

Redelijkheid en billijkheid revisited

13 De redelijkheid en billijkheid zijn in ons civiele recht reeds sinds lange tijd aan een gestage opmars bezig.¹ Wie een blik werpt op recente rechtspraak van de Hoge Raad ziet tekenen dat die opmars in stevig tempo doorzet, waarbij de redelijkheid en billijkheid steeds meer de ultieme toetssteen vormen. Een paar voorbeelden. Een beroep op de nietigheid van een overeenkomst wegens strijd met de goede zeden kan geblokkeerd worden door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.² Hetzelfde geldt zelfs bij een nietigheid die voortvloeit uit de Europese regels op het terrein van verboden staatssteun.³ Voorts is denkbaar dat een beroep van een partij op het feit dat niet op de juiste wijze een 'opt-out'-verklaring is uitgebracht bij een algemeen verbindende regeling zoals de Duisenbergregeling, kan worden geblokkeerd door de redelijkheid en billijkheid.⁴ En als bepaalde omstandigheden geen beroep op nietigheid kunnen rechtvaardigen, omdat zij niet aanwezig waren op het daartoe geëigende toetsingsmoment (het aangaan van de rechtshandeling), dan geeft de Hoge Raad ons fijntjes mee dat zij natuurlijk wel een rol kunnen spelen bij de vraag of een beroep op de desbetreffende afspraak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁵

Als ik zou moeten speculeren omtrent de ratio achter deze tendens, dan lijkt het mij duidelijk dat de Hoge Raad steeds de nuance wil kunnen (doen) bewerkstelligen.⁶ Indien dat zo is, dan zou ik de Hoge Raad willen steunen, hoewel criticiasters vraagtekens zouden kunnen stellen omtrent de legitimiteit van deze rechtsontwikkeling. Zou een dergelijke (toch zeer, althans behoorlijk) ingrijpende operatie niet van de wetgever moeten komen of ten minste gefundeerd moeten zijn op brede steun in de literatuur?

Wat hiervan ook zij, een bijzondere (en hierboven nog onbesproken) rol voor de redelijkheid en billijkheid is weggelegd bij de problematiek van de (oude) lange verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW in verband met mesotheliom, als bekend een vorm van kanker die uitsluitend veroorzaakt wordt door blootstelling aan asbest en die zich veelal pas openbaart na vele tientallen jaren. Afgelopen vrijdag heeft de Hoge Raad op dit terrein een opmerkelijk nieuw arrest gewezen.⁷ Hier zien we de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in misschien wel de minst terughoudende vorm denkbaar. Dat hangt samen met de problematiek van art. 6 EVRM (de toegang tot de rechter), die meebrengt, kort gezegd, dat het belang van de rechtszekerheid (de verjaring) volledig door de rechter getoetst moet kunnen worden op basis van het belang van de rechtsbescherming (de redelijkheid en billijkheid). Over de vraag hoe dat dan in concreto moet, heeft de Hoge Raad vaste jurisprudentie ontwikkeld. Meer in het bijzonder heeft hij een niet-limitatieve lijst van 7 gezichtspunten opgesteld.⁸ A-G Hartlief heeft geprobeerd om de Hoge Raad te bewegen meer duidelijkheid te geven, althans enige ordening in de toepassing van de gezichtspunten aan te brengen, mede in het licht van niet steeds eensluidende uitspraken van lagere rechters en discussies in de literatuur. Daarin gaat de Hoge Raad niet mee, ongemotiveerd (in het kader van zijn staan-

de beleid om niet te discussiëren met het Parket). Ik vind dat jammer, maar begrijp wel dat de Hoge Raad grote aarzelingen zal hebben om in dit stadium⁹ het stelsel van de 7+ gezichtspunten nog te wijzigen of in te kleuren. Des te opmerkelijker is dan echter de wijze waarop de Hoge Raad het cassatieberoep verwerpt – en daarbij zelf de zaak afdoet. Kort gezegd, stelt hij dat er twee gezichtspunten zijn die pleiten voor het slagen van het beroep op de redelijkheid en billijkheid, ter afwering van het beroep op verjaring. Daar staan twee tegenover die juist een beroep op de verjaring ondersteunen. De Hoge Raad vervolgt dan: *'De overige gezichtspunten leggen in dit geval niet of nauwelijks gewicht in de schaal. Onder deze omstandigheden komt aan de gezichtspunten (c) en (e)¹⁰ in dit geval zoveel meer gewicht toe dan aan de overige gezichtspunten, dat het beroep op art. 6:2 lid 2 BW niet kan slagen.'* Als ik het goed lees, waardeert dus de Hoge Raad hier zélf de relatieve zwaarte van de toepasselijke gezichtspunten. Zo concreet heb ik nog niet eerder de Hoge Raad zelf de redelijkheid en billijkheid zien toepassen. Als ook dat een tendens wordt,¹¹ hebben we nog veel interessante ontwikkelingen tegemoet te zien bij de verdere opmars van de redelijkheid en billijkheid in ons recht, niet alleen op materieelrechtelijk terrein, maar misschien ook op procesrechtelijke gebieden zoals de grenzen tussen feitenrechtspraak en cassatie.

Coen E. Drion

1. Ruim een jaar geleden beschreef ik in een vooraf in dit blad voorbeelden daarvan ('Rythm or Blues', *NJB* 2016/296, afl. 6, p. 379) en signaleerde ik een recente tendens (onder verwijzing naar HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650 (*Boekhold/Haveman*)) dat de redelijkheid en billijkheid door de Hoge Raad mogelijk van een hogere orde zou worden gezien dan (zelfs de absolute) nietigheden. In dat vooraf bepleitte ik voorts ervoor dat nu maar expliciet de laatste stap gezet zou moeten worden: de redelijkheid en billijkheid zijn vol van toepassing op alle civiele rechten, van welke aard dan ook, dus (naast het nietighedenleerstuk) tevens op de (andere) 'harde' gedeelten van ons privaatrecht, zoals het goederenrecht en het insolventierecht. Binnen het contractenrecht zou ik menen dat de huidige benadering van de Hoge Raad (als ik het goed zie) zich niet meer goed verhoudt tot de vaste jurisprudentie omtrent de beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid bij ontbinding.

2. Zie het in voetnoot 1 genoemde arrest *Boekhold/Haveman*.

3. HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:994 (*Commerz*).

4. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2822 (*Dexia, opt out-brief*).

5. HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568 (*Verhaalsboete*).

6. Eenzelfde tendens is zichtbaar bij de uitlegjurisprudentie, evenzeer toepassing van de redelijkheid en billijkheid, in een vrije rol, (waar bijvoorbeeld meer objectieve uitlegeregels tussen de (meest) betrokken partijen in bepaalde situaties moeten wijken voor de meer subjectieve *Haviltex*-norm). Zie bijvoorbeeld HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933 (*Lisser/Kamsteeg*), de drie-zaak HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1511 (*Rentebeding in hypotheek-akte*) en voor uitleg van een sociaal plan HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 (*FNV/Condor*).

7. HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494 (*Maersk*).

8. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635 (*Van Hese/De Schelde*).

9. De lange verjaringstermijn geldt voor deze gevallen niet vanaf 1 februari 2004 (art. 119b Overgangswet NBW).

10. De gezichtspunten die de verjaring ondersteunen.

11. Afgelopen vrijdag wees de Hoge Raad ook een arrest op het gebied van uitleg waar hij zelf de zaak afdeed, deels op een nogal feitelijke wijze (HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:490 (*Landhuis*)).