



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Redelijkheid en billijkheid, twee wegen in de zoekers

Zwitsers, R.; Breedveld-de Voogd, C.G.; Castermans, A.G.; Krans, H.B.; Wissink, A.E.C.

Citation

Zwitsers, R. (2020). Redelijkheid en billijkheid, twee wegen in de zoekers. In C. G. Breedveld-de Voogd, A. G. Castermans, H. B. Krans, & A. E. C. Wissink (Eds.), *Sluitertijd: Reflecties op het werk van Jaap Hijma* (pp. 229-241). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464039>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464039>

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

Redelijkheid en billijkheid, twee wegen in de zoeker

Dick Zwitser

Natuurlijk is ons Nederlands rechtssysteem mede dankzij Hijma het beste ter wereld. Onze trots is immers de onbeperkte werking van de redelijkheid en billijkheid en Hijma heeft in zijn oratie 'Het constitutieve wijzigingsvonnis (in het licht van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid)' uit 1989¹ met zijn tweewegenleer die redelijkheid en billijkheid bevrijd uit het keurslijf van bijzondere regels van redelijkheid en billijkheid die een beperkende werking van die redelijkheid en billijkheid kunnen opleveren. De artikelen 6:258 BW omtrent gewijzigde omstandigheden en 6:94 BW omtrent het matigen van een contractuele boete komen voort uit de redelijkheid en billijkheid en zijn aanwinsten voor ons recht, maar Hijma wijst er terecht op dat daarnaast de weg van de toepassing van de algemene artikelen 6:2 BW en 6:248 BW aangaande redelijkheid en billijkheid open dient te staan.

De kracht van de redelijkheid en billijkheid is uiteraard dat er altijd een billijke oplossing kan worden gevonden. 'Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.' Met name indien een onbillijke uitkomst altijd als onaanvaardbaar wordt gezien, kan een summum aan billijkheid bereikt worden.

Bekend is dat internationaal opererende handelaren in zogenoemde commodities een op billijkheid drijvend rechtstelsel proberen te mijden. Het beste is niet goed. Goed is beter dan best. Zij kiezen op grote schaal voor Engels recht en arbitrage te Londen waar de Law Lords nogal huiverig zijn voor het in zijn algemeenheid erkennen van de redelijkheid en billijkheid. Het heet dat zonder de algemeen ingrijpende redelijkheid en billijkheid meer rechtszekerheid wordt verkregen en dat deze rechtszekerheid en de daaruit voortvloeiende voorspelbaarheid belangrijker zijn dan een billijk resultaat onder alle, al dan niet gewijzigde, omstandigheden.

Omdat ook hier te lande wel aangevoeld wordt dat het niet goed is de redelijkheid en billijkheid al te zeer te laten kwispelen in internationale contracten wordt voor deze contracten wel tot terughoudendheid gemaand. Zo zegt van Delden: 'Inder-

¹ Jac. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis (in het licht van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid)* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989.

daad in de handel en daarmee het recht dat die handel beheerst, streeft men naar eenvoudige oplossingen en strikte risicoverdelingen: contract is contract, standaardisering, fatale termijnen, korte termijnen met betrekking tot oplossing van geschillen, strikte, bij voorkeur grammaticale, interpretatie, zekerheid en dus zo min mogelijk open normen'.² Mendel voert daartegen aan dat er wel degelijk een flink aantal rechterlijke uitspraken is aan te wijzen waarin de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid erkenning heeft gevonden.³ Ook hier dus twee wegen, die elkaar naar mijn mening niet in de weg zouden behoren te zitten. De weg van de redelijkheid en billijkheid heeft als valkuil dat de ogen te snel gesloten kunnen worden voor complicaties omdat de weg der redelijkheid en billijkheid er zo gladjes uitziet. De weg der eenvoudige oplossingen en strikte risicoverdelingen heeft als valkuil dat in de zoab asfaltlaag van de partijafspraken allerlei rechtsregels geweven zijn die de schaafmachine van de redelijkheid en billijkheid hard nodig hebben willen zij de passant niet doen struikelen.

1. Redelijkheid en billijkheid als schaafmachine voor de harde kantjes

In het arrest *Anthea Yachting*⁴ geeft de Hoge Raad een mooie illustratie van de (be) schavende werking van de redelijkheid en billijkheid. *Anthea* had aan *Cornelissen* opgedragen een schip te bouwen. Overeengekomen was dat *Anthea* 15% van de koopprijs vooruit zou betalen, waartegenover *Anthea* dan weer van *Cornelissen* een bankgarantie zou krijgen voor het geval het te bouwen schip niet aan de gestelde eisen zou voldoen. De bankgarantie wordt gesteld door de AMRO, die keurig onherroepelijk garandeert aan *Anthea* uit te betalen zodra *Anthea* een inspectie rapport van *Marspec* (*Marine Specification Services*) overlegt, waarin door *Marspec* een wanprestatie aan de kant van *Cornelissen* wordt vastgesteld.⁵ Aangezocht door *Anthea* verklaart *Marspec* echter geen inspectierapport te kunnen schrijven, omdat *Cornelissen* een cliënt van haar is en het werken voor *Anthea* tot belangenverstrengeling zou leiden. Tenzij *Cornelissen* toestemming tot het schrijven van het rapport zou geven. Maar daartoe is *Cornelissen* niet bereid. *Anthea* kan daardoor

2 R. van Delden & H.J. Snijders, *Haven en Handel. Tekst van het afscheidscollege van Prof. mr R. van Delden aangevuld met teksten van de lezingen gehouden tijdens het daaraan voorafgaande symposium 'Haven en Handel'*, Deventer: Kluwer 1992, p. 18.

