NILG FAMILIE & RECHT 18

Redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, meer in het bijzonder in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht

Wonderolie van flexibiliteit of gif van rechtsonzekerheid?

Evelien van Wijk-Verhagen

Boomjuridisch

In dit boek is de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de Nederlandse jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht onderzocht, meer in het bijzonder in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht. Deze toepassing is in de huidige rechtsliteratuur namelijk onderbelicht gebleven. Vernieuwend aan dit onderzoek is dat dit is gedaan aan de hand van een triangulatie van onderzoeksmethoden.

Het hoofdbestanddeel van dit onderzoek wordt gevormd door een inhoudsanalyse van de concrete toepassingen in de gepubliceerde rechtspraak op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht. Daarin is geanalyseerd in welke materiële functie of andere rol de redelijkheid en billijkheid lijkt te zijn gebruikt, alsmede welk(e) type(n) onderbouwing(en) de rechter heeft gehanteerd om het desbetreffende oordeel te onderbouwen.

Dit onderzoek wordt afgesloten met een reeks belangwekkende aanbevelingen aan rechtswetenschappelijke onderzoekers, de praktijk van het notariaat én de advocatuur, de rechter en de wetgever.

De reeks **Familie & Recht** is gericht op debat tussen theorie en praktijk op het terrein van het familierecht in brede zin. Kennisuitwisseling met andere wetenschapsgebieden, zoals de sociale wetenschappen speelt hierbij een belangrijke rol. Monografieën, proefschriften, conferentiebundels en commentaren maken deel uit van de reeks. De reeks **Familie & Recht** is onderdeel van de samenwerking van Nederlandse specialisten op het gebied van het familierecht in het kader van de **Alliantie Familie & Recht.** De uitgaven zijn bestemd voor advocaten, notarissen, rechters, wetenschappers en ambtenaren van de burgerlijke stand.

ISBN 978-94-6290-457-6

9 789462 904576

Redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, meer in het bijzonder in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht

REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID IN HET PERSONEN- EN FAMILIERECHT, MEER IN HET BIJZONDER IN HET HUWELIJKS- EN ECHTSCHEIDINGS-VERMOGENSRECHT

Wonderolie van flexibiliteit of gif van rechtsonzekerheid?

Evelien van Wijk-Verhagen

Boom juridisch
Den Haag
2018

Omslagontwerp: Haagsblauw, Den Haag

© 2018 Evelien van Wijk-Verhagen | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijke verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No parts of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-457-6
ISBN 987-94-6274-823-1 (e-book)
NUR 822

www.boomjuridisch.nl

‘Waarheid blijft intussen dat in algemene zin niet valt te kiezen tussen rechtszekerheid en billijkheid: beide zijn centraal te stellen. De tegenstelling kan niet overbrugd worden, maar wel verklaard en dus verbonden.’

DRION, *NJB* 2010/226, afl. 5, p. 279.

Aan mijn ouders en Ivo

Woord vooraf

Het boek dat voor u ligt, is het resultaat van zes jaar onderzoek. Dit promotie-onderzoek is geboren uit nieuwsgierigheid naar de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht bij professor Wendy Schrama. Deze nieuwsgierigheid was ook bij de auteur, reeds tijdens haar studie, aangewakkerd, met name door het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AO7004) over contrair gedrag. In dat arrest is de redelijkheid en billijkheid van invloed in haar corrigerende functie. De term *redelijkheid en*/of *billijkheid* komt in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht, als ook daarbuiten, regelmatig voor in deze én andere materiële functies en rollen. Desondanks bestond er geen theorie over de redelijkheid en billijkheid op dit terrein. Met dit boek wordt in deze leemte voorzien.

Het onderhavige onderzoek is aldus gericht op theorievorming over de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, als ook op het verschaffen van inzicht in de toepassing van de redelijkheid en billijkheid voor de personen- en familierechtspraktijk. Het hoofdbestanddeel van dit onderzoek wordt gevormd door een inhoudsanalyse van de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht. Daarin is geanalyseerd in welke materiële functie of andere rol de redelijkheid en billijkheid lijkt te zijn gebruikt, alsmede welk(e) type(n) onderbouwing(en) de rechter heeft gehanteerd om het desbetreffende oordeel te onderbouwen. Dit eerste is interessant omdat de materiële functie of andere rol waarin de redelijkheid en billijkheid wordt gebruikt in de jurisprudentie veelal niet wordt geëxpliciteerd, terwijl dit onderscheid het denkproces van de rechter zichtbaar en daarmee controleerbaar maakt. Hoewel de wet geen (al te) hoge vereisten stelt aan de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is, kunnen daaraan, gelet op de functies van de motivering van rechterlijke uitspraken, aanvullende eisen worden gesteld, dan wel kan invulling worden gegeven aan het controleerbaarheids- en aanvaardbaarheidsvereiste als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 4 juni 1993. Het als tweede genoemde onderdeel van de inhoudsanalyse laat zien of, en zo ja, in hoeverre in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht wordt voldaan aan deze wettelijke en aanvullende (ver)eis(t)en.

Dit onderzoek wordt afgesloten met aanbevelingen aan rechts-wetenschappelijke onderzoekers, de praktijk van het notariaat én de advocatuur, de rechter en de wetgever. Zo wordt er een aantal do's-and-don'ts gegeven voor het verrichten van een inhoudsanalyse, wordt gewezen op het belang van de feitelijke inkleding van een beroep op de redelijkheid en billijkheid en worden er

suggesties gedaan voor het al dan niet (wettelijk) neerleggen van duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten die uit de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden afgeleid.

Utrecht, zomer 2017

Inhoudsopgave

Woord vooraf ..... **vii**
Inhoudsopgave ..... **ix**
Figuren en tabellen ..... **xiii**
Lijst van gebruikte afkortingen ..... **xvi**
1 Introductie **1**
1.1 Bestaande theorieën 1
1.2 Centrale onderzoeksvraag 3
1.3 Onderzoeksmethoden 5
1.4 Relevantie 6
1.5 Afbakening 7
1.6 Te behandelen onderwerpen 8
2 Methodiek **11**
2.1 Met name interpretatief en empirisch 11
2.2 De juridisch-dogmatische methode 13
2.3 De (kwantitatief-beschrijvende) inhoudsanalyse 15
2.3.1 Selectiefase 18
2.3.1.1 Steekproeftrekking 21
2.3.1.2 Externe validiteit 23
2.3.2 Codeerfase 24
2.3.3 Analysefase 26
2.4 De kwalitatieve interviewmethode 26
2.4.1 Steekproeftrekking 28
2.4.2 Dataverwerking en -rapportage 29
2.5 Samenvattend 29
2.6 Enkele deelconclusies 30
3 Theorieën over de betekenis van de redelijkheid en billijkheid **33**
3.1 Wettelijke terminologie 33
3.2 Definiëring door de geïnterviewde feitenrechters 35
3.3 Beperkte toetsing in cassatie 36
3.4 Ambtshalve aanvulling en ambtshalve toepassing (artikel 25 Rv) 37
3.5 Dwingendrechtelijke norm 39
3.6 Normerende werking 42
3.7 Samenvattend 46
3.8 Enkele deelconclusies 47
4 Toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid als open norm **49**
4.1 Wettelijke inbedding 49
4.1.1 Algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen 50
4.1.2 Wettelijke preciseringen 51
4.2 Schakelbepalingen 55

4.3 Jurisprudentiële uitbreidingen 56
4.4 Wettelijke kristallisaties 57
4.5 Samenvattend 58
4.6 Enkele deelconclusies.....59
5 Voor- en nadelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm.....61
5.1 Voordelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm.....61
5.2 Nadelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm 64
5.2.1 Een verlies aan rechtszekerheid.....65
5.2.2 Een gevaar voor de democratische legitimatie van het recht.....66
5.2.3 Een te grote rechterlijke vrijheid 68
5.2.4 Een dreigende stilstand van de rechtsontwikkeling.....69
5.2.5 Een inefficiënte wijze van gebruik en opslaan van kennis over rechtvaardigheid 71
5.2.6 Een inefficiënte wijze van conflictoplossing.....71
5.2.7 Geen verantwoording aan partijen.....72
5.2.8 Geen gedragsbeïnvloeding 72
5.2.9 Een gevaar voor de rechtsgelijkheid.....73
5.3 Het spanningsveld tussen de behoefte aan flexibiliteit en het verlangen naar rechtszekerheid door de ogen van de geïnterviewde feitenrechters.....73
5.4 Samenvattend 74
5.5 Enkele deelconclusies.....76
6 Heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming 77
6.1 Kenbronnen 78
6.2 Rechtsvindingstechnieken 81
6.2.1 De vergelijkingsmethode van WIARDA 82
6.2.2 Gevalsvergelijking op basis van precedenten.....85
6.2.3 De ontwikkeling van omstandighedencatalogi.....88
6.2.4 De *Fallgruppen*-methode 91
6.3 Rechterlijke intuïtie 93
6.4 Samenvattend 95
6.5 Enkele deelconclusies.....97
7 Functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid.....101
7.1 Twee typen functies.....102
7.2 De methodische functies.....103
7.3 De materiële functies.....104
7.3.1 Standaarddriedeling.....105
7.3.1.1 Functie bij uitleg.....106
7.3.1.2 Aanvullende functie 109

7.3.1.3 Corrigerende functie 111
7.3.1.3.1 Rechtsverwerking 113
7.3.1.3.2 Onvoorziene omstandigheden....118
7.3.2 Kritiekpunten....123
7.3.2.1 Kritische beschouwing van J.M. SMITS....124
7.3.2.2 Normatieve methode van uitleg 127
7.3.2.2.1 Argumenten tegen de normatieve methode van uitleg....130
7.3.2.2.2 Afgewezen door de Hoge Raad....132
7.3.3 De materiële functies in de personen- en familierechtspraktijk 134
7.4 Andere rollen 135
7.4.1 Als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel 136
7.4.2 Als verwijzing naar de rechterlijke dispositie 137
7.4.3 Als aanduiding dat er marginaal is getoetst....138
7.4.4 Bevindingen uit de interviews 139
7.5 Bevindingen uit de inhoudsanalyse 140
7.6 Samenvattend 142
7.7 Enkele deelconclusies....145
8 Legitimatiefase van de rechterlijke oordeelvorming....149
8.1 Wettelijke motiveringsplicht 150
8.2 (In)direct geadresseerden van de motivering van rechterlijke uitspraken 153
8.3 Verschillende typen onderbouwingen 156
8.4 Bevindingen uit de inhoudsanalyse 159
8.5 Samenvattend 163
8.6 Enkele deelconclusies....165
9 Toepassing in het personen- en familierecht....169
9.1 Ontbreken van een contractuele rechtsverhouding....169
9.2 Verhouding tot het algemene vermogensrecht 172
9.3 Verschil in werkingssfeer tussen de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht 174
9.4 Enkele concrete toepassingen....179
9.5 Verhouding tot andere open normen en begripsomschrijvingen in Boek 1 BW....192
9.6 Samenvattend 194
9.7 Enkele deelconclusies....197
10 Concrete toepassingen in het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht....199
10.1 Uitleg van familievermogensrechtelijke overeenkomsten....199
10.1.1 Uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden....200
10.1.2 Uitleg van een echtscheidingsconvenant....211
10.1.3 Uitleg van een verdelingsovereenkomst....214

10.2 Contrair gedrag 218
10.3 Nakoming van familievermogensrechtelijke overeenkomsten 225
10.4 Een beroep op een vervalbeding 230
10.5 Vergoedingsrechten 234
10.6 Invloed op de bijzondere verknochtheid van een goed 247
10.7 Afwijking van een verdeling bij helfte 253
10.8 Afwijking van een draagplicht bij helfte 260
10.9 Verrekening 268
10.10 Bewijsvermoeden 275
10.11 Belegging van onverteerd gebleven inkomen in bedrijfsvermogen 279
10.12 Voortgezet gebruik van de echtelijke woning en tot de inboedel daarvan behorende zaken 282
10.13 Verdeling 287
10.14 Peildatum 296
10.15 Waardebepaling 306
10.16 Overige correcties van familievermogensrechtelijke overeenkomsten 312
10.17 Overig 317
10.18 Samenvattend 318
10.19 Enkele deelconclusies 329
11 Bevindingen en aanbevelingen 335
11.1 Beantwoording van de onderzoeksvragen 335
11.2 Aanbevelingen 357
11.2.1 Aanbevelingen aan rechtswetenschappelijke onderzoekers 357
11.2.2 Aanbevelingen aan de praktijk van het notariaat én de advocatuur 361
11.2.3 Aanbevelingen aan de wetgever 363
11.2.4 Aanbevelingen aan de rechter 369
Samenvatting 375
Summary in English 385
Zusammenfassung in deutscher Sprache 395
Bijlagen 407
Bijlage 1: Het codeboek, inclusief het codeerschema 407
Bijlage 2: Het interviewschema 423
Bijlage 3: Het betrouwbaarheidsonderzoek 428
Registers 437
Aangehaalde parlementaire stukken 437
Aangehaalde literatuur 438
Aangehaalde jurisprudentie 461
Dankwoord 469
Curriculum Vitae 473

Figuren en tabellen

Figuren

1.1 Onderzoeksproces; theorie(ën) over de redelijkheid en billijkheid (als leerstuk) en concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid
2.1 Karakterisering van het onderzoek
6.1 Het variëren op een gegeven thema
7.1 Externe en interne werking van de redelijkheid en billijkheid
9.1 Aantal keren dat de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* is genoemd in de gepubliceerde rechterlijke uitspraken
9.2 Vorm en mate van vrijheid bij open normen en begripsomschrijvingen
10.1 Verhouding tussen de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid
10.2 Categorisering van de huwelijks- en echtscheidingsvermogensrechtelijke uitspraken naar onderwerp
10.3 Categorisering van de huwelijks- en echtscheidingsvermogensrechtelijke uitspraken naar rechterlijke instantie
10.4 Categorisering van de huwelijks- en echtscheidingsvermogensrechtelijke uitspraken naar jaar waarin uitspraak is gewezen
11.1 De redelijkheid en billijkheid in het wettelijk kader
11.2 De redelijkheid en billijkheid groter in beeld, ene kant van de munt
11.3 De redelijkheid en billijkheid groter in beeld, andere kant van de munt

Tabellen

7.1 Voorwerp, doel en methode van uitleg
7.2 Waargenomen frequentie van de materiële functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid
8.1 Waargenomen frequentie per (type) onderbouwing
8.2 Aantal woorden van de motivering
9.1 Totaaloverzicht van de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij concrete toepassingen in het personen- en familierecht
10.1 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden
10.2 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij de uitleg van een echtscheidingsconvenant
10.3 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij de uitleg van een verdelingsovereenkomst

10.4 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij contrair gedrag
10.5 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij nakoming van familievermogensrechtelijke overeenkomsten
10.6 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij een beroep op een vervalbeding
10.7 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij vergoedingsrechten
10.8 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij de invloed op de bijzondere verknochtheid van een goed
10.9 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij afwijking van een verdeling bij helfte
10.10 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij afwijking van een draagplicht bij helfte
10.11 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij verrekening
10.12 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij bewijsvermoeden
10.13 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij belegging van onverteerd gebleven inkomen in bedrijfsvermogen
10.14 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij voortgezet gebruik van de echtelijke woning en tot de inboedel daarvan behorende zaken
10.15 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij verdeling
10.16 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij peildatum
10.17 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij waardebepaling
10.18 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij overige correcties van familievermogens-rechtelijke overeenkomsten
10.19 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij overig
10.20 Totaaloverzicht van de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij concrete toepassingen in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht
B3.1 LANDIS en KOCH's interpretatie van Cohen's Kappa

B3.2 Cohen's Kappa van de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid
B3.3 Cohen's Kappa per (type) onderbouwing

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	*Ars Aequi*
aant.	aantekening
AB	*AB Rechtspraak Bestuursrecht*
AcP	*Archiv für die civilistische Praxis*
A-G	advocaat-generaal
AV&S	*Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade*
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch*
BNB	*Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belastingrechtspraak*
BW	Burgerlijk Wetboek
CLR	*California Law Review*
CMM	*Communication Methods and Measures*
DOI	Digital Object Identifier
EB	*Echtscheidingsbulletin. Tijdschrift voor scheidingsrecht*
ECLI	European Case Law Identifier
EPM	*Educational and Psychological Measurement*
EV	eindverslag
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
EvWV	Evelien van Wijk-Verhagen
FJR	*Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*
Ftv	*Fiscaal tijdschrift vermogen*
Gw	Grondwet
HCR	*Human Communication Research*
Herz.	Herziening
IER	*Intellectuele Eigendom en Reclamerecht*
Inv.	invoering
JA	*Jurisprudentie aansprakelijkheid*
JAR	*Jurisprudentie arbeidsrecht*
JBN	*Juridische Berichten voor het Notariaat*
JBPR	*Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht*
J Clin Epidemiol	*Journal of Clinical Epidemiology*
JCR	*Journal of Consumer Research*
JIN	*Jurisprudentie in Nederland*
JOR	*Jurisprudentie Onderneming & Recht*
JPF	*Jurisprudentie Personen- en Familierecht*
losbl.	losbladig

m.nt.	met noot van
MO	mondeling overleg
MvA	memorie van antwoord
MvT Inv.	memorie van toelichting bij de Invoeringswet
MvV	*Maandblad voor Vermogensrecht*
NBW	nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJB	*Nederlands Juristenblad*
NTBR	*Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*
OBW	oud Burgerlijk Wetboek
Parl. Gesch.	parlementaire geschiedenis
PJ	*Pensioenjurisprudentie*
QHR	*Qualitative Health Research*
RAR	*Rechtspraak Arbeidsrecht*
RAV	*Rechtspraak Aansprakelijkheids- en Verzekeringsrecht*
RCR	*Rechtspraak Contractenrecht*
red. aant.	redactionele aantekening
RF	*Rechtspraak Financieel Recht*
RFR	*Rechtspraak Familierecht*
R & K	*Recht & Kritiek*
RM Themis	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis*
RN	*Rechtspraak Notariaat*
RO	*Rechtspraak Ondernemingsrecht*
R & R	*Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*
R.S.	*Rechtsstrijd*
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
[S.l.]:[S.n.]	Sine loco: Sine nomine
SPA	*share purchase agreement*
SR	*Nederlands tijdschrift voor sociaal recht*
TC	*Tijdschrift Conflicthantering*
TCR	*Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*
TM	Toelichting Meijers
TPR	*Tijdschrift voor Privaatrecht*
TREMA	*Tijdschrift voor de rechterlijke macht*
ULR	*Utrecht Law Review*
V-N	*Vakstudie nieuws*
VV	voorlopig verslag
Wet AB	Wet algemene bepalingen
Wet Bopz	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen

Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
WPNR	*Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*

1 Introductie

Zoals het motto van dit proefschrift aangeeft, valt in algemene zin niet te kiezen tussen rechtszekerheid en billijkheid (oftewel: rechtvaardigheid), maar zijn beide centraal te stellen.

> *'De tegenstelling kan niet overbrugd worden, maar wel verklaard en dus verbonden.'*[1]

Dit laatste beoogt dit onderzoek te doen. De redelijkheid en billijkheid wordt door rechters op het gebied van het personen- en familierecht veelvuldig gehanteerd. De materiële functie of andere rol waarin de redelijkheid en billijkheid wordt gebruikt, wordt in de jurisprudentie echter veelal niet geëxpliciteerd. Hierdoor rijst de vraag hoe de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval moet worden begrepen. Daarnaast worden de rechtszekerheid en de rechtvaardigheid pas in de concrete toepassing van de redelijkheid en billijkheid omlijnd en tegen elkaar afgewogen. Hoe transparanter de rechter dit doet, hoe meer inzicht daarin en controlemogelijkheden daarop worden geboden aan de (in)direct geadresseerden van de motivering van een rechterlijke uitspraak. Het is om deze reden interessant om te weten met behulp van welk(e) type(n) onderbouwing(en) de rechter zijn oordeel over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding was, heeft onderbouwd. Deze problematiek is onderwerp van dit onderzoek en wordt zo veel mogelijk besproken op het abstracte niveau van de theorie in plaats van op het niveau van de casuïstiek. De casuïstiek is echter wel van groot belang.

1.1 Bestaande theorieën

Over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk is al veel theorie gevormd. Deze theorieën zijn met name afkomstig uit het algemene vermogensrecht. Een aanzienlijk deel daarvan is verschenen in proefschriftvorm. Zo heeft ABAS reeds in 1972 gepleit voor de erkenning van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid,[2] die thans door eenieder, behalve door de aanhangers van de normatieve methode van uitleg (zie subparagraaf 7.3.2.2), wordt onderschreven. HESSELINK heeft in zijn proefschrift onderzocht of er behoefte is aan een algemene redelijkheids- en billijkheidsbepaling, mocht er een Europees wetboek (of een *restatement*) van privaatrecht of contractenrecht komen.[3] Als de rechtsvormende taak van de rechter openlijk zal worden erkend, is dit zijns

1 **DRION, *NJB* 2010/226, afl. 5**, p. 279.
2 **ABAS 1972**.
3 **HESSELINK 1999**.

inziens niet het geval. BAKKER heeft zich in zijn proefschrift gekeerd tegen de opvatting van HESSELINK dat de redelijkheid en billijkheid niet meer is dan een spreekbuis waardoor nieuwe regels spreken.[4] De redelijkheid en billijkheid bezit volgens hem een gedragsnormerende kracht die zich los van het oordeel van de rechter in de rechtsverhouding van partijen openbaart. De redelijkheid en billijkheid zou namelijk diep zijn geworteld in het maatschappelijk gebeuren.[5] Recentelijk is WOLTERS gepromoveerd op een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.[6] Zijn belangrijkste conclusie was dat de rechtszekerheid kan worden vergroot door in de motivering van een rechterlijke uitspraak enkel een beroep te doen op duidelijke en directe factoren.

In het personen- en familierecht is geen (eigen) theorie gevormd over de redelijkheid en billijkheid. Of, en zo ja, in hoeverre de theorieën uit het algemene vermogensrecht over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk kunnen worden getransponeerd naar het personen- en familierecht is nog niet eerder onderzocht. Voordat deze vraag kan worden beantwoord, dient eerst te worden bezien hoe de hiervoor genoemde theorieën zich tot elkaar verhouden. Deze theorieën zien bovendien op de redelijkheid en billijkheid bij uitleg en als bedoeld in de artikelen 6:2 en 6:248 Burgerlijk Wetboek (hierna ook wel te noemen: BW), terwijl dit onderzoek zich richt op alle verwijzingen naar de redelijkheid en billijkheid in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht. De redelijkheid en billijkheid verwijst daarin niet steeds naar een van de materiële functies die in de algemene vermogensrechtelijke literatuur worden onderscheiden (kort gezegd: uitleg, aanvulling en correctie). De redelijkheid en billijkheid lijkt daarin ook te worden gebruikt als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel, als verwijzing naar de rechterlijke dispositie en als aanduiding dat er marginaal is getoetst. Ook wat betreft de rol van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval is aldus nog theorievorming nodig.

Over belangrijke en minder belangrijke aspecten van de redelijkheid en billijkheid, zoals over de functie van de redelijkheid en billijkheid bij de uitleg van overeenkomsten, is zoveel rechtsliteratuur verschenen dat, zoals HESSELINK heeft gesteld,

---

4 **BAKKER 2012**.

5 Zie ook het meer rechtstheoretische proefschrift van **REURICH** (***De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**). Hij heeft als verklaring voor het zelfstandig normerende vermogen van de redelijkheid en billijkheid gegeven dat het maatschappelijk gedrag bestaat uit het innemen en het wijzigen van normatieve posities (p. 80).

6 **WOLTERS 2013**.

> 'geen enkel boek over de redelijkheid en billijkheid dus "compleet" [kan] zijn'.[7]

Opvallend is dat het personen- en familierecht in deze rechtsliteratuur is ondervertegenwoordigd. Ook wanneer dit niet het geval zou zijn geweest, zou het, gelet op de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek, voor de hand hebben gelegen om, voorafgaande aan de behandeling van de theorie over de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, de bestaande theorieën in het algemene vermogensrecht te bediscussiëren.

1.2 Centrale onderzoeksvraag

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal:

> *Hoe wordt de redelijkheid en billijkheid in de Nederlandse jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht toegepast en strookt deze toepassing met de rechtvaardigheid en de rechtszekerheid?*

De toetsingsmaatstaven *rechtvaardigheid* en *rechtszekerheid* kennen vele dimensies.[8] In dit onderzoek wordt met de eerste toetsingsmaatstaf gedoeld op de individuele rechtvaardigheid, de mate waarin recht wordt gedaan aan de feiten en omstandigheden van het geval, en met de tweede toetsingsmaatstaf op de rechtszekerheid in de zin van duidelijkheid en voorspelbaarheid van de uitkomst van rechterlijke uitspraken voor burgers. Deze rechtsbeginselen worden, zoals in de inleiding van dit hoofdstuk is aangegeven, gezien als niet-hiërarchisch; er kan niet in algemene zin worden gezegd dat het ene rechtsbeginsel hoger of lager is dan het andere.

Om antwoord te kunnen geven op de centrale onderzoeksvraag, dienen de volgende deelvragen te worden beantwoord:

1. Wat wordt en moet onder de *redelijkheid en billijkheid* worden verstaan?
2. Wat zijn vanuit een juridisch-dogmatisch perspectief de voor- en nadelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm?

---

7 **HESSELINK 1999**.

8 Zie bijvoorbeeld **SCHONEWILLE, *TC* 2011, afl. 4**, p. 20 (rechtvaardigheid in de zin van distributiviteit, functionaliteit, restorativiteit en transparantie) en **OLDENZIEL 1997**, p. 14 (rechtszekerheid in de zin van bestendigheid, toepassen van de wet, duidelijkheid over de rechtspositie, tijdigheid, voorspelbaarheid (van bestuurshandelen), kenbaarheid, rechtsbescherming, honoreren van gewekt vertrouwen en het verbod van terugwerkende kracht).

3. Hoe vindt de rechterlijke oordeelsvorming omtrent de redelijkheid en billijkheid plaats?
4. Welke functies vervult de redelijkheid en billijkheid in het systeem van het vermogensrecht, dan wel van het privaatrecht als geheel?
5. Welke vereisten stelt de wet aan de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is?
6. Welke functies en andere rollen vervult de redelijkheid en billijkheid in concrete gevallen op het gebied van het personen- en familierecht?
7. Hoe worden 'redelijkheids- en billijkheidsoordelen' in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht onderbouwd?
8. Wat is het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht?
9. Wat zijn de verschillen tussen de invloed van de redelijkheid en billijkheid in de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht en hoe kunnen deze verschillen worden verklaard?
10. Hoe verhouden de theorieën over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk uit het algemene vermogensrecht zich tot het personen- en familierecht?
11. Hoe wordt de redelijkheid en billijkheid toegepast in de jurisprudentie op het gebied van het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht en hoe verhoudt dit zich tot de theorieën over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk uit het algemene vermogensrecht?

Achter deze deelvragen gaat de vraag schuil of het huidige gebruik van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht overeenstemt met de staatsrechtelijke taakverdeling tussen de wetgever en de rechter. Deze taakverdeling wordt traditioneel gekenschetst door de artikelen 11 tot en met 13 van de Wet algemene bepalingen (hierna te noemen: Wet AB).[9] De wetgever stelt kort gezegd de wet vast, waarna de rechter verplicht is om volgens de wet recht te spreken in concrete zaken. Een rechterlijke beslissing kan echter boven de concrete zaak uitstijgen, doordat daarin nieuw recht wordt gevormd. De huidige rechtsliteratuur verzet zich hier over het algemeen niet tegen.[10] Rechtsvorming door de rechter lijkt echter, gelet op de rechtszekerheid en de

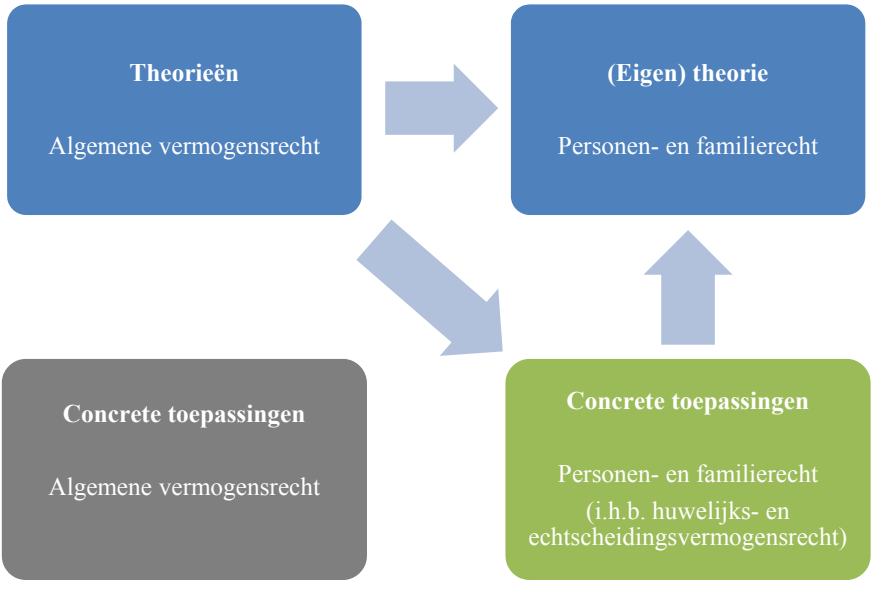
9 Zie ook **JANSEN, *AA* 2008, afl. 1**, p. 22-29.

10 Zie het *NJB* van 10 januari 2014 (*Rechtsvorming: dialoog tussen wetgever en rechter*).

omvang van de staatsrechtelijke taak van de rechter, niet onbegrensd wenselijk;[11] het nieuw gevormde recht dient vanzelfsprekend te passen in het systeem van de wet en de rechter dient zijn oordeel zodanig te motiveren dat een dialoog met de wetgever mogelijk is. Ook dient de rechter zich af te vragen of hij de consequenties van zijn beslissing kan overzien en/of deze consequenties niet te maatschappelijk en of politiek ingrijpend zijn, zodat wettelijk optreden noodzakelijk is.

1.3 Onderzoeksmethoden

In dit onderzoek is gestart vanuit de theorieën over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk uit het algemene vermogensrecht. Vanuit daar is theorie ontwikkeld over de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht en zijn de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, meer in het bijzonder in het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht geanalyseerd. Deze toepassingen hebben op hun beurt weer bijgedragen aan de theorievorming over de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht. Dit onderzoeksproces is gevisualiseerd in figuur 1.1. De concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid in het algemene vermogensrecht zijn niet onderzocht.



Figuur 1.1: Onderzoeksproces; theorie(ën) over de redelijkheid en billijkheid (als leerstuk) en concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid

11 Zie ook **MARTENS, *NJB* 2000, afl. 14**, p. 750.

Hierbij zijn, voor zover als mogelijk, drie onderzoeksmethoden geïntegreerd toegepast, te weten de juridisch-dogmatische methode, de (kwantitatief-beschrijvende) inhoudsanalyse en de kwalitatieve interviewmethode. De eerste, klassiek juridische onderzoeksmethode is onder juristen welbekend, al zijn de methodologische spelregels daarvan niet geheel welomlijnd. Het betreft een beschrijving en beoordeling van de onderzochte rechtsnorm (in dit geval: de redelijkheid en billijkheid) aan de hand van de wet(sgeschiedenis), de jurisprudentie en de rechtsliteratuur. De tweede onderzoeksmethode wordt veelvuldig gebruikt in de sociale wetenschappen en houdt een systematische, procedureel expliciete en herhaalbare wijze van lezen in. In de inhoudsanalyse zijn kort gezegd alle rechterlijke uitspraken op het gebied van het personen- en familierecht betrokken die vóór 17 september 2012 waren gepubliceerd op www.rechtspraak.nl en waarin de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* − of een afgeleide daarvan − voorkomt. Ten derde zijn interviews afgenomen met feitenrechters werkzaam op het gebied van het personen- en familierecht. Deze interviews kunnen worden bestempeld als kwalitatief, omdat ze semi-gestructureerd zijn opgezet. Voor de methodologische toelichting van deze onderzoeksmethoden wordt verwezen naar het volgende hoofdstuk.

1.4 Relevantie

Dit onderzoek is allereerst van belang voor de wetenschap en de theorievorming over de redelijkheid en billijkheid. Er was nog geen theorie over de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht. Wel is er over de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid en over de daaruit af te leiden duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten[12] het een en ander geschreven. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de (als zodanig gepresenteerde) duidelijke subregel dat een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden moet worden uitgelegd volgens de (klassieke) *Haviltex*-maatstaf (zie subparagraaf 10.1.1). Door theorievorming over de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht wordt een vergelijking met andere rechtsgebieden mogelijk. De interne coherentie tussen de verschillende rechtsgebieden kan zodoende worden verbeterd. In hoofdstuk 9 wordt bovendien

12 Onder een duidelijke subregel wordt een regel verstaan die standaard geldt voor een bepaald type geval en waarvan slechts kan worden afgeweken op basis van in die regel genoemde gevallen. Een vuistregel is minder strikt. Dit is een regel die voor het type geval in de meeste gevallen opgaat en waarvan onder omstandigheden kan worden afgeweken. Deze omstandigheden zijn echter niet (vooraf) gegeven. Gezichtspunten zijn nog minder strikt. Dit zijn punten die relevant (kunnen) zijn voor het type geval. Een opsomming daarvan verplicht de rechter enkel tot het nalopen daarvan, niet meer en niet minder.

een aantal hypotheses geformuleerd voor vervolgonderzoek over de invloed van de redelijkheid en billijkheid in de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht. Ten slotte levert dit onderzoek informatie op over de methodologische problemen die zich voor kunnen doen bij een inhoudsanalyse van jurisprudentie. Dit is binnen de rechtswetenschap een relatief nieuwe tak van onderzoek, waar onderzoekers veel kunnen leren van elkaars ervaringen.

In de tweede plaats is dit onderzoek van belang voor de praktijk van het notariaat én de advocatuur. Inzicht in het systeem van denkbeelden en hypotheses over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht zorgt ervoor dat het notariaat én de advocatuur beter weten wanneer ze de redelijkheid en billijkheid kunnen inzetten en hoe ze dit moeten doen. Zo heeft een afwijking van een verdeling bij helfte veel minder kans van slagen dan een afwijking van een draagplicht bij helfte, terwijl daarvoor hetzelfde toetsingscriterium van onaanvaardbaarheid geldt (zie paragrafen 10.7 en 10.8). De theorievorming over de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht zal de advisering, zowel in als buiten rechte, vergemakkelijken.

Ten derde is dit onderzoek relevant voor de wetgever en de rechter. Inzichtelijk wordt gemaakt of de rechter op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht zijn motivering zodanig inkleedt dat een dialoog met de wetgever mogelijk is. Daarnaast wordt getoond welke wettelijke regels op grond van de redelijkheid en billijkheid zijn gecorrigeerd. Dit is voor de wetgever van belang, omdat veelvuldige afwijkingen van een wettelijke regel kunnen duiden op een disconnectie tussen deze regel en de sociale werkelijkheid. Correctie is namelijk bedoeld voor atypische gevallen waarvoor de in algemene, abstracte bewoordingen gestelde regel niet passend is. In hoofdstuk 10 worden bovendien per onderwerp van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht suggesties gedaan voor het al dan niet (wettelijk) neerleggen van duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten. Met dit onderzoek wordt tevens getracht de rechtseenheid te vergroten. Rechters worden in staat gesteld zich te informeren over hoe andere rechterlijke instanties de redelijkheid en billijkheid toepassen. Dit onderzoek zal gevalsvergelijking vereenvoudigen.

1.5 Afbakening

Dit onderzoek handelt, zoals uit de centrale onderzoeksvraag kan worden afgeleid, enkel over het Nederlandse recht. Dit heeft ermee te maken dat diverse deelvragen mede worden beantwoord aan de hand van een empirische studie en het, gelet op de beperkte tijd en middelen, niet mogelijk was om een dergelijke

studie te combineren met een rechtsvergelijkend onderzoek, waar ook het empirische deel twee (of zelfs meerdere) landen zou (dienen te[13]) bestrijken.

Dit onderzoek is daarnaast afgebakend doordat de mogelijke overlap tussen de redelijkheid en billijkheid en andere verwante wettelijke bepalingen, zoals de artikelen 3:13 (misbruik van bevoegdheid) en 6:162 (onrechtmatige daad) BW,[14] niet is onderzocht. Hetzelfde geldt voor de vele leerstukken die hun wortels hebben in de redelijkheid en billijkheid, zoals de wilsgebreken.[15]

Voor de methodologische afbakeningen wordt verwezen naar het volgende hoofdstuk.

1.6 Te behandelen onderwerpen

Dit boek bestaat uit elf hoofdstukken. De hoofdstukken 2 tot en met 10 worden afgesloten met een samenvatting en enkele deelconclusies. Na dit introducerende hoofdstuk volgt in hoofdstuk 2 een methodologische toelichting. Daarin worden de belangrijkste kwaliteitseisen van de gebruikte onderzoeksmethoden doorlopen en wordt aandacht besteed aan de merites en beperkingen die daaraan verbonden zijn. In het daaropvolgende hoofdstuk wordt onderzocht wat onder de *redelijkheid en billijkheid* wordt en moet worden verstaan. In dit derde hoofdstuk wordt onder andere de in de rechtsliteratuur gevoerde discussie of de redelijkheid en billijkheid (primair) moet worden gezien als een *rechterlijke beslissingsnorm* of als een *gedragsnorm voor burgers* weergegeven. Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 de plaats van de redelijkheid en billijkheid als open norm in ons recht bepaald. Gelet op alle schakelbepalingen, jurisprudentiële uitbreidingen en wettelijke kristallisaties, is het begrijpelijk dat de redelijkheid en billijkheid thans, over het algemeen, als de basisnorm van het gehele vermogensrecht, zo niet van het gehele privaatrecht wordt gezien.[16] De voor- en nadelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm vanuit een juridisch-dogmatisch perspectief komen in hoofdstuk 5 aan bod. Het is met name BARENDRECHT geweest die kritiek heeft geuit op het gebrek aan scherpte van dergelijke open normen.[17] In hoofdstuk 6 staat de heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming omtrent de redelijkheid en billijkheid centraal. Allereerst wordt gekeken waaruit de redelijkheid en billijkheid kan worden gekend, dat wil zeggen waaruit afgeleid kan worden wat redelijk en billijk is. Daarna wordt bezien welke rechtsvindingstechnieken de rechter in zijn gereedschapskist heeft voor de concretisering en tegelijkertijd objectivering van de redelijkheid en billijkheid en vervolgens welke rol de

13 Vergelijk **BOELE-WOELKI 2013**, p. 380.
14 Zie **VAN DEN BRINK, *MvV* 2012, afl. 2**, p. 23.
15 Zie **HESSELINK 1999**, p. 97.
16 Zie **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 398.
17 **BARENDRECHT 1992**.

rechterlijke intuïtie speelt bij de rechterlijke oordeelsvorming. In de hoofdstukken 7 en 8 worden de belangrijkste bouwstenen van dit onderzoek gelegd. In hoofdstuk 7 wordt besproken wat de functies van de redelijkheid en billijkheid voor het systeem van het vermogensrecht, dan wel van het privaatrecht als geheel zijn. Daarenboven wordt bestudeerd welke toepassingsvormen van de redelijkheid en billijkheid bestaan en wat het nut is om deze vormen te onderscheiden. In dit hoofdstuk worden ook de bevindingen uit de inhoudsanalyse wat betreft de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid getoond. In hoofdstuk 8 wordt aangegeven welke vereisten de wet stelt aan de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is en welke aanvullende eisen, gelet op de functies van de motivering van rechterlijke uitspraken, daaraan kunnen worden gesteld, dan wel welke invulling aan het controleerbaarheids- en aanvaardbaarheidsvereiste kan worden gegeven als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 4 juni 1993. Daarnaast wordt getoond welke typen onderbouwingen de rechters op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht hebben gebruikt in hun desbetreffende overwegingen. In hoofdstuk 9 worden de gedachten laten gaan over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht. Er wordt nagedacht over wat geldt ingeval een contractuele rechtsverhouding tussen partijen ontbreekt, of de theorieën uit (met name) het algemene vermogensrecht over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk kunnen worden getransponeerd naar het personen- en familierecht en wat de verschillen zijn tussen de invloed van de redelijkheid en billijkheid in de onderscheiden deelgebieden daarvan en hoe deze verschillen kunnen worden verklaard. Tevens wordt de eerst geselecteerde rechterlijke uitspraak van ieder deelgebied belicht. Tot besluit van dit hoofdstuk wordt getheoretiseerd hoe de redelijkheid en billijkheid zich verhoudt tot andere open normen en begripsomschrijvingen in Boek 1 BW. Hoofdstuk 10 vormt zowel qua omvang als inhoud het hoofdbestanddeel van dit onderzoek. Hierin worden de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid in de rechterlijke uitspraken uit de inhoudsanalyse geanalyseerd. Deze toepassingen worden allereerst gecategoriseerd naar onderwerp. Daarnaast wordt vermeld in welke materiële functie of andere rol de redelijkheid en billijkheid lijkt te zijn gebruikt, alsmede welk(e) type(n) onderbouwing(en) de rechter heeft gehanteerd om het desbetreffende oordeel te onderbouwen. Ook wordt aangegeven welke duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten uit de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden afgeleid. In veel gevallen hebben ook andere rechtswetenschappelijke onderzoekers zich uitgesproken over de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid en/of over de daaruit af te leiden duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten, wat wordt meegenomen in dit hoofdstuk. Hierbij wordt niet gestreefd naar

volledigheid. In dit hoofdstuk wordt tot slot een vergelijking gemaakt tussen de onderscheiden onderwerpen binnen het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht. Er wordt bezien of er lijnen zijn te ontwaren in de wijzen waarop de redelijkheid en billijkheid is toegepast en wat het notariaat én de advocatuur daarvan kunnen leren. In het elfde en laatste hoofdstuk worden de bevindingen van dit onderzoek samengevat, wordt antwoord gegeven op de onderzoeksvragen en worden aanbevelingen gedaan aan rechts-wetenschappelijke onderzoekers, de praktijk van het notariaat én de advocatuur, de wetgever en de rechter.

2 Methodiek

Teneinde zicht te krijgen op de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de Nederlandse jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht en deze jurisprudentie uiteindelijk te evalueren, zijn meerdere onderzoeksmethoden aangewend, te weten: de juridisch-dogmatische methode; de (kwantitatief-beschrijvende) inhoudsanalyse; en de kwalitatieve interviewmethode. In dit hoofdstuk wordt toegelicht waarom daarvoor is gekozen, wat deze onderzoeksmethoden inhouden, hoe daarbij te werk is gegaan en wat de intrinsieke merites en beperkingen daarvan zijn. Aldus staat het onderzoeksproces centraal en niet de onderzoeksinhoud. De onderzoeksresultaten worden in de volgende hoofdstukken gepresenteerd.

In paragraaf 2.1 wordt aangegeven hoe dit onderzoek, gelet op de onderzoeksvragen en het doel dat daarmee wordt beoogd middels de hiervoor genoemde onderzoeksmethoden, met name kan worden gekarakteriseerd. In de drie daaropvolgende paragrafen wordt iedere onderzoeksmethode afzonderlijk besproken, waarbij aandacht wordt geschonken aan de kwaliteitseisen waaraan deze onderzoeksmethoden volgens collega-onderzoekers moeten voldoen. In paragraaf 2.2 wordt de juridisch-dogmatische methode (vanwege de bekendheid onder juristen daarmee: kort) besproken. Daarna wordt in paragraaf 2.3 de (kwantitatief-beschrijvende) inhoudsanalyse toegelicht en worden de drie fases daarvan (de selectiefase, de codeerfase en de analysefase) langsgelopen. Vervolgens komen in paragraaf 2.4 de kenmerken van de afgenomen interviews aan bod, wordt weergeven hoe de geïnterviewde feitenrechters zijn geselecteerd en hoe hun antwoorden zijn verwerkt én gerapporteerd. Dit hoofdstuk wordt ten slotte afgesloten met een samenvatting (paragraaf 2.5) en enkele deelconclusies over de methodologische afbakeningen (paragraaf 2.6).

2.1 Met name interpretatief en empirisch

In dit onderzoek is gekozen voor een triangulatie van onderzoeksmethoden. Dit wil zeggen dat meerdere onderzoeksmethoden, voor zover als mogelijk,[18] geïntegreerd zijn toegepast,[19] namelijk: de juridisch-dogmatische methode; de

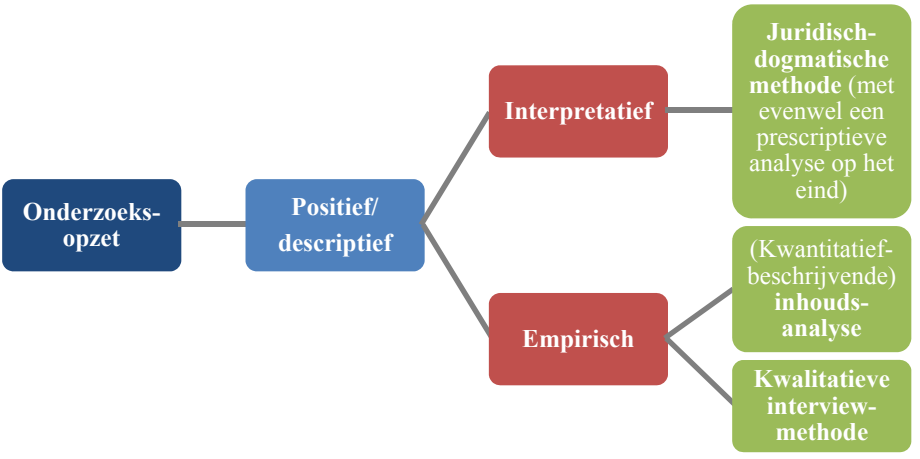
18 Ten aanzien van sommige aspecten was er geen rechtsliteratuur beschikbaar. Daarnaast is, zoals hierna wordt toegelicht, de ingrijpende, maar noodzakelijke beslissing genomen om bij de inhoudsanalyse alleen de uitspraken op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht te coderen en te analyseren. Ook bij de kwalitatieve interviews moesten er keuzes worden gemaakt. Zo was het niet haalbaar om alle aspecten die verband houden met het leerstuk *redelijkheid en billijkheid* aan de feitenrechters voor te leggen.

19 Zie **BRYMAN 2012**, p. 329.

(kwantitatief-beschrijvende) inhoudsanalyse; en de kwalitatieve interview-methode. De idee achter de combinatie van deze drie onderzoeksmethoden is dat hiermee een completer en meer valide beeld, aldus een beeld dat beter overeenkomt met de werkelijkheid, kan worden geschetst van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de Nederlandse jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht dan dat via elk van deze onderzoeksmethoden apart mogelijk was geweest. De keuze voor iedere onderzoeksmethode op zich is voortgekomen uit de aard van de onderzoeksvragen.[20] Bij de keuzevorming stonden daarnaast het nut (*Wat voor soort informatie levert deze onderzoeks-methode op?*) en de bruikbaarheid (*Wat voor soort uitlatingen kan men op basis daarvan doen?*) van de onderzoeksmethoden voorop. Zo had het eerste deel van de laatste deelvraag (Hoe wordt de redelijkheid en billijkheid toegepast in de jurisprudentie op het gebied van het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht (…)?) zowel kunnen worden beantwoord door middel van (enkel) de juridisch-dogmatische methode als door middel van de (kwantitatief-beschrijvende) inhoudsanalyse. Er is gekozen voor deze laatste onderzoeks-methode (met daarna een verdere uitdieping aan de hand van de eerstgenoemde methode), omdat hiermee een breed en representatief beeld kan worden gegeven van de hiervoor genoemde (gepubliceerde) jurisprudentie.

Gelet op de onderzoeksvragen en het doel dat daarmee wordt beoogd middels de hiervoor genoemde onderzoeksmethoden, kan dit onderzoek *met name* worden gekarakteriseerd als interpretatief en empirisch,[21] al wordt op het eind van het onderzoek ter beantwoording van de centrale onderzoeksvraag een prescriptieve analyse van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de Nederlandse jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht gemaakt. Dit onderzoek is te kenschetsen als *interpretatief*, omdat daarin met name een descriptieve analyse wordt gemaakt van het geldende, positieve recht. Ten tweede zijn de kenmerkende bijzonderheden van dit onderzoek samen te vatten als *empirisch*. Er wordt namelijk gepoogd om op een gestructureerde en objectieve wijze een beeld te geven van de daadwerkelijke toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht. Deze karakterisering van het onderzoek is gevisualiseerd in figuur 2.1.

20 Zie ook **DE GEEST, *NJB* 2004, afl. 2**, p. 66.
21 Zie **VAN BOOM, *TPR* 2013**, p. 27-33.



Figuur 2.1: Karakterisering van het onderzoek

2.2 De juridisch-dogmatische methode

Onder de juridisch-dogmatische methode wordt kort gezegd de bestudering en inkadering van de 'klassieke' rechtsbronnen – waartoe de wet(sgeschiedenis), de jurisprudentie en de rechtsliteratuur worden gerekend – begrepen.[22] Deze onderzoeksmethode is met name in de eerste fase van dit onderzoek ingezet, om na te gaan welke theorieën over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk bestaan, hoe deze theorieën zich tot elkaar verhouden en welke vragen, gelet op de centrale onderzoeksvraag, nog open stonden. Daarnaast is na afloop van de inhoudsanalyse bezien hoe andere rechtswetenschappelijke onderzoekers zich hebben uitgelaten over de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht en/of over de daaruit af te leiden duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten. Voor de juridisch-dogmatische methode is aldus gekozen om inzicht te krijgen in de diverse aspecten die verband houden met het leerstuk *redelijkheid en billijkheid*. Deze aspecten hebben betrekking op verscheidene rechtsgebieden: het algemene vermogensrecht; het procesrecht; de rechtstheorie; en het staatsrecht. De connectie met het eerste rechtsgebied is uiteraard de plaats die de redelijkheid en billijkheid heeft in de wet. De belangrijkste algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen (de artikelen 3:12, 6:2 en 6:248 BW) zijn opgenomen in de Boeken 3 en 6 BW. Bij het procesrecht moet men denken aan de omvang van de toetsing van de redelijkheid en billijkheid in cassatie, de ambtshalve

22 'De term rechtsdogmatiek suggereert dat wie het bestaande recht beschrijft en systematiseert, en daarbij geen uitspraken over optimaal recht doet, impliciet de waarden van het bestaande recht kritiekloos aanvaardt – hetgeen uiteraard niet het geval hoeft te zijn.' **DE GEEST, *NJB* 2004, afl. 2**, p. 65.

aanvulling én toepassing van de redelijkheid en billijkheid en de vereisten die de wet stelt aan de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is. De rechtstheoretische literatuur die is geraadpleegd, gaat met name over rechtsbeginselen, rechtsvinding én rechtsvorming en het gebruik van open normen. Dit laatste aspect hangt weer samen met de gebondenheid van de rechter aan de wet, waarmee we de grens met het staatsrecht zijn overgestoken.

Deze klassiek juridische onderzoeksmethode wijkt qua selectie en verantwoording van bronnen af van wat in andere disciplines gebruikelijk is.[23] De selectie van relevante wetgeving (en onderliggende documenten), jurisprudentie en rechtsliteratuur lijkt niet zodanig te hoeven worden toegelicht dat dit proces kan worden herhaald; er wordt bij deze onderzoeksmethode grotendeels vertrouwd op de gezaghebbende expertise en/of de retorische kracht van collega-onderzoeker(s).[24] De via deze onderzoeksmethode opgedane bevindingen zijn daarnaast in de regel niet *evidence based*.[25] Om het met de woorden van STOLKER te zeggen:

> 'Onze kennis komt vooral argumentatief tot stand.'[26]

Dit onderzoek steunt normaliter dan ook op gezichts- en sociale validiteit.[27] Dit houdt in dat de onderzoeksbevindingen (voorlopig) voor juridisch waar worden gehouden, omdat ze in retrospect logisch schijnen en het (publieke) debat verder helpen.

De methodologische spelregels van deze onderzoeksmethode zijn echter niet geheel vastomlijnd, wat het lastig maakt om te reflecteren op eigen of andermans onderzoek.[28] Het juridische methodendebat is nog maar net op gang gekomen. Een eerste aanzet om tot een eigen expliciete methodologie te komen, is gegeven door VRANKEN in het vierde algemeen deel.[29] Volgens hem is het bovenal noodzakelijk om te beseffen dat de rechter niet als rolmodel voor de juridisch-dogmatische onderzoeker heeft te gelden.[30] Met andere woorden: aan

---

23 Zie **VAN MAANEN, *NJB* 2008/1564, afl. 31**, p. 1928; **SCHRAMA, *TPR* 2010**, p. 1725; **SCHRAMA, *ULR* 2011**, p. 150; en **SNEL, *Law and Method* 2014**, p. 1.

24 Zie **HALL & WRIGHT, *CLR* 2008**, p. 66.

25 Zie **SCHRAMA 2012**, p. 75-78.

26 **STOLKER, *NJB* 2004, afl. 28**, p. 1415. Zie ook **SMITH E.A., *NJB* 2008/604, afl. 12**, p. 689.

27 Zie **KRIPPENDORFF 2013**, p. 329-333.

28 Zie **VAN DER HEIJDEN, *NJB* 2004, afl. 28**, p. 1399; **HARTLIEF, *NJB* 2006/341, afl. 8**, p. 422; en **VAN GESTEL E.A., *NJB* 2007/1234, afl. 24**, p. 1461.

29 **ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL**** 2014**.

30 **ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL**** 2014**, p. 203. Zie ook **BARENDRECHT E.A., *NJB* 2004, afl. 28**, p. 1420; **VRANKEN, *NJB* 2014/1271, afl. 26**, p. 1728-1737; en

onderzoek van deze aard zouden andere kwaliteitseisen moeten worden gesteld dan aan de motivering van rechterlijke uitspraken. Bij het concipiëren van deze kwaliteitseisen rijst de vraag of al dan niet aansluiting kan en dient te worden gezocht bij reeds bestaande paradigma's, zoals het interpretatieve paradigma.[31] Aansluiting bij in andere wetenschappen levende ontologische en epistemologische ideeën[32] zal kunnen leiden tot meer waardering van juridisch-dogmatisch onderzoek buiten het juridische veld. Ingeval zal blijken dat de aard van deze methode zich (deels) tegen aansluiting bij deze paradigma's verzet, verdient het aanbeveling om te expliciteren wat daarvan de oorzaken zijn. Het eigene zal alsdan als 'visitekaartje' kunnen worden gebruikt voor juridisch-dogmatisch onderzoek.

2.3 De (kwantitatief-beschrijvende) inhoudsanalyse

Ter aanvulling van voorgaande, onder juristen welbekende onderzoeksmethode is een inhoudsanalyse [*a content analysis*] verricht. Deze onderzoeksmethode wordt veelvuldig gebruikt in de sociale wetenschappen[33] en is sterk verbonden met de communicatiewetenschap.[34] Een inhoudsanalyse houdt een systematische, procedureel expliciete en herhaalbare wijze van lezen in.[35] Als onderzoeksobjecten kunnen teksten, beelden of geluiden worden genomen die speciaal voor het onderzoek zijn vervaardigd of die tot stand zijn gekomen met een ander doel, buiten de onderzoeker(s) om.[36] In dit onderzoek zijn de onderzoeksobjecten van de laatste soort. In de inhoudsanalyse zijn kort gezegd alle rechterlijke uitspraken op het gebied van het personen- en familierecht betrokken die vóór 17 september 2012 zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl en waarin de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* − of een afgeleide daarvan − voorkomt.[37]

Bij een inhoudsanalyse gaat het erom een algemeen beeld te verkrijgen van enkele specifieke kenmerken van de onderzoeksobjecten.[38] Het is aldus de

---

VAN BOOM, *NTBR* 2015/18, afl. 4, p. 124-133. Anders **SMITH E.A., *NJB* 2008/604, afl. 12**, p. 686.

31 Voor informatie over dit paradigma wordt verwezen naar **BOEIJE, *Soorten van onderzoek: de grote parade* 2005**, p. 67-69 en **BOEIJE 2014**, p. 18.

32 '(…) hun beeld van de sociale werkelijkheid oftewel het leven van mensen in samenlevingen. Dit beeld wordt wel ontologie genoemd. (…) hun ideeën over de beste manier om die werkelijkheid te verkrijgen. Dit noemen we epistemologie.' **BOEIJE, *Soorten van onderzoek: de grote parade* 2005**, p. 64.

33 Zie **BAUER 2003**, p. 132 en **VAN STAA & DE VRIES, *KWALON* 2014**, p. 48.

34 Zie **WESTER 2006**, p. 191. Zie ook **BRYMAN 2012**, p. 305.

35 Zie **WESTER 2006**, p. 16; **BRYMAN 2012**, p. 289; en **KRIPPENDORFF 2013**, p. 10.

36 Zie **BAUER 2003**, p. 136.

37 In subparagraaf 2.3.1 wordt in detail toegelicht welke rechterlijke uitspraken zijn ingesloten.

38 Zie **BAUER 2003**, p. 132-133 en **HALL & WRIGHT, *CLR* 2008**, p. 76.

bedoeling om lijnen te ontwaren die de casus van de betreffende zaken overstijgen en niet om alle ins en outs van iedere rechterlijke uitspraak bloot te leggen. Oftewel, met de woorden van HALL & WRIGHT, die alle empirische projecten waarin een systematische inhoudsanalyse van (administratieve) rechterlijke uitspraken is verricht en die publiekelijk beschikbaar waren op 30 juni 2006 hebben geïdentificeerd en daar best practices uit hebben afgeleid:

> 'To some extent, the method trades depth for breadth.'[39]

De analytische, interpreterende vaardigheden die voor de uitvoering van deze onderzoeksmethode zijn vereist, lijken grotendeels op de vaardigheden die in de juridische opleiding worden onderricht.[40] Juristen zullen echter veelal niet vertrouwd zijn met de terminologie en de kwaliteitseisen waaraan dit type onderzoek volgens het sociaal wetenschappelijke forum moet voldoen.[41] Daarom wordt hier in het vervolg uitgebreid bij stilgestaan.

Inhoudsanalyses kunnen volgens WESTER, een specialist op het gebied van inhoudsanalyses van mediaboodschappen, worden onderscheiden in twee typen: het kwantitatief-beschrijvende en het kwalitatief-interpreterende.[42] Het eerste type inhoudsanalyse staat ook wel bekend als de *klassieke inhoudsanalyse*,[43] waarbij traditioneel meer aandacht is voor de representativiteit van de steekproef, de generaliseerbaarheid van de onderzoeksresultaten – ook wel *de externe validiteit* geheten[44] – en de betrouwbaarheid van de codes dan bij het tweede type.[45] De in dit onderzoek verrichte inhoudsanalyse lijkt hier het meest op. Zo zijn de waarnemingen verricht aan de hand van een vooraf opgesteld waarnemingsinstrument, een codeerschema geheten (zie bijlage 1). Dit is een operationele uitwerking van de te onderzoeken specifieke kenmerken en de waardes (in dit geval: categorieën) die daarbij kunnen voorkomen, en is vergelijkbaar met een interviewschema. Het codeboek, waarin dit codeerschema is opgenomen, stelt anderen bovendien

---

39 **HALL & WRIGHT, *CLR* 2008**, p. 87.

40 Zie **HALL & WRIGHT, *CLR* 2008**, p. 64.

41 Ook voor de auteur waren de terminologie, de onderzoeksmethode en de daarbij behorende methodiek nieuw. Door het volgen van het vak *Methoden, technieken en statistiek I* bij de faculteit Sociale Wetenschappen en het bestuderen van de basisboeken heeft zij geprobeerd zich deze materie zo goed mogelijk eigen te maken. Zie ook **SCHRAMA, *AA* 2007, afl. 11**, p. 872.

42 **WESTER 2006**, p. 20-36.

43 Zie **PLEIJTER 2006**, p. 2.

44 Zie **Hox 2005**, p. 163.

45 Zie **WEBLEY 2010**, p. 941. Doordat binnen deze usance expliciet heid en transparantie meer aangemoedigd worden dan binnen het kwalitatief-interpreterende type, ligt de nadruk in de introductie in de methodologie van inhoudsanalyses van **KRIPPENDORFF (2013)** op dit eerste type. Zie p. 90.

in staat om de verrichte inhoudsanalyse te beoordelen en te herhalen.[46] Daarnaast is het doel van deze inhoudsanalyse te onderzoeken wanneer welke materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid in de jurisprudentie op het gebied van het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht is gebruikt door de rechter, alsmede welk(e) type(n) onderbouwing(en) hij heeft aangewend om het desbetreffende 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel' te onderbouwen. Er is aldus onderzocht hoe vaak een bepaalde categorie voorkomt. Echter, anders dan bij het kwantitatief-beschrijvende type gebruikelijk is, liepen de waarnemingen en de analyses deels door elkaar. Dit kan dan ook verklaren waarom een van de analysebenaderingen van het kwalitatief-interpreterende type, waar dit wel normaal is, het beste omschrijft hoe te werk is gegaan, te weten de gerichte inhoudsanalyse [*the directed content analysis*].[47] Puntsgewijs kan deze werkwijze als volgt worden samengevat:

- Als vertrekpunt van de inhoudsanalyse zijn de bevindingen van de juridisch-dogmatische methode (en eigen theorie) genomen.[48]
- De categorieën waarin de specifieke kenmerken kunnen voorkomen, codes geheten, zijn gedefinieerd voorafgaande aan en tijdens de data-analyse.
- Deze codes zijn afgeleid uit de bevindingen van de juridisch-dogmatische methode (en eigen theorie).

Hierbij dient bedacht te worden dat bij deze deductieve benadering de kans dat ondersteunend in plaats van dat niet ondersteunend bewijs wordt gevonden voor een bepaalde theorie groter is dan wanneer deze niet als vertrekpunt zou zijn genomen.[49] Het kan aldus zo zijn dat het aantal positieve waarnemingen in dat geval lager zou hebben gelegen. Naast dat deze analysebenadering het beste omschrijft hoe te werk is gegaan, sluit deze aan bij de doelstelling van de in dit

---

46 Dit codeboek is geschreven op een dusdanig niveau dat een persoon die vertrouwd is met de zogeheten *productiecontext* (zie **WESTER 2006**, p. 11), zijnde de nationale personen- en familierechtspraktijk, het kan begrijpen.

47 **HSIEH & SHANNON** (***QHR* 2005**, p. 1286) hebben deze analysebenadering afgezet tegen de conventionele [*conventional*] en samenvattende [*summative*] analysebenaderingen. De belangrijkste verschillen tussen deze analysebenaderingen zijn volgens hen gelegen in het vertrekpunt van de inhoudsanalyse, het tijdstip waarop de codes of trefwoorden zijn gedefinieerd en de bron waaruit deze voortkomen.

48 Voor de verschillende (typen) onderbouwingen die de rechters kunnen hebben gehanteerd om hun 'redelijkheids- en billijkheidsoordelen' te onderbouwen, is met name het kwantitatieve jurisprudentieonderzoek bij de Hoge Raad en de gerechtshoven van **H.J. SNIJDERS** (**1978**) als inspiratiebron gebruikt.

49 Zie **HSIEH & SHANNON, *QHR* 2005**, p. 1283 en **VAN STAA & DE VRIES, *KWALON* 2014**, p. 48.

onderzoek verrichte inhoudsanalyse, te weten het leveren van een bijdrage aan de theorievorming.[50]

Hierna worden de drie fases van een inhoudsanalyse, de selectiefase, de codeerfase en de analysefase,[51] een voor een langsgelopen, waarbij specifiek aandacht wordt geschonken aan de representativiteit van de steekproef, de generaliseerbaarheid van de onderzoeksresultaten en de betrouwbaarheid van de codes.

2.3.1 Selectiefase

De eerste stap bij een inhoudsanalyse bestaat uit de selectie van het (onbewerkte) tekstmateriaal. Hierbij is gebruikgemaakt van de uitsprakendatabank Rechtspraak.nl. Deze uitsprakendatabank is vrij en online toegankelijk. Daarin is evenwel slechts een zeer klein percentage van het totale aantal rechterlijke uitspraken opgenomen.[52] De beoordeling of een rechterlijke uitspraak publicatiewaardig is, geschiedt in de praktijk grotendeels door de uitspraak doende rechter(s) zelf.[53] Dit doet hij aan de hand van de selectiecriteria die de Raad voor de rechtspraak, de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de besturen van de rechtbanken, de gerechtshoven, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven zelf hebben opgesteld.[54] In deze wijze van ontsluiting van de jurisprudentie schuilt een niet te veronachtzamen risico: een rechter die niet geheel zeker is van de 'juistheid' van zijn beslissing en/of twijfelt of de door hem gewezen uitspraak interessant is voor het grotere publiek, kan zijn uitspraak als *niet-publicatiewaardig* bestempelen, terwijl de rechtsvorming juist is gebaat bij de publicatie van dergelijke twijfelgevallen. Eén van de voor dit onderzoek geïnterviewde feitenrechters merkte in verband met het onderwerp van dit onderzoek op dat:

> '(…) bij de redelijkheid en billijkheid het gevaar niet groot is dat wij bang zijn dat we voor gek worden verklaard door onze uitkomst, juist omdat het zo casuïstisch is.'

---

50 Zie **HSIEH & SHANNON, *QHR* 2005**, p. 1286.

51 Zie **HALL & WRIGHT, *CLR* 2008**, p. 79.

52 De rechtspraak zelf sprak op 10 mei 2012 over zo'n twee procent. Zie 'Heldere criteria voor publicatie van rechterlijke uitspraken' – www.rechtspraak.nl. Originele linkpad: /Actualiteiten/Nieuws/Pages/Heldere-criteria-voor-publicatie-rechterlijke-uitspaken.aspx. Zie ook **MOMMERS & ZWENNE, *NRC* 2 juli 2010**.

53 Zie **VAN OPIJNEN 2014**, p. 220. Dit is ook bevestigd in de interviews.

54 Zie 'Selectiecriteria' – www.rechtspraak.nl. Originele linkpad: /Uitspraken-en-nieuws/Uitspraken/Paginas/Selectiecriteria.aspx. Voor de Selectiecriteria Rechtspraak.nl 1999 wordt verwezen naar **VAN OPIJNEN 2014**, bijlage 3.

Wel kan het volgens deze feitenrechter zo zijn dat de ruimte die is gevonden om de redelijkheid en billijkheid toe te passen negatieve reacties oproept. Het gegeven dat een rechterlijke uitspraak discussie uitlokt, zou rechters er evenwel veelal niet van weerhouden om deze rechterlijke uitspraak te publiceren, sterker nog, voor sommigen − waaronder deze feitenrechter zelf − zou dit juist reden zijn om hiertoe over te gaan.

Doordat 'standaardzaken' volgens de hiervoor genoemde selectiecriteria niet-publicatiewaardig zijn, geven de gepubliceerde rechterlijke uitspraken een niet geheel representatief beeld van alle rechterlijke uitspraken, al dient thans op grond van artikel 3, onder a Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl iedere uitspraak van de Hoge Raad te worden gepubliceerd. Hoe groot het verschil tussen het bedoelde en het bereikte domein is, weten we niet. De niet gepubliceerde uitspraken zijn een black box. Dit betekent dat de *externe validiteit* beperkt is, maar dat we niet weten in welke mate (zie ook subparagraaf 2.3.1.2).[55] Er moet dan ook voorzichtigheid worden betracht bij het doen van uitlatingen op basis van de verrichte inhoudsanalyse ten aanzien van alle, ook niet op www.rechtspraak.nl gepubliceerde rechterlijke uitspraken. Daar staat tegenover dat de praktijk van het notariaat én de advocatuur zich waarschijnlijk met name laat leiden door op www.rechtspraak.nl gepubliceerde rechterlijke uitspraken.

Binnen het rechtsgebied *personen- en familierecht* is gezocht met de volgende zoektermen: *redelijkheid en billijkheid*,[56] *redelijkheid* en *billijkheid*.[57] Deze zoekacties hebben 1.819 rechterlijke uitspraken opgeleverd. Aangezien rechterlijke uitspraken die waren ingeleid met een (appel- of cassatie-) dagvaarding, zoals verdelingszaken, door deze zoekacties niet boven waren gekomen, is tevens gezocht binnen de rechtsgebieden *handelsrecht* en *civiel overig*. Hierbij zijn de volgende zoektermen gebruikt: *redelijkheid en billijkheid*, *redelijkheid* en *billijkheid* in combinatie met *echtscheiding*, *samenlevers*, *samenwoners*, *samenwoning*, *affectieve relatie* en *voormalige levenspartner*. Deze zoekacties hebben geresulteerd in 669 rechterlijke uitspraken. Op 28 juni 2013 is − gelijktijdig met de invoering van de *European Case Law Identifier* (hierna te noemen: ECLI) − de indeling van de rechtsgebieden aangepast. De rechtsgebieden *handelsrecht* en *civiel overig* zijn hierbij komen te vervallen. Dit

55 Dit geldt uiteraard eveneens voor juridisch-dogmatisch onderzoek dat hierop is gebaseerd.

56 Achteraf is gebleken dat de zoekactie met de term *redelijkheid en billijkheid* niet noodzakelijk was. De hiermee gevonden uitspraken zouden ook zijn gevonden als enkel zou zijn gezocht met de termen *redelijkheid* en *billijkheid*.

57 Volgens Spir-it, het bureau dat de site www.rechtspraak.nl technisch beheert, werden en worden met deze termen ook afgeleiden daarvan gevonden.

heeft tot gevolg dat voorgaande zoekacties niet meer kunnen worden herhaald.[58] Voor alle zoekacties geldt dat geen beperking is opgelegd aan de uitspraakdatum, wat betekent dat de gevonden rechterlijke uitspraken zijn gelegen tussen de datum waarop de site www.rechtspraak.nl van start is gegaan, te weten 1 december 1999, en de datum waarop is gezocht, 17 september 2012. Ook na deze datum zijn belangwekkende uitspraken gewezen op dit terrein, maar op een gegeven moment moest, vanwege de hoeveel tijd die het coderen en analyseren van deze uitspraken in beslag neemt, worden overgegaan naar de volgende fase.

De gevonden rechterlijke uitspraken zijn vervolgens geclassificeerd naar rechterlijke instantie, jaar waarin uitspraak is gewezen en deelgebied.[59] De volgende deelgebieden zijn hierbij onderscheiden:

1. De persoon(lijke staat);
2. Het aangaan van een huwelijk of de registratie van een partnerschap;
3. Het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht;
4. Het afstammings- en adoptierecht;
5. Minderjarigheid en gezag, alsmede het recht op contact, informatie en consultatie;
6. Bescherming van kinderen;
7. Bescherming van meerderjarigen;
8. Het partneralimentatierecht;
9. Het kinderalimentatierecht;
10. Het erfrecht;
11. Het internationaal privaatrecht;
12. Het pensioenrecht;
13. Het vermogensrecht voor ongehuwde, samenlevende partners;
14. Afspraken over partneralimentatie tussen ongehuwde, samenlevende ex-partners;
15. Het nationaliteitsrecht;
16. Het familieprocesrecht (en overige);
17. Huis- en contactverboden; en
18. De rechten van personen die zijn opgenomen in psychiatrische ziekenhuizen.

58 Voorgaand proces is evenwel stapsgewijs uiteengezet in een apart document en kan worden opgevraagd bij de auteur.

59 Voor sommige rechterlijke uitspraken geldt overigens dat ze onder meerdere deelgebieden hadden kunnen worden gebracht. Deze gevallen zijn opgesomd in het hiervoor genoemde document dat opvraagbaar is bij de auteur.

De classificatie van de rechterlijke uitspraken naar deelgebied van het personen- en familierecht is gemaakt door tien studenten.[60]

Daarbij is gebleken dat 418 van de gevonden rechterlijke uitspraken niet voldeden aan de gestelde insluitingscriteria. De volgende insluitingscriteria zijn gesteld: de materie die partijen verdeeld hield, moet zijn gelegen op het gebied van het personen- en familierecht; de zaak moet zijn beslist naar Nederlands recht; de uitspraak doende rechterlijke instantie zelf moet een oordeel hebben gegeven over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding was;[61] en de rechterlijke uitspraak moet voldoende informatie bieden om deze rechterlijke uitspraak te kunnen classificeren. Daarnaast heeft de Hoge Raad van de geselecteerde uitspraken 143 zaken (deels) afgedaan met toepassing van artikel 81 Wet RO (tot 1 januari 2002: artikel 101a Wet RO). In deze gevallen is de motivering van een rechterlijke uitspraak beperkt tot het oordeel dat de aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Aangezien de gronden voor verwerping in deze gevallen aan het zicht van het publiek zijn onttrokken,[62] was het niet zinvol deze zaken mee te nemen in de inhoudsanalyse. Hetzelfde geldt voor zaken waarin de rechterlijke instantie (nog) niet was toegekomen aan de inhoudelijke behandeling van het onderdeel dat betrekking had op de redelijkheid en billijkheid, omdat een meer primair verweer doel had getroffen of omdat (een van) partijen nog in de gelegenheid werd(en) gesteld om te reageren. Hiervan was sprake in veertien zaken.

Aldus zijn in totaal 1.913 rechterlijke uitspraken geselecteerd, waarvan er 141 zijn gewezen door de Hoge Raad.

2.3.1.1 Steekproeftrekking

Aangezien bestudering van alle gevonden uitspraken, om reden van het grote aantal daarvan, bij voorbaat niet haalbaar was, is wat betreft de uitspraken van

---

60 Te weten: Johanneke Butijn; Dynthe Cats; Aalt Colenbrander; Kyra Geerts; Susan Gregoire; Hilke Grootelaar; Lisanne van Herwaarden; Lianne Versluis; Wieke Vink; en Simone Vromen. Negen van hen zaten in het tweede jaar van hun Bachelor studie, en hadden daardoor de cursus *Personen- en familierecht* nog niet gevolgd, en één in de Masterfase.

61 Dit betekent dat een rechterlijke uitspraak niet in de inhoudsanalyse is betrokken indien de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* enkel voorkomt in de bespreking van het geding in eerdere instantie(s), in de conclusie van de A-G, in een voetnoot of in een citaat uit bijvoorbeeld een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.

62 **G. Snijders** (***TCR* 2010**, p. 82-82) heeft in de *Kroniek Cassatie* de vraag opgeworpen 'of het grote aantal verwerpingen met art. 81 wet RO niet zelf een bijdrage aan het probleem [het toegenomen gebruik van art. 81 Wet RO, EvWV] is gaan leveren, als onbedoeld neveneffect, doordat de Hoge Raad in individuele zaken niet meer kenbaar maakt dat een zaak zijns inziens niet bij hem thuishoort'.

de feitelijke rechterlijke instanties een steekproef getrokken. Er is, vanwege de heterogeniteit van de onderzoekspopulatie (zie paragraaf 9.3), gekozen voor een gestratificeerde aselecte steekproef naar deelgebied.[63] Hieronder wordt de proportionele gestratificeerde steekproeftechniek stap voor stap beschreven.

De onderzoekspopulatie (*N*) bestaat uit 1.772 (1.913 minus 141) op www.rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken van feitelijke rechterlijke instanties op het gebied van het personen- en familierecht waarin de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* – of een afgeleide daarvan – voorkomt.[64] Deze onderzoekspopulatie is gestratificeerd in achttien subpopulaties (zie hiervoor), ook wel *strata* geheten. Vervolgens zijn de rechterlijke uitspraken ieder van een nummer voorzien. Daarop is een (minimale) steekproefgrootte (n) gekozen (voor een representatief beeld) van 266 rechterlijke uitspraken, aldus 15% van het totale aantal. Daaropvolgend is vastgesteld wat de proportionele verhouding van ieder stratum tot de gehele onderzoekspopulatie is. Voor het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht is de steekproeffractie ($\frac{n}{N}$) 499/1.772. Deze steekproeffractie is vermenigvuldigd met de steekproefgrootte (266), wat uitkomt op 75 rechterlijke uitspraken. Tot slot zijn met de '*randbetween*-functie' in Excel, waarmee een willekeurig getal tussen een aangegeven bereik kan worden gegenereerd, 75 nummers aangewezen tussen 1 en 499. De rechterlijke uitspraken waar deze nummers naar verwijzen, maken zodoende onderdeel uit van de steekproef.

In de hierop volgende fase is echter gebleken dat het verwerken van alle strata te tijdrovend zou zijn. Om deze reden is de ingrijpende, maar noodzakelijke beslissing genomen om maar één deelgebied te coderen en te analyseren, namelijk het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht. Dit deelgebied is zodoende van stratum tot onderzoekspopulatie verheven. De steekproeftrekking komt daardoor uiteindelijk neer op een *simpele aselecte steekproef*; iedere feitelijke rechterlijke uitspraak op het gebied van het

63 Zie **KUMAR 2014**, p. 240-241.

64 Doordat de codeer- en analyse-eenheden niet samenvallen met de steekproefeenheden (zie hierna), is eigenlijk sprake van 1.772 *clusters*. Zie **KRIPPENDORFF 2013**, p. 117-118. Overigens kan het voorkomen dat in de onderzoekspopulatie 'dubbelen' zitten. De formele relatie tussen uitspraken van opvolgende rechterlijke instanties werd namelijk tot voor kort niet vermeld op www.rechtspraak.nl, waardoor het te tijdrovend was om deze eruit te halen. Dit is echter niet problematisch, omdat slechts de oordelen van de uitspraak doende rechterlijke instantie zelf, en dus niet de oordelen van de voorgaande of opvolgende rechterlijke instantie, zijn geanalyseerd. Ter verduidelijking wordt een voorbeeld gegeven. Bij de uitspraak van het Hof Den Bosch van 22 mei 2012 (ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7882) is enkel meegenomen wat het hof heeft overwogen ten aanzien van de reducering van de verrekeningsvordering en is aldus niet gecodeerd wat de rechtbank hierover heeft overwogen.

huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht had evenveel kans om in de steekproef te komen. De uitspraken van de Hoge Raad zijn daarentegen allemaal meegenomen, omdat dit er niet zoveel waren (en het aldus wat dit betreft relatief eenvoudig was om het gehele bedoelde terrein te bestrijken), maar vooral omdat deze uitspraken voor de wetgever bepalend zullen zijn om, in het kader van zijn controlefunctie, wel of niet met wetgeving te reageren op de nieuw gevormde duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten. Daarnaast zijn het met name deze uitspraken die als precedent dienen en aldus richting geven aan de feitenrechters.

Voor *het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht* is gekozen vanwege de grote invloed die de redelijkheid en billijkheid in dat deelgebied heeft. Alleen in *het partneralimentatierecht* wordt vaker verwezen naar de redelijkheid en billijkheid (zie figuur 9.1), maar in die zaken gaat het vermoedelijk met name om verwijzingen naar wettelijke preciseringen van de redelijkheid en billijkheid, zoals artikel 1:159 lid 3 BW (zie subparagraaf 4.1.2). Daarenboven is de keuze voor het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht gebaseerd op de verwantschap van dit deelgebied met het algemene vermogensrecht. In dat rechtsgebied is al veel studie gedaan naar de redelijkheid en billijkheid als leerstuk, waar in dit onderzoek op kan worden voortgebouwd.

Dit alles neemt niet weg dat de redelijkheid en billijkheid ook in de andere deelgebieden van het personen- en familierecht mogelijk een aan- of opmerkelijke rol speelt die het onderzoeken waard is. In paragraaf 9.3 wordt een aantal hypotheses geformuleerd voor vervolgonderzoek over de invloed van de redelijkheid en billijkheid in deze andere deelgebieden. Daaropvolgend wordt in paragraaf 9.4 de eerst geselecteerde rechterlijke uitspraak van ieder deelgebied, behalve van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht (dat grondig wordt geanalyseerd in hoofdstuk 10), belicht, om een idee te krijgen van de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid die zich daarin kunnen voordoen.

2.3.1.2 Externe validiteit

Doordat de op www.rechtspraak.nl gepubliceerde rechterlijke uitspraken een niet geheel representatief beeld geven van alle rechterlijke uitspraken, kunnen in principe alleen uitlatingen worden gedaan over de gecodeerde en geanalyseerde rechterlijke uitspraken. Om na te gaan of de onderzoeksbevindingen niet toch zijn te generaliseren naar niet gepubliceerde rechterlijke uitspraken, en zo ja, in hoeverre, is de geïnterviewde feitenrechters gevraagd of ze het idee hadden dat de motivering van op www.rechtspraak.nl gepubliceerde rechterlijke uitspraken verschilt van die van niet daarop gepubliceerde rechterlijke uitspraken (zie bijlage 2, interviewvraag 5d). Bij het merendeel van hen bestond het beeld dat de motivering van de op www.rechtspraak.nl gepubliceerde rechterlijke uitspraken uitgebreider is dan die van rechterlijke uitspraken die niet in deze

uitsprakendatabank zijn geplaatst. Als reden hiervoor werd het atypisch karakter van deze rechterlijke uitspraken genoemd. Zo zou het beroep op de redelijkheid en billijkheid in deze rechterlijke uitspraken vaker zijn gehonoreerd dan in niet op www.rechtspraak.nl gepubliceerde rechterlijke uitspraken. Daarnaast zou daarin de casuïstiek vaker uitzonderlijk zijn, in die zin dat de kamer, de rechter of de gerechtssecretaris die de (concept)uitspraak heeft vervaardigd geen eerdere uitspraak heeft kunnen vinden waarin zich vergelijkbare feiten en omstandigheden hebben voorgedaan. Ook zou van deze rechterlijke uitspraken door de band genomen een bredere werking uitgaan. Mede hierdoor zouden deze rechterlijke uitspraken bovendien meer aandacht krijgen van het bredere publiek.

Enkele geïnterviewde feitenrechters meenden dat de beslissing om te publiceren ook op zichzelf de omvang van de motivering van een rechterlijke uitspraak positief beïnvloedt. Er zouden daardoor bijvoorbeeld expliciet linken worden gelegd met eerdere jurisprudentie en/of zouden de consequenties voor andere gevallen uiteen worden gezet. Het zou echter ook voorkomen dat de rechterlijke uitspraak allang de deur uit is, voordat wordt bedacht dat het goed zou zijn om deze te publiceren. Een andere geïnterviewde feitenrechter was er daarentegen van overtuigd dat de omvang van de motivering van een rechterlijke uitspraak enkel wordt bepaald door het karakter van de zaak;

> ‘Ik had ze niet anders geschreven als ik ze niet zou hebben gepubliceerd.’

De geïnterviewde feitenrechters hadden aldus over het algemeen het idee dat de motivering van de uitspraken uit de inhoudsanalyse verschilt van die van niet gepubliceerde rechterlijke uitspraken, wat (extra) reden is om voorzichtig te zijn met het doen van te algemene uitspraken op basis van de inhoudsanalyse. Hierbij dient wel te worden bedacht dat de hiervoor weergegeven antwoorden van de geïnterviewde feitenrechters vooral lijken te zien op geschilpunten waarin de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid in het geding is, en dus niet een van de andere materiële functies of rollen van de redelijkheid en billijkheid, en dat de uitspraken van de Hoge Raad allemaal zijn meegenomen, zodat het bedoelde en het bereikte domein in dat opzicht (nagenoeg) gelijk is.

2.3.2 Codeerfase

Vervolgens zijn alle uitspraken van de Hoge Raad (37 uitspraken) op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht, alsmede bovengenoemde steekproef (75 uitspraken) gecodeerd. Dit komt erop neer dat de onderzochte specifieke kenmerken van de onderzoeksobjecten – de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het/de type(n) onderbouwing(en) dat/die de rechter heeft gehanteerd om het ‘redelijkheids- en billijkheidsoordeel’

te beargumenteren −, op basis van de vragen in het codeerschema (zie bijlage 1), zijn teruggebracht tot codes. Deze categorieën komen voort uit de bevindingen van de juridisch-dogmatische methode en de eigen theorievorming.

De categorieën die bij het eerstgenoemde kenmerk, de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid, kunnen voorkomen, zijn gebaseerd op de algemene vermogensrechtelijke literatuur, waarin over het algemeen uitleg, aanvulling en correctie (van de rechtsgevolgen) van een overeenkomst worden onderscheiden (zie paragraaf 7.3), en eigen theorievorming. Deze theorie houdt in dat de redelijkheid en billijkheid in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht niet steeds verwijst naar een van de hiervoor genoemde materiële functies − hetzelfde geldt waarschijnlijk ook voor de jurisprudentie op het gebied van het algemene vermogensrecht, maar is nooit onderzocht. Om deze reden zijn ook de veronderstelde, andere rollen die de redelijkheid en billijkheid kan hebben, te weten: de redelijkheid en billijkheid als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel; als verwijzing naar de rechterlijke dispositie; en als aanduiding dat er marginaal is getoetst (zie paragraaf 7.4), als categorieën opgenomen in het codeerschema. Daarnaast is er rekening mee gehouden dat het zou kunnen dat de rechter de redelijkheid en billijkheid heeft gebruikt in een niet juridische betekenis. Bij het coderen van de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid is uitgegaan van de wijze waarop deze functie of rol is geformuleerd in de motivering van de rechterlijke uitspraak; de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid is aldus gecodeerd vanuit het perspectief van de uitspraak doende rechter(s). De door de codeurs toegekende codes van dit kenmerk worden gebruikt om een antwoord te geven op deelvraag 6 (Welke functies en andere rollen vervult de redelijkheid en billijkheid in concrete gevallen op het gebied van het personen- en familierecht?), zie paragraaf 7.5.

Voor het definiëren van de categorieën waarin het tweede genoemde kenmerk, de onderbouwingen die de rechter heeft gehanteerd om het 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel' te beargumenteren, kan voorkomen, is met name het kwantitatieve jurisprudentieonderzoek bij de Hoge Raad en de gerechtshoven van H.J. SNIJDERS als inspiratiebron gebruikt.[65] In de inhoudsanalyse van dít onderzoek worden deze onderbouwingen onderscheiden in de volgende typen: 1. bronnen; 2. context; 3. belangen; 4. hulpmiddelen; 5. procesrecht(elijke argumenten); en 6. andere generaliseerbare of gevalspecifieke argumenten. Deze laatste (rest)categorie is aan het codeerschema toegevoegd om alle onderbouwingen te kunnen coderen. Deze onderbouwingen kunnen namelijk ook bestaan uit argumenten waaraan

65 **H.J. SNIJDERS 1978**.

voorafgaande aan de inhoudsanalyse niet is gedacht of die gevalspecifiek zijn. Ook is er in het codeerschema rekening mee gehouden dat het kan voorkomen dat een rechterlijke uitspraak in het geheel geen aanvullende onderbouwingen bevat (zie ook paragraaf 8.3). Aan de hand van de codes die de codeurs hebben toegekend, wordt in paragraaf 8.4 geprobeerd antwoord te geven op deelvraag 7 (Hoe worden 'redelijkheids- en billijkheidsoordelen' in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht onderbouwd?).

In verscheidene van de geselecteerde rechterlijke uitspraken komt de redelijkheid en billijkheid meerdere keren voor. In die gevallen is het codeerschema even vaak doorlopen als dat er geschilpunten waren waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding was. De codeer- en analyse-eenheden (de in dit onderzoek genoemde 'redelijkheids- en billijkheidsoordelen') vallen aldus niet steeds samen met de steekproefeenheden (de rechterlijke uitspraken). Welke delen wel en niet tot deze codeer- en analyse-eenheden behoren, is in bepaalde mate afhankelijk van de interpretatie en de beoordeling van de codeur (zie ook bijlage 3).[66]

Om de objectiviteit van de codes te onderzoeken is een betrouwbaarheidsonderzoek uitgevoerd. Aangezien dit onderzoek vrij technisch van aard is, zijn de toelichting hierop en de resultaten daarvan opgenomen in de bijlagen (zie bijlage 3).

