van de billijkheid laten de overwegingen van de Hoge Raad zich begrijpen in het licht van de artikelen 1-7 van de Inleidende Titel in het Ontwerp-NBW, waar Meijers naar aanleiding van vraagpunten over algemene bepalingen van wetgeving de verhouding tussen de wet, de gewoonte en de billijkheid als rechtsbronnen binnen het nieuwe Burgerlijk Wetboek had uitgewerkt.⁵⁶ Volgens de toelichting van Meijers kwam wetstoepassing door de rechter, indachtig artikel 11 Wet AB, neer op het volgende:⁵⁷

‘(...) Wanneer de wet rechtstreeks in een gegeven geval voorziet, mag men deze rechtstreekse toepassing niet achterwege laten op grond, dat men strijd aanwezig acht tussen het artikel en de aan andere wetsartikelen ten grondslag liggende beginselen. Iets anders is, dat indien de betekenis van een wetsvoorschrift twijfelachtig is, men een uit andere artikelen af te leiden algemeen beginsel bij de uitlegging van het voorschrift dienst laat doen.’

Als een rechtstreekse toepassing van de wet geen uitkomst kon brengen, moest volgens deze toelichting van Meijers de rechter bij het zwijgen der wet door analogische wetstoepassing het geldend recht vinden en nagaan of de aan de wet ten grondslag liggende rechtsbeginselen niet duidelijk spraken, voordat hij tot toepassing van gewoonterecht of de billijkheid kon komen; zo bleef de billijkheid de ultieme kenbron van de rechter om tot zijn rechtsoordeel te komen.⁵⁸

⁵² Vaste rechtspraak sinds HR 17 februari 1927, *NJ* 1927, 391.

⁵³ Vaste rechtspraak sinds HR 12 maart 1926, *NJ* 1926, p. 777 (*Goudse bouwmeester*).

⁵⁴ HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 m.nt. DJV; AA 1958/59, p. 1711-1716 m.nt. JHB. Zie nader Kop, par. ‘Moderne tijden’.

⁵⁵ Zie hierover W.J. Zwalve, ‘boekbespreking van D.M.A. Gerdes, *Derdenverrijking*, Deventer 2005’, *WPNR* 2007 (6701) in en bij voetnoot 25 en 26.

⁵⁶ *MvT Inv., Parl. Gesch. Inv. Bk 3*, p. 1019 e.v.

⁵⁷ E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting*, eerste gedeelte, ‘s-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1954, p. 27 (toelichting bij de inleidende titel; art. 5).

⁵⁸ Toelichting-Meijers 1954, p. 27 en 24: ‘Zwijgt de wet, dan zal de gewoonte het recht bepalen, en als ook een toepasselijke gewoonte ontbreekt, de billijkheid.’ Zie over Meijers’ rechterlijke taakopvatting volgens de toelichting op de Inleidende Titel

Bij zijn beoordeling van het cassatieberoep heeft de Hoge Raad in het arrest Quint/Te Poel volgens de in artikel 4 van de Inleidende titel bepaalde volgorde de rechtsbronnen beoordeeld. Uit de volgorde waarin de aan de wet ten grondslag liggende rechtsbeginselen en gewoonte (traditie) in verhouding tot de billijkheid werden besproken, kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad expliciet heeft willen aansluiten bij de in het Ontwerp-NBW (1954) neergelegde rechtsopvatting dat het billijkheidsrecht bij het wettenrecht en het gewoonterecht achterstaat.⁵⁹ De Hoge Raad bevestigde de methode van analogische rechtsvinding (door de toepassing van de aan de wet ten grondslag liggende rechtsbeginselen) en lijkt deze methode meer algemeen te hebben willen voorschrijven voor gevallen waar de rechter ‘volgens de wet’ recht spreekt maar hij de leemten in de wetgeving op grond van de billijkheid (inhoudelijk) zelf aanvult.⁶⁰ Uit de rechtsoverwegingen in het arrest Quint/Te Poel kan worden afgeleid dat de rechter met billijkheidsoordelen die passen in het stelsel der wet en aansluiten bij wèl in de wet geregelde gevallen, blijft binnen de grenzen van zijn taak als bedoeld in de artikelen 11 en 12 Wet AB en hem verboden is naar eigen rechtsovertuiging regels op te stellen en recht te ‘scheppen’. Duidelijk heeft de Hoge Raad omwille van de rechtszekerheid zich bij zijn beslissing laten bepalen door de stand van het positief recht (ius constitutum) en wilde hij niet anticiperen⁶¹ op door de wetgever te vormen ‘wenselijk’ recht (ius constituendo). Met zijn overwegingen over de reikwijdte van artikel 1269 (oud) BW voor het ontstaan van verbintenissen ‘uit de wet’ benadrukte de Hoge Raad dat waar de wet zwijgt, de rechter bij zijn oordelen naar billijkheid zich steeds dient te houden aan de in artikel 11 Wet AB neergelegde legaliteitsis.⁶²

Deze door de Hoge Raad in zijn standaardarrest Quint/Te Poel getrokken grenzen⁶³ aan de billijkheidsrechtspraak stroken met de toelichting (van het driemanschap, onder wie raadsheer De Jong) in het rapport van de regering aan de Koningin over de rechterlijke rechtsvorming. Volgens de regering diende voor het bepalen van de juiste grens tussen de taken van wetgever en rechter ten aanzien van rechtsvinding te worden gestreefd naar het juiste evenwicht tussen de billijkheid en de rechtszekerheid: naar ‘de gulden middenweg’.⁶⁴ Uitgaande van het grote belang van rechtszekerheid benadrukte de regering het primaat van de wetgever om regels van het objectieve recht vast te stellen. De regering onderkende de dynamiek van objectief recht en de noodzaak van een elastische regeling waarin de rechter grote vrijheid toekomt, waar de rechter binnen de in het arrest Quint/Te Poel bepaalde grenzen op grond van de billijkheid leemten in de wet aanvult door middel van analogische rechtsvinding. Daarvoor verwees de regering⁶⁵ instemmend naar Wiarda’s vergelijkingsmethode:

‘Oriëntatie op vergelijkbare gevallen, waarin dat wel het geval is, moet dan verder helpen. Dit neemt niet weg dat in laatste instantie de wijze, waarop het niet evidente geval in de reeks van hypothetische gevallen die dit wel zijn,

nader A.S. Hartkamp, *Wetsuitleg en rechtstopassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1992, p. 21-25 met verdere gegevens.

⁵⁹ Zie o.m. D.J. Veegens in zijn noot onder HR 30 januari 1959, NJ 1959/548.

⁶⁰ Kennelijk kwam de HR tegemoet aan de voordien gewenste rechtszekerheid: zie o.m. G. de Grooth, *Enige beschouwingen over de conflicten tussen rechtszekerheid en levend recht* (oratie Leiden), Leiden: Universitaire pers 1947 en M.H. Bregstein, *De betrekkelijke waarde der wet* (rede Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952. Zie ook D.J. Veegens, ‘Schending van het recht als cassatiegrond’, AA 1967, p. 91-102 i.h.b. 94; H.C.F. Schoordijk, ‘Hoe vat(te) de Burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op’, in: Baardman e.a. (red.), *De Hoge Raad der Nederlanden, De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 30-31 en Wiarda 1999, p. 25-26.

⁶¹ Zie nader E.J.H. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst*, Monografieën BW B-53, Deventer: Kluwer 2009, nrs. 91 e.v. i.h.b. 97 e.v. en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/457 e.v.

⁶² D.J. Veegens onder NJ 1959/548 (nr. 2). T. van der Linden, ‘Het legaliteitsbeginsel in de privaatrechtelijke rechtsvinding’, in: C.G. Breedveld-De Voogd e.a. (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2013, p. 87-107 benadrukt met een beroep op art. 11 Wet AB terecht dat ook vanuit constitutioneel perspectief het legaliteitsbeginsel voor het privaatrecht de rechter bij rechtsvinding bindt aan het stelsel van de wet.

⁶³ A-G Loeff voorspelde al in zijn conclusie voor HR 30 januari 1959, NJ 1959/548 dat het arrest zou kunnen gaan gelden als ‘sluitstuk’ van de ontwikkeling in de jurisprudentie van de Hoge Raad over de aanvullende functie van de billijkheid.

⁶⁴ Parl. Gesch. Bk 6, p. 14.