3 M.M. Mendel, 'Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers en wat behoort die rol te zijn?', in: R.Q.J. Klomp e.a., *Het eigen gezicht van het handelsrecht*, (Preadvies van de vereniging handelsrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 129 e.v. Vgl. ook de aldaar genoemde literatuur en rechtspraak.

4 HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778, NJ 2004/309, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Anthea Yachting*).

5 Vgl. K.F. Haak & R. Zwitter, *Van Haven en Handel. Hoofdzaken van het handelsverkeersrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 4.7.10.

niet aan de voorwaarde van de bankgarantie voldoen. Anthea komt nog aan met een rapport van een ander inspectiebureau, Maringo, maar de bank wijst dit van de hand. Garantievoorwaarden dienen strikt naar de letter te worden toegepast, dat had de Hoge Raad nog zo overwogen in het arrest Gesnoteg/Mees Pierson.⁶ In het arrest Anthea Yachting schaaft de Hoge Raad met behulp van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid de harde kantjes af van de uitspraak in Gesnoteg/Mees Pierson. De Hoge Raad is van oordeel dat onder de onderhavige omstandigheden een uitzondering op het beginsel van de strikte conformiteit kan bestaan.

‘Daarbij is in aanmerking te nemen dat een uitzondering zich niet slechts kan voordoen in het geval aan de zijde van de begunstigde sprake is van bedrog of willekeur, maar eveneens in een geval als het onderhavige waarin (...) sprake is van bedrog of willekeur aan de zijde van degene in wiens opdracht de garantie is gesteld.’

De bank moest uitbetalen en kon zich daarna verhalen op opdrachtgever Cornelissen.

Voorwaar een stukje recht om blij van te worden. Het Engels recht kent niet onze schaafmethode van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Toch honoreert het Engels recht ook geen bedrog onder toepassing van het adagium: *fraus omnia corrumpit*: bedrog bederft alles. Maar de kennelijke willekeur valt buiten de boot. De bank hoeft zich niet te verdiepen in de onderlinge verhouding tussen partijen. Wanneer een partij zich schuldig maakt aan willekeur, bijvoorbeeld door geld onder de bankgarantie te claimen, terwijl zij weet daar op grond van de onderlinge overeenkomst geen recht op te hebben, dan moet de wederpartij de rechter om een zogenoemde injunction (rechterlijk bevel) vragen om de willekeur plegende partij te verbieden om geld op te nemen. Wanneer die injunction naar de bank gestuurd wordt, reageert de bank hier echter wel op door in overeenstemming met die injunction niet uit te betalen. Naar ik aanneem zouden wij redeneren dat wanneer de bank zeker weet dat er van willekeur sprake is, omdat de onderliggende overeenkomst geen recht geeft op het opnemen van geld onder de bankgarantie, die bank een onrechtmatige daad zou plegen door toch zonder meer uit te betalen. Het willens en wetens negeren van andermans belang vinden wij al gauw in strijd met de zorgvuldigheid die betaamt in het maatschappelijk verkeer.

Ondanks dit mooie voorbeeld van de Hoge Raad bestaat er in de praktijk naar mijn mening soms nog te veel schroom om regels van handelsrecht bij te schaven met behulp van de redelijkheid en billijkheid teneinde tot een aanvaardbaar resultaat te komen. Als voorbeeld moge dienen het vonnis inzake de Hamburg Express.⁷

Veronderstellenderwijs⁸ was hier sprake van een door een verkoper gesloten vervoerovereenkomst met een hoofdvervoerder, die het daadwerkelijke verplaatsen

6 HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1749, NJ 1995/639, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Gesnoteg/Mees Pierson*).

7 Rb. Rotterdam 12 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9223, S&S 2019/1 (*Hamburg Express*).

8 De rechtbank geeft haar overwegingen voor het geval bewezen mocht worden dat het om een hoofdvervoerder gaat en niet om een expediteur.

overlaat aan een tweetal ondervervoerders, een wegvervoerder en een zeevervoerder. Veronderstellenderwijs⁹ brengt een van de ondervervoerders, de zeevervoerder, dooischade toe aan de lading en vergoedt na onderhandelingen een deel van die schade aan de koper. Uitbetaling aan de koper lag voor de hand nu de koper een door de zeevervoerder uitgegeven cognossement presenteerde en daardoor als enige jegens de zeevervoerder recht had op aflevering en op schadevergoeding.¹⁰ Het resterend bedrag van de schade wordt door de verkoper vergoed aan de koper. Dit wordt door de rechtbank gezien als een zogenoemde coulancebetaling, een vrijwillige, onverplichte betaling, hoewel in commerciële verhoudingen dit vrijwillig karakter natuurlijk altijd tussen haakjes kan worden gezet. Partijen waren een CIF koop overeengekomen, waarbij de verkoper het vervoer en de verzekering moet regelen en (qua vaste kosten) betalen, maar waarbij het risico verspringt naar de koper vanaf het moment dat de goederen aan boord van het zeeschip geladen zijn.¹¹ Dat wil zeggen dat indien de goederen tijdens het zeevervoer beschadigd raken, door overmacht of door wanprestatie van de zeevervoerder, de koper toch de volledige koopprijs aan de verkoper verschuldigd zal zijn. De koper heeft wél in geval van wanprestatie recht van verhaal op de zeevervoerder.