2.3.3 Analysefase

In deze laatste fase zijn de 'redelijkheids- en billijkheidsoordelen' waaraan eenzelfde trefwoord is toegekend samen bestudeerd (en zijn de individuele uitspraken verder uitgediept aan de hand van de juridisch-dogmatische methode). Bekeken is of uit de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid duidelijke subregels, vuistregels of gezichtspunten kunnen worden afgeleid en of deze (wettelijk) kunnen en zouden moeten worden neergelegd. Ook is een vergelijking gemaakt tussen de onderscheiden deelonderwerpen en is bezien of er lijnen zijn te ontwaren in de wijzen waarop de redelijkheid en billijkheid is toegepast en wat het notariaat én de advocatuur daarvan kunnen leren.

2.4 De kwalitatieve interviewmethode

De zojuist besproken onderzoeksmethode heeft uit haar aard betrekking op de legitimatiefase van de rechterlijke oordeelsvorming. Om informatie te verkrijgen over de heuristische fase daarvan zijn interviews afgenomen met feitenrechters werkzaam op het gebied van het personen- en familierecht. De keuze voor deze specifieke groep hangt samen met de (sterke) verstrengeling van de redelijkheid

66 Zie ook **KRIPPENDORFF 2013**, p. 108-109.

en billijkheid met de feiten en omstandigheden van het geval, waarover meer in paragraaf 3.3. De feitenrechters zijn aldus bevraagd over hoe ze tot een 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel' komen. Daarnaast is hen gevraagd in hoeverre de redelijkheid en billijkheid van invloed is op hun alledaagse praktijk, hoe ze denken over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk en hoe deze denkbeelden zich volgens henzelf verhouden tot de op www.rechtspraak.nl gepubliceerde jurisprudentie en de opvattingen daarover in de (met name) algemene vermogensrechtelijke literatuur.

De interviews zijn semigestructureerd opgezet en kunnen daardoor als *kwalitatief* worden bestempeld.[67] Voor deze opzet is gekozen omdat het rijke data oplevert, die relatief eenvoudig zijn te vergelijken. Daarnaast wordt in het algemeen verondersteld dat voor deze halfgesloten interviewvorm minder kennis van en ervaring met interviewtechnieken is vereist dan voor open interviews het geval is.[68] Tevens wordt vermoed dat de betrouwbaarheid van de waarnemingen wordt vergroot door standaardisatie.[69]

De interviews zijn om de volgende redenen te bestempelen als *gestructureerd*. Per aspect van de redelijkheid en billijkheid zijn vooraf, op basis van de (eerste) bevindingen van de juridisch-dogmatische methode en de inhoudsanalyse, enkele beginvragen vastgelegd. Deze vragen zijn in een vaste volgorde aan de geïnterviewde feitenrechters voorgelegd. Achtereenvolgens zijn aan de orde gesteld: 1. de materiële functies van de redelijkheid en billijkheid; 2. de toepassing van de redelijkheid en billijkheid; 3. de oordeelsvorming over de redelijkheid en billijkheid; 4. rechtsvorming op basis van de redelijkheid en billijkheid; 5. de motivering van een beslissing die is 'gebaseerd' op de redelijkheid en billijkheid; 6. de rol van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht; en 7. de definiëring van de redelijkheid en billijkheid (zie bijlage 2). Het doet wellicht vreemd aan dat de definiëring van de onderzochte rechtsnorm als laatste aan de geïnterviewde feitenrechters is voorgelegd. Dit is echter gedaan opdat ze hun eerdere antwoorden konden meenemen in de omschrijving daarvan. Daarnaast is ook de interviewsituatie gestandaardiseerd. Zo vond het interview steeds plaats op de hoofdwerkplek van de geïnterviewde feitenrechter, buiten aanwezigheid van derden, en duurde het interview circa negentig minuten, al waren er enkele uitschieters.

---

67 Zie **MASON 1996**, p. 38-39; **BOEIJE, *Kwalitatief onderzoek* 2005**, p. 275; en **BOEIJE 2014**, p. 79. Zie ook **BRYMAN 2012**, p. 213.

68 Zie **ALVESSON 2011**, p. 54. Vanwege de onervarenheid van de auteur met deze onderzoeksmethode is het initiële interviewschema voorgelegd aan VAN ROSSUM – die als ervaringsdeskundige kan worden beschouwd – met het verzoek om dit schema op geschiktheid te beoordelen. De auteur is uiteraard zelf verantwoordelijk voor de eindversie daarvan.

69 Zie **BOEIJE, *Kwalitatief onderzoek* 2005**, p. 281.

De interviews zijn *open* omdat de beginvragen open zijn geformuleerd. De antwoordmogelijkheden stonden van tevoren niet vast. Daarnaast is regelmatig doorgevraagd ter verificatie van initiële uitspraken van de geïnterviewde feitenrechters, om diepte en precisie te creëren, om illustratieve voorbeelden te verkrijgen en/of om opheldering te verkrijgen.[70]

2.4.1 Steekproeftrekking

De geïnterviewde feitenrechters zijn doelgericht − dus select − getrokken uit de onderzoekspopulatie [*a purposive sampling*].[71] Er is gestreefd naar variatie qua geslacht, werkervaring in andere juridische beroepen, aantal jaar ervaring als rechter binnen het personen- en familierecht en rechterlijke instantie. Meer specifiek is er gekozen voor een opportunistische steekproeftrekking [*a convenience sampling*] met een verantwoording achteraf.[72] Om de geïnterviewde feitenrechters te werven, is het netwerk van het *Utrecht Centre for European Research into Family Law* (*UCERF*), waar de auteur deel van uitmaakt, gebruikt. De benaderde feitenrechters hebben vervolgens nog vier aanvullende personen voorgesteld. In totaal zijn twaalf feitenrechters bevraagd.[73]

Drie feitenrechters hebben de uitnodiging om deel te nemen aan dit onderzoek afgewezen. Een van hen heeft als reden opgegeven geen affiniteit te hebben met het onderwerp. Daarenboven heeft deze persoon te kennen gegeven de redelijkheid en billijkheid nauwelijks te gebruiken. De andere twee personen hebben de uitnodiging afgewezen vanwege hun beperkte (recente) ervaring in de personen- en familierechtspraktijk. Met het werven van nieuwe personen is gestopt op het moment dat verzadiging in de data optrad, althans totdat geen afwijkende ervaringen of denkbeelden meer werden gevonden.

---

70 Zie ook **EMANS 2002**, p. 86-89.

71 Zie **BOEIJE, *Kwalitatief onderzoek* 2005**, p. 269 en **BRYMAN 2012**, p. 418.

72 Zie **BOEIJE 2014**, p. 64.

73 Te weten: Hanneke Ackermans-Wijn (*Rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem*); Myriam de Bruijn-Lückers (*Hof Den Haag*); Lieke Coenraad (*Hof Amsterdam*); Ronald Eskes (*Rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem*); Jetty Gerritse (*Rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht*); Astrid Hermans (*Rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht*); Alexander Labohm (*Hof Den Haag*); Jan Hein Lieber (*Hof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem*); Henda Phaff (*Rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht*); Chantal Smelt-Karman (*Rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht*); Guus Stille (*Hof Den Haag*); en Paul Vlaardingerbroek (*Rechtbank Rotterdam en Hof Den Bosch*).

2.4.2 Dataverwerking en -rapportage

De interviews zijn zo precies mogelijk vastgelegd door een student-assistent.[74] De bevinding daaruit zijn, zoals vooraf is toegezegd aan de geïnterviewde feitenrechters, in dit onderzoek anoniem verwerkt. Deze toezegging is gedaan omdat werd verondersteld dat de geïnterviewde feitenrechters vrijer zouden spreken wanneer niet zou zijn te reconstrueren wie wat heeft gezegd.[75]

De interviews zijn bestudeerd en worden behandeld vanuit het eerstepersoonsperspectief.[76] Dit wil zeggen dat zo veel mogelijk is geprobeerd om door de ogen van de geïnterviewde feitenrechters te kijken. Om een beter beeld te geven van de gewaarwordingen, alsmede ter verlevendiging van de tekst, worden op diverse plaatsen citaten weergegeven. Op andere plaatsen worden de antwoorden geparafraseerd weergegeven. Hierbij worden zo nu en dan kwantificerende woorden gebruikt, zoals *de helft* en *een enkeling*. Deze woorden zijn evenwel niet veelzeggend. In de interviews stonden immers de *percepties* van de geïnterviewde feitenrechters − de subjectzijden − centraal, waardoor ze niet zonder meer vervangbaar waren door andere feitenrechters.[77] Daarnaast is de steekproefomvang zodanig gekozen dat de diversiteit tussen de ervaringen en de denkbeelden van de feitenrechters kan worden geïllustreerd, maar niet de omvang daarvan.[78] Hoeveel niet geïnterviewde feitenrechters de ervaringen en het denkbeeld van een geïnterviewde feitenrechter delen is aldus niet te zeggen.

2.5 Samenvattend

In dit onderzoek zijn, voor zover als mogelijk, meerdere onderzoeksmethoden geïntegreerd toegepast. Ten eerste is middels de juridisch-dogmatische methode onderzocht welke theorieën over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk bestaan, hoe deze theorieën zich tot elkaar verhouden en welke vragen, gelet op de centrale onderzoeksvraag, nog open stonden. Ten tweede is een (kwantitatief-beschrijvende) inhoudsanalyse verricht. Als vertrekpunt hiervan zijn de bevindingen van de juridisch-dogmatische methode (ten aanzien van de materiële functies van de redelijkheid en billijkheid en de typen onderbouwingen die de rechter kan hanteren om het 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel te beargumenteren) en eigen theorie genomen. Deze

---

74 Te weten: Wychand Kraaij. In drie gevallen zijn geluidsopnames van het interview gemaakt, die daarna zijn getranscribeerd. De gemaakte notities en transcripties − die omwille van de leesbaarheid zijn omgezet in hele Nederlandse zinnen − kunnen, na toestemming van de geïnterviewde feitenrechters en de auteur, worden ingezien.

75 Zie ook **EMANS 2002**, p. 24-25.

76 Zie **BOEIJE 2014**, p. 29.

77 Zie ook **EMANS 2002**, p. 26-27.

78 Zie ook **KUMAR 2014**, p. 229.

onderzoeksmethode is gebruikt om lijnen te ontwaren in de wijze waarop de redelijkheid en billijkheid is toegepast in de op www.rechtspraak.nl gepubliceerde jurisprudentie op het gebied van het huwelijks- een echtscheidingsvermogensrecht. Deze lijnen zijn vervolgens tegen het licht van de hiervoor genoemde theorieën gehouden en op basis daarvan is weer nieuwe theorie gevormd. Ten derde zijn, om het theoretisch kader te illustreren, kwalitatieve interviews afgenomen met feitenrechters werkzaam op het gebied van het personen- en familierecht. Met deze triangulatie is beoogd om de beperkingen die aan de individuele onderzoeksmethoden zijn verbonden zo veel mogelijk te ondervangen. Er is aldus gepoogd om een zo compleet en valide mogelijk beeld te schetsen van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de Nederlandse jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht.

2.6 Enkele deelconclusies

Uit dit hoofdstuk vloeien de volgende deelconclusies voort. In de eerste plaats heeft de keuze voor de hiervoor genoemde empirische onderzoeksmethoden enkele nadelen. Zo kost het zich eigen maken van deze methodiek veel tijd. Daarnaast zijn er nog slechts beperkte ervaringen met deze onderzoeksmethoden opgedaan in het juridische veld. Er moest aldus worden geroeid met de riemen die er waren. Deze onderzoeksmethoden hebben echter een grote meerwaarde gehad. De gestructureerde en objectieve werkwijze heeft er namelijk toe geleid dat de rechterlijke uitspraken op een systematischere, procedureel explicietere en herhaalbaardere wijze zijn gelezen dan wanneer ‘enkel’ de juridisch-dogmatische methode zou zijn gehanteerd. In dat geval zou, naar wordt verondersteld, minder kritisch zijn gelezen en zouden sneller conclusies zijn getrokken op basis van minder uitspraken. De interviews hebben de focus bovendien meer gelegd op de percepties van de feitenrechters in plaats van op het rechtsbronnenonderzoek. Met de kennis van achteraf zouden de onderzoeksobjecten van de inhoudsanalyse evenwel eerder zijn ingeperkt. De selectiefase van de inhoudsanalyse die in dit onderzoek is verricht, heeft namelijk relatief veel te veel tijd gekost. Ten tweede is van belang dat voorzichtigheid moet worden betracht met het generaliseren van de bevindingen uit de inhoudsanalyse naar alle, ook niet op www.rechtspraak.nl gepubliceerde rechterlijke uitspraken, omdat de daarop gepubliceerde uitspraken niet ‘standaard’ zijn. Zo bestaat onder de geïnterviewde feitenrechters de verwachting dat de motivering van de daarop gepubliceerde rechterlijke uitspraken uitgebreider is dan die van rechterlijke uitspraken die niet in deze uitsprakendatabank zijn geplaatst en dat een beroep op de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid in deze uitspraken vaker is toegewezen dan in de laatstgenoemde rechterlijke uitspraken. In de derde plaats berust, doordat het

huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht uiteindelijk van stratum tot onderzoekspopulatie is verheven, de eigen theorievorming over de redelijkheid en billijkheid in het bredere personen- en familierecht met name op veronderstellingen. Ten vierde laten de interviews de diversiteit tussen de ervaringen en de denkbeelden van de geïnterviewde feitenrechters zien, maar niet de omvang daarvan. Ten vijfde en laatste is inherent aan een studie van de redelijkheid en billijkheid dat meerdere rechtsgebieden moeten worden bestudeerd, maar dat hier tegelijkertijd geen volledig overzicht van kan worden gegeven. Na zes jaar onderzoek doen kan men zich expert noemen op het gebied van de redelijkheid en billijkheid, maar (zeker) niet op alle losse terreinen, zoals het staatsrecht.

3 Theorieën over de betekenis van de redelijkheid en billijkheid

Na de methodologische toelichting wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de vraag wat de betekenis is van de redelijkheid en billijkheid. Om de centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek te kunnen beantwoorden, is het noodzakelijk om eerst na te gaan wat onder de redelijkheid en billijkheid *wordt en moet worden verstaan volgens de wetgever van het nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna ook wel te noemen: NBW), de geïnterviewde feitenrechters en de rechtswetenschappelijke doctrine. Zo komt in dit hoofdstuk de in de rechtsliteratuur gevoerde discussie of de redelijkheid en billijkheid (primair) moet worden gezien als een* rechterlijke beslissingsnorm *of als een* gedragsnorm voor burgers *aan bod. Daarbij gaat het om theorieën uit het algemene vermogensrecht (in figuur 1.1 weergegeven als het linker blokje in de bovenste laag).*

In paragraaf 3.1 wordt besproken wat de wetgever van het nieuw Burgerlijk Wetboek voor ogen had met het begrippenpaar redelijkheid en billijkheid. In paragraaf 3.2 wordt weergegeven wat de geïnterviewde feitenrechters daaronder verstonden in het kader van de interviews. Daarbij is er rekening mee gehouden dat definiëring van deze open norm uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk is. Dit komt doordat deze open norm (sterk) is verstrengeld met de feiten en omstandigheden van het geval. In paragraaf 3.3 wordt onderzocht welke implicatie deze (sterke) verstrengeling heeft voor de omvang van de toetsing van de redelijkheid en billijkheid in cassatie. Daarop wordt in paragraaf 3.4 onderzocht of de rechter verplicht is om de redelijkheid en billijkheid ambtshalve aan te vullen en/of toe te passen. In paragraaf 3.5 wordt vervolgens aangekaart of deze open norm al dan niet dwingendrechtelijk van aard is. In de rechtsliteratuur is daarnaast uitvoerig geredetwist over de vraag of de openheid van de redelijkheid en billijkheid belet dat hier een normerende werking van uitgaat. Deze pennenstrijd wordt uiteengezet in paragraaf 3.6. In paragraaf 3.7 worden deze onderzoeksresultaten samengevat en in paragraaf 3.8 worden hier enkele deelconclusies uit getrokken.

3.1 Wettelijke terminologie

Het begrippenpaar *redelijkheid en billijkheid* zoals we dat nu kennen uit de artikelen 6:2 en 6:248 BW is in 1992 in het Burgerlijk Wetboek gekomen.

Hierin zijn de *goede trouw* en de *billijkheid* als bedoeld in de artikelen 1374 lid 3 en 1375 oud Burgerlijk Wetboek (hierna ook wel te noemen: OBW),[79] die vóór 1992 in de jurisprudentie vaak in één adem werden genoemd,[80] samengegaan.[81] Voor deze van het oud Burgerlijk Wetboek afwijkende terminologie is gekozen omdat de *goede trouw* voor tweeërlei uitleg vatbaar was.[82] Deze term betekende zowel dat een persoon niet (beter) wist en ook niet (beter) hoefde te weten, als dat een persoon had gehandeld met inachtneming van de objectieve goede trouw. Voor de vraag of een overeenkomst te goeder trouw is uitgevoerd, is de goede trouw in eerstgenoemde betekenis evenwel niet bepalend, wat ook reeds onder vigeur van het oud Burgerlijk Wetboek werd aangenomen.[83] Met deze afwijking in wettelijke terminologie werd dan ook geen materiële wijziging beoogd.[84] Evengoed werd deze wijziging door sommige rechtswetenschappelijke onderzoekers betreurd, vanwege het daarmee gepaard gaande verlies van de band met het verleden (*bona fides* uit het Romeinse recht) en het beeldende vermogen daarvan (*(ver)trouw(en)*) of onnodig geacht.[85] In dit onderzoek blijft de subjectieve goede trouw van het niet (beter) weten buiten beschouwing.

De woorden *redelijkheid* en *billijkheid* zijn in het Burgerlijk Wetboek meerdere malen als koppel opgevoerd, maar komen incidenteel ook afzonderlijk van elkaar voor. Dit roept de vraag op hoe deze woorden zich tot elkaar verhouden. De regeringscommissaris voor Boek 6 BW (W. SNIJDERS) heeft tijdens de parlementaire behandeling van het nieuw Burgerlijk Wetboek

---

79 Het eerste artikellid luidde als volgt: 'Zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebragt.' Het tweede wetsartikel bepaalde dat 'overeenkomsten [niet alleen] verbinden tot datgene hetwelk uitdrukkelijk bij dezelve bepaald is, maar ook tot al hetgeen dat, naar den aard van dezelve overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik, of de wet, wordt gevorderd'.

80 Zie **VAN DEN BERG, *R.S.* 1992**, p. 54.

81 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, EV I, p. 71.

82 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 66.

83 Zie **HR 9 februari 1923**, *NJ* 1923/676 (*Artist de Laboureur*) en **HR 21 juni 1957**, *NJ* 1959/91, m.nt. H. Kingma Boltjes.

84 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 66-67. Zie ook **STEIN, *RM Themis* 1969**, p. 311; **HARTKAMP, *WPNR* 1981/5559-60**, p. 216; **VAN DER WERF 1982**, p. 19; **VAN DER GRINTEN, *NJB* 1983, afl. 38**, p. 1237; **KOOPMANS 1999**, p. 120; **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 392; **WOLTERS, *TPR* 2015**, p. 219; en **SCHELHAAS 2017**, p. 2.

85 Zie **VAN OVEN, *WPNR* 1962/4618**, p. 169 en p. 171; **WIARDA 1969**, p. 328; **GISOLF 1974**, p. 118; **VAN SCHILFGAARDE, *RM Themis* 1978**, p. 462; **HARTKAMP, *WPNR* 1981/5559-60**, p. 216; **SCHUT 1982**, p. 118- 120; **VAN DER GRINTEN, *NJB* 1983, afl. 38**, p. 1237; **VAN SCHILFGAARDE 1984**, p. 58 en p. 70; en **WERY, *NJB* 1991, afl. 32**, p. 1303-1304.

opgemerkt dat sprake is van een *hendiadys*.[86] Volgens *Van Dale online woordenboeken* is dit een:

> 'stijlfiguur waarbij een samengesteld begrip door twee zelfstandige naamwoorden wordt aangeduid, waarvan er één de betekenis van bijvoeglijk naamwoord heeft (bv. 'zand en heide' voor 'zandige heide').'

H.J. SNIJDERS heeft terecht aangestipt dat geen van beide woorden laatstgenoemde betekenis heeft; de redelijkheid en billijkheid is niet afgeleid van 'redelijke billijkheid' of 'billijke redelijkheid'.[87] De gegeven aanduiding als hendiadys lijkt dan ook niet passend. De opmerking van de regeringscommissaris maakt desondanks duidelijk dat de redelijkheid en billijkheid als één onlosmakelijk geheel is bedoeld.[88] Achter het afzonderlijke gebruik van deze woorden in wettelijke regels moet dan ook niet te veel worden gezocht. Hier liggen vaak louter esthetische overwegingen aan ten grondslag, aldus de regeringscommissaris.[89] Hoe dit juridisch ook zij, deze woorden drukken niet eenzelfde gevoelswaarde uit; de redelijkheid wordt veelal in verbinding gebracht met het hoofd en de billijkheid met het hart[90] – wat inspiratie heeft opgeleverd voor de kaft van dit boek.

3.2 Definiëring door de geïnterviewde feitenrechters

In de interviews is ter afsluiting aan de feitenrechters gevraagd om de *redelijkheid en*/of *billijkheid* te definiëren (zie bijlage 2, interviewvraag 7a). Dit is gedaan om duidelijk te maken wat ze voor ogen hadden. Doordat de redelijkheid en billijkheid naar haar aard open is – zo men wil: vaag of blanco –, is definiëring van deze open norm uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk. Daarom is aan de geïnterviewde feitenrechters gevraagd om door middel van sleutelwoorden aan te geven waaraan ze dachten bij het horen van het onderzoeksobject. Daarbij is verzocht zich voor te stellen hoe ze op een verjaardagsfeestje aan een niet-jurist zouden uitleggen wat de redelijkheid en billijkheid inhoudt.

Een paar feitenrechters gaf aan definiëring van de redelijkheid en billijkheid niet nodig te achten; deze open norm zou op zich voldoende duidelijk zijn. De bevindingen uit de interviews wijzen deels anders uit. Weliswaar werd

---

86 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 67 en EV I, p. 71. Zie ook **VAN SCHILFGAARDE 2006**, p. 5 en **W. SNIJDERS 2014**, p. 544.

87 **H.J. SNIJDERS, *AA* 2012, afl. 10**, p. 775.

88 Om deze reden wordt in dit onderzoek de enkelvoudige vorm gebruikt.

89 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 66 en EV I, p. 72.

90 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, VV II, p. 64; **DE WOLF 1979**, p. 39; **REURICH, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**, p. 4; en **SCHELHAAS 2017**, p. 2. Zie ook hierna onder paragraaf 3.2.

vaker genoemd dat de redelijkheid en billijkheid verband houdt met het *rechtsgevoel* – of breder: met het *rechtsbewustzijn* –, maar de personen om wiens rechtsgevoel het zou gaan, liepen uiteen van de rechter zelf, de zaaksbetrokkenen, tot de gemeenschap waartoe ze behoren. Naast het rechtsgevoel en rechtsbewustzijn, moet de redelijkheid en billijkheid volgens een aantal geïnterviewde feitenrechters ook recht doen aan het *gerechtvaardigd vertrouwen* en de *belangen van betrokkenen.*

De redelijkheid en billijkheid werd veelal ook geassocieerd met het *rechtvaardigheidsbeginsel*. Sommige feitenrechters gaven te kennen bovenal aan een van de materiële functies van de redelijkheid en billijkheid te denken, namelijk de *corrigerende functie*. Deze functie is voor de niet-jurist als volgt toegelicht:

> 'Regels zijn regels, maar die regels kun je corrigeren als ze onaanvaardbaar zijn. Dan bekijk je regels rationeel en je kijkt ernaar met je hart. Daar zit een zekere appreciatie in van de rechter. Dat probeer je zo veel mogelijk uit te leggen aan het publiek.'

Al zou de gesprekspartner op het verjaardagsfeestje volgens deze feitenrechter nu misschien zeggen:

> 'Oh, dus je doet maar gewoon wat.'

Daarnaast herinnerde een enkeling eraan dat de redelijkheid en billijkheid wordt gebruikt als een *middel om maatwerk te kunnen leveren*, maar ook als een *'stoplap'*.

Volgens anderen krijgt de redelijkheid en billijkheid pas inhoud door de context waarin zij wordt gehanteerd. Definiëring van de redelijkheid en billijkheid in abstracto werd dan ook bijna als vloeken in de kerk beschouwd.

3.3 Beperkte toetsing in cassatie

De eisen casu quo maatstaven van redelijkheid en billijkheid behelzen ongeschreven, objectief recht. Dit wordt in de artikelen 6:2 lid 1 en 6:248 lid 1 BW onderstreept door de toevoeging *de eisen van*.[91] Deze eisen casu quo maatstaven vallen daardoor op basis van artikel 79 Wet RO onder het toezicht van de Hoge Raad. De Hoge Raad pleegt een beslissing omtrent de al dan niet toepasselijkheid daarvan echter slechts in beperkte mate te toetsen, omdat deze beslissing *gemengd* is.[92] Dit wil zeggen dat deze beslissing het midden houdt tussen een feitelijke vraag en een rechtsvraag; aan de ene kant is de al dan niet

91 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 67.
92 Zie het verslag van de Hoge Raad der Nederlanden 2005 en 2006, p. 32.

toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid (sterk) verstrengeld met de feiten en omstandigheden van het geval, aan de andere kant berust deze beslissing op de juridische betekenis die de redelijkheid en billijkheid in soortgelijke gevallen in het algemeen heeft. De toetsing in cassatie is volgens TJONG TJIN TAI veelal in die mate beperkt dat er slechts wordt gecontroleerd of de feitelijke rechterlijke instantie alle *relevante* feiten en omstandigheden in aanmerking heeft genomen en, omgekeerd, niet-relevante feiten en omstandigheden niet als relevant heeft aangemerkt, alsmede of de motivering begrijpelijk is.[93] Indien het eerste het geval is, geeft het oordeel van de feitelijke rechterlijke instantie blijk van een juiste rechtsopvatting. De precedentwaarde van dergelijke beslissingen is beperkt.[94] Deze precedentwaarde kan evenwel worden vergroot door duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten te formuleren die uit de redelijkheid en billijkheid kunnen worden afgeleid. Het is, nu de Hoge Raad tot taak heeft de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling te bevorderen, te bepleiten dat hij dit doet, ook ingeval de rechtsklacht wordt verworpen.[95] Ook voor de Hoge Raad geldt echter dat rechtsvorming niet onbegrensd wenselijk is; er zijn verschillende redenen om aan een uitspraak geen zaak overstijgende betekenis te geven.[96]

Hierna wordt in de (sub)paragrafen 7.3.2.2.1, 10.1.1, 10.5 en 10.15 nog een enkele opmerking gemaakt over de omvang van de toetsing in cassatie per materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en de verschillen daartussen.

3.4 Ambtshalve aanvulling en ambtshalve toepassing (artikel 25 Rv)

Het gegeven dat de eisen casu quo maatstaven van redelijkheid en billijkheid een bron van ongeschreven, objectief recht zijn, heeft daarnaast tot gevolg dat de rechter krachtens artikel 25 Rv verplicht is om de juridische grondslag van de vordering, het verzoek of het verweer ambtshalve *aan te vullen* met de redelijkheid en billijkheid. Dit betekent dat de rechter de aangevoerde feitelijke grondslag uit eigen beweging mag, ja zelfs moet vertalen naar een beroep op de redelijkheid en billijkheid, indien hiertoe aanleiding bestaat. Voor ambtshalve aanvulling is wel vereist dat de desbetreffende partij relevante feiten en omstandigheden naar voren heeft gebracht,[97] dat deze feiten en omstandigheden

93 **TJONG TJIN TAI, *WPNR* 2002/6482**, p. 261.

94 Zie **ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015**, nr. 146.

95 Zie ***Kamerstukken II* 2010/11, 32612**, 3, p. 10 (MvT) en **ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015**, nr. 317.

96 Zie **LOTH E.A., *TREMA* 2007, afl. 8**, p. 322-323 voor de soort gevallen waarin een minimalistische strategie is aangewezen. Zie ook paragraaf 1.2.

97 In meerdere interviews is te kennen gegeven dat een voldoende feitelijke grondslag vaak ontbreekt.

het ingeroepen rechtsgevolg ook op de redelijkheid en billijkheid kunnen rechtvaardigen en dat de door haar wel aangevoerde juridische grondslag niet exclusief is gesteld.[98]

De vraag of de rechter gehouden is om de redelijkheid en billijkheid *ambtshalve toe te passen* is een andere. Een bevestigend antwoord op deze vraag brengt immers met zich dat de grenzen van de rechtsstrijd mogen worden overschreden. Als criterium voor ambtshalve toepassing geldt dat het ingeroepen voorschrift van *openbare orde* moet zijn. Hiervan is, naar algemeen wordt aangenomen, sprake indien het algemeen belang (ter onderscheiding van het belang van partijen) in overwegende mate is betrokken.[99] Dit mag volgens RAS niet licht worden aangenomen.[100] Als dit wel wordt aangenomen, staat het voorschrift niet ter vrije beschikking van partijen, oftewel is het voorschrift van *super*dwingend recht.[101] Het is de vraag of de redelijkheid en billijkheid (steeds) als zodanig kan worden gekwalificeerd. Hier wordt verschillend over gedacht. VRIESENDORP was van mening dat er (wat betreft de aanvullende en corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid) drie zwaarwegende argumenten waren voor een bevestigend antwoord op deze vraag: 1. het dwingendrechtelijke karakter van artikel 1374 lid 3 OBW; 2. de overwegende mate van betrokkenheid van het algemeen belang bij de aanvullende en corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid; en 3. de vaste rechtspraak dat de rechter ambtshalve een overeenkomst mag uitleggen.[102] Volgens BAKKER is dit denkbeeld in zijn algemeenheid onjuist.[103] De handhaving van de redelijkheid en billijkheid (als een partijen bindende gedragsnorm, zie hierna) is zijns inziens niet steeds een kwestie van algemeen belang. Dit zou per geval moeten worden bekeken.

Artikel 25 Rv mist overigens toepassing bij artikel 6:258 BW aangaande onvoorziene omstandigheden, omdat hierop door partijen een beroep moet worden gedaan voordat de rechter de gevolgen van de overeenkomst mag wijzigen of deze overeenkomst geheel of gedeeltelijk mag ontbinden. Zie de bewoordingen van dit wetsartikel: *op verlangen van een der partijen*.[104]

---

98 Zie **ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL** 1995**, nr. 45; **TJONG TJIN TAI, *WPNR* 2002/6482**, p. 264; en **BAKKER 2012**, p. 127-128.

99 Zie **VRIESENDORP 1981**, p. 60; **SMITH 2004**, p.60; **CROMMELIN 2007**, p. 96; en **LOTH 2009**, p. 50.

100 **RAS 2011**, p. 54.

101 Zie **H.J. SNIJDERS, *WPNR* 1999/6376**, p. 153-154.

102 **VRIESENDORP 1981**, p. 62. Zie ook, meer in het algemeen, **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1999/6377**, p. 813.

103 **BAKKER 2012**, p. 124-125.

104 Zie ook **HAMMERSTEIN & VRANKEN 2003**, p. 38.

Bevindingen uit de interviews
Ook in de interviews is aan bod gekomen of de redelijkheid en billijkheid van openbare orde is. Het werd namelijk interessant geacht te weten of de feitenrechters de redelijkheid en billijkheid ook ambtshalve toepassen, en zo ja, in welk(e) geval(len) (zie bijlage 2, interviewvraag 2d).

Twee geïnterviewde feitenrechters beantwoordden deze vraag ontkennend. Volgens de eerste geïnterviewde feitenrechter is ambtshalve toepassing niet mogelijk, omdat dit een, gezien artikel 24 Rv, ongeoorloofde ambtshalve aanvulling van de feitelijke grondslag inhoudt. De feiten en omstandigheden van het geval zouden bepalen wat redelijk en billijk is en niet dit 'containerbegrip' zelf.[105] De tweede geïnterviewde feitenrechter gaf een andere verklaring. De redelijkheid en billijkheid zou nooit een kwestie van openbare orde zijn. Zelfs in het hypothetische geval dat de erfgenamen in het arrest *Moord en algehele gemeenschap*[106] (zie voor een korte samenvatting van de feiten en omstandigheden paragraaf 10.7) de redelijkheid en billijkheid niet zouden hebben ingeroepen, zou de rechter deze open norm niet ambtshalve hebben mogen toepassen.

Van de geïnterviewde feitenrechters die de redelijkheid en billijkheid wel ambtshalve (zouden) toepassen, refereerde slechts één feitenrechter aan de kwalificatie van de redelijkheid en billijkheid als voorschrift van openbare orde. Anderen zeiden tot ambtshalve toepassing over te gaan als hun 'eigen normen én waarden en ervaringen' dit gebieden of 'in gevallen waarin je tot een resultaat komt dat niet goed voelt'. Daarnaast zou 'het belang van het kind vaak als alibi gezien [worden] om in te grijpen, ook op punten waar partijen het niet over hebben gehad'. Het laten varen van de lijdelijkheid heeft volgens een van de geïnterviewde feitenrechters te maken met het verlangen om op een zo duurzaam mogelijke wijze recht te doen.

Uit de gegeven antwoorden kan verder worden afgeleid dat ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid nauwelijks voorkomt, alsook dat ambtshalve aanvulling en ambtshalve toepassing niet door eenieder strikt worden onderscheiden.

3.5 Dwingendrechtelijke norm

Of de redelijkheid en billijkheid van *super*dwingend recht is, is aldus discutabel. In deze paragraaf wordt onderzocht of dit begrip wel van (normaal) dwingend recht is. De meeste rechtswetenschappelijke onderzoekers lijken hiervan uit te

105 Hiertegen kan worden ingebracht dat het verbod buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden slechts geldt voor de aanvullingsplicht van artikel 25 Rv; de rechter is niet lijdelijk wat betreft voorschriften van openbare orde.

106 **HR 7 december 1990**, *AA*19910679, m.nt. S.C.J.J. Kortmann; *NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten (*Moord en algehele gemeenschap*).

gaan. Ze achten het ondenkbaar dat partijen deze basisnorm van het gehele vermogensrecht, zo niet van het gehele privaatrecht kunnen uitsluiten of daar afstand van kunnen doen.[107] Deze overtuiging wordt ondersteund door de dwingendrechtelijke formulering van de algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen, waaronder de artikelen 3:12, 6:2 en 6:248 BW: 'moet rekening worden gehouden met'; 'zijn verplicht'; 'is niet van toepassing'; en 'heeft niet'. Daarnaast bepaalt artikel 6:250 BW uitdrukkelijk dat bij overeenkomst kan worden afgeweken van de *volgende* artikelen van afdeling 6.5.4 BW (met uitsluiting van onder andere artikel 6:258 BW aangaande onvoorziene omstandigheden), waarmee impliciet wordt gesuggereerd dat artikel 6:248 BW niet opzij kan worden gezet.[108] Dat deze algemene bepaling van dwingend recht is, heeft de wetgever van het nieuw Burgerlijk Wetboek volgens ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014 zo vanzelfsprekend geacht dat hij is vergeten deze bepaling in artikel 6:250 BW te noemen.[109]

Partijen kunnen, zoals WISSINK heeft opgemerkt, wel beïnvloeden wat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit;

> 'Naarmate partijen meer hebben geregeld, is er minder noodzaak en plaats voor aanvulling van hun contract.'[110]

Ook bij onvoorziene omstandigheden kunnen partijen, ter voorkoming dat de rechter op grond van artikel 6:258 BW de gevolgen van de overeenkomst zal wijzigen of deze overeenkomst geheel of gedeeltelijk zal ontbinden, een risicoverdeling afspreken ten aanzien van specifieke, toekomstige onvoorziene omstandigheden.[111]

Deze heersende visie is, wat betreft de functie bij uitleg en de aanvullende functie (ter afbakening van de corrigerende functie, zie paragraaf 7.3) van de redelijkheid en billijkheid, echter in twijfel getrokken door VAN BIJNEN in zijn proefschrift inzake aanvullend contractenrecht, alsmede door

---

107 Zie **VRIESENDORP 1981**, p. 62; **HARTKAMP, *WPNR* 2006/6671**, p. 468-471; **SCHOORDIJK, *NJB* 2007/421, afl. 8**, p. 1233; **BAKKER, *WPNR* 2011/6890-91**, p. 505-509; **WISSINK, *Contracteren* 2011, afl. 5**, p. 24-26; **BAKKER 2012**, p. 10, p. 60 en p. 75-79; **TJITTES, *De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten* 2013**, p. 401; en **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 380.

108 Al zou ook a contrario kunnen worden geredeneerd dat artikel 6:248 BW van aanvullend recht is. 'Dat argument heeft [echter] de zwakte van elke a contrario-redenering: het argument veronderstelt immers dat artikel 6:250 BW ook iets wil (of kan) zeggen over gevallen waarop het niet van toepassing is. Dat is niet erg overtuigend.' **WISSINK, *Contracteren* 2011, afl. 5**, p. 25.

109 **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 380.

110 **WISSINK, *Contracteren* 2011, afl. 5**, p. 26.

111 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 975.

DRION[112] en SCHELHAAS.[113] Partijen, met name grote, commerciële partijen, zouden deze materiële functies van de redelijkheid en billijkheid moeten kunnen weg contracteren, vanwege de rechtszekerheid. Ze zouden behoefte hebben aan voorspelbare oplossingen. Aan deze afwijkende visie ligt de gedachte ten grondslag dat de rechter niet goed in staat is om te bedenken hoe partijen zelf de desbetreffende leemte zouden hebben opgevuld.

Tegen deze formalistische visie kunnen, naast de hiervoor genoemde argumenten vóór de kwalificatie van de redelijkheid en billijkheid als dwingend recht, de volgende argumenten worden aangevoerd. Ten eerste liggen de materiële functies van de redelijkheid en billijkheid in elkaars verlengde (zie subparagraaf 7.3.1), zijn de aanvullende en corrigerende functie in de praktijk niet duidelijk van elkaar af te grenzen (zie subparagraaf 7.3.2.2.1) en vormen de aanvullende en corrigerende functie in sommige gevallen een harmonisch geheel (zie subparagrafen 7.3.1.2 en 7.3.1.3), waardoor niet kan worden gezegd dat de ene toepassingsvorm van de redelijkheid en billijkheid wel en de andere niet van dwingendrechtelijk aard is.[114] Ten tweede is onduidelijk hoe er volgens de aanhangers van deze formalistische visie moet worden omgegaan met de situatie waarin een overeenkomst een leemte bevat en de overige (aanvullende) bronnen van objectief recht (*de wet en de gewoonte*) niet bepalen hoe deze leemte moet worden opgevuld.[115] Mag de rechter dan weigeren recht te spreken?[116] Ten derde heeft W. SNIJDERS nog opgemerkt dat het argument dat opzijzetting van de functie van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg voorkomt dat partijen worden overvallen door onaangename verrassingen door onverwachte rechterlijke beslissingen (gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid en ingaande tegen de letterlijke betekenis van de bewoordingen van het contract) ook omgekeerd kan worden; het kan voorkomen dat een partij zich niet heeft gerealiseerd dat de letterlijke betekenis van de bewoordingen van het contract tot een resultaat zal leiden, wat zij niet heeft gewild, terwijl de wederpartij dit heeft begrepen of had moeten begrijpen.[117]

---

112 **DRION (*Contracteren* 2006, afl. 1**, p. 22-23) is (dan ook), anders dan **HARTKAMP (*WPNR* 2006/6671**, p. 467-472), van oordeel dat VAN BIJNEN een prima proefschrift heeft geschreven.

113 **VAN BIJNEN 2005**, p. 283-284; **DRION, *NJB* 2007/421, afl. 8**, p. 433; en **SCHELHAAS, *NTBR* 2008/21, afl. 4**, p. 153-154.

114 Zie **HARTKAMP, *WPNR* 2006/6671**, p. 468-471; **BAKKER, *WPNR* 2011/6890-91**, p. 507; **WISSINK, *Contracteren* 2011, afl. 5**, p. 25; **BAKKER 2012**, p. 79; en **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 380.

115 Zie **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 380.

116 Deze vraag lijkt door **WISSINK** (***Contracteren* 2011, afl. 5**, p. 25) ontkennend te zijn beantwoord. De overeenkomst lijkt in een dergelijk geval volgens hem te moeten worden 'aangevuld' met correctiemechanismen uit dwingende wetsbepalingen.

117 **W. SNIJDERS 2014**, p. 560.

3.6 Normerende werking

In de rechtsliteratuur is daarnaast uitvoerig geredetwist over de vraag of de openheid van de redelijkheid en billijkheid belet dat hier een normerende werking vanuit gaat. Aan de ene kant van het spectrum is verdedigd dat dit inderdaad het geval is; de rechter zou enkel zijn aangewezen op zijn eigen (rechts)opvattingen. Aan de andere kant is bepleit dat de rechter niet zijn eigen maatstaf is, maar het objectieve recht toepast, wanneer hij de redelijkheid en billijkheid hanteert.

HESSELINK, die aan het ene uiterste staat, heeft in zijn proefschrift een alternatieve visie op de redelijkheid en billijkheid geïntroduceerd: de redelijkheid en billijkheid als spreekbuis van nieuwe regels.[118] De materiële functies van de redelijkheid en billijkheid (*uitleg, aanvulling en correctie*) zouden in feite normale taken van de rechter bij de rechtstoepassing zijn: *concretiseren, aanvullen en corrigeren van regels*. Uit deze assimilatie volgt volgens hem dat de redelijkheid en billijkheid niet (meer[119]) als norm kan worden beschouwd. In principe zouden alle gevallen onder deze 'norm' kunnen worden gebracht, alsook ieder voorstelbaar rechtsgevolg. Dit zou dan ook de reden zijn waarom het niet mogelijk is om het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid te beperken (zie ook paragraaf 4.4). Naast spreekbuis van nieuwe regels, zou de redelijkheid en billijkheid ook een dekmantel zijn. Rechters zouden niet openlijk (hebben) durven uitkomen voor hun rechtsvormende taak en zouden zich daarom (hebben verscholen, of nog steeds) verschuilen achter (met name de aanvullende en corrigerende functie van) de redelijkheid en billijkheid, wanneer ze nieuwe regels vormen. Deze schaamte is volgens HESSELINK vandaag de dag niet meer nodig; de rol van de rechter als schepper van nieuwe regels zou in alle Europese code-stelsels tot wasdom zijn gekomen. De rechter zou zijn oordeel dan ook niet (meer) hoeven en dienen te motiveren met een verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid. Hij zou daarentegen de werkelijke grondslag van de nieuwe regel moeten geven. Hij zou moeten aangeven welke bestaande regel hij concretiseert, aanvult of corrigeert en hoe de nieuwe regel luidt. HESSELINK heeft wel onderkend dat dit de rechter op kritiek kan komen te staan wat betreft de objectiviteit van zijn uitspraak en de onbekendheid van de burger met deze nieuwe regel. Hoewel deze kritiek zijns inziens − zeker in de beginfase − reëel is, is een verschuiling achter de

118 **HESSELINK 1999**, deel 4. Zie ook **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1999/6377**, p. 811-816; **W. SNIJDERS, *WPNR* 1999/6376**, p. 792-798; **BORGERS E.A., *NJB* 2000, afl. 42**, p. 2029-2031; **HESSELINK, *NJB* 2000, afl. 42**, p. 2032-2040; en **HESSELINK 2011**, p. 471-498.

119 Deze verwording tot volledig open norm is zijns inziens veroorzaakt door de toepassing daarvan in de jurisprudentie. **HESSELINK 1999**, p. 408.

redelijkheid en billijkheid niet de oplossing. Deze oplossing moet worden gevonden in een zo precies mogelijke omschrijving van de nieuwe regel;

> 'd.w.z. welke omstandigheden voor een bepaalde concretisering, aanvulling of correctie de doorslag hebben gegeven, en hoe de nieuwe regel zich verhoudt tot het bestaande recht. Ook te vermijden is inconsistentie.'[120]

Kortom: een algemene redelijkheids- en billijkheidsbepaling zou niet nodig zijn.

DE KLUIVER had eerder al in zijn proefschrift verdedigd dat de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in de artikelen 6:2 en 6:248 BW *primair* − doch, anders dan HESSELINK heeft bepleit, niet *alleen maar*[121] − moet worden gezien als een beslissingsnorm die de rechter de bevoegdheid geeft concrete rechtsregels te formuleren. Aan de rechter zou dan ook een betrekkelijk grote beslissingsvrijheid toekomen. Uit de redelijkheid en billijkheid vloeien zijns inziens in de context van onderhandelen, het onderwerp van zijn proefschrift, geen regels over de concrete verplichtingen van partijen voort; zij zouden slechts in het algemeen gehouden zijn om rekening te houden met de belangen van de wederpartij. Overwegende dat onderhandelen gaat over belangen (in ruime zin, waaronder aldus ook waarden moeten worden verstaan), heeft hij aangenomen dat de onderhandelingsverhouding moet worden gezien als een besluitvormingsproces. Deze gedachte zou een steun in de rug bieden voor de beantwoording van de vraag waartoe partijen gehouden zijn in de precontractuele sfeer.[122]

In het midden van het spectrum bevindt zich W. SNIJDERS, volgens wie de maatstaven van redelijkheid en billijkheid zich zowel lenen voor de ontwikkeling van normen, als voor de beoordeling van het individuele geval.[123] Hij heeft de redelijkheid en billijkheid als rechterlijke beslissingsnorm en de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm voor burgers dan ook wel voorgesteld als twee kanten van dezelfde munt[124] − wat NIESKENS-ISPHORDING eerder al had gedaan in haar kritische beschouwing van het proefschrift van DE KLUIVER.[125]

---

120 **HESSELINK 1999**, p. 417.

121 'Daarmee ontken ik overigens niet dat "goede trouw" in het maatschappelijk verkeer ook functioneert als kwalificatie van bepaald handelen en dat zo'n maatschappelijk gevoelen relevant is voor de juridisch geschoolde beslisser. Doorslaggevend is dat echter niet. Het is bij het vormen van het rechterlijk oordeel een factor van belang, niet meer en niet minder.' **DE KLUIVER 1992**, p. 43.

122 **DE KLUIVER 1992**, p. 31-57.

123 **W. SNIJDERS, *WPNR* 1999/6376**, p. 793. Zie ook **W. SNIJDERS, *WPNR* 2007/6693**, p. 11-12.

124 **W. SNIJDERS 2014**, p. 546.

125 **NIESKENS-ISPHORDING, *WPNR* 1995/6200**, p. 741.

Ook VAN SCHILFGAARDE heeft zich in zijn bespreking van de afwijkende visie van HESSELINK, zij het in sterkere bewoordingen, tegen diens denkbeeld uitgesproken.[126] Dit denkbeeld, inhoudende dat de redelijkheid en billijkheid niets anders is dan een spreekbuis van nieuwe regels, dan wel een dekmantel voor rechtsvorming, zou niet erg overtuigend zijn, nu niet aannemelijk zou zijn gemaakt dat de redelijkheid en billijkheid voor burgers geen betekenis (meer) heeft. VAN SCHILFGAARDE behoort tot de in paragraaf 3.1 genoemde personen die de terminologische wijziging van de goede trouw (in objectieve zin) in de redelijkheid en billijkheid betreurde. Hij heeft deze wijziging een 'suffe streek' genoemd, die lastig is voor studenten, maar niet iets is om je druk over te maken.[127] Nu hij kennis heeft genomen van de hiervoor genoemde voorstelling van W. SNIJDERS, is hij, naar eigen zeggen, gaan twijfelen of hij dit nog steeds zou schrijven.[128]

De grondgedachte waarop het betoog van HESSELINK steunt, is door REURICH bekritiseerd in zijn proefschrift.[129] Deze grondgedachte is door hem als volgt omschreven:

> 'Een norm moet op voorhand helderheid verschaffen over het gedrag dat zij voorschrijft en de rechtsgevolgen die afwijkend gedrag met zich meebrengen.'[130]

In plaats van deze grondgedachte is REURICH ervan uitgegaan dat een open norm als de redelijkheid en billijkheid in een samenleving gedragsnormerend kan werken. Hij heeft als verklaring hiervoor gegeven dat in gedragingen van partijen een normatieve dimensie besloten kan liggen. De gedachte dat een norm de uiterlijke vorm moet hebben van een regel heeft hij dan ook verworpen.

BAKKER staat aan het andere uiterste en heeft betoogd dat de redelijkheid en billijkheid moet worden opgevat als een diep in het maatschappelijke gebeuren gewortelde gedragsnorm.[131] Om hemzelf aan het woord te laten:

> 'Het feit dat eerst bij de beoordeling achteraf door de rechter in concreto wordt geformuleerd waartoe partijen destijds in de gegeven omstandigheden gehouden waren, laat in de hier verdedigde visie onverlet dat zij daartoe reeds

126 **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1999/6377**, p. 814.
127 **VAN SCHILFGAARDE, *NRC* 27 september 1991**.
128 **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1999/6377**, p. 816.
129 **REURICH, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**, p. 103.
130 **REURICH, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**, p. 44.
131 **BAKKER 2012**, hoofdstuk 1. Zie ook **BAKKER, *AA* 2013, afl. 5**, p. 409-413 en **BAKKER, *WPNR* 2013/6966**, p. 199-201.

> ten tijde van het gewraakte handelen op grond van het objectieve recht gehouden waren.'[132]

De redelijkheid en billijkheid zou aldus onderdeel uitmaken van het objectieve recht en niet samenvallen met (de taken van) de rechter. Dat de redelijkheid en billijkheid context gebonden is, zou niet betekenen dat aan de redelijkheid en billijkheid iedere willekeurige betekenis kan worden toegedicht.

Bevindingen uit de interviews

De vraag of de redelijkheid en billijkheid (primair) moet worden gezien als een tot de rechter gerichte beslissingsnorm of als een tot rechtszoekenden gerichte gedragsnorm (zie bijlage 2, interviewvraag 7b) houdt de geïnterviewde feitenrechters verdeeld. Enkelen spraken zich zonder restricties uit voor het ene of het andere uiterste. Veruit de meesten gaven echter aan dat de redelijkheid en billijkheid in gelijke mate voor henzelf als voor burgers is bestemd. Doorvragend bleek dat een aantal van hen toch in de richting van een gedragsnorm dacht. Met voorgaande hadden ze slechts te kennen willen geven dat de redelijkheid en billijkheid tegelijk ook een beslissingsnorm is.

Dat de rechter slechts achteraf *constateert* wat altijd al zo heeft gegolden, doet volgens een aanhanger van HESSELINKs visie Bijbels aan. Bij de invulling van deze open norm zou juist gekeken moeten worden naar het gedrag van *deze* partijen in *deze situatie*. De gegeven gedragsregel zou niet statisch zijn.[133]

Waarom konden sommige geïnterviewde feitenrechters nu geen keuze maken ten aanzien van de primaire gerichtheid van de redelijkheid en billijkheid? Dit kwam volgens henzelf doordat de gerichtheid van de redelijkheid en billijkheid verschilt al naar gelang de situatie waar de open norm voor is geschreven. Zo zou het bij de vaststelling van de verdeling, rekening houdend met de (redelijkheid en) billijkheid, met name van belang zijn dat er een knoop wordt doorgehakt en in mindere mate hoe de wijze van verdeling er uitziet. Artikel 3:185 lid 1 BW werd bovenal als een ordemaatregel beschouwd. Of, zoals een van de geïnterviewde feitenrechters het zelf zei:

> 'Er moet even een klap op gegeven worden, als mensen er zelf niet uitkomen.'

Ook zou het voorkomen dat de uitkomst van een geschil – zonder toepassing van de redelijkheid en billijkheid – onredelijk en onbillijk is, terwijl partijen zich niet onredelijk en onbillijk hebben gedragen. De redelijkheid en billijkheid zou

---

132 **BAKKER 2012**, p. 13.

133 Dit lijkt echter door de aanhangers van het tegenovergestelde denkbeeld ook niet te worden beweerd.

in die gevallen aldus primair moeten worden opgevat als een rechterlijke beslissingsnorm. In andere gevallen zou de redelijkheid en billijkheid echter in de eerste plaats zijn gericht tot burgers.

3.7 Samenvattend

De wetgever van het nieuw Burgerlijk Wetboek heeft gekozen voor de term *redelijkheid en billijkheid* in plaats van voor de *goede trouw*, omdat deze laatste term voor tweeërlei uitleg vatbaar was: de subjectieve goede trouw van het niet (beter) weten en de objectieve goede trouw van het handelen (thans: de redelijkheid en billijkheid). Hoewel de woorden *redelijkheid* en *billijkheid* ieder hun eigen gevoelswaarde hebben (*met hoofd* en *hart*), is hiermee geen juridisch verschil beoogd. In de interviews is de inschatting dat definiëring van de redelijkheid en billijkheid uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk is, bewaarheid. Daarom zijn enkele sleutelwoorden genoemd: *rechtsgevoel/rechtsbewustzijn*; *gerechtvaardigd vertrouwen*; *belangen van betrokkenen*; *rechtvaardigheids-beginsel*; *corrigerende functie*; *middel om maatwerk te kunnen leveren*; en *'stoplap'*.

Volgens de parlementaire geschiedenis is de redelijkheid en billijkheid een bron van ongeschreven, objectief recht. Dit heeft twee implicaties. Ten eerste vallen de eisen casu quo maatstaven van redelijkheid en billijkheid daardoor onder het toezicht van de Hoge Raad, zij het dat de omvang van de toetsing in cassatie beperkt is. Dit komt doordat de redelijkheid en billijkheid (sterk) is verstrengeld met de feiten en omstandigheden van het geval. Ten tweede is de rechter verplicht om de juridische grondslag van de vordering, het verzoek of het verweer ambtshalve aan te vullen met de redelijkheid en billijkheid. Over de vraag of de redelijkheid en billijkheid ook ambtshalve moet worden toegepast, en dus als een voorschrift van openbare orde (*super*dwingend recht) dient te worden gekwalificeerd, bestaat in de rechtsliteratuur en onder de geïnterviewde feitenrechters geen eensgezindheid. In de rechtsliteratuur zijn er zelfs rechtswetenschappelijke onderzoekers die hebben bepleit dat de redelijkheid en billijkheid in haar functie bij uitleg en in haar aanvullende functie geeneens dwingend recht is. Het enige argument dat ze hiervoor hebben aangevoerd, is dat partijen, met name grote, commerciële partijen, behoefte hebben aan voorspelbare beslissingen.

Tot slot is in dit hoofdstuk de in de rechtsliteratuur gevoerde discussie of de redelijkheid en billijkheid (primair) moet worden gezien als een *rechterlijke beslissingsnorm* of als een *gedragsnorm voor burgers* weergegeven. Aanhangers van dit eerste denkbeeld zijn van mening dat de redelijkheid en billijkheid zo open is dat zij niet als gedragsnorm kan fungeren. De rechter zou dan ook (ge)heel vrij zijn bij zijn beslissing de redelijkheid en billijkheid al dan niet toe te passen. Zij die de redelijkheid en billijkheid (met name) als een

gedragsnorm beschouwen, zien deze open norm als een onderdeel van het objectieve recht. Meerdere geïnterviewde feitenrechters konden niet aangeven tot wie de redelijkheid en billijkheid volgens hen primair is gericht. Als verklaring hiervoor hebben ze gegeven dat dit per situatie verschillend is.

3.8 Enkele deelconclusies

Uit deze onderzoeksresultaten kunnen de volgende deelconclusies worden getrokken. Ten eerste is, aangezien met de terminologische wijzing van de (objectieve) goede trouw van het handelen in de redelijkheid en billijkheid geen materiële wijziging is beoogd, de jurisprudentie dienaangaande, gewezen onder vigeur van het oud Burgerlijk Wetboek, ook nu nog van belang. Ten tweede hebben de woorden *redelijkheid* en *billijkheid*, ondanks hun verschillende gevoelswaarde, in juridische zin geen andere betekenis. Ten derde lijkt het, vanwege de (sterke) verstrengeling van de redelijkheid en billijkheid met de feiten en omstandigheden van het geval, niet mogelijk om een definitie van dit begrippenpaar, anders dan door middel van sleutelwoorden, te geven. Ten vierde kan de precedentwaarde van de beslissing of de redelijkheid en billijkheid al dan niet van toepassing is door de Hoge Raad worden vergroot door duidelijke subregels, vuistregels of gezichtspunten te formuleren die uit de redelijkheid en billijkheid kunnen worden afgeleid. Hiervoor pleit, ook ingeval de rechtsklacht wordt verworpen, dat de Hoge Raad tot taak heeft de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling te bevorderen. Er zijn echter gevallen waarin een 'brede' uitspraak niet verkieselijk is, zoals wanneer de rechter zijn staatsrechtelijke taak te buiten gaat. Ten vijfde is het gegeven dat een voldoende feitelijke grondslag aanwezig moet zijn (zie artikel 24 Rv) een voor de praktijk belangrijk beletsel voor ambtshalve aanvulling (en toepassing) van de redelijkheid en billijkheid (in het algemeen) gebleken. Verder lijkt voor het antwoord op de vraag of de rechter gehouden is om de redelijkheid en billijkheid ambtshalve toe te passen het denkbeeld van BAKKER dat per geval dient te worden bekeken of de redelijkheid en billijkheid in hoge mate aan het algemeen belang raakt het beste verdedigbaar, nu de redelijkheid en billijkheid (sterk) is verstrengeld met de feiten en omstandigheden van het geval. In de zevende plaats zijn er meerdere argumenten om aan te nemen dat de redelijkheid en billijkheid wel steeds van (normaal) dwingend recht is. Ten achtste en laatste kan worden geconcludeerd dat het denkbeeld inzake de (primaire) gerichtheid van de redelijkheid en billijkheid kan verklaren waarom de rechter vrij respectievelijk gebonden wordt geacht bij zijn beslissing de redelijkheid en billijkheid al dan niet toe te passen. Met andere woorden: indien de redelijkheid en billijkheid wordt gezien als een rechterlijke beslissingsnorm, lijkt er niet één, juiste beslissing te zijn, terwijl dit bij het tweede denkbeeld wel zo is. Desondanks lijkt de rechter volgens de aanhangers van beide denkbeelden te moeten motiveren waarom hij voor een

bepaalde uitleg, aanvulling of correctie heeft gekozen, respectievelijk heeft moeten kiezen, en welke feiten en omstandigheden hij daarbij relevant heeft geacht.

4 Toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid als open norm

Nu de deelvraag wat onder de redelijkheid en billijkheid *wordt en moet worden verstaan is beantwoord, kan worden onderzocht waar dit begrippenpaar allemaal een rol speelt. Het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid als open norm is door de jaren heen flink toegenomen. Gelet op alle schakelbepalingen, jurisprudentiële uitbreidingen en wettelijke kristallisaties, is het begrijpelijk dat de redelijkheid en billijkheid thans over het algemeen wordt gezien als de basisnorm van het gehele vermogensrecht, zo niet van het gehele privaatrecht.*

In paragraaf 4.1 wordt bekeken hoe de redelijkheid en billijkheid is ingebed in de wet. Hierbij wordt ook de verhouding tussen de verschillende redelijkheids- en billijkheidsbepalingen behandeld. Vervolgens worden in paragraaf 4.2 de schakelbepalingen beschreven die ervoor zorgen dat deze bepalingen van (overeenkomstige) toepassing zijn buiten hun oorspronkelijke toepassingsgebied. Paragraaf 4.3 laat zien dat de rechter ook daarbuiten voldoende grond aanwezig heeft geacht voor overeenkomstige toepassing van de redelijkheid en billijkheid op bepaalde rechtsverhoudingen. Paragraaf 4.4 is daaropvolgend gewijd aan de uit de redelijkheid en billijkheid afgeleide regels die zijn gecodificeerd in het Burgerlijk Wetboek. De in het vorige hoofdstuk ter sprake gekomen alternatieve visie van HESSELINK is met name ontwikkeld uit verzet tegen de voorstelling dat deze wettelijke kristallisaties de inhoud van de redelijkheid en billijkheid vormen. Ook dit hoofdstuk wordt, in de paragrafen 4.5 en 4.6, afgesloten met een samenvatting en enkele deelconclusies.

4.1 Wettelijke inbedding

Er is niet voor gekozen om in het Burgerlijk Wetboek één algemene bepaling op te nemen die voorschrijft tot welke rechtsverhoudingen de redelijkheid en billijkheid zich allemaal uitstrekt. HARTKAMP vermoedde dat dit komt omdat de rechtsontwikkeling ten tijde van het ontwerpen van de Boeken 3 en 6 BW nog niet zo ver voortgeschreden was dat de ontwerpers daarvan het aandurfden de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid voor alle vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen voor te schrijven.[134] Daarnaast zou een voorstel in die richting toentertijd zijns inziens mogelijk zijn gestuit op wetstechnische of politieke bezwaren. In plaats daarvan is op diverse, afzonderlijke plaatsen in het Burgerlijk Wetboek verwezen naar de redelijkheid en billijkheid. In enkele bepalingen gaat het om een algemene toepasselijkheidsverklaring op een bepaalde rechtsverhouding. Deze bepalingen

134 **HARTKAMP, *WPNR* 1981/5559-60**, p. 229.

worden in dit onderzoek, in navolging van WOLTERS,[135] aangeduid als *algemene (redelijkheids- en billijkheids)bepalingen*. In andere bepalingen is gerefereerd aan een specifieke materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid, waardoor de redelijkheid en billijkheid gestalte heeft gekregen binnen deze bepalingen. Hierna wordt ingegaan op het toepassingsbereik van beide soorten bepalingen en de verhouding tussen deze bepalingen (onderling).

4.1.1 Algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen

De artikelen 2:8, 3:12, 6:2, 6:248 en 8:162 BW kunnen als algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen worden aangemerkt, aangezien zij de redelijkheid en billijkheid in het algemeen van toepassing verklaren op een bepaalde rechtsverhouding. Het toepassingsbereik van de eerst- en laatstgenoemde algemene bepaling wordt onbesproken gelaten, omdat deze bepalingen buiten het bestek van dit onderzoek vallen.

Artikel 3:12 BW is opgenomen om het particulier-autonome redelijkheids- en billijkheidsoordeel (zo veel mogelijk) uit te sluiten (waarover meer in paragraaf 6.1).[136] Deze algemene bepaling heeft plaats gekregen in Boek 3 BW en vindt derhalve toepassing in het gehele vermogensrecht. Artikel 3:15 BW verklaart artikel 3:12 BW daarnaast *rechtstreeks* van toepassing buiten het vermogensrecht, voor zover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet.

Krachtens artikel 6:2 BW is iedere *verbintenis*, dus ook een verbintenis uit overeenkomst, onderworpen aan de redelijkheid en billijkheid. Desondanks is in artikel 6:248 BW herhaald dat de redelijkheid en billijkheid van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Deze herhaling komt volgens de parlementaire geschiedenis de overzichtelijkheid ten goede.[137] Hierdoor zou worden verduidelijkt dat uit de redelijkheid en billijkheid nog andere rechtsgevolgen van een overeenkomst kunnen voortvloeien dan de verplichting van schuldeiser en schuldenaar om zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.[138] Uit de redelijkheid en billijkheid kan aldus een verbintenis tussen de overeenkomst sluitende partijen voortvloeien, *naast* de verbintenissen die tussen hen bestaan op grond van de wet, het overeengekomene (en de gewoonte).[139] Daarnaast kunnen uit een obligatoire overeenkomst ook rechtsgevolgen van andere aard dan

135 **WOLTERS, *WPNR* 2015/7045**, p. 33.
136 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 3 (Inv. 3, 5 en 6)**, MvA II, p. 1034.
137 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 924.
138 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 921. Zie ook **SCHELHAAS 2017**, p. 17.
139 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 921. Zie ook **HARTKAMP 2005**, p. 383; **WOLTERS 2013**, p. 10; en **SCHELHAAS 2017**, p. 17.

verbintenissen voortvloeien, waarop artikel 6:2 BW niet, maar artikel 6:248 BW wel van toepassing is.[140] Daarenboven is herhaling zinvol geacht vanwege de schakelbepaling van artikel 6:216 BW, die het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid in beginsel uitbreidt tot andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen (zie ook paragraaf 4.2).[141] Deze schakelbepaling is, zoals we in hoofdstuk 9 zullen zien, van groot belang voor familierechtelijke zaken van vermogensrechtelijke aard.

4.1.2 Wettelijke preciseringen

In verscheidene bepalingen is gerefereerd aan een specifieke materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid, waardoor de redelijkheid en billijkheid gestalte heeft gekregen binnen deze bepalingen.[142] Een van de

---

140 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 924. Zie ook **HARTKAMP 2005**, p. 383 en **SCHELHAAS 2017**, p. 17. **WOLTERS** (**2013**, p. 10) heeft opgemerkt dat artikel 6:248 BW buiten twijfel stelt dat de redelijkheid en billijkheid ook overeenkomsten beheerst die geen verbintenissen in het leven roepen. Dit lijkt, gelet op de plaats van artikel 6:248 BW in titel 6.5 BW en de in die titel gegeven definitie van een overeenkomst, een kennelijke verschrijving.

141 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 921. Zie ook **HARTKAMP 2005**, p. 382-383; **WOLTERS 2013**, p. 10; **HIJMA & OLTHOF 2014**, p. 361; en **SCHELHAAS 2017**, p. 17.

142 Voorbeelden hiervan zijn de artikelen 1:137 lid 3 ('Een echtgenoot is slechts gehouden een inbetalinggeving van goederen te aanvaarden dan wel kan deze slechts verlangen in plaats van een verrekening in geld, voor zover de verrekening in geld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'), 1:141 lid 3 ('Indien bij het einde van het huwelijk aan een bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen periodieke verrekenplicht als bedoeld in het eerste lid niet is voldaan, wordt het alsdan aanwezige vermogen vermoed te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden, tenzij uit de eisen van redelijkheid en billijkheid in het licht van de aard en omvang van de verrekenplicht anders voortvloeit. (…)'), 1:157 lid 5 ('Indien de beëindiging van de uitkering ten gevolge van het verstrijken van de in het vierde lid bedoelde termijn van zo ingrijpende aard is dat ongewijzigde handhaving van die termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van degene die tot de uitkering gerechtigd is niet kan worden gevergd, kan de rechter op diens verzoek alsnog een termijn vaststellen. (…)'), 1:159 lid 3 ('Ondanks een zodanig beding kan op verzoek van een der partijen de overeenkomst door de rechter bij de echtscheidingsbeschikking of bij latere beschikking worden gewijzigd op grond van een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden, dat de verzoeker naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer aan het beding mag worden gehouden.'), 1:180 lid 1 ('Indien als gevolg van de gevraagde ontbinding van het huwelijk een bestaand vooruitzicht op uitkeringen aan de andere echtgenoot na vooroverlijden van de echtgenoot die het verzoek heeft gedaan zou teloorgaan of in ernstige mate zou verminderen, en de andere echtgenoot deswege tegen het verzoek verweer voert, kan het verzoek niet worden toegewezen voordat daaromtrent een voorziening is getroffen die, gelet op de omstandigheden van het geval, ten opzichte van beide echtgenoten billijk is te achten. (…)'), 1:399 ('De rechter kan de verplichting van bloed- en aanverwanten

belangrijkste *wettelijke preciseringen* is artikel 6:258 BW. Deze bepaling ziet op de situatie dat zich onvoorziene (lees: niet in de overeenkomst verdisconteerde,[143] zie ook subparagraaf 7.3.1.3.2) omstandigheden hebben voorgedaan na het sluiten van de obligatoire overeenkomst (of het verrichten van een andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling, zie artikel 6:216 BW).

De vraag die nu opkomt, is of deze wettelijke preciseringen uitsluiten dat binnen het toepassingsbereik daarvan een beroep kan worden gedaan op de algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen. De meningen in de rechtsliteratuur zijn over deze vraag ten aanzien van de verhouding tussen artikel 6:248 lid 2 BW en artikel 6:258 BW verdeeld. Aan de ene kant is op basis van de parlementaire behandeling van artikel 6:258 BW verdedigd dat artikel 6:248 lid 2 BW niet kan worden ingeroepen als grondslag in geval van onvoorziene omstandigheden, oftewel, dat artikel 6:258 BW is te beschouwen als een *lex specialis* ten opzichte van artikel 6:248 lid 2 BW.[144] De memorie van antwoord bij Boek 6 BW vermeldde namelijk dat:

> '(…) dit artikel [moet] worden gezien als een bijzondere regel voor een extreem geval van beperkende werking van ongeschreven recht en derhalve als een uitwerking van de regel die in het gewijzigd ontwerp in artikel 6.5.3.1 lid 2

---

tot levensonderhoud matigen op grond van zodanige gedragingen van de tot onderhoud gerechtigde, dat verstrekking van levensonderhoud naar redelijkheid niet of niet ten volle kan worden gevergd; (…)'), 1:401 lid 2 ('De termijn die de rechter heeft vastgesteld op grond van het derde of vijfde lid dan wel zesde lid, tweede zin van artikel 157 of die is opgenomen in een overeenkomst als bedoeld in artikel 158, kan op verzoek van een van de gewezen echtgenoten worden gewijzigd in geval van zo ingrijpende wijziging van omstandigheden dat ongewijzigde handhaving van de termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de verzoeker kan worden gevergd. (…)') en 3:185 lid 1 ('Voor zover de deelgenoten en zij wier medewerking vereist is, over een verdeling niet tot overeenstemming kunnen komen, gelast op vordering van de meest gerede partij de rechter de wijze van verdeling of stelt hij zelf de verdeling vast, rekening houdende naar billijkheid zowel met de belangen van partijen als met het algemeen belang') BW. De verklaring voor het gegeven dat in de artikelen 1:180 lid 1, 1:399 en 3:185 lid 1 BW is volstaan met een enkele verwijzing naar 'billijk', 'redelijkheid' en 'billijkheid' moet waarschijnlijk worden gevonden in de overweging de redactie van deze wetsartikelen niet nodeloos lang te maken. Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 66 en EV I, p. 72.

143 Zie **PARL. GESCH. BOEK 6**, TM, p. 968, VV II, p. 971 en MvA II, p. 973.

144 Zie **Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2013**, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8418, r.o. 13, *JPF* 2013/107, m.nt. B.E. Reinhartz; **VALK, *Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Lex specialis derogat legi generali?* 1992**, p. 161-167; **HESSELINK 1999**, p. 331; **PELETIER 1999**, p. 99 en p. 137-165; **VALK, *WPNR* 1999/6382**, p. 917-920; **HARTKAMP, *WPNR* 2000/6404**, p. 395-396; **BAKKER 2012**, p. 105; **WOLTERS 2013**, p. 13 en p. 134; en **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 456.

> [het huidige artikel 6:248 lid 2 BW, EvWV] is opgenomen en die evenals het onderhavige artikel verwijst naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. (…) Volstaat hij, omdat hij daarvoor niet voelt, met een beroep op artikel 6.5.3.1 lid 2, dan zal de rechter die meent dat de weg van artikel 6.5.3.11 [het huidige artikel 6:258 BW, EvWV] dient te worden gevolgd, het beroep op de eerstgenoemde bepaling kunnen afwijzen op de grond dat van onaanvaardbaarheid van de toepassing van de betreffende tussen partijen geldende regel geen sprake kan zijn, zolang degene die deze onaanvaardbaarheid inroept, het middel van artikel 6.5.3.11 om wijziging of ontbinding van de overeenkomst te verkrijgen, zonder goede reden ongebruikt laat.'[145]

De rechter zou aldus kunnen oordelen dat een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW niet slaagt, wanneer de route van artikel 6:258 BW 'zonder goede reden' onbenut is gelaten.[146] Dit stond ook te lezen in de memorie van toelichting bij de invoering van artikel 6:258 BW.

> 'Het voorgaande kan aldus kort worden samengevat dat artikel 6.5.3.11 de buitengrens van artikel 6.5.3.1 lid 1 [aldus van de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid, EvWV] bepaalt voor die gevallen die te gecompliceerd zijn om anders dan bij constitutief vonnis, omringd met de waarborgen van de artikelen 6.5.3.11 en 6.5.3.12a [de huidige artikelen 6:258 en 6:260 BW, EvWV], in de verhouding van partijen in te grijpen.'[147]

Aan de andere kant is, met bevestigende verwijzing naar het arrest *VvE/CSM,*[148] betoogd dat artikel 6:258 BW niet (meer) moet worden opgevat als een *lex specialis*, maar als een *lex suppleta* van artikel 6:248 lid 2 BW.[149] De Hoge Raad heeft in dat arrest namelijk geoordeeld dat het bestaan van de mogelijkheid om op grond van artikel 6:258 BW een wijziging van een duurovereenkomst te vorderen, er niet aan in de weg staat dat de overeenkomst geldig kan worden opgezegd op grond van artikel 6:248 lid 2 BW ingeval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst in ongewijzigde vorm niet mag worden verwacht. Zij die uitgingen van de *lex-specialis*gedachte hebben aangevoerd dat deze lezing van voorgaand arrest berust op een onjuiste

---

145 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 973-974.

146 'Met andere woorden: onder bepaalde omstandigheden kan op partijen een heronderhandelingsplicht rusten, die bij niet-nakoming leidt tot verlies van een aanspraak tot gerechtelijke wijziging of ontbinding in de zin van art. 6:258 BW.' **PELETIER 1999**, p. 164.

147 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6 (Inv. 3, 5 en 6)**, MvT Inv., p. 1828. Zie ook p. 1827.

148 **HR 25 juni 1999**, *AA*19990746, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers; *Ondernemingsrecht* 1999/74, m.nt. L. Mok & L. Timmerman (*VvE/CSM*).

149 Zie **HIJMA 1989**, p. 16-17; **ABAS, *WPNR* 2000/6397**, p. 250; **ABAS, *WPNR* 2000/6404**, p. 396-397; **VAN DER WIEL 2003**, p. 6-7; **VAN DEN BRINK, *MvV* 2012, afl. 2**, p. 24-25; **HIJMA 2012**, p. 23-24; en **HIJMA 2013**, p. 24.

interpretatie. Artikel 6:258 BW zou (nog steeds) voor artikel 6:248 lid 2 BW gaan, zij het dat deze voorrang beperkt zou zijn tot de daarin voorgeschreven (gecompliceerde) gevallen – waartoe de opzegging van duurovereenkomsten niet mag worden gerekend[150] – en rechtsgevolgen (*gerechtelijke wijziging van de gevolgen van de overeenkomst of (gehele of gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst*). Voor het overige zou artikel 6:248 lid 2 BW van invloed blijven.[151]

Degenen die artikel 6:258 BW als *lex suppleta* beschouwden, voelden zich in hun mening echter gesterkt door het latere arrest *Frans Maas*.[152] Hierin is slechts tussen de regels door iets gezegd over de verhouding tussen artikel 6:248 lid 2 BW en artikel 6:258 BW. Frans Maas B.V. had naar aanleiding van de inwerkingtreding van de Wet terugdringing ziekteverzuim eenzijdig de zogeheten suppletieregeling gewijzigd, zich daarbij beroepend op artikel 6:258 BW aangaande onvoorziene omstandigheden. De rechtbank had dit beroep volgens het cassatiemiddel kennelijk opgevat als een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW, nu Frans Maas B.V. geen wijziging van de interne regeling *door de rechter* had gevorderd. De Hoge Raad heeft het vonnis van de rechtbank conform dit cassatiemiddel vernietigd, waarmee hij impliciet lijkt te hebben ingestemd met de overstap van artikel 6:258 BW naar artikel 6:248 lid 2 BW.[153]

REURICH heeft daarentegen betoogd dat het niet mogelijk is om de verhouding tussen artikel 6:248 lid 2 BW en artikel 6:258 BW in de hiervoor genoemde Latijnse termen in bespreking te brengen.[154] De term *lex specialis* zou niet passend zijn, omdat deze bepalingen geen feitelijke normbestanddelen zouden kennen die zich van algemeen tot bijzonder tot elkaar verhouden. Bovendien zou het, vanwege het ongespecificeerde karakter van artikel 6:248 lid 2 BW,[155] lastig zijn om te bepalen of er daadwerkelijk sprake is van samenloop. De term *lex suppleta* werd door hem om de volgende twee redenen minder geschikt bevonden. Ten eerste zou deze term afhankelijk zijn van de door hem

---

150 Welke gevallen hier wel toe moeten worden gerekend, heeft de wetgever overigens niet aangegeven.

151 Zie **VALK, *WPNR* 1999/6382**, p. 917-920; **HARTKAMP, *WPNR* 2000/6404**, p. 395-396; **BAKKER 2012**, p. 105; **WOLTERS 2013**, p. 13 en p. 134; en **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 456.

152 **HR 25 februari 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, *JAR* 2000/85, m.nt. P.F. van der Heijden; *NJ* 2000/471, m.nt. A.R. Bloembergen (*Frans Maas*).

153 Dit lijkt geheel in overeenstemming met het gebod tot ambtshalve aanvulling van artikel 25 Rv (zie paragraaf 3.4).

154 **REURICH, *Coherentie van redelijkheidsnormen. Over de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258 BW* 2003**, p. 48-52.

155 'Nu onder de vlag van artikel 6:248 lid 2 BW een veelheid van 'regels' schuilgaan, (…).' **Reurich, *Coherentie van redelijkheidsnormen. Over de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258 BW* 2003**, p. 49.

reeds verworpen *lex-specialis*gedachte en ten tweede zou deze term ten onrechte suggereren dat de gerechtelijke weg de koninklijke weg is.

In het Burgerlijk Wetboek komt een aantal wetsartikelen voor die een met artikel 6:258 BW 'in belangrijke mate' vergelijkbaar criterium hanteren, zoals in Boek 1 BW de artikelen 1:159 lid 3 en 1:401 lid 2 BW.[156] Deze laatste wetsartikelen hebben beide betrekking op levensonderhoud. Artikel 1:159 lid 3 BW regelt dat de alimentatieovereenkomst (als bedoeld in artikel 1:158 BW) op verzoek van een der partijen door de rechter kan worden gewijzigd, ondanks het feit dat een niet-wijzigingsbeding als bedoeld in het eerste lid van artikel 1:159 BW is opgenomen. Artikel 1:401 lid 2 BW geeft een hardheidsclausule voor het geval de omstandigheden sinds de vaststelling van de alimentatietermijn (door de rechter op grond van artikel 1:157 lid 3, lid 5 of lid 6, tweede zin, BW, dan wel door partijen op grond van artikel 1:158 BW) zo ingrijpend zijn gewijzigd dat ongewijzigde handhaving daarvan niet van de verzoeker kan worden gevergd. Deze vergelijkbaarheid heeft ervoor gezorgd dat ASSER/DE BOER, naar eigen zeggen, geneigd is artikel 1:159 lid 3 BW overbodig te achten.[157] Dat dit wetsartikel, anders dan artikel 6:258 BW, niet spreekt over onvoorziene omstandigheden neemt zijns inziens niet weg dat voorzienbaarheid een argument oplevert voor niet-wijziging van de alimentatieovereenkomst.[158] Ook volgens WOLTERS is met het verschil in de formulering tussen voorgaande wetsartikelen geen verschil in de maatstaf beoogd.[159] Hij heeft om deze reden bepleit bij de volgende herziening van het Burgerlijk Wetboek uniformiteit te creëren door een vergelijkbare formulering te hanteren. Het lijkt er aldus op dat deze verdere wettelijke preciseringen van het leerstuk onvoorziene omstandigheden slechts zijn behouden om buiten twijfel te stellen dat de rechter de bevoegdheid heeft om deze rechtsverhoudingen te wijzigen.

4.2 Schakelbepalingen

Het toepassingsbereik van de algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen, alsook van artikel 6:258 BW aangaande onvoorziene omstandigheden, is vergroot door een aantal schakelbepalingen. Dit zijn bepalingen die andere wettelijke bepalingen (normaliter) van (overeenkomstig) toepassing verklaren op rechtsverhoudingen waarvoor zij eigenlijk niet zijn geschreven. Hiervoor is reeds de bijzondere schakelbepalingen van artikel 3:15 BW genoemd, die artikel 3:12 BW *rechtstreeks* van toepassing verklaart buiten het vermogensrecht, alsook de schakelbepaling van artikel 6:216 BW. Deze laatste schakelbepaling breidt het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid in beginsel uit tot

156 Zie ***Kamerstukken II* 1986/87, 19295**, 6, p. 8 (MvA).
157 **ASSER/DE BOER 1* 2010**, nr. 641.
158 **ASSER/DE BOER 1* 2010**, nr. 641. Zie ook **MINKENHOF 1971**, p. 72.
159 **WOLTERS, *WPNR* 2015/7045**, p. 36.

andere[160] meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen. Men kan hierbij, in het kader van dit onderzoek, denken aan de vermogensrechtelijke aspecten van de volgende familierechtelijke overeenkomsten: een overeenkomst van huwelijkse (of partnerschaps)voorwaarden;[161] een echtscheidingsconvenant; een verdelingsovereenkomst; en een samenlevingsovereenkomst. De artikelen 6:248 en 6:258 BW zijn, krachtens de 'voor-zoverclausule' aan het slot van artikel 6:216 BW, evenwel niet van overeenkomstige toepassing indien de strekking van deze bepalingen zich in verband met de aard van de rechtshandeling tegen overeenkomstige toepassing verzet. Het is de vraag wanneer hiervan sprake is.

Een andere voor dit onderzoek relevante schakelbepaling is artikel 3:166 lid 3 BW. Deze schakelbepaling verklaart artikel 6:2 BW van overeenkomstige toepassing op de rechtsverhoudingen tussen de deelgenoten van een gemeenschap. Deze schakelbepaling ziet logischerwijs slechts op de rechtsverhoudingen tussen de deelgenoten die niet van verbintenisrechtelijke aard zijn.[162] Daarnaast verklaart de wet het bepaalde in artikel 6:2 BW van overeenkomstige toepassing op de rechtsverhoudingen tussen hoofdelijke schuldenaren onderling (artikel 6:8 BW), tussen hoofdschuldenaar en borg en tussen borgen en voor de verbintenis aansprakelijke niet-schuldenaren onderling (artikel 7:865 BW).

Ook buiten de in deze schakelbepalingen aangegeven gevallen is overeenkomstige toepassing mogelijk. Of hiervoor in een voorgelegd geval voldoende grond aanwezig is, is volgens de parlementaire geschiedenis aan de vrije waardering van de rechter overgelaten.[163] Gelet hierop, en dat de redelijkheid en billijkheid, naast algemeen rechtsbeginsel, als concrete toepassing zou fungeren, heeft RIJKEN de rechtswetenschap gemaand tot terughoudendheid wat betreft het aanbrengen van begrenzingen aan het toepassingsbereik van de redelijkheid en billijkheid.[164]

4.3 Jurisprudentiële uitbreidingen

De rechter heeft in een groot aantal gevallen voldoende grond aanwezig geacht voor overeenkomstige toepassing van de redelijkheid en billijkheid.[165] Een voor

---

160 Dan de verbintenis scheppende obligatoire overeenkomsten van artikel 6:213 lid 1 BW.

161 Volgens **VAN DUNNÉ** (***WPNR* 1987/5849**, p. 608) heeft een dergelijke overeenkomst evenwel een obligatoir karakter, zeker ingeval daarin een verrekenbeding is opgenomen.

162 Op rechtsverhoudingen tussen de deelgenoten van verbintenisrechtelijke aard is artikel 6:2 BW immers rechtstreeks van toepassing. Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 3**, MvA II, p. 579.

163 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 837.

164 **RIJKEN 1994**, p. 19.

165 Zie **RIJKEN 1994**, p. 17-18.

dit onderzoek belangrijke jurisprudentiële uitbreiding van de redelijkheid en billijkheid is gegeven in de beschikking van de Hoge Raad van 23 april 1982.[166] Hierin ging het om een man die alimentatie was blijven betalen, ondanks dat hij wist dat zijn ex-echtgenote was gaan samenwonen met een andere man. Op een gegeven moment had hij deze betalingen gestaakt. Aangesproken tot verdere betaling van alimentatie, had hij voorgaande samenwoning als grondslag voor een beroep op de laatste zinsnede van artikel 1:160 BW aan de vrouw tegengeworpen. Dit had hij volgens het hof op van grond de goede trouw (lees: de redelijkheid en billijkheid), gelet op zijn eerdere opstelling, niet *meer* mogen doen. De man heeft tegen dit oordeel cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft vervolgens niet uitgesloten dat aan de eisen van goede trouw betekenis toekomt voor de vraag of de wederpartij nog een beroep op artikel 1:160 BW kan doen ingeval deze alimentatie is blijven betalen, maar de feiten en omstandigheden die het hof hiervoor aan zijn oordeel ten grondslag had gelegd, konden dit oordeel zijns inziens niet dragen. Hierbij heeft de Hoge Raad evenwel aangetekend dat het van belang was dat het in deze zaak niet ging om de vraag of de man met een beroep op voorgaande samenwoning het betaalde als onverschuldigd betaald van de vrouw kon terugvorderen. Hieruit kan, a contrario, worden afgeleid dat een beroep op rechtsverwerking (een precisering van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, zie subparagraaf 7.3.1.3.1) in een dergelijk geval mogelijk is. De redelijkheid en billijkheid is op grond van deze uitspraak aldus uitgebreid tot de rechtsverhouding tussen alimentatiegerechtigde en -plichtige.

Daarnaast is voor dit onderzoek het arrest *Baris/Riezenkamp*[167] relevant. De Hoge Raad heeft hierin voor het eerst verklaard dat de redelijkheid en billijkheid ook de precontractuele rechtsverhouding tussen partijen beheerst en dat ze dáárdoor hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Onder andere uit deze verplichting heeft BAKKER, zoals we in paragraaf 3.6 hebben gezien, afgeleid dat de redelijkheid en billijkheid moet worden gezien als een partijen bindende gedragsnorm.

4.4 Wettelijke kristallisaties

De redelijkheid en billijkheid als open norm heeft volgens HARTKAMP door de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht in 1992 niet alleen gebied

166 **HR 23 april 1982**, *NJ* 1982/335. Zie ook **ASSER/DE BOER 1* 2010**, nr. 649.

167 **HR 15 november 1957**, *AA*19580103, m.nt. W.C.L. van der Grinten; *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*). Zie voor de postcontractuele rechtsverhouding **HR 12 december 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, *AB* 2004/93, m.nt. T. Zwart (*HIV-onderzoek*).

gewonnen, maar ook terrein verloren.[168] Diverse van de redelijkheid en billijkheid afgeleide regels zijn toen namelijk, ten behoeve van de rechtszekerheid, gecodificeerd in het nieuwe Boek 6 BW. Hoewel deze codificaties gestalte hebben gekregen in het Burgerlijk Wetboek, is de redelijkheid en billijkheid in deze gebieden hiermee volgens WOLTERS niet buitenspel gezet.[169] De redelijkheid en billijkheid zou namelijk van belang blijven bij het bepalen van de rechtsgevolgen van deze wettelijke kristallisaties. Dit zou komen doordat daarin is gerefereerd aan een specifieke materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid (zie hiervoor subparagraaf 4.1.2) of doordat deze wettelijke kristallisaties een open norm bevatten.[170]

Volgens HESSELINK vormen deze wettelijke kristallisaties daarentegen niet de inhoud van de redelijkheid en billijkheid.[171] De band die ze met elkaar hebben, zou niet meer zijn dan een genetische. Ze zouden dan ook in het systeem van het (Europese) privaatrecht moeten worden ondergebracht, en niet in een subsysteem van de redelijkheid en billijkheid, zoals dat in de rechtswetenschap gebeurt aan de hand van de *Fallgruppen*-methode (zie ook subparagraaf 6.2.4).[172]

4.5 Samenvattend

Er is niet één algemene wettelijke bepaling die voorschrijft tot welke rechtsverhoudingen de redelijkheid en billijkheid zich uitstrekt. Het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid wordt daarentegen allereerst bepaald door enkele algemene bepalingen (waaronder de artikelen 3:12, 6:2 en 6:248 BW), waarin de redelijkheid en billijkheid in het algemeen van toepassing is verklaard op bepaalde rechtsverhoudingen (waaronder de rechtsverhoudingen tussen partijen bij een verbintenis en tussen partijen bij een obligatoire overeenkomst), en andere bepalingen waarin is gerefereerd aan een specifieke materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid, waardoor de redelijkheid en billijkheid gestalte heeft gekregen binnen deze bepalingen. Een van de belangrijkste wettelijke preciseringen is artikel 6:258 BW aangaande onvoorziene omstandigheden. In de rechtsliteratuur is uitvoerig gediscussieerd over de vraag of deze bepaling al dan niet moet worden gezien als een *lex specialis* van artikel 6:248 BW. Deze vraag lijkt, gelet op de parlementaire behandeling bij artikel 6:258 BW, bevestigend te moeten worden beantwoord.