⁶⁵ Parl. Gesch. Bk 6, p. 15.

moet worden ingepast en ingeschakeld, weer van de persoonlijke appreciatie van de rechter afhankelijk is; maar dit geldt eveneens wanneer de rechter als wetsvertolker moet beslissen over de extensieve of restrictieve interpretatie van een wettelijke norm of wanneer hij conclusies moet trekken uit het stelsel van de wet; de weging van de bij het geval betrokken bijzondere en algemene belangen geeft dan de doorslag. Zowel in het een als het andere geval wordt rechtsvinding zowel door heteronome als door autonome factoren bepaald.⁶⁶

Wiarda's taakopvatting van de burgerlijke rechter als 'beslisser naar billijkheid' strookt met de door de wetgever in artikel 3:12 BW gegeven richtlijnen⁶⁷ waarlangs de rechter, anders dan als wetstoepasser of als wetsvertolker, voor het bepalen van een redelijke en billijke uitkomst van het geschil kan rekening houden met wijzigingen in rechtsovertuiging door een wijziging van maatschappelijke verhoudingen waarmee wettelijke regels zijn opgehouden billijk te zijn. Ten behoeve van rechtszekerheid heeft de wetgever, om te voorkomen dat de rechter in niet-geregelde gevallen de 'billijke' uitkomst van de zaak op een te subjectieve wijze zou bepalen, in artikel 3:12 de rechter gewaarschuwd niet uit te gaan van zijn rechtsovertuiging (subjectief billijkheidsoordeel). Artikel 3:12 BW bepaalt daarom in het algemeen – ook voor anderen dan de rechter die in concreto geldend recht moeten vinden – dat bij billijkheidsoordelen dient te worden uitgegaan een geobjectiveerd begrip 'billijkheid', reden waarom bij vaststelling van hetgeen de redelijkheid en billijkheid eisen, de rechter ten minste moet rekening houden met de in artikel 3:12 opgesomde (objectiverende) factoren:⁶⁸ algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval zijn betrokken. Met die billijkheidsfactoren (gezichtspunten) moet de rechter, aldus de wetgever, rekening houden in gevallen waarin de 'billijkheid' wordt gebezigd als een 'correctief' van wat volgens wet en overeenkomst geldt (beperkende functie), en waarin de 'redelijkheid en billijkheid' dienst doen als 'bron' van het, uit de zedelijke sfeer (normen van publieke moraal; betamelijkheid) voortvloeiende, ongeschreven recht (aanvullende functie).⁶⁹ De in de Inleidende Titel van het Ontwerp-Meijers voorgeschreven volgorde tussen de wet, de gewoonte en de billijkheid als rechtsbronnen is in het nieuwe BW niet overgenomen. De beantwoording van de vraag hoe wet, gewoonte en (redelijkheid en) billijkheid zich in een gegeven geval tot elkaar verhouden, heeft de wetgever aan de overheidsrechter overgelaten.⁷⁰ Zoals voor vaststelling van het billijkheidsrecht laat de wetgever het aan de rechter om al naar de aard van het hem voorgelegde geval bij het afwegen van de in artikel 3:12 voorgeschreven gezichtspunten voor de vaststelling van de billijke uitkomst als maatschappelijk meest aanvaardbaar resultaat 'de nadruk nu eens op het ene gezichtspunt, dan weer op het andere' te leggen.⁷¹ Desondanks had de Hoge Raad intussen in zijn rechtspraak sinds het arrest Quint/Te Poel al uitgemaakt dat billijkheid pas na wettenrecht en gewoonterecht toepassing kan vinden.

In de volgende paragraaf zal worden ingegaan op de rechtsvormende rechtspraak van de Hoge Raad sinds zijn arrest Quint/Te Poel, in welke jurisprudentie hij in vraagstukken van burgerlijk recht en procesrecht rechtstekorten in 'onbillijke' gevallen heeft aangevuld.

4. Redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het recht als billijkheidscorrectie

Zoals de NBW-wetgever vooropstelde, geldt ook nu het primaat van de wet. In het sinds 1992 geldende recht mag de rechter alleen terughoudend gebruik maken van de mogelijkheid na

⁶⁶ Wiarda 1963, p. 170 e.v. i.h.b. 173 en 174-175 (citaat). Zie ook Wiarda 1999, p. 25-26, 107 e.v. en 113 e.v. i.h.b. 114-115.

⁶⁷ Aldus Parl. Gesch. Inv. Bk 3, p. 1032, 1035 ('factoren'; 'belangrijke gegevens') en 1036 ('belangrijke gezichtspunten'). Zie over deze 'richtlijnen, wegwijzers die kunnen worden gevolgd' Wiarda 1999, p. 87-92 i.h.b. 90-91 verwijzend naar de 'topica' in de Griekse redeneerkunst. Zie hierover ook H.C.F. Schoordijk, 'Typologeren en moduleren in de rechtsvinding; variaties op het thema overeenkomst', in: *Rechtsvinding* (opstellen aangeboden aan prof. Dr. J.M. Pieters), Kluwer: Deventer 1970, p. 231-252 en C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, par. 4.6.2 en 4.6.3.

⁶⁸ Parl. Gesch. Inv. Bk 3, p. 1035 ('factoren'; 'belangrijke gegevens'). Volgens Smith 2005, p. 135 is de rechter hier niet vrij, omdat hij naar de leest van art. 3:12 BW moet oordelen 'naar billijkheid'.

⁶⁹ Parl. Gesch. Inv. Bk 3, p. 1035.

⁷⁰ Parl. Gesch. Bk 6, p. 31. Zie over de vrijheid van de rechter bij toepassing van het NBW nader Hartkamp 1992, p. 21-31.

⁷¹ Parl. Gesch. Inv. Bk 3, p. 1036.

afweging van de in artikel 3:12 BW bedoelde gezichtspunten dwingendrechtelijke bepalingen in wet- en regelgeving op grond van de ‘derogerende werking van redelijkheid en billijkheid’ buiten toepassing te verklaren in door de wetgever niet bedoelde of niet voorziene gevallen.⁷² Of en, zo ja, op welke wijze en in hoeverre de rechter op grond van zijn rechtsprekende bevoegdheid als bedoeld in artikelen 11, 12 en 13 Wet AB volgens de billijkheid (restrictief of extensief) recht spreekt om het toepassingsbereik van, onder andere, privaatrechtelijke regelgeving te bepalen en wettenrecht in niet-geregelde gevallen te verfijnen, raakt de kern van de rechtsvormende taak van de overheidsrechter.⁷³ Het rechtspolitek dilemma⁷⁴ bij de rechtsvormende taakuitoefening van de rechter om in niet geregelde gevallen (effectieve) rechtsbescherming te bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien of een ‘ingrijpen in een wettelijke regeling’ met inachtneming van de staatsrechtelijke verhoudingen verder over te laten aan de wetgever, heeft de Hoge Raad in 1999⁷⁵ in de zogenoemde ‘demarcatieleer’⁷⁶ als volgt samengevat:

‘3.15 Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspoliteke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de (...) staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied. Niet uitgesloten is echter dat de afweging anders moet uitvallen ingeval de wetgever ermee bekend is dat een bepaalde wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling (...) leidt, maar nalaat zelf een regeling te treffen.’

Zoals Stolker⁷⁷ en Martens⁷⁸ (met Wiarda) constateerden, moet volgens deze demarcatieleer de rechter bij de uitoefening van zijn rechtsvormende taak in de eerste plaats blijven binnen de in het arrest Quint/Te Poel getrokken grenzen voor de (autonome) billijkheidsrechtspraak. De legaliteitseis is in het strafrecht en belastingrecht vanzelfsprekend omdat voor de rechter deze eis voortvloeit uit de grondwet en strekt als ongeschreven rechtsbeginsel ter bescherming van burgers tegen de uitvoerende macht bij niet-gelegitimeerd ingrijpen in hun privédoain;⁷⁹

⁷² Parl. Gesch. Bk 6, p. 15; HR 16 mei 1986, NJ 1987/251 rov. 6.1 (*Landbouwwliegers*) en HR 14 april 1989, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*), zoals aangevuld in HR 19 december 2014, NJ 2015/344 (*natura-polis*): de rechter mag de afweging van de wetgever niet toetsen aan algemene rechtsbeginselen of ander ongeschreven recht, ook als toetsing plaatsvindt in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding bij overeenkomst e.d. beheersen (art. 6:2 en 248 BW), behoudens bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever en aanleiding geven tot een andere uitkomst dan waartoe strikte toepassing van de wet leidt. Zie bijv. de afwijking van een verdeling bij helfte (art. 1:100 BW) in uitzonderlijke omstandigheden de rechtspraak sinds HR 7 december 1990, NJ 1991/593 waarover Asser-Vranken 1995/89.

⁷³ Zie voor het eerst HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230. Hier treedt de rechter op als de – door M.J.P. Verburgh (NJB 1977, p. 507) genoemde – ‘wetgever-plaatsvervanger’ die het wettenrecht met door hem gevormd, nog onbeschreven, recht aanvult.

⁷⁴ Zie hier m.n. T. Koopmans, ‘De constitutionele kant van de rechtsvinding’, in: *Rechtsvinding* (opstellen aangeboden aan prof. dr. J.M. Pieters), Deventer: Kluwer 1970, p. 1-8; H. Drion, ‘Praten over rechtsvinding, de verhouding wet-rechter en het nieuwe BW’, NJB 1983, p. 1220-1223 en ‘De civiele kamer van de Hoge Raad’, NJB 1984, p. 569-577; C.J.J.M. Stolker, ‘De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht’, in: M.G. Rood & Th. H.M. de Beer (red.), *Recht en politiek. Nationale en internationale beschouwingen*, Serie Recht staat en sturing deel 16, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 53-83; Asser-Vranken 1995/241 e.v.; Wiarda 1999, p. 78-81; S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, NJB 2000, p. 747-758; J.H. Nieuwenhuis, ‘De kunst van het zaklopen’, NJB 2000, p. 687-689 i.h.b. 689; Asser 2005, p. 224; Hammerstein 2009, p. 673; Kop 2011, par. ‘Moderne tijden’ en ‘Tegenspraak’; Boogaard & Uzman 2015, p. 61-67.

⁷⁵ HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 rov. 3.14-3.15 over de vraag of een regel van intern belastingrecht verenigbaar was met het gelijkheidsbeginsel van art. 14 EVRM en, zo niet, wat de rechter in belastingzaken aan dergelijke discriminatie kon doen.