Ook wanneer het om professionele, internationaal opererende partijen gaat die zeer wel op de hoogte zijn van de betekenis van handelsbedingen als CIF, wringt de gekozen CIF constructie dikwijls in de praktijk. Het is immers de door de verkoper uitgekozen vervoerder die de schade heeft toegebracht en dan wil er al snel een beschuldigend vingertje geheven worden. Maar er is ook een praktisch argument om de schade door de verkoper te laten afhandelen. De verkoper zal goede communicatiekanalen hebben met de zeevervoerder en/of diens agent, maar zal dikwijls ook invloed kunnen uitoefenen omdat hij meestal regelmatig opdrachten zal verstrekken aan die zeevervoerder. Qua onderhandelingspositie staat de CIF verkoper in de regel veel sterker dan de CIF koper. De 'coulancebetaling' door de verkoper aan de koper is dan de opmaat om de verkoper de zeevervoerder te laten aanspreken. En/of de hoofdvervoerder, natuurlijk. Wanneer partijen het goed regelen, cedeert de koper op tijd in ruil voor de 'coulancebetaling' zijn vordering op de verkoper. Wanneer partijen niet alert op tijd reageren, wil de rechter nog wel eens iedere billijkheid uit het oog verliezen. In de casus van de Hamburg Express waren partijen niet alert genoeg geweest en was een poging tot cessie veel te laat ondernomen. Maar dat had geen gevolgen, want in rechte ging het niet om de aansprakelijkheid van de zeevervoerder, waar de koper gezien het cognossement een vordering op had, maar om aansprakelijkheid van de hoofdvervoerder.

In rechte werd van de kant van de verkoper de hoofdvervoerder aansprakelijk gesteld voor de niet door de ondervervoerder vergoede schade. In beginsel kan de hoofdvervoerder zich niet verschuilen achter zijn hulppersoon, de ondervervoerder. Maakt de schuldenaar bij de uitvoering van een verbintenis gebruik van de hulp van

9 Het was in casu niet helemaal zeker dat de schade inderdaad tijdens het zeevervoer had plaatsgevonden, maar dat was wel het meest waarschijnlijk.

10 Zie art. 8:441 lid 1 BW.

11 Asser/Hijma 7-I 2019/442 e.v.

andere personen, dan is hij voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk, aldus art. 6:76 BW en dat is in het vervoerrecht niet anders. Een hoofdvervoerder zal zich wel op aansprakelijkheidsbeperkingen van Boek 8 BW mogen beroepen. Het ging hier om zogenoemd multimodaal vervoer, waarvoor art. 8:41 BW bepaalt dat voor ieder deel van het vervoer de op dat deel toepasselijke rechtsregelen gelden. Nu de schade tijdens het zeevervoer werd toegebracht, zal de hoofdvervoerder zich derhalve op de schadevergoedingsbeperkende artikelen 8:387-388 BW kunnen beroepen. De hoofdvervoerder zal zich niet (zonder meer) op de bijzondere exoneratieclausules van de zeevervoerder mogen beroepen. Zo mag een zeevervoerder zich vrijtekenen voor schade toegebracht vóór het laden en na het lossen en doet hij dat gewoonlijk ook in zijn cognossement in de beruchte Before & After Clauses. In een keten van vervoerovereenkomsten mag een vervoerder zich op basis van art. 8:363 BW beroepen op de vervoerovereenkomst die het dichtst staat bij de opdrachtgever en dat is in onze casus niet de overeenkomst met de zeevervoerder, maar de overeenkomst tussen de hoofdvervoerder en de opdrachtgever. In de praktijk geven hoofdvervoerders dikwijls In House Bills of Lading, huis cognossementen, uit waarin soortgelijke Before & After clausules worden opgenomen, om ervoor te zorgen dat de aansprakelijkheid van de hoofdvervoerder niet verder reikt dan die van de ondervervoerder. In de onderhavige casus was dit echter niet gebeurd, zodat de aansprakelijkheid van de hoofdvervoerder verder kon reiken dan die van de ondervervoerder.

De rechtbank ziet echter geen mogelijkheid om schadevergoeding van de hoofdvervoerder te vorderen. De verkoper heeft in de ogen van de rechtbank namelijk geen schade geleden, nu de goederen op basis van het CIF beding reisden voor risico van de koper. En voor het geval de verkoper nu de rechten van de koper zou willen geldend maken, overweegt de rechter dat daaraan in de weg staat dat de koper geen partij is bij de vervoerovereenkomst met de hoofdvervoerder.

Deze redenering zal de civilist bekend voorkomen. Kribbenbijter.¹² De verkoper van het paard stelde dat de ten behoeve van de koper, maar in eigen naam handelende commissionair geen schade had geleden, terwijl diens principaal wel schade had geleden maar geen partij was bij de koopovereenkomst. De Hoge Raad overwoog

‘(...) dat iemand die in eigen naam maar ten behoeve van een opdrachtgever met een ander een overeenkomst sluit, in beginsel ook in eigen naam ten behoeve van die opdrachtgever de uit die overeenkomst voortvloeiende rechten geldend kan maken (...).’