---

168 **HARTKAMP, *WPNR* 1981/5559-60**, p. 230.

169 **WOLTERS 2013**, p. 14-15.

170 Indien de wettelijke kristallisatie geen open norm bevat, zou het gegeven geval altijd nog door de algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen worden bestreken.

171 **HESSELINK 1999**, p. 426-435.

172 Zie **HESSELINK 1999**, p. 54-58.

Gezien de latere arresten *VvE/CSM* (HR 25 juni 1999) en *Frans Maas* (HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000AA4942) kan deze visie evenwel slechts overeind blijven onder de kanttekening dat artikel 6:258 BW slechts in zoverre als *lex specialis* van artikel 6:248 lid 2 BW moet worden beschouwd dat zijn toepassingsbereik is beperkt tot gecompliceerde gevallen en zijn rechtsgevolgen niet kunnen worden bereikt door inroeping van artikel 6:248 lid 2 BW. Het oorspronkelijke toepassingsgebied van deze algemene en specifieke redelijkheids- en billijkheidsbepalingen is vervolgens onder andere uitgebreid door de schakelbepalingen van de artikelen 3:15, 3:166 lid 3 en 6:216 BW. Dit gebied is verder geëxpandeerd door de rechter. Zo heeft de Hoge Raad de redelijkheid en billijkheid van overeenkomstige toepassing geacht op de rechtsverhouding tussen alimentatiegerechtigde en -plichtige. De redelijkheid en billijkheid heeft door de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht in 1992, zoals HARTKAMP heeft gesteld, echter ook terrein verloren. Dit betekent volgens WOLTERS echter niet dat de redelijkheid en billijkheid in die gebieden buitenspel is gezet.

4.6 Enkele deelconclusies

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de redelijkheid en billijkheid op alle vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen, waaronder in beginsel ook op familie*vermogens*rechtelijke en alimentaire rechtsverhoudingen, van (overeenkomstige) toepassing is. De 'voor-zoverclausule' aan het slot van artikel 6:216 BW biedt evenwel een ontsnappingsmogelijkheid voor het geval de strekking van de artikelen 6:248 en 6:258 BW zich in verband met de aard van de rechtshandeling tegen overeenkomstige toepassing verzet. Wanneer aangenomen moet worden dat deze mogelijkheid zich voordoet, is echter de vraag. Ook in familierechtelijke zaken van niet-vermogensrechtelijke aard, zoals het naamrecht, is overeenkomstige toepassing van de redelijkheid en billijkheid mogelijk. Of hier in een gegeven geval voldoende grond voor aanwezig is, is aan de vrije waardering van de rechter overgelaten.

5 Voor- en nadelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm

Het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid is, zoals we in het vorige hoofdstuk hebben gezien, door de jaren heen flink toegenomen, zij het dat de redelijkheid en billijkheid door de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht in 1992 ook terrein heeft verloren. Hierbij rijst de vraag of dit al dan niet een gewenste ontwikkeling is. In dit hoofdstuk wordt, meer in het algemeen ,bezien wat vanuit een juridisch-dogmatisch perspectief de voor- en nadelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm zijn. Het debat hierover lijkt te zijn gestaakt na het proefschrift van BARENDRECHT en de reacties daarop. Na hem lijkt immers niemand meer te hebben verdedigd dat meer gesloten normen de voorkeur verdienen boven open normen als de redelijkheid en billijkheid. Om deze reden neemt het theoretische kader van het proefschrift van BARENDRECHT over de nadelen van het gebruik van open (of, zoals hij ze heeft bestempeld: vage) normen in dit hoofdstuk een bijzondere plaats in. Opvallend is overigens dat in dit debat relatief veel empirische uitspraken zijn gedaan zonder dat de betreffende rechtswetenschappelijke onderzoekers dit zelf als zodanig lijken te hebben gezien.

In paragraaf 5.1 worden de voordelen geïnventariseerd die het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm volgens de rechtstheoretische literatuur heeft, waarna in paragraaf 5.2 de nadelen daarvan worden nagelopen. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3 uiteengezet hoe de geïnterviewde feitenrechters aankijken tegen het spanningsveld tussen de behoefte aan flexibiliteit aan de ene kant en het verlangen naar rechtszekerheid aan de andere kant. De essenties van dit hoofdstuk worden in paragraaf 5.4 samengevat. Tot slot wordt in paragraaf 5.5 ingegaan op de deelconclusies die hieruit kunnen worden getrokken.

5.1 Voordelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm

Het leven is, zoals ASSER/DE BOER dat heeft verwoord, rijker dan men kan bedenken.[173] Vandaar dat er bij het vinden van de oplossing voor een geschil behoefte is aan flexibiliteit. Deze flexibiliteit wordt (mede) geboden door het gebruik van open normen als de redelijkheid en billijkheid. Deze norm is zo open dat daaronder veel verschillende, ook door de wetgever niet voorziene,

173 **ASSER/DE BOER 1* 2010**, nr. 649.

situaties kunnen worden gebracht.[174] Volgens ASSER/VRANKEN wordt thans algemeen erkend dat de wetgever het niet alleen kan.[175] Dit komt volgens SMITH doordat het wetgevingsproces veel tijd kost, maar, belangrijker nog, doordat dit proces vaak wordt bemoeilijkt door politieke tegenstellingen.[176] Dit laatste lijkt zeker ook voor het personen- en familierecht op te gaan, nu veel kwesties op dat gebied onderwerp van maatschappelijk en politiek debat zijn (geweest). De wetgever zou zijn toevlucht in gevallen als deze beter kunnen zoeken tot open normen, aldus SMITH.[177] Volgens WIARDA heeft de wetgever dit ook gedaan.[178] Als verklarende factor hiervoor heeft hij allereerst gegeven dat de samenleving ingewikkelder en gecompliceerder is geworden. De mogelijke situaties die zich voor kunnen doen, zouden moeilijker voorzienbaar zijn geworden. Ten tweede zouden, ten gevolge van de sociale verzorgingsstaat, steeds meer en verdergaande mogelijkheden van overheidsingrijpen moeten zijn geschapen op gebieden die zich eigenlijk niet lenen voor meer gesloten normen. Ten derde zou de mentaliteit van de mens zijn veranderd. Hij zou – en met hem de jurist – niet meer aanvaarden dat de (rechts)zekerheid boven alles gaat. Ten vierde en laatste zouden de technische ontwikkelingen nieuwe maatschappelijke en juridische vragen hebben doen ontstaan. Door deze vier factoren is volgens WIARDA het autonome element in de rechtsvorming versterkt (zie ook subparagraaf 5.2.3). Open normen dwingen de rechter, zoals REEHUIS heeft gezegd, tot het zelf formuleren van de precieze rechtsregel (zie ook de transformatiefunctie als beschreven in paragraaf 7.2).[179] Langs deze weg zou het recht dan ook kunnen aansluiten bij de veranderende maatschappelijke omstandigheden en inzichten − wat onredelijk en onbillijk wordt geacht, verandert immers van tijd tot tijd (en van plaats tot plaats)[180] –, zonder dat de wettekst behoeft te worden aangepast.[181]

BRUNNER heeft daarnaast als voordeel van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid genoemd dat wettelijke en contractuele regels in de verhouding tussen particulieren onderling kunnen worden gerelativeerd.[182] Als voorbeelden van jurisprudentie waarin dit is gebeurd, heeft hij de arresten

174 Zie **ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL*** 2005**, nr. 9; **SMITH 2007**, p. 41; en **MEMELINK, *AA* 2010, afl. 9**, p. 658.
175 **ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL*** 2005**, nr. 9.
176 **SMITH 2007**, p. 41.
177 **SMITH 2007**, p. 41. **BARENDRECHT** (***NTBR* 1995, afl. 7**, p. 167) heeft bepleit dat het probleem hierdoor alleen maar wordt verlegd naar de rechter en justitiabelen.
178 **WIARDA 1999**, p. 71-76.
179 **REEHUIS 1992**, p. 60.
180 Zie **VAN DER WERF 1982**, p. 12-13.
181 Zie **BRUNNER 1992**, p. 87 en **REEHUIS 1992**, p. 78.
182 **BRUNNER 1992**, p. 92-94.

Katwijkse boedelverdeling[183] en *Kriek/Smit*[184] gegeven. Hiermee is ook het volgende voordeel van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid gegeven: de rechter kan een wettelijke of een contractuele regel, alsook een regel van gewoonterecht of van redelijkheid en billijkheid, op grond van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid *buiten toepassing* laten, als deze regel onredelijk en onbillijk uitvalt. De regel zelf blijft alsdan gewoon overeind (zie subparagraaf 7.3.1.3). BRUNNER heeft dit aldus toegelicht:

> 'Het gaat (…) om de vraag of de concrete billijkheid in het te beoordelen geval het moet winnen van de meer globale billijkheid van de regel.'[185]

Wanneer moet de concrete (redelijkheid en) billijkheid het nu winnen van de meer globale (redelijkheid en) billijkheid van de regel? Volgens ABAS is dit het geval wanneer het resultaat van het rechtsvindingsproces − dat is verkregen via de meer gesloten norm − onaanvaardbaar zou zijn.[186] VAN DER WERF heeft erop gewezen dat hierbij niet moet worden vergeten dat het recht ook moet dienen om rechtszekerheid te bieden.[187] Wanneer correctie van een wettelijke regel niet beperkt blijft tot uitzonderingsgevallen, zou het namelijk kunnen gebeuren dat de wet op deze manier in onbruik raakt.[188]

Tot slot zouden open normen kunnen leiden tot binding aan alternatieve regelgeving (zoals het Rapport alimentatienormen). Deze regelgeving heeft immers een normatieve verwachting geschapen binnen een bepaalde kring van personen, die ingevolge artikel 3:12 BW (waarover meer in paragraaf 6.1) als een soort kristallisatie van de in Nederland levende rechtsovertuigingen het recht wordt binnengehaald, aldus GIESEN.[189] Deze binding is volgens DUBBINK evenwel beperkt tot personen die tot de kring waar deze rechtsovertuigingen

183 **HR 16 januari 1981**, *NJ* 1981/312, m.nt. E.A.A. Luijten (*Katwijkse boedelscheiding*).

184 **HR 12 juni 1987**, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*).

185 **BRUNNER 1992**, p. 87. Om aan de mogelijke kritiek hierop tegemoet te komen, heeft **NIEUWENHUIS** (***RM Themis* 1976**, p. 499 en **2007**, p. 89) erop gewezen dat *Einzelfallgerechtigkeit* niet bestaat. Indien er zich een in wezen gelijk geval voordoet, zal immers, gelet op het rechtvaardigheidsbeginsel in de zin van gelijkheid, hetzelfde dienen te worden beslist.

186 **ABAS, *R & R* 1976**, p. 74.

187 **VAN DER WERF 1982**, p. 21. Het rechtsidee bestaat ook volgens **RADBRUCH** (**1970**, p. 168-169) uit de volgende drie antinomische idealen: gerechtigheid; doelmatigheid; en rechtszekerheid.

188 Zie ook **SMITH 2007**, p. 206.

189 **GIESEN 2007**, p. 68-75.

leven (bijvoorbeeld bedrijfs- of beroepsgenoten) behoren, of om een andere reden daarmee verbonden zijn.[190]

5.2 Nadelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm

Hoewel BARENDRECHT de hiervoor genoemde voordelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm onderkent,[191] heeft hij in zijn proefschrift gepleit voor het streven naar zo scherp mogelijke regels (zonder binding aan het recht, waarover meer in subparagraaf 5.2.1). Hij heeft daarbij negen nadelen van een rechtsstelsel met veel open normen − die door hem zijn gedefinieerd als normen waarvan het aantal potentiële falsificaties, oftewel de hoeveelheid informatie over de juiste oplossing van een geschil, gering is[192] − genoemd:

1. een verlies aan rechtszekerheid;
2. een gevaar voor de democratische legitimatie van het recht;
3. een te grote rechterlijke vrijheid;
4. een dreigende stilstand van de rechtsontwikkeling;
5. een inefficiënte wijze van gebruik en opslaan van kennis over rechtvaardigheid;
6. een inefficiënte wijze van conflictoplossing;
7. geen verantwoording aan partijen;
8. geen gedragsbeïnvloeding; en
9. een gevaar voor de rechtsgelijkheid.[193]

Met W. SNIJDERS kan worden gezegd dat dit pleidooi lijdt aan overdrijving.[194] Hierna worden de hiervoor genoemde nadelen nagelopen en genuanceerd. Dat deze paragraaf grotendeels steunt op het proefschrift van BARENDRECHT heeft, zoals in de inleiding van dit hoofdstuk is gezegd, ermee te maken dat hij als (de

190 **DUBBINK, *WPNR* 1990/6963-64**, p. 377. Zie ook **PARL. GESCH. NBW BOEK 3 (Inv. 3, 5 en 6)**, MvT Inv., p. 1036-1037.

191 **BARENDRECHT 1992**, p. 6-8.

192 De redelijkheid en billijkheid kent in de optiek van **BARENDRECHT** (**1992**, p. 52) in het geheel geen potentiële falsificaties, waardoor de informatieve waarde van deze open norm nihil zou zijn. Zie ook **VAN ZALTBOMMEL 1993**. Hij heeft aan de koppeling van de betekenis van de redelijkheid en billijkheid aan de sociale werkelijkheid de consequentie verbonden dat de redelijkheid en billijkheid leidt tot de ondergang van het recht als systeem (p. 62). Hiermee heeft hij willen zeggen dat het recht een eigen werkelijkheid heeft (p. 3), die door de redelijkheid en billijkheid nietszeggend wordt (p. 145). Oftewel, hoewel de redelijkheid en billijkheid een van de belangrijkste onderdelen van ons recht zou zijn (p. 25), zouden we voorafgaand aan het gebruik van deze open norm niet weten wat haar betekenis is.

193 **BARENDRECHT 1992**, p. 66-77.

194 **W. SNIJDERS, *NJB* 1993, afl. 32**, p. 1151.

laatst bekende) woordvoerder van deze nadelen (of positiever geformuleerd: als pleitbezorger van meer gesloten normen) heeft te gelden.

5.2.1 Een verlies aan rechtszekerheid

Verreweg het meest gehoorde argument tegen het gebruik van open normen als de redelijkheid en billijkheid is dat dit gebruik een verlies aan rechtszekerheid met zich meebrengt, aldus BARENDRECHT.[195] Tegelijkertijd heeft dit argument volgens hem in de vijftien jaren voorafgaand aan de publicatie van zijn proefschrift aan zeggingskracht ingeboet.[196] De meeste rechtswetenschappelijke onderzoekers zouden de (redelijkheid en) billijkheid van het te bereiken resultaat boven de rechtszekerheid hebben verkozen. Er zouden echter nog wel gebieden worden onderscheiden waar de rechtszekerheid een belangrijkere rol speelt dan op andere terreinen.[197] Als voorbeeld heeft hij het onderscheid dat DRION heeft gemaakt tussen *receptregels*, *gedragsregels* en *beslissingsregels* genoemd.[198] Bij de eerstgenoemde regels, die voorschrijven hoe men bepaalde rechtsgevolgen kan doen ontstaan, zou het rechtszekerheidsargument van groter belang zijn dan bij regels die primair tot functie hebben burgers te vertellen hoe ze zich behoren te gedragen. Bij regels die zich richten tot de beslisser ('dat wil voor het privaatrecht uiteindelijk zeggen: de rechter'[199]) zou het rechtszekerheidsargument nog weer minder kracht hebben dan bij gedragsregels, omdat de (proces)-verwachtingen daarbij een minder grote rol spelen. Met rechtszekerheid wordt hier aldus gedoeld op de duidelijkheid en voorspelbaarheid van de uitkomst van rechterlijke uitspraken voor burgers. In paragraaf 3.6 hebben we gezien dat in de rechtsliteratuur uitvoerig is geredetwist over de vraag of de redelijkheid en billijkheid tot de tweede of derde groep regels behoort, dan wel, als twee kanten van dezelfde munt tot beide groepen (in hoofdstuk 11 van dit onderzoek wordt een nog genuanceerdere visie bepleit). BARENDRECHT zelf is, zoals we in subparagraaf 5.2.8 zullen zien, van mening dat de redelijkheid en billijkheid geen gedragsnormerende kracht bezit. Volgens hem hoeft de rechtszekerheid evenwel in het geheel niet als tegenhanger van de (redelijkheid en) billijkheid te worden gezien. Een normenstelsel met meer gesloten normen zou tot meer rechtszekerheid leiden, omdat alleen dergelijke normen werkelijk kennis over rechtvaardigheid zouden bevatten, terwijl een zodanig normenstelsel niet ten koste zou gaan van de (redelijkheid en) billijkheid, wanneer deze meer gesloten

195 **BARENDRECHT 1992**, p. 68 en p. 280.
196 **BARENDRECHT 1992**, p. 66-67.
197 Het huwelijksvermogensrecht behoort hier zijns inziens traditioneel gezien toe (p. 281).
198 **BARENDRECHT 1992**, p. 67-68, met verwijzing naar **DRION 1973**, p. 55 e.v. en **DRION 1981**, p. 5.
199 **DRION 1973**, p. 56.

normen zouden worden beschouwd als voorlopige regels, die altijd weer door de rechter kunnen worden aangepast of gewijzigd.[200]

VAN DER PLOEG heeft hiertegen ingebracht dat BARENDRECHT de toegevoegde kennis over rechtvaardigheid in de jurisprudentie en de rechtsliteratuur over open normen als de redelijkheid en billijkheid in zijn casestudies minimalistischer heeft voorgesteld dan ze in die tijd was.[201] Daarenboven rijst de vraag of BARENDRECHT het rechtszekerheidsprobleem niet heeft verschoven in plaats van opgelost.[202] Oftewel, wanneer mogen, dan wel moeten regels worden losgelaten? Volgens hemzelf is dit het geval als het resultaat van de maatschappelijke discussie dit gebiedt, al zou ook een ander falsificatiecriterium kunnen worden genomen.[203] HESSELINK heeft voorgaand criterium geproblematiseerd.[204] Volgens hem moet de rechter in geval van discussie uiteindelijk alsnog een subjectieve keuze maken voor het ene of voor het andere standpunt. Wanneer er geen maatschappelijke discussie is geweest, wat volgens hem meestal het geval is, zou dit nog sterker gelden.

5.2.2 Een gevaar voor de democratische legitimatie van het recht

Bij een rechtsstelsel met veel open normen is volgens BARENDRECHT, naast de rechtszekerheid, ook de democratische legimitatie van het recht in het geding.[205] Dit zou met name het geval zijn bij geheel open normen als de redelijkheid en billijkheid, waarin eigenlijk ieder resultaat zou kunnen worden gepast (welke opvatting wat dit betreft overeenstemt met die van HESSELINK, zie paragraaf 3.6). De wetgever zou aan deze open normen weliswaar een wettelijke basis hebben gegeven, maar de rechter zou zo vrij zijn in de toepassing daarvan dat niet zou kunnen worden gezegd dat de rechterlijke oordelen daarover zijn gestoeld op een democratisch vastgestelde wettelijke bepaling. SCHELTEMA heeft deze redenering te eenvoudig bevonden.[206] Hij heeft hierbij in overweging genomen dat de samenleving een vrij aanzienlijk vertrouwen heeft in de rechterlijke macht,[207] waardoor het erop lijkt dat de rechter in het algemeen zijn taak vervult in overeenstemming met de verwachtingen van de samenleving. Ook volgens W. SNIJDERS moet de legitimatie van de rechterlijke rechtsvorming niet worden gezocht in een democratisch tot stand gekomen benoeming, of in

200 **BARENDRECHT 1992**, p. 68.
201 **VAN DER PLOEG, *R & K* 1994**, p. 285.
202 Zie ook **HESSELINK, *WPNR* 1993/6109**, p. 727.
203 **BARENDRECHT 1992**, p. 240.
204 **HESSELINK, *WPNR* 1993/6109**, p. 727.
205 **BARENDRECHT 1992**, p. 68-69.
206 **SCHELTEMA 2007**, p. 326.
207 Dat dit ook nu nog zo is, blijkt uit het met dat vertrouwen hand in hand gaande aanzien van de rechter. Zie **CÖRVERS E.A. 2017**, p. 69.

een politieke verantwoordingsplicht van de rechter zelf,[208] maar in de behoefte aan een onafhankelijk forum voor conflicten.[209] Tegen voorgaande redenering zou bovendien kunnen worden ingebracht, zoals BARENDRECHT ook zelf heeft gedaan,[210] dat de wetgever bewust een deel van zijn rechtsvormende bevoegdheid heeft gedelegeerd aan de rechter (zie ook de delegatiefunctie als beschreven in paragraaf 7.2). Nu de redelijkheid en billijkheid door de rechter zelf tot leven is gewekt, kan volgens hem evenwel slechts worden gezegd dat zij achteraf, door opneming in het nieuw Burgerlijk Wetboek,[211] is gelegitimeerd. Deze indirecte waarborging van de rechtsstatelijkheid dreigt zijns inziens een illusie te worden, wanneer rechters hun beslissingen enkel legitimeren met een beroep op de redelijkheid en billijkheid[212] – aldus zonder invulling daarvan met scherpere regels (of rechters op het gebied van het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht al dan niet meer doen dan dat, wordt laten zien in paragraaf 8.4).

Bevindingen uit de interviews

In de interviews is gepolst of opneming van de redelijkheid en billijkheid in de wet (zoals dat is gebeurd in de artikelen 6:2, 6:248 en 6:258 BW) naar mening van de feitenrechters een toegevoegde (legitimerende) waarde heeft (zie bijlage 2, interviewvraag 4c). Deze vraag werd door hen aldus begrepen of ze zich bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid gesterkt voelen door codificatie daarvan. De meningen hierover waren 50/50 verdeeld. De ene helft van de geïnterviewde feitenrechters zou de redelijkheid en billijkheid zonder meer ook hebben toegepast als deze open norm niet in de wet had gestaan. Hierbij verwezen ze naar de situatie van vóór 1992, toen de redelijkheid en billijkheid werd toegepast, ondanks dat deze niet, althans gecamoufleerd, in het Burgerlijk Wetboek stond. Volgens een van de geïnterviewde feitenrechters zou de redelijkheid en billijkheid zelfs transcenderen boven het menselijke recht; de redelijkheid en billijkheid zou een natuurrechtelijke norm zijn.

De andere helft aarzelt, dankzij de opneming van de redelijkheid en billijkheid in de wet, niet (meer) over de toepassing daarvan en voelt zich daartoe zelfs uitgenodigd. Dat de redelijkheid en billijkheid in het Burgerlijk

---

208 Hiermee wordt bedoeld dat de rechtsvorming door de rechter in het democratische systeem is ingelijfd door de *checks* die de wetgever daarop uitoefent − door wel of niet met wetgeving daarop te reageren −, althans daartoe de mogelijkheid heeft. Zie **LANGBROEK E.A. 2014**, p. 5

209 **W. SNIJDERS, *NJB* 1993, afl. 32**, p. 1150.

210 **BARENDRECHT 1992**, p. 69.

211 Dit zou hij evenwel niet hebben gedaan op eigen initiatief, maar door propaganda van de rechtsliteratuur (zie p. 6). Zie ook **H.J. SNIJDERS, *AA* 2012, afl. 10**, p. 777-778.

212 **BARENDRECHT 1992**, p. 69-70.

Wetboek is verankerd, zou trouwens ook volgens de eerste helft van de geïnterviewde feitenrechters geen kwaad kunnen. Het zou zelfs kunnen helpen om collega's met een andere opvatting over de streep te trekken. Daarnaast zou het extra gewicht geven aan de open norm.

Dat opneming van de redelijkheid en billijkheid in de wet is geschied zonder één algemene wettelijke bepaling op te nemen die voorschrijft tot welke rechtsverhoudingen de redelijkheid en billijkheid zich uitstrekt, zou evenwel af en toe tot onenigheid leiden. Rechters met een min of meer legistische opvatting zouden namelijk uit het ontbreken van een (schakel)bepaling voor familierechtelijke aangelegenheden van niet-vermogensrechtelijke aard afleiden dat de redelijkheid en billijkheid daarvoor niet geldt.

5.2.3 Een te grote rechterlijke vrijheid

De vrijheid die de rechter heeft vanwege het gebrek aan informatieve waarde van open normen vormt volgens BARENDRECHT ook op zichzelf een bedreiging.[213] De rechter zou zijn persoonlijke opvattingen namelijk (bewust of onbewust) kunnen laten meewegen in zijn beslissing, wat juist ook voor de hiervoor genoemde beslissingsregels niet wenselijk zou zijn.[214] Een aantal rechtswetenschappelijke onderzoekers heeft, onder erkenning van dit kritiekpunt, aangevoerd dat de rechterlijke vrijheid in toom wordt gehouden door het rechtsbewustzijn van de rechter[215] – dat door BREGSTEIN is omschreven als 'intuïtief inzicht, geschoold door opleiding en practijk'[216] (zie over de rechterlijke intuïtie ook paragraaf 6.3). BRUGGINK heeft daarenboven gemeend dat het circulaire denkproces (van feiten naar regel en van regel naar feiten et cetera) niet kan worden gestart zonder een voorlopig oordeel van de rechter op basis van zijn geestelijke bagage.[217] BARENDRECHT heeft hier tegengeworpen dat het normbesef slechts kan worden gevoed door meer gesloten normen.[218] TEN KATE & VAN KOPPEN hebben in hun onderzoek naar de determinanten van privaatrechtelijke beslissingen evenwel voorzichtig geconcludeerd dat de kenmerken van de casus, in vergelijking met de persoonskenmerken van de rechter, in de praktijk van overheersend belang zijn voor de uitkomst van de

213 **BARENDRECHT 1992**, p. 70-71.
214 Voor deze laatste stelling zijn geen argumenten aangevoerd.
215 Zie **BREGSTEIN 1960**, p. 30; **KOTTENHAGEN 1986**, p. 201; **WIARDA 1999**, p. 87; **HARTENDORP & WAGENAAR, *R & R* 2004**, p. 76; **SOEHARNO, *R & R* 2005**, p. 259; **VAN SCHILFGAARDE 2006**, p. 12-13; en **VAN ROSSUM, *NJB* 2010/1983, afl. 38**, p. 2467.
216 **BREGSTEIN 1960**, p. 30.
217 **BRUGGINK 1992**, p. 41-42.
218 **BARENDRECHT 1992**, p. 178-181.

beslissing.[219] Voor een te grote rechterlijke vrijheid lijkt aldus niet te hoeven worden gevreesd.

Bevindingen uit de interviews
De feitenrechters is in de interviews gevraagd of ze van mening zijn dat hun rechterlijke vrijheid is beperkt bij de toepassing van open normen als de redelijkheid en billijkheid, en zo ja, of ze het lastig vinden om de grens van hun vrijheid te bepalen (zie bijlage 2, interviewvraag 4b). Ze antwoorden unaniem zich niet beperkt te voelen bij de toepassing van open normen als de redelijkheid en billijkheid. Deze taak zou namelijk raken aan de kern van hun werk. Dit zou echter niet betekenen dat ze bij hun oordeelsvorming geheel vrij zouden zijn. Om te beginnen zou de rechterlijke vrijheid worden beperkt door de gebondenheid aan de wet. Gelet op de rechtszekerheid, zou moeten worden voorkomen dat

> 'de hele wet een open norm wordt'.

Daarbij zou komen dat de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid in het Burgerlijk Wetboek strikt is geformuleerd. Strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid op zich is niet voldoende. Het toepassen van de regel moet daarenboven *onaanvaardbaar* zijn. Daarnaast zou ook het feitelijke kader zich moeten lenen voor de door de rechter voorgestane toepassing. Bovendien zouden ze, wanneer ze 'te ver' gaan, worden teruggefloten in appèl of in cassatie. Tot slot zou de normatieve kracht die, vanwege het juridische-gelijkheidspostulaat (dat de rechter verplicht gelijke gevallen gelijk te behandelen), van hun uitspraken uitgaat, het voorgelegde geval kunnen overstijgen, terwijl dit niet gewenst is.[220] Dit zou immers kunnen wringen met de staatsrechtelijke taakverdeling van de rechter ten opzichte van de wetgever. Om een gevoel te ontwikkelen voor wat toelaatbaar is, zouden ze veel zaken moeten doen. Daarnaast zou het hen helpen om zichzelf de vraag te stellen of een bepaalde beslissing aan de keukentafel uit te leggen is.

5.2.4 Een dreigende stilstand van de rechtsontwikkeling

Wat volgens BARENDRECHT (ten onrechte) niet of nauwelijks is aangevoerd door rechtswetenschappelijke onderzoekers is dat het gebruik van open normen

219 **TEN KATE & VAN KOPPEN 1984**, p. 87. Zie ook **BRUGGINK 1992**, p. 66-68.

220 Het arrest van de Hoge Raad van 29 april 1994 (*NJ* 1995/561, m.nt. W.M. Kleijn (*Doktersvrouw*)) is als voorbeeld genoemd van een geval waarin feitelijk gezien een algemene regel is gegeven. De Hoge Raad is daarbij volgens deze feitenrechter echter binnen de marges van het toelaatbare gebleven.

ten koste lijkt te gaan van de rechtsontwikkeling.[221] Geheel open normen als de redelijkheid en billijkheid zouden geen informatie over het behoren bevatten – althans hoogstens als achtergrondkennis –, waardoor in elke situatie opnieuw zou moeten worden vastgesteld wat maatschappelijk gezien het meest aanvaardbaar is. Het trial-and-errorproces van de rechtsontwikkeling zou slechts kunnen worden gestimuleerd door de formulering van meer gesloten normen. Een beletsel om hiertoe over te gaan zou zijn dat meer gesloten normen het niet kunnen winnen van de altijd juiste – immers niet falsifieerbare – open normen. W. SNIJDERS heeft aangedragen dat bij het trial-and-errorproces, zoals BARENDRECHT dat heeft voorgesteld, is uitgegaan van een schijn van exactheid die er in de realiteit niet is.[222] Er zou niet kunnen worden gezegd of een regel al dan niet juist is. Dit zou ook niet meetbaar zijn. Het zou volgens hem in de praktijk gaan:

> '(…) om een afweging van allerlei, vaak in aard sterk uiteenlopende belangen aan de hand van gezichtspunten die al even zeer sterk kunnen verschillen.'[223]

Daarnaast zou de nadruk ten onrechte zijn gelegd op de rechtvaardigheid van de regel in plaats van op de rechtvaardigheid van de beslissing. Ten slotte is het de vraag of het zoeken naar rechtvaardigheid kan worden vergeleken met het zoeken naar kennis op andere terreinen,[224] zoals BARENDRECHT in het theoretische kader van zijn proefschrift heeft gesteld.[225] Dit lijkt niet zo te zijn. De rechtsontwikkeling zou worden bepaald door de wisselwerking met de veranderende behoefte van tijd en plaats.[226] Ook HESSELINK heeft zich tegen de theoretische grondslag van het betoog van BARENDRECHT gekeerd, met de woorden:

> 'Wat de goede trouw blijkt te doen, komt precies overeen met het systeem van LAKATOS, zoals BARENDRECHT dat instemmend aanhaalt. Door de werking van de vage norm "goede trouw" blijft dus alle kennis van rechtvaardigheid behouden en de rechtsontwikkeling wordt niet belemmerd. Integendeel!'[227]

De rechtsontwikkeling zou aldus (altijd al) juist via de redelijkheid en billijkheid tot stand (zijn ge)komen. Onder dit mom zouden immers groepjes van

221 **BARENDRECHT 1992**, p. 71-72.
222 **W. SNIJDERS, *NJB* 1993, afl. 32**,p. 1151.
223 **W. SNIJDERS, *NJB* 1993, afl. 32**, p. 1151.
224 Ook **HESSELINK** (***WPNR* 1993/6109**, p. 726) en **VAN DER PLOEG** (***R & K* 1994**, p. 284) hebben deze vraag opgeworpen (maar VAN DER PLOEG heeft deze niet beantwoord).
225 **BARENDRECHT 1992**, p. 71-72.
226 **W. SNIJDERS, *NJB* 1993, afl. 32**, p. 1151.
227 **HESSELINK, *WPNR* 1993/6109**, p. 730.

soortgelijke gevallen (zijn, respectievelijk) worden ontwikkeld, die nadien, wanneer ze voldoende (waren, dan wel) zijn gekristalliseerd, (zijn, onderscheidenlijk) kunnen worden gecodificeerd.[228] Als al tot codificatie wordt overgegaan voordat deze groepjes voldoende zijn gekristalliseerd, zou slechts sprake zijn van schijnzekerheid. [229] Er zou immers onduidelijkheid bestaan over wanneer de voortijdig vastgelegde regel zou moeten worden bijgesteld of vervangen. Tot die tijd zou men het aldus moeten doen met de feiten en omstandigheden van het geval.[230] BARENDRECHT heeft hierop gereageerd door te stellen dat regels nooit absolute zekerheid verschaffen, maar wel houvast geven.[231] Dit zou zeker gelden wanneer de rechter gehouden wordt geacht een eventuele afwijking van de regel goed te motiveren. Deze tijdelijkheid van regels lijkt echter niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid in de zin van duidelijkheid en voorspelbaarheid van de uitkomst van rechterlijke uitspraken voor burgers.

Al met al kan worden gesteld dat BARENDRECHT de zaken heeft overdreven, althans verkeerd heeft voorgesteld. De redelijkheid en billijkheid staat de rechtsontwikkeling niet in de weg, deze vindt alleen op een ander niveau plaats.

5.2.5 Een inefficiënte wijze van gebruik en opslaan van kennis over rechtvaardigheid

BARENDRECHT heeft voorts als – naar het schijnt: niet op zichzelf staand – nadeel van het gebruik van open normen genoemd dat de kennis over rechtvaardigheid niet in de toepasselijke norm is neergelegd.[232] Dit nadeel, alsmede het hiervoor genoemde nadeel, zou zich in gelijke mate voordoen bij receptregels, gedragsregels en beslissingsregels. Het onderscheid tussen deze regels zou namelijk met name betekenis hebben indien de duidelijkheid en voorspelbaarheid van de uitkomst van rechterlijke uitspraken als uitgangspunt wordt gesteld, zoals in subparagraaf 5.2.1.

5.2.6 Een inefficiënte wijze van conflictoplossing

Open normen lijken volgens BARENDRECHT daarnaast inefficiënt als het gaat om conflictoplossing.[233] Ze zouden niet aangeven welke feiten en omstandigheden in abstracto relevant zijn voor de oplossing van het conflict, alsook niet welk

228 Zie **HESSELINK, *WPNR* 1993/6109**, p. 729-730. Zie ook **MEMELINK 2009**, p. 60.
229 Zie **HESSELINK, *WPNR* 1993/6109**, p. 731. Zie ook **W. SNIJDERS, *NJB* 1993, afl. 32**, p. 1150.
230 Zie **HESSELINK, *WPNR* 1993/6109**, p. 731.
231 **BARENDRECHT, *NTBR* 1995, afl. 7**, p. 167.
232 **BARENDRECHT 1992**, p. 73.
233 **BARENDRECHT 1992**, p. 74-75.

gewicht aan elk van deze feiten en omstandigheden toekomt. Om deze reden zouden partijen geneigd zijn om zo veel mogelijk feiten en omstandigheden aan te dragen, met lange en uitvoerige processtukken tot gevolg. Open normen zouden dan ook aanleiding geven tot overbelasting van de rechterlijke macht. Ook hier lijkt het betoog van BARENDRECHT aan overdrijving mank te gaan. Dat deze kennis niet in de open norm zelf besloten ligt, hoeft niet te betekenen dat deze kennis niet aanwezig is.

5.2.7 Geen verantwoording aan partijen

Wanneer een beslissing wordt gegrond op open normen, wordt daarmee geen verantwoording gegeven aan partijen, aldus BARENDRECHT.[234] Anders dan bij meer gesloten normen, zou het afwegingsproces tussen de argumenten voor en tegen een bepaalde oplossing niet kenbaar zijn uit (de geschiedenis van) de open normen zelf. Het zou aldus geheel aankomen op de motivering van de beslissing. Bij open normen is deze motivering volgens BARENDRECHT veelal beperkt tot een *openended* verwijzing naar de feiten en omstandigheden van het geval. Op de vraag of deze bewering juist is wat betreft de in de inhoudsanalyse betrokken geschilpunten op het gebied van het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding was, wordt antwoord gegeven in paragraaf 8.4.

5.2.8 Geen gedragsbeïnvloeding

Daarnaast lijkt volgens BARENDRECHT geen (ex ante) gedragsbeïnvloeding plaats te kunnen vinden via open normen als de redelijkheid en billijkheid.[235] VAN SCHILFGAARDE heeft deze stelling bekritiseerd.[236] De verantwoordelijkheid voor behoorlijk gedrag zou bij het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm juist bij de burger zijn gelegd. De burger mag hier volgens BARENDRECHT echter niet alleen in worden gelaten.[237] Daarenboven is de preventieve werking van de redelijkheid en billijkheid volgens VAN SCHILFGAARDE juist groter dan die van meer gesloten norm.[238] Dit zou – als deze stelling goed wordt begrepen – komen doordat advocaten hun cliënten ervan bewust maken dat meer gesloten normen niet zo hard zijn als ze lijken. Hij heeft hiermee echter geen beslissend argument opgeworpen tegen de opvatting dat de redelijkheid en billijkheid burgers er niet van weerhoudt om een bepaalde handeling te verrichten of na te laten. Een conflict daarover zou slechts worden voorkomen of binnen redelijke tijd worden opgelost. Voor de andere

234 **BARENDRECHT 1992**, p. 75-76.
235 **BARENDRECHT 1992**, p. 76.
236 **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1993/6078**, p. 61-62.
237 **BARENDRECHT, *NTBR* 1995, afl. 7**, p. 169.
238 **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1993/6078**, p. 61-62.

tegenargumenten tegen de stelling dat via open normen als de redelijkheid en billijkheid geen (ex ante) gedragsbeïnvloeding plaats kan vinden, zij verwezen naar paragraaf 3.6. De hiervoor genoemde uitspraken zijn overigens typische voorbeelden van empirische uitspraken die zijn gedaan zonder dat de desbetreffende rechtswetenschappelijke onderzoekers dit zelf als zodanig lijken te hebben gezien, als waar in de inleiding van dit hoofdstuk op werd gedoeld.

5.2.9 Een gevaar voor de rechtsgelijkheid

Open normen zouden tot slot een gevaar zijn voor de rechtsgelijkheid.[239] Volgens BARENDRECHT kan, zoals we hiervoor hebben gezien, eigenlijk ieder resultaat worden gepast in geheel open normen. Hij verwacht dan ook dat daarop gegronde beslissingen in vergelijkbare gevallen sterk uiteenlopen. Dat anders wordt beslist in vergelijkbare gevallen zou bovendien worden versluierend door het ontbreken van criteria aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of gevallen vergelijkbaar zijn.

5.3 Het spanningsveld tussen de behoefte aan flexibiliteit en het verlangen naar rechtszekerheid door de ogen van de geïnterviewde feitenrechters

Interviewvraag 4a (zie bijlage 2) was erop gericht de voor- en nadelen bloot te leggen die volgens de feitenrechters aan het gebruik van de redelijkheid en billijkheid zijn verbonden en om te onderzoeken hoe de door hen genoemde nadelen het beste zouden kunnen worden ondervangen. Deze vraag suggereert, zoals een van de feitenrechters terecht opmerkte, dat er ook bezwaren tegen het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm bestaan. Deze indruk leefde echter niet bij iedere geïnterviewde feitenrechter. In het gros van de zaken zou er geen sprake van rechtsonzekerheid zijn. De uitspraken van de Hoge Raad zouden voldoende richting geven. Volgens andere geïnterviewde feitenrechters zouden ook rechtswetenschappelijke artikelen een dergelijke rol (kunnen) vervullen.

Daarentegen meenden de meeste geïnterviewde feitenrechters dat het gebruik van de redelijkheid en billijkheid op drie verschillende niveaus rechtsonzekerheid met zich meebrengt. Ten eerste werd als nadeel gezien dat voor de burger niet is te ‘berekenen’ hoe de rechter zal beslissen. Dit zou echter ook gelden voor heel veel andere gevallen, waarin de redelijkheid en billijkheid niet speelt (zie ook de opvatting van MEMELINK hierover in subparagraaf 6.2.3 van dit onderzoek). Ten tweede werd het lastig gevonden om uit te leggen waarom iets onredelijk en onbillijk is.

> ‘Mensen moeten ook snappen waarom je zo kiest.’

239 **BARENDRECHT 1992**, p. 76-77.

Ten derde zou de redelijkheid en billijkheid tot rechtsongelijkheid kunnen leiden, omdat rechters veel ruimte hebben om subjectief in te vullen wanneer iets onredelijk en onbillijk is.

Het meest genoemde voordeel is dat de redelijkheid en billijkheid het mogelijk maakt om een zo rechtvaardig mogelijke beslissing te nemen. De redelijkheid en billijkheid zou ervoor zorgen dat recht kan worden gedaan aan de individuele feiten en omstandigheden van het geval. Daarnaast zou het nuttig zijn dat er zoveel onder de open norm kan worden gebracht. Hierin zou echter ook een belangrijk nadeel verscholen liggen:

> 'Je [kunt] daar ook eigenlijk gewoon een heel individueel oordeel redelijk en billijk noemen, terwijl het dat misschien helemaal, objectief gezien, niet is.'

Met name partijen in familierechtelijke zaken zouden belang hebben bij de mogelijkheid om een (wettelijke) norm buiten toepassing te laten. Ze moeten immers nog met elkaar verder:

> 'Dus als ze het gevoel hebben "Uiteindelijk deugt het toch niet, maar de rechter kan er niets mee", dan blijf je [de rechter, EvWV] met een ontevreden gevoel zitten. Dit geeft ook mogelijkheden tot mediation. De wet zegt dit, maar u kunt best iets anders afspreken (…).'

De corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid zou evenwel niet te snel van toepassing moeten worden geacht. De redelijkheid en billijkheid zou slechts een vangnetfunctie moeten vervullen;

> 'Ik vind het aldus hulptroepen die je spaarzaam moet inzetten.

Advocaten zouden te vaak met de redelijkheid en billijkheid op de proppen komen, zonder deugdelijk uit te werken waar de open norm in dit geval toe leidt en waarom. Deze 'stelluiheid' zou kunnen worden weggenomen door als rechter uit te dragen dat de maatstaf streng is en door de uitspraak goed te motiveren. Er zou zo veel mogelijk moeten worden geobjectiveerd. De rechters hebben verder unaniem aangegeven de redelijkheid en billijkheid niet te willen missen.

5.4 Samenvattend

In dit hoofdstuk is onderzocht wat vanuit juridisch-dogmatisch perspectief de voor- en nadelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm zijn. Het klaarblijkelijke voordeel daarvan is gelegen in de flexibiliteit. De redelijkheid en billijkheid is zo open dat daaronder veel verschillende, ook door de wetgever niet voorziene, situaties kunnen worden gebracht. De wetgeving

wordt op deze wijze aldus beheersbaar gehouden in een steeds ingewikkelder en complexer wordende samenleving. Daarnaast biedt de redelijkheid en billijkheid de mogelijkheid om wettelijke en contractuele regels in de verhouding tussen particulieren onderling te relativeren. Zij geeft tevens ruimte om, naast van wettelijke en contractuele regels, af te wijken van onredelijk en onbillijk uitvallende regels van gewoonterecht en van redelijkheid en billijkheid. Tot slot worden maatschappelijke ontwikkelingen en inzichten in een nieuwe rechtsregel getransformeerd en wordt alternatieve regelgeving via de redelijkheid en billijkheid het recht binnengehaald.

Naar mening van BARENDRECHT kan deze flexibiliteit ook worden geboden door een normenstelsel met meer gesloten normen, mits deze regels worden beschouwd als voorlopige regels, die altijd weer door de rechter kunnen worden aangepast of gewijzigd. Het voordeel daarvan, boven het gebruik van open normen als de redelijkheid en billijkheid, zou zijn dat de kennis over rechtvaardigheid die eerder is opgedaan, niet verloren gaat. Een open norm als de redelijkheid en billijkheid zou geen maatschappelijke discussie uitlokken over wat maatschappelijk gezien het meest aanvaardbaar is, omdat daarin eigenlijk ieder resultaat kan worden gepast. Een rechtsstelsel met open normen heeft volgens hem dan ook als belangrijkste nadelen dat het een verlies aan rechtszekerheid met zich meebrengt en dat de rechtsontwikkeling dreigt tot stilstand te komen. De kennis over rechtvaardigheid gaat volgens tegenhangers van dit alternatief evenwel niet verloren, maar zou, in plaats van in de open norm, zijn opgeslagen in de jurisprudentie en de rechtsliteratuur – de rechtsontwikkeling zou aldus plaatsvinden op een ander niveau. BARENDRECHT zou de toegevoegde waarde van de jurisprudentie en de rechtsliteratuur in de casestudies die hij in zijn proefschrift heeft behandeld met een onwelwillend oog hebben bezien. Daarenboven lijkt het erop dat we met het door hem geboden alternatief niets opschieten; het rechtszekerheidsprobleem lijkt slechts te zijn verschoven naar de vraag wanneer regels mogen, dan wel moeten worden losgelaten. Daarnaast zou de rechtsontwikkeling, anders dan BARENDRECHT heeft doen geloven, juist (altijd al) via de redelijkheid en billijkheid tot stand (zijn ge)komen. Het zou evenwel inderdaad goed zijn om de duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten die uit de concrete toepassing van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden afgeleid in de wet neer te leggen, maar hiermee zou moeten worden gewacht totdat ze voldoende zijn gekristalliseerd. Anders zou er slechts sprake zijn van schijnzekerheid. BARENDRECHT heeft bevestigd dat absolute zekerheid niet kan worden verschaft, maar dat meer gesloten normen tot voordeel hebben dat inruiling daarvan tegen een nieuwe scherpe norm goed moet worden gemotiveerd. Naast een verlies aan rechtszekerheid en een dreigende stilstand van de rechtsontwikkeling, heeft hij als nadelen van het gebruik van open normen als de

redelijkheid en billijkheid genoemd dat de democratische legitimatie van het recht in het geding komt, een te grote vrijheid wordt gegeven aan de rechter, de kennis over rechtvaardigheid op inefficiënte wijze wordt gebruikt en opgeslagen, geen efficiënte wijze van conflictoplossing wordt geboden, geen verantwoording aan partijen wordt gegeven, geen gedragsbeïnvloeding plaatsvindt en het een gevaar voor de rechtsgelijkheid oplevert.

In de interviews zijn alle bovengenoemde argumenten voor en tegen het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm langsgekomen. Een van de geïnterviewde feitenrechters benadrukte dat het met name voor familierechtelijke zaken, waarin sprake is van een rechtsverhouding voor langere duur, voordelig is dat met de redelijkheid en billijkheid een (wettelijke) regel buiten toepassing kan worden gelaten, als deze onredelijk en onbillijk uitvalt.

5.5 Enkele deelconclusies

De heersende opvatting lijkt dat de voordelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm duidelijk opwegen tegen de nadelen daarvan. Daarnaast lijkt BARENDRECHT in zijn pleidooi voor een streven naar zo scherp mogelijke regels (zonder binding aan het recht) hier en daar een hyperbolische schrijfstijl te hebben gehanteerd, om zijn mening extra nadruk te geven. Bovendien lijkt, paradoxaal genoeg, de (corrigerende functie van) de redelijkheid en billijkheid juist meer nodig te zijn in een rechtsstelsel met veel gesloten normen, omdat deze normen niet passend zullen zijn voor alle gevallen. Dit kan worden opgelost door meer regels te ontwikkelen. Het is echter de vraag hoever men hierin wil en moet gaan. De wet(ssystematiek) moet nog wel overzichtelijk en hanteerbaar blijven.

Echter, aan BARENDRECHT kan worden toegegeven dat veelvoorkomende situaties het beste via een wettelijke regel kunnen worden opgelost en dat het de taak van (onder andere) rechtswetenschappelijke onderzoekers is om op een enigszins systematische wijze tot nadere invulling van open normen als de redelijkheid en billijkheid te komen. Deze taak is in dit onderzoek ter hand genomen, zij het dat de rechtsbronnen (*wet, jurisprudentie en rechtsliteratuur*) hierbij als primaire onderzoeksobjecten zijn genomen en niet de rechtvaardige oplossing van maatschappelijke problemen die om een dergelijke oplossing vragen, zoals waarvoor hij zich in zijn pleidooi voor een informatiever burgerlijk recht sterk heeft gemaakt.

6 Heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming

In het vorige hoofdstuk hebben we gezien dat het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm de rechter veel vrijheid laat. Om te voorkomen dat het subjectieve redelijkheids- en billijkheidsgevoel van de rechter wordt gemanifesteerd als objectieve redelijkheid en billijkheid, heeft de wetgever van het nieuw Burgerlijk Wetboek een aantal kenbronnen van de redelijkheid en billijkheid in de wet genoemd. In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe de rechter volgens de rechtstheoretische literatuur tot zijn oordeel kan en zou (moeten) komen en, naar zeggen van de geïnterviewde feitenrechters, daadwerkelijk komt. Aldus staat de heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming omtrent de redelijkheid en billijkheid in dit hoofdstuk centraal. De daaropvolgende fase, waarin het rechterlijk oordeel rationeel wordt onderbouwd, vormt het onderwerp van bespreking in hoofdstuk 8. In hoofdstuk 7 worden eerst nog de (materiële) functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid (en aldus de plaats die de redelijkheid en billijkheid heeft binnen het proces van (rechterlijke) oordeelsvorming over het vaststellen van de rechtsgevolgen van een overeenkomst) besproken. Hoewel het voor de beeldvorming goed is om deze twee fases uit elkaar te houden, lijkt dit in de praktijk niet strikt te kunnen, doordat rechters in de heuristische fase reeds vooruit lijken te (moeten) lopen op vragen die ze in het kader van de legitimatie van hun oordeel moeten beantwoorden.

In paragraaf 6.1 wordt allereerst gekeken waaruit de redelijkheid en billijkheid volgens de wet kan worden gekend, dat wil zeggen waaruit afgeleid kan worden wat redelijk en billijk is, en of de geïnterviewde feitenrechters bij deze kenbronnen aanknopen. Daarna wordt in paragraaf 6.2 aan de hand van de rechtstheoretische literatuur verkend welke rechtsvindingstechnieken de rechter in zijn gereedschapskist heeft voor de concretisering en tegelijkertijd objectivering van de redelijkheid en billijkheid. Deze rechtsvindingstechnieken hebben met elkaar gemeen dat ze uitgaan van gevalsvergelijking. In de interviews zijn twee van deze rechtsvindingstechnieken aan de orde gekomen, van welke gesprekken in deze paragraaf eveneens verslag wordt gedaan. Ook wordt melding gemaakt van het aantal keer waarin uit de motivering van de uitspraken uit de inhoudsanalyse (de 34 uitspraken van de Hoge Raad en de 75 uitspraken van lagere rechters op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht) is af te leiden dat de rechter bij zijn oordeelsvorming een van deze rechtsvindingstechnieken heeft toegepast, omdat dit is geëxpliciteerd en/of omdat een van deze rechtsvindingstechnieken als argument is gehanteerd. In paragraaf 6.3 wordt vervolgens beschouwd welke rol de rechterlijke intuïtie volgens de rechtstheoretische literatuur en de

geïnterviewde feitenrechters speelt bij de rechterlijke oordeelsvorming. Paragraaf 6.4 vervolgt met een samenvatting van voorgaand proces van rechterlijke oordeelsvorming. Tot besluit worden in paragraaf 6.5 enkele deelconclusies uit dit hoofdstuk getrokken over de rol van de rechterlijke intuïtie bij de oordeelsvorming van de rechter en de toegevoegde, controlerende waarde van de rechtsvindingstechnieken daarop.

6.1 Kenbronnen

Artikel 3:12 BW bepaalt dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eist,[240] rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen,[241] met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke[242] én persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Deze opsomming is enuntiatief bedoeld. Er is volgens de parlementaire behandeling van deze algemene bepaling niet gekozen voor een limitatieve opsomming, omdat dit zou kunnen leiden tot verstarring van de redelijkheid en billijkheid.[243] De redelijkheid en billijkheid zou derhalve bijvoorbeeld ook kunnen worden gekend uit de goede zeden, de openbare orde, het moraal en het fatsoen, alsmede uit de eisen van het (maatschappelijk) verkeer. Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk is aangegeven, is deze opsomming in de wet opgenomen om het particulier-autonome redelijkheids- en billijkheidsoordeel (zo veel mogelijk) uit te sluiten.[244] De rechter mag bij zijn oordeelsvorming aldus niet afgaan op zijn eigen subjectieve redelijkheids- en billijkheidsgevoel. In artikel 3:12 BW wordt gesproken over 'rekening houden met'. Dit verplicht volgens DUBBINK wel tot iets, maar niet tot veel.[245] Voor de hieruit af te leiden verantwoordingsplicht van de rechter wordt verwezen naar paragraaf 8.1.

---

240 Hoewel dit wetsartikel niets zegt over andere open normen, heeft **GIESEN** (**2007**, p. 69) gemeend dat de kenbronnen die hierin worden vermeld ook bij de nadere invulling van de verkeersopvattingen en de maatschappelijke zorgvuldigheid in aanmerking moeten worden genomen. Beide open normen zouden namelijk een nadere invulling dienen te krijgen. Bovendien zou de maatschappelijke zorgvuldigheid volgens de heersende leer uiteindelijk worden bepaald door de (redelijkheid en) billijkheid.

241 Dit kunnen ook algemeen erkende rechtsbeginselen van Europees (en internationaal) recht zijn. Zie **WISSINK 2001**, p. 328; **ARONSTEIN 2011**, p. 820; **ARONSTEIN, *WPNR* 2011/6901**, p. 30; en **W. SNIJDERS 2014**, p. 546 en p. 562. Zie ook **LINDENBERGH, *WPNR* 2004/6602**, p. 982.

242 Hieronder vallen ook de maatschappelijke belangen die worden beschermd door de Europese Unie, aldus **W. SNIJDERS 2014**, p. 562-563.

243 **PARL. GESCH. NBW BOEK 3 (Inv. 3, 5 en 6)**, MvA II, p. 1035.

244 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 3 (Inv. 3, 5 en 6)**, MvA II, p. 1034.

245 **DUBBINK, *WPNR* 1990/6963-64**, p. 360.

Artikel 3:12 BW was oorspronkelijk door Meijers opgenomen in artikel 7 van de Inleidende titel,[246] die vooraf zou gaan aan het Burgerlijk Wetboek. Deze titel bevatte negen artikelen. De eerste zes artikelen, die handelden over de verhouding van de wet tot de andere bronnen van objectief recht en de nadere invulling daarvan, zijn ingetrokken (waardoor deze verhouding open is komen te liggen, zie ook subparagraaf 7.3.1.2). De laatste drie artikelen zijn overgebracht naar Boek 3 BW en zijn terechtgekomen in de artikelen 12 tot en met 14 BW. Volgens DUBBINK zag de (redelijkheid en) billijkheid van artikel 7 van de Inleidende titel, gelet op de samenhang met de eerste vier artikelen daarvan en de Toelichting Meijers – waarin de (redelijkheid en) billijkheid niet tot het positieve, maar het richtige recht werd gerekend[247] – op de (redelijkheid en) billijkheid die buiten de wet ligt.[248] De overbrenging van artikel 7 van de Inleidende titel naar artikel 3:12 BW zou tot gevolg hebben gehad dat de daarin opgenomen richtlijnen voor de rechtsvinding in het ongeschreven, objectieve recht ook zouden gelden voor gevallen waarin de redelijkheid en billijkheid *binnen* het kader van de wet aan de orde komt, aldus voor gevallen waarin in de wet zelf wordt verwezen naar de redelijkheid en billijkheid (zie ook paragraaf 4.1).

Hoewel artikel 3:12 BW aangeeft waar de eisen (casu quo maatstaven) van redelijkheid en billijkheid bijvoorbeeld zijn te vinden, maakt het niet duidelijk hoe de inhoud daarvan kan worden vastgesteld en hoe de weging daarvan plaats kan vinden. Wat bijvoorbeeld te doen als deze kenbronnen elkaar tegenspreken? Hierna wordt besproken hoe de geïnterviewde feitenrechters hiermee omgaan.

Bevindingen uit de interviews

In de interviews is aan de feitenrechters gevraagd of ze aanknopen bij de in artikel 3:12 BW genoemde kenbronnen, en zo ja, op welke wijze ze deze wegen en in hoeverre ze dit alles laten terugkomen in hun motivering (zie bijlage 2, interviewvraag 3b). Bijna alle geïnterviewde feitenrechters gaven te kennen aan te knopen bij deze kenbronnen, zij het dat ze dit niet altijd expliciet zouden doen. Als voorbeelden van algemeen erkende rechtsbeginselen werden genoemd:

- het recht op leven;
- het recht op vrijheid van meningsuiting;

246 Dit artikel luidde: 'Bij de vaststelling van hetgeen de billijkheid vordert, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.'

247 **TOELICHTING MEIJERS BOEK 1-4**, p. 28-29.

248 **DUBBINK, *WPNR* 1990/6963-64**, p. 360.

- het recht op een eerlijke procesvoering; en
- het recht om te zijn wie je bent.

Indien deze rechtsbeginselen niet synchroon lopen met de in Nederland levende rechtsovertuigingen, gaan deze eerste voor, aldus een van de geïnterviewde feitenrechters.[249]

In Nederland zou de (rechts)overtuiging leven dat kinderen er in het algemeen belang bij hebben om omgang te hebben met beide ouders en dat deze goed met elkaar communiceren. Ook zou het opleggen van een minimum bijdrage voor kinderalimentatie beantwoorden aan het rechtsgevoel van heel veel mensen in Nederland. Hoe weten deze feitenrechters dit nu? Ze zouden dit weten door kranten te lezen, tv te kijken en naar de radio te luisteren. Daarnaast zouden ze ook het nodige meekrijgen via hun (on)betaalde nevenfuncties en/of verenigingsleven. De geïnterviewde feitenrechters zeiden 'niet in een ivoren toren [te zitten]' en 'als rechter met beide voeten in de maatschappij [te staan]'. Ook in de rechtszaal zouden ze heel wat voorbij zien komen. Wel is het volgens een van de geïnterviewde feitenrechters zo dat de via de hiervoor genoemde wegen verspreide informatie verschillend kan worden beleefd, afhankelijk van de eigen leefsituatie. Zo zou het kunnen dat rechters de gevolgen van een echtscheiding voor een kind beter kunnen begrijpen als ze zelf kinderen hebben of als ze zelf het kind van gescheiden ouders zijn. Dit verschil in beleving zou echter niet zo groot zijn als men wellicht zou denken. Ook als rechters zelf geen kinderen hebben, zouden ze zich wel in kunnen denken dat een echtscheiding enorm ingrijpt in het leven van een kind. Ook zouden collega's hen op de gevolgen van een bepaalde uitkomst kunnen wijzen. Verschil van opvatting zou hun gedachten bovendien kunnen scherpen;

> 'Ik kan dit wel vinden, maar dit wil niet zeggen dat de hele wereld dit vindt.'

Daarnaast wordt van advocaten verwacht dat ze hieraan hun steentje bijdragen.

Een aantal geïnterviewde feitenrechters herinnerde voorts aan het feit dat de in Nederland levende rechtsovertuigingen veranderlijk zijn. Bepaalde dingen zouden thans (on)redelijker en (on)billijker worden geacht dan een aantal jaar geleden. Er zou tevens op moeten worden gelet dat de ideeën die men heeft niet zijn achterhaald door de tijd en de omstandigheden. Zo zouden de economische crisis en de daarmee gepaard gaande bezuinigingen van invloed zijn op de vraag of het reëel is om bepaalde dingen van een partij te verlangen. Bovendien zou in sommige kringen over bepaalde zaken anders worden gedacht dan in andere kringen. In het algemeen zou zijn aangenomen dat mag worden

249 Het is echter de vraag hoe ze hierachter komen.

uitgegaan van de rechtsovertuigingen van de kring waartoe betrokkenen behoren. Bij strijdigheid daarvan met de heersende rechtsovertuiging zou de rechter evenwel een zetje mogen geven in de richting van de meerderheidsovertuiging. Daarnaast werd er door een aantal geïnterviewde feitenrechters op gewezen dat rechters soms hun rug recht moeten houden, ook als hun rechtsovertuiging tegen de publieke opinie ingaat.

Als maatschappelijke belang, een van de andere kenbronnen van de redelijkheid en billijkheid, zagen ze onder andere het verhogen van de economische zelfstandigheid van vrouwen en als persoonlijke belangen de leeftijd en gezondheid van partijen. Een van de geïnterviewde feitenrechters gaf aan huiverig te zijn om een zaak op macroniveau te bekijken. Een ander merkte evenwel (terecht) op dat achter veel persoonlijke belangen, zoals het in de schuldsanering geraken, ook maatschappelijke belangen schuilgaan.

Een enkeling gaf verder te kennen dat hoe evident de kenbronnen die in artikel 3:12 BW worden genoemd ook zijn, het lastig is om vast te stellen wat deze kenbronnen inhouden. De opsomming daarvan zou wel helpen bij het ordenen van de gedachten. Tot slot benadrukte een van de geïnterviewde feitenrechters dat extra goed moet worden gemotiveerd wat deze kenbronnen inhouden, juist omdat de vaststelling daarvan niet bij de wet is geschied.

6.2 Rechtsvindingstechnieken

Artikel 3:12 BW wordt aldus als behulpzaam ervaren, zij het niet als heel erg behulpzaam. Deze algemene bepaling maakt niet duidelijk hoe de inhoud van de eisen (casu quo maatstaven) van redelijkheid en billijkheid kan worden vastgesteld en hoe de weging daarvan plaats kan vinden. In de jurisprudentie en de rechtsliteratuur zijn hier echter rechtsvindingstechnieken voor ontwikkeld. In deze paragraaf worden de volgende vier technieken beschreven:

- de vergelijkingsmethode van WIARDA;
- gevalsvergelijking op basis van precedenten;
- de ontwikkeling van omstandighedencatalogi; en
- de *Fallgruppen*-methode.

Deze rechtsvindingstechnieken zijn te beschouwen als hulpmiddelen, maar kunnen zeker ook worden gebruikt ter legitimatie en acceptatie van het rechterlijk oordeel. Ze hebben met elkaar gemeen dat ze uitgaan van gevalsvergelijking.

Het is de vraag welke rechtsvindingstechniek wanneer het beste kan worden ingezet. Het antwoord op deze vraag lijkt af te hangen van het aantal vergelijkbare, reeds beoordeelde gevallen. Na verloop van tijd kan, met het voortschrijden van de rechtsontwikkeling, aldus een meer ‘geavanceerde’ rechtsvindingstechniek worden toegepast. Om een voorbeeld hiervan te geven:

toen het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004[250] over contrair gedrag net was gewezen, stond dit arrest nog op zichzelf en was de rechter aangewezen op de vergelijkingsmethode van WIARDA. Na verloop van tijd is duidelijk geworden dat dit arrest als precedent heeft te gelden. In de jurisprudentie is, voor zover de auteur bekend, (nog) geen omstandighedencatalogus ontwikkeld door de rechter voor dit type geval. Door 'volggevallen' om deze exemplarische uitspraak heen te groeperen, zou een *Fallgruppe* kunnen worden vastgesteld.

6.2.1 De vergelijkingsmethode van WIARDA

Als er zich nog geen vergelijkbare gevallen hebben voorgedaan in de jurisprudentie, kan de zogeheten vergelijkingsmethode – of, zoals WIARDA deze rechtsvindingstechniek ook wel heeft genoemd: het variëren op een gegeven thema[251] – uitkomst bieden. Bij deze rechtsvindingstechniek dient de rechter zich één, maar liefst meerdere fictieve varianten op het aan hem voorgelegde twijfelgeval voor te stellen, waarin de oplossing wél of beter duidelijk is (zie ook figuur 6.1).[252] Door vergelijking daarmee zal zichtbaar worden welke feiten en omstandigheden maken dat de uitkomst van het geschil gunstig(er) dient uit te vallen voor de ene of juist voor de andere partij.

Figuur 6.1: Het variëren op een gegeven thema

250 **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk.

251 **WIARDA 1999**, p. 107.

252 'Het gaat daarbij om vergelijkingsgevallen waarvoor de oplossing evident is, hetzij omdat zij aanrakingspunten vertonen met gevallen die in de wet geregeld zijn, ofwel reeds eerder door de rechter waren beslist, hetzij omdat de algemeen erkende rechtsbeginselen en in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen daar geen twijfel over laten.' **WIARDA 1999**, p. 114. **BARENDRECHT** (**1992**, p. 187) heeft verondersteld dat dergelijke varianten alleen voorhanden zijn op gebieden waarop de beslissingsmarge van de rechter niet al te groot is.

WIARDA zag deze rechtsvindingstechniek vooral als een middel om de particulier-autonome factor bij de rechtsvinding terug te dringen in gevallen waarin de rechter voor zijn beslissing alleen is aangewezen op open normen als de redelijkheid en billijkheid en bij hem voor het te beoordelen geval vooralsnog geen duidelijke toetsingsmaatstaf in gedachte komt.[253] Als voorbeeld van een geval waarbij de rechtsvinding in belangrijke mate op de toepassing van de vergelijkingsmethode berustte, heeft hij het arrest *Hyster Karry Krane*[254] genoemd, waarin de rechter zich moest 'redden' met de zorgvuldigheidsnorm.

Volgens NIEUWENHUIS is de kracht van deze, door WIARDA aanbevolen vergelijkingsmethode in de eerste plaats gelegen op het vlak van de heuristiek.[255] H.J. SNIJDERS heeft daarnaast aangetoond dat de argumentatiewaarde van deze rechtsvindingstechniek kwantitatief gezien te verwaarlozen is.[256] Dit stemt overeen met de bevindingen uit de inhoudsanalyse. In de daarin betrokken uitspraken is vijf keer op een of andere manier gebruikgemaakt van gevalsvergelijking.[257]

Bevindingen uit de interviews

Middels interviews is geprobeerd te achterhalen waarom de vergelijkingsmethode van WIARDA zo weinig wordt geëxpliciteerd en/of als argument wordt gebruikt. Voordat op deze vraag kon worden ingegaan, diende te worden bezien of de geïnterviewde feitenrechters de vergelijkingsmethode van WIARDA (wel) gebruiken om hun oordeel te vormen en of ze tot diegenen behoren die de vergelijkingsmethode van WIARDA niet, of slechts sporadisch, in de motivering van hun beslissing noemen (zie bijlage 2, interviewvraag 3c). Veruit de meeste geïnterviewde feitenrechters gaven aan gebruik te maken van de vergelijkingsmethode van WIARDA, al zouden ze dit, naar eigen zeggen, niet steeds bewust doen. Volgens een van de geïnterviewde feitenrechters zouden rechters, hoewel de achterliggende gedachte en methode hen bekend zijn, niet steeds denken:

---

253 **WIARDA 1999**, p. 107. **WIARDA** (**1999**, p. 113, voetnoot 148) heeft in de vierde druk van *Drie typen van rechtsvinding*, op suggestie van **SCHOORDIJK** (***RM Themis* 1982**, p. 165), benadrukt dat de vergelijkingsmethode ook kan worden gebruikt om een antwoord te vinden op de vraag 'of en, zo ja, in hoeverre een bepaald wettelijk voorschrift zich leent voor analogische toepassing op andere gevallen'.

254 **HR 26 juni 1953**, *NJ* 1954/90, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Hyster Karry Krane*).

255 **NIEUWENHUIS, *RM Themis* 1976**, p. 514.

256 **H.J. SNIJDERS 1978**, p. 88.

257 Zie **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954; **Rb. Zwolle-Lelystad 21 februari 2007**, ECLI:NL:RBZLY:2007:AZ9316; **Rb Maastricht 22 augustus 2007**, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB2239, *RFR* 2007/130, met wenk; **Rb. Alkmaar 21 december 2007**, ECLI:NL:RBALK:2007:BD0118; en **Rb. Zutphen 27 juni 2012**, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4300, *FJR* 2012/87, m.nt. C. de Bie-Koopman.

> 'Oh, ik ga nu volgens WIARDA te werk.'

Ze passen de vergelijkingsmethode van WIARDA met name toe in het raadkameroverleg, maar ook in informele gedachtewisselingen met andere rechters en gerechtssecretarissen. Een enkele keer hanteren ze deze rechtsvindingstechniek tevens ter zitting om zodoende te imagineren wat partijen zouden hebben gedaan als de feiten en omstandigheden (net) iets anders zouden hebben gelegen of om de door hen gekozen oplossing beter begrijpbaar te maken.

Op één rechter na, expliciteerden de geïnterviewde feitenrechters deze gedachte-experimenten niet in hun motivering en gebruikten deze experimenten ook niet als argument. Ze zeiden zich niet kwetsbaarder op te willen stellen dan nodig zou zijn.

> 'Je moet inzicht geven in je gedachtegang, maar niet in alle kronkels van je geest.'

Of, zoals een ander stelde:

> 'Je persoonlijke worstelingen zet je niet in een uitspraak.'

Ze zouden daardoor namelijk eerder het risico lopen dat hun uitspraken worden vernietigd in appèl of in cassatie.

> 'De angst is dat tegenover het ene argument dat past bij onze redenering, er drie andere staan die iets anders zeggen.'

Bovendien zouden hierdoor nieuwe discussies kunnen worden uitgelokt. Gevreesd werd dat partijen alleen maar zouden zien dat vergeleken wordt met een ander geval en dat ze niet open zouden staan voor de redenen waarom hun zaak daarmee vergelijkbaar wordt geacht. Ook werd aangevoerd dat het lastig zou zijn om aan te geven welk(e) bijkomstig(e) feit(en) en/of omstandighe(i)d(en) wel voldoende zou(den) zijn geweest om de door een partij voorgestane uitleg, aanvulling of correctie te aanvaarden.[258]

> 'De marge is moeilijk onder woorden te brengen.'

Voor anderen speelden bovendien mee dat ze zich niet willen binden voor de toekomst. Het zou volgens sommigen ook vreemd aandoen om feiten en

258 Al waren de meeste geïnterviewde feitenrechters wel voorstander van het vastleggen van de feiten en omstandigheden die de doorslag hebben gegeven. 'Zeker als je echt lang hebt zitten dubben.'

omstandigheden aan te dragen die in het voorgelegde geval niet spelen. Deze gevallen zouden daarnaast een hoog fictief gehalte kunnen hebben. Voor rechters zou daarnaast vooral tellen wat het nettoresultaat is. Tot slot werd genoemd dat het vastleggen van gedachte-experimenten meer iets is voor de conclusie van de advocaat-generaal.

6.2.2 Gevalsvergelijking op basis van precedenten

Zodra een bepaald gebied verder ontgonnen is, kan het gegeven geval, in plaats van met fictieve varianten daarop, ook worden vergeleken met reeds door de rechter beoordeelde gevallen. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse is dit 35 keer gedaan.[259] Deze rechtsvindingstechniek is aldus zeven keer zoveel

259 Er is verwezen naar de volgende uitspraken: **HR 9 mei 1952**, *NJ* 1953/563, m.nt. Ph.A.N. Houwing; **HR 13 maart 1981**, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*) (3x); **HR 12 juni 1987**, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*); **HR 25 november 1988**, *NJ* 1989, 529, m.nt. E.A.A. Luijten (*Hilversumse horeca*) (2x); **HR 23 december 1988**, *NJ* 1989/700, m.nt. E.A.A. Luijten; **HR 7 december 1990**, *AA*19910679, m.nt. S.C.J.J. Kortmann; *NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten (*Moord en algehele gemeenschap*) (4x); **HR 10 januari 1992**, *NJ* 1992/651, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*); **HR 29 april 1994**, *NJ* 1995/561, m.nt. W.M. Kleijn (*Doktersvrouw*) (2x); **HR 29 september 1995**, *NJ* 1996/88 (*Melkquotum*); **HR 19 januari 1996**, *NJ* 1996/617, m.nt. W.M. Kleijn (*Rensing/Polak I*); **HR 24 oktober 1997**, *NJ* 1998/693, m.nt. W.M. Kleijn (*Whiplash*); **HR 6 maart 1998**, *NJ* 1999/113, m.nt. D.W.F. Verkade (*BUMA/STEMRA*); **HR 17 april 1998**, *NJ* 1999/550 (*vaststelling van de wijze van verdeling*) (2x); **HR 12 februari 1999**, *NJ* 1999/551, m.nt. W.M. Kleijn; **HR 22 september 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7205; **HR 6 oktober 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7362, *NJ* 2004/58, m.nt. W.M. Kleijn (2x); **HR 12 januari 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AA9430 (2x); **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0378, *NJ* 2001/583, m.nt. S.F.M. Wortmann onder *NJ* 2001/584 (*Slot/Ceelen*); **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*) (2x); **HR 6 december 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE9241, *NJ* 2005/125, m.nt. W.M. Kleijn; **HR 27 juni 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AF7541, *AA*20040036, m.nt. A.J.M. Nuytinck; **HR 20 februari 2004**, ECLI:NL:HR:2004: AO1427, *AV&S* 2004/26, m.nt. P. Clausing; *JAR* 2004/83, m.nt. R.M. Beltzer; *JOR* 2004/157, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, tevens behorend bij *JOR* 2004/158; *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron; *Ondernemingsrecht* 2004/62, m.nt. F.B.J. Grapperhaus; *SR* 2004/60, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer (*Pensioenfonds/Fox*) (2x); **HR 5 maart 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO1974; **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk (3x); **HR 15 september 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AW3044, *JPF* 2007/19, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/18, *NJ* 2007/217, m.nt. W.M. Kleijn; **HR 3 november 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AX8843, *JPF* 2007/6, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/5; *NJ* 2008/257, m.nt. L.C.A. Verstappen onder *NJ* 2008/258 (2x); **HR 4 mei 2007**, ECLI:NL:2007:BA1564, *NJ* 2008/187, m.nt. M.H. Wissink; *RFR* 2007/83, met wenk; **HR 30 mei 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC6582, *NJ* 2008/400, m.nt. L.C.A. Verstappen, *RFR* 2008/89, met wenk; **Hof Den Haag 3 november 2004**,

(geëxpliciteerd en/of als argument) gebruikt dan de door WIARDA aanbevolen gevalsvergelijking.

Om te kunnen beoordelen of een reeds door de rechter beslecht geval gelijkenissen vertoont met het gegeven geval, dient te worden gezocht naar de beslissende redenen van het precedent, ook wel de *rationes decidendi* geheten.[260] Deze *rationes* kunnen volgens KOTTENHAGEN evenwel niet altijd even goed worden onderscheiden van de feitelijke conclusies en/of van de ten overvloede uitgesproken overwegingen (de zogeheten *obiter dicta*).[261] Hij heeft daarom aangeraden om het slechts te hebben over 'een in een precedent neergelegde rechtsregel of norm' in plaats van over de *ratio decidendi* van die uitspraak. Daarnaast zou een beperking van de precedentwerking tot de *ratio decidendi* van de uitspraken volgens H.J. SNIJDERS onvoldoende recht doen aan de actuele bestaansgronden van de precedentwerking in ons land.[262] Dit brengt ons bij het volgende onderwerp.

Voor gevalsvergelijking op basis van precedenten wordt enigerlei vorm van gebondenheid van de rechter aan precedenten verondersteld. Deze gebondenheid was volgens TEUBEN in Nederland in 2004 in elk geval tot op zekere hoogte aanwezig.[263] De argumenten voor deze conclusie heeft zij − naast de inhoudelijke overtuigingskracht van precedenten − ontleend aan de rechtseenheid, de rechtsgelijkheid én rechtszekerheid en het vertrouwen in de rechtspraak. Zij lijkt te hebben gesproken van 'tot op zekere hoogte' omdat de precedentwerking hier te lande vergelijkbaar zou zijn met de betekenis die in het Engelse recht aan de zogeheten *persuasive precedents* toekomt. Precedenten zouden in Nederland aldus een bepaalde normatieve betekenis hebben, maar de binding daaraan zou niet absoluut van aard zijn.[264] De rechter zou een precedent dan ook moeten volgen, tenzij hij een goede reden heeft om dit niet te doen, die

---

ECLI:NL:GHSGR:2004:AR5181, *RFR* 2005/6, met wenk; en **Hof Amsterdam 1 maart 2011**, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP7469, *RFR* 2011/70, met wenk.

260 Of zoals **DRION** (**1950**, p. 10) het heeft geformuleerd: 'Ratio decidendi is die rechtsbeslissing, die noodzakelijk was om tot de uiteindelijke uitspraak te komen; en − dat is in de praktijk zeer belangrijk − noodzakelijk volgens de latere rechter, niet volgens de raadsheren die het precedent schiepen.' Zie ook **SMITH 2007**, p. 120.

261 **KOTTENHAGEN 1986**, p. 220. Daarnaast is hij met een alternatief voor de in de Engelse rechtstheorie ontwikkelde methoden gekomen om de *ratio decidendi* te bepalen. Deze methoden zouden namelijk niet volstaan, omdat daarin steeds maar één aspect van de rechtsvinding wordt benadrukt (p. 217-218). Zijn alternatief is samengesteld uit elementen van verschillende theorieën, waarvan de leer van de normhypothese (KRIELE) en de *two-level*procedure (WASSERSTROM) de belangrijkste zijn. Zie p. 234-236.

262 **H.J. SNIJDERS 1995**, p. 28.

263 **TEUBEN 2004**, p. 231-293. Zie ook **DRION 1950**, p. 27 en **H.J. SNIJDERS 1995**, p. 18.

264 **TEUBEN 2004**, p. 279-280.

bijvoorbeeld kan zijn gelegen in een wijziging van de maatschappelijke omstandigheden of inzichten.[265] Hij zou dan wel dienen te motiveren waarom hij afwijkt.[266]

VRANKEN heeft in het tweede algemeen deel bepleit dat vrijwel alleen lagere rechters zijn gebonden aan uitspraken van de Hoge Raad.[267] Het zou namelijk de taak van de appèlrechters,[268] maar vooral van de Hoge Raad zijn om de rechtseenheid te bevorderen en te bewaken. TEUBEN heeft hier een licht accentverschil op aangebracht. Ook in de verhouding tussen het hof en de onder hem ressorterende lagere rechters zou, naast de algemene argumenten voor de gebondenheid aan precedenten, vanwege de 'autoriteit' van het hof, een zekere precedentwerking verdedigbaar zijn.[269] Daarnaast zouden lagere rechters, gelet op de formulering van het arrest *Druijff/B.C.E. Bouw*,[270] ook rekening moeten houden met uitspraken van collega-rechters die rechtspreken op hetzelfde niveau, zij het dat dit geen al te sterke gebondenheid zou opleveren.[271] Tot slot heeft TEUBEN uit de erkenning van de rechtsvormende taak van de rechter afgeleid dat hij in beginsel (behoudens gemotiveerde afwijking) ook gebonden is aan zijn eigen precedenten.[272] BRUNNER heeft in een interview in 1994 echter gesteld uit eigen ervaring te weten dat:

> 'er geen rechtbank is die zich gebonden acht aan haar eigen precedenten.'[273]

BARENDRECHT heeft in zijn proefschrift bestreden dat het bij open normen mogelijk is om via deze rechtsvindingstechniek tot een verantwoorde beslissing te komen.[274] Hij heeft hiertoe aangevoerd dat het nauwelijks mogelijk is om in de uitspraken die zijn gebaseerd op open normen een algemene lijn te

---

265 Zie verder **TEUBEN 2004**, p. 282-286.

266 **TEUBEN 2004**, p. 286. Zie ook **H.J. SNIJDERS 1995**, p. 33.

267 **ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL** 1995**, nr. 186. Zie ook de conclusie van A-G J. Vranken, o. 25 en 26 voor **HR 2 december 1994**, *NJ* 1995/184 (*Victi Vincimus/Philips Pensioenfonds*).

268 'Weliswaar hebben de hoven een taak bij het bevorderen van de rechtseenheid, maar in het huidige appelsysteem is deze taak veel minder prominent dan het bieden van een volwaardige tweede kans', aldus **ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL** 1995**, nr. 186.

269 **TEUBEN 2004**, p. 280.

270 **HR 17 november 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, *Av&S* 2001, p. 26, m.nt. S.D. Lindenbergh; *NJ* 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (*Druijff/B.C.E. Bouw*).

271 **TEUBEN 2004**, p. 282.

272 **TEUBEN 2004**, p. 237 en p. 270.

273 Zie **VAN KLINKEN & VAN KOOTEN, *NTBR* 1994, afl. 8**, p. 185. In zijn bijdrage in *Voorontwerp Burgerlijke Rechtsvordering. De eerste Stein geworpen* heeft hij deze zelfde uitspraak gedaan voor zowel de rechtbanken als de hoven. **BRUNNER 1994**, p. 37.

274 **BARENDRECHT 1992**, p. 183-186.

ontdekken, omdat de feiten en omstandigheden van het geval nu eenmaal beslissend zouden zijn geweest. Theorievorming zou om deze reden ook uitblijven. Deze opvatting lijkt echter haaks te staan op de huidige praktijk. Rechters verwijzen, zoals uit de uitspraken uit het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht is gebleken, regelmatig naar andere uitspraken. Hoewel voorzichtigheid is geboden met het trekken van (te) algemene conclusies, zijn er, zoals de rechtsliteratuur laat zien, wel degelijk algemene lijnen te ontdekken in de uitspraken die zijn gebaseerd op open normen als de redelijkheid en billijkheid.

6.2.3 De ontwikkeling van omstandighedencatalogi

Voor de concretisering en tegelijkertijd objectivering van de redelijkheid en billijkheid heeft de rechter nog een derde rechtsvindingstechniek in zijn gereedschapskist, te weten de ontwikkeling van zogeheten *omstandigheden-catalogi*. Hierin worden een aantal omstandigheden opgesomd die relevant (kunnen) zijn voor de invulling van een open norm als de redelijkheid en billijkheid voor bepaalde typen gevallen. Deze omstandighedencatalogi zijn veelal slechts enuntiatief van aard; ook andere, niet in de omstandigheden-catalogi opgenomen omstandigheden mogen worden meegenomen.[275]

DRION zou graag zien dat rechters, mits de casus het mogelijk maakt, meer durf tonen en kleur bekennen door

> '(…) meer onderscheid te maken tussen, enerzijds, het geven van algemeen geldende gezichtspunten en, anderzijds, het benoemen van diegene daarvan die in de omstandigheden van deze zaak de doorslag hebben te geven'.[276]

Daarnaast dient de rechter zijns inziens meer consequent vast te houden aan de omstandigheden van de omstandighedencatalogi en dient hij deze omstandigheden, waar mogelijk, nader uit te werken bij iedere zaak die zich daarvoor leent. Tevens zou hij bij het opstellen van de omstandigheden die in de omstandighedencatalogi thuishoren meer aandacht moeten hebben voor de praktijk. DRION heeft bij dit laatste kritiekpunt verwezen naar het arrest *Meyer Europe/Pont Meyer* (zie ook subparagraaf 7.3.1.1),[277] waarin de zogeheten *entire agreement clause* (naar zijn mening ten onrechte) als richtinggevende omstandigheid is genoemd.[278]

---

275 Zie **DRION, *NJB* 2008/1321, afl. 27**, p. 1635.

276 **DRION, *NJB* 2008/1321, afl. 27**, p. 1635.

277 **HR 19 januari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *JOR* 2007/166, m.nt. R.P.J.L. Tjittes; *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink onder *NJ* 2007/576; *Ondernemingsrecht* 2007/90, m.nt. A. Wiggers; *V-N* 2007/23.31, m.nt (*Meyer Europe/Pont Meyer*).

278 **DRION, *NJB* 2008/1321, afl. 27**, p. 1635.

Hoewel omstandighedencatalogi volgens hem sterker en overtuigender kunnen worden vormgegeven, werd het gat tussen de open norm en de casuïstiek naar zijn oordeel reeds door de toenmalige applicatie van deze rechtsvindingstechniek verkleind.[279] BARENDRECHT daarentegen heeft gemeend dat omstandighedencatalogi pas dan werkelijk een bijdrage kunnen leveren aan de rechtsvorming, wanneer de omstandigheden die relevant kunnen zijn nauwer worden omschreven en in aantal worden beperkt.[280] Tot aan die voorwaarde is voldaan, zou namelijk altijd nog een oordeel nodig zijn over de omstandigheden. Zoals MEMELINK heeft gezegd, is het echter een illusie om te denken dat dit voor toepassing van meer gesloten normen op de feiten en omstandigheden van het geval niet zou gelden.[281]

Bevindingen uit de inhoudsanalyse

Een belangrijke constatering uit de uitspraken uit de inhoudsanalyse is dat daarin *slechts* driemaal een omstandighedencatalogus is (weer)gegeven.[282] Het door de rechters op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht gehechte belang aan deze rechtsvindingstechniek, of althans de explicitering en/of argumentswaarde daarvan, voor de invulling van de redelijkheid en billijkheid, lijkt aldus beperkt. In zijn arrest van 9 september 2008[283] heeft het Hof Arnhem, in het kader van de uitleg van het antispeculatiebeding in de verdelingsovereenkomst (zie subparagraaf 10.1.3), gememoreerd aan de door de Hoge Raad gegeven omstandigheden in het arrest *Ermes c.s./Haviltex*[284] (zie ook subparagraaf 7.3.1.1), te weten: *de tekst van de overeenkomst* en *de bedoelingen en verwachtingen van partijen*. Bij deze bedoelingen en verwachtingen kan volgens de Hoge Raad mede van belang zijn *tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren* en *welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht*. Het hof heeft daarnaast als omstandigheden die een rol kúnnen spelen, genoemd: *de verdere inhoud van de overeenkomst* en *de geschiedenis van de totstandkoming*. Het lijkt erop dat al deze omstandigheden in de feiten en omstandigheden van deze zaak volgens het hof ook een rol hébben gespeeld, waarbij niet één bepaalde omstandigheid de doorslag lijkt te hebben gegeven. Ook in de uitspraak van de Rechtbank

279 **DRION, *NJB* 2008/1321, afl. 27**, p. 1635.
280 **BARENDRECHT 1992**, p. 188.
281 **MEMELINK 2009**, p. 345.
282 **Hof Arnhem 9 september 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635; **Rb. Zwolle 21 augustus 2002**, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF5277; en **Rb. Haarlem 12 januari 2010**, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0633, *RFR* 2010/67, met wenk. Hierbij zij aangetekend dat verwijzing naar het *Haviltex*-arrest of -criterium an sich niet als zodanig is aangemerkt.
283 **Hof Arnhem 9 september 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635.
284 **HR 13 maart 1981**, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*).