⁷⁶ Zie H.E. Ras, ‘De Burgerlijke kamer (inclusief de Antilliaanse cassatieregeling)’, in: *De Hoge Raad der Nederlanden, 1838-1988: een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 73-86 i.h.b. 77-81.

⁷⁷ Stolker 1993, p. 60-61 volgens wie de HR in het arrest Quint/Te Poel voor de aanvulling van wettelijke leemten ‘een extra dimensie gaf aan de civielrechtelijke rechtsvinding’.

⁷⁸ Martens 2000, p. 750 r.kl.: ‘de rechter moet in beginsel zelf in het rechtstekort voorzien door nieuw recht te vormen indien aan de hand van de Quint/Te Poel criteria (...) duidelijk is hoe dat nieuwe recht moet luiden’.

⁷⁹ Vgl. M. Scheltema, ‘Hoe groot is de rechterlijke vrijheid. Enige opmerkingen vanuit het bestuur’, in: E.S.G.N.A.I. van de Griend e.a. red., *Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel ** van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 21-22. Zie voor het strafrecht: art. 107 Gw, art. 1 Sv, en voor het belastingrecht art. 104 Gw. Zie over de rechtsvormende taak in het strafrecht hier m.n. Ch.M.J.A. Moons, ‘De Strafkamer’,

hier staat de rechtszekerheid, waaronder voorspelbaarheid van rechtsbeslissingen, in beginsel aan rechterlijke rechtsvorming in de weg. De rechter mag – zoals artikel 11 Wet AB bepaalt – bij wetstoepassing ‘de innerlijke waarde of billijkheid der wet’ niet meer beoordelen, omdat de inhoud en strekking van bedoelde bepalingen van dwingend recht vooraf vastliggen en door de overheidsrechter niet achteraf ten nadele van de burgers kunnen worden uitgebreid.⁸⁰ Voor privaatrecht biedt de grondwet geen grondslag. Volgens het arrest Quint/Te Poel geldt krachtens artikel 11 Wet AB de legaliteits eis ook voor het ingrijpen door de civiele rechter in het privé domein van partijen waar hij naar billijkheid recht spreekt en hun rechtsbetrekkingen in geschil beslecht door de rechtstoestand vast te stellen op grond van het ongeschreven recht. Daarom is het de rechter verboden bij uitoefening van zijn rechtsprekende bevoegdheid als bedoeld in artikel 11 en 12 Wet AB op grond van de (redelijkheid en) billijkheid eigen recht te ‘scheppen’ (nieuw recht te ‘vormen’). In overeenstemming met artikel 11 is dan ook dat de rechter niet achteraf de waarde en het gewicht van de reeds door de wetgever in een bepaalde regeling betrokken en meegewogen maatschappelijke en individuele belangen (naar eigen inzicht) opnieuw toetst en afwijkend weegt en waardeert. Anders treedt de overheidsrechter buiten de grenzen van zijn taak om volgens de wet onder toepassing van geldend wettenrecht de zaak te beslissen.

In de bij Polak zogenoemde⁸¹ evolutionaire, resultaatgerichte en redelijke rechtsvinding maakt de rechter gebruik van een redelijke wetstoepassing met oog voor de hanteerbaarheid van het recht. Vanuit uiteenlopende invalshoeken hebben redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het recht in de jurisprudentie (als gezichtspunten, meetpunten of argumentatiefactoren)⁸² bijgedragen aan de vorming van rechtersrecht en daarmee aan de voortdurende ontwikkeling en actualisering van wettenrecht. Naast de (beginselen van) rechtvaardigheid houdt de Hoge Raad rekening met de ‘eisen van de rechtszekerheid’, hetzij bij de vraag of rechtszekerheid in de weg staat aan redelijke wetstoepassing,⁸³ hetzij bij het bepalen van de uiterste grenzen van een in de praktijk als ‘redelijk’ aangemerkt ‘resultaat’.⁸⁴ Deze ‘rechterlijke rechtsvorming’ met inachtneming van de rechtvaardigheid, rechtszekerheid en doelmatigheid voorkomt de terugkeer naar een legalistische manier van wetstoepassing.⁸⁵ Volgens Wiarda’s typen van rechtsvinding betreft dit het derde type: beslisser naar billijkheid. De Hoge Raad spreekt soms van redelijke wetsuitleg⁸⁶ maar ook dan wordt vanuit het stelsel (systeem)⁸⁷ van de wet het

in: *De Hoge Raad der Nederlanden, 1838-1988: een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 87-106 over wiens invloed W.E. Haak, ‘Boegbeeld van de deformalisering in het strafrecht: Charles Moons (1917-2005)’, AA 2006, p. 357-362.

⁸⁰ Moons 1988, p. 95: ‘Op het gebied van het materiële strafrecht dwingt het (...) beginsel ‘nulla poena sine praevia lege poenali’ de rechter tot verregaande getrouwheid aan de tekst van de wet. De rechtszekerheid en de individuele vrijheid zouden gevaar lopen indien gedragingen omtrent de strafwaardigheid waarvan twijfel bestaanbaar is, achteraf als strafbaar zouden kunnen worden aangemerkt’. Zie in die zin o.m. HR 7 januari 1997, NJ 1997/361 en HR 4 maart 1994, NJ 1994/475. Zie over het legaliteitsbeginsel en strafoplegging zonder terugwerkende kracht bijv. EHRM 21 oktober 2013, EHRC 2014/32.

⁸¹ J.M. Polak, *Theorie en praktijk der rechtsvinding*, (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953, p. 45-53. Zie over deze redelijke wetstoepassing voor praktisch aanvaardbare resultaten nader Hartkamp 1992, p. 26-30 met verdere gegevens.

⁸² Zie over ‘meetpunten’ J.B.M. Vranken onder HR 18 maart 2005, NJ 2006/606 (*Baby Kelly*), over ‘argumentatiefactoren’ H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter*, (diss. Leiden), Deventer: W.E.D. Tjeenk Willink 1978, p. 16-18, 33 en 116 en over ‘gezichtspunten’ H.J. Snijders onder HR 30 juni 2006, NJ 2007/501.

⁸³ Zie bijv. HR 15 juli 1986, NJ 1987/933 (tijdstip van echtscheiding).

⁸⁴ Zie bijv. HR 12 maart 1982, NJ 1983/779 (last scheidsmannen) en HR 25 september 1981, NJ 1982/452 (ingangsdatum beroepstermijn).

⁸⁵ Aldus M.W. Scheltema, *Beschouwingen over de vooronderstellingen van ons denken over recht en staat*, (diss. Leiden), Groningen/Batavia: J.B. Wolters 1948, p. 156-182. Zie nader Hartkamp 1992, p. 26-30 met verdere gegevens.

⁸⁶ Zie o.m. HR 12 mei 1972, NJ 1973/53 (erfrecht); HR 7 november 1986, NJ 1987/378 (voorlopig getuigenverhoor tijdens procedure); HR 31 januari 1992, NJ 1992/788 (rechtmatigheidstoets bij invordering); HR 13 januari 1995, NJ 1995/226 (terugvordering bijstand); HR 5 oktober 2001, NJ 2002/410 (erfrecht); HR 11 juli 2003, NJ 2004/173 (toestemming echtgenoot borgtocht); HR 15 oktober 2004, NJ 2004/623 (Antilliaanse echtscheiding); HR 25 maart 2005, NJ 2005/413 (ongerechtvaardigde verrijking bij bodemsanering); HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527-529 (buitengerechtelijke kosten bij collectieve actie); HR 16 maart 2007, NJ 2007/164 (invorderingszaak over bestuurdersaansprakelijkheid).

⁸⁷ Zie bijv. HR 14 april 2000, NJ 2000/489 (‘stelsel’) en HR 13 mei 1988, NJ 1988/953 (‘systeem’).

toepassingsbereik van wet en regelgeving bepaald door redelijke en op doelmatigheid gerichte wetsuitleg⁸⁸ waarvan de resultaten op de praktijk zijn afgestemd.⁸⁹ De gebezigde technieken verschillen niet noemenswaardig.⁹⁰ Terminologisch verdient ‘redelijke wetstoepassing’ echter de voorkeur omdat bij ‘redelijke wetsuitleg’ verwarring kan ontstaan of en in hoeverre deze interpretatiemethode zich verdraagt met de algemene bepaling van artikel 11 Wet AB dat de rechter volgens de wet dient recht te spreken en bij zijn wetstoepassing ‘de innerlijke waarde of billijkheid der wet’ niet mag beoordelen.⁹¹ Bij zijn uitoefening van de rechtsvormende taak toetst de rechter niet de door de wet voorgeschreven regels inhoudelijk op hun billijkheid, maar stelt hij volgens de redelijkheid en billijkheid vast of in de niet-geregelde gevallen (naar analogie) de wetsartikelen en voor de wèl geregelde gevallen bepaalde rechtsgevolgen in een concreet geval toepassing vinden waarmee het kan worden ingepast in het stelsel van de wet. Daarmee treedt de rechter niet op als wetsvertolker maar als beslisser ‘naar billijkheid’, nu hij het geval door analogische wetstoepassing, volgend het arrest Quint/Te Poel, onderbrengt bij de wèl door de wetgever voorziene gevallen.⁹²

Hieronder zal nader worden ingegaan op de billijkheidsrechtspraak van de Hoge Raad van vóór en na 1992. Omdat, mede onder invloed van het EVRM, volgens deze rechtspraak de rechter zijn rechtsvormende taak vaker blijkt uit te oefenen in het formele privaatrecht dan het burgerlijk recht, worden eerst de ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht besproken.