Tegenwoordig vinden we deze wijsheid in art. 7:419 BW: ‘Indien een lasthebber in eigen naam een overeenkomst heeft gesloten met een derde die in de nakoming van zijn verplichtingen tekortschiet, is de derde binnen de grenzen van hetgeen omtrent zijn verplichting tot schadevergoeding overigens uit de wet voortvloeit, jegens de lasthebber mede gehouden tot vergoeding van de schade die de lastgever door de tekortkoming heeft geleden.’

¹² HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1988:AC1877, NJ 1977/521, m.nt. G.J. Scholten (*Kribbenbijter*).

Maar goed, art. 7:419 BW geldt voor middellijke vertegenwoordiging en het arrest van de Hoge Raad ging ook over middellijke vertegenwoordiging. Een verkoper kan op basis van een CIF beding wel op zich genomen hebben om zeevervoer te regelen waarvan ook de koper gelukkig wordt, maar we zijn toch niet geneigd hier een overeenkomst van opdracht tot het vervoer te zien. Leent de uitspraak van de Hoge Raad zich tot analoge interpretatie? Eerder hebben we ons op het standpunt gesteld dat dit inderdaad het geval dient te zijn.¹³ De aard en strekking van de vervoerovereenkomst brengt met zich dat de vervoerder weet dat hij meer wel dan niet te maken zal hebben met een verkoper die het vervoer regelt terwijl een koper het risico tijdens vervoer zal dragen. De schade tijdens vervoer zal daarbij steeds geleden worden door de koper. Het lijkt dan onaannemelijk om te veronderstellen dat verkoper en vervoerder een overeenkomst onder bezwarende titel hebben afgesloten waarbij het de bedoeling is dat de vervoerder nooit aangesproken zal kunnen worden uit wanprestatie. Veeleer dient als strekking van die overeenkomst naar onze mening te worden gezien dat de verkoper de door de koper geleden schade zal mogen vorderen. Dit is zeker het geval bij vervoer onder cognossement, waar de cognossementhouder de schade mag vorderen ongeacht wie die schade uiteindelijk ook geleden blijkt te hebben.¹⁴

Het dient naar onze mening ook bij andere vervoerovereenkomsten te gelden, tenzij erkend wordt dat de koper toe mag treden tot de vervoerovereenkomst, op grond van een impliciet derdenbeding. Cleveringa vermeldt al dat wanneer bij het sluiten van de vervoerovereenkomst voorzien is dat een derde de vervoerde lading ter bestemmingsplaats in ontvangst komt nemen, deze derde dan op de een of andere meer of minder bepaalde wijze is aangewezen.¹⁵ Deze aanwijzing krijgt gevolgen voor de verhouding tussen de aangewezenen en de vervoerder wanneer de aangewezenen door woorden of daden aan de vervoerder verklaart van het te zijnen behoeve gemaakte beding gebruik te willen maken. Daarna is de vervoerder tot aflevering aan de aangewezen derde gehouden. Tot zover Cleveringa. Een vervoerovereenkomst is in de regel vanaf het begin gericht op de aflevering aan een ontvanger en het is dan ook niet vreemd dat de rechtspraak al vanaf het einde van de 19e eeuw een stilzwijgend derdenbeding ten behoeve van de ontvanger aanneemt.

In de zaak van de Hamburg Express laat de rechtbank zich er niet over uit waarom zij niet uitgaat van een impliciet derdenbeding. Er spelen twee bijzondere elementen in de casus. In de eerste plaats was de hoofdvervoerder een NVOCC (Non Vessel Operating Common Carrier), een expediteur die bij wijze van service aan de klant de aansprakelijkheid van hoofdvervoerder op zich neemt. Het idee daarbij is, dat de klant zich in geval van schade niet hoeft te richten tot de vervoerders die de verplaatsing bewerkstelligen, maar dat de klant zich uitsluitend

¹³ K.F. Haak & R. Zwitser, *Opdracht aan hulppersonen*, Rotterdam: Sanders Instituut 2003, p. 166 e.v.

¹⁴ Vgl. R. Zwitser, *De rol van het cognossement als waardepapier in het handelsverkeer*, Zutphen: Paris 2012, par. 9.6.

¹⁵ R.P. Cleveringa e.a., *Zeerecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1961, p. 599 e.v. Vgl. Ook Zwitser, *De rol van het cognossement als waardepapier in het handelsverkeer* 2012, p. 89 e.v.

kan richten tot de expediteur/NVOCC, die dan weer verhaal gaat halen bij de ondervoerders die hij heeft ingeschakeld. Vanwege het idee om service te geven aan de klant en deze de mogelijkheid te bieden om in geval van schade de expediteur/NVOCC aan te spreken, heeft de rechtbank wellicht, maar dat blijft gissen, gemeend dat de strekking van een dergelijke overeenkomst niet is een derde een aanspraak op de expediteur/NVOCC te geven. In de tweede plaats heeft de expediteur/NVOCC ervoor gezorgd dat het door de zeevervoerder uitgegeven cognossement de verkoper als afzender vermeldde en dat de verkoper dit cognossement ook in handen kreeg, vermoedelijk om tegen betaling van de koopprijs aan de koper te overhandigen. Met het cognossement in handen kunnen de verkoper, respectievelijk de koper zelf zorg dragen voor het afhandelen van de tijdens het zeevervoer geleden schade. Maar zoals hierboven reeds opgemerkt, neemt dat de aansprakelijkheid van de hoofdvervoerder niet weg.