Haarlem van 12 januari 2010[285] ging het om de uitleg van een familie-vermogensrechtelijke overeenkomst, maar dan om de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Als omstandigheden van de *Haviltex*-catalogus zijn daarin genoemd: *de bewoordingen van de huwelijkse voorwaarden*, *de omstandigheden waaronder deze zijn gemaakt* en *de wederzijdse kenbare bedoelingen van partijen.* Hierin is geen hiërarchie aangebracht. In haar vonnis van 21 augustus 2002 heeft de Rechtbank Zwolle[286] – aldus de lagere rechter zelf – een omstandighedencatalogus gegeven voor de beoordeling van de vraag of een smartengelduitkering, hoewel bijzonder verknocht, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet (geheel) buiten de verdeling behoort te worden gelaten (zie ook paragraaf 10.6). De wijze waarop het smartengeld wordt aangewend, alsmede tijdsverloop, in die zin dat het huwelijk na het letsel dan wel de smartengelduitkering nog voor een langere periode heeft voortgeduurd, zijn door haar aangemerkt als omstandigheden die in de richting van een positieve beantwoording van de hiervoor genoemde vraag kunnen wijzen. In de feiten en omstandigheden van deze zaak heeft de tweede omstandigheid de doorslag gegeven. De Rechtbank Zwolle heeft aldus durf getoond en kleur bekend.

Bevindingen uit de interviews

De feitenrechters is gevraagd of ze gebruik maken van omstandighedencatalogi, en zo ja, of ze van mening zijn dat de sprong tussen de open norm en de feiten en omstandigheden van het geval hierdoor daadwerkelijk wordt verkleind (zie bijlage 2, interviewvraag 3d). Met deze vraag is getracht de (dis)functionaliteit van dergelijke omstandighedencatalogi te illustreren. De geïnterviewde feitenrechters maakten allen gebruik van deze rechtsvindingstechniek. Een enkele feitenrechter meldde er niet van te houden dit expliciet te doen, omdat de uitspraken van de Hoge Raad gewoonweg onderdeel uitmaken van het objectieve recht. Door het weglaten van verwijzingen zou bovendien worden onderstreept dat lagere rechters zelfstandig rechtspreken.

De omstandighedencatalogi werden als dienstig ervaren.[287] Ze zouden helpen om geen dingen over het hoofd te zien. Bovendien zou de kern van de

285 **Rb. Haarlem 12 januari 2010**, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0633, *RFR* 2010/67, met wenk.

286 **Rb. Zwolle 21 augustus 2002**, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF5277.

287 Als voorbeeld van een voor het personen- en familierecht behulpzame omstandighedencatalogus werd de lijst uit het arrest van de Hoge Raad van 3 juni 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AS5961, *NJ* 2005/381, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2005/89, met wenk) genoemd, waarin is opgesomd onder welke feiten en omstandigheden sprake is van samenleven in de zin van artikel 1:160 BW. Hierbij kan de vraag worden gesteld of deze lijst niet een ander karakter heeft dan de in

motivering dankzij deze rechtsvindingstechniek haast automatisch op papier komen. Daarnaast werd het als een voordeel gezien dat de motivering op deze wijze heel feitelijk wordt gemaakt. Tegelijkertijd benadrukten vrijwel alle geïnterviewde feitenrechters dat het de lagere rechter vrij staat om af te wijken van dergelijke omstandighedencatalogi, ook als deze eigenlijk limitatief zijn bedoeld. Voor afwijking zouden wel goede redenen moeten bestaan. Zo zou het kunnen dat het standpunt van de Hoge Raad is achterhaald, en deze

> 'kan alleen maar omgaan als het bij ons vandaan komt'.

Ook zou het kunnen dat de casuïstiek hiertoe aanleiding geeft. De omstandighedencatalogi zouden niet beknellend werken, doordat de weging van de feiten en omstandigheden van het geval bij de feitenrechters blijft rusten. Het stramien dat door de Hoge Raad wordt aangedragen, voelt volgens hen ook natuurlijk aan.

Daarentegen was een van de geïnterviewde feitenrechters van mening dat omstandighedencatalogi de boel op slot zetten. Bovendien zou het gevaar bestaan dat feitenrechters zich te veel fixeren op dergelijke omstandighedencatalogi. Op de vervolgvraag of ook zonder het 'dicteren' van de relevante omstandigheden een uniform kader zou ontstaan, antwoordde deze rechter dat de casuïstiek veelal te kleurrijk is om in lijstjes te vangen.

6.2.4 De *Fallgruppen*-methode

De vierde rechtsvindingstechniek die de rechter kan helpen om zijn oordeel te objectiveren is de zogeheten *Fallgruppen*-methode. Deze rechtsvindingstechniek lijkt vooral aangewezen als er op een bepaald gebied meerdere uitspaken zijn gewezen.[288] Bij deze methode worden typische groepen van gevallen vastgesteld, in het Duits *Fallgruppen* geheten.[289] De vaststelling van typische groepen van gevallen kan worden gedaan door uitspraken waarin soortgelijke feiten en omstandigheden doorslaggevend zijn geweest voor de toepassing van de redelijkheid en billijkheid bij elkaar te zoeken[290] of, andersom, door te kijken welke uitspraak exemplarisch is (genoemd) en daar de

---

deze paragraaf bedoelde omstandighedencatalogi, waar de vraag 'meer of minder' centraal staat.

288 Indien een nieuwe *Fallgruppe* nog maar net tot ontwikkeling is gekomen, is het praktisch gezien lastig, of zelfs onmogelijk om aan te wijzen om welk geval het gaat. Zie **MEMELINK 2009**, p. 335.

289 De werkzaamheid van deze rechtsvindingstechniek is volgens **ZIMMERMAN & WHITTAKER** (**2000**, p. 23) met name bevorderd door de invloedrijke studie van de Duitse rechtshistoricus **WIEACKER** (**1956**).

290 Zie **MEMELINK 2009**, p. 334.

'volggevallen' omheen te groeperen.[291] Uit deze typische groepen van gevallen kunnen duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten worden afgeleid. Zoals MEMELINK heeft gezegd, groeit op deze manier als het ware een subsysteem van de redelijkheid en billijkheid voor typische groepen van gevallen, zonder dat dit subsysteem ooit is voltooid of vaststaat.[292] Volgens HESSELINK kan dit subsysteem, zoals we in paragraaf 4.4 hebben gezien, niet worden beschouwd als het subsysteem van de redelijkheid en billijkheid, aangezien de redelijkheid en billijkheid niet (meer) als norm zou kunnen worden beschouwd.

Hoewel deze rechtsvindingstechniek de rechtszekerheid lijkt te bevorderen, is de toepassing daarvan in het land van herkomst (Duitsland) door een aantal rechtswetenschappelijke onderzoekers bekritiseerd. WEBERs kritiek steunt aan de ene kant op de staatsrechtelijke taakverdeling tussen de wetgever en de rechter, en aan de andere kant op de specifieke functie van *'Generalklauseln'* (namelijk, recht doen aan de feiten en omstandigheden van het geval).[293] De vorming van – abstracte – *Fallgruppen* zou ten eerste de staatsrechtelijke taak van de rechter te boven gaan. De rechter zou slechts uitspraak mogen doen in een individueel geval. Daarbij zou komen dat het hem aan democratische legitimatie ontbreekt. REURICH heeft hiertegen ingebracht dat deze uitleg van de leer van de scheiding der machten in Duitsland door niemand (meer) wordt verdedigd − wat wordt ondersteund door BEATER, die heeft gesteld dat de gedachte dat rechtsvorming een gezamenlijke taak van de wetgever en de rechter is, wijd verspreid is en als iets vanzelfsprekends wordt gezien[294] –, wat nog sterker zou gelden voor Nederland (zie echter subparagraaf 5.2.2).[295] Ten tweede bestaat volgens WEBER het gevaar dat het onderscheidende gevalsaspect door de vorming van *Fallgruppen* (en de daarbij noodzakelijke abstrahering van de *Einzelfall*) verloren gaat, dan toch in elk geval aan het zicht wordt onttrokken.[296] LARENZ heeft zich anderzijds afgevraagd of *Fallnormen*[297] niet te veel op het individuele geval zien om de *Gleichgerechtigkeit* te kunnen

291 Zie **HESSELINK 1999**, p. 56.
292 **MEMELINK 2009**, p. 334.
293 **WEBER, *AcP* 1992**, p. 543.
294 **BEATER, *AcP* 1992**, p. 85-86.
295 **REURICH, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**, p. 41.
296 **WEBER, *AcP* 1992**, p. 559.
297 Zoals door **FIKENTSCHER** (**1977**), de grondlegger van de Fallnorm-theorie, onderscheiden. Kort gezegd houdt de Fallnorm-theorie in dat het objectieve recht wordt gevormd door de optelsom van alle *Fallnormen*. Deze theorie heeft twee belangrijke methodische consequenties. Ten eerste moet de wet (en de daarop voortgebouwde jurisprudentie) slechts worden gezien als één van de manieren om het recht te benaderen. Ten tweede volgt daaruit dat niet al het recht in de wet ligt besloten.

waarborgen.[298] Dit lijkt eraan te liggen of vooral de verschillen óf de overeenkomsten tussen de feiten en omstandigheden van de gevallen worden benadrukt.

6.3 Rechterlijke intuïtie

De toepassing van de redelijkheid en billijkheid vereist (deels) een waardeoordeel. Bij een dergelijk oordeel komt volgens NIEUWENHUIS onvermijdelijk een punt waarop de motivering daarvan uitmondt in een niet verder te verantwoorden keuze voor een of andere levensbeschouwing.[299] De rechter mag zich voorbij dat punt (alsook daarvoor) niet verlaten op zijn eigen levensbeschouwing,[300] maar moet, zoals we in paragraaf 6.1 hebben gezien, afgaan op de overeenstemming van gevoelens binnen de maatschappij over wat recht is.

SCHOLTEN heeft betoogd dat inwendig het intuïtieve op de voorgrond treedt, het verstandelijke element op een minder vooraanstaande plaats, en dat de verhouding tussen beide in de legitimatiefase, de fase waarin het rechterlijk oordeel rationeel wordt onderbouwd, juist omgekeerd is.[301] Dit is volgens HARTENDORP de reden waarom de dominante rationeel-positivistische epistemologie – waarin expliciete, en bij voorkeur wetenschappelijk onderbouwde, kennis centraal staat – niet geschikt is als fundament voor het denken over rechterlijke oordeelsvorming.[302] Er zou in de rechtswetenschap dan ook meer aandacht moeten komen voor de niet-rationele kennisvormen, zoals situatiegevoel, praktische wijsheid, habitus[303] en stilzwijgende achtergrondkennis,[304] wat door VAN ROSSUM is beaamd.[305] De hedendaagse praktijkbenadering zou een kader en vocabulaire bieden om hier uitdrukking aan te geven.[306] In dit verband heeft SOEHARNO opgemerkt dat

> ‘er in Nederland maar weinig op dit vlak [is] gebeurd [sinds het paradigmatische werk van Scholten].’[307]

298 **LARENZ 1983**, p. 140.
299 **NIEUWENHUIS, *RM Themis* 1976**, p. 508-509.
300 Anders **ASSER/SCHOLTEN ALGEMEEN DEEL* 1974/1**, par. 28. Volgens hem gaat het evaluatieve oordeel ten slotte terug op het (innerlijke) geweten van de rechter.
301 **ASSER/SCHOLTEN ALGEMEEN DEEL* 1974/1**, par. 28.
302 **HARTENDORP 2008**, p. 49 en p. 51.
303 ‘Het vermogen van individuen om de geobjectiveerde sociale werkelijkheid te verinnerlijken en te reproduceren en min of meer spontane sociale handelingen tot stand te kunnen brengen is door Bourdieu de habitus genoemd (…).’ **HARTENDORP 2008**, p. 150.
304 **HARTENDORP 2008**, p. 196.
305 **VAN ROSSUM, *NJB* 2010/1983, afl. 38**, p. 2467
306 Zie **HARTENDORP & WAGENAAR, *R & R* 2004**, p. 86.
307 **SOEHARNO, *R & R* 2005**, p. 236.

Hij is van mening dat de discretionaire ruimte van de rechter onder andere is verruimd door open normen als de redelijkheid en billijkheid en dat daardoor een groter beroep wordt gedaan op de rechterlijke intuïtie, wat vraagt om een scherp model daarvan. Om tot dit model te komen, is hij te rade gegaan bij de deugdethiek van Aristoteles. Deze ethiek biedt volgens hem een kwalificeerbare notitie van intuïtie (zie ook subparagraaf 5.2.3):

> 'Intuïtie is een "gevuld" begrip – het gaat om *kennis* opgedaan in concrete oriëntatie op de leefwereld. Intuïtie is het resultaat van morele vorming, die onder andere totstandkomt door onderwijs, wetten, opvoeding en ervaring.'[308]

De rechter zou zijn oordeel derhalve ten eerste vormen door het aan hem voorgelegde geval aandachtig waar te nemen, met inachtneming van de kennis die hij heeft verkregen via onderwijs, wetten, opvoeding (binnen de familie) en ervaring. Vervolgens zou de rechter het op basis van deze kennis verkregen begrip van het geval afwegen tegen wat deze situatie vereist. Daarna zou hij komen tot een bewuste keuze (*een voornemen*), zich daarop nog eens beraden en tot slot overgaan tot de beslissing. Het hiervoor genoemde voornemen zou daarbij ook zélf nog dienst kunnen doen als intuïtieve laatste term.[309]

Bevindingen uit de interviews

In de interviews is de feitenrechters gevraagd op welke wijze ze de redelijkheid en billijkheid nader invullen, oftewel hoe ze bij de inkleding van deze open norm te werk gaan. Tevens is gevraagd in hoeverre hun intuïtie een rol speelt bij dit proces (zie bijlage 2, interviewvraag 3a). Hun intuïtie speelt, afgaande op hun antwoorden, een voorname rol. Ze zouden hier in eerste instantie op vertrouwen en vervolgens proberen hun onmiddellijke overtuiging in te kleden met juridisch-rationele argumenten. Als dit hen niet lukt, zouden ze hun intuïtieve oordeel aanmerken als niet juist en zouden ze dit oordeel bijstellen. Ook zou het gevoel dat de processtukken bij hen oproept, zo nu en dan niet kloppen met wat ze op de zitting zien en horen.

Op de vervolgvraag waar hun intuïtie volgens hen op berust, werd als volgt gereageerd. Hun intuïtie zou met name worden gevoed door hun levenservaring, hun professionele ervaring ('wat werkt wel en wat werkt niet, hoor je wat mensen zeggen, wat doet recht aan de belangen') en hun kennis van het recht, wat samengenomen ook wel het 'ontwikkeld geweten' werd genoemd. Het zou een 'klinische blik' zijn;

---

308 **SOEHARNO, *R & R* 2005**, p. 257.
309 **SOEHARNO, *R & R* 2005**, p. 249-255.

> ‘Daarom is het zo belangrijk dat je als rechter veel zittingen draait.’

Ook werd opgemerkt dat hun intuïtie mede wordt gevormd door de tijd waarin ze leven en de normen en waarden van de (sub)cultuur waartoe ze behoren.

Een van de geïnterviewde feitenrechters pleitte ervoor om explicieter aan te geven in welke mate het eigen waardeoordeel een rol heeft gespeeld. Het zou namelijk vanzelf spreken dat rechters hun gevoel mede laten spreken ingeval ze discretionaire ruimte hebben.

> ‘Het blijft mensenwerk.’

Naast hun intuïtie, hangen de geïnterviewde feitenrechters, naar eigen zeggen, hun oordeel op aan wat collega-rechters, rechtswetenschappelijke onderzoekers en annotatoren over een bepaalde kwestie hebben gezegd, alsmede aan wat partijen hebben gesteld ten aanzien van de (rechts)gevolgen van een bepaalde beslissing en of het terecht is dat deze, mede gelet op de ‘schuldvraag’, voor rekening van een bepaalde partij komen. Het gewicht van de redelijkheid en billijkheid zou bovendien mede worden gekleurd door de rechtsverhouding van partijen (zie ook paragraaf 9.2).

Ze bevestigden allemaal dat er onvermijdelijk een punt komt waarop ze hun oordeel niet verder kunnen rationaliseren.

6.4 Samenvattend

In dit hoofdstuk is onderzocht hoe de rechter tot zijn oordeel omtrent de redelijkheid en billijkheid kan komen, zou (moeten) komen en komt. Volgens de wetgever van het nieuw Burgerlijk Wetboek zou de rechter zich niet mogen laten leiden door zijn eigen subjectieve redelijkheids- en billijkheidsgevoel. Om het particulier-autonome redelijkheids- en billijkheidsoordeel (zo veel mogelijk) uit te sluiten, heeft hij een aantal kenbronnen van de redelijkheid en billijkheid in de wet genoemd: algemeen erkende rechtsbeginselen; de in Nederland levende rechtsovertuigingen; en de maatschappelijke én persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Deze kenbronnen gelden, vanwege de plaats die deze enuntiatieve opsomming uiteindelijk heeft gekregen in het Burgerlijk Wetboek, (in ieder geval) ook voor gevallen waarin in de wet zelf wordt verwezen naar de redelijkheid en billijkheid. Bijna alle geïnterviewde feitenrechters knopen, naar eigen zeggen, bij deze kenbronnen aan, zij het dat ze dit niet altijd expliciet zouden doen. Welke rechtsovertuigingen in Nederland leven, zouden ze te weten komen door mediaberichten en hun leven buiten en binnen het gerechtsgebouw. Deze rechtsovertuigingen zouden aan voortdurende veranderingen onderhevig zijn en verschillen per kring van personen. In het algemeen zou zijn aangenomen dat mag worden uitgegaan van de

rechtsovertuigingen van de kring waartoe betrokkenen behoren, aldus de geïnterviewde feitenrechters.

De rechter heeft de volgende vier rechtsvindingstechnieken om hem te helpen de redelijkheid en billijkheid te concretiseren en tegelijkertijd te objectiveren: de vergelijkingsmethode van WIARDA; gevalsvergelijking op basis van precedenten; de ontwikkeling van omstandighedencatalogi; en de *Fallgruppen*-methode. Deze rechtsvindingstechnieken hebben met elkaar gemeen dat ze uitgaan van gevalsvergelijking. Bij de eerste rechtsvindingstechniek wordt het aan de rechter voorgelegde geval vergeleken met één, maar liefst meerdere fictieve varianten daarop, waarin de oplossing wél of beter duidelijk is. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse is slechts vijf keer op een of andere manier gebruikgemaakt van gevalsvergelijking. In de interviews is geprobeerd te achterhalen waarom deze rechtsvindingstechniek zo weinig wordt geëxpliciteerd, dan wel als argument wordt gebruikt. Daarvoor bestaan in de ogen van de geïnterviewde feitenrechters de volgende redenen:

- een grotere kans op vernietiging door het hof of de Hoge Raad;
- de lage aanvaardbaarheidsgraad van dit argument;
- de hoge moeilijkheidsgraad daarvan;
- een 'zekere' vrees voor gebondenheid voor de toekomst;
- de resultaatsgerichtheid van de rechter; en
- de passendheid van dit argument (in een rechterlijke uitspraak).

De tweede beschreven rechtsvindingstechniek gaat uit van gevalsvergelijking op basis van precedenten. Om te kunnen beoordelen of een reeds door de rechter beslecht geval gelijkenissen vertoont met het voorgelegde geval, dient te worden gezocht naar de in het precedent neergelegde rechtsregel. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse is in 35 gevallen verwezen naar een eerdere uitspraak. Deze rechtsvindingstechniek gaat uit van enigerlei vorm van gebondenheid van de rechter aan precedenten. Dat deze in elk geval tot op zekere hoogte in Nederland aanwezig is, heeft het proefschrift van TEUBEN uitgewezen. Afwijking van een precedent is toegestaan, maar dient wel te worden gemotiveerd.

Daarnaast kan door middel van gevalsvergelijking worden gekomen tot de ontwikkeling van omstandighedencatalogi. Dit gebeurt normaliter door de Hoge Raad, maar, zoals uit de inhoudsanalyse is gebleken, een enkele keer ook door de lagere rechter. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse zijn *slechts* drie omstandighedencatalogi (weer)gegeven. In het algemeen, kunnen deze omstandighedencatalogi met name sterker en overtuigender worden vormgegeven door daarin ook te benoemen welke feiten en omstandigheden van deze zaak de doorslag hebben te geven. De geïnterviewde feitenrechters ervoeren deze omstandighedencatalogi, op één feitenrechter na, als dienstig. Ze

zouden hier echter naar hun mening altijd (op goede gronden) van af mogen wijken.

Voorts kan de redelijkheid en billijkheid worden geconcretiseerd en tegelijkertijd geobjectiveerd door het vaststellen van typische groepen van gevallen, in het Duits *Fallgruppen* geheten. Uit deze typische groepen van gevallen kunnen duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten worden afgeleid. Deze rechtsvindingstechniek is in het land van herkomst (Duitsland) echter door een aantal rechtswetenschappelijke onderzoekers bekritiseerd.

De toepassing van de redelijkheid en billijkheid vereist (deels) een evaluatief oordeel. Weliswaar is hier, zoals NIEUWENHUIS heeft gesteld, een rationele discussie over mogelijk, maar deze mogelijkheid is begrensd. Bovendien zou het verstandelijke element in de heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming een minder vooraanstaande plaats innemen dan het intuïtieve. Dit zou vragen om meer aandacht voor dit laatste in de rechtswetenschap. Hier is door een enkeling reeds gehoor aan gegeven. De bijdragen van deze individuen hebben gemeen dat het intuïtieve wordt gezien als het product van eerder opgedane kennis en ervaring. Uit de interviews is gebleken dat de rechterlijke intuïtie bij de oordeelsvorming van de rechter daadwerkelijk een voorname rol speelt. De geïnterviewde feitenrechters vertrouwen hier in eerste instantie op en proberen vervolgens hun onmiddellijke overtuiging in te kleden met juridisch-rationele argumenten – die ze bijvoorbeeld ontlenen aan wat rechtswetenschappelijke onderzoekers en annotatoren over een bepaalde kwestie hebben gezegd. Als dit hen niet lukt, merken ze hun intuïtieve oordeel aan als niet juist en stellen ze dit oordeel bij. Ook de geïnterviewde feitenrechters lijken de intuïtie te zien als het product van eerder opgedane kennis en ervaring en zijn van mening dat er onvermijdelijk een punt komt waarop ze hun oordeel niet verder kunnen rationaliseren.

6.5 Enkele deelconclusies

In de wet wordt aangegeven waar de eisen (casu quo maatstaven) van redelijkheid en billijkheid bijvoorbeeld zijn te vinden, maar niet hoe de inhoud daarvan kan worden vastgesteld en hoe de weging daarvan kan plaatsvinden. De rechterlijke vrijheid is dan ook nog steeds aanzienlijk. Dit vraagt om een verantwoording (achteraf). Tegelijkertijd kan uit het juridisch-dogmatische onderzoek en de interviews worden geconcludeerd dat het ‘redelijkheids- en billijkheidsoordeel’ niet in zijn geheel kan worden gerationaliseerd. Uit de interviews is verder gebleken dat als hoofdregel inderdaad wordt gehanteerd dat de binding aan de binnen een bepaalde kring levende rechtsovertuigingen beperkt is tot personen die tot deze kring behoren, maar dat sommige rechters zich vrij achten om de heersende rechtsovertuiging op te leggen aan diegenen

met een minderheidsovertuiging en om tegen de heersende rechtsovertuiging in te gaan.

Welke van de in paragraaf 6.2 beschreven rechtsvindingstechnieken het beste kan (en behoort te) worden ingezet, lijkt af te hangen van het aantal vergelijkbare, reeds beoordeelde gevallen, van minder naar meer: de vergelijkingsmethode van WIARDA; gevalsvergelijking op basis van precedenten; de ontwikkeling van omstandighedencatalogi; en de *Fallgruppen*-methode. Er lijkt aldus een bepaalde rangorde in te zitten. De redenen die door de geïnterviewde feitenrechters zijn genoemd om de eerstgenoemde rechtsvindingstechniek niet in het rechterlijk oordeel te expliciteren en/of als argument te gebruiken, kunnen niet in alle opzichten overtuigen. Een grotere kans op vernietiging door het hof of de Hoge Raad zou op zichzelf geen reden mogen zijn om hiervan af te zien. De veronderstelde lage aanvaardbaarheidsgraad is daarnaast (nog) niet aangetoond. Soms wordt deze rechtsvindingstechniek, zoals ze zelf zeiden, juist om deze reden ter zitting gehanteerd. Het onder woorden brengen van de beslissende feiten en omstandigheden heeft, hoe moeilijk ook, zoals we in de interviews hebben gezien, een belangrijke functie. Het onder woorden brengen dient als controle voor de rechters zelf. Een 'zekere' vrees voor gebondenheid voor de toekomst kan terecht zijn, mits het voorgelegde geval om een smalle uitspraak vraagt (bijvoorbeeld vanwege onbekende of onbedoelde neveneffecten). Dat voor rechters vooral het nettoresultaat geldt, wil nog niet zeggen dat dit voor alle (in)direct geadresseerden van de motivering van een rechterlijke uitspraak ook zo is. De passendheid van een argument, zoals in dit geval een vergelijking met een of meerdere fictieve varianten op het voorgelegde geval, heeft te maken met de motiveringscultuur, die verschilt van plaats tot plaats en van tijd tot tijd. Gevalsvergelijking op basis van precedenten is, voor zover uit de motivering van de uitspraken uit de inhoudsanalyse is af te leiden, een stuk populairder dan gevalsvergelijking als aanbevolen door WIARDA. Voor de gebondenheid van de rechter aan precedenten, die voor deze rechtsvindingstechniek in enigerlei mate wordt verondersteld, heeft TEUBEN veel overtuigende argumenten aangevoerd, waaronder de inhoudelijke overtuigingskracht van precedenten, de rechtseenheid, de rechtsgelijkheid én rechtszekerheid en het vertrouwen in de rechtspraak. De derde rechtsvindings-techniek, de ontwikkeling van omstandighedencatalogi (door de Hoge Raad), wordt als dienstig ervaren door de geïnterviewde feitenrechters, maar kan in het algemeen nog sterker en overtuigender worden vormgegeven door de rechterlijke instanties (eventueel met hulp van de rechtsliteratuur). Met name de suggestie van DRION om te benoemen welke algemeen geldende omstandigheden in de feiten en omstandigheden van het geval de doorslag hebben te geven, lijkt hiervoor nuttig. De geïnterviewde feitenrechters achten zich slechts voorwaardelijk gebonden aan deze omstandighedencatalogi. Het tegengeluid

van een van de geïnterviewde feitenrechters dat de door de Hoge Raad gehanteerde lijstjes de boel op slot zetten, lijkt door de andere geïnterviewde feitenrechters dan ook niet te worden gedeeld. Dit gevoel van voorwaardelijke gebondenheid is overigens slechts bezwaarlijk als afwijking (maar ook navolging) daarvan niet wordt gemotiveerd. De kritiek op de vierde en laatst beschreven rechtsvindingstechniek, de *Fallgruppen*-methode, berust voornamelijk op een verouderd idee ten aanzien van de taakverdeling tussen de wetgever en de rechter wat betreft de rechtsvorming. Volgens de heersende leer is het onvermijdelijk en onmisbaar dat de rechter aan rechtsvorming doet. Daarnaast lijkt bij deze rechtsvindingstechniek bij uitstek een taak weggelegd te zijn voor de rechtswetenschap; zij kan zodoende een netwerk van duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten bloot leggen *binnen* de redelijkheid en billijkheid. De rechtsliteratuur kan echter ook aan de bevordering van de andere rechtsvindingtechnieken haar steentje bijdragen.

In het proces van rechterlijke oordeelsvorming neemt het intuïtieve een vooraanstaande plaats in. Het intuïtieve dient als startpunt. Het intuïtieve is evenwel deels rationeel, gevormd door eerder opgedane kennis en ervaring, wat, zoals we in subparagraaf 5.2.3 hebben gezien, BARENDRECHT kan worden tegengeworpen tegen zijn pleidooi dat het gebruik van open normen als de redelijkheid en billijkheid een te grote rechterlijke vrijheid oplevert. Naar hoe dit proces van rechterlijke oordeelsvorming precies werkt, is nog weinig onderzoek gedaan.

7 Functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid

In het vorige hoofdstuk is de rechterlijke rechtsvinding ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid bestudeerd. In dit hoofdstuk gaat alle aandacht uit naar de functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid. Zo staat onder andere de vierde deelvraag centraal: Welke functies vervult de redelijkheid en billijkheid in het systeem van het vermogensrecht, dan wel van het privaatrecht als geheel? Oftewel, waarom hebben we redelijkheids- en billijkheidbepalingen in de wet? Deze deelvraag houdt nauw verband met de voordelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm als weergegeven in paragraaf 5.1. Toch worden deze functies in dit hoofdstuk en niet aldaar besproken, zodat deze functies kunnen worden afgezet tegen de meer specifieke functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval. Om deze deelvraag te kunnen beantwoorden, is enkel de rechtstheoretische literatuur geraadpleegd. Deze functies zijn aldus niet onderzocht in de inhoudsanalyse en ook de feitenrechters zijn hierover in de interviews niet bevraagd. Dit is wel gedaan voor de zesde deelvraag: Welke functies en andere rollen vervult de redelijkheid en billijkheid in concrete gevallen op het gebied van het personen- en familierecht? Ter beantwoording van deze deelvraag zijn derhalve alle drie de onderzoeksmethoden geïntegreerd toegepast, namelijk: de juridisch-dogmatische methode; de (kwantitatief-beschrijvende) inhoudsanalyse; en de kwalitatieve interviewmethode. Allereerst is er bekeken welke functies in de algemene vermogensrechtelijke literatuur worden onderscheiden, aangezien uit niets blijkt dat de redelijkheid en billijkheid, wanneer dit begrippenpaar als open norm wordt gebruikt, in het personen- en familierecht niet dezelfde functies vervult. Daarna is, vanwege het feit dat de redelijkheid en billijkheid in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht niet steeds verwijst naar een van deze functies − hetzelfde geldt waarschijnlijk ook voor de jurisprudentie op het gebied van het algemene vermogensrecht, maar is nooit onderzocht −, nagedacht over welke andere rollen de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval kan hebben. In de inhoudsanalyse is onderzocht of zowel deze rollen, als de functies die standaard aan de redelijkheid en billijkheid worden toegedicht, zijn waar te nemen in de uitspraken op het gebied van het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht. Vervolgens is in de interviews aan de feitenrechters gevraagd of ze de redelijkheid en billijkheid ook in (een) andere betekenis(sen) gebruiken dan in een van de materiële functies, en zo ja, in welke.

In paragraaf 7.1 wordt de tweedeling in typen functies van de redelijkheid en billijkheid beschreven. In paragraaf 7.2 wordt de aandacht gericht op het eerste type, de methodische functies van de redelijkheid en

billijkheid, waarna in paragraaf 7.3 uitgebreider wordt ingezoomd op het tweede type, de materiële functies die de redelijkheid en billijkheid kan vervullen. Bij de bespreking van dit tweede type komt eerst de standaarddriedeling die in de rechtsliteratuur wordt gemaakt aan bod. Daarna worden de kritische beschouwing van J.M. SMITS en de normatieve methode van uitleg bestudeerd. Bestudering daarvan heeft tot doel om inzicht te verkrijgen in (het nut en) de beperkingen van de standaarddriedeling die in de algemene vermogensrechtelijke literatuur wordt gemaakt. Ondanks dat de normatieve methode van uitleg in de rechtsliteratuur relatief veel aandacht en aanhang heeft gekregen, lijkt deze door de Hoge Raad van de hand te zijn gewezen. Aan het slot van deze paragraaf wordt middels interviews onderzocht of het onderscheid tussen de materiële functies ook in de personen- en familierechtspraktijk wordt gemaakt, werkt en houdbaar is. Aangezien de redelijkheid en billijkheid, zoals gezegd, in de jurisprudentie op dat gebied niet steeds verwijst naar een van deze materiële functies, wordt vervolgens in paragraaf 7.4 verkend of de redelijkheid en billijkheid nog andere rollen heeft. Daaropvolgend worden in paragraaf 7.5 de bevindingen uit de inhoudsanalyse wat betreft de functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval weergegeven (het betrouwbaarheidsonderzoek ten aanzien van deze bevindingen is opgenomen in bijlage 3). Tot slot worden in paragraaf 7.6 de methodische en materiële functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid samengevat en worden daar in paragraaf 7.7 enkele deelconclusies uit getrokken.

7.1 Twee typen functies

Er wordt in de rechtsliteratuur onderscheid gemaakt in (typen) functies om de rol die de redelijkheid en billijkheid vervult beter te kunnen begrijpen. Deze functies zijn door REURICH,[310] en in navolging van hem door MEMELINK,[311] onderscheiden in twee typen: de methodische functies en de materiële functies. Onder het eerste type heeft hij het methodisch (oftewel: dogmatisch) belang van de redelijkheid en billijkheid voor het systeem van het vermogensrecht begrepen. De methodische functies geven aldus aan hoe de redelijkheid en billijkheid is ingebed in het systeem van het vermogensrecht, dan wel van het privaatrecht als geheel. Onder het tweede type heeft hij de rol die de redelijkheid en billijkheid speelt voor concrete vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen verstaan. Met MEMELINK kan worden gezegd dat de methodische functies gelden voor alle open normen en begripsomschrijvingen, en dat de materiële

310 **REURICH, *Functies van de redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht* 2003**, p. 92 en **REURICH, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**, p. 173.

311 **MEMELINK 2009**, p. 252.

functies daarentegen meer begripspecifiek zijn.[312] Beide typen functies gaan terug op de Duitse doctrine en worden in de regel in drieën onderscheiden,[313] waarover in de volgende twee paragrafen meer.

7.2 De methodische functies

Naar voorbeeld van de functies die TEUBNER aan de *Gute-Sitten-Klauseln* heeft toegekend,[314] zijn in de Nederlandse rechtstheoretische literatuur aan de redelijkheid en billijkheid drie methodische functies toegedicht: de receptiefunctie; de transformatiefunctie; en de delegatiefunctie.[315] Ten eerste wordt verondersteld dat de redelijkheid en billijkheid ervoor zorgt dat 'buiten-juridische' [*außerrechtliche*] normen en waarden het vermogensrecht, dan wel het privaatrecht worden binnengehaald (*de receptiefunctie*).[316] Zoals we in paragraaf 6.1 hebben gezien, moet de rechter bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eist onder andere rekening houden met *algemeen erkende* rechtsbeginselen en de *in Nederland levende* rechtsovertuigingen, maar mag hij ook begrippen als de goede zeden, de openbare orde, het moraal én het fatsoen, alsmede de eisen van het (maatschappelijk) verkeer in aanmerking nemen. *Buiten-juridisch* is hiervoor tussen enkele aanhalingstekens geplaatst, omdat de vraag kan worden gesteld of het bij voorgaande kenbronnen niet gaat om ongeschreven *juridische* regels waaraan de leden van de samenleving geacht worden zich te houden.[317] De redelijkheid en billijkheid wordt geacht er op deze wijze aldus voor te zorgen dat het recht niet te ver verwijderd raakt van de maatschappelijke realiteit.[318]

Ten tweede wordt aangenomen dat van de rechter wordt verlangd dat hij op grond van de redelijkheid en billijkheid zelf de toepasselijke regel ontwikkelt (*de transformatiefunctie*), indien er geen sociale normen bestaan volgens welke het voorgelegde geschil kan en/of dient te worden beschouwd. In een dergelijk geval dienen de 'collectieve' ideeën over normen en waarden aldus als

---

312 **MEMELINK 2009**, p. 252. Of, zoals **REURICH** (***Functies van de redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht* 2003**, p. 99 en ***De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**, p. 179) het heeft gezegd: 'Deze functies bevinden zich elk op een ander niveau.'

313 Zie **REURICH, *Functies van de redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht* 2003**, p. 92; **REURICH, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**, p. 173; en **MEMELINK 2009**, p. 252.

314 **TEUBNER 1971**, p. 60-61.

315 Zie **REURICH, *Functies van de redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht* 2003**, p. 93-95; **REURICH, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**, p. 174-175; en **MEMELINK 2009**, p. 252-259.

316 Zie ook **HESSELINK 2011**, p. 472.

317 Zie **MEMELINK 2009**, p. 255-256.

318 **HESSELINK** (**1999**, p. 32) heeft erop gewezen dat deze functie ook een gevaar met zich kan brengen in tijden waarin de sociale normen minder onbedenkelijk zijn.

inspiratiebronnen te worden gezien om een nieuwe rechtsregel te ontwikkelen, en niet als bronnen die via het luik van de redelijkheid en billijkheid worden doorgegeven.[319] De redelijkheid en billijkheid zou in dit opzicht derhalve ruimte creëren voor (zelfstandige) rechtsontwikkeling door de rechter.

Ten derde wordt de redelijkheid en billijkheid gezien als een middel om een deel van de rechtsvormende bevoegdheid van de wetgever over te dragen aan de rechter (*de delegatiefunctie*). Dit zou de Nederlandse wetgever bij de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek hebben gedaan door *bewust* te kiezen voor het opnemen van de redelijkheid en billijkheid in de wet. De redelijkheid en billijkheid wordt derhalve geacht het optreden van de rechter als 'wetgever-plaatsvervanger' te legitimeren (zie ook subparagraaf 5.2.2). De redelijkheid en billijkheid en haar kenbronnen zouden alsdan (nog enkel) als wegwijzer fungeren in de richting van een zo rechtvaardig mogelijke oplossing.

De hiervoor uiteengezette functie-indeling is volgens REURICH echter ontoereikend.[320] Er zou daarbij te sterk de nadruk worden gelegd op de staatsrechtelijke taak van de rechter, waardoor het gedragsnormerende vermogen van de redelijkheid en billijkheid zelf veronachtzaamd zou worden. De kwestie of de redelijkheid en billijkheid al dan niet gedragsnormerend vermogen bezit is, zoals we in paragraaf 3.6 hebben gezien, vooralsnog 'enkel' voorwerp van juridisch-dogmatisch debat geweest.

7.3 De materiële functies

De materiële functies geven aan hoe de redelijkheid en billijkheid werkt in het concrete geval. Ook bij dit type van functies wordt een driedeling gemaakt, die verder bouwt op de Duitse doctrine. Aldaar wordt het door SIEBERT gemaakte onderscheid tussen de functies van *Treu und Glauben* in het kader van § 242 *Bürgerliches Gesetzbuch* (hierna te noemen: BGB) door de meerderheid onderkend.[321] Volgens hem valt *Treu und Glauben*, de Duitse pendant van de redelijkheid en billijkheid, uiteen in het aanvullen van plichten, het beperken van rechten en de aanpassing aan veranderde omstandigheden.[322] Op Nederlandse bodem wordt deze laatste functie gerangschikt onder de (eerste en) tweede functie en wordt aan de redelijkheid en billijkheid vooreerst nog een functie toebedeeld bij uitleg.[323]

---

319 Zie ook **HESSELINK 1999**, p. 43.

320 **REURICH, *Functies van de redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht* 2003**, p. 96 en **REURICH, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**, p. 176-177.

321 Zie **KNOPP 1967**, p. 25.

322 Zie **KNOPP 1967**, p. 26.

323 Vergelijk § 157 BGB, waarin is voorgeschreven dat overeenkomsten moeten worden geïnterpreteerd naar *Treu und Glauben*, met inachtneming van de gangbare verkeersopvattingen.

7.3.1 Standaarddriedeling

De heersende opvatting in de Nederlandse rechtsliteratuur is dat uitleg, aanvulling en correctie (van de rechtsgevolgen) van een overeenkomst dienen te worden onderscheiden, omdat dit het denkproces zichtbaar en daarmee controleerbaar maakt (zie ook subparagraaf 7.3.2.2.1). Eerst zou door middel van uitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid worden vastgesteld welke inhoud partijen aan de overeenkomst hebben willen geven en of partijen bepaalde kwesties ongeregeld hebben gelaten. De Hoge Raad heeft, naar eigen zeggen, in een aantal standaardarresten een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid gegeven voor de in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende, typen gevallen.[324] Dit lijkt hij te hebben gedaan omdat het nieuw Burgerlijk Wetboek − in tegenstelling tot het oud Burgerlijk Wetboek[325] − geen bepalingen bevat over de uitlegging van overeenkomsten.[326] In de volgende subparagraaf worden deze typen nader uitgewerkt.

Vervolgens wordt een overeenkomst, indien na uitleg is gebleken dat deze een of meer leemtes vertoont, aangevuld door de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid, aldus artikel 6:248 lid 1 BW.[327] Dit laatste wordt de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid genoemd. Een overeenkomst kan leemtes vertonen doordat partijen bewust of onbewust iets ongeregeld hebben gelaten, een beding nietig is verklaard of vernietigd is of een tussen partijen geldende regel buiten toepassing is verklaard. Een leemte kan aldus ook het gevolg zijn van de hierna te bespreken corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid.

Indien de rechtsgevolgen van een overeenkomst ten slotte

---

324 **HR 20 februari 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, r.o. 4.5, *AV&S* 2004/26, m.nt. P. Clausing; *JAR* 2004/83, m.nt. R.M. Beltzer; *JOR* 2004/157, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, tevens behorend bij *JOR* 2004/158; *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron; *Ondernemingsrecht* 2004/62, m.nt. F.B.J. Grapperhaus; *SR* 2004/60, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer (*Pensioenfonds/Fox*).

325 Zie de artikelen 1378 tot en met 1387 OBW.

326 Het nieuw Burgerlijk Wetboek bevat wel een bepaling over de uitlegging van een uiterste wilsbeschikking, zie artikel 4:46 BW.

327 Hierin is deels de leemte-leer van BREGSTEIN terug te vinden. De kern van deze leer komt duidelijk naar voren in het volgende citaat: 'Terecht zegt Suijling dan ook, dat het contract bij verandering in de omstandigheden een leemte kan vertoonen. Deze leemte moet aangevuld worden, niet door – gelijk Suijling wil – de z.g. redelijke partijbedoeling op te sporen, maar door uit de in art. 1375 B.W. genoemde bronnen den contractsinhoud ter aanvulling van de door partijen gelaten leemte te putten. Het is het objectieve geschreven of ongeschreven recht, dat den inhoud van de overeenkomst vaststelt, daar waar partijen noch hebben bepaald, dat hun gebondenheid door de ingetreden wijziging der omstandigheden *niet* zal worden beïnvloed, noch dat hun gebondenheid bij het intreden van zulk een verandering zal eindigen.' **BREGSTEIN 1960**, p. 218.

onrechtvaardig *uitpakken*, zou de redelijkheid en billijkheid nog corrigerend kunnen werken door een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet, of niet geheel, van toepassing te laten zijn. Dit zou zeker niet hoeven te betekenen dat de regel zelf ook onrechtvaardig is. Deze (wettelijke) regel zou vanuit het oogpunt van doelmatigheid, rechtszekerheid[328] of anderszins, bijvoorbeeld om reden van ordening of rechtspolitieke overwegingen, (ge)rechtvaardig(d) kunnen zijn. Deze doelstellingen, en de daarmee verbonden belangen, zouden er zelfs de oorzaak van kunnen zijn dat ook de concrete (redelijkheid en) billijkheid moet wijken.

7.3.1.1 Functie bij uitleg

De redelijkheid en billijkheid wordt aldus ten eerste geacht een functie te vervullen bij de uitleg van overeenkomsten. Door middel van uitleg zou worden vastgesteld welke inhoud partijen aan de overeenkomst hebben willen geven en of partijen bepaalde kwesties ongeregeld hebben gelaten. De zogeheten *Haviltex*-maatstaf, als door de Hoge Raad voor het eerst geformuleerd in zijn arrest van 13 maart 1981,[329] heeft hierbij als uitgangspunt te gelden. Deze maatstaf houdt in dat een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van een overeenkomst niet doorslaggevend is. Het komt aan op

> ‘de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’.[330]

Hierbij kan volgens de Hoge Raad mede van belang zijn *tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren* en *welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.* Kortom, het achterhalen van de bedoelingen en verwachtingen van partijen in de gegeven feiten en omstandigheden staat voorop.

Deze subjectief-objectieve wijze[331] van uitleg geldt echter niet (onverkort) voor alle soorten overeenkomsten. Naarmate de betrokkenheid van derden groter is, dient een overeenkomst op een meer objectieve wijze te

---

328 Zie **RADBRUCH 1970**, p. 168-169.

329 **HR 13 maart 1981**, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*).

330 **HR 13 maart 1981**, r.o. VI.2, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s.*/Haviltex). Deze maatstaf weerspiegelt de grondslagen voor de totstandkoming van rechtshandelingen: de verklaarde wil (artikel 3:33 BW) en het gerechtvaardigd vertrouwen van de geadresseerde van de wilsverklaring (artikel 3:35 BW), aldus **DE VRIES** (**2009**, p. 14-17).

331 Zie **DE VRIES 2009**, p. 14-17 en **BAKKER, *WPNR* 2011/6890-91**, p. 479. Anders **VAN DUNNÉ, *Contracteren* 2011, afl. 4**, p. 115.

worden uitgelegd. In uiterste, typische 'CAO-achtige' gevallen[332] zijn in beginsel de bewoordingen van de bepalingen van de overeenkomst (en eventueel van de daaraan toegevoegde schriftelijke toelichting),[333] gelezen in het licht van de gehele tekst van deze overeenkomst, van doorslaggevende betekenis, aldus de Hoge Raad in het arrest *Gerritse/Hydro Agri Sluiski*.[334] In deze gevallen zijn de bedoelingen en verwachtingen van de bij de totstandkoming betrokken partijen aldus niet van belang, voor zover ze niet kenbaar zijn uit de bewoordingen van de bepalingen van de overeenkomst.

Ongeveer tien jaar nadien heeft de Hoge Raad in een nieuw standaardarrest verduidelijkt dat deze, inmiddels als *CAO*-maatstaf bekend staande wijze van uitleg niet contrasteert, maar juist in lijn is met de *Haviltex*-maatstaf.[335] Ook bij de *CAO*-maatstaf is namelijk geen sprake van een louter taalkundige uitleg;

> 'Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.'[336]

Daarnaast varieert de toepassing van de *Haviltex*-maatstaf, afhankelijk van de mate waarin de daarin belichaamde overeenkomst naar haar aard meer is bestemd om de rechtspositie van derden te beïnvloeden en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, zodanig dat deze soms het midden houdt tussen de 'gewone' uitleg onder *Haviltex* en de *CAO*-maatstaf.[337] Bovendien hebben beide wijzen van uitleg volgens de Hoge Raad een gemeenschappelijke grondslag. Deze bestaat erin dat

---

332 Zie de opsomming van typische groepen van gevallen door **TJITTES, *WPNR* 2007/6709**, p. 418, voetnoot 6. De collectieve regeling tot afwikkeling van massaschade is volgens **VEENSTRA** (***NTBR* 2007/2, afl. 1**, p. 8) een nieuwe typische groep van gevallen die aan deze opsomming kan worden toegevoegd.

333 Of uit andere voor derden toegankelijke bronnen. Zie **HR 16 mei 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AF4621.

334 **HR 17 september 1993**, r.o. 3.3, *NJ* 1994/173, m.nt. P.A. Stein onder *NJ* 1994/174 (*Gerritse/Hydro Agri Sluiski*).

335 **HR 20 februari 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, r.o. 4.4, *AV&S* 2004/26, m.nt. P. Clausing; *JAR* 2004/83, m.nt. R.M. Beltzer; *JOR* 2004/157, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, tevens behorend bij *JOR* 2004/158; *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron; *Ondernemingsrecht* 2004/62, m.nt. F.B.J. Grapperhaus; *SR* 2004/60, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer (*Pensioenfonds/Fox*).

336 **HR 31 mei 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE2376, r.o. 3.6, *JAR* 2002/153, m.nt. E. Verhulp; *NJ* 2003/110, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder *NJ* 2003/111.

337 C.E. du Perron had overigens al eerder gepleit voor toepassing van de *Haviltex*-maatstaf met een twist. Zie zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5160, *NJ* 2003/503 (*JOR* 2002/234, m.nt. B. Wessels (*Buter e.a./Besix*)).

> ‘bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.’[338]

De overweging dat de toepassing van de *Haviltex*-maatstaf zodanig varieert dat deze soms het midden houdt tussen de ‘gewone’ uitleg onder *Haviltex* en de *CAO*-maatstaf heeft vervolgens geleid tot een tweetal arresten waarin de Hoge Raad het voorshands gegeven oordeel van het Hof Den Haag respectievelijk van het Hof Arnhem op basis van de taalkundige uitleg van de bewoordingen van de relevante bepalingen van de vaststellingsovereenkomst respectievelijk de *share purchase agreement* (hierna te noemen: SPA) in stand heeft gelaten.[339] De rechtvaardiging hiervan is gevonden in de door de hoven genoemde omstandigheden, onder welke:

1. de aard van de transactie/overeenkomst;
2. de omvang en gedetailleerdheid van het contract;
3. de wijze van totstandkoming ervan;
4. (in het bijzonder) de zogeheten *entire-agreement*clausule (die in de SPA was opgenomen);[340] en

---

338 **HR 20 februari 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, r.o. 4.5, *AV&S* 2004/26, m.nt. P. Clausing; *JAR* 2004/83, m.nt. R.M. Beltzer; *JOR* 2004/157, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, tevens behorend bij *JOR* 2004/158; *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron; *Ondernemingsrecht* 2004/62, m.nt. F.B.J. Grapperhaus; *SR* 2004/60, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer (*Pensioenfonds/Fox*). Zie ook **RAS, *Contracteren* 2010, afl. 1**, p. 15-17.

339 **HR 19 januari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, r.o. 3.4.3, *JOR* 2007/166, m.nt. R.P.J.L. Tjittes; *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink onder *NJ* 2007/576; *Ondernemingsrecht* 2007/90, m.nt. A. Wiggers; *V-N* 2007/23.31, m.nt. (*Meyer Europe/Pont Meyer*), respectievelijk **HR 29 juni 2007**, ECLI:NL:HR:2007: BA4909, r.o. 4.1.3, *JOR* 2007/198, m.nt. R.P.J.L. Tjittes; *NJ* 2007/576, m.nt. M.H. Wissink, tevens behorend bij *NJ* 2007/575 (*Meyer Europe/Pont Meyer*); *Ondernemingsrecht* 2007/171, m.nt. W.W. de Nijs Bik; *RF* 2007/61, met wenk; *RO* 2007/75, met wenk (*Derksen/Homburg*).

340 ‘Welke betekenis aan een dergelijke clausule toekomt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de bewoordingen van de clausule, de aard, de inhoud, de strekking en de mate van gedetailleerdheid van de overeenkomst waarvan de clausule deel uitmaakt, en de wijze waarop de clausule tijdens de onderhandelingen ter sprake is gekomen en onderdeel van de overeenkomst is geworden. Daarbij zij aangetekend dat een “enitre agreement clause” op zichzelf geen uitlegbepaling is. De clausule heeft een specifieke herkomst en functie in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer, en heeft naar Nederlands recht niet zonder meer een bijzondere betekenis. Zij beoogt veelal te bewerkstellingen dat partijen niet zijn gebonden aan eerdere op de overeenkomst betrekking hebbende afspraken die daarmee in strijd zijn, indien die afspraken niet de overeenkomst zijn opgenomen en de overeenkomst evenmin daarnaar verwijst. De clausule staat evenwel niet zonder meer eraan in de weg dat voor de uitleg van de in de overeenkomst vervatte

5. het feit dat partijen bij de totstandkoming daarvan werden bijgestaan door (juridisch) deskundige raadslieden.

Deze in algemene, abstracte bewoordingen geformuleerde opsomming is een voorbeeld van een omstandighedencatalogus als bedoeld in subparagraaf 6.2.3. Hoewel deze omstandighedencatalogus duidelijk maakt welke omstandigheden relevant (kunnen) zijn voor de vraag of een meer geobjectiveerde wijze van uitleg is aangewezen, is niet (geheel) helder wat precies onder deze omstandigheden moet worden verstaan, in welke richting deze omstandigheden wijzen, of deze opsomming limitatief is bedoeld, alsmede of er sprake is van cumulatieve omstandigheden, en zo nee, wat het gewicht van iedere individuele omstandigheid is.[341]

7.3.1.2 Aanvullende functie

Partijen zijn veelal praktisch gezien, gelet op de transactiekosten, niet in staat om alle mogelijke finesses van een overeenkomst te regelen.[342] Daarom worden eventuele leemtes in een overeenkomst − die, zoals we in de vorige subparagraaf hebben gezien, door middel van uitleg van een overeenkomst zichtbaar worden − aangevuld door het aanvullend recht. Hierbij maakt het geen verschil of partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van de gevolgen die hieruit voortvloeien, noch of zij, indien ze dit wél waren geweest, deze gevolgen geheel of gedeeltelijke zouden hebben uitgesloten, aldus de Toelichting Meijers.[343]

Het aanvullend recht wordt ingevolge artikel 6:248 lid 1 BW gevormd door de wet,[344] de gewoonte[345] en de eisen van redelijkheid en billijkheid. Welke

---

bepalingen betekenis wordt toegekend aan verklaringen die zijn afgelegd dan wel gedragingen die zijn verricht, in het stadium voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst.' **HR 9 april 2010**, ECLI:NL:HR:2010:BK1610, r.o. 3.5.3, *JOR* 2010/179, m.nt. P.D. Olden; *RCR* 2010/42, met wenk.

341 Voor een verkennend antwoord op deze en andere vragen in het kader van de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden wordt verwezen naar de bijdrage van **STRUTZ & VERHAGEN, *WPNR* 2013/6980**, p. 492-499.

342 Zie **NIEUWENHUIS 1979**, p. 50-51. Zie ook **ASSER/SCHOLTEN ALGEMEEN DEEL* 1974/1**, par. 6.

343 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 920.

344 Ook de wet moet worden uitgelegd. Hiervoor bestaan onder andere de volgende vijf interpretatiemethoden: a. grammaticale interpretatie; b. wetshistorische interpretatie; c. systematische interpretatie; d. teleologische interpretatie; en e. anticiperende interpretatie. Zie **VERHEUGT 2015**, p. 141-146. Zie over vragen van rangorde en complementariteit **ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL** 1995**, nr. 141-154 en **ASSER/SCHOLTEN ALGEMEEN DEEL* 1974/1**, par. 9-14, par. 18 en par. 25.

345 Met de gewoonte wordt hier gedoeld op het gewoonte*recht*. Een gewoonte wordt als zijnde een regel van gewoonterecht aanvaard als het antwoord op de volgende vragen positief is: a. Is het gedrag ononderbroken gedurende lange tijd gevolgd en

rechtsgevolgen uit deze bronnen voortvloeien, wordt mede bepaald door de aard van de overeenkomst. In de Toelichting Meijers is het standpunt gehuldigd dat de aard van de overeenkomst geen zelfstandige bron van objectief recht is.[346]

Zoals we in paragraaf 6.1 hebben gezien, is de onderlinge verhouding tussen deze drie aanvullende bronnen van objectief recht open komen te liggen door de intrekking van de Inleidende titel. In artikel 6:248 lid 1 BW is niet in een vaste volgorde voorzien. Hier is niet voor gezorgd, omdat werd gemeend dat de vraag in welke volgorde naar de aanvullende bronnen van objectief recht moet worden gegrepen het beste aan de rechter kan worden overgelaten.[347] Deze opvatting lijkt echter in tegenspraak te zijn met de werking van rechtswege die aan de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid zou toekomen.[348] Het is immers niet goed denkbaar hoe de rechter aan de ene kant in het concrete geval zelf de volgorde moet bepalen, maar aan de andere kant moet constateren wat altijd al tussen partijen heeft gegolden. Daarnaast hebben ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH, ondanks dat artikel 4 van de Inleidende titel is ingetrokken, primaat toegekend aan de wet en de gewoonte boven de redelijkheid en billijkheid.[349]

Ze hebben daarnaast opgemerkt dat bij de toepassing van de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid − net als voor de toepassing van open normen in het algemeen zou gelden − goed dient te worden gelet op het stelsel van de wet.[350] Deze opvatting vindt bevestiging in de jurisprudentie van de Hoge Raad, zoals in de uitspraak *Holland/Korstanje II*.[351]

Wat voor soort gevolgen kunnen nu voortvloeien uit de eisen van redelijkheid en billijkheid? Dit zal doorgaans het beginnen te bestaan van een of meer verbintenissen zijn. Daarnaast kan het volgens SCHELHAAS gaan om het ontstaan van bevoegdheden of *Obliegenheiten*.[352] Niet nakoming van een dergelijke 'verplichting' (bijvoorbeeld de verplichting om tijdig te protesteren) leidt tot beperking van reeds bestaande rechten aan de zijde van de met een

---

herhaald in een bepaalde maatschappelijke kring? Met andere woorden, is er sprake van een *bestendig gebruik*?; en b. Bestaat in de betreffende maatschappelijke kring de overtuiging dat men verplicht is zich aan dit bestendige gebruik te houden? Zie **VERHEUGT 2015**, p. 151-152. **REURICH** (***Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van de redelijkheid en billijkheid* 2005**, p. 45) heeft hier nog een derde vraag aan toegevoegd: 'c. Behoort deze normatieve verwachting civielrechtelijk te worden gehonoreerd?'

346 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 919-920.

347 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, EV I, p. 31.

348 Zie **BAKKER, *WPNR* 2011/6890-91**, p. 478. Zie ook **SCHELHAAS 2017**, p. 63.

349 **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 390.

350 **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 406.

351 **HR 13 december 1991**, r.o. 3.3, *NJ* 1992/316, m.nt. M.M. Mendel (*Holland/Korstanje II*).

352 **SCHELHAAS 2017**, p. 29.

Obliegenheit belaste partij.[353] In zulk geval valt de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid derhalve samen met de corrigerende functie daarvan.

Van samenspel tussen deze beide functies is ook sprake in geval van aanvulling van de rechtsgevolgen van een overeenkomst ingaande tegen wat partijen hebben afgesproken.[354] In dat geval worden eerst de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen buiten toepassing gelaten op grond van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, waarna de overeenkomst wordt aangevuld door de redelijkheid en billijkheid in haar aanvullende functie.

7.3.1.3 Corrigerende functie

Onder het oud Burgerlijk Wetboek was de vraag of de goede trouw in de zin van artikel 1374 lid 3 OBW (lees: de redelijkheid en billijkheid, zie paragraaf 3.1), naast aanvulling van de rechtsgevolgen van een overeenkomst, ook aanleiding kan geven tot correctie van een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel lange tijd omstreden.[355] Met het arrest *Saladin/HBU*[356] − waarin de Hoge Raad de beoordeling van een exoneratiebeding impliciet, door gebruik te maken van een omstandighedencatalogus (zie subparagraaf 6.2.3), heeft onderworpen aan de toets van de goede trouw[357] −, en zeker na bevestiging van de grondslag van dat arrest (*de eisen van goede trouw*) in het arrest *Van der Laan/Top (Pseudo-vogelpest)*,[358] is hierin verandering gekomen. Thans is, dankzij de artikelen 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW, boven iedere twijfel verheven dat de redelijkheid en billijkheid corrigerend, oftewel beperkend, oftewel derogerend, kan werken, zij het slechts bij hoge uitzondering. De term *onaanvaardbaar* in deze algemene bepalingen drukt volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad immers uit dat strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid

---

353 Zie **RIJKEN 1994**, p. 45-46.

354 Zie **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 407. Anders **HESSELINK 1999**, p. 185. 'Met de samenwerking van de beperkende en de aanvullende werking (…) kan men dus niet bereiken dat tussen partijen wat zij ook mogen hebben afgesproken op grond van de redelijkheid en billijkheid een bepaalde plicht geldt.'

355 Zie **ABAS 1972**, p. 109-176. Zie ook **VAN DER GRINTEN, *NJB* 1983, afl. 38**, p. 1237.

356 **HR 19 mei 1967**, *NJ* 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*).

357 'O. dat het antwoord op de vraag in welke gevallen aan degeen die − gelijk te dezen de bank − bij contractueel beding zijn aansprakelijkheid voor zekere gedragingen ook indien deze jegens zijn wederpartij onrechtmatig zijn heeft uitgesloten, een beroep op dit beding niet vrijstaat, afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals: de zwaarte van de schuld, mede i.v.m. de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard e[n] de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van pp., de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest;' **HR 19 mei 1967**, *NJ* 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*).

358 **HR 20 februari 1976**, *NJ* 1976/486 (*Van der Laan/Top (Pseudo-vogelpest)*).

op zich niet voldoende is.[359] Door deze strikte redactie wordt aldus voorkomen dat de verbindende kracht van de overeenkomst onder druk komt te staan. In de parlementaire geschiedenis is dit aldus verwoord dat de corrigerende functie, anders dan de aanvullende functie, terughoudend moet worden toegepast.[360] De mate van terughoudendheid die vóór 1992 werd verlangd, was volgens HARTKAMP wellicht minder hoog, maar de relevantie van deze nuance zou in de praktijk niet goed zijn te verifiëren.[361] LINDENBERG en REURICH hebben zich daarenboven afgevraagd of de rechter het eindresultaat werkelijk slechts marginaal mag toetsen.[362] Is het niet veeleer zo dat het al dan niet voorliggen van een contractuele regel van invloed is op de toets, waardoor deze, in het geval van aanwezigheid van zulk een regel, niet snel tot correctie zal leiden?

Het is niet uitgesloten dat de redelijkheid en billijkheid ook een dwingende wettelijke regel kan corrigeren, aldus de regeringscommissaris voor Boek 6 BW (W. SNIJDERS).[363] Blijkens de jurisprudentie moeten evenwel hoge eisen worden gesteld aan de motivering van een zodanig oordeel.[364] Voor toekenning van een dergelijk beroep wordt namelijk geacht nog minder ruimte te bestaan dan bij de toepassing van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid normaliter het geval is, zeker als de redelijkheid en billijkheid al is verinnerlijkt in de desbetreffende wettelijke regel.[365] Volgens ASSER/VRANKEN heeft de huidige situatie zich dan ook ver verwijderd van het uitgangspunt van artikel 11 Wet AB dat de rechter in geen geval de innerlijke waarde of

---

359 Zie **HR 19 maart 1993**, *NJ* 1994/92, m.nt. E.A.A. Luijten en **HR 14 december 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AD4504.

360 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MO, p. 70. 'De heerschappij van de redelijkheid en billijkheid begint eerst waar de partij-autonomie ophoudt. Het is om die reden dat bijvoorbeeld Hartkamp [zie **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 392, EvWV] de moderne overeenkomst niet op één lijn wil stellen met de Romeinsrechtelijke "contractus bonae fidei": de vraag of en tot wat partijen gebonden zijn, hetgeen bij dergelijke overeenkomsten door de rechter werd vastgesteld, is niet aan de moderne rechter overgelaten. Hij mag het eindresultaat slechts "marginaal" toetsen.' Aldus **J.M. SMITS 1995**, p. 86.

361 **HARTKAMP, *AA* 2012, afl. 1**, p. 52.

362 **LINDENBERGH, *WPNR* 2004/6602**, p. 985 en **REURICH, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**, p. 177.

363 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, EV I, p. 72-73.

364 Zie bijvoorbeeld **HR 28 januari 2011**, ECLI:NL:HR:2011:BO7122, r.o. 3.8, *JOR* 2011/70, m.nt. C.J. Groffen; *NJ* 2011/167, m.nt. P van Schilfgaarde; *RAV* 2011/42, met wenk; *RF* 2011/32, met wenk; *RN* 2011/24, met wenk; *RO* 2011/16, met wenk (*Staalbankiers NV/Elko Management BV*) en **HR 22 juni 2012**, ECLI:NL:HR:2012: BW5695, r.o. 4.2.1, *JAR* 2012/189, m.nt. A.M. Helstone; *JBPR* 2013/10, m.nt. J. Mencke.

365 Zie **VAN DER WERF 1982**, p. 52-53.

billijkheid van de wet mag beoordelen.[366] CASTERMANS heeft er echter (terecht) op gewezen dat

> 'niet de wet [zelf, EvWV] ter discussie [staat], maar het beroep erop door de ene burger tegenover de andere, in dit ene, concrete geval.'[367]

De corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid heeft tot gevolg dat een tussen partijen *geldende* regel *niet van toepassing* is. Dit lijkt contradictoir, maar is het niet. Deze schijnbare tegenstrijdigheid kan worden verklaard door het onderscheid tussen autonome en heteronome normen, zoals trefzeker onder woorden gebracht door VALK:

> 'Men neemt voorlopig aan dat een recht bestaat – dat de rechtsgevolgen van de overeenkomst, zoals zij zich op het eerste gezicht voordoen, inderdaad zó gelden. Om zonodig, in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval, dat voorlopige rechtsoordeel terzijde te stellen.'[368]

Dat de regel niet van toepassing is, geschiedt van rechtswege. De rechter die dit vaststelt, brengt aldus geen wijziging in de gevolgen van de overeenkomst aan, maar constateert enkel wat rechtens tussen partijen heeft te gelden.[369] Waartoe correctie precies leidt, is afhankelijk van de tussen partijen geldende regel die buiten toepassing wordt verklaard. De woorden *voor zover* in de artikelen 6:2 lid 2 en 6:248 BW maken duidelijk dat een tussen partijen geldende regel ook gedeeltelijk buiten toepassing kan blijven.

7.3.1.3.1 Rechtsverwerking

Rechtsverwerking wordt naar huidig recht beschouwd als een van de belangrijkste preciseringen van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid.[370] Desondanks is er ter gelegenheid van de hercodificatie in 1992

---

366 **ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL** 1995**, nr. 79. Zie ook **HR 7 december 1990**, r.o. 3.3, *AA*19910679, m.nt. S.C.J.J. KORTMANN & A.J.M. NUYTINCK; *NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten (*Moord en algehele gemeenschap*); **WAAIJER, *WPNR* 1989/5918**, p. 331; en **MEIJER, *WPNR* 1989/5926**, p. 468.

367 **CASTERMANS 2012**, p. 7.

368 **VALK, *Recht en billijkheid. De zin en de legitimatie van het voorlopige rechtsoordeel* 1992**, p. 50. Zie ook **VALK 2009**, p. 392.

369 Zie **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 414.

370 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 69 en EV I, p. 73. Anders **SCHOORDIJK 1991**, p. 34, die van mening is dat rechtsverwerking haar grondslag vindt in de functie die de redelijkheid en billijkheid vervult bij uitleg. Onder het oude recht werd deze rechtsfiguur in de jurisprudentie zo goed als altijd geconstrueerd als een stilzwijgende afstand van recht. Deze *fictieve* constructie is echter in de rechtsliteratuur op vele bezwaren gestuit. Zie **HOUWING 1968**, p. 1-21;

bewust voor gekozen om aan deze precisering geen algemene[371] wettelijke grondslag toe te kennen.[372] Het werd namelijk niet mogelijk geacht met betrekking daartoe algemene regels te geven, nog daargelaten de vraag of rechtsverwerking als afzonderlijk leerstuk zou moeten worden erkend.

In de jurisprudentie en de rechtsliteratuur (hadden en) hebben zich ondertussen evenwel duidelijke contouren afgetekend. Voordat daarop wordt ingegaan, wordt eerst weergegeven wanneer er volgens de Hoge Raad sprake is van rechtsverwerking. Dit is het geval

> ‘indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht.’[373]

Onder *recht* dient, zoals VALK in zijn proefschrift heeft opgemerkt, iedere bevoegdheid van vermogensrechtelijke aard te worden verstaan.[374] Om deze reden, alsmede dat échte bevoegdheden aldaar vaak nauw verbonden zijn met de menselijke waardigheid, laat rechtsverwerking zich in familierechtelijke zaken van niet-vermogensrechtelijke aard volgens hem niet goed denken.[375]

Bij voorgaande begripsomschrijving ligt sterk de nadruk op het onverenigbare eerdere gedrag van de schuldeiser. Rechtsverwerking wordt daarom ook wél als typische gedragsnorm gezien (zie ook paragraaf 3.6).[376] Het onverenigbare eerdere gedrag van de schuldeiser kan volgens vaste

---

AAFTINK, *TPR* 1980, p. 794-795; **TJITTES, *Rechtsverwerking en klachtplichten* 2013**, p. 10-12; en **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 424.

371 Wel heeft de klachtplicht van de schuldeiser een wettelijke grondslag gekregen, zie artikel 6:89 BW. ‘Nu de klachtplicht regel is geworden − en dat was hij ook al voordat zulks in artikel 89 stond − is het niet langer zinvol en niet juist nog te spreken van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid die een bijzondere inbreuk maakt op de − los van de regel van artikel 89 gedachte − rechten van de schuldeiser. Hier is billijkheid recht geworden.’ **VALK, *Recht en billijkheid. De zin en de legitimatie van het voorlopige rechtsoordeel* 1992**, p. 52-53.

372 Zie **PARL. GESCH. NBW. BOEK 3 (Inv. 3, 5 en 6)**, MvA II, p. 1045.

373 **HR 7 juni 1991**, r.o. 3.3.1, *NJ* 1991/708 (*Bankmanager*).

374 **VALK 1993**, p. 108.

375 **VALK 1993**, p. 160. Ook **TJITTES** (***Rechtsverwerking en klachtplichten* 2013**, p. 24) is van mening dat rechtsverwerking in het personen- en familierecht in het bijzonder een rol speelt waar het vermogensrechtelijke kwesties betreft. Hij heeft hierbij onder andere verwezen naar **HR 23 april 1982**, *NJ* 1982/335 en **HR 23 juni 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA6299, *NJ* 2001/347, m.nt. W.M. Kleijn (*Vervalbeding bij Amsterdams Verrekenbeding*). ‘De omstandigheden die een rol spelen bij de beoordeling van de gerechtvaardigdheid van het beroep op het vervalbeding, met name het tijdsverloop en het nadeel, zouden evenzeer een rol kunnen spelen bij de vraag of de vrouw haar recht op verrekening (en dus op de onaanvaardbaarheid van het beroep op het vervalbeding) heeft verwerkt.’

376 Zie **SCHELHAAS 2017**, p. 4.

jurisprudentie onder omstandigheden, naast een *doen*, ook bestaan uit een *nalaten*. Enkel tijdsverloop, dan wel louter stilzitten is echter onvoldoende voor het aannemen van rechtsverwerking.[377] Dit is per slot van rekening een van de kenmerkende verschillen met het leerstuk van de verjaring.[378]

Voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking moeten er aldus bijzondere omstandigheden zijn

> 'als gevolg waarvan *hetzij* bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, *hetzij* de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaard in geval dat de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken [cursivering, EvWV].'[379]

Uit deze categorisering, alsmede uit het arrest van de Hoge Raad van 29 december 1995,[380] kan worden afgeleid dat voor een geslaagd beroep op de eerstgenoemde rechtsverwerkingsgrond (*gerechtvaardigd vertrouwen*) geen nadeel aan de zijde van de schuldeiser is vereist.[381] NIESKENS-ISPHORDING en VALK hebben in hun respectievelijke proefschriften aangevoerd dat de schuldenaar wel op het opgewekte vertrouwen (zou) moet(en) hebben voortgebouwd.[382] Hoe dit ook zij, hoewel aan de zijde van de schuldeiser geen

---

377 Zie **HR 18 januari 1991**, r.o. 3.2, *NJ* 1991/272; **HR 29 november 1996**, r.o. 3.4, *NJ* 1997/153; en het door **TJITTES** (***Rechtsverwerking en klachtplichten* 2013**, p. 33) gegeven overzicht.

378 Zie **TJITTES, *NTBR* 1999**, p. 198 en **TJITTES, *Rechtsverwerking en klachtplichten* 2013**, p. 17. Al is volgens deze laatste bijdrage ook een andere zienswijze mogelijk: 'Verjaring wordt dan niet beschouwd als de sanctie op stilzitten, maar op handelen dat niet voldoet aan de wettelijke omschrijving van stuitingsdaden (art. 3:316 e.v.). Zo bezien is verjaring niets anders dan een bijzondere, wettelijk geregelde vorm van rechtsverwerking.'

379 **HR 29 september 1995**, r.o. 3.3, *AA*19960444, m.nt. J. Hijma. Zie ook **VALK 1993**, p. 15-17, die heeft betoogd dat rechtsverwerking kan worden onderscheiden in drie gevalstypen:
(1) gevallen van rechtsverwerking op grond van opgewekt vertrouwen;
(2) gevallen van rechtsverwerking wegens onrechtmatige benadeling; en
(3) gevallen van rechtsverwerking op grond van tijdsverloop.
Deze gevalstypen hangen zijns inziens rechtssystematisch zo nauw samen met (1) het gedachtegoed van de rechtshandelingstheorie, (2) het aansprakelijkheidsrecht respectievelijk (3) de extinctieve verjaring, dat onbesliste rechtsvragen in de rechtsverwerkingstheorie aan de hand daarvan kunnen worden beantwoord en dat veel van wat men in de toenmalige jurisprudentie vindt, op basis daarvan behoorlijk kan worden verklaard.

380 **HR 29 december 1995**, *NJ* 1996/302.

381 Zie **VALK 2013**, p. 30-305 en **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 429.

382 **NIESKENS-ISPHORDING 1991**, p. 126 respectievelijk **VALK 1993**, p. 35-37, p. 43-44 en p. 147-148. Zie ook **NIESKENS-ISPHORDING, *NTBR* 2000, afl. 3**, p. 100. Het heeft **HARTKAMP** (***WPNR* 1991/6014**, p. 750) echter toegeschenen dat het criterium

nadeel is vereist, is het wel zo dat een eventueel nadeel met de andere feiten en omstandigheden van het geval meegewogen dient te worden.[383] Bij de als tweede genoemde rechtsverwerkingsgrond (*onredelijke benadeling of verzwaring*) is nadeel, als wezen daarvan uitmakend, vanzelfsprekend wel vereist.

Naar opvatting van *AA*-annotator HIJMA is bij een onredelijke benadeling of verzwaring van de positie van de schuldenaar, in tegenstelling tot bij de eerste rechtsverwerkingsgrond waar de rechtszekerheid op de eerste plaats zou komen,[384] de 'kale' (redelijkheid en) billijkheid tussen betrokkenen het belangrijkste, waardoor de schuldenaar het zou kunnen stellen met een minder verstrekkende sanctie dan het *volledig* niet meer geldend kunnen maken van het betrokken recht (zie ook hierna).[385]

Nu rechtsverwerking wordt beschouwd als een van de belangrijkste preciseringen van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, valt volgens A-G HUYDECOPER in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 21 juni 2002 niet in te zien dat een beroep hierop volgens een lichtere maatstaf dan 'de maatstaf die in de trefwoorden "terughoudendheid/ onaanvaardbaarheid" tot uitdrukking komt' beoordeeld zou mogen worden.[386] Daarnaast zou aan het vereiste van gerechtvaardigd vertrouwen zijns inziens niet snel zijn voldaan. Het zou namelijk in het algemeen weinig aannemelijk zijn dat men jegens diegene die een recht op een ander pretendeert erop mag vertrouwen dat die daarvan afziet. Bovendien zouden er allerlei andere redenen mogelijk zijn voor het voorlopige stilzitten van de schuldeiser.[387] Dat een beroep op rechtsverwerking slechts onder bijzondere omstandigheden gegrond kan worden

---

van de onevenheid, dat volgens **NIESKENS-ISPHORDING** (**1991**, p. 126) de ratio van de bescherming is, niet in staat is om voor alle gevallen die niet in de wet geregeld zijn, houvast te bieden en tevens als criterium te dienen bij de beoordeling van afzonderlijke gevallen om het kaf van het koren te scheiden. Daarnaast zou de door VALK ingeroepen jurisprudentie (**HR 3 februari 1989**, *NJ* 1990/476 en **HR 8 december 1989**, *NJ* 1990/290) niet overtuigend zijn, omdat rechtsverwerking daarin zou zijn aangewezen onafhankelijk van de vraag 'of sprake was van een op het vertrouwen voortbouwende handeling', aldus **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH** (**6-*III* 2014**, nr. 429).

383 Zie **HR 7 juni 1991**, r.o. 3.3.5, *NJ* 1991/708 (*Bankmanager*).

384 En er veelal geen minder verstrekkend rechtsgevolg is dan het geheel niet meer geldend kunnen maken van het betrokken recht, aldus **TJITTES (*NTBR* 1999, afl. 7**, p. 197).

385 Noot van J. Hijma onder **HR 29 september 1995**, *AA*19960444, p. 449. Zie ook **TJITTES, *NTBR* 1999, afl. 7**, p. 193 en p. 197.

386 Conclusie van A-G T. Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2002:AE1529), o. 10 voor **HR 21 juni 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE1529. Zie ook **TJITTES, *NTBR* 1999, afl. 7**, p. 193.

387 Conclusie van A-G T. Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2002:AE1529), o. 11 voor **HR 21 juni 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE1529.

beoordeeld, betekent volgens de Hoge Raad in zijn arrest van 20 mei 2005 dat de schuldenaar hiertoe genoegzame, concrete feiten en omstandigheden moet aanvoeren.[388]

Rechtsverwerking resulteert er (overeenkomstig de bewoordingen van de artikelen 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW) in beginsel in dat het betrokken recht *niet meer geldend kan worden gemaakt*; slechts de aan het vorderingsrecht gekoppelde rechtsvordering gaat teniet.[389] Wanneer de schuldenaar, ondanks de verwerking van het betrokken recht, nakomt, heeft hij aldus niet onverschuldigd betaald. Het is volgens TJITTES echter, de woorden *voor zover* in de artikelen 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW in ogenschouw nemend, ook mogelijk

1. dat de schuldeiser slechts een deel van zijn recht heeft verwerkt;
2. dat de schuldeiser zijn recht slechts tijdelijk niet kan uitoefenen;
3. dat rechtsverwerking louter gevolgen heeft in de stel- en bewijssfeer; of
4. dat de schuldeiser, enkel het door de schuldenaar, financieel geleden nadeel moet vergoeden (als waarop hiervoor reeds vooruit is gelopen).[390]

VALK heeft voor het geval van rechtsverwerking op grond van tijdverloop nog opgemerkt dat, in verband met de grond voor verlenging van de verjaring van artikel 3:321 lid 1, onder a en b BW, staande huwelijk tussen (niet van tafel en bed gescheiden) echtgenoten en tussen een wettelijk vertegenwoordiger en de handelingsonbekwame die hij vertegenwoordigt geen rechtsverwerking plaatsvindt.

> ‘Dat tussen echtgenoten aanmaningen achterwege blijven, is vanzelfsprekend, onverschillig of die aanmaning verjaring of rechtsverwerking moet voorkomen. En dat de handelingsonbekwame niet in de positie is om tegen zijn wettelijk vertegenwoordiger rechtsmaatregelen te treffen, geldt ook hier. Rechtsverwerking op grond van tijdsverloop behoort net als verjaring uitgesloten te zijn tot het moment dat de gerechtigde wél in de positie is geweest stuitingsdaden te verrichten. De gerechtigde moet − net als in het geval van verjaring − na het verdwijnen van de verlengingsgrond nog een termijn van zes maanden worden gegund.’[391]

---

388 **HR 20 mei 2005**, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, r.o. 5, *JA* 2005/65, m.nt. M.S.A. Vegter; *RAR* 2005/78, met wenk.

389 Zie **TJITTES, *NTBR* 1999, afl. 7**, p. 196 en **TJITTES, *Rechtsverwerking en klachtplichten* 2013**, p. 51. Anders **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 69. Zie ook **VALK 1993**, p. 155-157, die wat dit betreft tussen de drie door hem onderscheiden gevalstypen van rechtsverwerking zou willen differentiëren.

390 **TJITTES, *NTBR* 1999, afl. 7**, p. 197-198 en **TJITTES, *Rechtsverwerking en klachtplichten* 2013**, p. 52-54.

391 **VALK 1993**, p. 84 en p. 160.

7.3.1.3.2 Onvoorziene omstandigheden

Ook de wijzigings- of ontbindingsbevoegdheid van de rechter wegens *onvoorziene omstandigheden* als neergelegd in artikel 6:258 BW wordt gezien als een precisering van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid.[392] Het arrest *Kriek/Smit*,[393] dat in paragraaf 10.5 wordt behandeld, is een onder juristen beroemd voorbeeld van een concrete toepassing hiervan.

De rechter mag deze bevoegdheid alleen gebruiken indien een van de partijen dit *verlangt*. Een op artikel 6:258 BW gegronde rechtsvordering is niet vereist.[394] Een beroep op deze specifieke redelijkheids- en billijkheidsbepaling kan derhalve ook worden gedaan bij wege van verweer, dan wel in antwoord op een verweer van de gedaagde/verweerder. Of een verlangen tot toepassing van artikel 6:258 BW is geuit, dient de feitenrechter te bepalen door middel van uitleg van de gedingstukken.

Het bijvoeglijke naamwoord *onvoorziene* moet volgens de parlementaire geschiedenis zo worden geïnterpreteerd dat partijen in de overeenkomst niet − uitdrukkelijk of stilzwijgend − in het intreden van deze omstandigheden hebben voorzien.[395] Tegen deze interpretatie, waarin duidelijk het werk van BREGSTEIN doorklinkt,[396] heeft ABAS enkele bedenkingen geuit.[397] Allereerst zou de rechter zich hierdoor noodgedwongen moeten bedienen van ficties. Als de overeenkomst geen aanwijzingen inhoudt voor het al dan niet verdisconteerd zijn van de omstandigheden, moet de rechter zich zijns inziens namelijk verlaten op

> ‘hetgeen partijen redelijkerwijs geacht kunnen worden in overweging te hebben genomen.’[398]

---

392 Zie **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 439. Ingeval van wijziging wordt deze bevoegdheid tevens als een precisering van de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid beschouwd. Zie nr. 446.

393 **HR 12 juni 1987**, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*).

394 Zie **PARL. GESCH. BOEK 6 (Inv. 3, 5 en 6)**, MvT Inv., p. 1826. Zie ook **PELETIER 1999**, p. 152-154; **H.J. SNIJDERS 2013**, p. 101-104; en **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 448.

395 **PARL. GESCH. BOEK 6,** TM, p. 968, VV II, p. 971 en MvA II, p. 973.

396 **BREGSTEIN 1960**, p. 218.

397 **ABAS 1978**, p. 14-16. Zie ook **ABAS 1979**, p. 11-12 en **ABAS 1989**, p. 239. In welke laatste bijdrage hij heeft gesteld dat: ‘Kortom: het loslaten van de regel dat de rechter mag ingrijpen bij het intreden van *onvoorzienbare* gebeurtenissen − en de vervanging daarvan door een andere regel die inhoudt dat de rechter pàs mag ontbinden of aanpassen ingeval zich *niet* in de overeenkomst *voorziene* omstandigheden voordoen − is vanuit rechtsvergelijkend perspectief een unieke daad van wetgeving.’

398 **ABAS 1978**, p. 14-15.

Dientengevolge zou de betekenis van het woord *onvoorziene* alsnog dichtbij de voorzien*baar*heid komen. Temeer kan het volgens hem, ook wanneer de omstandigheden zijn verdisconteerd, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn om ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst te verwachten. Hij heeft daarom aanbevolen het woord *onvoorziene* in artikel 6:258 lid 1 BW te vervangen door *verandering van*, waarbij de verdiscontering van een later ingetreden omstandigheid als factor zou moeten worden gezien bij de beoordeling van de vraag 'of er in het gegeven geval strijd met de goede trouw bestaat'.[399] Ten aanzien van ABAS' eerste bedenking heeft DE WOLF tegengeworpen dat het, gezien de talrijke jurisprudentie over overmacht,[400] voor de rechter zeer wel mogelijk is om te bepalen welke risico's partijen hebben verdisconteerd.[401] De door ABAS aanbevolen vervanging van het woord *onvoorziene* door *verandering van* zou volgens het eindverslag van de bijzondere commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek leiden tot uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 6:258 BW en in zoverre tot een loslating van de verbindende kracht van de overeenkomst.[402] Hoewel ook HIJMA wenste vast te houden aan de begrenzing van het leerstuk onvoorziene omstandigheden tot de in de overeenkomst verdisconteerde omstandigheden, kan zijns inziens aan ABAS' wens tot versoepeling tegemoet worden gekomen door onder omstandigheden op grond van artikel 6:248 lid 2 BW aan te nemen dat de redelijkheid en billijkheid derogeert aan de verdisconteerde omstandigheden.[403] Op deze manier zou zowel aan de wens van ABAS tot uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 6:258 BW, als aan de wens van de wetgever tot waarborging tegen een te snelle terzijdeschuiving van de overeenkomst tegemoet worden gekomen.

Naast dat het moet gaan om omstandigheden die partijen niet hebben voorzien, is volgens de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie vereist dat de omstandigheden op het ogenblik van de totstandkoming van de

399 **ABAS 1972**, p. 276.

400 Het feit dat de rechter hier veel jurisprudentie over heeft gewezen, sluit evenwel op zichzelf niet uit dat hij zich (ook hierin) heeft moeten bedienen van ficties.

401 **DE WOLF 1979**, p. 58.

402 **PARL. GESCH. BOEK 6**, EV I, p. 979. Zie ook **VAN DER WERF 1982**, p. 71 en **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 442. Anders **HESSELINK 1999**, p. 338. 'Erkenning van de eis, dat de omstandigheid niet voorzienbaar was, impliceert overigens op zichzelf niet een verwerping van de eis, dat ze niet verdisconteerd was, zoals ABAS lijkt te menen.' Aldus p. 339, voetnoot 161.

403 **HIJMA 1989**, p. 8.

overeenkomst nog in de toekomst lagen.[404] Anders zou immers het exclusieve terrein van dwaling worden betreden.[405]

De onvoorziene omstandigheden kunnen zowel van bijzondere als van algemene aard zijn. Bij onvoorziene omstandigheden die uitwerking hebben op een groot aantal overeenkomsten rijst de vraag of (incidenteel) rechterlijk ingrijpen wel het geëigende middel is. Naar mening van de toenmalige Minister van Justitie (VAN AGT) is de rechter alleen dan niet bevoegd als de wetgever op het betreffende punt incidenteel is tussengekomen op een wijze die aan een dergelijk ingrijpen in de weg staat.[406] Dit laat echter de vraag open of wettelijke tussenkomst in dergelijke gevallen niet meer aangewezen is. In het verleden is, in het kader van de bredere vraag welke grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter moeten worden gesteld, aangegeven dat de wetgever een groter arsenaal aan mogelijkheden heeft dan de rechter om een regel van meer algemene strekking voor te bereiden, waaronder het organiseren van een algemene discussie en het laten verrichten van onderzoek, en dat de rechter zich moet richten naar het individuele geval.[407] Thans is, zoals in paragraaf 1.2 is aangestipt, echter de heersende opvatting dat het onvermijdelijk en onmisbaar is dat de rechter aan rechtsvorming doet. Wat overeind is blijven staan, is evenwel dat de rechter in voorgaande gevallen met name is aangewezen op veronderstellingen wat betreft de gevolgen van zijn uitspraak voor andere overeenkomsten. Dit lijkt te maken dat explicitering daarvan in zijn motivering van groot belang is.

De onvoorziene omstandigheden moeten voorts zodanig zijn dat

> ‘de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.’[408]

Dit vereiste zal volgens de parlementaire geschiedenis niet snel als vervuld mogen worden beschouwd, omdat de redelijkheid en billijkheid in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord verlangt en afwijking daarvan slechts bij

---

404 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 969 en **HR 20 februari 1998**, *NJ* 1998/493 (*Weena-zuid*).

405 ‘Er is evenwel een grensgebied, waarin men beide regelingen kan inroepen, namelijk waar een relevante misrekening heeft plaatsgehad in omstandigheden in heden of verleden die juist daarom van belang waren, omdat voor de rechtsverhouding gewichtige feiten in de toekomst ervan afhankelijk waren.’ Aldus **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 969. Zie ook **VALK 2013**, p. 312.

406 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 975. Zie ook TM, p. 968 en VV II, p. 972.

407 Zie **VAN GERVEN 1981**, p. 30-31; **SCHELTEMA 1989**, p. 16; **BARENDRECHT 1992**, p. 275; **HOL 1995**, p. 13; **PONTIER 1998**, p. 79; en **WIARDA 1999**, p. 78-79.