5. Rechtsverwezenlijking: deformalisering vanuit de dienende functie van procesrecht

Bij voorbereiding van het nieuwe BW had de wetgever ervoor gekozen om de herziening van het burgerlijk procesrecht die na de voorstellen van de staatscommissie-Gratama stil lag, niet te behandelen samen met de herziening van het burgerlijk recht. Hoewel de herziening van het procesrecht uitbleef, mocht de rechter voor beslechting van geschillen volgens de regering⁹³ niet uit het oog verliezen dat het proces strekt tot rechtsverwezenlijking in concrete gevallen zodat bij toepassing van wetgeving de dienende taak van procesrecht in het oog moest worden gehouden; het procesrecht moet de gelegenheid bieden burgerlijk recht tot gelding te maken.⁹⁴

De rechtspraak van de Hoge Raad laat duidelijk zien dat hij hiermee heeft rekening gehouden. De rechtsvindingsmethode van een redelijke wetstoepassing gebruikt het hoogst rechtscollege in uiteenlopende vraagstukken van burgerlijk procesrecht ten dienste van het materiële recht, zoals in het aansprakelijkheidsrecht,⁹⁵ huurrecht⁹⁶ en arbeidsrecht.⁹⁷ Deze rechtspraak hield oog voor alle belangen van de rechtspraktijk,⁹⁸ waarbij redelijke wetstoepassing verenigbaar diende te zijn ‘met het stelsel van de wet’ en bovendien behoorde te beantwoorden ‘aan de

⁸⁸ Zie bijv. HR 11 december 1992, NJ 1993/580 (innen kinderalimentatie).

⁸⁹ Zie Hartkamp 1992, p. 26 e.v. i.h.b. 28-29. Zie bijv. HR 1 oktober 1999, NJ 2000/207 (toepassing algemene voorwaarden); HR 29 september 2000, NJ 2001/302; HR 22 juni 2001, NJ 2001/475 (ontvankelijk ontbindingsverzoek).

⁹⁰ Aldus ook bijv. J. den Boer, ‘Redelijke wetstoepassing in de belastingrechtspraak van de Hoge Raad’, WPNR 1991/5989, p. 41-47 i.h.b. 42 l.kl.

⁹¹ Parl. Gesch. Inv. Bk 3, p. 1023 sub 5 en 1034 in en bij noot (c). Anders bijv. Polak 1953, p. 52 en H.C.F. Schoordijk, *De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context*, Amsterdam: KNAW 2003, p. 34 in en bij voetnoot 76.

⁹² Vgl. Hartkamp 1992, p. 26-30.

⁹³ Parl. Gesch. BW, Algemeen deel, p. 88.

⁹⁴ Zie over deze ‘rechtsverschaffingsfunctie’ van het civiele procesrecht nader Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/10 e.v.

⁹⁵ Bijv. HR 31 mei 1963, NJ 1966/338 (bewijslast eigenaar bij schuldaansprakelijkheid voor dieren). Risicoaansprakelijkheid werd wel aangenomen bij lichtvaardige beslaglegging: HR 15 april 1965, NJ 1965/331.

⁹⁶ Zie bijv. HR 25 juni 1965, NJ 1965/387 en HR 22 juli 1976, NJ 1977/6 (terme de grâce bij nietig aangezegde ontruiming).

⁹⁷ Zie bijv. HR 26 januari 1968, NJ 1968/139 (beëindiging arbeidsrelatie na ongeldige aanzegging ontslag op staande voet). Zie over matiging bij loonvordering bijv. HR 5 januari 1979, NJ 1979/207 en HR 1 juni 1990, NJ 1990/715. Zie over ontslag na arbeidscontracten voor bepaalde tijd: HR 12 april 1996, NJ 1997/195 en HR 24 oktober 1997, NJ 1998/195. Zie voor het stakingsrecht HR 30 mei 1986, NJ 1986/688 en voor collectieve actie tot naleving CAO HR 19 december 1997, NJ 1998/403.

⁹⁸ Bijv. HR 21 januari 2005, NJ 2006/310.

eisen van een goede procesorde'⁹⁹ of 'aan de eisen van een behoorlijke rechtspleging'.¹⁰⁰ De jurisprudentie leert dat elke rechtsbeslissing ten behoeve van rechtszekerheid volgens de wet voorspelbaar moet zijn en de rechter leemten in de wet op grond van de billijkheid alleen mag aanvullen met ongeschreven recht dat in het stelsel van de wet past en aansluit bij de in de wet geregelde gevallen. Hierbij kunnen aard en strekking van de rechtsgevolgen een rol spelen.¹⁰¹

Waar de praktische toepasselijkheid van door de rechter 'gevormd' recht besloten ligt in de redelijke wetstoepassing ging de Hoge Raad de hanteerbaarheid van procesrecht bewaken.¹⁰² Hanteerbaarheid van het recht is volgens deze rechtspraak niet beperkt tot de vraag of criteria het positieve recht al dan niet gemakkelijk(er) hanteerbaar houden, maar ziet ook op de vraag of een criterium en een daarmee gemaakt onderscheid in de praktijk goed te hanteren zijn¹⁰³ dan wel of een ruime wetsuitleg die strookt met de strekking van (het systeem van)¹⁰⁴ de wet wenselijk is met het oog op hanteerbaarheid van de wet¹⁰⁵ en 'een zo eenvoudig mogelijke'¹⁰⁶ en eenduidige¹⁰⁷ toepassing daarvan in de rechtspraktijk. Rechterlijke rechtsvorming met oog voor de hanteerbaarheid van het recht wordt al of niet samen met een redelijke wetstoepassing getoetst aan de, in het arrest Quint/Te Poel benadrukte, legaliteitseis.¹⁰⁸ Zo blijft rechtspraak binnen de wet.¹⁰⁹ Het rechtszekerheidsargument is voorspelbaarheid van rechtsbeslissingen.¹¹⁰

In zijn rechtspraak is de Hoge Raad vanaf het midden van de twintigste eeuw op deze wijze regulerend gaan optreden in het burgerlijk procesrecht. Naast zijn taken als centrale rechter om rechtseenheid te bewaken en leiding te geven aan rechtsontwikkeling, is de Hoge Raad het toezicht op de behoorlijke procesvoering en kwaliteit van rechtspraak zich gaan aantrekken.¹¹¹ De deformaliseringsarresten over burgerlijke rechtspleging tonen een accentverschuiving naar Wiarda's derde type waar de rechter (volgens de billijkheid) procesbeleid is gaan bepalen.¹¹² Deze jurisprudentie strekt ertoe om de hindernissen van 'onnodig formalisme'¹¹³ te slechten en de, aan de verwezenlijking van burgerlijk recht, dienende functie van (vorm)voorschriften

⁹⁹ Zie o.m. HR 28 februari 1992, NJ 1992/671 en HR 1 juli 1993, NJ 1993/670.

¹⁰⁰ Bijv. HR 13 april 2001, NJ 2001/334.

¹⁰¹ Bijv. HR 15 juli 1988, NJ 1989/31 (aanvang appeltermijn); HR 1 oktober 1976, NJ 1977/276 (wijziging alimentatie).

¹⁰² Zie H. Drion, 'Het rechtszekerheidsargument' en C.R.C. Wijckerheld Bisdom, 'Gebrekkige dagvaardingen, in verband met de hanteerbaarheid van het procesrecht', in: *De hanteerbaarheid van het recht* (bundel opstellen opgedragen aan mr. L.D. Pels Rijcken), Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 1-13 resp. p. 85-100. Volgens W.H. Heemskerk onder HR 8 juni 1984, NJ 1985/49 was dit doelmatigheidsargument ontleend aan Pels Rijcken. Zie echter ook reeds de NBW-wetgever: Rapport aan de Koningin, Parl. Gesch. Bk 6, p. 11 e.v.

¹⁰³ Bijv. HR 12 januari 1973, NJ 1973/148 (litispending); HR 17 december 1999, NJ 2000/87 (burgerlijke/bestuursrechter).

¹⁰⁴ Bijv. HR 26 maart 1999, NJ 1999/654 en 655 (motiveringseisen WLA).

¹⁰⁵ Bijv. HR 7 december 1990, NJ 1992/85 (appelverbod) en HR 18 februari 1994, NJ 1994/606 (ontvankelijkheid incidenteel beroep na intrekking principaal beroep).

¹⁰⁶ Vaste rechtspraak sinds HR 2 april 1976, NJ 1976/532. Zie o.m. HR 3 november 1989, NJ 1990/402; HR 25 januari 1991, NJ 1992/706. Volgens J.B.M. Vranken onder NJ 1990/402 werd de '(uit de strekking van de wet afgeleide) ruime uitleg' met oog voor de hanteerbaarheid van de wet als bijna 'pragmatisch beginsel' vooropgesteld in HR 15 februari 1985, NJ 1986/687. Zie echter ook H.J. Snijders onder HR 20 juni 2006, NJ 2009/21 volgens wie de 'hanteerbaarheid van het appelprocesrecht' afnam door de jurisprudentie van de HR over het grievenstelsel en de door H.E. Ras zogenoemde 'in beginsel strakke regel'.

¹⁰⁷ Zie bijv. HR 5 september 2008, NJ 2010/272.