Mogelijk ziet de rechtbank geen impliciet derdenbeding en mogelijk ziet de rechtbank een beletsel voor de vordering van de kant van de verkoper in de regel dat een eiser zowel partij als gelaedeerde moet zijn. Het resultaat van deze regel kan dan naar mijn mening als onaanvaardbaar gezien worden in de zin van art. 6:248 lid 2 BW. Een wanprestatie dient ten principale tot schadevergoeding te leiden. Wanneer het toepassen van de normale regels tot een onaanvaardbare uitkomst leidt, zou deze stekeligheid naar mijn mening dienen te worden gladgeschaafd met de redelijkheid en billijkheid.

2. Schaven aan het indenniteitsbeginsel

De zaak van de Hamburg Express laat nog een stekeligheid zien. In werkelijkheid was het niet de verkoper zelf die de hoofdvervoerder aansprak, maar diens verzekeraar. Krachtens het beding CIF had de verkoper een transportschade verzekering moeten afsluiten voor het vervoer van de lading en de verkoper had dit ook gedaan. De verkoper had daarom de overgebleven schade gemeld bij de verzekeraar en die had deze schade vergoed aan de verkoper, waarna de verzekeraar zich gesubrogeerd voelde in de rechten van de verkoper op de hoofdvervoerder. De hier gekozen weg is niet vreemd. Een vervoerder is dwingendrechtelijk aansprakelijk, maar is tevens beperkt aansprakelijk tot de in de wet aangegeven limieten.¹⁶ De goederen transport verzekeraar is gewoonlijk tot een hoger bedrag aansprakelijk. Gebruikelijk is dat de verzekeringnemer verzekert voor het bedrag van de factuur plus een winstonslag van tien of vijftien procent. Daarom zal de benadeelde in geval van keuze meestal de verzekeraar aanspreken, waarna deze verzekeraar de vervoerder aanspreekt.

De verzekeraar wacht bij de rechtbank geen warme ontvangst. Zoals hierboven besproken meent de rechtbank dat de verkoper geen schade heeft geleden en slechts een onverplichte betaling aan de koper heeft gedaan, zodat de verkoper geen

¹⁶ Vgl. de in de artikelen 8:387-388 BW gestelde limieten voor de zeevervoerder.

rechten jegens de hoofdvervoerder had waarin de verzekeraar zou kunnen zijn gesubrogeerd.

Maar de rechtbank doet er nog een schepje bovenop. Op basis van de verzekeringsovereenkomst, overweegt de rechtbank, had de verzekeraar helemaal niet uit mogen keren aan de verkoper. Dit is gebaseerd op het zogenoemde indenniteitsbeginsel, neergelegd in art. 7:960 BW: 'De verzekerde zal krachtens de verzekering geen vergoeding ontvangen waardoor hij in een duidelijk voordeliger positie zou geraken.' Lezing van deze tekst geeft op het eerste gezicht het gevoel dat de eis van het verzekerbear belang aan de claim van verkoper niet in de weg hoeft te staan. Nu de verkoper de schade aan de koper vergoed heeft, geraakt hij door de uitkering van de verzekeraar economisch gezien niet in een voordeliger positie.¹⁷ In de literatuur en de jurisprudentie wordt echter aangenomen, dat het verzekerbear belang moet bestaan op het moment van het schadetoebrengende incident.¹⁸ In de onderhavige zaak wordt ervan uitgegaan dat de schade wel tijdens het zeetransport zal zijn voorgevallen, zodat het verzekerbear belang op het moment van het ontstaan van de schade bij de CIF koper lag. De CIF koper leed in eerste instantie de schade en daarom mag op grond van art. 7:960 BW alleen aan deze CIF koper worden uitgekeerd, wat de verzekeringsovereenkomst ook moge inhouden. Art. 7:960 BW is van dwingend recht. De koper moet dan wel tot de verzekerden behoren om voor een uitkering in aanmerking te kunnen komen. Maar dat zit wel goed in geval van transportverzekering. Een transportverzekering wordt in de regel afgesloten voor rekening van wie het aangaat, zodat in een keten van koopovereenkomsten maar één keer een verzekering hoeft te worden afgesloten. De laatste koper in de keten zal de schade ontdekken en deze claimen.

Bij een dergelijke praktijk werkt art. 7:960 BW, zoals meestal uitgelegd, van geen kanten. Een prangend voorbeeld moge dit verduidelijken. Op basis van dezelfde casus geeft de verzekeraar nu een verzekeringscertificaat aan toonder aan de CIF verkoper. Deze geeft het certificaat samen met het cognossement aan de koper. Deze ontdekt de schade die voor een deel ontstaan is tijdens het voortransport dat voor risico van de verkoper komt en voor een deel tijdens het zeetransport dat voor risico van de koper komt. De koper zou op basis van de heersende uitleg van art. 7:960 BW nu nooit de schade geleden tijdens het voortransport kunnen claimen, omdat het verzekerbear belang toen immers bij de verkoper lag. Maar de verkoper zou deze schade ook niet kunnen claimen, omdat uitsluitend de houder van het toondercertificaat geleden schade kan claimen. Uiteraard kunnen casus nog

¹⁷ Van Huizen stelt in zijn dissertatie dat het gewone begrip schade sterk gejuridiseerd is. Dat past niet bij het concept indenniteit. Daar dient schade volgens hem als een meer economisch begrip te worden opgevat. Ph.H.J.G. van Huizen, *Het transportverzekeringsbedrijf* (diss. Rotterdam) 1988, p. 57 e.v. Vgl. ook Ph.H.J.G. van Huizen, 'Het (verzekerbear) belang', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 426.