408 Artikel 6:258 lid 1, eerste volzin BW.

hoge uitzondering toelaat.[409] Hieruit volgt volgens de jurisprudentie dat de rechter terughoudendheid dient te betrachten.[410] De te betrachten terughoudendheid zit volgens HIJMA tussen de aan te leggen toets bij artikel 6:248 lid 1 en lid 2 BW in:

> 'Enerzijds is zij minder streng dan die van artikel 6.5.3.1 lid 2: de wederpartij zal soms iets niet meer van de ander mogen verwachten, ook al is de grens der onaanvaardbaarheid nog niet bereikt. Maar anderzijds is zij strikter dan een 'open' toetsing à la artikel 6.5.3.1 lid 1, nu er wel degelijk een contractsregel voorligt, en het onderzoek wordt afgestemd op de vraag of de wederpartij doorvoering dáárvan nog wel verwachten mag.'[411]

PELETIER heeft betoogd dat dit inderdaad zo is wat betreft de wijzigingsbevoegdheid.[412] Voor ontbinding zou daarentegen slechts ruimte zijn als wijziging geen redelijk en billijk alternatief daarvoor zou zijn en instandhouding van de overeenkomst aldus *onaanvaardbaar* zou zijn. ROYER heeft een marginale toetsing daarentegen niet noodzakelijk geacht.[413] De rechter zou voldoende geëquipeerd zijn voor deze redelijkheids- en billijkheidstoets. Daarnaast zou voor een geslaagd beroep op artikel 6:258 BW nog aan een reeks van eisen moeten worden voldaan.

Een van deze eisen staat in het tweede lid van artikel 6:258 BW en vormt een uitwerking van het vorige vereiste.[414] Dit lid bepaalt dat het risico voor de onvoorziene omstandigheden, behalve om reden van verdiscontering daarvan, ook op grond van de aard van de overeenkomst of de in het (maatschappelijk) verkeer geldende opvattingen voor rekening van de partij die wijziging of ontbinding verlangt zelf kan komen.

Zoals in de bewoordingen van artikel 6:258 lid 1 BW ligt besloten ('kan'), is de rechterlijke uitspraak constitutief van aard. Het is aldus de rechter die wijziging aanbrengt in de gevolgen van de overeenkomst of die deze

---

409 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 969. Aangezien rechterlijk ingrijpen slechts in marginale gevallen is gerechtvaardigd, komt aan het argument van rechtszekerheid minder gewicht toe, aldus **ROYER, *RM Themis* 1972**, p. 534-535. De uitzonderlijkheid van de onvoorziene omstandigheden kan zijn gelegen in de aard, de duur, de frequentie en/of de intensiteit daarvan.

410 Zie **HR 27 april 1984**, r.o. 3.2, *NJ* 1984/679, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*NVB/Sipke Helder*); **HR 10 juli 1989**, r.o. 3.1.3, *NJ* 1989/786; en **HR 20 februari 1998**, r.o. 4.3.2, *NJ* 1998/493 (*Weena-zuid*). Zie ook **H.J. SNIJDERS 2013**, p. 99 en p. 104.

411 **HIJMA 1989**, p. 6.

412 **PELETIER, *RM Themis* 1995**, p. 428.

413 **ROYER, *RM Themis* 1972**, p. 538.

414 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 970. Zie ook **PELETIER 1999**, p. 106-107.

overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbindt.[415] Voor deze, van artikel 6:248 lid 2 BW afwijkende, aard is gekozen omdat het veelal zou gaan om meer ingrijpende beslissingen.[416] Daarenboven zou het hier gewoonlijk gaan om meer gecompliceerde feitelijke situaties, waarin gemakkelijk verschillende oplossingen voor toepassing in aanmerking kunnen komen en de belangen van derden kunnen worden geraakt.

Na deze uitwerking van de vereisten en de aard van de uitspraak, komen we nu te spreken over de 'keuze' tussen wijziging en ontbinding, en de door de rechter te stellen voorwaarden. Uit de artikelen 23 en 24 Rv, en het vereiste *op verlangen van*, kan worden afgeleid dat de rechter niet anders, of meer, mag toewijzen dan is verlangd.[417] Bij het verlenen van terugwerkende kracht of het stellen van voorwaarden aan een wijziging of ontbinding is de rechter daarentegen, naar ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH hebben gemeend, niet gebonden aan wat partijen hebben 'gevorderd'.[418] Daarnaast zou de rechter, indien algehele ontbinding wordt verlangd, eerst moeten onderzoeken of herstel van het contractuele evenwicht mogelijk is middels een minder vergaand correctiemiddel (*wijziging of gedeeltelijke ontbinding*) – wat, in het algemeen, alleen het geval zal zijn als het contractuele evenwicht is verstoord door een onvoorziene verzwaring van de prestatieplicht.[419] Dat algehele ontbinding als een laatste redmiddel heeft te gelden, wordt geacht voort te vloeien uit zowel het *favor-contractus*beginsel, als uit het beginsel van het *redelijke alternatief* als door BAKELS[420] geformuleerd.[421]

Zoals hiervoor reeds naar voren is gekomen, mag de rechter terugwerkende kracht verlenen of voorwaarden stellen aan een wijziging of ontbinding. De mogelijkheid om terugwerkende kracht te verlenen (van artikel 6:258 lid 1, tweede volzin BW) was nodig, aangezien het intreden van en een

---

415 Partijen hebben echter ook de mogelijkheid om in onderling overleg buiten de rechter om tot wijziging van de rechtsgevolgen van de overeenkomst of ontbinding van de overeenkomst te komen. Deze wijziging of ontbinding komt dan tot stand via een nieuwe, nadere overeenkomst. De oorspronkelijke overeenkomst blijft van kracht, maar men kan zich tegen een beroep hierop verweren met een verwijzing naar de nieuwe, nadere overeenkomst. Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 975. Zie **PELETIER 1999**, p. 137-152 voor de rol die deze mogelijkheid binnen het kader van artikel 6:258 BW kan spelen. Zie ook **HIJMA 1989**, p. 14-17; **VAN DUNNÉ 2004**, p. 762-764 en p. 792-796; **HIJMA 2012**, p. 22-27; en **HIJMA 2013**, p. 21-27.

416 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 974 en EV I, p. 979.

417 Daarnaast is in de parlementaire geschiedenis (NBW Boek 6, TM, p. 970) nog als algemene regel gegeven dat de rechter zo veel mogelijk rekening moet houden met de bedoeling van partijen en de strekking van de overeenkomst.

418 **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 448.

419 Zie **NIEUWENHUIS, *WPNR* 1995/6164-65**, p. 38-39.

420 **BAKELS 1993**, p. 260-277.

421 Zie **PELETIER, *RM Themis* 1995**, p. 424-425 en **MOMBERG URIBE 2011**, p. 212.

beroep op onvoorziene omstandigheden de verplichting tot nakoming niet opschort. Op deze wijze kunnen aldus achteraf de gevolgen van wanprestatie wegens niet-nakoming worden weggenomen. Als de overeenkomst reeds deels of geheel is nagekomen − aan welke mogelijkheid de bewoordingen van artikel 6:258 lid 1 BW niet in de weg staan[422] −, is er, vanwege de toegekende terugwerkende kracht, zonder rechtsgrond betaald.[423] Alle andere te stellen voorwaarden, zoals de betaling van een schadeloosstelling, moeten worden gegrond op artikel 6:260 BW. Het tweede lid van dat artikel maakt dat er geen twijfel mogelijk is over de vraag of een wijziging of gedeeltelijke ontbinding ook aan de beslissing van een van de partijen kan worden overgelaten.

7.3.2 Kritiekpunten

In de rechtsliteratuur zijn twee tegengeluiden te horen ten aanzien van de heersende leer in de algemene vermogensrechtelijke literatuur over de redelijkheid en billijkheid, waaronder haar materiële functies. Het eerste kritiekpunt heeft (onder andere) betrekking op de idee van de onmogelijkheid van concretisering van de redelijkheid en billijkheid[424] en is gemaakt door J.M. SMITS. In de volgende subparagraaf wordt besproken tot welke inzichten zijn kritische beschouwing zou leiden, alsmede tot welke bijstellingen van het standaardbeeld deze beschouwing aanleiding zou geven. In de daaropvolgende subparagraaf komt de normatieve methode van uitleg aan bod, die onverbrekelijk is verbonden met VAN DUNNÉ. Bij deze integrale methode van uitleg wordt geen grens getrokken tussen uitleg, aanvulling en correctie (van de rechtsgevolgen) van een overeenkomst, maar wordt de werking van de redelijkheid en billijkheid geheel geacht tot het proces van uitleg te behoren.

---

422 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 969-970. 'Herziening van een reeds geheel uitgevoerde overeenkomst zal uiterst zelden in overeenstemming met redelijkheid en billijkheid zijn.' Volgens **HESSELINK (1999**, p. 353, voetnoot 276) is het niet helemaal duidelijk waarom: 'uitvoering toont alleen maar aan dat nakoming niet onmogelijk was'. Zie ook **H.J. SNIJDERS 2013**, p. 97.

423 Zie artikel 6:203 BW. De rechter heeft daarnaast de keuzemogelijkheid om overeenkomstig artikel 6:260 BW een wijziging of ontbinding uit te spreken onder voorwaarde dat de ene partij aan de andere partij bij wijze van ongedaanmaking de reeds door haar ontvangen prestatie restitueert. Zie **PELETIER 1999**, p. 182. In dat geval blijft de rechtsgrond voor deze nakoming in stand.

424 Concretisering van de redelijkheid en billijkheid zou volgens de heersende leer niet mogelijk zijn, omdat de redelijkheid en billijkheid per definitie concreet is (betwijfeld kan echter worden of dit het standaardbeeld was en is). Daarnaast zou een eventuele precisering van de (algemene) redelijkheid en billijkheid hoogstens een voorlopige waarde hebben, nu altijd weer zou kunnen worden teruggevallen op de algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen. **J.M. SMITS 1995**, p. 82-85.

7.3.2.1 Kritische beschouwing van J.M. SMITS

Volgens J.M. SMITS worden de functies van de redelijkheid en billijkheid in de rechtsliteratuur meestal besproken in het kader van de werking van de redelijkheid en billijkheid als instrument voor de rechter.[425] In zijn proefschrift heeft hij, zoals hij zelf heeft aangegeven, een meer omvattende, nadere indeling van het gehele instituut van de redelijkheid en billijkheid aan de hand van functies (beter: werkingen) beproefd.[426] Hij heeft hierbij onderscheid gemaakt tussen de externe en interne werking van de redelijkheid en billijkheid.[427] Met welke werking men van doen heeft, zou afhankelijk zijn van de vraag vanuit welk standpunt men deze werking beoordeelt.

Met de externe werking van de redelijkheid en billijkheid heeft hij het algemene rechtvaardigheidsgehalte van datgene wat in het concrete geval is ontstaan voor ogen. De corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid zou het belangrijkste instrument zijn dat de rechter bezit om een eventuele ontstane 'externe onrechtvaardigheid' te verzachten. Dit instrument zou de rechter echter slechts nodig hebben wanneer de keuze voor een bepaalde regel ('een gestandaardiseerde belangenafweging'[428]) onvermijdelijk is (anders zou de redelijkheid en billijkheid al aan de orde zijn geweest bij de keuze voor al dan niet toepassing van deze regel, zie hierna). Of de vraag of datgene wat in het concrete geval is ontstaan onredelijk en onbillijk is positief of negatief moet worden beantwoord, zou volledig afhankelijk zijn van de waardering van het concrete geval, zodat daarover niet meer zou kunnen worden gezegd dan welke kenbronnen daarvoor in aanmerking behoren te worden genomen (zie ook paragraaf 6.1).

De interne werking van de redelijkheid en billijkheid ziet volgens J.M. SMITS daarentegen op de toets die binnen de aan de orde zijnde rechtsverhouding wordt uitgevoerd en valt uiteen in twee aspecten. Ten eerste zou de redelijkheid en billijkheid een rol spelen bij de vraag of een (gedrags)regel – waar voor toepassing een keuzevrijheid bestaat – al dan niet van toepassing is op het aan de rechter voorgelegd geval, met andere woorden: of de regel in voldoende mate de feiten en omstandigheden van het geval omvat. Ten tweede zou de redelijkheid en billijkheid als ultieme gedragsnorm hebben te gelden voor het geval passende, eerder ontwikkelde (gedrags)regels ontbreken. De interne werking van de redelijkheid en billijkheid zou dan ook, anders dan de externe werking, kunnen worden geconcretiseerd door zo veel mogelijk regels voor bij bepaalde rechtsverhoudingen behorende situaties op te stellen. Dit

425 **J.M. SMITS 1995**, p. 90.
426 **J.M. SMITS 1995**, p. 90-91.
427 **J.M. SMITS 1995**, p. 90-96.
428 **J.M. SMITS 1995**, p. 76.

onderscheid tussen de externe en interne werking van de redelijkheid en billijkheid is gevisualiseerd in figuur 7.1.

Figuur 7.1: Externe en interne werking van de redelijkheid en billijkheid

Hoewel de externe en interne werking van de redelijkheid en billijkheid in andere stadia van de rechterlijke oordeelsvorming nodig zouden zijn, lopen ze volgens J.M. SMITS in de jurisprudentie door elkaar.[429] Dit zou volgens hem ten eerste kunnen komen doordat de rechter er doorgaans de voorkeur aan geeft om aan te sluiten bij de door partijen naar voren gebrachte regels (of, zoals hij in een voetnoot heeft gesteld, zich daartoe ten onrechte verplicht acht). Waar hij deze stelling op heeft gebaseerd, wordt niet geëxpliciteerd. Hetzelfde geldt voor de tweede reden die volgens hem voor deze anomalie zou kunnen worden aangevoerd, te weten dat het terzijde schuiven van niet-contractuele regels de rechter gemakkelijker zal vallen.

De hiervoor genoemde inzichten zouden leiden tot de volgende bijstellingen van het standaardbeeld dat ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid bestaat:[430]

1. Over de redelijkheid en billijkheid zou meer te zeggen zijn dan dat zij afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval (zoals gezegd, kan echter betwijfeld worden of dit het standaardbeeld was en is). De interne werking van de redelijkheid en billijkheid zou, zoals hiervoor is aangegeven, namelijk te

429 **J.M. SMITS 1995**, p. 95.
430 **J.M. SMITS 1995**, p. 96-102.

concretiseren zijn naar standaardsituaties[431] (wat echter ook lijkt te kunnen voor de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid).

2. De redelijkheid en billijkheid zou in haar aanvullende functie al betekenis hebben voordat de contractsinhoud is vastgesteld (zie ook subparagraaf 7.3.1). De redelijkheid en billijkheid speelt – intern – namelijk reeds een rol bij de al dan niet toepassing van de (gedrags)regel en, als deze niet passend is, als algemene gedragsnorm.
3. De terminologische wijziging van de goede trouw (in objectieve zin) in de redelijkheid en billijkheid zou moeten worden betreurd (zie ook paragraaf 3.1). Het beeldende vermogen daarvan zou namelijk uitdrukken dat de rechter in de interne (vertrouwens)verhouding bij het ontbreken van passende, eerder ontwikkelde (gedrags)regels de mogelijkheid heeft te kiezen voor een door hemzelf op te stellen gedragsregel.[432]
4. Niet iedere rechtsverhouding zou worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid (zie ook hoofdstuk 4). Het toepassingsgebied van de interne werking van de redelijkheid en billijkheid zou namelijk worden bepaald door de afwezigheid van (gedrags)regels. Door het opstellen van regels voor bij bepaalde rechtsverhoudingen behorende situaties zou minder vaak hoeven te worden teruggevallen op de redelijkheid en billijkheid als algemene gedragsregel. Oftewel:

   ‘de rechtsregel in de betekenis van een standaardisatie en de goede trouw (het “vertrouwen”) [zijn] complementair’.

Deze indeling aan de hand van ‘functies’ heeft, voor zover kon worden onderzocht,[433] nauwelijks aandacht en – op VAN DER HEIDEN na[434] – geen

431 Zie ook **J.M. SMITS 1995**, p. 74-76.

432 Daarnaast zou op deze wijze worden aangesloten bij de ons omringende rechtsstelsels en zou worden voorkomen dat deze werkingen met elkaar worden verward. **J.M. SMITS 1995**, p. 100.

433 De volgende referenties zijn gevonden: **VAN DER HEIDEN 1999**, p. 190-193, p. 238 en p. 302; **REURICH, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005**, p. 176 (volgens wie deze indeling aan de hand van ‘functies’ een sterkere aanzetting van het verschil tussen de materiële functies aanvulling en correctie is. De dogmatiek van J.M. SMITS lijkt evenwel verder te gaan dan dat); en **MEMELINK 2009**, p. 196-197 (waarbij kan worden betwijfeld of de vergelijking met **DUBBINK, *WPNR* 1990/6963-64**, p. 360 en p. 375-376 raakt aan wat J.M. SMITS heeft bedoeld te zeggen), p. 216-217 en p. 261.

434 **VAN DER HEIDEN 1999**, p. 190-193, p. 238 en p. 302.

navolging gekregen in de rechtsliteratuur. Dit zou kunnen komen doordat deze indeling lastig te doorgronden is. Daarnaast zijn verschillende rechtswetenschappelijke onderzoekers tot dezelfde inzichten gekomen zonder deze indeling. De toegevoegde waarde daarvan voor het juridisch(-dogmatische) debat lijkt dan ook niet zo groot. Het debat ten aanzien van de hiervoor genoemde inzichten wordt weergegeven in de tussen de ronde haakjes genoemde (sub)paragrafen.

7.3.2.2 Normatieve methode van uitleg

In de rechtsliteratuur wordt ook een andere, afwijkende beschouwingswijze aangaande het vaststellen van de rechtsgevolgen van een overeenkomst verkondigd. De hernieuwde basis voor deze beschouwingswijze is gelegd door VAN DUNNÉ, die in zijn proefschrift ten strijde is getrokken tegen de *historisch-psychologische* methode van uitleg van E.M. MEIJERS en de zijnen.[435] Bij deze laatste methode zou de subjectieve wil of bedoeling van de overeenkomst sluitende personen de doorslag geven. VAN DUNNÉ heeft hun wil of bedoeling daarentegen slechts beschouwd als één van de feiten en omstandigheden die bij de uitleg van een overeenkomst in ogenschouw dienen te worden genomen.[436] Voor de op de historisch-psychologische methode van uitleg gegronde, en door het vertrouwensbeginsel gecorrigeerde,[437] *wilsleer* heeft hij de *toerekeningsleer* in de plaats gesteld. In die leer wordt *uitleg*[438] normatief opgevat in die zin dat het uitlegproces wordt beheerst door de in het concrete geval geldende rechtsnormen, waaronder met name de redelijkheid en billijkheid, indertijd aangeduid als *goede trouw* – waaraan partijen gebonden zouden zijn vanwege hun handelen (en niet vanwege hun wil).[439] Er wordt geen grens getrokken

---

435 **VAN DUNNÉ 1971**.

436 **VAN DUNNÉ 1971**, p. 10 en **VAN DUNNÉ, *WPNR* 1974/5281**, p. 701.

437 Zie de artikelen 3:33 en 3:35 BW.

438 **VAN DUNNÉ** (**1971**, p. 198) heeft uitleg van een rechtshandeling gedefinieerd als '*het vaststellen van de rechtsgevolgen die de handelende persoon toegerekend worden*', waarbij een rechtshandeling wordt gezien als '*een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldend recht − gezien de aard van de handeling, de omstandigheden waaronder, en de wijze waarop zij tot stand kwam − rechtsgevolgen ontstaan die de handelende toegerekend worden*'.

439 Anders **DU PERRON 1999**, p. 15-16. 'Uiteindelijk bepaalt het objectieve recht de gevolgen van een rechtshandeling − in de terminologie van Van Dunné: stelt het objectieve recht de rechtsgevolgen vast die de handelende persoon worden toegerekend. Men kan dit erkennen, zonder uit het oog te verliezen dat in het contractenrecht bij die toerekening − in beginsel − beslissend is of partijen zich uit vrije verkiezing hebben gebonden. Anders gezegd: het recht aanvaardt de wil als toerekeningsfactor.'

tussen wat partijen feitelijk zijn overeengekomen en waarin de overeenkomst uiteindelijk, na een eventuele aanvulling en/of correctie, resulteert.[440]

Ook volgens SCHOORDIJK is de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid altijd een kwestie van uitleg.[441] Deze visie brengt met zich mee dat de artikelen 6:2 en 6:248 lid 2 BW worden aangemerkt als uitleg-bepalingen en dat een overeenkomst alleen opzij kan worden gezet door de openbare orde (en dus niet door de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid).[442] SCHOORDIJK kan, zoals VAN DUNNÉ zelf heeft gezegd,[443] dan ook tot het kamp van de *normativo's* worden gerekend. Zelf heeft SCHOORDIJK zijn visie vooral gezien als een voortzetting van het gedachtegoed van BREGSTEIN.[444]

VAN SCHILFGAARDE heeft zich, naar eigen zeggen, steeds voorstander getoond van het door VAN DUNNÉ als uitgangspunt genomen kennistheoretische inzicht dat droge feiten en rechtsnormen elkaar wederzijds beïnvloeden.[445] Dit inzicht zou er onder andere toe leiden dat

> 'uitleg meer en meer een rechtsvraag [wordt], die als zodanig door de Hoge Raad kan worden getoetst.'[446]

---

440 **VAN DUNNÉ 1985**, p. 98-99.

441 Zie **SCHOORDIJK, *WPNR* 1993/6082**, p. 147 en **SCHOORDIJK, *NJB* 2007/421, afl. 8**, p. 1233. Zie ook **WIARDA 1988**, p. 58 ('De inderdaad koninklijker weg die Schoordijk propageert, is nu eenmaal niet voor iedereen even gemakkelijk begaanbaar.' Deze passage is overigens niet teruggekeerd in de vierde, door KOOPMANS bewerkte druk) en **W. SNIJDERS, *WPNR* 2007/6693**, p. 6-12.

442 **SCHOORDIJK, *WPNR* 1993/6082**, p. 148.

443 **VAN DUNNÉ 2004**, p. 852.

444 **SCHOORDIJK, *WPNR* 1993/6082**, p. 149. Zie ook **BREGSTEIN 1960**, p. 175 ('Onder interpretatie in ruimen zin versta ik het vaststellen van den omvang der door vorenbedoelde wilsovereenstemming in het leven geroepen verbintenissen en andere daarmee samenhangende rechtsgevolgen, of korter gezegd: de vaststelling van den inhoud der overeenkomst.'), p. 187 ('Hieruit volgt, dat een onderscheid tusschen z.g. beperkende en uitbreidende werking der goede trouw niet mogelijk is: dit is slechts bestaanbaar, wanneer men partijen aan de woorden van het contract gebonden acht, niet wanneer men hen, gelijk ik heb vooropgesteld, slechts aan hun gezamenlijke bedoeling bindt, en deze gebondenheid vermeerdert zoowel met hetgeen uit de normale beteekenis der gebruikte woorden, *gecorrigeerd door de eischen der billijkheid in concreto*, alsook met hetgeen uit de overige in art. 1375 vermelde bronnen voortvloeit.') en p. 256 ('Men mag nog niet spreken van wijziging der door partijen gesloten overeenkomst, indien de rechter de rechten en verplichtingen van partijen vaststelt in afwijking van den oogenschijnlijken zin der door hen gebruikte bewoordingen.').

445 **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1997/6282-83**, p. 590 en **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1997/6284**, p. 832. Zie over dit onderwerp ook **SMITH 1998**.

446 **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1997/6282-83**, p. 591. Zie ook (sub)paragrafen 3.3 en 7.3.2.2.1.

Tot zover zal VAN DUNNÉ zich in de bespreking van zijn beschouwingswijze kunnen vinden, getuige wat hij hierover in zijn studieboek/handboek over het verbintenissenrecht heeft gezegd:

> 'Met andere woorden, hier is normatieve uitleg in het geding, of met uitleg te goeder trouw, redelijke uitleg, en dat is een *rechtsvraag*, ter 'volle' toetsing door de cassatierechter. Een rechtsvraag die zoals iedere rechtsvraag sterk door de feiten gekleurd is.'[447]

VAN SCHILFGAARDE heeft de nadruk op de redelijkheid en billijkheid als een het uitlegproces beheersende norm echter afgedaan als 'overbodige, soms verwarrende franje',[448] wat – zoals VAN SCHILFGAARDE zelf ook heeft verondersteld[449] – in de ogen van VAN DUNNÉ geen genade zal kunnen vinden.

Volgens GROSHEIDE wordt in de rechtsliteratuur op drie verschillende wijzen over de normatieve methode van uitleg gesproken:

> 'als *rechtsopvatting* over de positie van de rechter ten opzichte van het systeem van het positieve recht [veronderstelde benadering van J.M. SMITS, EvWV]; als *rechterlijke oordeelsvorming in fine* gebaseerd op inhoudelijke toetsing aan actuele normen van maatschappelijk behoren [vermeende benadering van ASSER/HARTKAMP, EvWV]; als *methodisch voorschrift* ter vertegenwoordiging van het rechterlijk oordeel [cursivering, EvWV].'[450]

Er zou dan ook langs elkaar heen worden gepraat. Zelf heeft hij gekozen voor deze laatste benadering (zij het in bijgestelde zin: de normatieve methode van uitleg zou slechts een *techniek* zijn en niet tevens een denkhouding,[451] kennistheoretisch inzicht[452] en ethische plaatsbepaling[453]), die hij heeft toegeschreven aan VAN SCHILFGAARDE.[454]

---

447 **VAN DUNNÉ 2004**, p. 187.

448 **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1997/6284**, p. 832. Zie ook **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1997/6282-83**, p. 612. 'Het [onderscheid tussen uitleg en aanvulling enerzijds, tussen aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid anderzijds] zijn handreikingen van de wetgever en de doctrine, die onze denkgang vergemakkelijken, sporten van een ladder die wij nodig hebben omdat wij nu eenmaal niet kunnen vliegen.'

449 **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1997/6282-83**, p. 590.

450 **GROSHEIDE 2000**, p. 122.

451 Zie **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1997/6284**, p. 832.

452 Zie **VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1997/6284**, p. 832.

453 Zie **VAN SCHILFGAARDE, *RM Themis* 1978**, p. 460.

454 **GROSHEIDE 2000**, p. 126.

7.3.2.2.1 Argumenten tegen de normatieve methode van uitleg

Bij de parlementaire behandeling van artikel 6:2 BW heeft de toenmalige Minister van Justitie (VAN AGT) onderkend dat de aanvullende en corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid in de praktijk niet duidelijk van elkaar af te grenzen zijn.[455] Daarnaast is toegegeven dat de vraag of aanvulling, dan wel correctie benodigd is vóór alles afhankelijk is van wat men als de inhoud van de overeenkomst ziet, aldus van de uitleg van de overeenkomst, die aan eventuele aanvulling of correctie op grond van (de) artikel(en) 6:2 (en 6:248) BW voorafgaat.[456]

De regeringscommissaris voor Boek 6 BW (W. SNIJDERS) heeft in het mondeling overleg eveneens aangegeven dat de vraag of de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid al dan niet een kwestie van uitleg is (zoals SCHOORDIJK heeft gesteld, zie subparagraaf 7.3.2.2) in de eerste plaats een theoretische vraag is.[457] Ook ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH, zijn van mening dat het antwoord op voorgaande vraag voor de praktijk veelal geen verschil zal maken.[458] Niettemin zijn er, ook volgens hen, verschillende redenen om het dogmatisch instrumentarium, zoals DRION dat heeft genoemd, zuiver en onderscheidend te houden.[459]

Het meest principiële – en wellicht het belangrijkste – tegenargument tegen de normatieve methode van uitleg is dat daarbij de autonomie van de overeenkomst sluitende personen wordt miskend.[460] Er wordt niet eerst aandacht besteed aan wat partijen hebben gewild. Oftewel, uitleg verwordt alzo, zoals DRION het heeft verwoord, tot:

> 'het juridisch equivalent van het 'hocus pocus pilates pas', waarmee de goochelaar uit zijn hoed tovert, wat hij er tevoren zelf al in had verstopt'.[461]

---

455 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 67-68. Zie ook **ROYER, *RM Themis* 1972**, p. 536: 'of men de redelijkheid en billijkheid in het geweer roept om de overeenkomst aan te vullen dan wel om ervan af te wijken, kan licht neerkomen op een kwestie van woorden.'

456 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, MvA II, p. 67-68.

457 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, EV I, p. 74.

458 **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 365. Zie ook **HESSELINK, OOSTING & DU PERRON, *AA* 39 (1990) 9**, p. 567 (die hebben gesteld dat de verschillen tussen de methoden van uitleg van ABAS en SCHOORDIJK *geen* invloed hebben op het resultaat dat uiteindelijk wordt bereikt).

459 **DRION, *NJB* 2010/226, afl. 5**, p. 279.

460 Zie **ABAS 1989**, p. 240 en **VAN KLINKEN & VAN KOOTEN, *NTBR* 1994, afl. 8**, p. 188.

461 **DRION, *NJB* 2010/226, afl. 5**, p. 279. In soortgelijke bewoordingen wat betreft een *imprévision*-geval: **ROYER, *RM Themis* 1972**, p. 525. Zie ook **VALK, *Recht en billijkheid. De zin en de legitimatie van het voorlopige rechtsoordeel* 1992**, p. 51 en **VERSTAPPEN 2015**, p. 108.

Het proces van rechterlijke oordeelsvorming zou aldus transparanter zijn, wanneer de uiteindelijke rechtsgevolgen van de overeenkomst strikt worden onderscheiden van wat partijen hebben gewild, wat, naar wordt aangenomen, ook de aanvaardbaarheid van de beslissing ten goede komt.

Een ander argument tegen de normatieve methode van uitleg, dat met het voorgaande samenhangt, is dat de rechtsgevolgen die uit de overeenkomst op zichzelf voortvloeien dikwijls in een later stadium zouden worden gewijzigd door de aanvullende en/of corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid. Dit zou zich met name voordoen als gevolg van feiten en omstandigheden die na het sluiten van de overeenkomst hebben plaatsgevonden.[462]

Tevens is bepleit dat de toetsingsmogelijkheden in cassatie bij de visie van SCHOORDIJK, waarin de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid altijd een kwestie van uitleg is, minder groot zouden zijn. Volgens SCHOORDIJK moest de controle van het rechterlijk oordeel namelijk worden gezocht in de motivering van de uitleg van een overeenkomst.[463] De kans op slagen van motiveringsklachten zou, gelet op de grote mate van vrijheid die de feitenrechter bij de uitleg van overeenkomsten zou krijgen, echter uiterst gering zijn. Het feitelijk element van de beslissing zou bij de visie van SCHOORDIJK aldus gemakkelijker overheersen dan bij de toepassing van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, al zou het slechts gaan om een klein nuanceverschil; uitleg van een overeenkomst zou zelden volledig feitelijk zijn, zoals toepassing van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, zelden een zuivere rechtsvraag zou opleveren.[464]

Ook bestaat er bezwaar tegen de gebruikte terminologie. Iedere uitleg zou namelijk normatief zijn, vanwege de rol die de redelijkheid en billijkheid bij uitleg speelt.[465] De vraag zou dan ook slechts zijn wat de inhoud van de

---

462 Zie **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 366. Wat opvallend is, is dat zij, net als **VAN DUNNÉ** (**2004**, p. 354, om reden van het feit dat een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van een overeenkomst volgens de Hoge Raad niet doorslaggevend is), het gelijk aan hun zijde hebben geacht vanwege het arrest *Ermes c.s./Haviltex* (**HR 13 maart 1981**, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner), waarin een onderscheid zou zijn gemaakt tussen uitleg en aanvulling.

463 **SCHOORDIJK 1979**, p. 38.

464 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, EV I, p. 74 en **W. SNIJDERS, *WPNR* 2007/6693**, p. 8. Zie ook **HESSELINK, OOSTING & DU PERRON, *AA* 39 (1990) 9**, p. 569. 'Uiteindelijk komt de keuze [tussen de methode van ABAS en de methode van SCHOORDIJK, EvWV] neer op de waardering van accentverschillen, waardoor − het zij benadrukt − de uitkomst niet zal verschillen. Deze wordt immers bepaald door de eisen die de redelijkheid stelt.'

465 Zie **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 366.

rechtsnormen is die de toerekening beheersen.[466] NIEUWENHUIS heeft in dit verband zelfs gesproken over

> 'een pleonasme van het zuiverste water'[467]

Tevens heeft hij betoogd dat VAN DUNNÉ's plaatsing van de normatieve methode van uitleg tegenover de historisch-psychologische methode van uitleg het verschil tussen beide niet goed heeft doen uitkomen.[468] VAN DUNNÉ zou bij de door hem voorgestane wijze van uitleg de *methode* hebben beklemtoond, terwijl hij bij de uitleg in de tweede zin het *voorwerp van uitleg* met nadruk naar voren zou hebben gebracht. Hoe dit ook zij, het is voor de lezer van diens proefschrift duidelijk wat tegenover elkaar wordt gesteld; zie tabel 7.1.

	Historisch-psychologische methode van uitleg	**Normatieve methode van uitleg**
Voorwerp	De historische, psychische wil van partijen	De overeenkomst zélf (in haar totaliteit)
Doel	Het vaststellen van datgene wat bedoeld is	Het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst
Methode	Het vaststellen van de historische, psychische wil van de overeenkomst sluitende personen	Het vaststellen van de rechtsgevolgen die de overeenkomst sluitende personen toegerekend worden

Tabel 7.1: Voorwerp, doel en methode van uitleg

7.3.2.2.2 Afgewezen door de Hoge Raad

De Hoge Raad lijkt in zijn arrest *Achmea/ABN AMRO*[469] de normatieve methode van uitleg van de hand te hebben gewezen, aldus ook VAN DER VEEN.[470] In dit arrest ging het om het volgende. De verzekeraar (Achmea) had aan de verzekerde van een afgebrand huis (K.) de verkoopwaarde, en niet de herbouwwaarde, uitgekeerd, omdat K., en diens echtgenote R., de herbouw niet binnen de in de polisvoorwaarden genoemde termijn van drie jaar hadden

466 Zie **NIEUWENHUIS 1979**, p. 21. Zie ook **HESSELINK, OOSTING & DU PERRON, *AA* 39 (1990) 9**, p. 569. 'Van groter belang is dan ook de vraag welke inhoud de redelijkheidstoets heeft.'

467 **NIEUWENHUIS 1979**, p. 20.

468 **NIEUWENHUIS 1979**, p. 20.

469 **HR 21 januari 2011**, ECLI:NL:HR:2011:BO5203, r.o. 3.7, *NJ* 2011/176, m.nt. M.M. Mendel; *RAV* 2011/35, met wenk (*Achmea/ABN AMRO*).

470 **VAN DER VEEN, *MvV* 2011, afl. 9**, p. 243 en p. 245.

voltooid, laat staan daarmee waren gestart. In rechte zou hebben vastgestaan dat de reden hiervoor enkel was gelegen in een gebrek aan middelen bij K. en R.[471]

Dit laatste had volgens het hof mede gebracht dat de stelling van Achmea − dat hij op grond van artikel 9B jo. 10D van de polisvoorwaarden niet tot uitkering van de herbouwwaarde was verplicht − in rechte geen gehoor vond. Het cassatiemiddel was tegen deze overweging van het hof gericht. Er werd door de verzekeraar over geklaagd dat deze overweging voor meerderlei uitleg vatbaar was. De Hoge Raad is hierin meegegaan. Indien het hof zijn oordeel had gestoeld op uitleg, had het hof kenbaar moeten maken dat het hof de daartoe vereiste uitlegmaatstaf had toegepast, die volgens A-G SPIER was neergelegd in het arrest van de Hoge Raad van 16 mei 2008.[472] Als het oordeel van het hof berustte op de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, waar A-G SPIER het voor heeft gehouden,[473] had het hof ten onrechte niet erkend dat strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid op zich niet voldoende is. Het beroep op artikel 9B jo. 10D van de polisvoorwaarde moet daarenboven *onaanvaardbaar* zijn. Ingeval het hof deze toetsingscriteria niet zou hebben miskend, had het ten minste zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd, aldus nog steeds de Hoge Raad.

Hoewel A-G SPIER van mening was dat het arrest van het Hof Arnhem strikt genomen wellicht tekortschoot − en hij vanuit het oogpunt van *éducation permanente* Achmea nog wel zou hebben willen volgen in zijn denkwijze −, heeft hij, aldus anders dan de Hoge Raad, op dit punt geconcludeerd tot verwerping van het cassatiemiddel.[474] Van vernietiging zou zijns inziens namelijk een verkeerd signaal uitgaan. Achmea en andere verzekeraars zouden voortaan wellicht net zolang gaan stilzitten totdat de pogingen van de verzekerde om geld te vinden voor de herbouw zouden zijn mislukt. Naar mening van *NJ*-annotator MENDEL heeft A-G SPIER in zijn conclusie te weinig aandacht gehad voor het grote belang van de rechtszekerheid.[475] Het

---

471 Achmea had deze stelling van de zijde van de pandhouder van het recht op de verzekeringsuitkering (ABN AMRO), naar het oordeel van het hof, namelijk onvoldoende gemotiveerd weersproken.

472 Conclusie van A-G J. Spier (ECLI:NL:PHR:2011:BO5203), o. 4.16.1 voor **HR 21 januari 2011**, ECLI:NL:HR:2011:BO5203, *NJ* 2011/176, m.nt. M.M. Mendel; *RAV* 2011/35, met wenk (*Achmea/ABN AMRO*), met verwijzing naar **HR 16 mei 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, *RAV* 2008/70, met wenk.

473 Conclusie van A-G J. Spier (ECLI:NL:PHR:2011:BO5203), o. 4.11 voor **HR 21 januari 2011**, ECLI:NL:HR:2011:BO5203, *NJ* 2011/176, m.nt. M.M. Mendel; *RAV* 2011/35, met wenk (*Achmea/ABN AMRO*).

474 Conclusie van A-G J. Spier (ECLI:NL:PHR:2011:BO5203), o. 4.24.1 en 4.24.2 voor **HR 21 januari 2011**, ECLI:NL:HR:2011:BO5203, *NJ* 2011/176, m.nt. M.M. Mendel; *RAV* 2011/35, met wenk (*Achmea/ABN AMRO*).

475 Noot van M.M. Mendel onder **HR 21 januari 2011**, ECLI:NL:HR:2011:BO5203, *NJ* 2011/176, onder 5 (*RAV* 2011/35, met wenk (*Achmea/ABN AMRO*)).

(internationale) handelsverkeer zou vragen om duidelijkheid ten aanzien van de grond waarop de zijns inziens duidelijke overeenkomst terzijde wordt geschoven.

7.3.3 De materiële functies in de personen- en familierechtspraktijk

Om te achterhalen of voorgaande functie-indeling ook in de personen- en familierechtspraktijk wordt gemaakt, werkt en houdbaar is, is aan de feitenrechters gevraagd of ze het nuttig vinden om de hiervoor besproken materiële functies te onderscheiden, en zo ja, waarom (zie bijlage 2, interviewvraag 1a). Volgens de helft van de geïnterviewde feitenrechters getuigde deze interviewvraag van een te theoretische blik op de praktijk. De redelijkheid en billijkheid zou gewoonweg worden toegepast, zonder dat specifiek zou worden gekeken in welke materiële functie dit gebeurt. Wel zou het voor partijen en belanghebbenden mogelijk zijn om dit achteraf uit de rechterlijke uitspraak af te leiden. Een van de geïnterviewde feitenrechters lichtte dit als volgt nader toe. In de heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming wordt aan het einde de vraag gesteld of het verkregen resultaat redelijk en billijk is. Pas als het antwoord op deze vraag negatief luidt,[476] wordt nagedacht over de vraag via welke functie van de redelijkheid en billijkheid het gewenste resultaat kan worden bereikt. Dat de redelijkheid en billijkheid altijd corrigerend zou werken, kwam ook naar voren in een ander interview. Dit was volgens de betrokken feitenrechter reden om eveneens bij aanvulling een grote mate van terughoudendheid te betrachten.

Dat de vraag naar het nut van het onderscheiden van de materiële functies vaak (vooral) wordt gezien als een theoretische kwestie, bleek ook doordat een van de feitenrechters zichzelf tijdens het interview voor het eerst de vraag stelde waar het nut van deze functie-indeling in zou kunnen liggen. Dat deze vraag niet eerder bij deze feitenrechter was opgekomen, kwam zijns inziens doordat voor toepassing van de corrigerende functie wel heel veel aan de hand moet zijn en dat een beroep daarop door de advocatuur goed moet zijn ingekleed, wat meestal niet het geval zou zijn. Deze feitenrechter had de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid zelf in ieder geval nog nooit hoeven toe te passen.

Een andere geïnterviewde feitenrechter gaf te kennen dat met name familierechters niet in functies denken. Ze zouden gewend zijn om niet zo snel te verwijzen naar wettelijke bepalingen en om veel met open normen te werken,

476 Deze toelichting lijkt erop te duiden dat, wanneer een van de partijen heeft gesteld dat de redelijkheid en billijkheid in het geding is, maar dit niet het geval wordt geacht, niet wordt nagedacht over de functie waarin de redelijkheid en billijkheid aan de orde is gesteld. Het is, gelet op de verschillende toetsingscriteria, de vraag of dit niet kwalijk is.

waardoor ze niet zo 'strak' zouden denken als handelsrechters dat doen. Al zou een zekere mate van bewustheid van het verschil in materiële functies volgens deze feitenrechter wel kunnen helpen om sommige collega's over de streep te trekken om de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid van toepassing te achten.

Door een van de geïnterviewde feitenrechters werd er voorts op gewezen dat de in het kader van dit onderzoek verrichte inhoudsanalyse een belangrijke beperking heeft. De redelijkheid en billijkheid zou namelijk al ingebakken zitten in uitlegnormen, maar ook in andere open normen, zodat de redelijkheid en billijkheid, zij het op de achtergrond, zou meespelen, zonder dat men zich daar bewust van hoeft te zijn (vergelijk paragraaf 9.5). In zodanige gevallen zou in de rechterlijke uitspraak niet (expliciet) zijn verwezen naar de redelijkheid en billijkheid, waardoor deze uitspraak niet zou zijn meegenomen in de inhoudsanalyse, terwijl deze uitspraak volgens deze feitenrechter wel een zaak betreft waarin de redelijkheid en billijkheid een rol heeft gespeeld.[477]

De andere helft van de geïnterviewde feitenrechters vond het onderscheiden van de materiële functies wel, zelfs uitermate nuttig. Vooreerst zouden de toetsingscriteria van deze functies, en daarmee de rechtsgevolgen, verschillend (kunnen) zijn. Daarnaast zou het denken in functies kunnen helpen om het voorgelegde geschil scherp te krijgen. Door de advocatuur zou namelijk veelal een kaal beroep op de redelijkheid en billijkheid worden gedaan. Door te bedenken op welke functie nu specifiek is gedoeld, zou duidelijker worden wat een partij met het beroep op de redelijkheid en billijkheid tracht te bereiken. Wel gaf een van hen te kennen het ingewikkeld te vinden om de onderscheiden functie van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg feitelijk toe te passen.

7.4 Andere rollen

De Hoge Raad lijkt aldus in het arrest *Achmea/ABN AMRO*[478] te hebben bevestigd dat de rechter, vanwege de controleerbaarheid, onderscheid dient te maken tussen de verschillende materiële functies van de redelijkheid en billijkheid, althans tussen uitleg en correctie. Uit de interviews is af te leiden dat dit onderscheid niet door alle (geïnterviewde feiten)rechters al wordt gemaakt in de heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming (of, indien het beroep op de redelijkheid en billijkheid wordt afgewezen, zelfs in het geheel niet, aldus ook niet in de legitimatiefase). Er is, zoals in de inleiding van dit hoofdstuk is gezegd, geen reden om aan te nemen dat de redelijkheid en billijkheid deze

477 Deze feitenrechter heeft overigens gelijk dat inherent aan deze onderzoeksmethode is dat slechts geëxpliciteerde toepassingen van de redelijkheid en billijkheid konden worden meegenomen.

478 **HR 21 januari 2011**, ECLI:NL:HR:2011:BO5203, *NJ* 2011/176, m.nt. M.M. Mendel; *RAV* 2011/35, met wenk (*Achmea/ABN AMRO*).

materiële functies niet ook vervult in het personen- en familierecht. In de jurisprudentie op dat gebied verwijst de redelijkheid en billijkheid echter niet steeds naar een van deze functies – hetzelfde geldt waarschijnlijk ook voor de jurisprudentie op het gebied van het algemene vermogensrecht, maar is nooit onderzocht. De redelijkheid en billijkheid lijkt daarin ook te worden gebruikt als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel, als verwijzing naar de rechterlijke dispositie en als aanduiding dat er marginaal is getoetst. Deze andere rollen van de redelijkheid en billijkheid lijken, net als de materiële functies daarvan, te zien op de rol die de redelijkheid en billijkheid speelt voor concrete (vermogensrechtelijke) rechtsverhoudingen. In de volgende drie subparagrafen wordt toegelicht wat met deze andere rollen wordt bedoeld. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse, die zijn gelegen op het terrein van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht, lijkt de redelijkheid en billijkheid evenwel geen enkele keer te zijn gebruikt als aanduiding dat er marginaal is getoetst. Hoe vaak de andere rollen zijn waargenomen in de gecodeerde en geanalyseerde rechterlijke uitspraken, kunt u lezen in de volgende paragraaf.

Ter bevestiging of falsifiëring van het hiervoor genoemde gebruik van de redelijkheid en billijkheid is aan de geïnterviewde feitenrechters gevraagd of ze de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* in de door hen gewezen uitspraken ook in (een) andere betekenis(sen) dan een van de materiële functies gebruiken, en zo ja, in welke. Daarnaast is aan hen gevraagd of de redelijkheid en billijkheid in die gevallen steeds een juridische lading heeft. Een verslag van hun antwoorden is te vinden in subparagraaf 7.4.4.

7.4.1 Als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel

In de rechts(theoretische) literatuur wordt de redelijkheid en billijkheid regelmatig gebruikt als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel en gezien als tegenhanger van de rechtszekerheid (in de zin van duidelijkheid en voorspelbaarheid van de uitkomst van rechterlijke uitspraken voor burgers). Zie bijvoorbeeld het motto van dit onderzoek.[479] De redelijkheid en billijkheid wordt alsdan op een hoger niveau dan het microniveau van de individuele casus gebruikt, als rechtsbeginsel. De redelijkheid en billijkheid vormt in die gevallen, samen met de andere, algemeen erkende rechtsbeginselen, het fundament waarop het positieve recht berust.[480] Zoals in het inleidende hoofdstuk is

479 Zie ook **VAN MOURIK 2008**, p. 17. 'Vooral in notariële kringen wordt het belang van de rechtszekerheid van oudsher zwaar gewogen.'

480 **Zie RIJKEN 1994**, p. 4; **WOLTERS 2013**, p. 90 ('De redelijkheid en billijkheid is zelf ook een rechtsbeginsel. Dit rechtsbeginsel is breed toepasbaar. Art. 3:12 BW leidt tot de cirkelredenering dat de redelijkheid en billijkheid de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloed.'); en **ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014**, nr. 40.

vermeld, worden deze rechtsbeginselen gezien als niet-hiërarchisch; er kan niet in algemene zin worden gezegd dat het ene rechtsbeginsel hoger of lager is dan het andere. Pas in de concrete toepassing van rechtsnormen, waaronder de redelijkheid en billijkheid, kunnen deze rechtsbeginselen worden omlijnd en tegen elkaar afgewogen.

Een enkele keer lijkt de redelijkheid en billijkheid ook in een *concrete* casus te zijn gebruikt als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel, aldus op een *hoger* niveau. Als voorbeeld kan de rechtspraak inzake de bijzondere verknochtheid van een goed dienen (zie paragraaf 10.6). Daarin is kort gezegd bepaald dat er geen grond is om bij de verknochtheidsvragen telkens te betrekken of de redelijkheid en billijkheid in een andere richting wijst. De redelijkheid en billijkheid is namelijk reeds in de maatstaf van de bijzondere verknochtheid verdisconteerd door de invloed die wordt toegekend aan de maatschappelijke opvattingen. Hiermee lijkt te zijn gezegd dat bij de invulling van de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed (doorgaans) al rekening is gehouden met rechtvaardigheidsoverwegingen, zodat dit niet nogmaals hoeft te gebeuren.

7.4.2 Als verwijzing naar de rechterlijke dispositie

De redelijkheid en billijkheid lijkt soms niet te verwijzen naar het ongeschreven, objectieve recht, maar naar de rechterlijke dispositie.[481] De redelijkheid en billijkheid lijkt alsdan tot uitdrukking te brengen dat de rechter zijn beslissing *naar eer en geweten*, oftewel *naar goede justitie*, heeft genomen, met inachtneming van alle belangen. De redelijkheid en billijkheid lijkt in deze betekenis voor te komen in situaties waarin het belangrijker is *dat* er een beslissing wordt genomen, dan *welke* beslissing er wordt genomen (zie ook de bevindingen uit de interviews als weergegeven in paragraaf 3.6) en in (andere) situaties waarin het punt waarop het rechterlijk oordeel niet verder kan worden gerationaliseerd zich sneller aandient dan 'normaliter'. Een voorbeeld van het eerste type geval is de vaststelling van de (wijze van) verdeling. Artikel 3:185 lid 1 BW bepaalt daarover dat de rechter deze kan gelasten of zelf kan vaststellen, wanneer de deelgenoten, en zij van wie medewerking is vereist, over een verdeling niet tot overeenstemming kunnen komen. De rechter dient, ingevolge lid 1, bij zijn beslissing naar (redelijkheid en) billijkheid rekening te houden met de belangen van partijen en met het algemeen belang. De wetgever van het nieuw Burgerlijk Wetboek heeft met deze algemene maatstaf tot uitdrukking willen brengen dat de rechter die wordt geadieerd om de (wijze van) verdeling te gelasten of vast te stellen geen eenzijdigheid moet kunnen worden

481 Zie ook **SMITH 1998**, p. 179.

verweten (zie ook paragraaf 10.13).[482] Een voorbeeld van het tweede type geval is de waardebepaling van een goed of een onderneming. Het gaat hierbij om een zo goed mogelijke schatting van de waarde in het vrije economische verkeer (zie paragraaf 10.15).

7.4.3 Als aanduiding dat er marginaal is getoetst

De term *(kennelijke on)redelijkheid (en (on)billijkheid)* kan er daarnaast op duiden dat er *marginaal*[483] is getoetst. Dit wil zeggen dat de rechterlijke toetsing niet volledig is geweest, maar ook niet was uitgesloten.[484] Niet de doelmatigheid, het beleid, de politiek, maar enkel de *rechtmatigheid in ruime zin*, dat is de wetmatigheid en de behoorlijkheid, van de uitoefening van een bepaalde vrijheid is beoordeeld.[485] Bij deze vrijheid kan met name worden gedacht aan de beoordelings- en beleidsvrijheid van de uitvoerende macht,[486] maar bijvoorbeeld ook aan de autonomie van het gezin.[487] Een voor dit onderzoek relevant voorbeeld van de eerstgenoemde vrijheid is de speelruimte die de burgemeester heeft (althans lijkt te hebben) bij het opleggen van een tijdelijk huisverbod wat betreft de kwalificatie van de feiten en de belangenafweging.[488] Deze rol van de redelijkheid en billijkheid is te herkennen aan de formulering dat de handelende (niet) in redelijkheid (en billijkheid) tot zijn oordeel heeft kunnen komen. Het gaat er bij marginale toetsing aldus om dat de handelende een bepaalde vrijheid heeft, waartegenover de rechter zich in het algemeen terughoudend pleegt op te stellen (in verband met de leer van de machtenscheiding[489]). De mate van terughoudendheid die dient te worden

482 **PARL. GESCH. NBW BOEK 3**, MvA II, p. 584.

483 Deze term is door **VAN WIJK** (**1974**, p. 99) geïntroduceerd in zijn inaugurele rede tot buitengewoon hoogleraar in het administratieve recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

484 Zie **VAN DER GRINTEN 1969**, p. 109.

485 Zie **BORST, *WPNR* 1969/5024-27**, p. 27.

486 'Het kenmerkende verschil tussen beoordelings- en beleidsvrijheid is dat er bij beoordelingsvrijheid geen belangenafweging plaatsvindt, en bij beleidsvrijheid juist wel.' Noot van L.J.A. Damen onder **ABRvS 18 juni 2014**, ECLI:NL:RVS:2014:2204, *AB* 2014/382, onder 7.

487 Zie (voor nog meer voorbeelden) **BORST, *WPNR* 1962/4735-37**, p. 378, voetnoot 10. Zie ook **BORST, *WPNR* 1969/5024-27**, p. 51-52 en **VAN DER GRINTEN 1969**, p. 115-122.

488 Zie artikel 2 lid 1 Wet tijdelijk huisverbod. Zie ook de noot van L.J.A. Damen onder **ABRvS 18 juni 2014**, ECLI:NL:RVS:2014:2204, *AB* 2014/382.

489 Zie **SMITH 2007**, p. 51. '(…) de rechter gaat niet op de stoel van het bestuur zitten, maar controleert of de uitoefening van bestuursbevoegdheden op behoorlijke wijze plaatsvindt (checks and balances).'

betracht, is volgens BORST afhankelijk van de aard van het verband, de verrichte taak en de omstandigheden.[490]

7.4.4 Bevindingen uit de interviews

De feitenrechters is, zoals gezegd, gevraagd of ze de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* in de door hen gewezen uitspraken ook in (een) andere betekenis(sen) dan een van de materiële functies gebruiken, en zo ja, in welke. Daarnaast is aan hen gevraagd of de redelijkheid en billijkheid in die gevallen steeds een juridische lading heeft (zie bijlage 2, interviewvraag 1b). Drie van hen antwoordden (zo snel) geen voorbeeld te kunnen geven. De andere geïnterviewde feitenrechters kwamen na enige overdenking met een of meerdere voorbeelden. Deze voorbeelden hadden echter niet steeds betrekking op een door hen zelf gehanteerde betekenis; soms ging het om een gebruik van een van partijen, een andere keer om een gebruik van de redelijkheid en billijkheid door een andere rechter.

In de interviews werd het vaakst het gebruik van de redelijkheid en billijkheid genoemd in de betekenis die deze term zou hebben in het algemene spraakgebruik, te weten rechtvaardig. Volgens een van de geïnterviewde feitenrechters zijn het met name partijen die de term *redelijkheid en billijkheid* in deze betekenis gebruiken. Als rechter zou het niet verstandig zijn om dit te doen, omdat wat voor de een rechtvaardig is, voor de ander, althans in zijn belevingswereld, onrechtvaardig is. Een ander zei dat een 'toets' zoals die bij de materiële functies wordt aangelegd in zo'n geval niet wordt gemaakt. In dezelfde richting ligt volgens een van de geïnterviewde feitenrechters, het gebruik van de term *redelijkheid en billijkheid* als synoniem voor het woord *eerlijk*. Als situatie werd hierbij geschetst een geval waarin het wel zo redelijk en billijk (lees: eerlijk) is dat, als de ene ouder de kinderen haalt, de andere ze brengt. Deze feitenrechter vervolgde:

> 'Ex-echtgenoten en mensen die gaan scheiden, moeten zich ook redelijk en billijk jegens elkaar gedragen.'[491]

Daarnaast kwam in de interviews naar voren dat rechters zich van de afzonderlijke term (redelijkheid of) billijkheid bedienen om kenbaar te maken dat ze deskundig te werk zijn gegaan. Dit zou met name gebeuren bij verdelingszaken, waar artikel 3:185 lid 1 BW voorschrijft dat *naar (redelijkheid*

---

490 **BORST, *WPNR* 1969/5024-27**, p. 37. Zie ook **VAN DER GRINTEN 1969**, p. 114 ('(…) die grenzen worden bepaald door de aard van de taak en de omstandigheden waaronder deze moet worden volbracht')

491 Mede gelet op deze formulering, zou men dit gebruik ook kunnen scharen onder de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid.

en) billijkheid rekening moet worden gehouden met zowel de belangen van partijen als met het algemeen belang.

In sommige gevallen zou de redelijkheid en billijkheid evenwel een holle kreet zijn. Zo zou, ingeval de te verwachten of werkelijke waarde onbekend is, het transparanter zijn om eenvoudigweg te erkennen dat het gaat om een begroting casu quo een schatting, dan zich te verschuilen achter de redelijkheid en billijkheid. De geïnterviewde feitenrechters vermoedden dat het 'strooien' met deze term vooral gebeurt door familierechters zonder civilistische achtergrond. Zij zouden zich namelijk minder bewust zijn van het feit dat deze term een juridische lading heeft.

Naast de hiervoor omschreven betekenissen, die ook in het codeerschema, het waarnemingsinstrument bij de inhoudsanalyse, zijn opgenomen, wordt de redelijkheid en billijkheid volgens de geïnterviewde feitenrechters nog in de volgende betekenissen gebruikt:

1. om de aannemelijkheid van iets uit te drukken;
2. om te verklaren wat in redelijkheid (en billijkheid) van de wederpartij verwacht mag worden; en
3. om te laten zien wat een redelijke uitleg met zich brengt.

Ter toelichting is in de interviews het volgende opgemerkt. Het gebruik van de redelijkheid en billijkheid om te verklaren wat *in redelijkheid (en billijkheid)* van de wederpartij verwacht mag worden, ligt volgens de betrokken feitenrechter in het verlengde van de redelijkheid en billijkheid in haar eigenlijke betekenis, waarmee deze feitenrechter leek te doelen op de aanvullende functie. De term *redelijkheid (en billijkheid)* zou tot slot bij uitleg soms geen andere betekenis hebben dan ter aanduiding van wat er gewoonweg staat. Deze situatie zou zijn te herkennen aan de zinsnede dat een redelijke uitleg van deze bepaling meebrengt dat (…).

7.5 Bevindingen uit de inhoudsanalyse

In de inhoudsanalyse is gecodeerd en vervolgens geanalyseerd in welke materiële functie of andere rol de rechter de redelijkheid en billijkheid, bezien naar de formulering van de motivering, lijkt te hebben gebruikt.[492] Dit is gebeurd per geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding was.[493]

---

492 Aldus hebben de codeurs niet gekeken (in) welke materiële functie of andere rol ze zelf dachten dat de redelijkheid en billijkheid speelde (of was opgevoerd door partijen).

493 Bij vier van deze geschilpunten lijken twee functies van de redelijkheid en billijkheid in geschil te zijn geweest. Het ging hierbij drie van de vier keer om de aanvullende en de corrigerende functie en één keer om correctie en een verwijzing naar de rechterlijke dispositie.

De corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid lijkt in de onderzochte uitspraken, die alle waren gelegen op het terrein van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht, het vaakst in geschil te zijn geweest. Een beroep hierop is 34 keer toegewezen en 54 keer afgewezen. Daarna komt de functie die de redelijkheid en billijkheid vervult bij uitleg − waarbij het steeds ging om de uitleg van een rechtshandeling −, op de voet gevolgd door een verwijzing naar de rechterlijke dispositie. De aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid is slechts acht keer waargenomen. De redelijkheid en billijkheid lijkt echter nog minder, namelijk vier keer, te zijn gebruikt als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel. Hierbij ging het steeds om de invloed van de redelijkheid en billijkheid op de bijzondere verknochtheid van een goed. Zie tabel 7.2.

Materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid		**Waargenomen frequentie**		
Synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel		4		
Materiële functie: uitleg	*Wet*	34	*0*	
	Vaste rechtspraak		*0*	
	Gewoonte		*0*	
	Rechtshandeling		*34*	
	Redelijkheid en billijkheid		*0*	
Materiële functie: aanvulling		8		
Materiële functie: correctie	*Wet*	93	*37*	*Ja: 16*
				Nee: 20
				X: 1
	Vaste rechtspraak		*20*	*Ja: 7*
				Nee: 13
				X: 0
	Gewoonte		*0*	
	Rechtshandeling		*36*	*Ja: 11*
				Nee: 21
				X: 4
	Redelijkheid en billijkheid		*0*	
Verwijzing naar de rechterlijke dispositie		33		
Om aan te geven dat marginaal is getoetst		0		
Geen juridische betekenis		1		

Tabel 7.2: Waargenomen frequentie van de materiële functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid

Opvallend is dat het bij correctie bijna even vaak ging om een tussen partijen geldende wettelijke regel (37) als om een tussen partijen geldende regel op basis van een rechtshandeling (36). Nog opvallender is dat het aantal keer dat een beroep daarop is geslaagd, hoger ligt (16 versus 11). Dit is zo treffend, omdat werd verondersteld dat voor toekenning van een beroep op correctie van een wettelijke regel, in het verlengde van wat hierover doorgaans wordt gesteld ten aanzien van een *dwingende* wettelijke regel, minder ruimte bestaat dan bij de toepassing van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid normaliter het geval is (zie subparagraaf 7.3.1.3). Het zou aldus kunnen dat het terzijde schuiven van niet-contractuele regels de rechter (juist) gemakkelijker valt, zoals J.M. SMITS heeft bepleit (zie subparagraaf 7.3.2.1). De oorzaak hiervan zou echter ook kunnen zijn gelegen in de selectiecriteria van www.rechtspraak.nl, volgens welke 'standaardzaken' niet-publicatiewaardig zijn.

Aldus kan voorzichtig worden geconcludeerd dat de toepassingsvorm waarin de redelijkheid en billijkheid is gehanteerd door de rechter doorgaans uit de motivering van de (gepubliceerde) rechterlijke uitspraken over het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht is af te leiden.

7.6 Samenvattend

In dit hoofdstuk stonden de functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid centraal. We hebben allereerst gezien dat er in de rechtsliteratuur twee typen van functies worden onderscheiden: de methodische functies en de materiële functies. Het eerste type ziet hierbij op het methodische belang van de redelijkheid en billijkheid voor het systeem van het vermogensrecht, dan wel van het privaatrecht als geheel, terwijl het tweede type aangeeft hoe de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval werkt. De methodische functies bestaan uit de *receptie* van 'buiten-juridische' normen en waarden in het vermogensrecht, dan wel in het privaatrecht, de *transformatie* van 'collectieve' ideeën over normen en waarden in een nieuwe rechtsregel en de *delegatie* van een deel van de rechtsvormende bevoegdheid van de wetgever aan de rechter, waarbij de redelijkheid en billijkheid en haar kenbronnen (nog enkel) als wegwijzer fungeren in de richting van een zo rechtvaardig mogelijke oplossing. REURICH heeft deze functie-indeling echter ontoereikend geacht, omdat hierbij te sterk de nadruk zou worden gelegd op de staatsrechtelijke taak van de rechter, waardoor het door hem (alsook door andere rechtswetenschappelijke onderzoekers, waaronder met name BAKKER, zie voor het juridisch-dogmatische debat hierover paragraaf 3.6) veronderstelde gedragsnormerende vermogen van de redelijkheid en billijkheid zelf veronachtzaamd zou worden.

Naar de heersende opvatting in de rechtsliteratuur dienen als materiële functies van de redelijkheid en billijkheid *uitleg*, *aanvulling* en *correctie* (van de

rechtsgevolgen) van een overeenkomst te worden onderscheiden. De uitleg van een overeenkomst dient te geschieden conform de *Haviltex*-maatstaf. Dit wil zeggen dat de bedoelingen en verwachtingen van partijen – in geval van de (meer) geobjectiveerde *Haviltex*-maatstaf: uiteindelijk – doorslaggevend zijn. Tot de grondslag van deze maatstaf behoort volgens de Hoge Raad in het arrest *Pensioenfonds/Fox* (HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427) dat

> 'bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.'

Nadat is vastgesteld welke inhoud partijen aan de overeenkomst hebben willen geven en of partijen bepaalde kwesties ongeregeld hebben gelaten, wordt een overeenkomst, indien dit laatste het geval is, mede aangevuld door de redelijkheid en billijkheid. De verbintenissen, bevoegdheden en/of *Obliegenheiten* die uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeien, zouden van rechtswege ontstaan, aldus zonder tussenkomst van de rechter. Dit lijkt echter in te druisen tegen de opvatting dat de vraag in welke volgorde naar de aanvullende bronnen van objectief recht moet worden gegrepen het beste aan de rechter kan worden overgelaten. Indien de rechtsgevolgen van een overeenkomst ten slotte onrechtvaardig uitpakken, zou de redelijkheid en billijkheid nog corrigerend kunnen werken door een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet, of niet geheel, van toepassing te laten zijn. Dit zal, vanwege het toetsingscriterium van onaanvaardbaarheid, evenwel niet zo snel het geval zijn. De leerstukken *rechtsverwerking* en *onvoorziene omstandigheden* worden naar huidig recht gezien als preciseringen van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid. Deze oorsprong heeft volgens A-G HUYDECOPER wat betreft rechtsverwerking tot gevolg dat hetzelfde, strikte toetsingscriterium moet worden aangelegd als voor de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid zelf. Bij *onvoorziene omstandigheden* is de rechterlijke uitspraak, anders dan bij de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, constitutief van aard. Ook geldt er een ander toetsingscriterium: de wederpartij mag naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet verwachten.

Over het nut van het onderscheiden van de materiële functies werd door de geïnterviewde feitenrechts verschillend gedacht. Volgens de ene helft getuigde de interviewvraag hierover van een te theoretische blik op de praktijk. De redelijkheid en billijkheid zou gewoonweg worden toegepast, zonder dat specifiek zou worden gekeken in welke materiële functie dit gebeurt. De andere helft vond het onderscheiden van de materiële functies wel, zelfs uitermate nuttig, aangezien de toetsingscriteria van deze functies, en daarmee de

rechtsgevolgen, verschillend (kunnen) zijn. Daarnaast zou het denken in functies kunnen helpen om het voorliggende geschil scherp te krijgen. Ook in de rechtsliteratuur is het nut van de indeling naar materiële functies niet onvolprezen. Volgens J.M. SMITS zien deze functies (enkel) op de werking van de redelijkheid en billijkheid als instrument voor de rechter. In zijn proefschrift heeft hij, zoals hij zelf heeft aangegeven, een meer omvattende, nadere indeling van het gehele instituut van de redelijkheid en billijkheid aan de hand van functies beproefd. Hij heeft hierbij onderscheid gemaakt tussen de externe en interne werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze functie-indeling zou er onder andere toe leiden dat over de redelijkheid en billijkheid meer te zeggen zou vallen dan dat zij afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval; er kan echter worden betwijfeld of dit het standaardbeeld was en is. VAN DUNNÉ had en heeft met name kritiek op de methode van uitleg. Deze zou niet het vaststellen van de historisch-psychologische wil van de overeenkomst sluitende personen zijn, maar het vaststellen van de rechtsgevolgen die de overeenkomst sluitende personen toegerekend worden. In tegensteling tot de normatieve methode van uitleg die VAN DUNNÉ heeft bepleit, lijkt de functie-indeling van J.M. SMITS weinig aandacht en bijval te hebben gekregen in de rechtsliteratuur. Dit zou kunnen komen doordat deze functie-indeling lastig te doorgronden is. Daarnaast zijn verschillende rechtswetenschappelijke onderzoekers tot dezelfde inzichten gekomen zonder deze functie-indeling. Hoewel de normatieve methode van uitleg relatief veel aandacht heeft gekregen en, naar algemeen wordt aangenomen, in de praktijk (veelal) tot dezelfde uitkomsten zal leiden als wanneer uitleg en correctie van elkaar worden onderscheiden, lijkt de Hoge Raad in het arrest *Achmea/ABN AMRO* (HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5203) te hebben bevestigd dat de rechter, vanwege de controleerbaarheid, onderscheid dient te maken tussen beide functies. Andere argumenten tegen de normatieve methode van uitleg, die in de rechtsliteratuur naar voren zijn gebracht, zijn dat daarbij de autonomie van de overeenkomst sluitende personen wordt miskend, dat de rechtsgevolgen die uit de overeenkomst op zichzelf voortvloeien dikwijls in een later stadium worden gewijzigd door de aanvullende en/of corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, dat de toetsingsmogelijkheden in cassatie minder groot zijn, dat de terminologie onzuiver is en ten slotte dat de plaatsing van de normatieve methode van uitleg tegenover de historisch-psychologische methode van uitleg door VAN DUNNÉ het verschil tussen beide niet goed heeft doen uitkomen.

In de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht verwijst de redelijkheid en billijkheid echter niet steeds naar een van de materiële functies van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid lijkt daarin (in concrete casus) een enkele keer ook te worden

gebruikt als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel, aldus op het hogere niveau van de rechtsbeginselen. Daarnaast lijkt de redelijkheid en billijkheid soms niet te verwijzen naar het ongeschreven objectieve recht, maar naar de rechterlijke dispositie. De redelijkheid en billijkheid lijkt alsdan tot uitdrukking te brengen dat de rechter zijn beslissing *naar eer en geweten,* oftewel *naar goede justitie*, heeft genomen, met inachtneming van alle belangen. Indien de handelende, veelal de uitvoerende macht, een bepaalde vrijheid heeft, wordt enkel de rechtmatigheid in ruime zin getoetst. Ook dit wordt weergegeven met de term *(kennelijke on)redelijkheid (en (on)billijkheid)*. De betekenis van de redelijkheid en billijkheid in de zin van *rechtvaardigheid* en *rechterlijke dispositie* zijn ook genoemd door de geïnterviewde feitenrechters als reactie op de vraag of ze de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* in de door hen gewezen uitspraken ook in (een) andere betekenis(sen) dan een van de materiële functies gebruiken, en zo ja, in welke. De redelijkheid en billijkheid als verwijzing naar de rechterlijke dispositie werd door enkele geïnterviewde feitenrechters in gevallen waarin het gaat om een begroting casu quo een schatting evenwel gezien als een holle kreet. De redelijkheid en billijkheid wordt volgens de geïnterviewde feitenrechters, naast deze betekenissen, nog gebruikt: 1. om de aannemelijkheid van iets uit te drukken; 2. om te verklaren wat in redelijkheid (en billijkheid) van de wederpartij verwacht mag worden; en 3. om te laten zien wat een redelijke (en billijke) uitleg met zich brengt.

In de uitspraken over het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht uit de inhoudsanalyse lijkt de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid het vaakst in geschil te zijn geweest. Daarna komt de functie die de redelijkheid en billijkheid vervult bij uitleg, op de voet gevolgd door een verwijzing naar de rechterlijke dispositie, dan de aanvullende functie en tot slot de redelijkheid en billijkheid als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel. Opvallend is dat het bij correctie bijna even vaak ging om een tussen partijen geldende wettelijke regel als om een tussen partijen geldende regel die gold krachtens een rechtshandeling. Nog opvallender is dat het aantal keer dat een beroep daarop is geslaagd, hoger ligt.

7.7 Enkele deelconclusies

De methodische functies van de redelijkheid en billijkheid − of eigenlijk van alle open normen en begripsomschrijvingen − houden nauw verband met de voordelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm als weergegeven in paragraaf 5.1 en handelen over de vraag waarom we redelijkheids- en billijkheidsbepalingen in de wet hebben. Het antwoord op deze vraag lijkt, zoals we ook daar hebben gezien, dat de redelijkheid en billijkheid ervoor zorgt dat het recht niet te ver verwijderd raakt van de maatschappelijke

realiteit, ruimte creëert voor (zelfstandige) rechtsontwikkeling door de rechter en het optreden van de rechter als 'wetgever-plaatsvervanger' rechtvaardigt.

De materiële functies van de redelijkheid en billijkheid laten zien welke plaats de redelijkheid en billijkheid heeft (gehad) binnen het proces van (rechterlijke) oordeelsvorming over het vaststellen van de rechtsgevolgen van een overeenkomst. Deze functies bevinden zich aldus, anders dan de methodische functies, die zich meer op macroniveau begeven, op het microniveau van de individuele casus. Het onderscheiden van deze functies maakt het denkproces zichtbaar en daarmee controleerbaar. Er kan daardoor worden getoetst of het juiste toetsingscriterium is aangelegd, zoals ook de Hoge Raad heeft geoordeeld. Tevens wordt verondersteld dat dit de aanvaardbaarheid van de rechterlijke beslissing ten goede komt. Het besef dat de vraag of de aanvullende dan wel de corrigerende functie van redelijkheid en billijkheid in het geding is, kan neerkomen op een kwestie van woorden en dat er verschil kan bestaan tussen wat men nog als uitleg ziet, doet hier niet aan af. Daar komt bij dat achter de duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten die uit de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid zijn af te leiden voor typische groepen van gevallen een 'behoren' zal zijn gelegen wat betreft de in het geding zijnde functie en de aan te leggen toetsingsmaatstaf. Of de functie die uit de motivering van de rechterlijke beslissing blijkt daadwerkelijk het denkproces van de rechter verwoordt weten we niet (zeker). Wel kan op basis van dit onderzoek voorzichtig worden geconcludeerd dat de toepassingsvorm waarin de redelijkheid en billijkheid is gehanteerd door de rechter doorgaans uit de motivering van de (gepubliceerde) rechterlijke uitspraken over het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht is af te leiden.

Bij beide functie-indelingen ligt aan de ene kant, zoals door een enkeling is bekritiseerd, de nadruk op de (staatsrechtelijke) ta(a)k(en) van de rechter. Aan de andere kant hebben we gezien dat de rechtsgevolgen van de materiële functies van de redelijkheid en billijkheid, op de wijziging of ontbinding (van de rechtsgevolgen) van de overeenkomst wegens onvoorziene omstandigheden na, van rechtswege worden geacht te werken, aldus zonder tussenkomst van de rechter. Uitspraken als dat de vraag in welke volgorde naar de aanvullende bronnen van objectief recht moet worden gegrepen het beste aan de rechter kan worden overgelaten, lijken zich hier niet goed tot te verhouden. Het is immers niet goed denkbaar hoe de rechter aan de ene kant in het concrete geval zelf de volgorde moet bepalen, maar aan de andere kant moet constateren wat altijd al tussen partijen heeft gegolden (al is dit laatste uiteraard, net als dat iedere burger wordt geacht de wet te kennen, een fictie).

Zoals gezegd, lijkt de redelijkheid en billijkheid in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht niet steeds te verwijzen naar een van de materiële functies van de redelijkheid en billijkheid. In de uitspraken uit

de inhoudsanalyse op het gebied van het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht schijnt de redelijkheid en billijkheid slechts een enkele keer te zijn gebruikt als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel. Dit komt overeen met wat vooraf werd vermoed. Het gebruik van de redelijkheid en billijkheid in deze zin is meer iets voor de rechts(theoretische) literatuur. Daarnaast lijkt de redelijkheid en billijkheid in die uitspraken relatief vaak tot uitdrukking te brengen dat de rechter zijn beslissing naar *eer en geweten* heeft genomen. Dit is ook het geval in situaties waarin enkele geïnterviewde feitenrechters de redelijkheid en billijkheid een holle kreet noemden, te weten daar waar het ging om een begroting casu quo een schatting van de waarde van een goed of een onderneming. De redelijkheid en billijkheid is in de uitspraken uit de inhoudsanalyse geen enkele keer gebruikt als aanduiding voor een marginale toetsing. De reden hiervoor is hoogstwaarschijnlijk dat het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht geen publiekrechtelijke elementen kent. Zoals we in hoofdstuk 9 zullen zien, wordt de redelijkheid en billijkheid in de jurisprudentie op andere gebieden van het personen- en familierecht, bijvoorbeeld op het gebied van huis- en contactverboden, weleens in deze zin gebruikt.

Ten aanzien van de overige door de geïnterviewde feitenrechters ingebrachte betekenissen van de redelijkheid en billijkheid kan het volgende worden geconcludeerd. Het gebruik van de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* om de aannemelijkheid van iets uit te drukken, lijkt geen toegevoegde waarde te hebben. Het gebruik van de redelijkheid en billijkheid om te verklaren wat in redelijkheid (en billijkheid) van de wederpartij verwacht mag worden, lijkt op de toetsingsmaatstaf die bij het leerstuk *onvoorziene omstandigheden* moet worden gehanteerd. Dat uitleg in bepaalde gevallen niet leidt tot een andere uitkomst dan de taalkundige uitleg van de bepalingen van een overeenkomst, lijkt niet weg te nemen dat de feiten en omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, aan deze uitleg ten grondslag hebben gelegen. De term *redelijkheid (en billijkheid)* verwijst in zo'n geval aldus gewoon naar de functie van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg en lijkt dan ook niet te misstaan.

8 Legitimatiefase van de rechterlijke oordeelvorming

In hoofdstuk 6 stond de heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming omtrent de redelijkheid en billijkheid centraal en in hoofdstuk 7 onder andere de plaats die de redelijkheid en billijkheid heeft binnen het proces van oordeelsvorming over het vaststellen van de rechtsgevolgen van een overeenkomst. De daaropvolgende fase, waarin het rechterlijk oordeel rationeel wordt onderbouwd, vormt het onderwerp van bespreking in dit hoofdstuk. Er wordt bezien welke vereisten de wet stelt aan de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is en welke aanvullende eisen, gelet op de functies van de motivering van rechterlijke uitspraken, daaraan kunnen worden gesteld, dan wel welke invulling aan het controleerbaarheids- en aanvaardbaarheidsvereiste kan worden gegeven als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 4 juni 1993. Daarnaast wordt laten zien welke typen onderbouwingen de rechters op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht hebben gebruikt in hun desbetreffende overwegingen. Dit is van belang omdat aan deze onderscheiden typen verschillend gewicht lijkt toe te komen en er aldus een normatief oordeel kan worden geveld over hoe de rechters op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht hun uitspraken hebben onderbouwd.

In paragraaf 8.1 wordt beschreven welke vereisten de wet stelt aan de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is en wordt de visie van de geïnterviewde feitenrechters daarop weergegeven. Kort samengevat komt deze erop neer dat voor de aanvaardbaarheid van de beslissing meer nodig is dan dat de motivering 'cassatieproof' is. In paragraaf 8.2 wordt bestudeerd welke functies de motivering van rechterlijke uitspraken heeft, oftewel voor wie deze motivering is bedoeld. In deze paragraaf wordt tevens getoond wie volgens de geïnterviewde feitenrechters de (in)direct geadresseerden daarvan zijn. Vervolgens wordt in paragraaf 8.3 vermeldt welke (typen) onderbouwingen in de inhoudsanalyse zijn onderscheiden en welke (typen) onderbouwingen naar het oordeel van de geïnterviewde feitenrechters in de motivering van het 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel' voor zouden moeten komen. Daaropvolgend wordt in paragraaf 8.4 weergegeven hoe vaak de (typen) onderbouwingen daadwerkelijk zijn waargenomen in de gecodeerde en geanalyseerde uitspraken. In paragraaf 8.5 worden de belangrijkste bevindingen van dit hoofdstuk nog eens kort op een rij gezet, waaruit in paragraaf 8.6 enkele deelconclusies worden getrokken.

8.1 Wettelijke motiveringsplicht

Het belang van de motivering van rechterlijke uitspraken blijkt uit meerdere wetten. Zowel artikel 121 Gw, als artikel 5 lid 1 Wet RO, alsook artikel 30 Rv[494] vereist dat vonnissen (arresten en beschikkingen) in beginsel de gronden inhouden waarop zij rusten.[495] De wetgever heeft echter niet nader geregeld aan welke vereisten de motivering moet voldoen. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 4 juni 1993 enige sturing gegeven:

> '(…) elke rechterlijke beslissing [moet] tenminste zodanig worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden − in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen − controleerbaar en aanvaardbaar te maken. (…); hoever zij gaat, hangt af van de omstandigheden van het geval.'[496]

Onder het algemene vereiste dat de rechter voldoende inzicht dient te bieden in de gedachtegang die hem tot zijn beslissing heeft geleid, mag volgens NIEUWENHUIS niet worden begrepen het beschrijven van hoe de rechter tot zijn oordeel is gekomen (*de heuristiek*)[497] – dit zou om praktische en juridisch-technische redenen ook ondenkbaar zijn.[498] Het zou er om gaan wat de rechter heeft aangevoerd om zijn beslissing te rechtvaardigen.[499] VRANKEN heeft zich in zijn proefschrift in soortgelijke zin uitgesproken, zij het dat de rechter zijns inziens inzicht moet verlenen in de mate van zorgvuldigheid waarmee het denkproces heeft plaatsgevonden en in het waarom van de genomen beslissing.[500]

---

494 Zie ook artikel 230 lid 1, onder e jo. 287 lid 1 Rv. Een vonnis casu quo een beschikking dient de gronden van de beslissing te vermelden, waaronder begrepen de *feiten* waarop de beslissing rust.

495 Ook uit artikel 6 EVRM is een algemene motiveringsplicht af te leiden. 'Vergelijkt men de Nederlandse rechtspraak met de Straatsburgse, dan blijkt dat deze verder is uitgekristalliseerd.' **P. SMITS 2008**, p. 148. Zie ook **VAN WIJK 1999**, p. 97; **DE GROOT 2014**, p. 127; en **DE GROOT-VAN LEEUWEN, LAEMERS & SPORTEL 2015**, p. 14.

496 **HR 4 juni 1993**, r.o. 3.4 (waarin de motiveringsplicht is bestempeld als een van de grondbeginselen van een goede procesorde), *IER* 1993/35, m.nt. S. de Wit; *NJ* 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade.

497 **NIEUWENHUIS, *RM Themis* 1976**, p. 498 en p. 515.

498 Aldus **PONTIER 1998**, p. 18.

499 'Met de deductieve redenering expliciteren we de gronden van de beslissing, zonder dat we hieruit kunnen afleiden hoe we tot de premissen en de conclusie zijn gekomen.' **SMITH 1998**, p. 203.

500 **VRANKEN 1978**, p. 320.

Hoever deze motiveringsplicht gaat, hangt, zoals het hiervoor weergegeven citaat aangeeft, volgens de Hoge Raad af van de feiten en omstandigheden van het geval. Volgens VAN WIJK moeten hieronder de volgende factoren worden begrepen:

> 'wat de partijen hebben aangevoerd, de aard van de procedure, de duidelijkheid van geldend recht, de betekenis van de te nemen beslissingen en de gevolgen voor de betrokkenen'.[501]

Ondanks deze afhankelijkheid van de feiten en omstandigheden van het geval, heeft de Hoge Raad reeds in een tweetal arresten drie categorieën van motiveringsgebreken onderscheiden, te weten:

1. kennelijke vergissingen;
2. klaarblijkelijk over het hoofd hebben gezien van essentiële stellingen van partijen; en
3. geen inzicht hebben verschaft.[502]

Voor de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is, geldt meer specifiek dat de rechter, zoals reeds is aangegeven in paragraaf 6.1, rekenschap dient te geven van de eventuele rechtsbeginselen die hij op het oog heeft gehad − alsook van de in Nederland levende rechtsovertuigingen − en van de belangen die hij heeft laten meewegen. Hij zal volgens de parlementaire geschiedenis bij de motivering van zijn uitspraak dan ook vaak niet kunnen volstaan met een opsomming van de feiten en omstandigheden die voor hem beslissend zijn geweest voor zijn oordeel omtrent wat de redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval eist.[503] DEN TONKELAAR, de bewerker van het commentaar bij artikel 3:12 BW in het *losbladige Vermogensrecht*, heeft, naar eigen zeggen, in elke uitspraak waarbij de redelijkheid en billijkheid een rol heeft gespeeld naar dit onderdeel van de motivering gezocht, maar het zelden gevonden.[504] In die uitspraken mist zijns inziens aldus de explicatie waarom de redelijkheid en billijkheid tot de gekozen oplossing leidt. Deze tussenstap zou slechts kunnen worden overgeslagen in geval van 'processuele omstandigheden'.[505] Hoe dit ook zij, de rechter behoeft volgens de parlementaire geschiedenis niet te motiveren

---

501 **VAN WIJK 1999**, p. 99.

502 Zie **HR 31 januari 1975**, *NJ* 1975/327 en **HR 1 juli 1977**, *NJ* 1978/73, m.nt. G.J. Scholten. Zie ook **ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015**, nr. 186.

503 **PARL. GESCH. NBW BOEK 3 (Inv. 3, 5 en 6)**, MvT Inv., p. 1036.

504 **DEN TONKELAAR, *TCR* 1998**, p. 1. Zie ook **SMITS, *RM Themis* 2006**, p. 136.

505 'Dat zijn feiten en omstandigheden die zich in het desbetreffende proces hebben voorgedaan en voordoen.' **DEN TONKELAAR, *TCR* 1998**, p. 2. Zie ook p. 3.

waarom hij een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde (duidelijke sub)regel (vuistregel of gezichtspunt, inhoudelijk,) als (redelijk en) billijk beschouwd.[506] Niet de (redelijkheid en) billijkheid, maar de toepassing van de regel moet worden gemotiveerd.

Bevindingen uit de interviews

Het is niet alleen van belang hoe door de Hoge Raad en in de rechtsliteratuur wordt gedacht over (de invulling van) de motiveringsplicht, maar ook is van belang hoe de feitenrechters dit zelf zien. Daarom is in de interviews aan hen de vraag voorgelegd aan welke eisen de motivering van een beslissing waarbij de eisen casu quo maatstaven van redelijkheid en billijkheid een rol hebben gespeeld naar hun mening dient te voldoen. Daarbij is eveneens gevraagd of het hierbij volgens hen uitmaakt of het verzoek/beroep wordt toe- of afgewezen (zie bijlage 2, interviewvraag 5a). De antwoorden van de geïnterviewde feitenrechters duiden er over het algemeen op dat, gelet op de aanvaardbaarheid van de beslissing voor met name partijen, een uitgebreidere motivering is vereist dan op grond van de wet. De verliezende partij zou het niet met de rechter eens hoeven te zijn, maar zij zou de beslissing wel moeten (kunnen) begrijpen.

Drie van de geïnterviewde feitenrechters antwoordden dat in ieder geval de feiten en omstandigheden van het geval moeten worden benoemd. Daarnaast zou moeten worden aangegeven welk(e) feit(en) en/of omstandighe(i)d(en) de doorslag heeft/hebben gegeven. Een andere geïnterviewde feitenrechter voegde hieraan toe dat ook de belangen van de partijen bij toe- of afwijzing uiteengezet moeten worden. Of dit ook heeft te gelden voor de achterliggende belangen, zou afhankelijk zijn van het geval, maar dit is verder niet uitgediept in het interview.

Als het beroep op de redelijkheid en billijkheid is onderbouwd, zou het volgens de meeste geïnterviewde feitenrechters, vanwege de gelijkwaardigheid van partijen, voor de omvang van de motivering niet uit moeten maken of het beroep wordt toe- dan wel afgewezen. In beide gevallen zou immers een van de partijen teleurgesteld worden.

> ‘Partijen moeten [daarnaast] iets van hun argumenten terugzien.’

Als het beroep op de redelijkheid en billijkheid daarentegen niet of nauwelijks is onderbouwd, zou de motivering kort mogen zijn.

Het zou overigens zo kunnen zijn dat elementair(e) feit(en) en/of omstandighe(i)d(en) voor de onderbouwing van het beroep op de redelijkheid en billijkheid niet bewezen is/zijn of kan/kunnen worden. De motivering zou ook dan beknopt mogen zijn. Er zou immers niet aan de ‘toets’ worden toegekomen.

506 **PARL. GESCH. NBW BOEK 3 (Inv. 3, 5 en 6)**, TM, p. 1033.

Volgens een aantal geïnterviewde feitenrechters geldt hetzelfde ingeval het oordeel rechtstreeks is gegrond op de wet en/of ingeval het evident is dat het niet onaanvaardbaar is. In deze gevallen zou kunnen worden volstaan met de opmerking dat er onvoldoende argumenten voor toewijzing van het beroep zijn aangevoerd en dat ook het gerecht zelf geen reden ziet om ambtshalve van de (wettelijke (hoofd))regel af te wijken. Volgens anderen is dit 'gewoon een kluitje-in-het-rietredenering', die de rechtsvorming niet verder zou brengen. Burgers zouden hierdoor immers niet weten welk(e) bijkomstig(e) feit(en) en/of omstandighe(i)d(en) nodig is/zijn voor het slagen van een beroep op de redelijkheid en billijkheid.