¹⁰⁸ Zie bijv. HR 6 oktober 1989, NJ 1990/184; HR 16 november 1990, NJ 1991/232 en HR 28 februari 1992, NJ 1992/671.

¹⁰⁹ Bijv. HR 4 oktober 2002, NJ 2003/257 (vormvoorschrift ingebrekestelling).

¹¹⁰ Vgl. Drion 1981, p. 5. Volgens Asser-Vranken 1995/119 is de 'eerste functie van het systeem (...) het waken voor en het bevorderen van een draaglijk en hanteerbaar recht. Aspecten van rechtszekerheid klinken hierin door.'

¹¹¹ Volgens de MvT bij art. 101a NRO (*Kamerstukken II*, 1986/87, 19953, nr. 3, p. 1) zou afdoening met verkorte motivering ertoe bijdragen 'dat de Hoge Raad zijn beide taken als centrale rechter naar behoren kan blijven uitoefenen, enerzijds die betreffende het bewaken van de rechtseenheid en leiding geven aan de rechtsontwikkeling en anderzijds die betreffende het toezicht op een behoorlijke procesvoering'. Zie nader Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/34-36 en 105-106.

¹¹² W.D.H. Asser, *Fair, redelijk en billijk; over deformalisering in het burgerlijk procesrecht* (oratie Leiden), Leiden: The Atmosphere 2000, p. 5 e.v. Zie hierover nader Smith 2005, hoofdstuk 3 en Asser *Procesrecht/Giesen* 1 2015/52 e.v.

¹¹³ G.J. Scholten onder HR 1 november 1974, NJ 1975/474. Zie over anti-formalisme W.L. Haardt, 'Informeel privaatrecht', in *Van Opstall-bundel* (opstellen aangeboden aan Prof. Mr. S. N. van Opstall), Deventer: Kluwer 1972, p. 69-75 i.h.b. 71 en 74; Th.B. Ten Kate, 'Procesregels naar de kern genomen', in: W.H. Heemskerk e.a. (red.), *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 71-82.

te handhaven. Voorkomen moet worden dat gedingen op grond van fouten en verzuimen in de procesvoering niet aan een materiële beslissing van de rechter toekomen. Het is immers de functie van het procesrecht het materieel privaatrecht hanteerbaar te houden door een minder formalistische uitleg en toepassing van de regels.¹¹⁴ De ontwikkeling naar de vrijere uitleg en toepassing van formeel privaatrecht (ten behoeve van efficiënte en effectieve berechting van de rechtsbetrekking in geschil) duidt men aan als de ‘deformalisering’ van het procesrecht.¹¹⁵ Volgens deze deformaliseringsjurisprudentie is het niet meer uitsluitend de wetgeving, maar de rechter die op grond van de door de wetgever voorgeschreven procesregels, formaliteiten en termijnen bepaalt welke rechtsgevolgen in de omstandigheden van het concrete geval aan de verzuimen en overtredingen worden toegekend.¹¹⁶ Illustratief is het baanbrekende¹¹⁷ arrest van 16 april 1971, *NJ* 1971/304 (*Van Benten/Van Dijk*) over het herstel van dagvaarding tegen een dag waarop de rechter geen zitting houdt. Sinds deze deformaliseringsuitspraak toetst de rechter bij toepassing van procesregels steeds eerst of ‘het belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen’ wordt aangetast.¹¹⁸ Door de aanvulling van leemten in de wet met rechtersrecht kan de deformalisering worden gezien als een voortdurende ‘modernisering’ van procesrecht welke rechtsverfijning bijdraagt tot een bijdetijds en meer evenwichtig stelsel.¹¹⁹

In zijn rechtspraak houdt de Hoge Raad, naast de aan wetgeving sinds 1838 ten grondslag gelegde rechtsbeginselen,¹²⁰ op grond van artikelen 93 en 94 Grondwet rekening met de uit supranationale regelgeving voortvloeiende beginselen van behoorlijke rechtspleging.¹²¹ Onder een toenemende invloed van deze in de nationale rechtsorde doorwerkende bepalingen uit de mensenrechtenverdragen en supranationale regelgeving waaronder het Unierecht houdt de Hoge Raad toezicht op de behoorlijke (effectieve en efficiënte) procesvoering ten dienste van verwezenlijking van het burgerlijk recht.¹²² Aldus hebben de artikelen 6 en 13 EVRM en de rechtspraak van het EHRM bijgedragen aan de deformaliseringstendens in het procesrecht. Doordat het EVRM van toepassing is op de (interne) rechtsorde binnen de Europese Unie, zijn de in artikelen 6 en 13 EVRM gewaarborgde rechten en de door het Hof van Justitie geëerbiedigde rechtspraak van het EHRM bepalend voor de wijze waarop lidstaten en hun rechters rechtspleging in procedures over Unierecht effectief en efficiënt moeten inrichten.¹²³ Rechtsverwezenlijking (doel) met nationaal procesrecht (middel) is ook hier de leidraad voor de rechter bij uitoefening van de rechtsprekende bevoegdheid als bedoeld in artikel 11 Wet AB. In niet-geregelde gevallen kan de rechter op grond van de billijkheid niet meer alleen met inachtneming van doel en strekking van de nationale wetgeving tot redelijke wetstoepassing

¹¹⁴ Wijckerheld Bisdom 1981, p. 86 en 87; W.H. Heemskerk, ‘Nietigheid in het burgerlijk procesrecht’, *RM Themis* 1971, p. 307-331 en J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 118-158.

¹¹⁵ Aldus Asser 2000, p. 5, 19-20 in en bij voetnoot 9.

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 29279, nr. 78, p. 16 (reactie MvJ op rapport ‘Versterking van de cassatierechtspraak’). Zie bijv. HR 13 december 2013, *NJ* 2013/307 waarin de HR gelet op de deformaliseringstendens in zijn rechtspraak terugkwam van HR 9 januari 2004, *NJ* 2005/222 (aanbrenging zaak na partijwisseling door rechtsopvolging hangende beroepstermijn).

¹¹⁷ Volgens D.J. Veegens onder HR 16 april 1971, *NJ* 1971/304 was sprake van een ‘volledige omzwaai’.

¹¹⁸ MvT, Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 4-5: ‘Deze term, die inhoudt dat fouten alleen moeten worden “bestraft” indien het belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen daadwerkelijk is aangetast’.

¹¹⁹ Asser 2000, p. 6; Schoordijk 1988, p. 46-49; Asser-Vranken 2005/9 volgens wie aldus ‘rechterlijke rechtsvorming móét’.

¹²⁰ Zie m.n. R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht*, eerste deel, Leiden: Werst 1871, p. 68-76.

¹²¹ Zie over de beginselen als bron van civiel procesrecht recent uitvoerig Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/24-34 en 61-69.

¹²² Zie Wiarda 1999, p. 50-60; Martens 2000, p. 747-758. Zie ook A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht* (oratie Nijmegen), Kluwer: Deventer 2007, p. 5 e.v.; E.H. Hondius, *Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een Verenigd Europa*, Amsterdam: KNAW 2001, p. 9 e.v.; M.A. Loth, *De Hoge Raad in dialoog; over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde* (oratie Tilburg), Tilburg 2014, p. 7 e.v.; C. Mak, ‘De Hoge Raad als Europese civiele rechter’, *AA* 2015, p. 716-722 en Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/42 e.v. i.h.b. 61-69.

¹²³ Zie bijv. HvJEU 31 mei 2013, *NJ* 2013/487 (Brusse en Gabarito/Jahani) en HR 13 september 2013, *NJ* 2014/274 (Heesakkers/Voets) over de ambtshalve aanvulling van Unierecht buiten het grievensstelsel om.

met oog voor hanteerbaarheid van het recht komen. Hij moet, ook ambtshalve (art. 25 Rv),¹²⁴ via verdrags- en richtlijnconforme wetstoepassing acht slaan op supranationale regelgeving.¹²⁵

6. Verwezenlijking burgerlijk recht: grenzen rechtsvorming bij te rechtspolitieke keuzes

Oplossing van materieelrechtelijke leemten in de wet liggen eerder buiten de rechtsprekende bevoegdheid van de rechter als bedoeld in artikel 11 Wet AB; het voorzien in een rechtstekort is hier voorbehouden aan de wetgever. Zo ging het de Hoge Raad te ver lacunes in personen- en familierecht op te vullen met buitenwettelijke oplossingen, zoals niet-geregelde mogelijkheden tot het wijzigen in de geboorteaktes van het geslacht in geval van transsexualiteit,¹²⁶ het door ouders laten kiezen van de achternaam van hun kind,¹²⁷ het ontkennen van juridisch vaderschap door de moeder¹²⁸ of erkennen van het kind buiten de verwekker om (waardoor familierechtelijke en erfrechtelijke achterstelling bij de wettige en erkend onwettige kinderen werd opgeheven).¹²⁹ In dergelijke zaken werden de inleidende verzoeken afgewezen wegens het ontbreken van een wettelijke basis en lag het volgens de Hoge Raad buiten de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter om daarin alsnog te voorzien.¹³⁰ Hieraan deed niet af dat geldende wetgeving en bestaand rechtstekort onverenigbaar zou kunnen zijn met artikel 8 (familie- en gezinsleven) en de artikelen 14 EVRM en 26 IVBPR (discriminatieverbod).

Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad dient de rechter in deze voor het burgerlijk recht niet door de wet(gever) voorziene gevallen zich terughoudend op te stellen als de daarvoor gewenste oplossingen niet zijn te geven op grond van een (vrijere) wetsuitleg, zij niet passen in het bestaande stelsel van de wet waardoor ook niet kan worden aangesloten bij wèl daarin geregelde gevallen, en zij afhankelijk zijn van algemene overwegingen van overheidsbeleid of van rechtspolitieke aard.¹³¹ In de gevallen waar de wetgever met het rechtstekort bekend was en op handen wetgeving ongelijkheid zou kunnen opheffen, bracht de terughoudendheid van de rechter – aldus de Hoge Raad – mee dat het wetgevingsproces en nog lopende discussies in de vakliteratuur en in het parlement niet mochten worden doorkruist¹³² met een beslissing waarin werd geanticipeerd op die mogelijke wetswijziging.¹³³

Zo wilde de Hoge Raad nog niet vooruitlopen en anticiperen op het in de Tweede Kamer aangenomen maar in de Eerste Kamer behandelde (maar tijdens de behandeling ingetrokken) wetsvoorstel tot de vergoeding van affectieschade.¹³⁴ Aan Vranken¹³⁵ kan worden toegegeven

¹²⁴ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/28.

¹²⁵ Zie bijv. artt. 5 en 6 EVRM en EHRM 24 oktober 1979, NJ 1980/114 (Winterwerp) rov. 60 ('procedural safeguards may prove called for') waarover H.E. Ras, 'De Burgerlijke kamer (inclusief de Antilliaanse cassatieregeling)', in: *De Hoge Raad der Nederlanden, 1838-1988: een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 79-80 (nr. 11); Asser-Vranken 1995/126, p. 83. Zie over de Kaderrichtlijn nr. 89/391/EG inzake veiligheid en gezondheid van werknemers HvJEG 5 oktober 2004, NJ 2005/333 (Pfeiffer c.s./Duits Rode Kruis) en HR 12 december 2008, NJ 2009/332 (Maatzorg/Van der Graaf) waarover R.A.A. Duk, *De Hoge Raad en rechtsvinding in het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, par. 3.6 i.h.b. p. 57 e.v. en T. Hartlief, 'Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht', AA 2015, p. 914-926 met verdere gegevens.

¹²⁶ Zie o.m. HR 13 december 1973, NJ 1975/130; HR 3 januari 1975, NJ 1975/187 en HR 30 maart 2007, NJ 2007/609.

¹²⁷ HR 23 september 1988, NJ 1989/740.

¹²⁸ HR 16 november 1990, NJ 1991/475; HR 4 november 1994, NJ 1995/249.

¹²⁹ Bijv. HR 3 april 1992, NJ 1993/286; HR 24 februari 1995, NJ 1995/468 (wettiging). Zie ook Asser-Vranken 1995/241.

¹³⁰ Zie ook bijv. HR 15 november 2002, NJ 2003/590 (Wet voorkeursrecht gemeenten).

¹³¹ Bijv. HR 23 september 1988, NJ 1989/740 (keuze ouders van achternaam kind); HR 16 november 1990, NJ 1991/475; HR 3 april 1992, NJ 1993/286 en HR 4 november 1994, NJ 1995/249 (herziening afstammingsrecht). Zie ook bijv. HR 19 januari 1990, NJ 1991/213 (horen van gefailleerde bij vaststelling salaris curator).

¹³² HR 17 december 1993, NJ 1994/332. Zie voor het personen- en familierecht ook bijv. HR 17 januari 1997, NJ 1997/483.

¹³³ HR 31 januari 1990, NJ 1990/403 (belastingrecht); HR 4 maart 1994, NJ 1994/475 (strafrecht). Zie over de hier bedoelde ontwikkeling in de anticiperende jurisprudentie van de HR nader Asser-Vranken 1995/163-167 en 242.

¹³⁴ HR 22 februari 2002, NJ 2002/240 rov. 4.2.

¹³⁵ J.B.M. Vranken onder HR 22 februari 2002, NJ 2002/240 en kritisch onder HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387 (nrs. 4 en 5). Zie ook Asser-Vranken 2005/21 en 27.

dat, zolang de wetgever stilzit en de mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade niet aan zich trekt, de rechter met de tijd de ruimte krijgt zijn rechtsvormende taak uit te oefenen om, naar de heersende rechtsopvatting, de vergoeding van affectieschade te aanvaarden. Echter, deze oproep tot rechterlijke rechtsvorming lijkt inmiddels achterhaald omdat de regering de wetgevende handschoen weer heeft opgepakt; hangende dit wetsvoorstel¹³⁶ zal de ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in dit leerstuk van aansprakelijkheidsrecht de komende tijd beperkt zijn. Mocht de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel te lang op zich laten wachten, kan de rechter doen wat de wetgever nalaat te regelen, zoals in het arrest Lindenbaum/Cohen, en kan de rechter door anticiperende wetsinterpretatie de mogelijkheid van de vergoeding van affectieschade onderbrengen in het wettelijke stelsel bij de daarin wel geregelde gevallen. Voor de anticiperende wetsinterpretatie kan de rechter dan gebruikmaken van de methode van redelijke wetstoepassing waarmee het niet-geregelde geval voor het bestaande recht ingelezen wordt in een geldende wettelijke regeling (zoals de Hoge Raad had gedaan in aanloop naar de uiteindelijke inwerkingtreding van het nieuw BW in 1992).¹³⁷

Anticiperende wetsinterpretatie wordt volgens de Hoge Raad echter niet mogelijk geacht waar nieuw wettenrecht stelselmatig of fundamenteel afwijkt van een bestaande wettelijke regeling, en het beginsel van rechtszekerheid aan anticipatie op de nieuwe wetgeving in de weg staat.¹³⁸

Binnen het stelsel van de wet en de wel geregelde gevallen ziet de Hoge Raad in kwesties van burgerlijk recht waar de wetgever niet-geregelde gevallen zich niet aantrekt, volgens de demarcatieleer wel ruimte en mogelijkheden voor de rechter om zijn rechtsvormende taak uit te oefenen. Zo heeft de Hoge Raad in zijn richtinggevende arrest Boon-Van Loon uit 1981¹³⁹ bij uitblijvend ingrijpen van de wetgever de mogelijkheid tot verrekening tussen voormalige echtelieden van pensioenrechten bij de verdeling van een algehele gemeenschap van goederen aanvaard en uitgewerkt met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid welke de tussen hen bestaande rechtsverhouding beheersen. Omdat de Hoge Raad terugkwam van een in de literatuur bekritiseerde uitspraak uit 1959 en huwelijken nadien de mogelijkheid van pensioenverrekening niet zouden hebben kunnen verwachten, heeft de Hoge Raad bij wijze van rechterlijk overgangsrecht ('prospective overruling') uitgemaakt dat de rechtszekerheid bij oude huwelijken in de weg stond aan de toepasselijkheid van die verrekenmogelijkheid.¹⁴⁰

Ook in het arbeidsrecht heeft de Hoge Raad in gevallen van werkgeversaansprakelijkheid als bedoeld in artikel 7:658 (7A:1638x oud) BW lange tijd zijn rechtsvormende taak uitgeoefend. Na de invoering van het NBW heeft de Hoge Raad de mogelijkheid aanvaard dat naast de toepassing bij bedrijfsongevallen die niet door artikel 7:658 (7A:1638x oud) zijn bestreken, de werkgever op grond van de in artikel 7:611 BW als 'goed werkgeverschap' omschreven (redelijkheid en) billijkheid aansprakelijk kan zijn voor bedrijfsongevallen die wel binnen het bereik van artikel 7:658 vallen en waar de eisen van goed werkgeverschap meebrengen dat de werkgever moet zorgdragen voor een behoorlijke verzekering ten behoeve van de werknemer ingeval hij bij uitoefening van zijn werkzaamheden als deelnemer aan het wegverkeer (i) als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raakt bij een verkeersongeval, (ii) als fietser of

¹³⁶ Voorstel van wet houdende de Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen (*Kamerstukken II*, 2014/15, 34257, nr. 2).

¹³⁷ Zie over de anticiperende wetsinterpretatie in het zicht van het NBW D.J. Veegens onder HR 15 april 1965, *NJ* 1965/331; Hartkamp 1992, p. 8 e.v.; Asser-Vranken 1995/242 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/458. Zie bijv. HR 29 januari 1993, *NJ* 1994/172 waar onder het oud BW anticiperend op art. 6:212 BW ongerechtvaardigde verrijking alsnog is aanvaard.

¹³⁸ Zie bijv. HR 10 september 1993, *NJ* 1993/736 (pensioen); HR 7 februari 2014, *NJ* 2014/103 (Bopz); HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434 (ABN Amro/La Salle) waar zelfs niet is geanticipeerd op een krachtens EU-richtlijn in te voeren nieuwe bepaling.

¹³⁹ HR 27 november 1981, *NJ* 1982/503 (Boon/Van Loon) m.nt. WHH en EAAL.