¹⁸ Vgl. HR 17 februari 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6195, NJ 1978/577, m.nt. B. Wachter (*Landgoed Kraaijbeek*); HR 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo414, NJ 1992/473, m.nt. M.M. Mendel (*Interkes/Nieuw Rotterdam*). Vgl. Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons* 7-IX . 2019/416.

veel complexer liggen. In de praktijk rekent iedereen erop dat de laatste koper in de keten alle tijdens het gedekte transport voorgevallen schade zal kunnen claimen. En dat transport begint in de regel bij het lossen uit de opslag en eindigt bij het lossen in een ruimte aan het eind.

Naar Engels recht levert een dergelijke casus in het geheel geen probleem op. Er moet naar Engels recht eenmaal voldaan zijn aan de eis van een verzekeraar belang, maar vervolgens kan de polis worden overgedragen aan iemand zonder verzekeraar belang. Dus wanneer de verkoper het verzekeraar belang maar heeft op het moment dat er schade geleden wordt tijdens het vortransport, zoals het geval is bij een CIF koop, kan de verkoper vervolgens het verzekeringscertificaat overdragen aan de koper, die dan niet opnieuw een verzekeraar belang hoeft te hebben gehad bij diezelfde schade.¹⁹ Een dergelijke gedachte lijkt ook voor het Nederlands recht aantrekkelijk en lijkt naar Nederlands recht al wel gevolgd te worden bij de overdracht en verpanding van levensverzekeringspolissen.²⁰

Wanneer we ons buigen over de interpretatie van art. 7:960 BW rijst de vraag waarom de wetgever dit artikel in de wet opgenomen heeft. De eis van het verzekeraar belang is oorspronkelijk in de wet gelegd om spel en weddenschap tegen te gaan, maar dient nu om overbedeling door een verzekerde te voorkomen opdat deze verzekerde niet in de verleiding zal komen om schade toe te brengen aan verzekerde objecten teneinde daar middels een verzekeringsuitkering beter van te worden.²¹ Wanneer we deze ratio van art. 7:960 BW als meetlat naast onze casus leggen, dan is het vreemd om te zien dat aan de verkoper geen verzekeraar belang wordt toegedicht op grond van dit art. 7:960 BW. Er kan toch moeilijk volgehouden worden dat de verkoper van de verzekeringsuitkering beter is geworden of dat wie dan ook beter is geworden van die uitkering. Er is door de verzekeraar schade vergoed aan diegene die de schade ook daadwerkelijk gedragen heeft. Een redelijke uitleg van art. 7:960 BW zou dat mee kunnen brengen... Maar een dergelijke argumentatie vindt tot op heden nog geen weerklank in de rechtspraak, zoals het onderhavige vonnis demonstreert.

Opvallend is dat de rechtbank partijen vastpint op de oorspronkelijke opmaak van de overeenkomst. Zoals hierboven betoogd wringt een CIF koop in de praktijk dikwijls. Partijen willen overeenkomstig dit beding dat de verkoper zeevervoer en verzekering regelt, maar stemmen na het voorvallen van de schade niet in met de door dit beding meegebrachte risico-verdeling. En partijen zijn het daarover eens.

¹⁹ Vgl. R. Zwitter, 'Verzekeraar belang in de handelskoop', *NTHR* 2013, afl. 1, p. 3 e.v.; R. Zwitter, 'De interpretatie van het indenniteitsbeginsel', *NTHR* 2019/2, p. 94 e.v.

²⁰ Vgl. echter W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering (Recht en Praktijk nr. VR3)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 10, die het onder omstandigheden toch mogelijk acht dat een latere wijziging ten gunste van een persoon zonder belang in strijd met de goede zeden kan zijn, met name indien de verzekering daarmee onderwerp van speculatie op het overlijden van de verzekerde wordt gemaakt. Vgl. ook Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/663, 692, 761 en F.R. Salomons, boekbespreking in *VA* 2000, p. 85.

²¹ Vgl. Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/417 ; HR 3 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3597, *NJ* 1972/339, m.nt. L.J. Hymans v.d. Berg (*Maring/Assuradeuren*).

De verkoper betaalt immers de schade aan de koper. Om dat coulancebetaling te noemen, geeft wellicht niet goed weer wat er aan de hand is. Het gaat dikwijls niet om liefdadigheid of het louter willen behouden van een klant, maar om een gevoelde onbalans. Gezegd kan worden dat partijen hun overeenkomst nadien wijzigen in die zin dat de verkoper (een deel van) het risico draagt. Wellicht is het dikwijls meer in overeenstemming met de realiteit te stellen dat partijen hun wilsovereenstemming opnieuw vorm geven, zodat deze wilsovereenstemming beter weergegeven wordt dan met het enkele CIF beding. Wanneer een rechter bereid zou zijn om de verhouding tussen partijen aldus te duiden, zou de rechter eenvoudig kunnen concluderen dat het verzekerbare belang (achteraf gezien) krachtens wilsovereenstemming van partijen (in ieder geval deels) bij de verkoper heeft gelegen.