Een van de geïnterviewde feitenrechters verdedigde dat de omvang van de motivering, naast de onderbouwing van het beroep, afhangt van de mate waarin het de hoofdzaak van het geding betreft. Bij zijpaden zou het acceptabeler zijn als de motivering achterwege wordt gelaten. Deze visie werd ook aangehangen door andere geïnterviewde feitenrechters. Noemenswaardig is dat eerstgenoemde feitenrechter tevens vond dat de redelijkheid en billijkheid slechts dan nader ingekleed hoeft te worden in de motivering van een rechterlijke uitspraak als de gerechtssecretaris dit begrip expliciet in de conceptuitspraak heeft opgenomen. Deze feitenrechter verklaarde dit nader door erop te wijzen dat, wanneer dit niet het geval is, hoewel de redelijkheid en billijkheid in het raadkameroverleg is genoemd, het oordeel klaarblijkelijk ook kan worden gedragen zonder een beroep op de redelijkheid en billijkheid te doen. Rechters zouden bovendien, gelet op de hoeveelheid zaken die ze wijzen, soms bij het concipiëren van de uitspraak alweer zijn vergeten dat de redelijkheid en billijkheid bij de rechtsvinding een rol heeft gespeeld.

Voorts werd opgemerkt dat de motivering van de Hoge Raad inzake de redelijkheid en billijkheid vaak kort is, terwijl de conclusie vrij lang is. Dit zou inherent zijn aan het gegeven dat de Hoge Raad zich niet mag inlaten met feitelijke vragen. Om deze reden zou de feitenrechtspraak voor een onderzoek naar de redelijkheid en billijkheid interessanter zijn dan de cassatierechtspraak.

8.2 (In)direct geadresseerden van de motivering van rechterlijke uitspraken

In deze paragraaf staat de vraag centraal wiens belangen zijn gemoeid bij een deugdelijke motivering. In het onderzoek van LANGBROEK E.A. komen deze 'publieken' – die bestaan uit overlappende categorieën van mensen[507] – tot uitdrukking in de functies van de motivering van rechterlijke uitspraken.[508] De

507 **LANGBROEK E.A. 2014**, p. 5.
508 **LANGBROEK E.A. 2014**, p. 5-8.

volgende functies zijn daarin, zoals elders in de literatuur vaak gebeurt,[509] onderscheiden: de controlefunctie, de explicatiefunctie en de inscherpingsfunctie.

Het motiveren van rechterlijke uitspraken zou om te beginnen tot functie hebben het oordeel te legitimeren. De motivering zou de geadresseerden daarvan in staat stellen om zich een oordeel te vormen over de inhoudelijke juistheid van de rechterlijke uitspraak. Deze *externe* controlemogelijkheid is in het hiervoor genoemde onderzoek van LANGBROEK E.A. van belang geacht voor (bijna) *iedereen*: de advocaten van de procespartijen; rechters van hogerberoepsinstanties; rechtswetenschappelijke onderzoekers; politici; en de media/het algemeen publiek.[510] Zo zou de motivering het voor de advocaten van de procespartijen mogelijk maken om in te schatten of het al dan niet zinvol is om hoger beroep aan te tekenen, dan wel cassatie in te stellen. Wat betreft politici − regering en parlement − is gerefereerd aan het systeem van *checks and balances* zoals we dat in Nederland kennen, waarin politici de rechter controleren en, waar mogelijk (zie artikel 120 Gw), andersom (zie ook subparagraaf 5.2.2).[511] Om deze *check* mogelijk te maken, is het volgens DE GROOT-VAN LEEUWEN & DEN TONKELAAR van belang dat de rechter duidelijk maakt of hij zich heeft gebaseerd op precedenten, rechtsregels of rechtsbeginselen, alsook of hij vanuit deze bronnen relatief heteronome of autonome rechtsvindingsmethoden heeft toegepast.[512] Overigens lijkt, gelet op het grote publiek dat met deze functie wordt gediend, de toegankelijkheid van de rechterlijke uitspraken een belangrijk aandachtspunt.

Daarnaast zou het motiveren van rechterlijke uitspraken tot functie hebben uit te leggen op welke gronden het oordeel steunt. De motivering zou

509 Zie **KNIGGE 1980**, p. 66 ('Men kan in deze functies een ruwe tweedeling aanbrengen. De eerstgenoemde functies zou men samenvattend de *explicatiefunctie* van de motivering kunnen noemen: het geven van inzicht in de genomen beslissing aan de verdachte en anderen. De laatste functie zou men de *controlefunctie* kunnen noemen: het controleerbaar maken van de beslissing, m.n. in cassatie.') en **CORSTENS, *NJB* 2005, afl. 33**, p. 1733 (die daar de inscherpingsfunctie aan toe heeft gevoegd). Zie ook ***Kamerstukken II* 2003/04, 29255**, 3, p. 1 (MvT) ('Met een goede motivering van strafvonnissen zijn verschillende belangen gediend. In de eerste plaats worden de beslissingen die in het strafvonnis genomen worden en de afwegingen die daarbij een rol hebben gespeeld, door de motivering inzichtelijk gemaakt voor de verdachte, het openbaar ministerie, eventuele slachtoffers en de samenleving. In de tweede plaats worden de overwegingen van de strafrechter die het vonnis heeft gewezen door de motivering kenbaar voor de rechter die zich, als een rechtsmiddel wordt ingesteld, vervolgens over de zaak buigt. In de derde plaats bevordert een verplichting tot motivering de zorgvuldigheid van de genomen beslissing.').

510 **LANGBROEK E.A. 2014**, p. 8.

511 **LANGBROEK E.A. 2014**, p. 5.

512 **DE GROOT-VAN LEEUWEN & DEN TONKELAAR 2012**, p. 6-7.

aan de geadresseerden daarvan begrijpelijk behoren te maken waarom de rechter heeft beslist, zoals hij heeft gedaan. Welke argumenten hebben al dan niet een rol gespeeld en waarom? De direct geadresseerden van deze explicatie zouden de procespartijen zijn.[513] Men zegt, zoals AHSMANN heeft aangegeven[514] en in de vorige paragraaf is bevestigd, wel eens dat het vonnis geschreven wordt voor de verliezer. Naast uitleg, zal de motivering volgens LANGBROEK E.A. de procespartijen idealiter ook overtuigen van de juistheid van de beslissing, althans de aanvaardbaarheid daarvan.[515] Al is over de overtuigingskracht van betere en uitgebreidere motiveringen nog weinig empirisch onderzoek gedaan.[516] Deze explicatie zou echter ook bedoeld zijn voor de advocaten van de procespartijen, rechters, rechtswetenschappelijke onderzoekers en de media/het algemeen publiek. Aan hen zou moeten worden uitgelegd hoe het oordeel past in het rechtssysteem.

Tot slot zou het motiveren van rechterlijke uitspraken tot functie hebben de rechter ervan te doordringen zijn beweegredenen goed te overdenken. De motivering zou de rechter er aldus reeds in de heuristische fase toe dwingen om na te denken over de redenering die hij in het kader van de legitimatie van zijn oordeel daaraan ten grondslag zal leggen. Deze functie richt zich volgens LANGBROEK E.A. dan ook tot de uitspraak doende rechter zelf.[517] Hij mag, zoals we in paragraaf 6.1 hebben gezien, niet afgaan op zijn eigen subjectieve redelijkheids- en billijkheidsgevoel, maar moet zijn beslissing (expliciet) beredeneren.

Bevindingen uit de interviews

In de interviews is aan de feitenrechters gevraagd tot wie ze zich in de motivering richten (zie bijlage 2, interviewvraag 5b). De geïnterviewde feitenrechters gaven gelijkgestemd aan zich in de eerste plaats te richten tot de procespartijen, en dan met name tot de in het ongelijk gestelde partij. Een van de geïnterviewde feitenrechters wierp in dit kader op dan ook niet royaal te zijn met overwegingen ten overvloede. Indien het verhaal (meer) technisch van aard is – wat volgens een van de geïnterviewde feitenrechters zo is in geval van alimentatiezaken –, zouden ze zich echter richten tot de advocaten van de procespartijen. Van hen wordt vervolgens verwacht dat ze de uitspraak aan hun

513 **LANGBROEK E.A. 2014**, p. 6.
514 **AHSMANN 2011**, p. 30.
515 **LANGBROEK E.A. 2014**, p. 7. Zie ook **DEN TONKELAAR & DE GROOT-VAN LEEUWEN 2012**, p. 321 en **DE GROOT-VAN LEEUWEN, LAEMERS & SPORTEL 2015**, p. 15.
516 Zie **AHSMANN 2011**, p. 30. Zie ook **DE GROOT-VAN LEEUWEN, LAEMERS & SPORTEL 2015**, p. 15-17.
517 **LANGBROEK E.A. 2014**, p. 6.

cliënten uitleggen.[518] Een van de geïnterviewde feitenrechters vermeldde nog dat er bij de rechtspraak de laatste jaren evenwel veel meer aandacht is voor begrijpelijk(er) taalgebruik dan voorheen. Hierbij wees deze feitenrechter op het Project Motiveringsverbeteringen in Strafvonnissen (PROMIS).[519]

Tot explicatie ten behoeve van derden zouden de geïnterviewde feitenrechters slechts overgaan, indien ze verwachten dat hun uitspraak (gewenste) precedentwerking zal hebben. Bovendien tekenden ze aan dat ze hun oordeel met iets meer zorg formuleren, wanneer de impact van de gebeurtenis en/of de maatschappelijke onrust groter is.

8.3 Verschillende typen onderbouwingen

Zoals VRANKEN in zijn proefschrift heeft verdedigd, kan worden gesteld dat de legitimatie van het rechterlijk oordeel pas begint met de redelijkheid en billijkheid.[520] Nu haar inhoud van tijd tot tijd en van plaats tot plaats kan variëren, is het voor de legitimatie van het rechterlijk oordeel van belang dat aanvullende onderbouwingen worden aangevoerd. Een belangrijke poot waar dit onderzoek op berust, is de inhoudsanalyse, waarin − naast de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid − de onderbouwingen van de 'redelijkheids- en billijkheidsoordelen' in de uitspraken op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht zijn gecodeerd en geanalyseerd. Deze onderbouwingen zijn daarin onderscheiden in verschillende typen. De onder deze typen vallende onderbouwingen zijn voorafgaande aan (en tijdens) de inhoudsanalyse gedefinieerd. Als vertrekpunt hierbij zijn de bevindingen van de juridisch-dogmatische methode genomen.[521] Het doel van deze indeling in typen is inzichtelijk te maken wat de rechters op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht hebben aangevoerd om hun 'redelijkheids- en billijkheidsoordelen' te rechtvaardigen en om uiteindelijk een normatief oordeel te kunnen geven over de omvang van de motivering van de in de inhoudsanalyse meegenomen rechterlijke uitspraken.

In de inhoudsanalyse zijn de volgende typen onderbouwingen onderscheiden:

1. bronnen;
2. context;

---

518 In dezelfde zin: **LANGBROEK E.A. 2014**, p. 7.

519 Zie ook **DE GROOT-VAN LEEUWEN, LAEMERS & SPORTEL 2015**.

520 **VRANKEN 1978**, p. 183.

521 Het kwantitatieve jurisprudentieonderzoek bij de Hoge Raad en de gerechtshoven van **H.J. SNIJDERS (1978)** is hierbij als inspiratiebron gebruikt. Ter informatie dient te worden opgemerkt dat het onderzoek van **WOLTERS (2013)** naar alle omstandigheden van het geval pas is gepubliceerd nadat de inhoudsanalyse was aangevangen.

3. belangen;
4. hulpmiddelen;
5. procesrecht(elijke argumenten); en
6. andere generaliseerbare of gevalspecifieke argumenten.

Deze laatste (rest)categorie is aan het codeerschema, het waarnemingsinstrument bij de inhoudsanalyse (zie bijlage 1), toegevoegd om alle onderbouwingen te kunnen coderen. Deze onderbouwingen kunnen namelijk ook bestaan uit argumenten waaraan voorafgaande aan de inhoudsanalyse niet is gedacht of die gevalspecifiek zijn. Ook is er in het codeerschema rekening mee gehouden dat het kan voorkomen dat een uitspraak in het geheel geen aanvullende onderbouwingen bevat.

Het eerste type onderbouwing sluit alle (rechts)bronnen in die direct of indirect de inhoud van de redelijkheid en billijkheid hebben kunnen beïnvloeden: algemeen erkende rechtsbeginselen; verdragsbepalingen; algemene en specifieke redelijkheids- en billijkheidsbepalingen; andere wettelijke bepalingen; de ratio's daarvan; de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming, invoering of wijziging van wettelijke bepalingen; aanhangige wetsvoorstellen; het stelsel van de wet; andere uitspraken (*precedenten*); vaste jurisprudentie; de in Nederland levende rechtsovertuigingen; literatuur; en buitenlands recht. Bij het tweede type onderbouwing, context, gaat het om verwijzingen naar de aard van de rechtsverhouding, gedragingen of houdingen van één der partijen, de (veronderstelde) bedoelingen van partijen, verklaringen van één der partijen, de inhoud van de overeenkomst, de aard van de overeenkomst, de redactie van de overeenkomst, de wijze van totstandkoming van de overeenkomst en de feiten en omstandigheden van het geval. Het derde type onderbouwing behelst de belangen die de rechter heeft laten meewegen. De andere twee typen onderbouwingen zijn of kunnen van een andere grootteorde zijn. Onder hulpmiddelen worden rechtsvindings*technieken* begrepen, waaronder de formulering of weergave van een omstandighedencatalogus, gevalsvergelijking en een redelijke (en billijke) wetsuitlegging. Hierbij kan het gaan om de explicitering van het gebruik daarvan en/of om de hantering van een dergelijke techniek als argument. In het eerste geval vormt de rechtsvindingstechniek op zichzelf geen reden voor of tegen een bepaalde materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid, maar toont deze hoe de rechter tot zijn oordeel is gekomen. Het gebruik van deze techniek kan, ook in dat geval, (wel/ook andere) aanvullende argumenten hebben opgeleverd, die mogelijk kunnen worden ondergebracht onder type 1, 2 of 3. Procesrechtelijke onderbouwingen hebben, zoals hun naam al aangeeft, geen inhoudelijke argumentatiekracht, maar kunnen desalniettemin belangrijke, zo niet doorslaggevende redenen vormen voor toe- of afwijzing van een beroep op de

redelijkheid en billijkheid. In het zogeheten codeboek (zie bijlage 1) is verder uitgewerkt wat onder de hiervoor genoemde (typen) onderbouwingen wordt verstaan, zodat de in dit onderzoek verrichte inhoudsanalyse kan worden beoordeeld en eventueel worden herhaald. De bevindingen van deze inhoudsanalyse zijn opgenomen in paragraaf 8.4. Vooreerst wordt nog bezien welk gewicht de geïnterviewde feitenrechters aan de verschillende (typen) onderbouwingen toekennen.

Bevindingen uit de interviews

In de inhoudsanalyse worden aldus de volgende typen onderbouwingen onderscheiden: 1. bronnen; 2. context; 3. belangen; 4. hulpmiddelen; 5. procesrecht(elijke argumenten); en 6. andere/gevalspecifieke argumenten (behorende tot de restcategorie). De feitenrechters is gevraagd welke van deze zes typen onderbouwingen ze het sterkst (oftewel: het krachtigst) vinden (zie bijlage 2, interviewvraag 5c). Deze vraag is niet eenvoudig en werd ook niet als zodanig beoordeeld. Onder andere werd genoemd dat tussen de verschillende typen onderbouwingen een wisselwerking bestaat. Het antwoord zou tevens afhangen van de onderhavige casus.

Wanneer ze de typen onderbouwingen in hun algemeenheid beoordeelden, werd een combinatie van belangen en context hiërarchisch het belangrijkste bevonden. De kracht van het benoemen van de meegewogen belangen zou erin zijn gelegen dat hierdoor dicht bij het individuele geval wordt gebleven. Zonder de context te schetsen, zou echter niet kenbaar zijn waarom bepaalde belangen zwaarder wegen dan andere belangen. Daarna volgde het type onderbouwing *bronnen*. Dit type zou vooral als vertrekpunt hebben te gelden bij de rechtsvinding, maar zou ook later kunnen worden gebruikt ter ondersteuning van het rechterlijk oordeel. Een verwijzing naar de gebruikte hulpmiddelen bij de rechtsvinding werd niet noodzakelijk geacht. Al zou een dergelijke verwijzing wel ondersteuning kunnen bieden, zolang het niet als mantra wordt gebruikt. Het procesrecht werd ongelooflijk belangrijk geacht, maar is uiteraard niet iets waarop de geïnterviewde feitenrechters de zaak graag afdoen. Daarom en om proceseconomische redenen worden volgens een van de geïnterviewde feitenrechters soms dingen in een rechtsvordering gelezen, die er eigenlijk niet in staan.

Ook werd een enkele op- en aanmerking gemaakt over de rangorde binnen een bepaald type onderbouwing. Zo werd *de ratio van een wettelijke bepaling* als de belangrijkste rang binnen het type onderbouwing *bronnen* aangemerkt. Een verwijzing naar *een verdragsbepaling*, zoals strijd met artikel 8 EVRM, zou daarentegen niet zo snel aan de orde zijn, omdat strijd met een verdragsbepaling veelal op zichzelf al voldoende grond zou zijn voor correctie. Soms zou met de redelijkheid en billijkheid echter extra kracht worden bijgezet.

Ook het omgekeerde zou zich voordoen. Het belang van de onderbouwing *de aard van de rechtsverhouding* binnen het type onderbouwing *context* wordt volgens een van de geïnterviewde feitenrechters onderstreept door de vele verwijzingen hiernaar in de wet.

Deze indeling in typen werd door een van de geïnterviewde feitenrechters als een handig hulpmiddel gezien om te beoordelen of je als rechter alles hebt meegenomen.

8.4 Bevindingen uit de inhoudsanalyse

In de uitspraken uit de inhoudsanalyse, die waren gelegen op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht, lijkt het 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel' in verreweg de meeste gevallen te zijn onderbouwd met een beroep op een gevalspecifiek argument.

Daarna komt het type onderbouwing *bronnen*. Binnen dit type lijkt het vaakst te zijn verwezen naar een andere uitspraak (een *precedent*, zie subparagraaf 6.2.2), daarna naar vaste jurisprudentie en daar weer na naar een wettelijke bepaling. Ook is bij vijftien geschilpunten gerefereerd aan een algemene of specifieke redelijkheids- en billijkheidsbepaling.[522] Hoewel de ratio van een wettelijke bepaling door de geïnterviewde feitenrechters als de belangrijkste rang binnen dit type onderbouwing werd aangemerkt, lijkt hier in de uitspraken uit de inhoudsanalyse slechts zeven keer naar te zijn verwezen. Tevens lijkt er twee keer te zijn verwezen naar een algemeen erkend rechtsbeginsel: het beginsel dat de benaming van een overeenkomst niet bepalend is voor de inhoud daarvan en de rechtszekerheid. Beide keren dat er naar een aanhangig wetsvoorstel werd verwezen, betrof het een verwijzing naar wetsvoorstel 28867 (Wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)).[523] Het lijkt daarnaast niet gebruikelijk om te verwijzen naar (rechts)literatuur; er is slechts eenmaal een algemene verwijzing gevonden naar de meningen daarin en

522 Er is eenmaal gerefereerd aan zowel artikel 6:2 BW als aan artikel 6:248 BW en drie keer aan artikel 6:248 BW, waarvan twee keer aan het tweede lid. De volgende specifieke redelijkheids- en billijkheidsbepalingen zijn genoemd: artikel 1:141 lid 3 BW over het vermoeden dat het op de peildatum aanwezige vermogen is gevormd uit wat verrekend had moeten worden (2x); artikel 1:165 BW over het voortzetten van het exclusieve gebruik van de voormalige echtelijke woning tegen een *redelijke (en billijke)* vergoeding; de schakelbepaling van artikel 3:166 lid 3 BW; artikel 3:168 (lid 2) BW over het treffen van een gebruiksregeling met betrekking tot een gemeenschappelijk goed (2x); artikel 3:185 (lid 1) BW over de vaststelling van de (wijze van) verdeling (3x); artikel 6:23 lid 2 BW over het teweegbrengen van een voorwaarde; en artikel 6:258 lid 2 BW, een van de vereisten voor onvoorziene omstandigheden.

523 ***Kamerstukken II* 2002/03, 28867**, 1-3 (Koninklijke boodschap, voorstel van wet en MvT), 9 (Tweede nota van wijziging) en 12 (Derde nota van wijziging).

eenmaal een verwijzing naar de noot van I.J. Pieters onder de beschikking van de Hoge Raad van 8 januari 2010.[524] Ook een verwijzing naar een verdragsbepaling en een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis lijken ongewoon te zijn; er is bij één geschilpunt een verwijzing aangetroffen naar artikel 12 EVRM (het recht te huwen) en artikel 1 Eerste protocol bij het EVRM (het recht op ongestoord genot van eigendom) en bij één, ander geschilpunt een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij Boek 6, MvA *II* (p. 289). Er is geen verwijzing gevonden naar het stelsel van de wet, en ook niet naar buitenlands recht.

Het type onderbouwing *context* is het derde meest voorkomende type. Alle daaronder vallende, voorafgaande aan de inhoudsanalyse gedefinieerde onderbouwingen zijn in de uitspraken uit de inhoudsanalyse waargenomen. Het vaakst betrof het een verwijzing naar de feiten en omstandigheden van het geval als zodanig. Hierbij zijn de feiten en omstandigheden 22 van de 25 keer ook afzonderlijk benoemd – 1 keer daarvan betrof het slechts één omstandigheid −, waarvan 5 keer tevens is aangegeven welke feiten en omstandigheden (voor de rechter) het zwaarst hebben gewogen. Daarnaast lijkt er acht keer te zijn verwezen naar de aard van de overeenkomst[525] – te onderscheiden van de aard van de rechtsverhouding, waarnaar zes keer lijkt te zijn verwezen. Er is verwezen naar de rechtsverhouding tussen bij de verzorgingsplicht (voortkomend uit een natuurlijke verbintenis) betrokken personen in het algemeen, de rechtsverhouding tussen (ex-)echtgenoten (als deelgenoten) en de rechtsverhouding tussen partijen (zonder nadere specificatie, zijnde ex-echtgenoten).

Daarna komt het type onderbouwing *procesrecht*, dat 51 keer van belang lijkt te zijn geweest. De belangen die de rechter heeft laten meewegen, lijken slechts dertien keer te zijn genoemd, waarvan het steeds persoonlijke − in tegenstelling tot maatschappelijke − belangen betrof. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse lijkt negen keer gebruik te zijn gemaakt van een hulpmiddel (zie voor een uitwerking hiervan de subparagrafen 6.2.1 en 6.2.3), althans is dit gebruik geëxpliciteerd. Daarnaast lijkt er zeven keer een (ander) generaliseerbaar argument te zijn gebruikt, waaraan voorafgaande aan de inhoudsanalyse niet was gedacht. Het betrof een verwijzing naar feiten van algemene bekendheid en verjaring. Het lijkt er ten slotte op dat het zes keer voorkomt dat een oordeel geen aanvullende onderbouwingen bevatte. Alle

524 Noot van I.J. Pieters onder **HR 8 januari 2010**, ECLI:NL:HR:2010:BK1618, *FJR* 2010/56 (*RFR* 2010/28, met wenk).

525 Er is verwezen naar de aard van: een periodiek verrekenbeding (3x); het finaal verrekenbeding (2x); het echtscheidingsconvenant (2x); de algehele gemeenschap van goederen en de uit omzetting voortvloeiende vordering tot verrekening.

waargenomen frequenties per (type) onderbouwing zijn weergegeven in onderstaande tabel (nr. 8.1).

Type onderbouwing	**Onderbouwing**	**Waargenomen frequentie per type onderbouwing**	**Waargenomen frequentie per onderbouwing**
Bronnen	*(Algemeen erkend) rechtsbeginsel*	89	*2*
	Verdragsbepaling		*1*
	Algemene of specifieke redelijkheids- en billijkheids-bepaling		*15*
	Wettelijke bepaling		*27*
	De ratio van een wettelijke bepaling		*7*
	De parlementaire geschiedenis		*1*
	Een aanhangig wetsvoorstel		*2*
	Het stelsel van de wet		*0*
	Een andere uitspraak (een precedent*)*		*35*
	Vaste rechtspraak		*32*
	'In Nederland levende rechts-overtuigingen'		*2*
	Literatuur		*2*
	Buitenlands recht		*0*
Context	*De aard van de rechtsverhouding*	66	*6*
	Een gedraging of houding van één der partijen		*16*
	De (veronderstelde) bedoeling van partijen		*15*
	Een verklaring van		*14*

Type onderbouwing	**Onderbouwing**	**Waargenomen frequentie per type onderbouwing**	**Waargenomen frequentie per onderbouwing**
	één der partijen		
	De inhoud van de overeenkomst		*13*
	De aard van de overeenkomst		*8*
	De redactie van de overeenkomst		*15*
	De wijze van totstandkoming van de overeenkomst		*5*
	De feiten en omstandigheden van het geval		*25*
Belangen	*Een belangenafweging*	13	*13*
Hulpmiddelen	*Een omstandigheden-catalogus*	9	*3*
	Gevalsvergelijking		*5*
	Een redelijke (en billijke) wetsuitlegging		*1*
Procesrecht	*Procesrechtelijke gronden*	51	*51*
Restcategorie	*Een ander generaliseerbaar argument*	104	*7*
	Een gevalspecifiek argument		*103*
Niet gemotiveerd	*Niet is gemotiveerd*	6	*6*

Tabel 8.1: Waargenomen frequentie per (type) onderbouwing

Het aantal woorden van de motivering over een geschilpunt waarin de redelijkheid en/of billijkheid is genoemd, is weergegeven in onderstaande tabel (nr. 8.2). Daaruit blijkt dat de meeste motiveringen bestonden uit tussen de 101 en 200 woorden, alsook dat veel motiveringen 100 woorden of minder

besloegen. Hoewel het aantal woorden niet per se iets zegt over de inhoud daarvan, lijkt dit wel aan de lage kant.[526]

Aantal woorden	**Waargenomen frequentie**
100 woorden of minder	42
101-200 woorden	47
201-300 woorden	23
301-400 woorden	25
401-500 woorden	14
501-600 woorden	7
601-700 woorden	3
701-800 woorden	1
801-900 woorden	2
901-1000 woorden	1
1001-1100 woorden	1
1101-1200 woorden	1
1201-1300 woorden	1
1301-1400 woorden	1

Tabel 8.2: Aantal woorden van de motivering

8.5 Samenvattend

De artikelen 121 Gw, 5 lid 1 Wet RO en 30 Rv vereisen dat vonnissen (arresten en beschikkingen) in beginsel de gronden inhouden waarop zij rusten. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 4 juni 1993 bepaald dat de aan de beslissing ten grondslag liggende gedachtegang uit elke rechterlijke beslissing *kenbaar* moet zijn om de beslissing *controleerbaar* en *aanvaardbaar* te maken. Dit zou niet betekenen dat de rechter zijn daadwerkelijk gevolgde gedachtegang inzichtelijk dient te maken, maar wel wat hij heeft aangevoerd om zijn beslissing te rechtvaardigen. Daarnaast heeft de Hoge Raad in dat arrest aangegeven dat de omvang van deze motiveringsplicht afhangt van de feiten en omstandigheden van het geval. In de interviews is de mate waarin het beroep op de redelijkheid en billijkheid de hoofdzaak van het geding betreft als een relevante factor genoemd. In ieder geval dient de motivering, gelet op de door de Hoge Raad in een tweetal arresten onderscheiden categorieën van motiveringsgebreken, essentiële stellingen van partijen te bevatten én geen kennelijk vergissingen bij de vaststellingen van de feiten en begrijpelijk te zijn. Voor de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is, geldt meer specifiek dat de rechter rekenschap dient

526 In maar 14 van deze 42 gevallen is een procesrechtelijk argument genoemd. Dit kan derhalve niet de enige reden hiervoor zijn.

te geven van de eventuele rechtsbeginselen die hij op het oog heeft gehad – alsook van de in Nederland levende rechtsovertuigingen – en van de belangen die hij heeft laten meewegen. De geïnterviewde feitenrechters waren kort gezegd van mening dat voor de aanvaardbaarheid van de beslissing meer nodig is dan dat de motivering 'cassatieproof' is. Met name dient kenbaar te worden gemaakt wat doorslaggevend is geweest voor de beslissing van de rechter. Of het beroep op de redelijkheid en billijkheid wordt toe- of afgewezen zou volgens de meeste geïnterviewde feitenrechters, vanwege de gelijkwaardigheid van partijen, voor de omvang van de motivering niet uit moeten maken.

Het motiveren van rechterlijke uitspraken heeft volgens de rechtsliteratuur tot functie het oordeel te legitimeren, uit te leggen op welke gronden het oordeel steunt en de rechter ervan te doordringen zijn beweegredenen goed te overdenken. In deze functies komen volgens het onderzoek van LANGBROEK E.A. de volgende 'publieken' tot uitdrukking:

- wat betreft de (*externe*) controlefunctie: de advocaten van de procespartijen; rechters van hogerberoepsinstanties; politici; en de media/het algemeen publiek;
- wat betreft de explicatiefunctie: de procespartijen (als direct geadresseerden); hun advocaten; rechters; rechtswetenschappelijke onderzoekers; en de media/het algemeen publiek; en
- wat betreft de inscherpingsfunctie: de uitspraak doende rechter zelf.

Opvallend is dat de geïnterviewde feitenrechters bij de vraag tot wie ze zich in de motivering richten enkel dachten aan de explicatiefunctie (al kan dit komen door de formulering van deze interviewvraag). Als antwoord op deze vraag gaven ze allen te kennen zich in de eerste plaats te richten tot de procespartijen, en dan met name tot de in het ongelijk gestelde partij.

De legitimatie van het rechterlijk oordeel begint pas met de redelijkheid en billijkheid. Het is hiervoor dan ook van belang dat aanvullende onderbouwingen worden aangevoerd. In de inhoudsanalyse zijn deze onderbouwingen onderscheiden in de volgende typen: 1. bronnen; 2. context; 3. belangen; 4. hulpmiddelen; 5. proces(rechtelijke argumenten); en 6. andere/ gevalspecifieke argumenten (behorende tot de restcategorie). De geïnterviewde feitenrechters achtten, wanneer ze deze in hun algemeenheid beoordeelden, een combinatie van het tweede en derde type onderbouwing het krachtigste. Daarna volgde *bronnen*. Binnen dat type werd de ratio van een wettelijke bepaling als de belangrijkste rang aangemerkt. Een verwijzing naar een verdragsbepaling zou daarentegen niet zo snel aan de orde zijn (en dus ook niet moeten worden genoemd), omdat strijd met een verdragsbepaling veelal op zichzelf al voldoende grond zou zijn voor correctie. Uit deze redenering blijkt overigens

weer dat sommige geïnterviewde feitenrechters, zoals ze ook zelf aangaven (zie paragraaf 3.2), bij de redelijkheid en billijkheid bovenal aan de corrigerende functie daarvan dachten. Het belang van de onderbouwing *de aard van de rechtsverhouding* binnen het type onderbouwing *context* wordt volgens een van de geïnterviewde feitenrechters onderstreept door de vele verwijzingen hiernaar in de wet. Als voorbeeld kan artikel 3:15 BW worden genoemd. Het doel van deze indeling in typen is inzichtelijk te maken wat de rechters op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht hebben aangevoerd om hun 'redelijkheids- en billijkheidsoordelen' te rechtvaardigen. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse lijkt het 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel' in verreweg de meeste gevallen te zijn onderbouwd met een beroep op een gevalspecifiek argument (103, behorende tot de *restcategorie* (104)). Daarna komt het type onderbouwing *bronnen* (89), *context* (66), *procesrecht* (51), *belangen* (13) en, ten slotte, *hulpmiddelen* (9). Bij het type onderbouwing *bronnen* is bij de algemene en specifieke redelijkheids- en billijkheidsbepalingen nog gekeken welke bepalingen zijn genoemd. Dit waren de artikelen 1:141 lid 3, 1:165, 3:166 lid 3, 3:168 (lid 2), 3:185 (lid 1), 6:2, 6:23 lid 2, 6:248 (lid 2) en 6:258 lid 2 BW. Bij de onderbouwing *feiten en omstandigheden van het geval*, die vanzelfsprekend onder het type *context* is gebracht, is onderzocht of deze feiten en omstandigheden ook afzonderlijk zijn benoemd. Dit was in 22 van de 25 gevallen zo. Ook is bezien of daarnaast is aangegeven of aan bepaalde feiten en omstandigheden een bijzonder gewicht is toegekend. Dit was slecht in vijf van 22 voorgaande gevallen het geval. Bij het type onderbouwing *belangen* betrof het steeds persoonlijke − in tegenstelling tot maatschappelijke − belangen. Daarnaast is zeven keer verwezen naar een ander, generaliseerbaar argument, waaraan voorafgaande aan de inhoudsanalyse niet is gedacht: feiten van algemene bekendheid en verjaring. Ten slotte is ook het aantal woorden van de motivering geteld over een geschilpunt waarin de redelijkheid en/of billijkheid is genoemd. Het vaakst is een motivering tussen de 101 en 200 woorden aangetroffen.

8.6 Enkele deelconclusies

Het is voor de beeldvorming goed om de heuristische fase en de legitimatiefase van de rechterlijke oordeelsvorming uit elkaar te houden. De rechter hoeft in deze latere fase immers niet zijn daadwerkelijk gevolgde gedachtegang inzichtelijk te maken, maar enkel wat hij heeft aangevoerd om zijn beslissing te rechtvaardigen. In de praktijk lijkt dit echter niet strikt te kunnen, doordat de (geïnterviewde feiten)rechters, zoals we in paragraaf 6.3 hebben gezien, in de heuristische fase vooruit (lijken te) − en gelet op de inscherpingsfunctie van de motivering van rechterlijke uitspraken: moeten − lopen op vragen die ze in het kader van de legitimatie van hun oordeel moeten beantwoorden.

Voor de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is, is in de wet(sgeschiedenis) slechts één specifiek motiveringsvereiste gevonden, en wel in de parlementaire geschiedenis bij invoering van Boek 3 (Parl. Gesch. NBW Boek 3 (Inv. 3, 5, 6), MvT Inv., p. 1036):

> 'De bepaling kan er voorts toe bijdragen dat de rechter wordt genoopt verantwoording af te leggen van de belangen die hij heeft laten meewegen en van de eventuele rechtsbeginselen die hij op het oog heeft gehad. Bij de motivering van zijn uitspraak zal hij dus vaak niet kunnen volstaan met een opsomming van omstandigheden die voor hem beslissend zijn geweest voor zijn oordeel omtrent wat redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval eisen, maar hij zal ook voldoende inzicht moeten geven in zijn gedachtengang te dier zake, iets wat mede van belang is voor de toetsbaarheid in cassatie; (…)'

De rechter dient aldus rekenschap te geven van de eventuele rechtsbeginselen die hij op het oog heeft gehad − als ook, naar wordt aangenomen, van de in Nederland levende rechtsovertuigingen − en van de belangen die hij heeft laten meewegen. Hij zou dan ook vaak niet mogen volstaan met een blote opsomming van de feiten en omstandigheden die voor hem beslissend zijn geweest. Echter, in de uitspraken uit de inhoudsanalyse is slechts bij 13 geschilpunten een expliciete belangenafweging waargenomen, bij 2 geschilpunten een verwijzing naar de in Nederland levende rechtsovertuigingen en bij nog eens 2 geschilpunten een verwijzing naar een algemeen erkend rechtsbeginsel. Daarnaast lijkt in de gevallen waarin is verwezen naar de feiten en omstandigheden van het geval als zodanig, dit 3 keer te zijn gebeurd zonder dat deze feiten en omstandigheden zelfs maar afzonderlijk zijn benoemd én 17 keer zonder dat is aangegeven of aan bepaalde feiten en omstandigheden een bijzonder gewicht is toegekend, al is, naast deze verwijzing naar de feiten en omstandigheden van het geval als zodanig, in die gevallen steeds ook een andere onderbouwing genoemd. Het lijkt er aldus op dat de hiervoor genoemde verantwoordingsplicht in de uitspraken uit de inhoudsanalyse niet consequent is nageleefd. Deze bevinding komt overeen met wat DEN TONKELAAR, de bewerker van het commentaar bij artikel 3:12 BW in het *losbladige Vermogensrecht*, in meer algemene zin heeft opgemerkt ten aanzien van de motivering van rechterlijke uitspraken over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is. Dit is kwalijk, omdat de (in)direct geadresseerden van deze rechterlijke uitspraken zodoende niet weten waaruit in het gegeven geval is afgeleid wat redelijk en billijk is. In ieder geval verdient het aanbeveling om steeds kenbaar te maken wat doorslaggevend is geweest voor de beslissing. Gelet op de explicatie richting het bredere publiek, verdient ook de inpassing in het rechtssysteem de aandacht. Dit gebeurt thans al, met name door

een verwijzing naar andere uitspraken (*precedenten*). Daarnaast is door de geïnterviewde feitenrechters, zoals in voorgaande paragraaf is aangegeven, een combinatie van de typen onderbouwingen *belangen* en *context* hiërarchisch het krachtigst bevonden. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse is deze combinatie evenwel slechts bij 7 van de 169 geschilpunten waargenomen. De belangen die de rechter heeft laten meewegen, mogen dan ook vaker worden geëxpliciteerd.

Het codeerschema zou, zoals een van de geïnterviewde feitenrechts uit zichzelf opmerkte, door rechters ook kunnen worden gebruikt om te bezien of ze alles hebben meegenomen. Dit betekent overigens niet dat in iedere casus alle typen onderbouwingen voorbij dienen te komen. Het codeerschema zou eerder kunnen helpen als een soort checklist.

9 Toepassing in het personen- en familierecht

Tot nu toe is, behalve waar de bevindingen van de inhoudsanalyse en de interviews aan bod kwamen, hoofdzakelijk gesproken over hoe in de (met name) algemene vermogensrechtelijke literatuur wordt gedacht over de redelijkheid en billijkheid. In dit hoofdstuk wordt bezien of, en zo ja, hoe deze theorieën kunnen worden getransponeerd naar het personen- en familierecht. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van eigen theorievorming, bevindingen uit de selectiefase van de inhoudsanalyse en bevindingen uit de interviews. Er is namelijk geen rechtsliteratuur over dit onderwerp gevonden. Daarnaast kon, zoals in hoofdstuk 2 is aangegeven, in de inhoudsanalyse uiteindelijk slechts één deelgebied worden betrokken, waarbij is gekozen voor het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht, zodat op basis daarvan geen uitspraken kunnen worden gedaan over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het bredere personen- en familierecht. Dit hoofdstuk is aldus met name oriënterend van aard.

In paragraaf 9.1 wordt onderzocht of de in het personen- en familierecht voorkomende rechtsverhoudingen überhaupt zijn onderworpen aan de redelijkheid en billijkheid. Vervolgens wordt in paragraaf 9.2 nagegaan in hoeverre de denkbeelden daarover uit de (met name) algemene vermogensrechtelijke literatuur kunnen worden toegepast op het personen- en familierecht. Daaropvolgend wordt in paragraaf 9.3 gekeken naar de onderscheiden deelgebieden binnen het personen- en familierecht en wordt geprobeerd het verschil in werkingssfeer van de redelijkheid en billijkheid daartussen te verklaren. Om een idee te krijgen van de concrete toepassingen die zich in deze onderscheiden deelgebieden kunnen voordoen, wordt in paragraaf 9.4 de eerst geselecteerde uitspraak van ieder deelgebied belicht. In paragraaf 9.5 wordt vervolgens verkend hoe de redelijkheid en billijkheid zich verhoudt tot andere open normen en begripsomschrijvingen in Boek 1 BW. Dit wordt gedaan om te onderzoeken of de redelijkheid en billijkheid inwisselbaar is met deze open normen en begripsomschrijvingen; iets wat de geïnterviewde feitenrechters, naar we nog zullen zien, impliceerden. In paragraaf 9.6 worden al deze verkenningen samengevat, waarna dit hoofdstuk in paragraaf 9.7 wordt afgesloten met enkele deelconclusies.

9.1 Ontbreken van een contractuele rechtsverhouding

Voordat we gaan kijken of, en zo ja, hoe de theorieën uit (met name) de algemene vermogensrechtelijke literatuur over de redelijkheid en billijkheid kunnen worden getransponeerd naar het personen- en familierecht, dienen we eerst de vraag te beantwoorden of de daarin voorkomende rechtsverhoudingen

überhaupt zijn onderworpen aan de redelijkheid en billijkheid. Wanneer aan deze rechtsverhoudingen een vermogensrechtelijke rechtshandeling ten grondslag ligt, wat frequent het geval is bij de rechtsverhoudingen die in het volgende hoofdstuk centraal staan, is deze vraag vrij eenvoudig te beantwoorden. Zoals we in paragraaf 4.2 hebben gezien, zijn de artikelen 6:248 en 6:258 BW daarop, ingevolge artikel 6:216 BW, immers in beginsel van overeenkomstige toepassing. In de wettelijke bepalingen over (partner-) alimentatie zijn daarnaast ook enkele verdere preciseringen van artikel 6:258 BW neergelegd. Ook voor de rechtsverhoudingen tussen deelgenoten van een gemeenschap is een schakelbepaling opgenomen: artikel 3:166 lid 3 BW verklaart artikel 6:2 BW op deze rechtsverhoudingen van overeenkomstige toepassing. Buiten deze gevallen is het ingevolge de parlementaire geschiedenis van het nieuw Burgerlijk Wetboek aan de vrije waardering van de rechter overgelaten over te gaan tot overeenkomstige toepassing, indien hij daarvoor voldoende grond aanwezig acht.[527] Hoewel het er de schijn van heeft dat dit ook moet worden gemotiveerd, is het de vraag of dit in de praktijk (steeds) gebeurt. Daarnaast rijst de vraag of er *in algemene zin* iets valt te zeggen over de grond voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid bij het ontbreken van een contractuele rechtsverhouding. Er kan worden gesteld dat (ex-)partners en familieleden rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Met andere woorden: het lijkt verdedigbaar dat het bestaan van de (ex-)partner- of familierelatie sec al voldoende grond is voor overeenkomstige toepassing van de redelijkheid en billijkheid.

Bevindingen uit de interviews

In de interviews is aan de feitenrechters gevraagd of de redelijkheid en billijkheid naar hun oordeel ook een rol speelt in gevallen waar geen contractuele rechtsverhouding tussen partijen bestaat (zie bijlage 2, interviewvraag 6c), en is doorgevraagd of de redelijkheid en billijkheid ook een rol mag (of zelfs moet) spelen. Met andere woorden: waarop is toepassing van de redelijkheid en billijkheid volgens de feitenrechters in dergelijke gevallen gebaseerd? Het eerste deel van de interviewvraag is door de geïnterviewde feitenrechters unaniem met 'ja' beantwoord. Hierbij is in de meeste gevallen gewezen op de rechtsverhouding tussen ongehuwde, samenlevende partners. Wanneer ze geen samenlevingscontract hebben gesloten, rijst de vraag of in hun gedrag impliciet een contract besloten ligt. Deze vraag zou moeten worden beantwoord door middel van uitleg op basis van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Behalve dat, zou de redelijkheid en billijkheid ook in haar andere materiële functies een rol spelen, indien een contractuele rechtsverhouding

527 **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 837.

ontbreekt. Zo kaartte een van de geïnterviewde feitenrechters aan dat sommigen menen dat de redelijkheid en billijkheid een alimentatieverplichting kan teweegbrengen tussen ex-partners die bijvoorbeeld veertig jaar ongehuwd hebben samengeleefd. Deze vraag zou, zoals ook in een intern beraad binnen het gerecht was besproken, volgens deze feitenrechter echter om drie redenen negatief moeten worden beantwoord. Ten eerste zou dit enorme precedentwerking hebben.[528] Ten tweede zou deze keuze aan de wetgever zijn. Ten derde zou het de eigen verantwoordelijkheid van partijen zijn om hieromtrent een regeling te treffen.

Andere geïnterviewde feitenrechters vestigden de aandacht op de rechtsverhouding tussen in wettelijke gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten. Ook deze rechtsverhouding zou worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid, zonder dat daar een overeenkomst aan ten grondslag ligt, tenzij het huwelijk zelf als zodanig wordt beschouwd. Deze feitenrechters brachten hier echter tegenin dat het de wet is die de rechtsgevolgen in het leven heeft geroepen, en niet de huwelijk sluitende personen zelf.

Ook werd genoemd dat het einde van het huwelijkscontract niet betekent dat de redelijkheid en billijkheid geen invloed meer heeft op de rechtsverhouding tussen partijen. In het partneralimentatierecht zou de redelijkheid en billijkheid namelijk een belangrijke rol spelen.[529] De redelijkheid en billijkheid zou tevens doorwerken in de rechtsverhouding tussen ouder en kind − zij het indirect, via andere open normen −, waarvan de basis zeker niet zou worden gevormd door een overeenkomst.

Dat de redelijkheid en billijkheid in de praktijk een rol speelt in gevallen waar geen contractuele rechtsverhouding tussen partijen bestaat, leek voor de geïnterviewde feitenrechters voldoende antwoord te zijn op de vraag of dit begrippenpaar ook een rol mag (of zelfs moet) spelen. Twee geïnterviewde feitenrechters gingen nog in op de vraag wat de grond voor toepassing nu precies is. Volgens de eerste geïnterviewde feitenrechter zouden rechters, wanneer er noch in de wet, noch in een overeenkomst iets is geregeld, genoodzaakt zijn om hun beslissing op te hangen aan de context. Rechters zouden immers niet mogen weigeren te beslissen. De tweede geïnterviewde feitenrechter betitelde de partner- of familierelatie zélf als grond.

528 Dit komt doordat een dergelijke alimentatieverplichting dan zou zijn gegrond op de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid.

529 Dat de redelijkheid en billijkheid een rol speelt in het alimentatierecht, terwijl het 'huwelijkscontract' is beëindigd, kan ook worden verklaard doordat de redelijkheid en billijkheid daar expliciet in de wet wordt genoemd.

9.2 Verhouding tot het algemene vermogensrecht

Op basis van voorgaande gedachte en de bevindingen uit de interviews lijkt aldus te kunnen worden verdedigd dat de redelijkheid en billijkheid ook kan worden toegepast in het personen- en familierecht als een contractuele rechtsverhouding tussen partijen ontbreekt. Vervolgens komt de vraag op in hoeverre, uitgaande van wat op basis van voorgaande hoofdstukken verwacht mag worden, de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht verschilt van de toepassing daarvan in het algemene vermogensrecht. Het antwoord op deze vraag is interessant omdat het bijdraagt aan de theorievorming over de redelijkheid en billijkheid op het gebied van het personen- en familierecht. Deze vraag is niet eenduidig te beantwoorden, omdat de toepassing van de redelijkheid en billijkheid afhankelijk lijkt van een combinatie van factoren: de materiële functie die in het geding is;[530] het onderwerp waarover de redelijkheids- en billijkheidsvraag gaat;[531] en de aard van de rechtsverhouding. Als we de aard van de rechtsverhoudingen in het personen- en familierecht – die in de regel emotioneel, voor langere duur en potentieel ongelijk zijn – afzetten tegen die in het algemene vermogensrecht, dan kan worden gezegd dat (ex-)partners en familieleden enerzijds meer van elkaar mogen vergen dan van derden, maar dat ze anderzijds ook meer van elkaar moeten verdragen. De eisen die aan het gedrag of de houding van (een van de) partijen mogen worden gesteld, zijn aldus hoger. De redelijkheid en billijkheid lijkt hierdoor sneller in het geding te zijn. Dat wil overigens niet zeggen dat een beroep daarop ook eerder slaagt. De rechtsverhoudingen in het personen- en familierecht zijn echter niet over één kam te scheren. Zo is de solidariteit die van ex-partners kan worden verwacht minder hoog dan die van partners. Ook tussen het soort partners kan een onderscheid worden gemaakt. Doordat voor informele partners in Boek 1 BW niets is geregeld, lijkt het erop dat ze onderling minder van elkaar mogen verwachten dan formele partners. Ook de aard van de rechtsverhoudingen tussen familieleden is niet steeds dezelfde. De graad van verwantschap lijkt hierbij bijvoorbeeld van belang, maar ook het stadium van de relatie. Wie als de 'zwakkere' partij moet worden gezien, verschilt immers tijdens deze stadia: in de regel eerst het minderjarige kind en later de hulpbehoevende ouder. Daarbij komt dat sommige van deze rechtsverhoudingen zijn gebaseerd op intentie en andere op biologische afstamming. In beide gevallen komt de vraag op of de solidariteitsverplichting gelijk blijft, wanneer de relatie minder hecht wordt.

530 Zie paragraaf 7.3 voor de verschillende toetsingscriteria.

531 De onderwerpen zijn alleen voor het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht uiteengezet. Zie hoofdstuk 10.

Daarnaast lijkt bij aanvulling of correctie van een wettelijke bepaling de ratio daarvan van belang te zijn. Als de achterliggende bedoeling van de wettelijke bepaling met name is geweest zekerheid te bieden aan de praktijk, zoals het geval zal zijn bij verval- en verjaringstermijnen, dan lijkt enerzijds nog ruimte te zijn voor de concrete (redelijkheid en) billijkheid, anderzijds moet de rechtszekerheid gewaarborgd blijven. Aangezien gelijke gevallen, gelijk moeten worden behandeld, lijkt een uitzondering dan ook niet wenselijk als het aantal uitzonderingsgevallen groot is. Voor gevallen als deze lijkt wettelijk optreden noodzakelijk. Als daarentegen bij het ontwerpen van de wettelijke bepaling aan de concurrerende rechtswaarde *rechtvaardigheid* het meeste gewicht is toegekend, lijkt er op het eerste gezicht geen bezwaar te bestaan tegen toepassing van de redelijkheid en billijkheid, al kan worden geredeneerd dat, nu de wetgever de redelijkheid en billijkheid reeds heeft verinnerlijkt in de wettelijke bepaling, er geen mogelijkheid meer is voor afwijking daarvan.

Bevindingen uit de interviews

In de interviews is gepeild of de feitenrechters vinden dat de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, vanwege de aard van de rechtsverhoudingen, terughoudender of ruimer dient te worden toegepast dan in het algemene vermogensrecht (zie bijlage 2, interviewvraag 6a). Het antwoord op deze vraag is interessant omdat de theorieën over de redelijkheid en billijkheid met name afkomstig zijn uit de algemene vermogensrechtelijke literatuur, en niet uit de rechtsliteratuur over het personen- en familierecht. De geïnterviewde feitenrechters waren ervan overtuigd dat de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht ruimer dient te worden toegepast dan in het algemene vermogensrecht. Ter onderbouwing van dit standpunt is in de interviews aangevoerd dat in het personen- en familierecht

- vooral persoonlijke belangen spelen, in tegenstelling tot zakelijke;
- sprake is van relaties van langere duur;
- veelal ook andere belangen dan die van partijen meetellen, met name belangen van kinderen; en
- er meer emoties en relationele aspecten bij komen kijken.

Vervolgens is gevraagd hoe dit standpunt zich volgens hen verhoudt tot de afwezigheid van één algemene wettelijke bepaling die voorschrijft dat de redelijkheid en billijkheid ook voor dit soort rechtsverhoudingen geldt, en dat de schakelbepaling van artikel 6:216 BW de toepassing van de redelijkheid en billijkheid slechts uitbreidt tot andere meerzijdige *vermogens*rechtelijke rechtshandelingen. In reactie hierop is naar voren gebracht dat ook een andere zienswijze mogelijk is, namelijk dat de aard van dit soort rechtsverhoudingen

zich in ieder geval niet tegen overeenkomstige toepassing verzet. Tevens is erover nagedacht dat dit

> 'misschien al zo logisch [is] dat dit niet hoeft te worden gezegd',

al zou het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid ook weer niet onbegrensd zijn. Daar waar andere open normen de rechtsverhoudingen beheersen – genoemd werd de rechtsverhouding tussen personen die zijn opgenomen in psychiatrische ziekenhuizen en deze ziekenhuizen –, zou de redelijkheid en billijkheid niet nodig zijn. Toepassing van de redelijkheid en billijkheid zou dan dubbelop zijn (vergelijk paragraaf 9.5). Een van de geïnterviewde feitenrechters zag daarentegen geen enkele reden voor een verschil in toepassing.

9.3 Verschil in werkingssfeer tussen de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht

Bij aanvang van dit onderzoek werd verondersteld dat de invloed van de redelijkheid en billijkheid (in het algemeen, alsook die van de verscheidene materiële functies en andere rollen) tussen de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht uiteenloopt, omdat deze deelgebieden in een aantal opzichten van elkaar verschillen. Ten eerste zijn er deelgebieden waarin veel regels van dwingend recht zijn, zoals het afstammings- en adoptierecht, en deelgebieden waar de partijautonomie vooropstaat.[532] Het ligt voor de hand dat de invloed van de redelijkheid en billijkheid in de eerste deelgebieden beperkt(er) is, omdat bij regels van dwingend recht, zoals we in subparagraaf 7.3.1.3 hebben gezien, geacht wordt minder ruimte te bestaan voor de *corrigerende* functie van de redelijkheid en billijkheid dan bij regels die partijen zelf zijn overeengekomen of die voortvloeien uit de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid. Doordat partijen op deze deelgebieden minder naar eigen inzicht mogen regelen,[533] zijn er daarnaast ook weinig regels die *uitlegging* of *aanvulling* behoeven.

Ten tweede zijn er deelgebieden die hun basis in het privaatrecht hebben en deelgebieden die ook publiekrechtelijke elementen kennen,[534] zoals huis- en contactverboden. Vermoedelijk komt de rol van de redelijkheid en billijkheid als aanduiding dat er marginaal is getoetst vaker voor in deze laatste deelgebieden, nu daarin aan de uitvoerende macht beoordelings- en/of beleidsvrijheid is toegekend. Zo is het opleggen en verlengen van een tijdelijk

532 Zie **SCHRAMA & ANTOKOLSKAIA (RED.) 2015**, p. 20.
533 Zie **BOELE-WOELKI & JONKER 2015**, p. 319-323 voor de mogelijkheden om te contracteren.
534 Zie **SCHRAMA & ANTOKOLSKAIA (RED.) 2015**, p. 20.

huisverbod een discretionaire bevoegdheid van de burgemeester (althans dit lijkt het te zijn).

Ten derde zijn er deelgebieden die worden gekenmerkt door het veranderlijkheidsbeginsel, zoals (wettelijk tot uitdrukking komt in, zie subparagraaf 4.1.2) het (partner)alimentatierecht,[535] en deelgebieden waar de continuïteit van de rechtstoestand primair van belang is. Een verzoek tot wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden zal in de eerste deelgebieden naar verwachting dan ook sneller slagen dan in de tweede deelgebieden.

Bevindingen uit de interviews ten aanzien van de eerst gestelde hypothese

In de interviews is aan de feitenrechters gevraagd of, voor zover ze daar zicht op hadden, de invloed van de redelijkheid en billijkheid tussen de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht uiteenloopt al naar gelang er in een deelgebied meer regels van dwingend recht zijn (zie bijlage 2, interviewvraag 6b). Dit is gedaan om te onderzoeken hoe de geïnterviewde feitenrechters dachten over de eerst gestelde hypothese dat de invloed van de redelijkheid en billijkheid in deelgebieden waarin veel regels van dwingend recht zijn, beperkter is dan in deelgebieden waar de partijautonomie vooropstaat. Deze veronderstelling bleek ook onder de geïnterviewde feitenrechters te leven. Ze baseerden deze op de gedachte dat regels van dwingend recht slechts in uitzonderingsgevallen buiten toepassing kunnen worden gesteld door de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid.

Daarnaast brachten ze ter sprake dat de redelijkheid en billijkheid in deze deelgebieden niet steeds – of volgens een van de geïnterviewde feitenrechter zelfs in het geheel niet; volgens een ander slechts wat betreft de verval- en verjaringstermijnen – nodig is, omdat andere open normen, zoals *het belang van het kind*, *goed curator-, bewind- of mentorschap* en *het recht op respect voor privé- en familie- en gezinsleven*, de rechtsverhoudingen beheersen, al meenden sommige geïnterviewde feitenrechters dat de redelijkheid en billijkheid in deze open normen is verinnerlijkt. Volgens een van de geïnterviewde feitenrechters kon de functie die de redelijkheid en billijkheid vervult bij uitleg, in tegenstelling tot de aanvullende en corrigerende functie, nog wel ingang vinden in deze deelgebieden. Dat de invloed van de redelijkheid en billijkheid in deelgebieden waarin veel regels van dwingend recht zijn, beperkt(er) is, kon volgens een van hen tevens worden verklaard doordat daarin bijna tot geen verdere preciseringen van de redelijkheid en billijkheid, zoals artikel 1:159 lid 3 BW, zijn opgenomen (vergelijk de derde geformuleerde hypothese).

535 Zie **SCHRAMA & ANTOKOLSKAIA (RED) 2015**, p. 316.

Een van de geïnterviewde feitenrechters was echter van mening dat de invloed van de redelijkheid en billijkheid in het alimentatierecht en het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht juist minder groot is;

> 'Als het gaat om kinderen, dan pas je de redelijkheid en billijkheid ruimer toe, dan gebruik je wel heel veel belangenafweging. Ik weet niet of je dan echt redelijkheid en billijkheid toepast (…) eerder het rechtvaardigheidsbeginsel.'

Bevindingen uit de inhoudsanalyse

In de inhoudsanalyse zijn aanvankelijk – later is het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht van stratum tot onderzoekspopulatie verheven (zie subparagraaf 2.3.1.1) – alle rechterlijke uitspraken op het gebied van het personen- en familierecht betrokken die waren gepubliceerd op www.rechtspraak.nl tot 17 september 2012 en waarin de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* voorkwam. Deze uitspraken zijn, nadat de ten onrechte geselecteerde uitspraken daaruit zijn gehaald, door studenten onder andere geclassificeerd naar deelgebied. Deze classificatie laat het volgende plaatje zien.[536]

Figuur 9.1: Aantal keren dat de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* is genoemd in de gepubliceerde rechterlijke uitspraken

536 Figuur 9.1 is vermoedelijk niet geheel nauwkeurig, doordat enkele uitspraken verkeerd zijn geclassificeerd, maar geeft wel een beeld van het grotere plaatje.

Deze figuur laat zien dat het aantal keren dat de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* is genoemd in de gepubliceerde uitspraken aanzienlijk verschilt tussen de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht. De invloed van de redelijkheid en billijkheid lijkt het grootst in het partneralimentatierecht. Dit kan, zoals hiervoor is gezegd, mogelijk worden verklaard doordat het veranderlijkheidsbeginsel aldaar wettelijk tot uitdrukking komt. De werkingssfeer van de redelijkheid en billijkheid lijkt daarna getalsmatig het omvangrijkste in het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht, dat in dit onderzoek centraal is gesteld, vanwege de verwantschap van dit deelgebied met het algemene vermogensrecht. In dat rechtsgebied is al veel studie gedaan naar de redelijkheid en billijkheid als leerstuk, waar in dit onderzoek op kan worden voortgebouwd.

Bevindingen uit de interviews wat betreft de frequenties

Aangezien figuur 9.1 slechts toont hoe vaak de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* is genoemd in de *gepubliceerde* uitspraken, is aan de feitenrechters eveneens gevraagd in hoeveel zaken ze de redelijkheid en billijkheid bij benadering in 2013 (expliciet) hebben toegepast. Hierbij is tevens geïnformeerd naar de verhouding tussen de verschillende materiële functies binnen deze zaken (zie bijlage 2, interviewvraag 2a). Deze vraag was niet eenvoudig te beantwoorden. De geïnterviewde feitenrechters zijn immers, ook naar eigen zeggen, meer bezig met de individuele zaken, dan met het gehele plaatje. Daarnaast zou de redelijkheid en billijkheid volgens een van hen standaard spelen bij verdelingszaken, die aan de orde van de dag zijn, zodat het lastig zou zijn om een schatting te maken. De helft van de geïnterviewde feitenrechters kwam dan ook niet verder dan aan te geven dat de redelijkheid en billijkheid 'vaak' van belang is. Over hoe vaak 'vaak' is, hadden ze geen idee. De andere helft maakte wel een schatting en kwam met de volgende antwoorden. Het aantal zou liggen tussen de tien en 15 zaken per jaar,[537] waarvan het in het merendeel van de zaken om de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid zou zijn gegaan. Een ander dacht dat het om 5% van het aantal zaken ging, waarvan het, gevoelsmatig, het vaakst de aanvullende functie betrof. Al merkte deze feitenrechter op dat het niet altijd ook onder de vlag van de redelijkheid en billijkheid zou zijn opgeschreven. In sommige zaken zou het derhalve toch een impliciete toepassing van de redelijkheid en billijkheid hebben betroffen. Een derde geïnterviewde feitenrechter meende dat de redelijkheid en billijkheid in negen op de tien zaken was opgevoerd door de advocatuur, maar dat een beroep hierop slechts zelden was geslaagd. Een andere geïnterviewde

537 Als referentiejaar was hierbij, wegens omstandigheden, 2012 genomen.

feitenrechter vond dit aantal aan de hoge kant. Het zou eerder om zeven op de tien zaken zijn gegaan. Weer een ander gaf aan dat, naar zeer grove schatting, in ongeveer 20% van de zaken een beroep op de redelijkheid en billijkheid was gedaan. Volgens deze feitenrechter ging het bijna altijd om de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid. De laatste geïnterviewde feitenrechter die een schatting deed, maakte een onderscheid naar het soort zaak: in gezagskwesties zou de redelijkheid en billijkheid ongeveer in één op de negen zaken hebben gespeeld, in jeugdbeschermingszaken zou dit aantal zeker niet zijn gehaald.

Aan de feitenrechters is daarnaast gevraagd hoe vaak ruwweg een beroep op correctie van een tussen partijen geldende regel (die geldt krachtens wet, vaste jurisprudentie, gewoonte, rechtshandeling of redelijkheid en billijkheid) is toegewezen (zie bijlage 2, interviewvraag 2b). Deze vraag was nog lastiger te beantwoorden, wat, gegeven het geringe aantal antwoorden, ook is gebleken. De meesten gaven aan hier geen idee van te hebben. Een van de geïnterviewde feitenrechters vermoedde dat een beroep op de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid in één op de 15 zaken was geslaagd, al moest ook deze feitenrechter hier, volgens eigen zeggen, hard over nadenken, wat zou impliceren dat het niet vaak zo was. Een ander schatte dat het slechts in een paar procent van de zaken is toegewezen, het meeste nog in alimentatiezaken,

> ‘omdat het daar in de wet staat en de toets daar misschien wat minder streng is dan bij huwelijksvermogensrechtelijke kwesties. Al moet het ook daar gaan om onaanvaardbaarheid.’

In de interviews is tevens gevraagd of het voorkomt dat de redelijkheid en billijkheid een rol heeft gespeeld bij de vorming van het rechtsoordeel, maar dat deze open norm niet (expliciet) terug is gekomen in de motivering daarvan, en zo ja, of de feitenrechters hier een of meerdere voorbeelden van konden geven (zie bijlage 2, interviewvraag 2c). De eerste geïnterviewde feitenrechter dacht dat dit niet voorkomt.

> ‘Als je vindt dat iets naar redelijkheid en billijkheid A of B moet zijn, dan zeg je dat expliciet, want anders kun je gewoon de regels aflopen.’

Dit denkbeeld werd door meerdere geïnterviewde feitenrechters gedeeld. Wel zou de redelijkheid en billijkheid *onbewust* een rol kunnen hebben gespeeld, maar zou het moeilijk zijn om dit naar boven te halen. Het zou daarbij bovendien gaan om de redelijkheid en billijkheid op ‘een stapje hoger’, op het niveau van de rechtsbeginselen.

Volgens een van de geïnterviewde feitenrechters worden de niet-vermogensrechtelijke aspecten van familierechtelijke relaties in het geheel niet, dus ook niet impliciet, beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Andere open normen, zoals het belang van het kind en het recht op respect voor privé-, familie- en gezinsleven, zouden op dit terrein de overhand hebben. Het voordeel van die open normen boven de redelijkheid en billijkheid zou zijn dat deze meer sturing geven. De vervolgvraag of de redelijkheid en billijkheid in deze open normen besloten ligt, werd stellig ontkennend beantwoord.

Volgens de ja-zeggers zou het *vaak* het geval zijn dat de redelijkheid en billijkheid slechts impliciet een rol heeft gespeeld. Zo had een van de geïnterviewde feitenrechters de redelijkheid en billijkheid veelvuldig toegepast bij verdelingen, zonder dit expliciet tot uitdrukking te hebben gebracht in de rechterlijke uitspraak. Volgens een andere geïnterviewde feitenrechter, die ditzelfde voorbeeld noemde, is iedere belangenafweging in feite een redelijkheids- en billijkheidsoordeel. Weer een ander antwoordde dat de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid dikwijls niet wordt geëxpliciteerd, hoewel deze wel de grondslag van de beslissing vormt. Volgens een andere geïnterviewde feitenrechter is de redelijkheid en billijkheid in iedere rechterlijke uitspraak te ontwaren, ook in rechterlijke uitspraken waar hier niet expliciet aan is gerefereerd. De redelijkheid en billijkheid zou zijn verweven met de feiten en de omstandigheden van het geval.

9.4 Enkele concrete toepassingen

Om een idee te krijgen van de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid die zich in de onderscheiden deelgebieden kunnen voordoen, wordt hieronder van ieder deelgebied − behalve van het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht, dat grondig wordt geanalyseerd in het volgende hoofdstuk − de eerst geselecteerde uitspraak uitgewerkt. Deze uitwerkingen zijn slechts bedoeld ter illustratie. Het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht is, zoals gezegd, noodgedwongen van stratum tot onderzoekspopulatie verheven, zodat op basis daarvan geen uitspraken kunnen worden gedaan over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het bredere personen- en familierecht. Er is gekozen voor het *objectieve* criterium van de eerst geselecteerde uitspraak, omdat deze uitspraak volgens de zoekmachine van Rechtspraak.nl het meest relevant was. Bij deze uitwerking wordt steeds de functie of andere rol die de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval lijkt te hebben vervuld, genoemd, alsmede het type onderbouwing dat is gebruikt ter motivering van de beslissing. Zie tabel 9.1 voor het totaaloverzicht.

Onderwerp	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
De persoon(lijke staat)	Correctie	●	●				●	
Het aangaan van een huwelijk of de registratie van een partnerschap	Om aan te geven dat marginaal is getoetst	●	●			●	●	
Het afstammings- en adoptierecht	Correctie	●	●				●	
	Synoniem voor het rechtvaardigheids-beginsel						●	
Minderjarigheid en gezag, alsmede het recht op contact, informatie en consultatie	Aanvulling							●
Bescherming van kinderen	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie	●					●	
Bescherming van meerderjarigen	Aanvulling			●			●	
Het partneralimentatierecht	Correctie						●	
Het kinderalimentatierecht	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie		●				●	
	Correctie		●				●	
Het erfrecht	Correctie		●			●	●	
Het internationaal privaatrecht	Correctie		●				●	
Het pensioenrecht	Aanvulling en correctie			●		●		
Het vermogensrecht voor ongehuwde, samenlevende partners	Aanvulling					●		
Afspraken over partneralimentatie tussen ongehuwde, samenlevende ex-partners	Uitleg	●	●				●	
Het familieprocesrecht (en overige)	Correctie	●				●	●	
Huis- en contactverboden	Om aan te geven dat marginaal is getoetst		●				●	

Onderwerp	Materiële functie of andere rol	Type onderbouwing						
		Bronnen	Context	Belangen	Hulpmiddelen	Procesrecht	Restcategorie	Niet gemotiveerd
De rechten van personen die zijn opgenomen in psychiatrische ziekenhuizen	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie							●

Tabel 9.1: Totaaloverzicht van de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij concrete toepassingen in het personen- en familierecht

De persoon(lijke staat)

De Rechtbank Utrecht heeft in haar beschikking van 8 juli 2009[538] het verzoek van de officier van justitie tot doorhaling op de geboorteakte van de tweede voornaam van het eerste kind afgewezen. De officier van justitie had dit verzocht, omdat deze tweede voornaam overeenstemde met de geslachtsnaam van de moeder en geen gebruikelijke voornaam zou zijn.[539] Om deze reden had ook de ambtenaar van de burgerlijke stand van de Gemeente Utrecht bij de aangifte van het tweede kind geweigerd deze naam als tweede voornaam op te nemen in haar geboorteakte. Het daaropvolgende verzoek van de ouders tot wijziging van deze voornaam is door deze zelfde rechtbank afgewezen.[540] De rechtbank had toen tevens de acceptatie van deze naam als tweede voornaam van het eerste kind door de ambtenaar van de burgerlijke stand van de Gemeente Zeist als een ambtelijke misslag gekwalificeerd. Desondanks heeft de rechtbank in de onderhavige zaak geen verbetering van de geboorteakte van het eerste kind gelast. Dit zou volgens de rechtbank, gelet op de feiten en omstandigheden in deze zaak, namelijk in strijd zijn geweest met de redelijkheid en billijkheid. Het eerste kind was ten tijde van het wijzen van de onderhavige beschikking namelijk bijna zeven jaar en was zelf helemaal gewend aan deze tweede voornaam. Hij ontleende hieraan voor een deel zijn identiteit. Ook in zijn omgeving en bij alle instanties was hij mede onder deze naam bekend.

538 **Rb. Utrecht 8 juli 2009**, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ2483.

539 Zie artikel 1:4 lid 2 BW. De ratio achter deze bepaling is te voorkomen dat een kind een dubbele geslachtsnaam krijgt. De ouders hadden in de onderhavige zaak echter niet de intentie om, door als tweede voornaam voor de geslachtsnaam van de moeder te kiezen, aan hun kind(eren) een dubbele geslachtsnaam te geven. Zie **Rb. Utrecht 8 juli 2009**, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ2483, r.o. 3.8.

540 Zie artikel 1:4 lid 4 BW.

Wijziging zou dan ook aanleiding hebben gegeven tot praktische problemen. De redelijkheid en billijkheid lijkt in de onderhavige zaak derhalve te zijn gebruikt in haar corrigerende functie.[541] De toepassing daarvan is gemotiveerd met *bronnen*, *context* en gevalspecifieke argumenten behorende tot de *restcategorie*.

Het aangaan van een huwelijk of de registratie van een partnerschap
De aanstaande echtgenoten waren bij het Hof Arnhem[542] in hoger beroep gekomen van de afwijzing van de Rechtbank Zwolle tot het gelasten van de ambtenaar van de burgerlijke stand van de Gemeente Lelystad hen een beëdigde verklaring te laten afleggen als bedoeld in artikel 1:45 lid 3 BW en alsnog de akte van huwelijksaangifte op te maken. Ze hadden aangevoerd dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de eedsaflegging en huwelijksaangifte *uitsluitend* had geweigerd omdat ze geen gelegaliseerde geboorteakten hadden overgelegd. Volgens het hof stond het de ambtenaar van de burgerlijke stand vrij bedoelde eedsaflegging en huwelijksaangifte te weigeren, indien hij gerede twijfel had, en in redelijkheid (en billijkheid) kon hebben, over de identiteit en afstamming van de betrokkenen. De ambtenaar van de burgerlijke stand had in het onderhavige geval echter niet aangegeven omtrent welke concrete gegevens met betrekking tot de identiteit en afstamming van de aanstaande echtgenoten hij twijfelde. Ook had hij nagelaten die gegevens zelfstandig nader te onderzoeken. Onder deze omstandigheden moest het er naar het oordeel van het hof voor worden gehouden dat

> ‘de ambtenaar niet in redelijkheid [had] kunnen oordelen dat omtrent de identiteit en afstamming van verzoekers gerede twijfel [bestond].’[543]

Deze formulering duidt erop dat het hof een marginale toets heeft aangelegd, en dat de redelijkheid (en billijkheid) ‘slechts’ is gebruikt om dit aan te geven. Ter motivering van deze beslissing zijn de typen onderbouwingen *bronnen*, *context* en *restcategorie* aangewend. Daarnaast heeft het *procesrecht* bij de beslissing van het hof een rol gespeeld.

Het afstammings- en adoptierecht
In de uitspraak van de Rechtbank Alkmaar van 20 oktober 2010[544] had een geadopteerde, meerderjarige vrouw op voet van artikel 1:231 BW verzocht haar

541 Of dit daadwerkelijk zo was, is maar de vraag. De rechtbank heeft namelijk in het kader van de vraag of de onderhavige naam als een min of meer algemeen gebruikelijke voornaam kon worden getypeerd, opgemerkt dat deze naam vanuit zijn Indonesische afkomst ook in Nederland als voornaam kan worden *gevoerd* – wat overigens niet hetzelfde is als *gedragen*.

542 **Hof Arnhem 30 november 2004**, ECLI:NL:GHARN:2004:AR8865.

543 **Hof Arnhem 30 november 2004**, ECLI:NL:GHARN:2004:AR8865, r.o. 4.6.

adoptie te herroepen. In lid 2 van dit artikel is bepaald dat dit verzoek alleen kan worden toegewezen indien het niet eerder is ingediend dan twee jaren en niet later dan vijf jaren na de dag waarop de geadopteerde meerderjarig is geworden. In het onderhavige geval was deze termijn met circa 20 jaar overschreden. De rechtbank heeft echter, gezien de feiten en omstandigheden van het geval en artikel 8 lid 2 EVRM, de hiervoor genoemde wettelijke herroepingstermijn op grond van (de corrigerende functie van) de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing gelaten en heeft de vrouw ontvankelijk verklaard in haar verzoek. De feiten en omstandigheden van het geval bestonden erin dat de vrouw vanaf haar achttiende jaar weer contact had gekregen met haar geboortemoeder, wat was uitgegroeid tot een zeer innig familiecontact. Naderhand had de vrouw ook een dierbare band opgebouwd met de zus van haar geboortemoeder en haar man, alsmede met de ouders van de geboortemoeder. Daarnaast hadden beide fondsen van de familie van de vader van de geboortemoeder een uitzondering op de statutaire regeling gemaakt voor de vrouw, inhoudende dat ze als leden alleen wettige afstammelingen van de oorspronkelijke stichters van het fonds toelieten. Anderzijds was het contact tussen de vrouw en haar adoptiefouders mettertijd verloren gegaan. Deze beslissing is aldus gemotiveerd met *bronnen*, *context* en gevalspecifieke argumenten behorende tot de *restcategorie*. *JPF*-annotator VLAARDINGERBROEK was van mening dat *in dit geval* terecht een zeer grote verruiming op de beperkte driejaarstermijn was toegestaan en heeft *in het algemeen* gepleit voor verruiming van de wettelijke herroepingstermijn.[545] De rechtbank heeft tot slot geoordeeld dat zij, gelet op de stukken, de referteverklaring van adoptant en het verhandelde ter zitting (gevalspecifieke argumenten aldus, behorende tot de *restcategorie)* in gemoede overtuigd was van de redelijkheid (en billijkheid) van het verzoek. De redelijkheid (en billijkheid) lijkt in deze standaardformule te moeten worden gelezen als een synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel. In deze formule ligt namelijk besloten dat de geadopteerde op basis van ideële motieven van zodanig gewicht tot haar verzoek is gekomen dat handhaving van de adoptie redelijkerwijs niet te vergen is.[546]

---

544 **Rb. Alkmaar 20 oktober 2010**, ECLI:NL:RBALK:2010:BQ6551, *JPF* 2011/96, m.nt. P. Vlaardingerbroek.

545 Noot van P. Vlaardingerbroek onder **Rb. Alkmaar 20 oktober 2010**, ECLI:NL: RBALK:2010:BQ6551, *JPF* 2011/96.

546 Zie ***Kamerstukken II* 1955/56, 3530**, 35b, p. 4 (EV der commissie van rapporteurs, MvA).

Minderjarigheid en gezag, alsmede het recht op contact, informatie en consultatie

In de uitspraak van het Hof Arnhem van 7 november 2006[547] oefenden partijen het gezamenlijk gezag uit over hun zoon, die woonachtig was bij de vrouw. De man had gesteld dat hij een vordering op de vrouw had tot vergoeding van de helft van de reiskosten die hij had gemaakt in verband met zijn bezoekregeling met hun zoon. Het hof heeft deze vordering afgewezen, omdat de man hiervoor geen wettelijke grondslag had aangedragen en de vrouw deze vordering had betwist. Ook kon deze vordering volgens het hof niet worden gegrond op de door de man tijdens de mondelinge behandeling genoemde (aanvullende functie van de) redelijkheid en billijkheid. Deze afwijzing is *niet gemotiveerd*.

Bescherming van kinderen

De ouders van een minderjarige jongen hadden in de uitspraak van de Rechtbank Groningen van 10 mei 2006[548] gevorderd de Staat te veroordelen aan hun zoon een voorschot te voldoen van € 1.500,00 ter zake van de door hem geleden schade. Hij was in de justitiële jeugdinrichting, waar hij op het moment van de uitspraak vijf maanden verbleef in het kader van een crisisplaatsing, verkracht door een van zijn oudere groepsgenoten. Twee weken na bekendwording daarvan was hij overgeplaatst naar een andere afdeling binnen dezelfde justitiële jeugdinrichting, en niet, wat gelet op de zeer schrijdende omstandigheden volgens de rechtbank wel gerechtvaardigd was, naar een definitieve en passende behandelsetting. De rechtbank heeft het voorschot toegewezen, maar heeft dit naar redelijkheid en billijkheid bepaald op € 700,00. De rechtbank heeft hierbij aansluiting gezocht bij de jurisprudentie inzake de zogeheten p.i.j. passantentermijn,[549] waarbij na verloop van zes maanden in elk geval een vergoeding van € 350,00 per maand toewijsbaar is. In het onderhavige geval gingen de verwijtbare gedragingen van de Staat volgens de rechtbank terug tot ongeveer twee maanden voor de uitspraakdatum. De redelijkheid en billijkheid lijkt in het onderhavige geval derhalve te hebben verwezen naar de rechterlijke dispositie. Deze beslissing is gemotiveerd met de typen onderbouwingen *bronnen* en *restcategorie*.

547 **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk.

548 **Rb. Groningen 10 mei 2006**, ECLI:NL:RBGRO:2006:AX1558, *JPF* 2006/112, m.nt. P. Vlaardingerbroek; *RFR* 2006/93, met wenk.

549 Dit is de termijn waarop jeugdigen in een opvanginrichting wachten op plaatsing in een behandelinrichting.

Bescherming van meerderjarigen
In de wet is niets geregeld over omgang tussen ouder en meerderjarige kinderen. Desondanks heeft de Rechtbank Maastricht in haar vonnis van 17 mei 2006[550] de zoon veroordeeld om omgang toe te staan tussen de moeder en haar twee dochters bij hem thuis, waar de moeder een slaapkamer op een bovenverdieping had. Zij was namelijk door een herseninfarct, gevolgd door een hersenbloeding, bedlegerig geworden, waardoor omgang tussen haar en haar twee dochters buiten de woning van de zoon niet meer uitvoerbaar was. Contact via de telefoon was naar het oordeel van de rechtbank een te minieme wijze van invulling van het omgangsrecht tussen *personen die gedurende lange tijd in gezinsverband duurzaam hebben samengeleefd*. De dochters moesten, ondanks dat de zoon en zijn echtgenote met hen vanwege een financiële kwestie waren gebrouilleerd en hen niet wensten toe te laten in hun woning, op grond van (de aanvullende functie van) de redelijkheid en billijkheid omgang kunnen blijven hebben met hun moeder. Dit gold te meer nu aannemelijk was geworden dat omgang in het belang was van de moeder en dat zij dit prettig zou vinden, aldus nog steeds de rechtbank. Naast de redelijkheid en billijkheid heeft de rechtbank als grondslag ook misbruik van bevoegdheid als bedoeld in artikel 3:13 jo. 3:15 BW[551] en onrechtmatig handelen genoemd. Deze beslissing berustte op een afweging van *belangen* en argumenten behorende tot de *restcategorie*.

Het partneralimentatierecht
In artikel II lid 2 Wet limitering van alimentatie na scheiding is neergelegd dat na vijftien jaren een einde komt aan een alimentatieverplichting die door de rechter is toegekend vóór 1 juli 1994, tenzij de beëindiging zo ingrijpend is dat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de alimentatiegerechtigde kan worden gevergd. Dit laatste is een wettelijke precisering van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid. Hiermee is volgens de Hoge Raad in zijn beschikking van 16 maart 2007[552] bedoeld dat beëindiging voor de alimentatiegerechtigde niet hoogst onrechtvaardig is. In dit geval hadden partijen een echtscheidingsconvenant gesloten, waarin was overeengekomen dat de daarin opgenomen voorzieningen

550 **Rb. Maastricht 17 mei 2006**, ECLI:NL:RBMAA:2006:AX4742, *JIN* 2006/287, m.nt. P. Dorhout; *JPF* 2006/110, m.nt. P. Vlaardingerbroek; *RFR* 2006/94, met wenk.

551 Volgens *JIN*-annotator Dorhout was artikel 8 EVRM een solidere grond voor toewijzing van de eis dan misbruik van bevoegdheid. Zie de noot van P. Dorhout onder **Rb. Maastricht 17 mei 2006**, ECLI:NL:RBMAA:2006:AX4742, *JIN* 2006/287 (*JPF* 2006/110, m.nt. P. Vlaardingerbroek; *RFR* 2006/94, met wenk).

552 **HR 16 maart 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ7907, *FJR* 2007/102, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2007/308, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2007/307; *RFR* 2007/56, met wenk.

niet bij rechterlijke uitspraak zouden kunnen worden gewijzigd op grond van een wijziging van omstandigheden. Het hof waar de zaak had gediend, had het, alle feiten en omstandigheden in aanmerking nemend, *redelijk (en billijk)* geacht een gefaseerde afbouwregeling vast te stellen. Volgens de Hoge Raad was deze beslissing niet begrijpelijk, omdat het hof niet had doen uitkomen hoe het de financiële positie van de man in de daaraan ten grondslag liggende afweging had betrokken. Ook de motiveringsklacht dat het hof niet, althans niet voldoende kenbaar in zijn afweging had betrokken dat het gesloten echtscheidings-convenant een beding van niet-wijziging inhield, heeft doel getroffen. Aan de motivering daarvan worden derhalve vrij strenge eisen gesteld. De Hoge Raad zelf heeft zijn beslissing gemotiveerd met gevalspecifieke argumenten behorende tot de *restcategorie*.

Het kinderalimentatierecht

De redelijkheid en billijkheid lijkt in de beschikking van het Hof Leeuwarden van 10 september 2009[553] in twee betekenissen voor te zijn gekomen: als verwijzing naar de rechterlijke dispositie en in haar corrigerende functie. Ten eerste heeft het hof bij de vaststelling van de onderhoudsverplichting van de verwekker, zijnde de stiefvader van de moeder, tot de erkenning van de kinderen door de echtgenoot van de moeder steeds gekeken wat zijns inziens redelijk (en billijk) was. Hierbij zijn de typen onderbouwingen *context* en *restcategorie* gebruikt. Ten tweede heeft het hof geoordeeld dat voor doorbreking van het wettelijk stelsel − in die zin dat de verwekker ook onderhoudsplichtig zou zijn na de erkenning van de kinderen door de echtgenoot van de moeder − op grond van de redelijkheid en billijkheid geen plaats was, omdat de wetgever een duidelijke keuze had gemaakt. De echtgenoot van de moeder was er ten tijde van de erkenning van op de hoogte dat de kinderen waren verwekt door seksueel misbruik, zodat de redelijkheid en billijkheid er niet aan in de weg stond om hem als erkenner aan zijn (onderhouds)verplichtingen te houden, aldus het hof. De moeder had derhalve tevergeefs aangevoerd dat het voor haar onverteerbaar was dat de verwekker − gelet op de omstandigheden rondom de verwekking van de kinderen − niet zou hoeven bij te dragen in de kosten van de kinderen. Ook hadden de bijzondere omstandigheden rondom de verwekking van de kinderen volgens het hof de moeder en haar echtgenoot niet ontslagen van de verplichting zich goed te laten inlichten over de consequenties van erkenning. Dat ze hiertoe waren overgegaan uit angst dat de vader van de moeder de kinderen zou erkennen met alle bijbehorende rechten, kwam derhalve voor hun risico. Het hof

553 **Hof Leeuwarden 10 september 2009**, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ8018, *RFR* 2009/137, met wenk.

heeft zich echter gehaast te zeggen dat het begreep dat er bij de moeder emoties waren die tot deze standpunten hadden geleid. Ook deze beslissing is derhalve gemotiveerd met *context* en argumenten behorende tot de *restcategorie.*

Het erfrecht

In de uitspraak van het Hof Den Haag van 29 maart 2006[554] had de man op voet van artikel 4:1167 OBW een zogeheten ouderlijke boedelverdeling gemaakt, waarin de natuurlijke verbintenis van de man tot verzorging van de vrouw was omgezet in een rechtens afdwingbare verbintenis. Tussen de vrouw en de kinderen was in geschil of de legitieme porties dadelijk aan laatstgenoemden dienden te worden uitgekeerd. Volgens de vrouw was de opeisbaarheid van de legitieme porties 'begrensd' door (de corrigerende functie van) de redelijkheid en billijkheid. Naar het oordeel van het hof heeft de vrouw haar beroep hierop niet, althans niet voldoende onderbouwd. Of uit het arrest van het Hof Den Bosch van 14 december 1998,[555] waarop de vrouw in dit verband nog een beroep had gedaan, volgde dat aan een beroep op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen al te zware eisen mogen worden gesteld, is in het algemeen in het midden gelaten. In het onderhavige geschil was volgens het hof, nu het huwelijk was geëindigd door de dood van de erflater en niet door de vrouw beoogde echtscheiding, geen aanleiding om lichtere maatstaven van redelijkheid en billijkheid aan te leggen dan gebruikelijk. De rechtbank had volgens het hof aldus terecht beslist dat de legitieme porties dadelijk diende te worden uitgekeerd. Ter motivering van deze beslissing zijn aldus de typen onderbouwingen *context* en *restcategorie* ingezet. Daarnaast heeft het *procesrecht* een rol gespeeld.

Het internationaal privaatrecht

Op het verzoek van partijen tot verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap was in de beschikking van de Rechtbank Breda van 8 juli 2009[556] volgens het conflictenrecht Marokkaans recht van toepassing. Naar Marokkaans recht bestond er, zoals de rechtbank ambtshalve bekend was, geen huwelijksgoederengemeenschap. De man had echter gesteld dat op grond van de redelijkheid en billijkheid het bestaan van een gemeenschap van goederen kon worden aangenomen. Of de man hiermee een *correctie* had beoogd van de conflictenrechtelijke regel of van het materiële Marokkaanse recht, is uit de uitspraak niet af te leiden. Hoe dan ook, de rechtbank begreep niet waarom dit zo zou zijn en heeft het verzoek tot verdeling afgewezen. Voor zover de stelling

554 **Hof Den Haag 29 maart 2006**, ECLI:NL:GHSGR:2006:AW2827.
555 **Hof Den Bosch 14 december 1998**, *NJ* 2001/113, m.nt. W.M. Kleijn.
556 **Rb. Breda 8 juli 2009**, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ3136.

van de man moest worden begrepen als een verzoek tot verdeling *van de waarde* van de gemeenschappelijke goederen, oftewel verrekening, had de man daartoe onvoldoende redengevende argumenten aangevoerd, aldus de rechtbank. De omstandigheden dat de man al twintig jaar als kostwinner voor de vrouw en de gezamenlijke kinderen van partijen had gezorgd en dat van dit inkomen alle kosten werden betaald en voorts dat hij uitsluitend op zijn naam kredieten was aangegaan in het kader van gezinshereniging zouden niet zodanig uitzonderlijk zijn dat deze een afwijking rechtvaardigden op het uitgangspunt van afwezigheid van elke huwelijksgemeenschap. Hierbij heeft de rechtbank rekening gehouden met het feit dat de schulden alleen op naam van de man stonden en dat hij voldoende tijd had gehad om deze af te lossen. Wat betreft de inboedel en de bankrekeningen waren partijen bovendien zelf al een regeling overeengekomen. De rechtbank heeft haar beslissing derhalve toegelicht met behulp van *context* en gevalspecifieke argumenten die zijn ondergebracht onder de *restcategorie*.