¹⁴⁰ Zie over het revolutionaire karakter van het door de HR bepaalde overgangsrecht W.H. Heemskerk onder *NJ* 1982/503. Zie over nut en noodzaak van overgangsrecht bij rechterlijke rechtsvorming nader Asser-Vranken 1995/69, 190 en 252-255.

voetganger schade lijdt door een ongeval waarbij een of meer voertuigen zijn betrokken of (iii) als fietser schade lijdt bij een eenzijdig fietsongeval.¹⁴¹ In de bekende arbeidszaken over de uitgegleden postbode (TNT/Weijnenberg) en de gemolesteerde TBS-kliniekmedewerker (Rooyse Wissel/Hagens)¹⁴² bracht de Hoge Raad eind 2011 aan de functie van redelijkheid en billijkheid als een aanvullende rechtsbron een halt toe met een beroep op ‘rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het recht’.¹⁴³ Deze eisen brachten volgens de Hoge Raad mee dat bij de huidige stand van de wetgeving het tot de in de rechtspraak aanvaarde niet-geregelde gevallen beperkt diende te blijven, omdat

‘(...) het hier gaat om een uitzondering op de in artikel 7:658 BW neergelegde regel dat de werkgever slechts voor arbeidsongevallen aansprakelijk is indien hij is tekortgeschoten in zijn zorgplicht ter voorkoming van ongevallen, welke uitzondering niet tot een te ver gaande aantasting van die regel mag leiden. Op zichzelf bestaan goede argumenten om werknemers een verdergaande, algemene bescherming tegen het risico van ongevallen in verband met hun werkzaamheden te bieden dan art. 7:658 thans biedt, maar het ligt op de weg van de wetgever om een regeling daarvoor te maken; een dergelijke algemene regeling gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.’

De Hoge Raad is, gelet op de stand van de rechtsontwikkeling, kennelijk van oordeel dat het aanvaarden van nog meer en andere gevallen dan de in de billijkheidsrechtspraak afgebakende categorie van gevallen een meer gedetailleerde regeling en inhoudelijke afweging zou vergen, waarvan de uitwerking bij uitstek onder de rechtsvormende taak van de wetgever valt en tot het primaat van de wet wordt gerekend, zoals in de vervallen Ongevallenwet 1901 en 1921.¹⁴⁴ Na afgrenzing van zijn rechtsvormende taak toonde de Hoge Raad bij de beoordeling van het incidenteel cassatiemiddel in De Rooyse Wissel zich begripvol voor kritiek dat de afbakening onrechtvaardig zou kunnen worden geacht in niet onder artikel 7:611 BW aanvaarde gevallen. De Hoge Raad motiveerde deze afgrenzing met kennelijke verwijzing naar zijn demarcatieleer dat de rechter met oog voor de staatsrechtelijke verhoudingen zich terughoudend opstelt waar rechtsvorming rechtspolitieke keuzes vraagt waarvan de gevolgen niet direct zijn te overzien:

‘5.4 (...) Hoezeer ook elke afbakening tot op zekere hoogte een arbitrair karakter heeft, valt hierbij te bedenken dat het aan Hagens overkomen arbeidsongeval niet is voorgevallen op een plaats waar De Rooyse Wissel als werkgever slechts beperkte zeggenschap en invloed heeft, doch integendeel op de arbeidsplaats zelf. In die situatie zou aanvaarding van een uit goed werkgeverschap voortvloeiende verzekeringsverplichting van de werkgever het wettelijk stelsel van werkgeversaansprakelijkheid, dat is gebaseerd op (tekortschieten in) een zorgplicht schade te voorkomen, te vergaand aantasten. Bovendien zou zulks een grote mate van rechtsonzekerheid in het leven roepen, omdat geen duidelijke grens getrokken kan worden met (andere) arbeidsongevallen waarvoor geen verzekeringsverplichting van de werkgever zou gelden.’

Volgens de Hoge Raad paste niet in het stelsel van de wet, voor structureel gevaarlijk werk, op grond van artikel 7:611 BW een aansprakelijkheid uit hoofde van goed werkgeverschap aan te nemen omdat dit ‘een vorm van risicoaansprakelijkheid (...) die niet verenigbaar is met de wettelijke regeling’ in het leven zou roepen. De Hoge Raad bood de medewerker van de private tbs-kliniek wel de helpende hand door (kennelijk) aansluitend bij de regelgeving in overheidsklinieken¹⁴⁵ onder artikel 7:658 BW voor werkgevers zoals de Rooyse Wissel hoge eisen te stellen aan de stelplicht voor het verweer dat aan het hoge veiligheidsniveau van werkomstandigheden in de kliniek was voldaan om bedrijfsongevallen als deze te voorkomen. Hier oordeelde de Hoge Raad niet als beslisser *naar billijkheid* maar als wetstoepasser en als wetsvertolker waarmee zijn rechtspraak terugkeerde naar Wiarda’s eerste twee type van rechtsvinding. In werkgeversaansprakelijkheidszaken is de billijkheid (goed werkgeverschap) als aanvullende rechtsbron weer uitzondering op de hoofdregel van artikel 7:658 BW.

¹⁴¹ Zie voor de in de rechtspraak aanvaarde gevallen nader HR 12 december 2008, NJ 2009/332 (Maatzorg/Van der Graaf).

¹⁴² HR 11 november 2011, NJ 2011/597 (TNT/Weijnenberg) en NJ 2011/598 (Rooyse wissel/Hagens).

¹⁴³ Zie nader B. Barentsen, *The wounded soldiers of bureaucracy* (oratie Leiden), Den Haag: CAOP 2012, p. 18 e.v.

¹⁴⁴ Zie nader Barentsen 2012, p. 24 e.v.

¹⁴⁵ Zie in deze zin ook Barentsen 2012, p. 19-21 en 22 e.v.

Met zijn november-arresten beoogde de Hoge Raad kennelijk de bestaande rechtsonzekerheid te herstellen, waardoor rechterlijke uitspraken over artikel 7:658 BW voorspelbaarder zijn.¹⁴⁶ De rechtspraak is nu terug bij af. Zoals in HR 17 november 1989, NJ 1990/572 vóór invoering van het NBW al was beslist, is buiten artikel 7:658 BW ‘er geen plaats voor een op ‘gebruik en billijkheid’ dan wel op goed werkgeverschap in het algemeen rustende verplichting om aan een werknemer die als gevolg van een hem in de uitoefening van zijn dienstbetrekking overkomen ongeval schade lijdt, een schadevergoeding of tegemoetkoming te betalen’. Het is niet aan de rechter op grond van de billijkheid deze buitenwettelijke schadevergoedingsactie te aanvaarden; daarmee zou de rechter in strijd met artikelen 11 en 12 Wet AB achteraf een verbintenis ‘scheppen’ die er ‘volgens de wet’ niet was. Dit nieuw gevormd rechtersrecht zou, in de kern, in afwijking van artikel 7:658 BW neerkomen op een risicoaansprakelijkheid voor werkgevers (i.p.v. schuldaansprakelijkheid), welke ruime aansprakelijkheidsvorm naar het oordeel van het Hof van Justitie niet wordt voorgeschreven door de Kaderrichtlijn 89/391/EG betreffende de veiligheid en gezondheid van werknemers.¹⁴⁷ Rechterlijke rechtsvorming zou hier de rechtsvormende verplichtingen van de wetgever te boven gaan. Daarmee zou dan ook de Hoge Raad de grenzen van de rechtsvormende taak (als beslisser naar billijkheid) te buiten zijn gegaan; hij was in zoverre als wetgever-plaatsvervanger – in de woorden van Hartlief – uit ‘gespeeld’.

7. Slotbeschouwingen

In deze bijdrage is onderzocht of de rechter bij gebreke van een wettelijke regeling volgens de wet gelegitimeerd is om niettemin recht te spreken en met toepassing van ongeschreven recht de zaak te beslissen. Zoals Hammerstein aanvoerde, biedt artikel 81 (101a oud) RO niet een overtuigende grondslag. Anders dan Kortmann en anderen betogen¹⁴⁸ biedt artikel 11 Wet AB gezien de wetsgeschiedenis de wettelijke basis voor de rechtsprekende bevoegdheid van de rechter om bij leemten in de wet volgens de billijkheid het ongeschreven recht te vinden en in het niet door de wet(gever) voorziene geval toe te passen. Daarvoor dient de civiele rechter voor het vaststellen van hetgeen de ‘redelijkheid en billijkheid’ in het hem voorgelegde geval eisen, dan wel steeds op grond van de in artikel 3:12 BW voorgeschreven billijkheidsfactoren als gezichtspunten voor zijn rechtsoordeel acht te slaan op de toepasselijke rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en individuele belangen die in het voorliggend geval betrokken zijn. Daarvan uitgaande zal naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad sinds zijn standaardarrest Quint/Te Poel het op het ongeschreven recht gegrond billijkheidsoordeel van de rechter dienen te passen binnen het stelsel van de wet en aansluiten bij wel daarin geregelde gevallen, waardoor de uitspraak van de rechter volgens de billijkheid voldoet aan het in artikel 11 Wet AB neergelegd legaliteitsvereiste, en de rechter niet oordeelt in strijd met het verbod van artikel 12, kort gezegd, dat hij voor eigen ‘wetgever’ speelt.¹⁴⁹ Nieuwenhuis werpt Hesselink en anderen daarom terecht tegen dat billijkheid geen schaamlap

¹⁴⁶ Vgl. Barentsen 2012, p. 19 e.v. en Duk, p. 89-90. Zie ook Jansen & Loonstra 2012, p. 3-21 i.h.b. 15-17.

¹⁴⁷ HvJEG 14 juni 2007, zaaknr. C-127/05, JAR 2007/178 (Commissie/Verenigd Koninkrijk c.s.) waarin werd uitgemaakt dat de gemeenschapswetgever niet de lidstaten de verplichting heeft willen opleggen om een stelsel van risicoaansprakelijkheid van de werkgevers in te voeren.