Maar dit is alles theorie. Wanneer we zien dat de rechtbank naar het traditionele begrippenapparaat blijft verwijzen, rest naar mijn gevoel alleen nog de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Ook een dwingendrechtelijk wetsartikel mag door de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid opzijgezet worden. Wanneer we zien dat het voorval waaruit de schade voortgekomen is onder de dekking van de polis valt en wanneer we zien dat degene die claimt valt onder de verzekeren en ook degene is die door partijen wordt aangewezen als degene die moet claimen en zelfs degene is die in economische zin de schade draagt, dienen naar mijn mening de redelijkheid en billijkheid niet toe te laten dat de verzekeraar niet uit zou hoeven te betalen op grond van het indemniteitsbeginsel terwijl er geheel overeenkomstig de strekking van dit beginsel slechts schade wordt vergoed en niemand er beter van wordt. Wanneer kortom de overeenkomst tussen partijen leidt tot uitbetaling dient die overeenkomst niet gefrustreerd te worden door een wetsartikel dat qua strekking helemaal niet bedoeld is om die overeenkomst te frustreren. Wanneer de tekst van de wet desondanks in die frustrerende richting wijst kan de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid uitkomst brengen.

3. Waarom moeilijk doen?

Wanneer zich na het sluiten van een overeenkomst nieuwe omstandigheden voordoen en de debiteur daarin een rechtvaardiging ziet om niet te presteren was vroeger de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid het laatste instrument waaraan gedacht werd. De huidige student begint juist vaak met de redelijkheid en billijkheid. Waarom al die dogmatiek als het zo gemakkelijk kan. Laatst werd aan een groep internationale studenten, die er bijna een jaar commercial law op hadden zitten, een mooie casus voorgelegd. Centraal stond een internationaal koopcontract met betrekking tot een grote hoeveelheid graan, met het beding FOB, wat meebrengt dat de koper een schip moet sturen om het graan in de havenplaats op te halen. Deelleveringen waren door partijen verboden. Dat zou voor de koper uiteraard onhandig zijn: alles moet in één keer in het schip. Vervolgens kondigt het land van de verkoper vanwege mislukte oogsten een exportbeperking af, waarbij alle exporteurs nog maar een bepaald quotum krijgen

om te exporteren. Op dat moment heeft de verkoper de mogelijkheid om aan de koper te leveren. Zijn quotum is groot genoeg. Maar de verkoper stelt zich op het standpunt dat zijn vaste afnemers zich later zullen melden en dat het redelijk is dat die ook bediend worden. De verkoper stelt daarom aan de koper voor om slechts een deel van de afgesproken hoeveelheid te leveren. De koper gaat hier niet mee akkoord en studenten moeten zich buigen over de vraag wie gelijk heeft op basis van het Weens Koopverdrag.

Opvallend was dat niemand in de weer ging met de vraag of er sprake was van overmacht. Geen betoog over absolute verhindering of praktische verhindering. Iedereen schoot eigenlijk meteen richting redelijkheid en billijkheid, waarbij de meerderheid het zeer redelijk vond om minder te leveren. Een misoogst leidt tot rantsoeneren. Dat is een eeuwenoude wijsheid. Wij zien al die hongerige kindermonden al voor ons. Ook de volwassen juristen schoten die kant op.

Dit gemak waarmee slechts de weg van de redelijkheid en billijkheid bewandeld kan worden, zonder diep te duiken in rechtssystematische vragen, is precies de reden dat internationale handelaren veelal wegllopen van ons Nederlands recht. De onderhavige casus zou op grond van die redelijkheid en billijkheid heel anders worden opgelost dan alle andere graanzaken en volgens internationale handelaren helemaal niet redelijk en billijk.

Graancontracten worden meestal afgesloten op basis van standaardformulieren verstrekt door de brancheorganisatie, de GAFTA: Grain And Feed Trade Association.²² Deze formulieren vermelden dat Engels recht van toepassing zal zijn en dat geschillen beslecht moeten worden middels GAFTA arbitrage te Londen. Engels recht bepaalt in s 52(1):

'In any action for breach of contract to deliver specific or ascertained goods the court may, if it thinks fit, on the plaintiff's application, by its judgement or decree direct that the contract shall be performed specifically, without giving the defendant the option of retaining the goods on payment of damages.'

A contrario volgt hieruit dat bij soortzaken geen nakoming afgedwongen kan worden. Let wel: dit is anders bij de consumentenkoop. Maar voor de handelskoop en met name voor de zogenoemde commodities heeft de regel iets aantrekkelijks. Voor commodities wordt verondersteld dat goederen overal in onbeperkte hoeveelheden te krijgen zijn. Er kan een misoogst zijn, maar dan is er altijd ergens anders op de wereld wel graan te krijgen.²³ Misoogsten betekenen: handel, voor handelaren niet per se vervelend.

Wanneer nakoming niet mogelijk is, verdwijnen de hongerige kinderen uit beeld en komt boven tafel waar het in de handelskoop tussen handelaren om gaat: om geld. Geld is niet zozeer bedoeld om graan te kopen om te eten, maar graan is bedoeld om geld mee te verdienen. En dan komt het voorstel van de verkoper om te rantsoeneren ineens in een heel ander daglicht te staan. Ten gevolge van de misoogst waren de graanprijzen omhoog gegaan, zoals in de casus was gegeven.

²² www.gafta.com.

²³ Vgl. K.F. Haak & R. Zwitter, *Van Haven en Handel* 2015, p. 12 e.v.