Het pensioenrecht

De redelijkheid en billijkheid speelt in het pensioenrecht bijvoorbeeld een rol bij de vraag of de tot verevening verplichte echtgenoot verplicht is tot afstorting van het in eigen beheer opgebouwde pensioen.[557] In zijn beschikking van 9 februari 2007[558] heeft de Hoge Raad voortgeborduurd op zijn eerdere arrest van 12 maart 2004,[559] waarin hij had geoordeeld dat de tot verevening gerechtigde vrouw niet zonder meer het risico zou hebben te aanvaarden dat haar pensioenen niet (volledig) tot uitbetaling zouden kunnen komen als gevolg van de door haar gestelde gedragingen van de B.V. De B.V. zou al een aantal jaren doende zijn geweest haar vermogen weg te maken, althans structureel te weinig zorg te besteden aan de dekking van de benodigde pensioenreservering. In de onderhavige beschikking is de Hoge Raad nog een stap verder gegaan. De eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen,[560] zouden *in het algemeen* meebrengen − hier lijkt de redelijkheid en

557 Het pensioen in eigen beheer wordt evenwel 'uitgefaseerd'. Zie ***Kamerstukken II* 2016/17, 34662**, 3 (MvT).

558 **HR 9 februari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658, *FJR* 2007/62, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2007/306, m.nt. J. de Boer; *RFR* 2007/43, met wenk.

559 **HR 12 maart 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO1289, *NJ* 2004/636, m.nt. S.F.M. Wortmann; *Ondernemingsrecht* 2004/133, m.nt. M.L. Lennarts, m.nt. M.L. Lennarts; *PJ* 2004/63, m.nt. M. Heemskerk. Zie ook **HR 19 januari 1996**, *NJ* 1996/617, m.nt. W.M. Kleijn (*Rensing/Polak I*).

560 Zie artikel 3:166 lid 3 jo. 6:2 lid 1 BW. De verplichting tot waardeoverdracht casu quo afstorting vloeit volgens A-G L.A.D. Keus in zijn conclusie (ECLI:NL: PHR:2007:AZ2658), o. 2.6 voor deze beschikking ook voort uit de ratio van de

billijkheid aldus te zijn gebruikt in haar aanvullende functie – dat de tot verevening verplichte echtgenoot dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak. Van deze echtgenoot zou in beginsel immers niet kunnen worden gevergd dat deze bij voortduring afhankelijk blijft van het beleid dat de tot verevening verplichte echtgenoot ten aanzien van de betrokken rechtspersoon (en de onderneming waaraan deze verbonden is) voert en het risico zou moeten blijven dragen dat het in eigen beheer opgebouwde pensioen te zijner tijd niet zou kunnen worden betaald – de *belangen* van de tot verevening gerechtigde wegen aldus in het algemeen het zwaarst. Dit zou slechts anders zijn indien de tot verevening verplichte echtgenoot stelt, en bij betwisting aannemelijk maakt, dat de benodigde liquide middelen voor de afstorting ook niet zouden kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon (en de onderneming waaraan deze is verbonden) in gevaar te brengen. Deze uitzondering sloot volgens *FJR*-annotator PIETERS aan bij de beschikking *Vissersbedrijf* (zie ook paragraaf 10.11),[561] waarin de continuïteit van het bedrijf in aanmerking is genomen.[562] Of op de afstortingsverplichting in een concreet geval aanspraak kan worden gemaakt, dient volgens de Hoge Raad te worden beoordeeld naar de feiten en omstandigheden van het geval. De afwijzing van de cassatieklacht van de man dat het hof zijn stelling, inhoudende dat een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid met zich bracht dat van afstorting geen sprake kon zijn omdat de onderneming niet in staat was de pensioenaanspraak van de vrouw te voldoen, niet had mogen passeren, berustte geheel op *procesrecht*elijke gronden. De redelijkheid en billijkheid leidde aldus in het onderhavige geval niet tot correctie.

Het vermogensrecht voor ongehuwde, samenlevende partners

In de uitspraak van het Hof Den Haag van 24 november 2009[563] was in geschil of de vrouw respectievelijk de man op grond van (de aanvullende functie van) de redelijkheid en billijkheid recht had op een verrekening van het in de woning van de man respectievelijk het in de grond en de woning in Kaapverdië van de vrouw opgebouwde vermogen. Het hof heeft beide vorderingen afgewezen, omdat partijen niet aan hun respectievelijke stelplichten ten aanzien van de

---

Pensioen- en Spaarfondsenwet, te weten het zo veel mogelijk veiligstellen van pensioenaanspraken.

561 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*).

562 Noot van I.J. Pieters onder **HR 9 februari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658, *FJR* 2007/62 (*NJ* 2007/306, m.nt. J. de Boer; *RFR* 2007/43, met wenk).

563 **Hof Den Haag 24 november 2009**, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK4741.

feiten en de grondslag van de vorderingen zelf hadden voldaan. Ook deze beslissing berustte derhalve geheel op *procesrecht*elijke gronden.

Afspraken over partneralimentatie tussen ongehuwde, samenlevende ex-partners
In de uitspraak van het Hof Den Haag van 17 augustus 2010[564] was in geschil of de vrouw in redelijkheid (en billijkheid) nakoming kon vorderen van de overeenkomst betreffende een onderhoudsbijdrage voor haar. Om deze vraag te beantwoorden, is het hof eerst aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf (zie subparagraaf 7.3.1.1) nagegaan wat de intentie van de ongehuwde, samenlevende ex-partners is geweest bij het sluiten van de overeenkomst. Dit was om hun zoon een goede opvoeding te geven. Het hof is vervolgens op grond van een redelijke (en billijke) *uitleg* van de overeenkomst tot het oordeel gekomen dat deze kenmerken had van een alimentatieovereenkomst: de onderhoudsbijdrage van de man was fiscaal aftrekbaar en de verplichting tot levensonderhoud zou eindigen wanneer de vrouw een nieuwe partner zou krijgen en zou gaan samenwonen. Gezien de aard van de overeenkomst en wat partijen over en weer hadden verklaard, kon de vrouw in redelijkheid (en billijkheid) niet verwachten dat de man levenslang in haar onderhoud zou voorzien, aldus het hof. Er waren volgens het hof in beginsel ook geen belemmeringen meer voor de vrouw om in haar eigen levensonderhoud te voorzien, nu hun zoon meerderjarig was en volledig in zijn eigen levensonderhoud kon voorzien. Hoewel het inkomen van de man was gedaald, beschikte hij nog wel over een vermogen ten laste waarvan hij voorlopig de onderhoudsverplichting kon voldoen. Uitgaande van deze feiten en omstandigheden bracht een redelijke (en billijke) uitleg van de overeenkomst naar het oordeel van het hof mee dat de verplichting tot levensonderhoud zou eindigen per 21 december 2011, aldus na ommekomst van twaalf jaren. Het Hof Den Haag heeft aldus een vrij ruime interpretatie gegeven aan het begrip *uitleg* en heeft zijn beslissing gemotiveerd met *bronnen*, *context* en gevalspecifieke argumenten behorende tot de *restcategorie.*

Het familieprocesrecht (en overige)
In zaken tussen ex-partners is het gebruikelijk om de proceskosten te compenseren.[565] De Rechtbank Den Bosch heeft in haar beschikking van 23 december 2011[566] herhaald[567] dat

564 **Hof Den Haag 17 augustus 2010**, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4205, *JPF* 2010/141, m.nt. P. Vlaardingerbroek.
565 Zie artikel 237 lid 1 Rv.
566 **Rb. Den Bosch 23 december 2011**, ECLI:NL:RBSHE:2011:BV0419.
567 Zie **Hof Arnhem 19 november 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BG4803, *JPF* 2009/11, m.nt. P. Vlaardingerbroek.

> ‘[d]e redelijkheid en billijkheid [mee]brengen dat niet te snel tot een kostenveroordeling ten laste van een der partijen wordt overgegaan. Een zakelijk "gelijk" van de een op een of meer onderdelen van de rechtsstrijd tussen partijen betekent immers niet zonder meer dat de ander, de aard van de geschilpunten in aanmerking genomen, de zaak zonder behoorlijke gronden aanhangig heeft gemaakt of verweer heeft gevoerd tegen de verzoeken van de ander. Die gronden kunnen deels gelegen zijn in de emotionele geladenheid van de problematiek. De rechter in familierechtelijke aangelegenheden zou zijn taak miskennen, indien hij uitsluitend toegankelijk zou zijn voor een zakelijke en juridische argumentatie. Om die reden behoren geen te hoge drempels te worden opgeworpen voor de toegang tot de rechter. Dit brengt onder meer mee dat bij de beslissing omtrent de kosten in het algemeen niet kan worden volstaan met de vaststelling dat het zakelijke gelijk geheel of in overwegende mate bij een van de partijen ligt. De noodzakelijke terughoudendheid van de rechter wordt ook ingegeven door de overweging dat partijen in vele gevallen nog met elkaar verder moeten, al was het maar omdat zij gezamenlijke kinderen hebben. Een kostenveroordeling ten laste van de een ten gunste van de ander kan de verdere relatie belasten, omdat deze veroordeling als prestigewinst kan worden opgevat. Ook in familierechtelijke zaken kunnen zich echter gevallen voordoen waarbij het juist in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn de kosten te compenseren.’[568]

In het onderhavige geval was volgens de rechtbank geen sprake van een dergelijke situatie. De vrouw had haar verzoek tot vaststelling van kinderalimentatie ingetrokken. Hierdoor was de rechtbank niet toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling van het verzoek en het daarop gevoerde verweer. Dit had tot gevolg dat de rechtbank niet inhoudelijk kon beoordelen of de man, zoals hij had aangevoerd, nodeloos in rechte was betrokken.[569] De rechtbank heeft verder, naar het schijnt ten overvloede, opgemerkt dat het zonder enige goede grond een verzoek indienen, vervolgens kijken of en welk verweer zal worden gevoerd en daarna het verzoek bij gebleken kansloosheid straffeloos intrekken geenszins zonder meer strijd met de redelijkheid en billijkheid oplevert. De overige door de man aangevoerde argumenten, inhoudende dat de vrouw zich diende te realiseren dat hij geen rechtsbijstand genoot op basis van een toevoeging en dat de schulden (naast de huwelijkse schulden) van de man alleen maar hoger zouden worden, leidden volgens de rechtbank evenmin tot het oordeel dat sprake was van strijd met de redelijkheid en billijkheid. De rechtbank lijkt de redelijkheid en billijkheid derhalve te hebben gebruikt in haar corrigerende functie en heeft haar beslissing gemotiveerd met *bronnen* en gevalspecifieke argumenten behorende tot de *restcategorie*. Daarnaast speelden in deze zaak *procesrecht*elijke elementen een rol.

---

568 **Rb. Den Bosch 23 december 2011**, ECLI:NL:RBSHE:2011:BV0419.
569 Zie ook artikel 237 lid 1, laatste volzin BW.

Huis- en contactverboden
Op 12 augustus 2009[570] heeft de Rechtbank Maastricht (sector civiel) uitspraak gedaan tussen de man en de burgemeester van de Gemeente Kerkrade. Deze laatste had volgens de rechtbank in redelijkheid (en billijkheid) kunnen besluiten tot oplegging van het huisverbod aan de man, alsook tot verlenging daarvan. Niet was gebleken van feiten en omstandigheden die maakten dat de burgemeester geen gebruik had mogen maken van zijn discretionaire bevoegdheid. Uit het feit dat de vrouw pas de ochtend nadat het huiselijk geweld had plaatsgevonden daarvan aangifte had gedaan, mocht, anders dan de man had aangevoerd, niet worden opgemaakt dat het huiselijk geweld wel meeviel, aldus de rechtbank. De vrouw had immers, naar uit de verklaringen van haarzelf, haar zoon en de man naar voren was gekomen, uit angst voor de man en om verdere escalatie te voorkomen, met het doen van aangifte gewacht tot de man de woning had verlaten. Het begrip *redelijkheid (en billijkheid)* wees er in het onderhavige geval aldus op dat de beslissing van de burgemeester om gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid marginaal was getoetst. De beslissing van de rechtbank is gemotiveerd met de typen onderbouwingen *context* en *restcategorie.*

De rechten van personen die zijn opgenomen in psychiatrische ziekenhuizen
De Rechtbank Maastricht heeft in haar beschikking van 11 juli 2012[571] op voet van artikel 41b Wet Bopz een schadevergoeding van € 200,00 toegekend aan de patiënt ten laste van de Stichting Mondriaan. De stichting had naar het oordeel van de rechtbank namelijk onrechtmatig gehandeld jegens de patiënt, ten aanzien van wie was besloten tot het toedienen van dwangmedicatie en vervolgens tot de separatie voor een aantal uren, door hem niet schriftelijk te informeren over de gronden waarop deze beslissing berustte, over de mogelijkheid de patiëntenvertrouwenspersoon in te schakelen en over de mogelijkheid gebruik te maken van de in artikel 41 tot en met 41b Wet Bopz genoemde rechtsmiddelen. De rechtbank heeft *niet gemotiveerd* waarom zij een bedrag van € 50,00 minder dan door de patiënt verzocht als schadevergoeding redelijk (en billijk) achtte. De redelijkheid (en billijkheid) lijkt in dit geval te hebben verwezen naar de rechterlijke dispositie.

9.5 Verhouding tot andere open normen en begripsomschrijvingen in Boek 1 BW

Nu we de verhouding tussen de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het algemene vermogensrecht en in het personen- en familierecht, alsook tussen

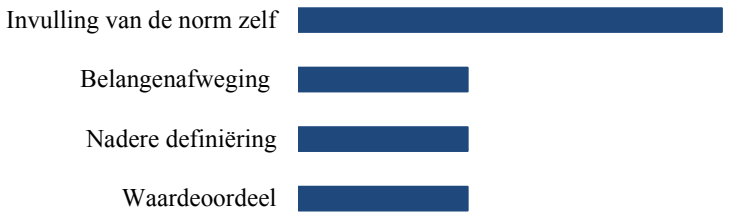
570 **Rb. Maastricht 12 augustus 2009**, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ5313.
571 **Rb. Maastricht 11 juli 2012**, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX2205.

de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht onderling, hebben overdacht, wordt de aandacht in deze paragraaf verlegd naar de verhouding tot andere open normen en begripsomschrijvingen in Boek 1 BW. In de interviews is, zoals in de paragrafen 9.2 en 9.3 ter sprake is gekomen, meerdere keren opgemerkt dat toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de deelgebieden van het personen- en familierecht die worden beheerst door andere open normen, zoals *het belang van het kind* en *goed curator-, bewind- of mentorschap*, niet steeds nodig is, zij het dat sommige feitenrechters meenden dat de redelijkheid en billijkheid in deze open normen is verinnerlijkt. Boek 1 BW kent vele open normen en begripsomschrijvingen, maar deze bieden aan de toepasser daarvan (uiteindelijk: de rechter) geenszins allemaal dezelfde mate van vrijheid als de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid lijkt bovendien, vanwege het verschil in sturing dat van die open normen uitgaat (wat hierna nader wordt toegelicht), ook niet volstrekt inwisselbaar met open normen die wel een vergelijkbare mate van vrijheid bieden aan de toepasser.

De open normen en begripsomschrijvingen in Boek 1 BW kunnen naar de vorm van vrijheid grofweg in vier categorieën worden onderverdeeld. Ten eerste zijn er open normen en begripsomschrijvingen die voor hun toepassing een waardeoordeel van de toepasser vragen. De openheid schuilt er hier in dat een waardeoordeel onvermijdelijk in enige mate subjectief is.[572] Voorbeelden hiervan zijn *ongepaste* voornamen, *gegronde* redenen en *in ernstige mate* tekortschieten in het bestuur van de goederen van de gemeenschap. Ten tweede zijn er bepalingen waarin de wetgever de nadere definiëring heeft gedelegeerd aan de toepasser. Zo is het aan de rechter om te bepalen wie onder de begrippen *een ander die de minderjarige als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt* en *belanghebbende* vallen. Deze vrijheid is veelal beperkt door richtinggevende opmerkingen in de parlementaire geschiedenis. Ten derde zijn er bepalingen die expliciet een belangenafweging vergen van de toepasser. De vrijheid is er in deze artikelen in gelegen dat de toepasser het gewicht van de belangen dient te bepalen en ervoor dient te zorgen dat de weegschaal naar de juiste kant doorslaat. Bij deze categorie kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de vraag of er voor de woonplaats die in een concreet geval is gekozen een redelijk belang aanwezig is, alsook aan de belangen van beide partijen bij de keuze tussen de verschillende modaliteiten van artikel 1:140 lid 1 BW. De vorm van vrijheid verschilt aldus tussen deze drie categorieën, maar de mate van vrijheid is min of meer gelijk. Ten vierde rest er een categorie, waartoe *het belang van het kind* en *de redelijkheid en billijkheid* behoren, waarvan de invulling van de open norm

572 Zie ook **GROENEWEGEN 2006**, p. 29, al is de redelijkheid en billijkheid volgens hem aan te merken als een evaluatief begrip (p. 28).

zelf nagenoeg tot geheel afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. De mate van vrijheid die aan de toepasser wordt geboden, is bij deze laatste categorie aanzienlijk groter dan bij de eerste drie categorieën. Zie figuur 9.2.



Figuur 9.2: Vorm en mate van vrijheid bij open normen en begripsomschrijvingen

Hoewel de open normen uit deze laatste categorie met elkaar gemeen hebben dat de invulling van de open norm zelf nagenoeg tot geheel afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval, zijn ze niet volstrekt inwisselbaar. Dit komt doordat in deze open normen een bepaalde sturing ligt besloten. Zo dient de rechter bij zijn beslissing over wat hem *in het belang van het kind* wenselijk voorkomt alle feiten en omstandigheden van het geval in acht te nemen, maar dient het belang van het kind een overweging van de eerste orde te zijn. De *redelijkheid en billijkheid* stuurt de toepasser in de richting van een zo rechtvaardig mogelijke beslissing, in die zin dat zo veel mogelijk recht wordt gedaan aan de feiten en omstandigheden van het geval. Dit neemt niet weg dat de toepassing van deze beide open normen bijna altijd tot dezelfde uitkomst zal leiden.

De hiervoor genoemde onderverdeling lijkt overigens ook toepasbaar op open normen en begripsomschrijvingen buiten Boek 1 BW. Zo zou *het recht op respect voor familie- en gezinsleven* als bedoeld in artikel 8 EVRM tot de vierde categorie kunnen worden gerekend. Ook deze open norm is niet inwisselbaar met de redelijkheid en billijkheid, daar deze eerste open norm stuurt in de richting van bescherming van reeds bestaand familie- en gezinsleven.

9.6 Samenvattend

Allereerst is in dit hoofdstuk de vraag gesteld of de in het personen- en familierecht voorkomende rechtsverhoudingen überhaupt zijn onderworpen aan de redelijkheid en billijkheid. Deze vraag is voor rechtsbetrekkingen waar geen contractuele rechtsverhouding aan ten gronde ligt door de wetgever bewust aan de vrije waardering van de rechter overgelaten. Hoewel het er de schijn van heeft dat dit ook moet worden gemotiveerd, is het de vraag of dit in de praktijk

(steeds) gebeurt. Daarnaast is het de vraag of er *in algemene zin* iets valt te zeggen over de grond voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid bij het ontbreken van een contractuele rechtsverhouding. Het lijkt verdedigbaar dat deze grond in de regel kan worden gevonden in het bestaan van de (ex-)partner- of familierelatie sec. De geïnterviewde feitenrechters waren unaniem van mening dat de redelijkheid en billijkheid in deze gevallen in de praktijk ook daadwerkelijk een rol speelt. Dit leek voor het overgrote deel van hen voldoende reden om aan te nemen dat de redelijkheid en billijkheid ook een rol mag (of zelfs moet) spelen. Het gebeurt, dus het mag. Twee geïnterviewde feitenrechters gingen nog in op de vraag wat de grond voor de toepassing in deze gevallen is. Volgens de een was deze grond de *context*, volgens de ander de *partner- of familierelatie zélf*.

Vervolgens is onderzocht in hoeverre de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht verschilt van de toepassing daarvan in het algemene vermogensrecht. Voor de beantwoording van deze vraag lijkt onder andere de aard van de rechtsverhoudingen in het personen- en familierecht van belang. Deze aard is afgezet tegen de aard van de rechtsverhoudingen in het algemene vermogensrecht. Op basis daarvan kan worden gezegd dat (ex-)partners en familieleden enerzijds meer van elkaar mogen vergen dan van derden, maar dat ze anderzijds ook meer van elkaar moeten verdragen. De eisen die aan het gedrag of de houding van (een van de) partijen kunnen worden gesteld, zijn aldus hoger, waardoor de redelijkheid en billijkheid sneller in het geding lijkt te zijn. Dat wil overigens niet zeggen dat een beroep daarop ook eerder slaagt. Ook de geïnterviewde feitenrechters waren van mening dat de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht ruimer dient te worden toegepast dan in het algemene vermogensrecht. Dat er geen algemene wettelijke bepaling is die voorschrijft dat de redelijkheid en billijkheid ook voor dit soort rechtsverhoudingen geldt en dat de schakelbepaling van artikel 6:216 BW de toepassing van de redelijkheid en billijkheid slechts uitbreidt tot andere meerzijdige *vermogens*rechtelijke rechtshandelingen was volgens hen geen aanduiding van het tegendeel.

In paragraaf 9.3 zijn drie hypotheses geformuleerd over het verschil in werkingssfeer van de redelijkheid en billijkheid tussen de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht:

1. De invloed van de redelijkheid en billijkheid is in deelgebieden waarin veel regels van dwingend recht zijn beperkter dan in deelgebieden waar de partijautonomie vooropstaat.
2. De rol van de redelijkheid en billijkheid als aanduiding dat er marginaal is getoetst, komt vaker voor in deelgebieden die ook publiekrechtelijke elementen kennen.

3. Een verzoek tot wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden zal in deelgebieden die worden gekenmerkt door het veranderlijkheidsbeginsel sneller slagen dan in deelgebieden waar de continuïteit van de rechtstoestand primair van belang is.

De hiervoor als eerst geformuleerde hypothese bleek ook te leven onder de geïnterviewde feitenrechters. Ze baseerden deze hypothese op de gedachte dat regels van dwingend recht slechts in uitzonderingsgevallen buiten toepassing kunnen worden gesteld door de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid.

Uit de data die zijn verzameld in de selectiefase van de inhoudsanalyse is gebleken dat het aantal keren dat de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* is genoemd in de gepubliceerde uitspraken aanzienlijk verschilt tussen de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht. De invloed van de redelijkheid en billijkheid lijkt op basis daarvan het grootst in het partneralimentatierecht. De werkingssfeer van de redelijkheid en billijkheid lijkt daarna getalsmatig het omvangrijkste in het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht, dat in dit onderzoek centraal is gesteld.

Uit de interviews is geen eenduidig beeld naar voren gekomen van de frequentie waarin de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht wordt gebruikt. De geïnterviewde feitenrechters die een poging hebben gedaan om de lastige vraag in hoeveel zaken ze de redelijkheid en billijkheid in 2013 expliciet hebben toegepast, alsmede wat de verhouding daarin was tussen de verschillende materiële functies, te beantwoorden, kwamen met uiteenlopende aantallen, alsmede met van elkaar afwijkende verhoudingen.

In paragraaf 9.4 is van ieder deelgebied binnen het personen- en familierecht, behalve van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht, dat in het volgende hoofdstuk wordt behandeld, de eerst geselecteerde uitspraak uitgewerkt. Hierbij is steeds de functie of andere rol genoemd die de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval lijkt te hebben vervuld, alsmede de typen onderbouwingen die zijn gebruikt ter motivering van de beslissing. Anders dan wat we in het volgende hoofdstuk bij de behandeling van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht zullen zien, lijkt de redelijkheid en billijkheid in deze gevallen twee keer enkel te zijn gebruikt om aan te geven dat marginaal is getoetst. Aan deze uitwerkingen kunnen geen algemene conclusies worden verbonden. Deze paragraaf is slechts bedoeld ter illustratie.

Anders dan sommige geïnterviewde feitenrechters dachten, zijn de open normen *het belang van het kind* en de *redelijkheid en billijkheid*, ondanks dat deze open normen met elkaar gemeen hebben dat de invulling daarvan zelf nagenoeg tot geheel afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval, niet volstrekt inwisselbaar. Dit komt doordat daarin een bepaalde sturing

ligt besloten. Dit neemt niet weg dat de toepassing van deze beide open normen bijna altijd tot dezelfde uitkomst zal leiden.

9.7 Enkele deelconclusies

De in het personen- en familierecht voorkomende rechtsverhoudingen zijn (via schakelbepalingen of jurisprudentiële uitbreidingen) of kunnen in beginsel worden onderworpen aan de redelijkheid en billijkheid. De antwoorden van de geïnterviewde feitenrechters dienaangaande lijken te bevestigen dat in de praktijk niet (steeds) wordt gemotiveerd waarom er in het gegeven geval voldoende grond aanwezig is voor overeenkomstige toepassing. Het lijkt verdedigbaar dat het bestaan van de (ex-)partner- of familierelatie sec al voldoende grond is voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid.

Of de denkbeelden over de redelijkheid en billijkheid uit de (met name) algemene vermogensrechtelijke literatuur kunnen worden toegepast in het personen- en familierecht lijkt, zoals gezegd, afhankelijk van een combinatie van factoren: de materiële functie die in het geding is; het onderwerp waarover de redelijkheids- en billijkheidsvraag gaat; en de aard van de rechtsverhouding. In het algemeen lijkt de redelijkheid en billijkheid, op basis van deze laatste factor, in het personen- en familierecht ruimer te moeten worden toegepast dan in het algemene vermogensrecht, in die zin dat de redelijkheid en billijkheid sneller in het geding lijkt te moeten worden geacht. Dat wil overigens niet zeggen dat een beroep daarop ook eerder slaagt. De mate van solidariteit die betracht moet worden tussen rechtsgenoten lijkt evenwel ook binnen het personen- en familierecht te verschillen.

Wat betreft de drie geformuleerde hypotheses over het verschil in werkingssfeer tussen de onderscheiden deelgebieden van het personen en familierecht kan worden geconcludeerd dat de eerst geformuleerde hypothese wordt gedeeld door de geïnterviewde feitenrechters, zij het dat ze hierbij enkel hebben gedacht aan de ruimte waarbinnen de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid zich doet gevoelen. De tweede geformuleerde hypothese (dat de rol van de redelijkheid en billijkheid als aanduiding dat er marginaal is getoetst, vaker voorkomt in deelgebieden die ook publiekrechtelijke elementen kennen) kan verklaren waarom deze rol in de uitspraken uit de inhoudsanalyse over het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht geen enkele keer is waargenomen (zie paragraaf 7.5). De werkingssfeer van de redelijkheid en billijkheid lijkt op basis van de data die zijn verzameld in de selectiefase van de inhoudsanalyse het grootst in het partneralimentatierecht. Of een beroep op onvoorziene omstandigheden, zoals wordt verondersteld, in dat deelgebied ook sneller slaagt, is niet onderzocht.

Dat de redelijkheid en billijkheid niet volstrekt inwisselbaar is met andere open normen en begripsomschrijvingen lijkt met name van theoretisch belang.

10 Concrete toepassingen in het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht

In hoofdstuk 9 is ingegaan op de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het bredere personen- en familierecht. In dit hoofdstuk wordt ingezoomd op een specifiek onderdeel daarvan, namelijk het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht. Dit wordt gedaan aan de hand van de bevindingen van de inhoudsanalyse en de verdere uitdieping van de individuele rechterlijke uitspraken aan de hand van de juridisch-dogmatische methode. Er wordt antwoord gegeven op de volgende onderzoeksvragen: bij welke onderwerpen speelt de redelijkheid en billijkheid; in welke materiële functie of andere rol lijkt de redelijkheid en billijkheid in deze gevallen te zijn gebruikt door de rechter; en welk(e) type(n) onderbouwing(en) heeft hij aangewend in de overwegingen waarin de redelijkheid en/*of* billijkheid *is genoemd? Daarnaast wordt onderzocht of uit de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten kunnen worden afgeleid. Dit is van belang vanwege het juridische-gelijkheidspostulaat, dat de rechter verplicht gelijke gevallen gelijk te behandelen. Ook worden suggesties gedaan voor het al dan niet (wettelijk) neerleggen van deze regels. In veel gevallen hebben ook andere rechtswetenschappelijke onderzoekers zich uitgesproken over de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid en/of over de daaruit af te leiden duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten, wat wordt meegenomen in dit hoofdstuk. De analyse van de jurisprudentie per onderwerp maakt het daarnaast mogelijk om een vergelijking te maken tussen de onderscheiden onderwerpen binnen het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht en om vast te stellen of, en zo ja, welke lijnen zijn te ontdekken in de wijzen waarop de redelijkheid en billijkheid is toegepast en wat praktijkbeoefenaars daarvan kunnen leren.*

De concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid zijn in zeventien categorieën ondergebracht, die in de paragrafen 10.1 tot en met 10.17 worden besproken. In paragraaf 10.18 worden de belangrijkste bevindingen van dit hoofdstuk samengevat, waarna dit hoofdstuk in paragraaf 10.19 wordt afgesloten met enkele deelconclusies.

10.1 Uitleg van familievermogensrechtelijke overeenkomsten

In deze paragraaf wordt per soort overeenkomst – overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, echtscheidingsconvenant en verdelingsovereenkomst – onderzocht volgens welke maatstaf dergelijke familievermogensrechtelijke overeenkomsten in de gecodeerde en geanalyseerde jurisprudentie zijn uitgelegd en welke

gezichtspunten daarbij relevant zijn geacht. Wat hierbij direct opvalt, is dat de meeste geschilpunten gingen over de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Dit is echter niet verbazingwekkend. De bedoelingen en verwachtingen van (met name) de (aanstaande) echtgenoten zijn ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, naar algemeen wordt aangenomen, veelal blijven steken op een abstract niveau. Daarnaast zit er veel tijdsverloop tussen het sluiten van deze overeenkomst en het moment waarop de uitlegvraag speelt. Het achterhalen van de bedoelingen en verwachtingen van partijen is immers problematisch als deze bedoelingen en verwachtingen er niet waren, althans niet op het niveau van de inhoud, de strekking en de reikwijdte van de individuele bepalingen, of als niemand meer weet wat deze bedoelingen en verwachtingen waren (of deze bedoelingen en verwachtingen kan bewijzen). Bij een echtscheidingsconvenant zullen deze problemen zich vermoedelijk minder vaak voordoen. Partijen zullen bij het sluiten daarvan namelijk scherper voor ogen hebben wat ze willen, nu de kans op een echtscheiding, waarvan ze dachten dat deze kans zich nooit zou voordoen, zich daadwerkelijk heeft gerealiseerd, of naderend is. Partijen zullen op dat moment niet meer zijn verblind door de liefde.[573] De tijdspanne tussen het sluiten van de overeenkomst en het moment waarop de rechtsgevolgen van de echtscheiding intreden (en de uitlegvraag gaat spelen) is bovendien korter dan bij een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Een (aparte) verdelingsovereenkomst kan zowel worden overeengekomen als de relatie tussen partijen nog goed is, als daarna. In het eerste geval zullen, gelet op voorgaande redeneringen, zich eerder uitlegproblemen voordoen dan in het tweede geval.

10.1.1 Uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden

Eenentwintig van de 169 geschilpunten betroffen de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.[574] Deze uitleg dient volgens vaste

573 Al zullen ze wel regelmatig worden verblind door woede.

574 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0378, *NJ* 2001/583, m.nt. S.F.M. Wortmann onder *NJ* 2001/584 (*Slot/Ceelen*); **HR 6 december 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE9241, *NJ* 2005/125, m.nt. W.M. Kleijn; **HR 18 april 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AF3415, *PJ* 2003/83, m.nt. S.H. Kuiper & E. Lutjens (2x); **HR 28 november 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AK3697; **HR 20 januari 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU5284, *JPF* 2006/48, m.nt. F.A.W. Bannier onder *JPF* 2006/49; **HR 19 januari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ1106, *JPF* 2007/56, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2007/41, met wenk (2x); **HR 4 mei 2007**, ECLI:NL:HR:2007:BA1564, *NJ* 2008/187, m.nt. M.H. Wissink; *RFR* 2007/83, met wenk; **HR 3 september 2010**, ECLI:NL:HR:2010:BM6085, *FJR* 2011/34, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2011/5, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2010/122, met wenk; **HR 25 februari 2011**, ECLI:NL:HR:2011:BO7277, *FJR* 2011/80, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2011/55, met wenk; **Hof Den Bosch 29 januari 2002**, ECLI:NL:GHSHE:2002:AE8696; **Hof**

jurisprudentie (van de Hoge Raad) te geschieden aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf.[575] Hierbij komt het mede aan op de zin die partijen in de gegeven feiten en omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van deze overeenkomst mochten toekennen en op wat ze te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.[576] De bedoelingen en verwachtingen van partijen komen derhalve niet pas aan de orde als de tekst van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden reden tot twijfel over de uitleg ervan geeft.[577] Wanneer de verklaringen van partijen over hun bedoelingen en verwachtingen bij het opmaken van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden elkaar tegenspreken,[578] moet echter uiteindelijk toch worden teruggegrepen op de tekst van de overeenkomst. Uit een en ander volgt op grond van de jurisprudentie dat de redelijkheid en billijkheid bij die uitleg een rol speelt,[579] oftewel, zoals we in subparagraaf 7.3.1.1 hebben gezien, dat alle feiten

---

Arnhem 29 mei 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520, *RFR* 2007/97, met wenk (3x); **Hof Den Haag 10 december 2008**, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG8998; **Hof Den Haag 4 augustus 2010**, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4898; **Hof Leeuwarden 31 mei 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7318, *RFR* 2011/100, met wenk; *RN* 2011/96, met wenk; **Rb. Haarlem 12 januari 2010**, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0633, *RFR* 2010/67, met wenk; **Rb. Den Haag 20 juli 2011**, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2473; en **Rb. Den Bosch 23 december 2011**, ECLI:NL:RBSHE:2011:BV0303.

575 Aldus de volgende uitspraken uit de inhoudsanalyse: **HR 28 november 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AK3697; **HR 19 januari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ1106, *JPF* 2007/56, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2007/41, met wenk; **HR 4 mei 2007**, ECLI:NL:HR:2007:BA1564, *NJ* 2008/187, m.nt. M.H. Wissink; *RFR* 2007/83, met wenk; **HR 3 september 2010**, ECLI:NL:HR:2010:BM6085, *FJR* 2011/34, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2011/5, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2010/122, met wenk; **HR 25 februari 2011**, ECLI:NL:HR:2011:BO7277, *FJR* 2011/80, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2011/55, met wenk; **Hof Arnhem 29 mei 2007**, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520, *RFR* 2007/97, met wenk; **Hof Den Haag 10 december 2008**, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG8998; **Rb. Haarlem 12 januari 2010**, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0633, *RFR* 2010/67, met wenk; **Rb. Den Haag 20 juli 2011**, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2473; en **Rb. Den Bosch 23 december 2011**, ECLI:NL:RBSHE:2011:BV0303. Zie ook de conclusie van A-G E.M. Wesseling-Van Gent (ECLI:NL:PHR:2006:AU5284), o. 3.17 voor **HR 20 januari 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU5284, *JPF* 2006/48, m.nt. F.A.W. Bannier onder *JPF* 2006/49.

576 **HR 13 maart 1981**, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*).

577 Zie **HR 28 november 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AK3697.

578 Zoals in de uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 12 januari 2010 (ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0633, *RFR* 2010/67, met wenk).

579 **Hof Den Haag 10 december 2008**, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG8998 en **Rb. Den Bosch 23 december 2011**, ECLI:NL:RBSHE:2011:BV0303. De Rechtbank Den Bosch heeft hierbij verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 12 januari 2001 (ECLI:NL:HR:2001:AA9430). Zie ook **Tanja-Van den Broek, *WPNR* 2002/6493**, p. 432-433.

en omstandigheden van het geval moeten worden gewaardeerd naar wat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.

Aangezien notariële tussenkomst bij het aangaan van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden op grond van artikel 1:115 lid 1 BW verplicht is gesteld,[580] komt bij toepassing van de *Haviltex*-maatstaf mede gewicht toe aan wat de notaris in het kader van zijn voorlichting aan partijen heeft medegedeeld omtrent de inhoud en de strekking van de bepalingen van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden en aan de betekenis die veel voorkomende bepalingen daarin volgens notarieel gebruik normaal gesproken hebben, aldus de Hoge Raad in zijn beschikking van 4 mei 2007.[581] Het is dan ook van belang dat de notaris informatie over het adviesgesprek opneemt in het dossier van partijen.[582] Daarnaast dienen volgens de *Haviltex*-maatstaf de feiten en omstandigheden waaronder de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is opgemaakt, te worden meegewogen.[583]

De Hoge Raad heeft in zijn beschikking van 3 september 2010[584] verder overwogen dat de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden (hoofdzakelijk) is voorbehouden aan de feitenrechter en slechts zeer beperkt in cassatie ten toets kan komen. Met andere woorden: als de feitenrechter de juiste uitlegmaatstaf heeft gehanteerd en het uitlegresultaat naar behoren heeft gemotiveerd, is zijn beslissing in cassatie onaantastbaar.

In de jurisprudentie gaat het onder andere over de uitleg van het begrip *inkomsten uit arbeid*, dat niet door de wetgever verder is gedefinieerd, zodat uit de omschrijving in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden moet volgen wat dit begrip precies omvat. In het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 20 juli 2011[585] was in artikel 5 lid 2 van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden opgenomen dat onder *inkomsten uit arbeid* mede *winst uit zelfstandige beroeps- en bedrijfsuitoefening* moest worden begrepen. De rechtbank heeft er, in het kader van de vraag of het begrip *inkomsten uit arbeid* restrictief diende te worden uitgelegd (in die zin dat dit begrip enkel de vruchten van de arbeidsinspanningen van de man in zijn eventueel toekomstige beroeps-

580 Dit is volgens *NJ*-annotator Wissink echter niet het springende punt. Zie de noot van M.H. Wissink onder **HR 4 mei 2007**, ECLI:NL:HR:2007:BA1564, *NJ* 2008/187, onder 4 (*RFR* 2007/83, met wenk).

581 **HR 4 mei 2007**, ECLI:NL:HR:2007:BA1564, *NJ* 2008/187, m.nt. M.H. Wissink; *RFR* 2007/83, met wenk.

582 Zie bijvoorbeeld **Rb. Haarlem 12 januari 2010**, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0633, *RFR* 2010/67, met wenk.

583 Zie **HR 3 september 2010**, ECLI:NL:HR:2010:BM6085, *FJR* 2011/34, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2011/5, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2010/122, met wenk.

584 **HR 3 september 2010**, ECLI:NL:HR:2010:BM6085, *FJR* 2011/34, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2011/5, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2010/122, met wenk.

585 **Rb. Den Haag 20 juli 2011**, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2473.

of bedrijfsuitoefening als alleen handelend ondernemer of zzp-er, dan wel firmant in een vennootschap onder firma of maatschap omvatte), op gewezen dat partijen die een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden aangaan er in het algemeen in verband met de inkomsten ter bestrijding van de kosten van de huishouding en wat daarop eventueel kan worden overgespaard, weinig belang aan hechten of de inkomsten genererende arbeid zal worden verricht als bedrijfsbeoefenaar via een onderneming of als alleen handelend ondernemer. Dit zou blijken uit de parallellie tussen lid 4 (geschreven voor een onderneming die wordt uitgeoefend door een rechtspersoon of een vennootschap onder firma) en lid 5 (waarin lid 4 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard voor het geval dat een echtgenoot een onderneming op eigen naam uitoefent) van artikel 1:141 BW betreffende gereserveerde winsten, en uit de vergelijkbare verwantschap tussen lid 2 en lid 3 van artikel 1:126 OBW (op grond waarvan vergoedingen ten bedrage van de winsten en verliezen van het bedrijf of beroep ten bate of ten laste van de beperkte gemeenschappen van vruchten en inkomsten en van winst en verlies kwamen). Een contra-indicatie voor de algemene veronderstelling dat de aanstaande echtgenoten er geen belang aan hechten of de inkomsten genererende arbeid zal worden verricht als bedrijfsbeoefenaar via een onderneming of als alleen handelend ondernemer kan worden gevonden in de economische situatie van de aanstaande echtgenoten voorafgaand aan het huwelijk, zoals in de uitspraak van het Hof Amsterdam van 1 maart 2011,[586] aldus de rechtbank. In die zaak had de familie van de man voorafgaand aan het huwelijk van partijen de eis gesteld dat in geval van echtscheiding het bedrijf in de familie van de man zou blijven en was het de bedoeling dat het bedrijf buiten de verdeling of verrekening zou blijven. In het onderhavige geval dat voor de rechtbank speelde, was een dergelijke indicatie er niet. Ook het feit dat de keuze van de rechtsvorm waarin de onderneming werd gedreven er één is geweest waar de vrouw niet bij betrokken was, ondersteunde volgens de rechtbank dat een restrictieve uitleg van het begrip *inkomsten uit arbeid* niet logisch was. In die uitleg zou de bepaling over de draagplicht van de kosten van de huishouding in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden namelijk het weinig aannemelijke gevolg (kunnen) hebben gehad dat de man – door voor bedrijfsuitoefening via een B.V. te kiezen – zijn verrekenverplichting jegens de vrouw eenzijdig had kunnen inperken. De rechtbank heeft hierbij verwezen naar de *FJR*-noot van I.J. PIETERS onder de beschikking van de Hoge Raad van 8 januari 2010.[587] Daarin is opgemerkt dat een maatschapscontract

586 **Hof Amsterdam 1 maart 2011**, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP7469, *RFR* 2011/70, met wenk.

587 Noot van I.J. Pieters onder **HR 8 januari 2010**, ECLI:NL:HR:2010:BK1618, *FJR* 2010/56 (*RFR* 2010/28, met wenk).

waar de vrouw geheel buiten staat de verrekenverplichting van de man niet kan inperken.

In twee andere uitspraken hebben de rechterlijke instanties niet met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht dat ze de *Haviltex*-maatstaf voor ogen hebben gehad.[588] In de eerste uitspraak[589] stond vast dat de ontslagvergoeding, die de man tijdens het huwelijk had gekregen van de bank, betrekking had op de voorhuwelijkse periode. Een redelijke (en billijke) uitleg van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden bracht volgens het Hof Den Haag dan ook met zich mee dat de ontslagvergoeding niet diende te worden betrokken in het verrekenbeding als bedoeld in artikel 6 van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. In de tweede uitspraak[590] hadden partijen een overeenkomst gesloten onder de naam *partnerschapsvoorwaarden*, inhoudende uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen. Ze waren evenwel, in tegenstelling tot hun initiële bedoeling, een huwelijk in plaats van een geregistreerd partnerschap aangegaan. De vrouw was van mening dat de hiervoor genoemde overeenkomst niet mocht worden aangemerkt als een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden en dat zij en haar ex-man aldus gehuwd waren in gemeenschap van goederen. Het Hof Leeuwarden deelde deze mening niet. Uit een redelijke (en billijke) wetstoepassing van de artikelen 1:80b, 1:80f en 1:80g BW volgde volgens het hof dat het geregistreerd partnerschap en het huwelijk van gelijke waarde zijn, zodat de onder de naam *partnerschapsvoorwaarden* aangegane overeenkomst moest worden aangemerkt als een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Hetzelfde geldt voor het arrest van het Hof Arnhem van 29 mei 2007 *wat betreft de kosten van onderhoud van de woning*.[591] Partijen hadden in deze zaak bij overeenkomst van huwelijkse voorwaarden vastgelegd dat ze het redelijk (en billijk) achtten dat de vrouw in een eventuele meerwaarde van de op naam van de man gestelde woning zou meedelen. Tegenover deze aanspraak stond de verplichting van de vrouw jegens de man om de helft van de door hem verschuldigde renten en aflossingen van de op de woning rustende hypothecaire schuld te betalen, alsmede de helft van de verzekeringen en belastingen betreffende de woning. Het hof heeft het in zijn arrest in overeenstemming met de tussen partijen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid geoordeeld dat de door de man voor onderhoud aangeschafte gereedschappen volledig als kosten

588 **Hof Den Haag 4 augustus 2010**, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4898 en **Hof Leeuwarden 31 mei 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7318, *RFR* 2011/100, met wenk; *RN* 2011/96, met wenk.

589 **Hof Den Haag 4 augustus 2010**, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4898.

590 **Hof Leeuwarden 31 mei 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7318, *RFR* 2011/100, met wenk; *RN* 2011/96, met wenk.

591 **Hof Arnhem 29 mei 2007**, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520, *RFR* 2007/97, met wenk.

van onderhoud van de woning hadden te gelden, zodat de man deze terecht had opgevoerd ter zake de vaststelling van de meerwaarde van de woning. Als reden hiervoor heeft het hof het feit dat arbeidskracht duurder is dan veel gereedschappen genoemd, en dat veel gereedschappen als verbruiksgoederen zijn aan te merken.

In de hiervoor genoemde uitspraken is niet getoetst of er bij de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden omstandigheden zijn die aanleiding geven tot een meer geobjectiveerde wijze van uitleg (vergelijk subparagraaf 7.3.1.1). In de rechtsliteratuur is echter onder andere door VAN DUIJVENDIJK-BRAND verdedigd dat deze omstandigheden er wel zijn.[592] Partijen hebben volgens haar ervaring bij het aangaan van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden slechts een vage notie van wat voor soort huwelijkse voorwaarden ze wensen en laten feitelijk de keuze hiervan over aan de notaris.[593] Daarnaast zouden bij de duiding van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden rechten van derden kunnen zijn betrokken. Volgens STRUTZ & VERHAGEN spreken ook de omvang en gedetailleerdheid van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden in de regel voor toepassing van de meer geobjectiveerde *Haviltex*-maatstaf.[594] De aard van de overeenkomst lijkt daarentegen eerder te wijzen in de richting van de 'klassieke' *Haviltex*-maatstaf. Bij hun verkenning van de jurisprudentie, waaronder die van de Hoge Raad zelf, hebben ze geen uitspraken gevonden waarin de omstandigheden die de Hoge Raad in de arresten *Meyer Europe/Pont Meyer* en *Derksen/Homburg*[595] voor een meer geobjectiveerde wijze van uitleg heeft geformuleerd, worden toegepast op de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Volgens VERSTAPPEN is de enige reden hiervoor dat overeenkomsten van huwelijkse

592 **VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *WPNR* 2007/6709**, p. 389-390 en p. 397. Zie ook **BIEMANS, *Uitleg van notariële akten algemeen* 2015**, p. 15-16 en **VERSTAPPEN 2015**, p. 105.

593 Dit wil overigens niet zeggen dat degenen die een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden aangaan, in tegenstelling tot zij die dit niet doen (ongeveer drie op de vier, aldus het CNR-huwelijksvoorwaardenonderzoek), niet juist over hun vermogensrechtelijke situatie hebben nagedacht. De inhoud van en de keuzes tussen de verschillende soorten huwelijkse voorwaarden zijn echter vaak niet of nauwelijks te begrijpen voor de gemiddelde burger. Zie ook **VERSTAPPEN 2015**, p. 99 en p. 103.

594 **STRUTZ & VERHAGEN, *WPNR* 2013/6980**, p. 492-499.

595 **HR 19 januari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *JOR* 2007/166, m.nt. R.P.J.L. Tjittes; *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink onder *NJ* 2007/576; *Ondernemingsrecht* 2007/90, m.nt. A. Wiggers; *V-N* 2007/23.31, m.nt. (*Meyer Europe/Pont Meyer*) en **HR 29 juni 2007**, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, *JOR* 2007/198, m.nt. R.P.J.L. Tjittes; *NJ* 2007/576, m.nt. M.H. Wissink, tevens behorend bij *NJ* 2007/575 (*Meyer Europe/Pont Meyer*); *Ondernemingsrecht* 2007/171, m.nt. W.W. de Nijs Bik; *RF* 2007/61, met wenk; *RO* 2007/75, met wenk (*Derksen/Homburg*).

voorwaarden anders moeten worden uitgelegd in geschillen tussen partijen onderling dan in geschillen met derden – welke laatste nog niet aan de Hoge Raad lijken te zijn voorgelegd.[596] Echter, hoewel voor een gedifferentieerde benadering in deze zin zijns inziens iets te zeggen valt, lijkt dit, gelet op het arrest van de Hoge Raad van 8 december 2000,[597] niet mogelijk te zijn. In dit arrest is bepaald dat de uitleg van een leveringsakte naar objectieve maatstaven dient te geschieden. De bedoelingen van partijen zijn bij deze uitleg derhalve − anders dan bij de uitleg van een koopovereenkomst, waarvoor de (klassieke) *Haviltex*-maatstaf geldt − niet (langer) belangrijk. De maatstaf die ingevolge dit arrest moet worden aangelegd bij de uitleg van een leveringsakte lijkt evenwel een eigensoortige maatstaf te zijn,[598] zodat het hiervoor door VERSTAPPEN aangevoerde argument mogelijk niet geheel opgaat. Een argument tegen een dergelijke differentiatie lijkt echter ook te kunnen worden gevonden in het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004 (zie ook paragraaf 10.2),[599] waarin conversie van een nietige overeenkomst van huwelijkse voorwaarden in een enkel tussen partijen geldende regeling is afgewezen. De andersoortige differentiatie die VERSTAPPEN heeft geopperd[600] naar de mate waarin een bepaling van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden de rechtspositie van derden beïnvloedt, lijkt wel mogelijk. In de rechtsliteratuur is de vraag wanneer hiervan sprake is echter niet beantwoord. Het onderwerpen van bepalingen die enkel zien op de onderlinge rechtsverhouding aan een subjectievere uitleg heeft volgens BIEMANS tot voordeel dat partijen en de rechter meer vrijheid hebben.[601] Hierdoor zou rekening kunnen worden gehouden met de omstandigheid dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden slechts een vage notie hadden van wat voor soort huwelijkse voorwaarden ze wensten en ze feitelijk de keuze hiervan hebben overgelaten aan de notaris. Het is echter de vraag of een eigensoortige maatstaf voor niet zakelijke, duurovereenkomsten niet meer in de reden ligt, nu deze vrijheid ook weer niet zo groot is.

Als we dan weer terugkeren naar de uitspraken uit de inhoudsanalyse, zien we dat het in vijf van de 21 gevallen ging om een (standaard)uitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van een tijdens het huwelijk niet

596 **VERSTAPPEN 2015**, p. 105.
597 **HR 8 december 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, *NJ* 2001/350, m.nt. W.M. Kleijn.
598 Zie ook **BIEMANS, *Uitleg van notariële akten algemeen* 2015**, p. 10.
599 **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk.
600 **VERSTAPPEN 2015**, p. 106.
601 **BIEMANS, *De rol van de notaris bij de uitleg van notariële akten* 2015**, p. 22.

nagekomen periodiek verrekenbeding,[602] die is ingezet met het arrest *Vossen/Swinkels*.[603] Zo speelde in het arrest *Slot/Ceelen*[604] de vraag of, en zo ja, in hoeverre de voormalige echtelijke woning van partijen in de verrekening moest worden betrokken. Het hof waar de zaak diende had ten aanzien van deze vraag als uitgangspunt geformuleerd dat een uitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, in verband met de aard van het periodieke verrekenbeding, meebrengt dat bij het einde van het huwelijk ook de vermogensvermeerdering van de man, ontstaan in de relevante periode door belegging van wat uit de inkomsten van de man is bespaard, maar ongedeeld is gebleven, in de verrekening moet worden betrokken. Dit uitgangspunt was volgens de Hoge Raad in cassatie terecht niet bestreden. De hiervoor genoemde uitleg leidde er zijns inziens, zoals ook het hof had beslist, maar door het cassatiemiddel lijkt te zijn bestreden, echter niet toe dat de waardestijging van de echtelijke woning in de verrekening moest worden betrokken, nu het een belegging in een vóór het huwelijk verkregen woning betrof (zie ook paragraaf 10.9).

Het Hof Den Bosch heeft in zijn arrest van 29 januari 2002[605] de stelling van de man verworpen, inhoudende dat op grond van het arrest *Slot/Ceelen*[606] de betaling van de rente en de aflossing van de leningen ter financiering van de panden niet als belegging moest worden aangemerkt, maar als aflossing van een schuld. In het onderhavige geval deed zich zijns inziens namelijk niet de situatie voor dat de enkele grond waarop tot verrekening is geoordeeld, is dat aflossingen op de geldschuld hebben plaatsgevonden uit de gezamenlijke inkomsten.

Het hiervoor genoemde uitgangspunt heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 6 december 2002[607] ook vooropgesteld bij de beoordeling van het middel tegen het oordeel van het hof, inhoudende dat de verjaringstermijn op grond van artikel 3:307 BW eerst was gaan lopen vanaf het einde van het huwelijk. Met de omzetting van een tijdens het huwelijk niet nagekomen periodiek verrekenbeding in een finaal verrekenbeding, waarbij veelal een andere

602 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0378, *NJ* 2001/583, m.nt. S.F.M. Wortmann onder *NJ* 2001/584 (*Slot/Ceelen*); **HR 6 december 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE9241, *NJ* 2005/125, m.nt. W.M. Kleijn; **HR 18 april 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AF3415, *PJ* 2003/83, m.nt. S.H. Kuiper & E. Lutjens (2x); en **Hof Den Bosch 29 januari 2002,** ECLI:NL:GHSHE:2002:AE8696.

603 **HR 7 april 1995**, r.o. 3.3.2, *NJ* 1996/486, m.nt. W.M. Kleijn (*Vossen/Swinkels*).

604 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0378, *NJ* 2001/583, m.nt. S.F.M. Wortmann onder *NJ* 2001/584 (*Slot/Ceelen*).

605 **Hof Den Bosch 29 januari 2002**, ECLI:NL:GHSHE:2002:AE8696.

606 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0378, *NJ* 2001/583, m.nt. S.F.M. Wortmann onder *NJ* 2001/584 (*Slot/Ceelen*).

607 **HR 6 december 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE9241, *NJ* 2005/125, m.nt. W.M. Kleijn.

berekeningsmethode dan bij een periodiek verrekenbeding zal moeten worden toegepast, strookte het volgens de Hoge Raad aan te nemen dat de daaruit voortvloeiende vordering tot verrekening eerst bij het einde van het huwelijk zou kunnen worden gevorderd, zodat ingevolge artikel 3:313 BW de verjaringstermijn eerst dan begon te lopen. Opgemerkt zij nog dat dit arrest thans geen geldend recht meer is (zie paragraaf 10.9).

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 april 2003[608] wederom het hiervoor genoemde uitgangspunt vooropgesteld, waaraan hij heeft toegevoegd dat voor een belegging die is gefinancierd met geleend geld hetzelfde geldt voor zover deze is afgelost met bespaarde, maar ongedeeld gebleven inkomsten. In cassatie stond echter vast dat het door de vrouw ontvangen bedrag als smartengeld na het door haar overkomen ongeval niet kon worden aangemerkt als *overgespaarde inkomsten* in de zin van artikel 3 van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.[609] Dit had volgens de Hoge Raad tot gevolg dat een vermogensvermeerdering, bestaande in een waardestijging van de aandelen van de man in de beheer-B.V., slechts in de verrekening moest worden betrokken voor een deel, het deel dat overeenkwam met het uit overgespaarde inkomsten afgeloste deel van de lening waarmee de aankoop van de aandelen was gefinancierd,[610] zoals de man had gesteld. De man had er daarnaast over geklaagd dat het oordeel van het hof, inhoudende dat onder *inkomsten* in de zin van artikel 3 van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden eveneens de winst uit aanmerkelijk belang behoorde, dat de man als enig aandeelhouder van de beheer-B.V. zelf kon bepalen wanneer de winst uit aanmerkelijk belang zou worden gerealiseerd, en dat een redelijke (en billijke) uitleg van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden meebracht dat partijen bij het einde van het huwelijk in ieder geval rekening zouden moeten houden met nog te verrekenen winst uit algemeen belang, onbegrijpelijk was. Ook op dit punt heeft de Hoge Raad de man gelijk gegeven. Uit de motivering van het hof bleek volgens de Hoge Raad namelijk niet wat het had bedoeld met 'rekening

608 **HR 18 april 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AF3415, *PJ* 2003/83, m.nt. S.H. Kuiper & E. Lutjens.

609 Onder andere inhoudende een verplichting tot verrekening van wat voor de Rijksinkomstenbelasting als *inkomsten* wordt aangemerkt.

610 In het onderhavige geval stond vast dat dit deel 11/30ste bedroeg. De man had op de lening waarmee de aankoop van de aandelen was gefinancierd namelijk fl. 11.000,00 afgelost met geld dat hij had ontvangen als inkomsten in de zin van artikel 3 van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden en fl. 19.000,00 met geld dat hij had geleend van de vrouw en dat deel uitmaakte van de hiervoor genoemde smartengelduitkering. Voor dit laatste deel had de vrouw derhalve (slechts) recht op een nominale vergoeding (zie paragraaf 10.5). Zie **Hof Amsterdam 20 januari 2005**, ECLI:NL:GHAMS:2005:AR7851. Zie ook **HR 27 januari 2012**, ECLI:NL:HR:2012:BU6510, *JBPR* 2012/36, m.nt. B. Winters; *NJ* 2015/36, met red. aant.; *RFR* 2012/40, met wenk.

houden'. Het kan zijn dat het hof hiermee heeft bedoeld dat de waardestijging tijdens het huwelijk van de aandelen in de beheer-B.V. moest worden aangemerkt als een weliswaar niet gerealiseerde winst uit algemeen belang en dat op die grond deze waardestijging, naast of in plaats van door verrekening als hiervoor bedoeld, moest worden verrekend als overgespaarde inkomsten. Het hof zou in dat geval echter uit het oog hebben verloren dat een waardestijging van gedeeltelijk uit overgespaarde inkomsten gefinancierde aandelen slechts in de verrekening moest worden betrokken voor een deel dat overeenkwam met het uit overgespaarde inkomsten afgeloste deel van de lening waarmee de aankoop van de aandelen was gefinancierd, aldus de Hoge Raad. Het Hof Amsterdam, waarnaar de Hoge Raad het geding ter verdere behandeling en beslissing heeft verwezen, heeft in zijn arrest van 20 januari 2005[611] beslist dat met het begrip *winst uit aanmerkelijk belang*, die nog niet was gerealiseerd, slechts in zoverre rekening kon worden gehouden dat deze winst was verdisconteerd in de waardestijging van die aandelen. In het onderhavige geval zou winst uit aanmerkelijk belang derhalve geen zelfstandige betekenis hebben voor de uitleg van het begrip *inkomsten* in artikel 3 van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.

In de uitspraken waarin deze standaarduitleg is gehanteerd, is de functie die de redelijkheid en billijkheid daarin vervult door de rechterlijke instanties zelf bestempeld als *uitleg*, wat in de inhoudsanalyse bepalend is geacht voor de kwalificatie van de materiële functie of andere rol waarin de redelijkheid en billijkheid is gebruikt. VAN DUIJVENDIJK-BRAND heeft echter (terecht) verdedigd dat de rechterlijke instanties in deze gevallen de leemte *aanvullen* die in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is ontstaan doordat tijdens het huwelijk niet is verrekend, terwijl het recht op verrekening wel is blijven bestaan en de overeenkomst niet in een eindafrekening voorziet.[612]

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0378	Uitleg						●	

611 **Hof Amsterdam 20 januari 2005**, ECLI:NL:GHAMS:2005:AR7851.

612 **VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *WPNR* 2007/6709**, p. 394. Zie ook **VERSTAPPEN 2015**, p. 107 en p. 108.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9241	Uitleg	●						
HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3415	Uitleg	●					●	
HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3415	Uitleg					●		
HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3697	Uitleg	●						
HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5284	Uitleg					●		
HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1106	Uitleg	●	●					
HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1106	Uitleg							●
HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1564	Uitleg	●	●				●	
HR 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6085	Uitleg	●	●			●	●	
HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7277	Uitleg	●	●					
Hof Den Bosch 29 januari 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AE8696	Uitleg	●	●				●	
Hof Arnhem 29 mei 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520	Uitleg	●	●				●	
Hof Arnhem 29 mei 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520	Uitleg						●	
Hof Arnhem 29 mei 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520	Uitleg		●				●	
Hof Den Haag 10 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG8998	Uitleg	●	●				●	
Hof Den Haag 4 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4898	Uitleg						●	
Hof Leeuwarden 31 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7318	Uitleg	●			●			
Rb. Haarlem 12 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0633	Uitleg	●	●		●	●	●	
Rb. Den Haag 20 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2473	Uitleg	●	●				●	

Uitspraak	Materiële functie of andere rol	Type onderbouwing						
		Bronnen	Context	Belangen	Hulpmiddelen	Procesrecht	Restcategorie	Niet gemotiveerd
Rb. Den Bosch 23 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BV0303	Uitleg	●	●			●		

Tabel 10.1: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden

Toelichting bij tabel 10.1
Binnen de subcategorie *uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden* is de redelijkheid en billijkheid logischerwijs steeds gekwalificeerd als uitleg. Qua type onderbouwing van de desbetreffende overwegingen was er wel enige variëteit. De typen onderbouwingen *bronnen*, *restcategorie* en *context* kwamen het meest voor. Bij het type onderbouwing *bronnen* ging het veelal om een verwijzing naar een precedent of vaste rechtspraak (*Haviltex*-maatstaf). Hoewel het type onderbouwing *context,* na bronnen en restcategorie, het meest voorkwam, is slechts drie keer een verwijzing naar de bedoelingen van partijen waargenomen. Dit is opvallend, gelet op de *Haviltex*-maatstaf, op grond waarvan de bedoelingen en verwachtingen van partijen doorslaggevend zijn. Het betrof bij dit type onderbouwing veelal een verwijzing naar de redactie van de overeenkomst.

10.1.2 Uitleg van een echtscheidingsconvenant

Over de tweede subcategorie van de uitleg van familievermogensrechtelijke overeenkomsten, de uitleg van een echtscheidingsconvenant, gingen zes geschilpunten.[613] Ook hiervoor geldt de *Haviltex*-maatstaf.[614] Deze maatstaf

613 **HR 5 maart 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO1974; **HR 23 maart 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ7624, *FJR* 2007/103, m.nt. I.J. Pieters; **Hof Den Bosch 22 juni 2004**, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR2537; **Rb. Den Haag 25 oktober 2005**, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU6998; **Rb. Utrecht 24 februari 2010**, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL5436; en **Rb. Middelburg 6 augustus 2010**, ECLI:NL:RBMID:2010:BO0075.

614 **HR 5 maart 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO1974; **HR 23 maart 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ7624, *FJR* 2007/103, m.nt. I.J. Pieters; **Hof Den Bosch 22 juni 2004**, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR2537; **Rb. Den Haag 25 oktober 2005**,

correspondeerde volgens de Rechtbank Den Haag[615] met de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Derhalve is niet alleen de letterlijke betekenis van de bewoordingen waarin het convenant is gesteld bepalend voor de uitleg daarvan. Uit praktisch oogpunt is de letterlijke betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van het echtscheidingsconvenant als geheel, in het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van het echtscheidingsconvenant vaak wel van groot belang, aldus de Hoge Raad in zijn beschikking van 5 maart 2004.[616] Hij heeft hierbij ter toelichting verwezen naar zijn arrest *Pensioenfonds/Fox*.[617] Het Hof Den Bosch heeft er in zijn arrest van 22 juni 2004[618] aan herinnerd dat uit een en ander volgt dat de redelijkheid en billijkheid bij die uitleg een rol speelt. Dat de feitenrechter bij zijn uitleg de *Haviltex*-maatstaf voor ogen heeft gehad, behoeft hij niet met zoveel woorden tot uitdrukking te brengen; dit kan immers ook blijken uit zijn (verdere) overwegingen, aldus de Hoge Raad in zijn beschikking van 23 maart 2007.[619] In dit geval bevatten volgens de Hoge Raad echter noch de bestreden rechtsoverweging, noch de verdere overwegingen van het hof een aanwijzing in die richting.

In artikel 2.2 van het echtscheidingsconvenant, dat onderwerp van geschil was in de uitspraak van de Rechtbank Middelburg van 6 augustus 2010,[620] stond hoe de vrouw de hoogte van haar eigen inkomsten in het verstreken kalenderjaar zou aantonen. Deze wijze van informatievoorziening was geschreven voor de situatie waarin de vrouw in loondienst werkzaam zou zijn. Ongeveer drie jaar na het sluiten van het echtscheidingsconvenant is zij

---

ECLI:NL:RBSGR:2005:AU6998; en **Rb. Utrecht 24 februari 2010**, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL5436. Zie ook **HEIDA, *EB* 2006/56, afl. 9**, p. 149-153.

615 **Rb. Den Haag 25 oktober 2005**, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU6998. Zie ook **DE VRIES 2009**, p. 14-17.

616 **HR 5 maart 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO1974.

617 **HR 20 februari 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *AV&S* 2004/26, m.nt. P. Clausing; *JAR* 2004/83, m.nt. R.M. Beltzer; *JOR* 2004/157, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, tevens behorend bij *JOR* 2004/158; *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron; *Ondernemingsrecht* 2004/62, m.nt. F.B.J. Grapperhaus; *SR* 2004/60, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer (*Pensioenfonds/Fox*).

618 **Hof Den Bosch 22 juni 2004**, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR2537, met een verwijzing naar **HR 12 januari 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AA9430 en **HR 20 februari 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *AV&S* 2004/26, m.nt. P. Clausing; *JAR* 2004/83, m.nt. R.M. Beltzer; *JOR* 2004/157, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, tevens behorend bij *JOR* 2004/158; *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron; *Ondernemingsrecht* 2004/62, m.nt. F.B.J. Grapperhaus; *SR* 2004/60, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer (*Pensioenfonds/Fox*).

619 **HR 23 maart 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ7624, *FJR* 2007/103, m.nt. I.J. Pieters, met een verwijzing naar het arrest *BUMA/STREMA* (**HR 6 maart 1998**, *NJ* 1999/113, m.nt. D.W.F. Verkade).

620 **Rb. Middelburg 6 augustus 2010**, ECLI:NL:RBMID:2010:BO0075.

echter voor eigen rekening en risico een onderneming gestart. Volgens de rechtbank bracht de redelijkheid (en billijkheid) met zich mee dat deze bepaling zo moest worden uitgelegd dat de vrouw de man, naast de belastingaangifte, ook inzage diende te verschaffen in de jaarrekening over het betreffende jaar. De Rechtbank Middelburg heeft aldus, door de bepaling uit het echtscheidings-convenant uit te leggen naar de nieuwe omstandigheden, een vrij ruime interpretatie gegeven aan het begrip *uitleg*.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1974	Uitleg	●	●					
HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7624	Uitleg	●					●	
Hof Den Bosch 22 juni 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR2537	Uitleg	●	●			●	●	
Rb. Den Haag 25 oktober 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU6998	Uitleg	●	●				●	
Rb. Utrecht 24 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL5436	Uitleg	●	●					
Rb. Middelburg 6 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BO0075	Uitleg		●				●	

Tabel 10.2: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij de uitleg van een echtscheidingsconvenant

Toelichting bij tabel 10.2

Ook binnen deze tweede subcategorie, de uitleg van een echtscheidingsconvenant, lijkt de redelijkheid en billijkheid steeds te zijn ingezet in haar functie bij uitleg. Daarnaast zijn min of meer dezelfde typen onderbouwingen gebruikt als bij de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden; de typen onderbouwingen *bronnen*, *context* en *restcategorie* zijn het vaakst waargenomen. Wel is (zowel absoluut als relatief) vaker een verwijzing naar de bedoelingen van partijen waargenomen.

10.1.3 Uitleg van een verdelingsovereenkomst

Drie keer ging het over de uitleg van een (aparte) verdelingsovereenkomst.[621] Ook deze uitleg dient te geschieden aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf.[622] Hierbij waren volgens het Hof Arnhem[623] de context, de geschiedenis van de totstandkoming, de maatschappelijke kringen waartoe partijen behoren en welke rechtskennis van deze partijen kan worden verwacht, van belang. In het onderhavige geval ging het over de vraag welke betekenis de man, gelet op het bepaalde in artikel 3:35 BW, in de gegeven feiten en omstandigheden redelijkerwijs aan het anti-speculatiebeding in de verdelingsovereenkomst mocht toekennen. Nu de redactie daarvan een onmiskenbare verslechtering inhield van de rechtspositie van de vrouw ten opzichte van de afspraken die in het echtscheidingsconvenant waren vastgelegd, had het volgens het hof op de weg van de man gelegen zich ervan te vergewissen of die redactie de instemming had van de vrouw. Hij had zich derhalve mede moeten laten leiden door haar gerechtvaardigde belangen.[624]

De uitspraak van de Rechtbank Maastricht van 17 september 2003[625] betrof de vraag hoe de verklaring van de man moest worden uitgelegd, inhoudende dat hij fl. 15.000,00 had ontvangen en daardoor geen aanspraak mocht maken op de echtelijke woning met toebehoren. Een taalkundige uitleg van 'geen aanspraak maken op' zou er volgens de rechtbank toe hebben geleid dat de man had afgezien van de eigendom of het bezit van de echtelijke woning met toebehoren. De man had echter gesteld dat hij met zijn verklaring weliswaar had afgezien van toedeling van de echtelijke woning met toebehoren aan hem, maar dat hij wel steeds aanspraak was blijven maken op de helft van de (huidige) waarde daarvan. Het ontvangen bedrag van fl. 15.000,00 was volgens hem dan ook te beschouwen als een voorschot op de verdeling, dat hij nodig had voor de aanschaf van een eigen woning. De vrouw was daarentegen van mening dat dit bedrag, tezamen met de door haar beweerdelijke, aan de man betaalde som 'zwart geld' van fl. 80.000,00, moest worden gezien als een vergoeding wegens overbedeling van haar. De rechtbank heeft beslist dat de strekking die de man aan de hiervoor genoemde verklaring heeft gegeven niet mede in de

---

621 **Hof Arnhem 9 september 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635; **Rb. Maastricht 17 september 2003**, ECLI:NL:RBMAA:2003:AK8183; en **Rb. Middelburg 14 maart 2007**, ECLI:NL:RBMID:2007:BA2978, *RFR* 2007/93, met wenk.

622 **Hof Arnhem 9 september 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635 en **Rb. Middelburg 14 maart 2007**, ECLI:NL:RBMID:2007:BA2978, *RFR* 2007/93, met wenk.

623 **Hof Arnhem 9 september 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635.

624 Zie ook **HR 15 november 1957**, *AA*19580103, m.nt. W.C.L. van der Grinten; *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

625 **Rb. Maastricht 17 september 2003**, ECLI:NL:RBMAA:2003:AK8183.

hiervoor genoemde taalkundige uitleg was vervat. Deze scheen haar namelijk ongeloofwaardig toe. Het was haars inziens onduidelijk hoe de man met slechts het hiervoor genoemd bedrag de aanschaf van een eigen woning zou hebben kunnen financieren. Daarnaast vroeg de rechtbank zich af waarom de man de helft van de waarde van de echtelijke woning met toebehoren, onder de omstandigheid dat hij ten tijde van het optekenen van de hiervoor genoemde verklaring al wist dat deze woning met toebehoren op dat moment een veelvoud van het hiervoor genoemde bedrag waard was, had laten schieten bij de toedeling van deze woning met toebehoren aan de vrouw. Dit laatste is, gelet op de hiervoor genoemde stelling van de man, dubieus. Hij had in zijn ogen immers niets laten schieten. De rechtbank heeft tot slot geconcludeerd dat

> 'de stellingen van de man, alsook zijn houding in dit geding moeten worden geacht in strijd te zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid'.[626]

Hoewel de redelijkheid en billijkheid in deze laatste zin zou kunnen worden opgevat als een samenspel van de aanvullende en de corrigerende functie daarvan, is, gelet op de hiervoor samengevatte overwegingen van de rechtbank, aangenomen dat de redelijkheid en billijkheid bij de hiervoor genoemde *uitleg* een rol heeft gespeeld.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
Hof Arnhem 9 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635	Uitleg	●	●	●	●	●	●	
Rb. Maastricht 17 september 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AK8183	Uitleg		●				●	
Rb. Middelburg 14 maart 2007, ECLI:NL:RBMID:2007:BA2978	Uitleg	●	●				●	

Tabel 10.3: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij de uitleg van een verdelingsovereenkomst

626 **Rb. Maastricht 17 september 2003,** ECLI:NL:RBMAA:2003:AK8183, r.o. 3.2.5.

Toelichting bij tabel 10.3
Ook bij de derde subcategorie, uitleg van een verdelingsovereenkomst, lijkt de redelijkheid en billijkheid steeds een functie te hebben gehad bij uitleg. In alle drie de gevallen is deze uitleg gemotiveerd met een verwijzing naar de *context* en een gevalspecifiek argument (behorend tot de *restcategorie*). Daarnaast lijkt ook hier het type onderbouwing *bronnen* voornaam.

Alle drie de soorten familievermogensrechtelijke overeenkomsten dienen ingevolge de gecodeerde en geanalyseerde jurisprudentie aldus te worden uitgelegd aan de hand van de (klassieke) *Haviltex*-maatstaf, die afkomstig is uit het algemene vermogensrecht. Bij de vraag of deze maatstaf en de daarbij relevante gezichtspunten voor codificatie in aanmerking komen, dient te worden bedacht dat bij de totstandkoming van Boek 6 BW er uitdrukkelijk voor is gekozen om de uitlegartikelen (de artikelen 1378 tot en met 1387 OBW, zie ook subparagraaf 7.3.1) niet te laten terugkomen in het nieuw Burgerlijk Wetboek. Deze uitlegartikelen zouden

> ‘gedeeltelijk vanzelf spreken en overbodig zijn, en voor het overige in hun te grote algemeenheid niet juist zijn’.[627]

Zo zou het uitgangspunt dat een overeenkomst geen uitleg behoeft, indien de bewoordingen daarvan op zichzelf duidelijk zijn, onjuist zijn. Ook voor het niet vanzelfsprekende gedeelte werd wettelijk optreden niet noodzakelijk geacht. Er zouden zich geen rechtsvragen hebben voorgedaan die, gelet op de toenmalige stand van de rechtswetenschap, beantwoording door de wetgever behoefden. Of dit nu nog steeds het geval is, is maar de vraag. Buiten de vragen die de uitleg van commerciële overeenkomsten oproept, speelt, zoals we hebben gezien, bijvoorbeeld de vraag of, en zo ja, hoe de arresten *Meyer Europe/Pont Meyer* en *Derksen/Homburg*[628] moeten worden vertaald naar de uitleg van familie-vermogensrechtelijke overeenkomsten, met name naar de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Zolang de uitlegging van

627 Zie **PARL. GESCH. NBW BOEK 6**, TM, p. 916.

628 **HR 19 januari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *JOR* 2007/166, m.nt. R.P.J.L. Tjittes; *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink onder *NJ* 2007/576; *Ondernemingsrecht* 2007/90, m.nt. A. Wiggers; *V-N* 2007/23.31, m.nt. (*Meyer Europe/Pont Meyer*) en **HR 29 juni 2007**, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, *JOR* 2007/198, m.nt. R.P.J.L. Tjittes; *NJ* 2007/576, m.nt. M.H. Wissink, tevens behorend bij *NJ* 2007/575 (*Meyer Europe/Pont Meyer*); *Ondernemingsrecht* 2007/171, m.nt. W.W. de Nijs Bik; *RF* 2007/61, met wenk; *RO* 2007/75, met wenk (*Derksen/Homburg*). Zie ook **HR 9 april 2010**, ECLI:NL:HR:2010:BK1610, *JOR* 2010/179, m.nt. P.D. Olden; *RCR* 2010/42, met wenk.

overeenkomsten tot het takenpakket van de rechtspraak wordt gerekend, is het wachten tot de Hoge Raad hierover uitsluitsel biedt.[629]

Bevindingen uit de interviews

Volgens enkele rechtswetenschappelijke onderzoekers zijn er, zoals hiervoor is aangegeven, bij de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden omstandigheden die in de regel aanleiding geven tot een meer geobjectiveerde uitleg dan de 'klassieke' *Haviltex*-maatstaf. Om deze reden is in de interviews aan de feitenrechters gevraagd in hoeverre ze de *Haviltex*-maatstaf hanteerbaar achten bij de uitleg van familievermogensrechtelijke overeenkomsten (zie bijlage 2, interviewvraag 6d). Maken ze een bewuste keuze tussen de 'klassieke' en de meer geobjectiveerde *Haviltex*-maatstaf, of hanteren ze zelfs een eigensoortige norm? Dit leek op basis van een aan de interviews voorafgaande verkenning van de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden door STRUTZ & VERHAGEN, door middel van bestudering van (onder andere lagere) jurisprudentie, niet het geval te zijn.[630]

De antwoorden waren op één na toegespitst op de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Het algemene beeld bij de geïnterviewde feitenrechters daarvan was dat partijen veelal niet meer weten wat ze zijn overeengekomen. Een geïnterviewde feitenrechter had daarnaast het idee dat advocaten hun cliënten vaker dan voorheen instrueren wat ze wel en niet moeten zeggen, waardoor niet altijd zou kunnen worden vastgesteld wat de directe aanleiding voor partijen is geweest om de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden aan te gaan.

Het uitgangspunt van de 'klassieke' *Haviltex*-maatstaf, zijnde dat de taalkundige uitleg slechts één van de aanknopingspunten is, paste volgens een aantal geïnterviewde feitenrechters misschien niet zo goed bij deze overeenkomst. Door het notariële vormvereiste zou er immers van uit mogen worden gegaan dat de tekst van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden de bedoelingen van partijen juist weergeeft. Een geïnterviewde feitenrechter gaf aan dat deze assumptie echter wordt ondermijnd door zijn ervaringen met de formuleringen van huwelijkse voorwaarden. Een andere feitenrechter gaf nog te verstaan dat het het meest zuiver is om de voorshandse aanname bij toepassing van de meer geobjectiveerde *Haviltex*-maatstaf niet te bestempelen als een voorshands-constructie, maar als een jurisprudentieel vermoeden;

---

629 Helaas is de Hoge Raad in zijn beschikking van 3 september 2010 (ECLI:NL:HR: 2010:BM6085, *FJR* 2011/34, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2011/5, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2010/122, met wenk) niet ingegaan op de middel-onderdelen van VAN DUIJVENDIJK-BRAND hierover.

630 Zie **STRUTZ & VERHAGEN, *WPNR* 2013/ 6980**, p. 492-499.

'De Hoge Raad is zelf niet zo heel netjes in het onderscheid.'

De meeste geïnterviewde feitenrechters waren evenwel van mening dat een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden in beginsel zou moeten worden uitgelegd aan de hand van de 'klassieke' *Haviltex*-maatstaf. Door hantering daarvan zou dicht bij de casus worden gebleven. Allereerst zou alsdan gevraagd moeten worden wat de aanleiding voor het aangaan van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is geweest en of dit ook zo met de notaris is besproken. Vervolgens zou moeten worden gevraagd waarom de gemeenschappelijke bedoeling van partijen, naar een van hen stelt, anders was dan is verwoord in de overeenkomst. Dit doorvragen zou volgens een geïnterviewde feitenrechter meestal prima werken. Wanneer een bepaling echter dwingend is geformuleerd, zou de *Haviltex*-maatstaf geen uitkomst bieden en zou de oplossing moeten worden gezocht in de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid. Anderen meenden daarentegen dat het doorvragen meestal op niets uitloopt, waardoor ze uiteindelijk toch dienen terug te vallen op de tekst van de overeenkomst en de uitleg die daar in de notariële praktijk aan wordt gegeven. Partijen zouden, zoals gezegd, meestal niet meer weten wat is verklaard of hoe ze zich hebben gedragen, aantekeningen van het adviesgesprek zouden ontbreken[631] en ook de notaris zou niet meer weten wat de bedoelingen van partijen waren. Voor een andere uitleg dan de taalkundige zou doorgaans simpelweg te weinig zijn gesteld.

Een geïnterviewde feitenrechter had een afwijkende mening. Deze meende dat aan de tekst van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden minder belang kan worden gehecht indien, zoals meestal het geval zou zijn,[632] uiteindelijk naar voren komt dat het de notaris was die de inrichting van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden heeft bepaald. De vraag waar deze feitenrechter de uitleg dan op baseert, is in het interview opengebleven.

10.2 Contrair gedrag

Uitleg is er derhalve op gericht de bedoelingen en verwachtingen van partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst te achterhalen. Een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden kan, indien de hiervoor genoemde bedoelingen slechts waren gericht op de verhouding tot derden, vanwege het notariële vormvereiste, echter niet worden omgezet in een door partijen geprefereerde interne vermogensrechtelijke rechtsverhouding. In deze gevallen loopt men aldus aan tegen de grens van wat met uitleg kan worden bereikt. In de gecodeerde en geanalyseerde uitspraken is zeven keer de vraag opgekomen of

631 Al merkte de feitenrechter die deze opmerking maakte hierin een kentering op.
632 Wat ook in een ander interview naar voren kwam.

het contrair, onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten tijdens het huwelijk – desondanks – niet kon leiden tot afwijking van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.[633] De uitspraak van de Hoge Raad van 18 juni 2004[634] heeft hierover inmiddels als standaardarrest te gelden.[635] Partijen waren in dit geval tijdens het huwelijk een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden aangegaan, inhoudende uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen met een zogeheten Amsterdams verrekenbeding. Deze overeenkomst van huwelijkse voorwaarden had uitsluitend tot doel mogelijke, toekomstige zakelijke schuldeisers van de man buiten de deur te houden. Partijen hadden, overeenstemmend met dit doel, ook gehandeld alsof ze nog steeds in wettelijke gemeenschap van goederen waren gehuwd. De redelijkheid en billijkheid kon naar het oordeel van het hof waar de zaak diende echter niet afdoen aan het notarieel overeengekomen huwelijksvermogensrechtelijke regime. De Hoge Raad heeft het oordeel van het hof op dit punt onjuist geacht. Een krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven feiten en omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Hoge Raad heeft hierbij onder meer verwezen naar de arresten *Hilversumse horeca* en *Melkquotum*.[636] In het eerstgenoemde arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een dergelijke correctie op grond van bijzondere of onvoorziene omstandigheden niet is uitgesloten, maar dat de enkele omstandigheid dat door de arbeidsinspanning van de vrouw het vermogen van de man was toegenomen niet voldoende was om een tussen partijen overeengekomen uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen niet toe te passen. In het tweede arrest is het beroep op onvoorziene omstandigheden geslaagd. In de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden was niet voorzien in de mogelijkheid dat aan de man

633 **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk; **HR 20 januari 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU5284, *JPF* 2006/48, m.nt. F.A.W. Bannier onder *JPF* 2006/49; **Hof Amsterdam 11 oktober 2007**, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC0891, *JPF* 2008/45, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2008/29, met wenk; *RN* 2008/39, met wenk; **Rb. Zwolle-Lelystad 29 maart 2006**, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX2262; **Rb. Den Haag 7 april 2006**, ECLI:NL:RBSGR:2006:AY6545; **Rb. Arnhem 16 augustus 2006**, ECLI:NL:RBARN:2006:BB1527; en **Rb. Zwolle-Lelystad 21 februari 2007**, ECLI:NL:RBZLY:2007:AZ9316.

634 **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk.

635 Deze uitspraak wordt immers in alle handboeken op dit terrein, met uitzondering van *Familierecht, een introductie* en *Het hedendaagse personen- en familierecht*, besproken. Zie ook de noot van A.J.M. Nuytinck onder **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, p. 476 (*RFR* 2004/5, met wenk) en **SCHOORDIJK, *WPNR* 2005/6611**, p. 158.

636 **HR 25 november 1988**, *NJ* 1989/529, m.nt. E.A.A. Luijten (*Hilversumse horeca*) en **HR 29 september 1995**, *NJ* 1996/88 (*Melkquotum*).

een heffingsvrij melkquotum zou worden toegekend dat mede zag op de grond van de vrouw, terwijl hij voor het ter beschikking stellen van deze grond tijdens het huwelijk geen vergoeding heeft betaald aan de vrouw. Vervolgens heeft de Hoge Raad aangetekend dat bij de beantwoording van de vraag of bij de afrekening tussen ex-echtgenoten na ontbinding van het huwelijk op grond van (de corrigerende functie van) de redelijkheid en billijkheid dient te worden afgeweken van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden zeer wel belang kan worden gehecht aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk, ook als dat gedrag contrair was aan de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.[637]

Het Hof Amsterdam,[638] waarnaar de Hoge Raad het geding ter verdere behandeling en beslissing heeft verwezen, was van oordeel dat in het onderhavige geval inderdaad diende te worden afgeweken van de tussen partijen overeengekomen overeenkomst van huwelijkse voorwaarden en dat moest worden afgerekend alsof er een wettelijke gemeenschap van goederen was geweest. De volgende feiten en omstandigheden waren hiervoor volgens het hof redengevend. Partijen hadden slechts een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden gemaakt met het oog op vrijwaring voor uitwinning van het tot dan toe gemeenschappelijke vermogen door mogelijke toekomstige zakelijke schuldeisers van de man. In hun onderlinge verhouding hadden ze zich nooit aan deze overeenkomst gehouden. Ze hadden geleefd alsof er een wettelijke gemeenschap van goederen bestond. De vrouw heeft de rente over de in een vordering wegens geldlening omgezette onderbedelingsvordering van de man nooit aan hem voldaan. Daarnaast is de verkoopopbrengst van de woning waarin de ouders van de man tot hun dood woonden op een gemeenschappelijke rekening gestort, waarvan onder meer betalingen zijn gedaan ten behoeve van beide partijen en heeft de man steeds de aan de echtelijke woning verbonden hypothecaire en zakelijke lasten voldaan, zonder nadere verrekening. Tot slot is in mei 1994 een nieuwe hypothecaire lening afgesloten waaruit uitgaven zijn gedaan die aan beide partijen ten goede zijn gekomen.

De vraag die ten gevolge van het arrest van 18 juni 2004[639] opkomt, is welk gedrag leidt tot een van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden afwijkende afwikkeling van de vermogensrechtelijke rechtsverhouding tussen partijen. De feitenuitspraken uit de inhoudsanalyse geven hier enig inzicht in. In de beide gevallen die zijn beslist door de Rechtbank Zwolle-Lelystad is, met een

637 **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, r.o. 4.3 (zie ook r.o. 4.2), *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk.

638 **Hof Amsterdam 19 januari 2006**, ECLI:NL:GHAMS:2006:AV9260.

639 **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk.

verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004,[640] geoordeeld dat afgerekend dient te worden overeenkomstig de kennelijke bedoelingen van partijen respectievelijk de handelswijze van partijen en niet volgens de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.[641] In het eerste geval[642] hadden partijen volgens de rechtbank kennelijk de bedoeling dat, indien ze ooit van echt zouden scheiden, de verrekening van de overwaarde van de te verkopen echtelijke woning overeen zou komen met ieders inbreng van privégelden. Dit heeft zij afgeleid uit de in de koopakte van de echtelijke woning door partijen bewust gekozen eigendomsverhouding, waarbij de man voor twee derde en de vrouw voor één derde eigenaar is geworden, en de verklaringen van partijen ter zitting. Het voorbijgaan aan deze uitdrukkelijke bedoeling van partijen zou er naar het oordeel van de rechtbank in het onderhavige geval toe kunnen hebben geleid dat de man, en de twee kinderen van partijen, de voormalige echtelijke woning om financiële redenen hadden moeten verlaten, wat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn geweest. Dat de rechtbank heeft opgemerkt dat er in zoverre mede gelijkenis bestond met de beschikking van het Hof Den Haag van 3 november 2004[643] is frappant, omdat de door de vrouw gestelde feiten en omstandigheden van dat geval volgens het hof onvoldoende waren om tot de conclusie te kunnen komen dat toepassing van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.