¹⁴⁸ Zie m.n. P.P.T. Bovend'Eert, ‘Wetgever, rechter en rechtsvorming – “Partners in the business of law?”’, *RMThemis* 2009-4, p. 145 e.v.; recent nog C.D.J. Bulten en C.J.H. Jansen, ‘Rechterlijk activisme: waar liggen de grenzen van Rechtsvorming door de Ondernemingskamer’, *Ondernemingsrecht* 2015/20 par. 2 (en par. 4 met verwijzing naar Kortmann 2005 en 2009) volgens wie de rechter niet volgens de Grondwet of wet in formele zin een ‘rechtsvormende of rechtsscheppende taak’ heeft en de rechter zich de rechtsvormende bevoegdheid heeft aangemeten, waaraan h.i. het legaliteitsbeginsel in de weg staat. Zie hiertegenover uitvoerig Kop 2011, ‘Tegenspraak’ en ‘Kanttekeningen’ met verdere gegevens.

¹⁴⁹ Bijv. HR 14 januari 2005, NJ 2005/481 over het, i.s.m. artt. 11 en 12 Wet AB, zonder wettelijke basis in algemene zin bepalen van de sanctie van niet-ontvankelijkheid bij het niet (tijdig) fourneren van stukken.

is om het tekort aan democratische legitimatie voor rechterlijke rechtsvorming te verhullen; rechtsvorming naar billijkheid volgens artikel 3:12 BW is ‘een vorm van evenwichtskunst’.¹⁵⁰

Zoals Hartkamp in 1992 al had benadrukt¹⁵¹ mag de rechter binnen de getrokken grenzen ‘het voorlopig resultaat van de – aan de hand van de meer rechtstechnische uitlegmethoden (...) – gevonden uitleg toetsen aan en zonodig aanpassen op grond van de door art. 3:12 geëiste belangenafweging.’ Beoordeling van de billijkheidsrechtspraak van de Hoge Raad van vóór en na 1992 bevestigt de indruk van Hartkamp dat deze rechtsvindingsmethode van Wiarda’s derde type (besliser naar billijkheid) verscholen gaat achter de term redelijke wetstoepassing. Gebruik van deze methode lag in 1992, gelet op de demarcatieleer van de Hoge Raad, minder in de rede omdat – in de woorden van Hartkamp – ‘een nieuwe wet geacht mag worden beter bij de behoeften van de samenleving aan te sluiten’. Afwijking van bepalingen van dwingend recht in de nieuwe wet op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid impliceert, anders dan Vranken in 1995 aannam,¹⁵² niet – zonder meer – ‘een op het concrete geval toegespitste beoordeling van de innerlijke waarde en billijkheid van de wet, die art. 11 Wet AB juist beoogde te verbieden’. Waar de wetgever niet heeft voorzien dat toepassing van dwingend recht in aan de rechter voorgelegde gevallen tot maatschappelijk onaanvaardbare (onbillijke) resultaten leidt, treedt hij niet in een beoordeling van ‘de innerlijke waarde en billijkheid van de wet’, maar neemt de rechter het tekort aan rechtsbescherming weg door op grond van de billijkheid de leemte in de wet aan te vullen. Anders dan de Zwitserse wetgever in artikel 1 ZGB 1907 in niet-geregelde gevallen bepaalt, geldt op grond van artikel 11 Wet AB en daarop gevormde rechtspraak van de Hoge Raad niet dat de burgerlijke rechter mag beslissen naar de regel die hij als wetgever zou opstellen (‘die es als Gesetzgeber aufstellen würde’).¹⁵³ De rechter behoort met Wiarda’s gevalsvergelijking binnen het stelsel van de wet en niet buiten of naast de wet die ongeschreven regel te ‘vinden’ rekening houdend met en weging van de in artikel 3:12 BW bedoelde objectieve factoren wat juist beoogt te voorkomen dat de rechter voor de niet-geregelde gevallen zelf ‘nieuw’ recht gaat ‘vormen’ of ‘scheppen’. Rechtszekerheid en de daarmee gediende voorspelbaarheid van rechtsoordelen van de rechter bepaalt hier, als meest fundamenteel beginsel, de buitengrens van billijkheidsrecht. Binnen de door het stelsel van de wet en wel geregelde gevallen getrokken grenzen bepalen beginselen van rechtvaardigheid (rechtsgelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit) en doelmatigheid (effectiviteit) de wijze waarop en mate waarin wettenrecht in niet-geregelde gevallen volgens de billijkheid toepassing vindt; het moet gaan om ‘redelijke’ wetstoepassing met voortdurend oog voor een praktische toepasbaarheid en ‘hanteerbaarheid van het recht’.

In zoverre stelt de rechter wel door hem bepaald billijkheidsrecht vast na toetsing van gelijke (kwaliteits)eisen als die de wetgever toetst vóór de inwerkingtreding van wet- en regelgeving: het volgens de billijkheid toe te passen wettenrecht dient in overeenstemming te zijn met recht van hogere orde om niet onrechtmatig te zijn (art. 93 en 94 Gw), moet tot de verwerkelijking van rechtsbeginselen (bescherming van kwetsbare belangen¹⁵⁴ en rechtszekerheid) strekken, doeltreffend, doelmatig en proportioneel zijn maar tegelijk uitvoerbaar en handhaafbaar.¹⁵⁵ Zo beschouwd verschilt rechterlijke rechtsvorming niet van rechtsvorming door de wetgever.

¹⁵⁰ Nieuwenhuis 2000, p. 688 en 698 bij zijn bespreking van M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 410.

¹⁵¹ Hartkamp 1992, p. 28-29.

¹⁵² Asser-Vranken 1995/79.

¹⁵³ Parl. Gesch. Inv. Bk 3, p. 1034 in en bij voetnoot (c).

¹⁵⁴ Zie nader G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht* (bewerkt door E.J.H. Schrage), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 90-103 volgens wie deze gerechtigheidsgedachte na 1838 in ons privaatrecht is opgekomen.

¹⁵⁵ Zie het beleidsplan ‘Zicht op wetgeving’, *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nrs. 1-2, p. 15-16 en 23-29.

Zoals Meijers begin vorige eeuw betoogde,¹⁵⁶ vindt rechtsvorming door de rechter zijn grens waar de wettekst zelf een beletsel vormt of waar de vaststelling van ‘nieuw’ recht zich begeeft op het gebied van het overheidsbeleid en keuzes van rechtspolitieke aard vraagt wat de rechter beter aan (de zorgvuldige en democratische besluitvorming van) de wetgever kan overlaten. Gaat het bepalen wat rechtens heeft te gelden de rechtsvormende taak van de rechter te buiten en moet hij vanuit zijn traditionele plaats in het staatsbestel de rechtsvorming aan de wetgever overlaten, dan kan de rechter niet anders dan dienovereenkomstig in de zaak te oordelen. Daarmee geeft hij naar de stand van het recht voorrang aan het primaat van de wet(gever) en doet de rechter in de ‘trias politica’ wat naar billijkheid binnen zijn rechtsprekende macht ligt. Als de wetgever niet ingrijpt of het overlaat aan de rechter om het wettenrecht naar de eisen in de praktijk verder te ‘vormen’, dan kan en mag de overheidsrechter – en de Hoge Raad bij de uitoefening van zijn controlerende taak als de hoogste instantie binnen de rechterlijke kolom – wettenrecht nader vormgeven en als wetstoepasser, wetsvertolker of beslisser naar billijkheid zijn rechtsvormende taak uitoefenen om recht te spreken binnen (het stelsel van) de wet.¹⁵⁷ Hier kunnen lagere rechters en de Hoge Raad het wettenrecht uitwerken en verfijnen zodanig dat geldende wetgeving haar gewenste praktische bruikbaarheid behoudt en toepassing ervan ook in niet-geregelde gevallen tot de maatschappelijk meest aanvaardbaar ‘billijke’ uitkomst zal leiden in geschillen die aan de rechter ter beslissing worden voorgelegd. Ook dan dient de rechter krachtens artikel 11 Wet AB steeds volgens de wet recht te spreken. Gezien de vaste rechtspraak van de Hoge Raad sinds het arrest Quint/Te Poel en zijn daarin bevestigde demarcatieleer is de Wet AB niet, zoals Jansen in 2008 concludeerde,¹⁵⁸ ‘achterhaald door ‘moderne’ ontwikkelingen en inzichten’ en geen ‘artefact’ in de wetgeving. Ook is het lot van artikelen 11, 12 en 13 niet, zoals Vranken in 1995 schreef,¹⁵⁹ door de tijd ‘opzijgezet’. De in die algemene bepalingen neergelegde opvatting over de rechtsvormende taak van de wetgever en de rechter is nog springlevend, en biedt nog steeds de wettelijke grondslag voor de overheidsrechter om het wettenrecht aan te vullen waar de wetgever zwijgt en de rechter desalniettemin dient recht te spreken, door de zaak naar billijkheid te beslissen.

¹⁵⁶ Zie o.m. E.M. Meijers, *De verhouding tusschen rechter en wetgever bij de rechtsvorming* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging), VPO I, p. 21-25.

¹⁵⁷ Zie aldus bijv. bij de beantwoording van prejudiciële vragen HR 13 september 2013, NJ 2014/455 over de mogelijkheid van bewijsbeslag in niet-IE-zaken.

¹⁵⁸ Jansen 2008, p. 29.

¹⁵⁹ Asser-Vranken 1995/80, p. 51.