Het ligt dan voor de hand te veronderstellen dat de verkoper voor later door hem afgesloten contracten een veel hogere prijs zal bedingen. De verkoper profiteert dan van de gestegen prijs. De koper daarentegen wil graag volledige levering, niet omdat hij graan niet elders zou kunnen krijgen, maar omdat hij nog tegen een lage prijs gekocht heeft en daarom winst maakt nu de prijs gestegen is. De strijd tussen verkoper en koper gaat dus eigenlijk om de vraag wie de prijsstijging in zijn zak mag steken.

Het Engels recht kent geen algemeen leerstuk van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Wel kent dat recht een regeling voor overmacht, frustration geheten. Maar frustration wordt erg streng begrensd. Wanneer levering op enig tijdstip binnen de afgesproken leveringstermijn mogelijk is geweest, kan er geen beroep worden gedaan op frustration. Nu het quotum van de verkoper groot genoeg was om volledig te leveren zal er van frustration geen sprake zijn.

De reden waarom handelaren onze redelijkheid en billijkheid mijden, is omdat ze bang zijn voor een te snelle beslissing waarbij niet voldoende is gekeken hoe het in de branche geregeld is, hoe het bij de burens geregeld is en hoe het rechtssysteem in elkaar zit. De angst bestaat dat al snel de aard van de handelskoop miskend wordt. De handelskoop is zeer speculatief van aard. Er bestaan beurzen waar futures (contracten voor leveringen in de toekomst) gekocht en verkocht kunnen worden, zodat partijen zich kunnen indekken tegen onverwachte schommelingen van de prijs. Bij een dergelijke markt past niet een snel beroep op overmacht of op de redelijkheid en billijkheid, net zo min als dat past bij aandelen en obligaties. Als prijzen plotseling zakken ten gevolge van het coronavirus, dan is dat geen reden voor een beroep op overmacht of op veranderde omstandigheden of op redelijkheid en billijkheid. Iedereen had zich met future contracten of put opties tegen onverwachte tegenvallers kunnen indekken. Wie dat niet doet, handelt voor eigen risico.

4. Conclusie

In zijn oratie wijst Hijma erop ruim baan te houden voor de *lex generalis* van redelijkheid en billijkheid, zelfs als er door de wetgever een *lex specialis* is ontworpen die een uitwerking wil zijn van juist die redelijkheid en billijkheid. In het handelsrecht zijn veel regels oorspronkelijk ook uit de redelijkheid en billijkheid, uit de goede zeden, de rechtvaardigheid, voortgekomen, maar zijn die regels veelal versteend, waardoor het levenssap van de redelijkheid en billijkheid er niet direct meer waarneembaar in is. Velen pleiten ervoor deze bijzondere bepalingen toe te passen zonder de algemene werking van de redelijkheid en billijkheid eraan te laten knagen. Van Delden pleit voor zo min mogelijk open normen.

Het is naar mijn mening echter beter om de vingerwijzing van Hijma te volgen en ruim baan te houden voor de *lex generalis* van redelijkheid en billijkheid. Ons rechtssysteem is verre van perfect. De redelijkheid en billijkheid is het instrument bij uitstek om imperfecties te bestrijden. De Hoge Raad geeft in het arrest *Anthea Yachting* een mooie illustratie voor het bankrecht. De casus van de Hamburg

Express demonstreert hoezeer de toepassing van ons rechtssysteem tot onhoudbare uitkomsten kan leiden op het gebied van het vervoerrecht en het verzekeringsrecht. In het bovenstaande is betoogd dat de redelijkheid en billijkheid hier de weg kan zijn om tot aanvaardbare oplossingen te komen.

De casus van de graanverkoop met een later partieel exportverbod geeft echter weer hoe verleidelijk het is om onmiddellijk alleen maar naar redelijkheid en billijkheid te kijken. Mislukte oogst dus rantsoeneren. Dit leidt ook tot onaanvaardbare uitspraken. Wanneer een beroep op de redelijkheid en billijkheid gedaan wordt, dient goed gekeken te worden wat de opvattingen over redelijkheid en billijkheid in de branche zijn en hoe ons rechtssysteem en de rechtssystemen van de burens een dergelijk probleem benaderen.

Wanneer we de gretigheid voelen om slechts de weg van de redelijkheid en billijkheid te bewandelen zonder goed om ons heen te kijken, wordt de angst van internationale handelaren voor onze redelijkheid en billijkheid invoelbaar. Het zou kunnen zijn dat niet zozeer de redelijkheid en billijkheid op zichzelf een bedreiging is voor de internationale handel, maar het gebrek aan begrip van de handelskoop en aanpalende rechtsgebieden dat bij grote groepen juristen leeft die ook zelden of nooit in contact gekomen zijn met de handel en het handelsrecht. Op zich zelf leeft er ook rechtszekerheid in redelijkheid en billijkheid. Deze is immers invoelbaar en dus voorspelbaar in veel situaties. Maar de redelijkheid en billijkheid dienen met inzicht gehanteerd te worden. Waar ons land relatief arm is aan rechtszaken en literatuur aangaande het handelsrecht, is het voor het verkrijgen van inzicht in de materie wellicht goed om in voorkomende gevallen te kijken naar hoe de burens het doen. Met name in Engeland is er een rijkdom aan casus en literatuur, die het bekijken dikwijls waard is. Met dit in het achterhoofd kunnen wij met een gerust hart de weg van Hijma volgen, nog lang na diens emeritaat.