Ook in het tweede geval[644] ging het over de afwikkeling van de vermogensrechtelijke rechtsverhouding tussen partijen ter zake een voormalige echtelijke woning. Partijen waren gehuwd op huwelijkse voorwaarden, inhoudende uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen met een zogeheten Amsterdams verrekenbeding. Tijdens het huwelijk had de vrouw, bij wijze van een verkapte schenking van haar vader, een woning in eigendom verkregen. De kosten van de daarvoor opgelegde fiscale naheffing, alsmede alle kosten van de verbouwingen waren voor rekening van de man gekomen en niet van de vrouw, aan wie de woning in eigendom toebehoorde. Hierdoor was geen sprake van verrekenplichtige beleggingen en had de man (slechts) recht op een vergoeding van de nominale kosten (zie paragraaf 10.5). Desondanks is de rechtbank *ex*

640 **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk. En naar de beschikking van het Hof Den Haag van 3 november 2004 (ECLI:NL:GHSGR:2004:AR5181, *RFR* 2005/6, met wenk).

641 **Rb. Zwolle-Lelystad 29 maart 2006**, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX2262 en **Rb. Zwolle-Lelystad 21 februari 2007**, ECLI:NL:RBZLY:2007:AZ9316.

642 **Rb. Zwolle-Lelystad 29 maart 2006**, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX2262.

643 **Hof Den Haag 3 november 2004**, ECLI:NL:GHSGR:2004:AR5181, *RFR* 2005/6, met wenk.

644 **Rb. Zwolle-Lelystad 21 februari 2007**, ECLI:NL:RBZLY:2007:AZ9316.

aequo et bono[645] tot het oordeel gekomen dat de in 2001 in een tweetal kavels met chalets geïnvesteerde, uit de opbrengst uit de verkoop van de voormalige echtelijke woning verkregen, vermogensvermeerdering tussen partijen bij helfte moest worden verrekend. Hieraan lagen volgens de rechtbank de ingrijpende aard van de verbouwingen van de woning, de wijze waarop partijen hun financiële huishouding voerden en ruim 33 jaar hadden geleefd als waren ze in wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd, ten grondslag. Er zou *met name* niet kunnen zijn volstaan met een vergoeding van de nominale kosten, nu partijen circa dertig jaar in de woning hadden gewoond, er sprake was van ingrijpende verbouwingen en deze tot een aanzienlijke waardevermeerdering hebben geleid. Dat partijen hadden geleefd als waren ze in wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd, zou nog zijn versterkt door de hiervoor genoemde investering van de opbrengst van de echtelijke woning in twee op naam van beide partijen in eigendom verkregen kavels met chalets.

Uit de andere drie feitenuitspraken, waarin niet is afgeweken van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden wegens contrair gedrag, kan nog worden opgemaakt dat het voor een geslaagd beroep daarop moet gaan om langdurig, voortdurend gedrag, niet bestaande in het naar evenredigheid bijdragen in de kosten van de huishouding.[646]

In de beschikking van de Hoge Raad van 20 januari 2006,[647] tot slot, konden de cassatieklachten tegen de overweging van het hof dat de man geen, althans onvoldoende feiten en omstandigheden had gesteld die aanleiding konden geven tot afwijking van artikel 6 van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden volgens de Hoge Raad bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leidden.

Het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004[648] heeft veel rechtswetenschappelijke onderzoekers in de pen doen kruipen. Zo hebben LUIJTEN & MEIJER daarin een verruiming van de redelijkheid en billijkheid gelezen, die ten koste zou gaan van de rechtszekerheid.[649] Er zou volgens hen immers naar redelijkheid en billijkheid meer waarde worden gehecht aan het feitelijke gedrag van de echtgenoten tijdens het huwelijk dan aan wat men

---

645 Deze uitdrukking is weinig verhelderend en kan derhalve beter worden vermeden.

646 **Hof Amsterdam 11 oktober 2007**, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC0891, *JPF* 2008/45, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2008/29, met wenk; *RN* 2008/39, met wenk; **Rb. Den Haag 7 april 2006**, ECLI:NL:RBSGR:2006:AY6545; en **Rb. Arnhem 16 augustus 2006**, ECLI:NL:RBARN:2006:BB1527.

647 **HR 20 januari 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU5284, *JPF* 2006/48, m.nt. F.A.W. Bannier onder *JPF* 2006/49. Anders de conclusie van A-G E.M. Wesseling-Van Gent (ECLI:NL:PHR:2006:AU5284), o. 3.13-3.14 voor deze beschikking.

648 **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk.

649 **LUIJTEN & MEIJER 2005**, p. 302-304. Zie ook **LUIJTEN, *WPNR* 2006/6662**, p. 307.

notarieel is overeengekomen bij overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. *AA*-annotator NUYTINCK heeft dit betoog volledig onderschreven.[650] Hij heeft zich hierbij zelfs afgevraagd wat nu nog de zin is van notariële tussenkomst bij het tot stand komen van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. SCHOORDIJK heeft hierop aangemerkt dat de rechtszekerheid (inmiddels) veertig/vijftig jaar geleden tot het uiterste verdedigd werd.[651] Vorm ging boven inhoud. Met de *common-law*landen als koploper is deze norm echter, naar zijn mening terecht, in de gehele westerse rechtswereld steeds meer gekanteld. Naast kritiek heeft het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004[652] in de rechtsliteratuur echter ook waardering opgeroepen. Weliswaar verwachtte SCHOORDIJK dat de bewuste rechtsoverweging van de Hoge Raad de praktijk veel hoofdbrekens zou gaan kosten en dat de bewijsrechtelijke problemen niet gering zouden zijn, maar toch was hij van mening dat de betreffende rechtsoverweging wel soelaas zal kunnen bieden in situaties waarin een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen echtgenoten onredelijk (en onbillijk) uitpakt.[653] Hij was het echter, zoals gelet op zijn eerdere werken te verwachten viel,[654] niet eens met de dogmatische inpassing van dit arrest. De weg van het toedoenbeginsel, het beginsel van de opgewekte schijn, had moeten worden bewandeld in plaats van die van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid.[655] W. SNIJDERS is in zoverre in dit betoog meegegaan dat de Hoge Raad zijn rechtsoverweging ten onrechte in de sleutel van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid heeft gezet.[656] De grondslag die de Hoge Raad ten gronde heeft gelegd aan zijn beschikking van 26 oktober 2001,[657] te weten een uitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, was zijns inziens overtuigender, omdat in wezen de rechtsverhouding zelf wordt beïnvloed. Ook door VAN MOURIK is het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004[658] met instemming ontvangen.[659] De Hoge Raad zou hierin blijk hebben gegeven van een realistische zienswijze.

---

650 Noot van A.J.M. Nuytinck onder **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, p. 476 (*RFR* 2004/5, met wenk).

651 **SCHOORDIJK, *WPNR* 2005/6611**, p. 166.

652 **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk.

653 **SCHOORDIJK, *WPNR* 2005/6611**, p. 163.

654 **SCHOORDIJK 1979**, p. 21-43; **SCHOORDIJK, *RM Themis* 1982**, p. 160-166; en **SCHOORDIJK, *WPNR* 1989/5922-23**, p. 391-396 en p. 413-417.

655 **SCHOORDIJK, *WPNR* 2005/6611**, p. 162-163. Zie ook **LUIJTEN, *WPNR* 2006/6662**, p. 306 en **SCHOORDIJK, *WPNR* 2006/6662**, p. 308-309.

656 **W. SNIJDERS, *WPNR* 2007/6693**, p. 11. Zie ook **SCHONEWILLE 2012**, p. 226-227.

657 **HR 26 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695, *NJ* 2002/93, m.nt. W.M. Kleijn.

658 **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk.

Achteraf bezien, lijkt de vrees die in de rechtsliteratuur is geuit, dat de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden door het arrest van 18 juni 2004[660] aan kracht zou inboeten, ongegrond. Dat dit arrest niet de door de hiervoor genoemde rechtswetenschappelijke onderzoekers verwachte uitwerking heeft gehad, is waarschijnlijk toe te schrijven aan het strikte toetsingscriterium van *onaanvaardbaarheid*, dat daarin is aangelegd. Nu afwijkingen slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk zijn, lijkt opneming in een specifieke (wettelijke) regeling niet nodig.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7004	Correctie	●	●					
HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5284	Correctie					●		
Hof Amsterdam 11 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC0891	Correctie	●	●			●	●	
Rb. Zwolle-Lelystad 29 maart 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX2262	Correctie	●	●	●				
Rb. Den Haag 7 april 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AY6545	Correctie	●	●				●	
Rb. Arnhem 16 augustus 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:BB1527	Correctie	●	●			●	●	
Rb. Zwolle-Lelystad 21 februari 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:AZ9316	Correctie	●	●		●	●	●	

Tabel 10.4: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij contrair gedrag

659 **VAN MOURIK 2008**, p. 43, voetnoot 54. Zie ook **VAN MOURIK & VERSTAPPEN 2014**, p. 310.

660 **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk.

Toelichting bij tabel 10.4
In deze zeven gevallen lijkt aldus steeds de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid in het geding te zijn geweest. De toe- of afwijzing daarvan is, behalve in het geval waarin het beroep daarop slechts om procesrechtelijke argumenten is afgewezen, steeds onderbouwd met *bronnen* en *context*. Bij bronnen ging het telkens om een precedent of vaste rechtspraak, en één keer om een verwijzing naar de artikelen 6:2 en 6:248 BW. Anders dan men wellicht zou verwachten, is slechts twee keer een verwijzing naar een gedraging of houding van één der partijen waargenomen.

10.3 Nakoming van familievermogensrechtelijke overeenkomsten

In de uitvoeringsfase van de overeenkomst kan zich de situatie voordoen dat men (tijdige) nakoming van een familievermogensrechtelijke afspraak in redelijkheid en billijkheid niet kan vergen. Dit is in de uitspraken uit de inhoudsanalyse zeven keer aangevoerd[661] en eenmaal aangenomen.[662]

In de uitspraak van de Hoge Raad van 27 januari 2006[663] betrof het een overeenkomst ten aanzien van de gelden die de man aan de vrouw ter beschikking had gesteld voor de financiering van de uitkoop van de zus van de vrouw uit het pand, waarvan de vrouw tezamen met haar de onverdeelde eigendom had en dat partijen tot echtelijke woning diende. Deze overeenkomst behelsde onder meer dat de vrouw de helft van voormeld pand in economische eigendom aan de man zou overdragen. In hoger beroep had de vrouw aangevoerd dat de rechtbank haar ten onrechte gebonden had geacht aan deze overeenkomst. De redelijkheid en billijkheid zou zich verzetten tegen uitvoering daarvan, omdat de man door de overeenkomst ten nadele van de vrouw was bevoordeeld. Het hof had deze grief verworpen en had daartoe onder meer overwogen dat de vrouw de stelling van de man niet had weersproken, inhoudende dat hij van de hypothecaire geldlening van fl. 260.000,00 een bedrag van fl. 120.000,00 voor zijn eigen rekening zou 'nemen'. Het cassatiemiddel keerde zich volgens de Hoge Raad terecht tegen deze overweging. Uit de

661 **HR 27 januari 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU4790; **Hof Arnhem 29 mei 2007**, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520, *RFR* 2007/97, met wenk; **Hof Arnhem 9 september 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635; **Hof Leeuwarden 31 mei 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7318, *RFR* 2011/100, met wenk; *RN* 2011/96, met wenk; **Rb. Maastricht 27 augustus 2008**, ECLI:NL:RBMAA:2008:BE9564; **Rb. Breda 25 november 2009**, ECLI:NL:RBBRE:2009:BK4490, *NJ* 2010/220, m.nt. S. Perrick; *RN* 2010/19, met wenk; en **Rb. Utrecht 24 februari 2010**, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL5436.

662 **Rb. Breda 25 november 2009**, ECLI:NL:RBBRE:2009:BK4490, *NJ* 2010/220, m.nt. S. Perrick; *RN* 2010/19, met wenk.

663 **HR 27 januari 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU4790. Zie ook **HR 19 juni 2009**, ECLI:NL:HR:2009:BH7843.

gedingstukken in hoger beroep bleek immers dat de vrouw deze stelling had bestreden. Een (ander) cassatiemiddelonderdeel kon bij gebrek aan feitelijke grondslag echter niet tot cassatie leidden. Anders dan daarin was verondersteld, was het hof er immers wel degelijk van uitgegaan dat de zus van de vrouw was uitgekocht met (onder meer) de hypothecaire lening van fl. 260.000,00. Het cassatiemiddelonderdeel dat zich richtte tegen het oordeel van het hof dat de man door de onderhavige overeenkomst niet was bevoordeeld, bouwde voort op het eerste cassatiemiddelonderdeel en was derhalve eveneens geslaagd.

In de tweede uitspraak, het arrest van het Hof Arnhem van 29 mei 2007,[664] heeft het hof de vordering van de man tot uitstel van (een deel van de) door hem verschuldigde betaling van de meerwaarde van de woning tot na verkoop daarvan afgewezen. Het zou namelijk in strijd met de strekking van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden − waarin de afrekenplicht was gekoppeld aan de datum van ontbinding van het huwelijk − en de redelijkheid en billijkheid zijn gekomen indien de vrouw nog langer zou hebben moeten wachten op haar aandeel in de meerwaarde van de woning. Zij moest met haar aandeel desgewenst verder kunnen op de onroerendgoedmarkt. Daarnaast was niet gebleken dat de man zijn afrekenplicht niet had kunnen financieren met een hypotheek op zijn woning.[665] Ook de omstandigheid dat de man na een heupoperatie in 2005 was aangewezen op hulp van derden, met alle (toenemende) kosten van dien, was volgens het hof geen reden voor toewijzing van zijn vordering.

Ook in de derde zaak, bij het Hof Arnhem van 9 september 2008,[666] was het de man die de redelijkheid en billijkheid in stelling had gebracht. Hij had aangevoerd dat nakoming van het anti-speculatiebeding als opgenomen (in de beëindigingsovereenkomst van de vennootschap onder firma, en nogmaals) in het echtscheidingsconvenant, in samenhang met de overige regelingen van de gevolgen van de echtscheiding bezien, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Volgens het hof had de man dit − zo samenhang tussen het anti-speculatiebeding en de overige regelingen van de gevolgen van de echtscheiding al kon worden aangenomen − echter onvoldoende onderbouwd.

Het Hof Leeuwarden heeft het tijdsverloop tussen het opmaken van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden (zie voor kwalificatie van deze overeenkomst als zodanig subparagraaf 10.1.1) en het sluiten van het huwelijk

664 **Hof Arnhem 29 mei 2007**, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520, *RFR* 2007/97, met wenk.

665 Zie ook **HR 16 januari 1981**, *NJ* 1981/312, m.nt. E.A.A. Luijten (*Katwijkse boedelscheiding*).

666 **Hof Arnhem 9 september 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635.

(ongeveer een jaar) in zijn beschikking van 31 mei 2011[667] niet zodanig groot geacht dat partijen jegens elkaar niet meer in redelijkheid (en billijkheid) aan deze overeenkomst gehouden mochten worden. Er zou geen rechtsregel zijn waaruit voortvloeit dat het enkele tijdsverloop hiervoor voldoende was.[668] Ook een redelijke (en billijke) wetsuitlegging van artikel 1:119 lid 3 OBW zou hier, anders dan de vrouw meende, niet toe leiden. De ratio van dit artikel was te voorkomen dat de echtgenoten het ontwerp van de notariële akte, waarop de goedkeuring was verkregen, in onopgemaakte staat hielden. Wanneer de akte pas veel later werd verleden, bestond namelijk de mogelijkheid dat de goedkeuring niet zou zijn verleden onder de zich dan voordoende, veranderde feiten en omstandigheden. In het onderhavige geval was echter niet gesteld of gebleken dat zich in de periode tussen het opmaken van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden en het sluiten van het huwelijk relevante wijzigingen van omstandigheden hadden voorgedaan. De verklaring van partijen dat ze vóór eind december 2002 met elkaar een geregistreerd partnerschap zouden aangaan, heeft het hof enkel als een intentieverklaring gezien. Deze intentie was slechts in die zin gewijzigd dat partijen het meer opportuun waren gaan vinden om een huwelijk in plaats van een partnerschap aan te gaan. Voor de verplichtingen van partijen jegens elkaar maakte het volgens het hof overigens geen verschil of partijen al dan niet voorkwamen in het huwelijksgoederenregister.[669]

De Rechtbank Maastricht heeft in haar vonnis van 27 augustus 2008[670] de uiterst subsidiaire vordering van de vrouw tot verklaring voor recht dat zij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet gehouden was tot nakoming van de overeenkomst van verdeling en tot vernietiging daarvan op procesrechtelijke gronden afgewezen. De vordering was volgens de rechtbank namelijk gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan zij had geoordeeld dat deze onvoldoende waren komen vast te staan.

Op 25 november 2009[671] heeft de Rechtbank Breda een tussenvonnis gewezen tussen de enige zus en de vrouw van de erflater. Deze eerste was, na de vrouw, de eerste erfgename van de man. De vrouw zou de hand hebben gehad in het overlijden van de man. De rechtbank heeft de vordering van de zus tot verklaring voor recht dat de vrouw de uitoefening van haar aanspraken uit hoofde van het finale verrekenbeding worden ontzegd, toegewezen, voor zover

667 **Leeuwarden 31 mei 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7318, *RFR* 2011/100, met wenk; *RN* 2011/96, met wenk.

668 Zie ook **HR 18 januari 1991**, *NJ* 1991/272; **HR 29 november 1996**, *NJ* 1997/153; en **TJITTES, *Rechtsverwerking en klachtplichten* 2013**, p. 33.

669 Zie ook artikel 1:116 lid 1 BW.

670 **Rb. Maastricht 27 augustus 2008**, ECLI:NL:RBMAA:2008:BE9564.

671 **Rb. Breda 25 november 2009**, ECLI:NL:RBBRE:2009:BK4490, *NJ* 2010/220, m.nt. S. Perrick; *RN* 2010/19, met wenk.

vast zou komen te staan dat de vrouw inderdaad deel heeft gehad aan het overlijden van de man.[672] De rechtbank heeft zich bij dit oordeel enerzijds gebaseerd op artikel 6:23 lid 2 BW, een *lex specialis* van de artikelen 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW,[673] en anderzijds (impliciet) − voor het geval dat deze situatie niet door het hiervoor genoemde artikel zou worden bestreken − op artikel 6:216 jo. 6:248 lid 2 BW. Op grond van het eerstgenoemde artikel gold de voorwaarde dat het huwelijk van de man en de vrouw is ontbonden door overlijden namelijk als niet vervuld, wanneer de vrouw, van wie de vermogenspositie gunstiger zou zijn geworden door verrekening op basis van het finale verrekenbeding, de vervulling van deze voorwaarde teweeg had gebracht, nu de redelijkheid en billijkheid dit volgens de rechtbank *verlangde* − welke term overigens meer ruimte lijkt te bieden dan het algemene toetsingscriterium van onaanvaardbaarheid. Toepassing van het tweede artikel leidde haars inziens tot hetzelfde resultaat. Het zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn geweest als de vrouw, in het geval zij de hand had gehad in het overlijden van de man, nakoming zou hebben gewenst van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. In dat geval zou de vrouw de verplichtingen van artikel 1:81 BW immers in ernstige mate en op onherstelbare wijze hebben geschonden. Zij was, anders uitgedrukt, alsdan onwaardig (vergelijk paragraaf 10.7). Om de rechtbank zelf aan het woord te laten:

> ‘Een verdergaande schending van die verplichtingen is welhaast niet denkbaar.’[674]

Het huwelijksvermogensrecht kent, anders dan het erfrecht, voor situaties als deze geen specifieke wettelijke regeling. Dit lijkt, gezien de uitzonderlijkheid van dergelijke situaties, echter geen gemis te zijn. De rechtbank heeft aan het bovenstaande nog toegevoegd dat op grond van de aard van de rechtsverhouding (*de huwelijkse relatie*) gold dat aan de door de man en de vrouw jegens elkaar in acht te nemen maatstaven van redelijkheid en billijkheid, ten aanzien van hun met het huwelijk verband houdende vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen, hogere eisen mochten worden gesteld dan in het geval van een schuldeiser en de schuldenaar die niet met elkaar waren gehuwd en overigens in gelijke omstandigheden zouden verkeren (zie ook paragraaf 9.2).

---

672 Wat is komen vast te staan in het vonnis van de Rechtbank Breda van 3 augustus 2011 (ECLI:NL:RBBRE:2011:BR3917). Zie ook **Hof Den Bosch 12 maart 2013**, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ6698, *RFR* 2013/86, met wenk; *RN* 2013/71, met wenk.

673 Zie **Parl. Gesch. NBW Boek 6**, EV I, p. 148.

674 **Rb. Breda 25 november 2009**, ECLI:NL:RBBRE:2009:BK4490, r.o. 3.6, *NJ* 2010/220, m.nt. S. Perrick; *RN* 2010/19, met wenk.

In de laatste uitspraak die onder deze categorie valt, de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 24 februari 2010,[675] heeft de vrouw gesteld dat artikel 6 van het echtscheidingsconvenant, onder andere inhoudende dat diegene van partijen op wiens/wier naam de schuld stond de betreffende schuld voor zijn/haar rekening diende te nemen, haar niet kon worden tegengeworpen, omdat de man op haar naam schulden had gemaakt. De rechtbank heeft deze stelling vertaald naar een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW en heeft deze vervolgens afgewezen. Het enkele feit dat de man gedurende het huwelijk de gemeenschappelijke belastingzaken regelde en de en/of-rekening na het huwelijk heeft aangehouden, was naar het oordeel van de rechtbank niet voldoende om het hiervoor genoemde artikel buiten toepassing te laten. Van de vrouw mocht worden gevergd dat zij, zeker na ontbinding van het huwelijk, die maatregelen had genomen die nodig waren om de Belastingdienst tijdig te voorzien van de juiste gegevens, aldus de rechtbank. De gevolgen van het nalaten hiervan zijn dan ook voor rekening en risico van de vrouw gelaten.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 27 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4790	Correctie					●		
Hof Arnhem 29 mei 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520	Correctie		●			●	●	
Hof Arnhem 9 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635	Correctie					●		
Hof Leeuwarden 31 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7318	Correctie	●	●			●	●	
Rb. Maastricht 27 augustus 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BE9564	Correctie					●		
Rb. Breda 25 november 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BK4490	Correctie	●	●				●	

675 **Rb. Utrecht 24 februari 2010**, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL5436.

Uitspraak	Materiële functie of andere rol	Type onderbouwing						
		Bronnen	Context	Belangen	Hulpmiddelen	Procesrecht	Restcategorie	Niet gemotiveerd
Rb. Utrecht 24 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL5436	Correctie	●	●				●	

Tabel 10.5: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij nakoming van familievermogensrechtelijke overeenkomsten

Toelichting bij tabel 10.5
In al deze gevallen lijkt de redelijkheid en billijkheid te zijn aangewend in haar corrigerende functie. In het merendeel van de gevallen heeft de rechterlijke instantie haar oordeel gemotiveerd met een combinatie van verschillende typen onderbouwingen, waarbij *procesrecht*, *context* en *restcategorie* het vaakst zijn gebruikt. Bij context betrof het drie van de vier keer de inhoud van de overeenkomst.

10.4 Een beroep op een vervalbeding

Een vervalbeding is een beding in een overeenkomst (van huwelijkse voorwaarden) dat ertoe leidt dat de aanspraak op verrekening, respectievelijk het recht om het reeds betaalde terug te vorderen, vervalt als daarop niet binnen een daarin genoemde termijn een beroep is gedaan. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse is de vraag of een beroep op zo'n beding (on)aanvaardbaar is vier keer aan de orde gekomen.[676] In één geval ging het over een vervalbeding dat was verbonden aan een periodiek verrekenbeding[677] en in de drie andere gevallen ging het over een vervalbeding dat was gekoppeld aan een vordering wegens te veel bijgedragen kosten van de huishouding.[678]

676 **HR 23 juni 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA6299, *NJ* 2001/347, m.nt. W.M. Kleijn (*Vervalbeding bij Amsterdams verrekenbeding*); **HR 15 september 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AW3044, *JPF* 2007/19, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/18; *NJ* 2007/217, m.nt. W.M. Kleijn; **Hof Den Bosch 28 februari 2006**, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4220, *RFR* 2006/79, met wenk; en **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk.

677 **HR 23 juni 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA6299, *NJ* 2001/347, m.nt. W.M. Kleijn (*Vervalbeding bij Amsterdams verrekenbeding*).

678 **HR 15 september 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AW3044, *JPF* 2007/19, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/18; *NJ* 2007/217, m.nt. W.M. Kleijn;

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is een beroep op een vervalbeding dat is verbonden aan een periodiek verrekenbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, tenzij blijkt van feiten en omstandigheden die een beroep op dit beding rechtvaardigen.[679] De stel- en bewijsplicht van deze feiten en omstandigheden rust op de (ex-) echtgenoot die zich op het vervalbeding beroept. Er is aldus sprake van een omkering van de bewijslast. De vraag of er zich feiten en omstandigheden hebben voorgedaan die een beroep op het vervalbeding rechtvaardigen, kan in cassatie niet op juistheid worden onderzocht, omdat het antwoord op deze vraag is verweven met waarderingen van feitelijke aard. Dit duidt erop dat de uitzonderingsgevallen feitelijk divers zijn en daarom lastig zullen zijn te vangen in een eventuele specifieke (wettelijke) regeling. Wel weten we, dankzij de beschikking *Vervalbeding bij Amsterdams verrekenbeding*,[680] dat het zich bewust zijn van de consequenties van het laten verstrijken van de vervaltermijn bij de wederpartij een van de criteria is voor de beoordeling of een beroep op het vervalbeding toch aanvaardbaar is. Het is echter de vraag hoe moet worden omgegaan met vervalbedingen die ná 19 januari 1996 zijn overeengekomen. De notaris mag immers − enige tijd na die datum − verondersteld worden bekend te zijn met het arrest *Rensing/Polak I*.[681] Dit in acht nemende, kan hij met opneming van een vervalbeding in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden toch slechts de bedoeling hebben gehad een uitzondering op dit arrest te maken? In geval van uitleg gaat het echter niet om de bedoeling van de notaris, maar om de bedoelingen en verwachtingen van partijen. Al komt hierbij, zoals we in subparagraaf 10.1.1 hebben gezien, mede gewicht toe aan wat de notaris in het kader van zijn voorlichting aan partijen heeft medegedeeld. Als de notaris

---

Hof Den Bosch 28 februari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4220, *RFR* 2006/79, met wenk; en **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk.

679 Uit de omstandigheid dat de Hoge Raad het in zijn beschikking van 23 juni 2000 (ECLI:NL:HR:2000:AA6299, *NJ* 2001/347, m.nt. W.M. Kleijn (*Vervalbeding bij Amsterdams verrekenbeding*)) niet nodig lijkt te hebben gevonden om te verwijzen naar het precedent in het arrest *Rensing/Polak I* (**HR 19 januari 1996**, *NJ* 1996/617, m.nt. W.M. Kleijn) kan worden afgeleid dat dit uitgangspunt vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is. Bevestiging hiervoor kan worden gevonden in **ASSER/DE BOER 1* 2010**, nr. 529; **ANTOKOLSKAIA E.A. 2011**, p. 60; **DE BRUIJN, HUIJGEN & REINHARTZ 2012**, p. 350; **KRAAN & MARCK 2012**, p. 251; **VAN MOURIK 2013**, p. 144; **VAN MOURIK & VERSTAPPEN 2014**, p. 356-357; en **WORTMANN & VAN DUIJVENDIJK-BRAND 2015**, p. 138. In de beschikking van de Hoge Raad van 23 juni 2000 (ECLI:NL:HR:2000:AA6299, *NJ* 2000/347, m.nt. W.M. Kleijn (*Vervalbeding bij Amsterdams Verrekenbeding*)) is het beroep op het vervalbeding toch aanvaardbaar geacht.

680 **HR 23 juni 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA6299, *NJ* 2000/347, m.nt. W.M. Kleijn (*Vervalbeding bij Amsterdams Verrekenbeding*).

681 **HR 19 januari 1996**, *NJ* 1996/617, m.nt. W.M. Kleijn (*Rensing/Polak I*).

hierover niets heeft opgemerkt, of dit niet kan worden bewezen, lijkt de in het arrest *Rensing/Polak I*[682] geformuleerde regel gewoon op te gaan. De partij in wier nadeel dit is, rest dan een vordering jegens de notaris wegens beroepsaansprakelijkheid.

Uit de andere drie gevallen kan worden afgeleid dat de omkering van de bewijslast uit het arrest *Rensing/Polak I*[683] niet geldt voor een vervalbeding dat is gekoppeld aan een vordering wegens te veel bijgedragen kosten van de huishouding.[684] Dit betekent dat de (ex-)echtgenoot die stelt dat een beroep op het vervalbeding in strijd is met de redelijkheid en billijkheid dit, zo nodig, overeenkomstig de hoofdregel van artikel 150 Rv dient te bewijzen.

Aldus oordelend hebben de rechterlijke instanties, waaronder de Hoge Raad, de mogelijkheid opengehouden dat in geval van bijzondere feiten en omstandigheden het recht tot terugvordering van de te veel bijgedragen kosten van de huishouding nog bestaat en aldus niet is verwerkt na afloop van ieder kalenderjaar. Deze mogelijkheid heeft in de rechtsliteratuur geleid tot de vraag hoe het arrest van de Hoge Raad van 15 september 2006[685] zich verhoudt tot het arrest *Doktersvrouw*.[686] In de opvatting van KRAAN is de Hoge Raad met het onderhavige arrest impliciet teruggekomen op dat arrest.[687] Of dit daadwerkelijk zo is, hangt af van hoe de rechtsoverweging uit het arrest *Doktersvrouw* dat

> 'het daarom voor de hand [ligt] aan te nemen dat de onderlinge afrekening periodiek plaats dient te vinden na het verstrijken van ieder kalenderjaar'[688]

moet worden gelezen. Is hiermee bedoeld dat *automatisch* rechtsverwerking optreedt na het verstrijken van ieder kalenderjaar of dat hier vrij snel sprake van is?[689]

Het strikte toetsingscriterium van *onaanvaardbaarheid* dat in alle vier de gevallen is gebruikt, wijst erop dat in deze gevallen de corrigerende functie

682 **HR 19 januari 1996**, *NJ* 1996/617, m.nt. W.M. Kleijn (*Rensing/Polak I*).
683 **HR 19 januari 1996**, *NJ* 1996/617, m.nt. W.M. Kleijn (*Rensing/Polak I*).
684 **HR 15 september 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AW3044, *JPF* 2007/19, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/18; *NJ* 2007/217, m.nt. W.M. Kleijn; **Hof Den Bosch 28 februari 2006**, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4220, *RFR* 2006/79, met wenk; en **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk.
685 **HR 15 september 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AW3044, *JPF* 2007/19, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/18; *NJ* 2007/217, m.nt. W.M. Kleijn.
686 **HR 29 april 1994**, *NJ* 1995/561, m.nt. W.M. Kleijn (*Doktersvrouw*).
687 **KRAAN, *Ftv* 2006/47, afl. 11**, p. 6. Zie ook **ANTOKOLSKAIA E.A. 2010**, p. 58 en **VAN MOURIK & VERSTAPPEN 2014**, p. 48 en p. 392.
688 **HR 29 april 1994**, r.o. 3.3, *NJ* 1995/561, m.nt. W.M. Kleijn (*Doktersvrouw*).
689 Zie de conclusie van A-G J. Wuisman (ECLI:NL:PHR:2007:BA7644), o. 2.7 voor **HR 19 oktober 2007**, ECLI:NL:HR:2007:BA7644, *RFR* 2007/136, met wenk.

van de redelijkheid en billijkheid in het geding was. Het Hof Den Bosch heeft in zijn arrest van 28 februari 2006[690] zelfs expliciet aangegeven dat, hoewel in de betreffende rechtsoverweging mogelijk de aanvullende functie zou kunnen worden gelezen, de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid aan de orde was.

Eén van de 169 geschilpunten had, in het verlengde van de hiervoor besproken gevallen, betrekking op de vraag of de afrekening van de kosten ten behoeve van de gewone gang van de huishouding in de gegeven feiten en omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.[691] Nu partijen geen vervalbeding waren overeengekomen en op grond van artikel 3:321 lid 1, onder a BW tussen niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten een grond voor verlenging van de verjaring bestond, kon afrekening volgens het hof *in beginsel* bij het einde van het huwelijk plaatsvinden. Het hof heeft hierbij naar het arrest *Doktersvrouw*[692] verwezen. Daarin is geoordeeld dat het, vanwege het praktische bezwaar dat de voor de berekening van de over en weer verschuldigde bedragen benodigde gegevens niet meer aanwezig zullen zijn, voor de hand ligt om aan te nemen dat de onderlinge afrekening periodiek dient plaats te vinden na het verstrijken van ieder kalenderjaar. Dat de benodigde gegevens veelal niet meer aanwezig zullen zijn, zou naar het oordeel van het hof evenwel *op zichzelf beschouwd* geen verval van afrekenings-aanspraken rechtvaardigen. Bovendien deed het bezwaar dat na vele jaren een reconstructie moet worden gemaakt van niet of slecht geadministreerde huishoudelijke uitgaven zich in het onderhavige geval niet voor, aangezien de man minutieus had boekgehouden. Anders dan de vrouw had gesteld,[693] zou er geen vaste jurisprudentie van de Hoge Raad bestaan waaruit blijkt dat deze kosten slechts jaarlijks periodiek kunnen worden afgerekend. Deze zin lijkt te moeten worden gelezen met de klemtoon op het woord *slechts*. Evenmin kon volgens het hof worden volgehouden dat de wens van de man tot afrekening niet redelijk (en billijk) zou zijn. Dat de vrouw onbekend was met het feit dat de man tijdens het huwelijk een boekhouding bijhield met betrekking tot de kosten van de gewone gang van de huishouding zou hier niet aan afdoen.[694]

690 **Hof Den Bosch 28 februari 2006**, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4220, *RFR* 2006/79, met wenk.

691 **Hof Arnhem 29 mei 2007**, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520, *RFR* 2007/97, met wenk.

692 **HR 29 april 1994**, *NJ* 1995/561, m.nt. W.M. Kleijn (*Doktersvrouw*).

693 En ook **Kraan** (***Ftv* 2006/47, afl. 11**, p. 6) en de zijnen lijken aan te nemen.

694 Anders de wenk bij **Hof Arnhem 29 mei 2007**, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520, *RFR* 2007/97.

Uitspraak	Materiële functie of andere rol	Type onderbouwing						
		Bronnen	Context	Belangen	Hulpmiddelen	Procesrecht	Restcategorie	Niet gemotiveerd
HR 23 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6299	Correctie	●				●		
HR 15 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3044	Correctie	●				●	●	
Hof Den Bosch 28 februari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4220	Correctie	●	●				●	
Hof Arnhem 7 november 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537	Correctie	●	●				●	

Tabel 10.6: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij een beroep op een vervalbeding

Toelichting bij tabel 10.6
In deze vier gevallen lijkt aldus steeds de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid aan de orde te zijn geweest. In de oordelen hieromtrent is iedere keer verwezen naar *bronnen*. Het ging hierbij steeds om een precedent of vaste rechtspraak.

10.5 Vergoedingsrechten

Vergoedingsrechten ontstaan als vermogensverschuivingen plaatsvinden tussen de afzonderlijke vermogens van de echtgenoten – eigen vermogens en gemeenschapsvermogen – zonder dat daarvoor een causa aanwijsbaar is, bijvoorbeeld een geldlenings- of een schenkingsovereenkomst of de voldoening aan een natuurlijke verbintenis. Zes geschilpunten uit de inhoudsanalyse hadden hiermee van doen.[695]

695 **HR 13 januari 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU2399, *RN* 2006/16, met wenk; **HR 21 april 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU8938, *FJR* 2006/93, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2006/71, met wenk; **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC1856, *AA*20080628, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2008/62, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2008/67, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2008/51, met wenk; *RN* 2008/29, met wenk; **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657; **Rb. Breda 5 augustus 2004**, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR6122; en **Rb. Zwolle-Lelystad 21 februari 2007**, ECLI:NL:RBZLY:2007:AZ9316.

De advocaat van de vrouw heeft in de uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 21 februari 2007[696] betoogd dat vergoeding van de door de man gedane investeringen − het voor zijn rekening nemen van de kosten van de fiscale naheffing en alle verbouwingskosten − ten behoeve van de aan de vrouw toekomende voormalige echtelijke woning achterwege moest blijven, omdat hij hiermee had voldaan aan een natuurlijke verbintenis jegens haar. De rechtbank heeft als maatstaf voor een dergelijke verzorgingsplicht gehanteerd dat deze terug te voeren moet zijn op een verplichting welke berust op voorschriften van moraal en fatsoen.[697] Of de nakoming daarvan zodanig dringend is dat degene, tegenover wie zulk een verplichting bestaat, die nakoming als de vervulling van een hem of haar toekomende, zij het in rechte niet afdwingbare prestatie mag beschouwen, moet worden bepaald aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval en de verhouding van de daarbij betrokken personen.[698] Of een dusdanige verplichting aan deze maatstaf voldoet, moet in een concreet geval worden beoordeeld naar maatschappelijke opvattingen − en dus niet naar de subjectieve opvattingen van de daarbij betrokken personen[699] −, een en ander binnen de grenzen van de redelijkheid (en billijkheid), afgemeten naar de feiten en omstandigheden van het geval, aldus de rechtbank. De toevoeging dat hierbij binnen de grenzen van de redelijkheid (en billijkheid) moet worden gebleven, impliceert dat de rechter nog een stap verder moet gaan. Na vaststelling van de maatschappelijke opvattingen, dient hij, naar zijn eigen deskundige oordeel, te beoordelen of toepassing naar die maatschappelijke opvattingen redelijk (en billijk) is. De redelijkheid (en billijkheid) lijkt in het onderhavige geval derhalve te moeten worden opgevat als een verwijzing naar de rechterlijke dispositie. In casu was volgens de rechtbank niet aan de maatstaf voor deze verzorgingsplicht voldaan, reeds daarom niet, omdat niet viel in te zien waarom partijen de facto ieder bij helfte hun vermogensbestanddelen zouden delen/verrekenen, zoals zij ter comparitie waren overeengekomen, de man de helft van zijn vertrekpremie/schadeloosstelling met de vrouw zou verrekenen en de vrouw op geen enkele wijze haar vermogen in de voormalige echtelijke woning van partijen, zoals dat vermogen uiteindelijk was ontstaan door de investeringen van de man, zou hoeven te verrekenen.

In de uitspraak van het Hof Den Haag van 14 december 2005[700] ging het niet over een geldelijke, maar over een arbeidsinvestering. De man had verbouwings- en opknapwerkzaamheden verricht aan panden die alleen op naam

696 **Rb. Zwolle-Lelystad 21 februari 2007**, ECLI:NL:RBZLY:2007:AZ9316.
697 Zie ook **HR 18 februari 1938**, *NJ* 1938/323, m.nt. P. Scholten.
698 Zie ook **HR 20 december 1989**, *BNB* 1990/69, m.nt. G. Laeijendecker en **HR 26 juni 1991**, *BNB* 1991/247.
699 Zie **HR 9 november 1990**, *NJ* 1992/212.
700 **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657.

van de vrouw stonden. Volgens het hof was de enkele omstandigheid dat de waarde van de panden hierdoor was toegenomen – zo dit al zou kunnen worden bewezen – onvoldoende om op grond van (de aanvullende functie van) de redelijkheid en billijkheid een vergoedingsrecht aan te nemen.[701] Dit oordeel raakte aan de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad sinds het arrest *Hilversumse horeca*[702] dat de enkele omstandigheid dat door de arbeidsinspanning van de ene echtgenoot het vermogen van de andere echtgenoot is toegenomen, niet voldoende is om een tussen partijen overeengekomen uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen niet toe te passen. Hiervoor zijn bijkomende feiten en omstandigheden vereist. Daartegenover heeft VAN MOURIK, voor het geval dat de arbeidsinspanning de verplichtingen van artikel 1:81 BW te buiten is gegaan, (terecht) gepleit voor het alsnog toekennen van een 'huwelijksvermogensrechtelijke' vergoeding bij echtscheiding, onder respectering van de koude uitsluiting van iedere gemeenschap. Deze vergoeding zou niet als achterstallig loon zijn aan te merken[703] – en daarover zal dan ook geen inkomstenbelasting verschuldigd moeten zijn.

Verder ging het van de zes geschilpunten vier keer over de vraag of een vergoedingsrecht, dat verband hield met de financiering of verbetering van een echtelijke woning, meer omvatte dan enkel het door de verstrekkende echtgenoot ter beschikking gestelde geldbedrag.[704] Deze vier uitspraken zijn alle gewezen vóór de inwerkingtreding van artikel 1:87 BW, op grond waarvan vergoedingsrechten, die zijn ontstaan op grond van verkrijgingen, voldoeningen of aflossingen die ná 1 januari 2012 hebben plaatsgevonden,[705] worden berekend naar de beleggingsleer. Deze leer gaat uit van het in economische zin medegerechtigd zijn van de echtgenoten. Vóór 2012 gold, naar de hoofdregel van het algemene vermogensrecht,[706] dat de omvang van het vergoedingsrecht in beginsel nominaal is.

---

701 Ook een vergoeding op basis van ongerechtvaardigde verrijking is afgewezen, nu niet gesteld of gebleken is dat de man door de door hem gestelde werkzaamheden is verarmd. Zie ook **HR 11 april 1986**, *NJ* 1986/622, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Baartman/Huijbers*).

702 **HR 25 november 1988**, *NJ* 1989/529, m.nt. E.A.A. Luijten (*Hilversumse horeca*).

703 **VAN MOURIK 2013**, p. 128.

704 **HR 13 januari 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU2399, *RN* 2006/16, met wenk; **HR 21 april 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU8938, *FJR* 2006/93, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2006/71, met wenk; **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC1856, *AA*20080628, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2008/62, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2008/67, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2008/51, met wenk; *RN* 2008/29, met wenk en **Rb. Breda 5 augustus 2004**, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR6122.

705 Zie artikel V lid 1 van de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen.

706 Zie artikel 6:111 BW.

De Hoge Raad heeft dit nominaliteitsbeginsel in het onder rechtsgeleerden beroemde arrest *Kriek/Smit*[707] – waarin, voor zover kon worden onderzocht, voor het eerst een vergoedingsrecht is aangenomen bij een verschuiving van het privévermogen van de ene echtgenoot naar het privévermogen van de andere echtgenoot – ook vooropgesteld. Dit strookte zijns inziens met de rechtszekerheid. Uitzonderingen op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid zouden volgens hem evenwel niet geheel zijn uitgesloten. In het bijzonder zou een uitzondering op haar plaats kunnen zijn in een geval waarin het ter beschikking gestelde geldbedrag zou zijn gebruikt voor de aankoop van de echtelijke woning en vervolgens door ten tijde van die aankoop onvoorziene omstandigheden. Dergelijke omstandigheden zouden kunnen bestaan uit de ontwikkeling van de Nederlandse onroerendgoedmarkt sedert die aankoop en een zo aanzienlijke waardevermeerdering van die woning heeft plaatsgevonden dat, bij gebreke van enige correctie, het gevolg daarvan zou zijn dat, bij het uiteengaan van partijen als gevolg van echtscheiding, het evenwicht tussen de vordering van de ene partij tot terugbetaling van het destijds ter beschikking gestelde, nadien in koopkracht verminderde geldbedrag, en het uitzonderlijk gunstige resultaat van de belegging daarvan, dat aan de andere partij ten goede komt, geheel zou zijn verbroken. Bij deze beoordeling kwam het volgens de Hoge Raad aan op de vraag of de betreffende onvoorziene omstandigheden van dien aard waren dat de partij op wiens naam de woning stond naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mocht verwachten dat zij met de enkele teruggave van het destijds ter beschikking gestelde geldbedrag, zonder enige verrekening van de waardevermeerdering van de woning, kon volstaan.

Het Hof Den Haag,[708] waarnaar de Hoge Raad het geding ter verdere behandeling en beslissing heeft verwezen, heeft geoordeeld dat een correctie wegens onvoorziene omstandigheden in het onderhavige geval inderdaad was aangewezen. De door de man aan de vrouw te betalen correctievergoeding is vervolgens *ex aequo et bono* bepaald op fl. 20.000,00. Het hof verklaarde de hoogte (of beter gezegd: de laagte) van deze vergoeding door erop te wijzen dat het toekennen daarvan, gelet op de formulering van het arrest van de Hoge Raad, een uitzondering behoorde te zijn en zelfs dan nog niet voor het geheel, maar slechts in 'enige' mate.

Een aantal rechtswetenschappelijke onderzoekers hebben zich de omvang van deze vergoeding aangetrokken. ABAS gelooft niet dat de Hoge

707 **HR 12 juni 1987**, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*). Zie ook **SCHOORDIJK, *WPNR* 1987/5839**, p. 445-449.

708 **Hof Den Haag 4 november 1988**, *NJ* 1989/540.

Raad met de woorden 'zonder enige verrekening (…)'[709] een andere bedoeling heeft gehad dan dat de vrouw, naar zij steeds in de procedure naar voren had gebracht, recht had op de helft, althans een aandeel in de waardevermeerdering van de mede door haar gefinancierde woningen.[710] De Hoge Raad zou namelijk in voormelde overweging in wezen A-G BIEGMAN-HARTOGH hebben nageschreven, die in haar conclusie blijk had gegeven van instemming met de hiervoor genoemde regel.[711]

ABAS heeft overigens de voor dit proefschrift nog interessante vraag opgeworpen of een toeschatting naar redelijkheid en billijkheid[712] iets anders is dan toekenning van een vergoeding met inachtneming van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, gegeven de feiten en omstandigheden van het geval.[713] Hij heeft deze vraag, met een verwijzing naar het arrest *Pootaardappelen*,[714] bevestigend beantwoord. De juistheid van een toeschatting zou in cassatie niet kunnen worden bestreden, terwijl de vraag of de corrigerende functie juist is toegepast, naar algemeen zou worden aangenomen, een rechtsvraag betreft. Naar zijn mening was de opdracht van de Hoge Raad aan het Hof Den Haag bedoeld als een open opdracht in laatstbedoelde zin.

Ook COHEN HENRIQUEZ vindt de uitkomst van het Hof Den Haag onbevredigend, zij het om een andere reden.[715] Zijns inziens kwam *lastgeving om gemeenschappelijk te beleggen* het meest in aanmerking voor analogische toepassing op het onderhavige geval (zie ook subparagraaf 6.2.1), en niet de regeling van de vergoedingsrechten ten bate en ten laste van een tussen echtgenoten bestaande gemeenschap, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld.[716] De eerstgenoemde kwalificatie zou hebben geresulteerd in een verhouding die het meest lijkt op een maatschap, waarin de vrouw zou hebben geparticipeerd voor een deel gelijk aan haar geldinbreng.

---

709 **HR 12 juni 1987**, r.o. 3.4, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*).

710 **ABAS, *WPNR* 1990/5947**, p 75. Anders Van Schilfgaarde, die in zijn noot onder **HR 12 juni 1987**, *AA* 36 (1987) 12 (*NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*)) heeft geschreven dat het hof zelfs niet had hoeven te berekenen dat partijen de 'winst' samen moesten delen: 'enige verrekening' was voldoende.

711 Conclusie van A-G A.M. Biegman-Hartogh, o. 12 voor **HR 12 juni 1987**, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*).

712 Die kan worden geschaard onder de rol *een verwijzing naar de rechterlijke dispositie.*

713 **ABAS, *WPNR* 1990/5947**, p 75.

714 **HR 28 januari 1977**, *NJ* 1978/174, m.nt. A.R. Bloembergen (*Pootaardappelen*).

715 **COHEN HENRIQUEZ, *WPNR* 1990/5947**, p. 77-78.

716 **HR 12 juni 1987**, r.o. 3.3, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*).

Ook VAN MOURIK heeft aanknoping bij de vergoedingsrechten ten bate en ten laste van een tussen echtgenoten bestaande gemeenschap niet juist geacht.[717] Bij koude uitsluiting van iedere gemeenschap moet zijns inziens namelijk een fourneerovereenkomst aan de ter beschikkingstelling van het geldbedrag geacht worden ten grondslag te liggen. *Uitleg* van deze overeenkomst zou hebben geleid tot een vordering ten bedrage van een gedeelte van de waarde van de gefinancierde woning, gerelateerd aan het bedrag dat werd gefourneerd.

VAN DER PAS is daarentegen uitgekomen op een bedrag dat niet veel afwijkt van de door het Hof Den Haag vastgestelde correctievergoeding.[718] In zijn berekening krijgen de echtgenoten eerst via vergoedingsrechten ieder hun ingebrachte privégelden terug, mits zij deze inbreng kunnen aantonen. Het overschot is vervolgens als winst aangemerkt, die zij samen bij helfte dienden te delen. Deze berekening is volgens hemzelf een verbintenisrechtelijke toepassing van de grondgedachte van onze wetgever dat in een huwelijk alle goederen zo veel mogelijk gemeenschappelijk eigendom van de echtgenoten behoren te zijn.

Dat de Hoge Raad in dit geval de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, meer in het bijzonder de *imprévision*-regeling, heeft toegepast, staat buiten kijf. Daarbinnen kunnen volgens VAN MOURIK evenwel twee benaderingen worden gevolgd.[719] Allereerst zou men het zo kunnen zien dat het nominale bedrag van de vergoedingsvordering, ten gevolge van de onvoorziene omstandigheden, wordt aangepast door het te verhogen. Men zou echter ook kunnen bepleiten, zoals VAN MOURIK zelf heeft gedaan, dat de vergoedingsvordering ongewijzigd blijft, maar dat daarnaast een correctie-vordering ontstaat. Bij deze tweede benadering zou het nominaliteitsbeginsel, anders dan bij de eerste benadering, onaangetast blijven, wat volgens VAN MOURIK, gezien de bewoordingen van de Hoge Raad, ook de bedoeling was. Daar kan tegenin worden gebracht dat ook bij de eerste benadering het nominaliteitsbeginsel *op zich* niet ter discussie staat, maar slechts de *toepassing* daarvan in het concrete geval (zie ook subparagraaf 7.3.1.3). Daarnaast is de rechterlijke beslissing waarin artikel 6:258 BW wordt toegepast constitutief van aard; de uitspraak leidt aldus tot een nieuwe vaststelling van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding (zie subparagraaf 7.3.1.3.2).

In twee van de vier hiervoor genoemde uitspraken is voor de daarin onderhavige gevallen een uitzondering op het nominaliteitsbeginsel gemaakt.[720]

---

717 **VAN MOURIK 1988**, p. 20-22.

718 **VAN DER PAS, *WPNR* 1990/5968**, p. 454-455.

719 **VAN MOURIK, *EB* 2006/15, afl. 2**, onder het kopje *2 Het beginsel van nominalisme*.

720 **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC1856, *AA*20080628, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2008/62, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2008/67, m.nt.

Over de vraag of het in deze uitspraken ging om een uitzondering in de trant van het arrest *Kriek/Smit*[721] of dat is geanticipeerd op het ten tijde van het wijzen van deze uitspraken nog toekomstige artikel 1:87 BW kan worden − en is, naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 15 februari 2008 − gediscussieerd. Anders dan in het arrest *Kriek/Smit*,[722] betrof het in deze gevallen een verschuiving van het vermogen van de gemeenschap van goederen naar het privévermogen van één van de echtgenoten (*récompense*), respectievelijk van het privévermogen van één van de echtgenoten naar het vermogen van de gemeenschap van goederen (*reprise*).

In zijn arrest van 15 februari 2008[723] heeft de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de man recht had op vergoeding van een bedrag dat was gerelateerd aan de waardestijging van de echtelijke woning in stand gelaten. Het hof had deze op de redelijkheid en billijkheid gegronde uitzondering gebaseerd op de volgende feiten en omstandigheden. Partijen waren in wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd. De oorspronkelijke echtelijke woning, die tot deze gemeenschap behoorde, was verkocht. De verkoopopbrengst daarvan was geïnvesteerd in de bouw van een nieuwe echtelijke woning. Deze woning was door natrekking eigendom geworden van de vrouw. Het door de vrouw krachtens erfrecht verkregen perceel, waarop deze woning was gebouwd, viel namelijk vanwege een uitsluitingsclausule buiten de gemeenschap van goederen. Het hof was volgens de Hoge Raad kennelijk van oordeel dat aldus zowel recht werd gedaan aan de uitsluitingsclausule in de uiterste wilsbeschikking van de vader van de vrouw − met andere woorden: aan de wil van de erflater[724] −, als aan de (in het huwelijksvermogensrechtelijke regime besloten liggende) bedoelingen van partijen. Of in dit geval van belang was of partijen zich tijdens hun huwelijk steeds van alle gevolgen van hun handelen voldoende bewust waren geweest, kon volgens de Hoge Raad in het midden blijven. Het hof had immers kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat, ook indien de man op de hoogte was van de inhoud van de uiterste wilsbeschikking en hij zich had gerealiseerd dat hij geen mede-eigenaar was of zou worden van de woning die

---

B.E. Reinhartz; *RFR* 2008/51, met wenk; *RN* 2008/29, met wenk en **Rb. Breda 5 augustus 2004**, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR6122.

721 **HR 12 juni 1987**, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*).

722 **HR 12 juni 1987**, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*).

723 **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC1856, *AA*20080628, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2008/62, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2008/67, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2008/51, met wenk; *RN* 2008/29, met wenk.

724 Zie ook de conclusie van A-G J. Wuisman (ECLI:NL:PHR:2008:BC1856), voetnoot 8 voor **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC1856, *AA*20080628, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2008/62, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2008/67, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2008/51, met wenk; *RN* 2008/29, met wenk.

op het door de vrouw verkregen perceel zou worden gebouwd, daaruit, in de feiten en omstandigheden van dit geval, niet volgde dat hij zich ook ervan bewust was dat hij in beginsel niet zou mededelen in de waardestijging van deze tweede echtelijke woning.[725]

In de rechtsliteratuur is, zoals gezegd, gediscussieerd over de vraag of in dit arrest al dan niet is geanticipeerd op het in wetsvoorstel 28867 voorgestelde artikel 1:87 BW. Dit is volgens REINHARTZ niet het geval, omdat de Hoge Raad niet naar wetsvoorstel 28867 heeft verwezen.[726] De Hoge Raad zou daarentegen hebben voortgeredeneerd op de lijn die hij heeft ingezet met het arrest *Kriek/Smit.*[727] Het nominaliteitsbeginsel zou derhalve als hoofdregel overeind zijn gebleven en slechts in uitzonderlijke gevallen, zoals het onderhavige, zou een afwijking hebben kunnen plaatsvinden. Ook A-G WUISMAN is, zoals REINHARTZ heeft opgemerkt,[728] van mening dat met het aanvaarden van een uitzondering op het nominaliteitsbeginsel in het onderhavige geval geen geheel nieuwe weg was ingeslagen.[729] VERSTAPPEN is een andere mening toegedaan.[730] De Hoge Raad heeft zijns inziens met het onderhavige arrest een sierlijke bocht richting het in wetsvoorstel 28867 voorgestelde artikel 1:87 BW gemaakt. De Hoge Raad heeft het oordeel van het hof, dat de facto een toepassing van de in artikel 1:87 BW gehanteerde berekeningsmethode zou zijn en mitsdien verder zou gaan dan het toekennen van een correctievergoeding à la *Kriek/Smit*, immers in stand gelaten. Daar komt volgens VERSTAPPEN nog bij dat de feiten en omstandigheden die voor het hof

---

725 Zie ook de conclusie van A-G J. Wuisman (ECLI:NL:PHR:2008:BC1856), o. 2.8-2.16 voor **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC1856, *AA*20080628, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2008/62, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2008/67, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2008/51, met wenk; *RN* 2008/29, met wenk.

726 Noot van B.E. Reinhartz onder **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC1856, *JPF* 2008/67 (*AA*20080628, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2008/62, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2008/51, met wenk; *RN* 2008/29, met wenk) en **REINHARTZ, *JBN* 2008/19, afl. 4**, onder het kopje *Commentaar*. Zie ook de noot van I.J. Pieters onder dit arrest.

727 **HR 12 juni 1987**, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*).

728 Noot van B.E. Reinhartz onder **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC1856, *JPF* 2008/67 (AA20080628, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2008/62, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2008/51, met wenk; *RN* 2008/29, met wenk) en **REINHARTZ, *JBN* 2008/19, afl. 4**, onder het kopje *Commentaar*.

729 Conclusie A-G J. Wuisman (ECLI:NL:PHR:2008:BC1856), o. 2.13 voor **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC1856, *AA*20080628, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2008/62, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2008/67; *RFR* 2008/51, met wenk; *RN* 2008/29, met wenk.

730 **VERSTAPPEN, *WPNR* 2008/6767**, p. 670. Zie ook ***Handelingen II* 2007/08, 68**, p. 4758 en p. 4761-4762; **VERSTAPPEN, *WPNR* 2006/6652**, p. 75-77; en **FORDER, *NJB* 2008/1738, afl. 34**, p. 2176. **MEIJER (2009**, p. 33) heeft gemeend dat deze conclusie voorbarig is.

en de Hoge Raad redengevend zijn geweest om te corrigeren à la *Kriek/Smit* op de keper beschouwd helemaal niet zo bijzonder zijn.[731] De drempel die in dat arrest is opgeworpen, is volgens hem met het onderhavige arrest dan ook afgebouwd. Ook NUYTINCK is, vanwege de hiervoor genoemde reden, van mening dat het hof impliciet op artikel 1:87 BW heeft geanticipeerd.[732] Of ook de Hoge Raad de beleggingsleer heeft omarmd, is volgens hem om cassatie technische redenen echter geheel niet zeker. De Hoge Raad zou niet anders hebben gekund dan te beslissen tot verwerping van het cassatieberoep, aangezien het hof zijn arrest (op volgens NUYTINCK: bewonderenswaardige wijze) flink had 'dichtgetimmerd'.

De Rechtbank Breda heeft in haar beschikking van 5 augustus 2004[733] weliswaar naar artikel 1:87 BW verwezen, maar heeft zich bij haar oordeelsvorming, naar eigen zeggen, mede gebaseerd op de vaste jurisprudentie die is gevolgd op het arrest *Kriek/Smit*[734] betreffende vergoedingsrechten bij koude uitsluiting van iedere gemeenschap. Verder heeft zij aansluiting gezocht bij artikel 1:136 BW, waarvoor het beginsel van evenredigheid het uitgangspunt is. Wat waren de feiten en omstandigheden van dit geval? De vrouw had haar aandeel in de nalatenschap van haar vader, die ze onder uitsluitingsclausule had verkregen, geïnvesteerd in de aankoop van de echtelijke woning, die in de gemeenschap van goederen was gevallen. Onder deze feiten en omstandigheden heeft de rechtbank het redelijk en billijk geacht dat aan de vrouw een gedeelte van de waardestijging van de echtelijke woning, gerelateerd aan het aandeel van het door haar gefinancierde bedrag, toekwam. Deze waardestijging was naar haar oordeel immers aan te merken als een burgerlijke vrucht van het erfdeel van de vrouw.

De andere twee gevallen boden, naar de oordelen van de rechterlijke instanties, onvoldoende grond voor het aannemen van een dergelijke uitzondering.[735] Daarnaast is anticipatie op artikel 1:87 BW door de Hoge Raad in het tweede arrest expliciet afgewezen, zij het om een onjuiste reden. Het voor deze paragraaf van belang zijnde klachtonderdeel in het arrest van 13 januari 2006[736] miste bovendien, naar het oordeel van de Hoge Raad, feitelijke

---

731 **VERSTAPPEN, *WPNR* 2008/6767**, p. 671.

732 Noot van A.J.M. Nuytinck onder **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC1856, *AA*20080628, p. 631 (*FJR* 2008/62, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2008/67, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2008/51, met wenk; *RN* 2008/29, met wenk).

733 **Rb. Breda 5 augustus 2004**, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR6122.

734 **HR 12 juni 1987**, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*).

735 **HR 13 januari 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU2399, *RN* 2006/16, met wenk en **HR 21 april 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU8938, *FJR* 2006/93, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2006/71, met wenk.

736 **HR 13 januari 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU2399, *RN* 2006/16, met wenk.

grondslag. Anders dan de vrouw meende, zou het hof niet hebben geoordeeld dat uitsluitend plaats is voor een uitzondering op het nominaliteitsbeginsel indien de verstrekkende echtgenoot de aan de andere echtgenoot toebehorende goederen geheel of nagenoeg geheel heeft gefinancierd, en wel door middel van voldoening van de initiële koopsom. Het hof zou slechts hebben geoordeeld dat er in casu onvoldoende grond was voor het aannemen van een dergelijke, in het arrest *Kriek/Smit*[737] geformuleerde, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende uitzondering. De op naam van de man staande voormalige echtelijke woning kon, anders dan de vrouw ter onderbouwing van haar aanspraak ter zake van het door haar ter beschikking gestelde geldbedrag had gesteld, niet slechts worden herbouwd dankzij haar bijdrage, maar mede met behulp van de overheidssubsidie die de man en zijn moeder hadden ontvangen.

In zijn arrest van 21 april 2006[738] heeft de Hoge Raad een overzicht gegeven van wat geldt bij een afzonderlijke eenvoudige gemeenschap van woning, zoals waar in casu sprake van was, naast een gemeenschap van vruchten en inkomsten. Ingevolge artikel 3:166 lid 2 BW geldt − net als voor de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap − dat de echtgenoten ieder een gelijk aandeel in de gemeenschap hebben. De rechtsverhouding tussen de deelgenoten kan evenwel anders meebrengen. Het enkele feit dat de vrouw ten behoeve van het verkrijgen van de woning een groter bedrag uit haar privévermogen had besteed dan de man, leidde hier niet toe (zie ook paragraaf 10.7). Wel zouden beide echtgenoten bij verdeling van deze gemeenschap recht hebben op vergoeding door de eenvoudige gemeenschap van het bedrag dat zij uit hun privévermogen ten behoeve van de verkrijging van de woning hadden besteed. Zoals in het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1992[739] is bepaald, zou in een situatie als deze[740] niet geheel zijn uitgesloten dat op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid een uitzondering moet worden gemaakt. Volgens de Hoge Raad bood het onderhavige geval hiervoor echter geen grond.[741] Wat na aftrek van het totaal van die vergoedingen van de waarde, of bij vervreemding van de opbrengst van de woning, zou resteren, zou iedere echtgenoot naar evenredigheid van zijn aandeel in de eenvoudige gemeenschap, in casu 50/50, toekomen. De Hoge Raad heeft hierbij nog de kanttekening geplaatst dat hij geen acht heeft geslagen op de verwijzing in het klachtonderdeel naar artikel

737 **HR 12 juni 1987**, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*).

738 **HR 21 april 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU8938, *FJR* 2006/93, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2006/71, met wenk.

739 **HR 10 januari 1992**, *NJ* 1992/651, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*).

740 Waarmee is bedoeld dat de echtelijke woning aan ieder van partijen voor de helft in eigendom toebehoort.

741 Dit was tussen partijen ook niet in geschil.

1:87 BW, omdat het in deze zaak niet ging om een wettelijke gemeenschap van goederen, waarop wetsvoorstel 28867 betrekking zou hebben. NUYTINCK heeft terecht opgemerkt dat deze motivering niet deugde. Artikel 1:87 BW is namelijk opgenomen in titel 1.6 BW, die geldt ongeacht het huwelijksvermogensrechtelijke regime waarin de echtgenoten zijn gehuwd. NUYTINCK kon zich echter wel vinden in de weigering te anticiperen op artikel 1:87 BW.[742] In dit artikel is zijns inziens namelijk een sterk afwijkend stelsel geïntroduceerd: de beleggingsleer in plaats van de nominaliteitsleer.

Drie van de 169 geschilpunten hadden, in het verlengde van de hiervoor besproken zaken, betrekking op een vermogensverschuiving, zij het met een causa, te weten een overeenkomst.[743] De feiten en omstandigheden in de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 12 april 2011[744] waren als volgt. De man en de vrouw waren in wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd. De man had tijdens het huwelijk geld geleend van zijn vader voor de financiering van de aankoop van een appartement. Op het moment van echtscheiding was wat uit hoofde van deze geldleningsovereenkomst verschuldigd was een gemeenschapsschuld. De rechtbank heeft deze schuld evenwel toegescheiden aan de man tegen een privévordering op de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap ter hoogte van die schuld. De vader van de man is vervolgens overleden. De man was enig erfgenaam van zijn vader en heeft diens nalatenschap geaccepteerd. Hierdoor zijn de verplichtingen voortvloeiende uit de geldleningsovereenkomst, die de man op grond van het vonnis van de rechtbank op zich moest nemen, tenietgegaan. Het overlijden van de vader heeft echter geen gevolg gehad voor de vorenbedoelde privévordering op de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap, aldus het hof. In geschil was of dit beoordeeld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid anders was. Het hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord. Dit oordeel is niet gemotiveerd, wat, hoewel dit oordeel volgens sommigen evident zal zijn te noemen, te betreuren valt. Het is nu, zoals *JIN*-annotator KAMPHUIS heeft geschreven, maar raden wat het hof heeft bedoeld. Er wordt geen explicatie gegeven aan de (in)direct geadresseerden. KAMPHUIS heeft voorgelegd dat het zou kunnen dat het hof een vergelijking heeft gemaakt met het fictieve geval waarin partijen de schuld

742 Zie de noot van A.J.M. Nuytinck onder **HR 22 september 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AX1571, *AA*20070058, p. 64 (*FJR* 2007/32, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2006/109, met wenk).

743 **Hof Leeuwarden 12 april 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1385, *JIN* 2011/486, m.nt. R.P.F. Kamphuis; **Hof Den Haag 17 augustus 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV9206; en **Rb. Middelburg 25 april 2007**, ECLI:NL:RBMID:2007:BB6640.

744 **Hof Leeuwarden 12 april 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1385, *JIN* 2011/486, m.nt. R.P.F. Kamphuis.

tijdens het huwelijk volledig zouden hebben voldaan aan de vader van de man.[745]

In de uitspraak van het Hof Den Haag van 17 augustus 2011[746] streden partijen over de posten die voor vergoeding in aanmerking kwamen. De vrouw had onder andere, anders dan de man had beweerd en de rechtbank had geoordeeld, gesteld dat het schilderwerk, timmerwerk, betegelen van de keuken en het toilet en het leggen van de vloeren als *kosten van de huishouding* moesten worden beschouwd, zodat de vrouw deze kosten niet hoefde te voldoen. Het hof heeft de vrouw op dit punt gelijk gegeven. Het heeft vooropgesteld dat voor dit begrip het 'gemeenschappelijk belang' van partijen ten tijde van de uitgaven het uitgangspunt is. Daaronder vallen zijns inziens in elk geval de noodzakelijke uitgaven voor wonen.[747] Noodzakelijk zijn deze uitgaven als het achterwege laten ervan tot gevolg zou hebben dat het 'gemeenschappelijk belang' − in dit geval: het wonen van partijen in de voormalige echtelijke woning − niet, althans niet op (nagenoeg) gelijke wijze, meer mogelijk zou zijn als voorheen. Gelet hierop heeft het hof het *redelijk (en billijk)* geacht om als verbouwingskosten (die wel recht geven op vergoeding) in aanmerking te nemen het door de vrouw genoemde bedrag van € 50.000,00, waar al deze kosten volgens haar niet te boven konden gaan. In dit bedrag waren volgens het hof begrepen de kosten voor verbouwing van de zolder, het plaatsen van de dakkapel, het vervangen van de kozijnen en het stucwerk. Het hof lijkt in dit geval met de term *redelijk (en billijk)* te hebben verwezen naar zijn eigen dispositie. Het precieze bedrag van alle verbouwingskosten minus de genoemde kosten van de huishouding lijkt namelijk niet vast te hebben gestaan, waardoor het, noodgedwongen, is uitgegaan van het door de vrouw maximaal erkende bedrag. Waarom het voldoen van de kosten van de huishouding in dit geval geen recht gaf op vergoeding, is niet af te leiden uit de motivering van het hof. Kwam dit doordat de vordering wegens te veel bijgedragen kosten van de huishouding is verwerkt of was het hof, meer in het algemeen, van mening dat bestedingen uit ter beschikking gestelde privégelden aan de kosten van de huishouding geen vergoedingsrecht doen ontstaan?[748]

---

745 Noot van R.P.F. Kamphuis onder **Hof Leeuwarden 12 april 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1385, *JIN* 2011/486.

746 **Hof Den Haag 17 augustus 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV9206. Het hof is in deze zaak overigens buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door, anders dan partijen voor ogen stond, te concluderen dat de man recht heeft op vergoeding door de vrouw in plaats van door de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap. Zie **HR 19 oktober 2012**, ECLI:NL:HR:2012:BX5576, *JIN* 2012/197, m.nt. M.M. Schouten; *RFR* 2013/13, met wenk.

747 Zie ook **PARL. GESCH. NBW BOEK 1**,TM, p. 242 en **STILLE 2009**, art. 84, aant. 1, p. 2.

748 Zie ook **MEIJER 2009**, p. 35. Anders **BREEDERVELD 2008**, p. 244-246.

Ook in de uitspraak van de Rechtbank Middelburg van 25 april 2007[749] hadden partijen een overeenkomst gesloten over de (in casu: privé)gelden die de ene echtgenoot (in casu: de man) aan de andere echtgenoot (in casu: de vrouw) had doen toekomen. In geschil was echter hoe deze overeenkomst moest worden gekwalificeerd: als een geldleningsovereenkomst of als een schenkings-overeenkomst. Volgens de rechtbank moest in redelijkheid (en billijkheid) worden aangenomen dat, indien de onderhavige gelden door de man aan de vrouw waren geschonken, door de toenmalige raadsman van de vrouw ter zake het voorstel van de toenmalige advocaat van de man in het kader van de afwikkeling van de echtscheiding op dit punt (zo nodig: alsnog) een opmerking of voorbehoud zou zijn gemaakt ten aanzien van de kwalificatie die de toenmalige advocaat van de man aan de overeenkomst had gegeven, of zelfs dat hij het voorstel reeds om die reden zou hebben afgewezen. Nu dit niet was gebeurd, moest worden aangenomen dat de kwalificatie als geldlening impliciet was erkend, aldus de rechtbank. Het ging in casu aldus om de uitleg van de overeenkomst die aan de vermogensverschuiving ten grondslag heeft gelegen.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU2399	Correctie	●				●	●	
HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8938	Correctie	●				●		
HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1856	Correctie		●				●	
Hof Den Haag 14 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657	Aanvulling	●						
Rb. Breda 5 augustus 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR6122	Correctie	●					●	
Rb. Zwolle-Lelystad 21 februari 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:AZ9316	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie	●	●				●	

Tabel 10.7: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij vergoedingsrechten

749 **Rb. Middelburg 25 april 2007**, ECLI:NL:RBMID:2007:BB6640.

Toelichting bij tabel 10.7
In de uitspraken die betrekking hadden op de vergoedingsrechten, lijkt de redelijkheid en billijkheid bij de vraag of een uitzondering op het nominaliteitsbeginsel moest worden gemaakt, te zijn ingezet in haar corrigerende functie. Drie van de vier keer is het oordeel hierover gemotiveerd met een verwijzing naar *bronnen* (waaronder een aanhangig wetsvoorstel) en argumenten uit de *restcategorie.*

10.6 Invloed op de bijzondere verknochtheid van een goed

Vijf geschilpunten gingen over de invloed van de redelijkheid en billijkheid op de bijzondere verknochtheid van een goed in de zin van artikel 1:94 lid 3 BW.[750] In twee van deze gevallen[751] is enkel verwezen naar het precedent dat de Hoge Raad had geschapen met zijn arrest van 3 november 2006.[752] Dit is gedaan ter legitimatie van de beslissing dat het niet nodig was te bezien of de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van het bijzonder verknocht zijn van de overbruggingsuitkering respectievelijk het niet bijzonder verknocht zijn van de aandelen van de vennootschap, waarin het landhuis in Tsjechië was ingebracht, in een andere richting wees. In het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad was voor het eerst bepaald dat er geen grond is om bij de beantwoording van de vragen

750 **HR 3 november 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AX8843, *JPF* 2007/6, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/5; *NJ* 2008/257, m.nt. L.C.A. Verstappen onder *NJ* 2008/258; **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008: BC0377, *AA*20080442, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *NJ* 2008/275, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RAR* 2007/50, met wenk; *RFR* 2008/50, met wenk (*OBU*); **HR 26 september 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BF2295, *AA*20080806, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *AV&S* 2009/20, m.nt. F.R. Salomons; *JPF* 2009/22, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2009/26; *NJ* 2009/40, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2008/129, met wenk; **Rb. Zwolle 21 augustus 2002**, ECLI:NL:RBZWO:2002: AF5277; en **Rb. Assen 4 februari 2009**, ECLI:NL:RBASS:2009:BH4263.

751 **HR 15 februari 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC0377, *AA*20080442, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *NJ* 2008/275, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RAR* 2007/50, met wenk; *RFR* 2008/50, met wenk (*OBU*) en **Rb. Assen 4 februari 2009**, ECLI:NL:RBASS: 2009: BH4263.

752 **HR 3 november 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AX8843, *JPF* 2007/6, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/5; *NJ* 2008/257, m.nt. L.C.A. Verstappen onder *NJ* 2008/258.

> ‘of een goed op bijzondere wijze aan één van de echtgenoten is verknocht en, zo ja, in hoeverre die verknochtheid zich ertegen verzet dat het goed in de gemeenschap van goederen valt’[753]

telkens te betrekken of de redelijkheid en billijkheid, die de rechtsverhouding tussen deelgenoten beheerst,[754] in een andere richting wijst. Ten aanzien van deze vragen is de redelijkheid en billijkheid namelijk reeds in de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed − zijnde of en de mate waarin sprake is van bijzondere verknochtheid, hangt af van de aard van dat goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald[755] − verdisconteerd door de invloed die daarin wordt toegekend aan de maatschappelijke opvattingen.[756] Deze objectieve maatstaf dient de rechtszekerheid, welke ten aanzien van de omvang van de huwelijksgoederengemeenschap haar gewicht in de schaal werpt in verband met de mogelijke rechten van derden,[757] aldus nog steeds de Hoge Raad. Volgens *NJ*-annotator VERSTAPPEN moet men van de zekerheid die het criterium *maatschappelijke opvattingen* zou bieden niet veel verwachtingen hebben.[758] Daarnaast zijn de belangen van derden, vooral schuldeisers, zijns inziens in de meeste gevallen meer dan voldoende afgedicht door de wettelijke regeling van de huwelijksgoederengemeenschap.

In het arrest van de Hoge Raad van 26 september 2008[759] ging het over een immateriële schadevergoeding waarmee een perceel grond was gekocht, waarop later de voormalige echtelijke woning is gebouwd. Volgens de Hoge

---

753 **HR 3 november 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AX8843, r.o. 3.3.2, *JPF* 2007/6, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/5; *NJ* 2008/257, m.nt. L.C.A. Verstappen onder *NJ* 2008/258.

754 Zie artikel 3:166 lid 3 jo. 6:2 BW. Deze verwijzing duidt er, naar hieronder wordt toegelicht, ten onrechte op dat de redelijkheid en billijkheid wordt gebruikt in haar aanvullende of corrigerende functie.

755 Voor deze maatstaf is verwezen naar **HR 23 december 1988**, *NJ* 1989/700, m.nt. E.A.A. Luijten en **HR 24 oktober 1997**, *NJ* 1998/693, m.nt. W.M. Kleijn (*Whiplash*).

756 Zie ook **GISOLF 1974**, p. 136 en **BREEDERVELD 2008**, p. 217.

757 Naast het hanteren van een objectieve maatstaf is, omwille van de rechtszekerheid, (wettelijke) vastlegging van de jurisprudentie omtrent de bijzondere verknochtheid gewenst. De jurisprudentie betreffende materiële en immateriële schadevergoedingen lijkt hiervoor voldoende te zijn gekristalliseerd.

758 Noot van L.C.A. Verstappen onder **HR 3 november 2006**, ECLI:NL:HR:2006: AX7805, *NJ* 2008/258, onder 7, tevens behorend bij *NJ* 2008/257 (*FJR* 2007/22, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2007/5, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2007/6; *RFR* 2006/125, met wenk).

759 **HR 26 september 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BF2295, *AA*20080806, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *AV&S* 2009/20, m.nt. F.R. Salomons; *JPF* 2009/22, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2009/26; *NJ* 2009/40, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2008/129, met wenk.

Raad kan niet op grond van de redelijkheid en billijkheid worden aangenomen dat wat door wederbelegging van een geldsom, die strekte tot vergoeding van immateriële schade, is verkregen, eveneens bijzonder verknocht is.[760] Ook degene die zich op bijzondere verknochtheid van een wederbelegd goed beroept, dient te stellen op grond waarvan daarvan sprake is.[761] De aard van het oorspronkelijke goed is hiervoor aldus niet bepalend.

De redelijkheid en billijkheid was in voorgaande gevallen aldus verdisconteerd in de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed en kon niet alsnog het aan de hand daarvan vastgestelde rechtsgevolg corrigeren. Om deze reden is de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid niet gekwalificeerd als zijnde de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid. Deze kwalificatiebeslissing wordt verder toegelicht aan de hand van figuur 10.1.

Figuur 10.1: Verhouding tussen de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid

De lichtblauwe cirkel geeft de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed weer en de lichtgroene cirkel de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hierbij valt op dat deze maatstaven grotendeels overlappen, maar

760 Zie ook **GISOLF 1974**, p. 151.

761 Volgens VERSTAPPEN ligt dit niet voor de hand, aangezien de gelden die zijn aangewend zelf verknocht waren. Zie de noot van L.C.A. Verstappen onder **HR 26 september 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BF2295, *NJ* 2009/40, onder 4 (*AA*20080806, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *AV&S* 2009/20, m.nt. F.R. Salomons; *JPF* 2009/22, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2009/26; *RFR* 2008/129, met wenk).

niet helemaal. Met het woord 'telkens' in het arrest van 3 november 2006[762] lijkt immers de mogelijkheid te zijn opengelaten dat de andere kenbronnen van de redelijkheid en billijkheid, zoals de algemeen erkende rechtsbeginselen en de maatschappelijke én persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken (zie paragraaf 6.1), in een andere richting wijzen dan de maatschappelijke opvattingen.[763] Het lijkt derhalve zo te kunnen zijn dat de omvang van de huwelijksgoederengemeenschap (verbintenisrechtelijk[764]) anders moet worden opgevat dan op grond van de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed heeft te gelden. Daarnaast kan uit het woord *mede* worden opgemaakt dat de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed meer kenbronnen heeft dan de maatschappelijke opvattingen. Doorgaans lijkt het antwoord op de verknochtheidsvragen van artikel 1:94 lid 3 BW evenwel overeen te komen met wat, gelet op de maatschappelijke opvattingen, redelijk en billijk is. De redelijkheid en billijkheid lijkt derhalve geen separate betekenis te hebben.

Hiermee hebben we nog niet de vraag beantwoord in welke materiële functie of andere rol de redelijkheid en billijkheid in deze gevallen wel is gebruikt. Hoe moet de opmerking dat de redelijkheid en billijkheid is verwerkt in de verknochtheidsvragen worden begrepen? De toevoeging dat de redelijkheid en billijkheid de rechtsverhouding tussen deelgenoten beheerst, duidt erop dat het niet gaat om een maatstaf die specifiek is gericht tot de rechter. Van een verwijzing naar de rechterlijke dispositie lijkt dan ook geen sprake te zijn. Nu aan de redelijkheid en billijkheid geen separate betekenis lijkt toe te komen, zal ook geen sprake zijn van de aanvullende functie. Dan blijft de rol *een synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel* over. Er wordt aldus vermoed dat de Hoge Raad (slechts) tot uitdrukking heeft willen brengen dat bij de invulling van de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed al rekening is gehouden met rechtvaardigheidsoverwegingen, zodat dit niet nogmaals hoeft te gebeuren. In het arrest van de Hoge Raad van 26 september 2008[765] zou overigens ook een afwijzing van de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden gelezen.

---

762 **HR 3 november 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AX8843, *JPF* 2007/6, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/5; *NJ* 2008/257, m.nt. L.C.A. Verstappen onder *NJ* 2008/258.

763 Deze materie is, voor zover kon worden onderzocht, overigens nog niet voldoende tot ontwikkeling gekomen voor (wettelijke) vastlegging.

764 Zie **Rb. Zwolle 21 augustus 2002**, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF5277.

765 **HR 26 september 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BF2295, *AA*20080806, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *AV&S* 2009/20, m.nt. F.R. Salomons; *JPF* 2009/22, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2009/26; *NJ* 2009/40, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2008/129, met wenk.

In een eerder vonnis heeft de Rechtbank Zwolle[766] beslist dat er feiten en omstandigheden kunnen zijn om te oordelen dat de smartengelduitkering, hoewel bijzonder verknocht, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet (geheel) buiten de verdeling behoort te worden gelaten. De rechtbank heeft de volgende omstandighedencatalogus gegeven: de wijze waarop het smartengeld wordt aangewend, alsmede tijdsverloop, in die zin dat het huwelijk na het letsel, dan wel de smartengelduitkering nog voor een langere periode heeft voortgeduurd. In het onderhavige geval was van het smartengeld van fl. 110.000 een bedrag van fl. 99.367,19 gebruikt voor de aankoop van de eerste woning[767] en zijn partijen nog tien jaar gehuwd geweest na het door de man overkomen bedrijfsongeval, waarbij hij zijn rechterbeen had verloren. De stelling van de man dat ook de vrouw de desbetreffende immateriële schade gedurende deze periode heeft mee ervaren, heeft de rechtbank ertoe gebracht het bedrag aan smartengeld dat – aldus in correctie op de bijzondere verknochtheid – in de huwelijksgoederengemeenschap valt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid vast te stellen op fl. 19.376,19.[768]

Dat in dit vonnis wel separate betekenis lijkt te zijn toegekend aan de redelijkheid en billijkheid, roept de vraag op of dit vonnis in overeenstemming is te brengen met de in het arrest van 3 november 2006[769] door de Hoge Raad geformuleerde regel. Hierbij kan twee kanten op worden geredeneerd. Voor een positieve beantwoording van deze vraag pleit het woord 'telkens' in dat arrest. Goed te verdedigen is dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid doorgaans in dezelfde richting wijzen als de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed, omdat één van de kenbronnen van deze maatstaven overeenkomt en het derhalve overbodig is om telkens te bezien of de redelijkheid en billijkheid in een andere richting wijst, maar dat dit wel mogelijk is. Voor een negatieve beantwoording van deze vraag spreekt dat in dit geval is bezien of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in een andere richting wezen dan de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed en dat hierbij zelfs is aangegeven welke feiten en omstandigheden *in het algemeen* relevant zijn voor een dergelijke beoordeling.

Ook bij de rubricering van de mate van verknochtheid van een goed die DE BRUIJN, HUIJGEN & REINHARTZ in hun handboek *Het Nederlandse*

766 **Rb. Zwolle 21 augustus 2002**, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF5277.

767 En nadien voor de aankoop van de tweede woning.

768 **BREEDERVELD** (**2008**, p. 138) heeft daarentegen verdedigd dat niet achteraf, bij echtscheiding, kan worden bepaald dat een goed deels in de huwelijksgoederengemeenschap valt omdat dit onredelijke (en onbillijke) gevolgen heeft voor de andere ex-echtgenoot.

769 **HR 3 november 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AX8843, *JPF* 2007/6, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/5; *NJ* 2008/257, m.nt. L.C.A. Verstappen onder *NJ* 2008/258.

huwelijksvermogensrecht maken, komt de vraag op of, en zo ja, in hoeverre deze aansluit bij de hiervoor genoemde regel.[770] In de vijfde rubriek valt een goed vóór de verdeling in de wettelijke gemeenschap van goederen, maar kan een ex-echtgenoot bij de verdeling op grond van de redelijkheid en billijkheid aanspraak maken op toedeling daarvan. Hier lijkt derhalve separate betekenis te zijn toegekend aan de redelijkheid en billijkheid. De vraag rijst echter of deze vijfde rubriek wel een categorie van bijzondere verknochtheid is. Is deze categorie niet veeleer te beschouwen als de toepassing van de algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen, waardoor het gegeven geval altijd nog wordt bestreken.[771]

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8843	Synoniem voor het rechtvaardig-heidsbeginsel	●						
HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0377	Synoniem voor het rechtvaardig-heidsbeginsel	●						
HR 26 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF2295	Synoniem voor het rechtvaardig-heidsbeginsel					●		
Rb. Zwolle 21 augustus 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF5277	Correctie				●		●	
Rb. Assen 4 februari 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:BH4263	Synoniem voor het rechtvaardig-heidsbeginsel	●						

Tabel 10.8: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij de invloed op de bijzondere verknochtheid van een goed

770 **De Bruijn, Huijgen & Reinhartz 2012**, p. 127.

771 Zie ook **Reijnen, *WPNR* 2011/6902-03**, p. 880; **Kraan & Marck 2012**, p. 75; en **Van Mourik 2013**, p. 79.

Toelichting bij tabel 10.8
De redelijkheid en billijkheid lijkt derhalve, op één geval na, te zijn gebruikt als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel. De oordelen dienaangaande zijn overwegend gemotiveerd met een verwijzing naar *bronnen*. Hierbij betrof het telkens (onder andere) een verwijzing naar een precedent.

10.7 Afwijking van een verdeling bij helfte

In zes gevallen van de onderzochte zaken lag de vraag voor of op grond van de redelijkheid en billijkheid een afwijking van de uit artikel 1:100 lid 1 BW afgeleide[772] regel van een verdeling bij helfte van de ontbonden huwelijks-goederengemeenschap moest worden aangenomen.[773] In vijf van de zes gevallen is deze vraag door de rechterlijke instantie ontkennend beantwoord.[774] Dit aantal is, gelet op wat de Hoge Raad in het befaamde arrest *Moord en algehele gemeenschap*[775] heeft bepaald, namelijk dat een afwijking slechts in zeer uitzonderlijke feiten en omstandigheden moet worden aangenomen, niet verrassend. Doordat het om zeer uitzonderlijke feiten en omstandigheden moet gaan, lijkt het niet doenlijk deze in een specifieke (wettelijke) regeling onder te brengen.

In het arrest *Moord en algehele gemeenschap*[776] waren de feiten en omstandigheden volgens het hof kort samengevat als volgt. De niet-vermogende Dick van Leeuwerden was in wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd met de door hem verpleegde en verzorgde, veel oudere, welgestelde mevrouw Van Wylick. Ten tijde van, of kort na, de huwelijkssluiting had hij het plan haar,

---

772 Artikel 1:100 lid 1 BW behelst eigenlijk een regel van deelgerechtigdheid, zie **VAN MOURIK, *WPNR* 1983/5641**, p. 122. Het verdient aanbeveling om dit artikel ook uit te breiden naar een regel van verdeling.

773 **HR 6 oktober 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7362, *NJ* 2004/58, m.nt. W.M. Kleijn; **HR 27 juni 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AF7541, *AA*20040036, m.nt. A.J.M. Nuytinck; **Hof Den Haag 19 april 2006**, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780; **Rb. Den Haag 27 oktober 2005**, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU8035; **Rb. Den Bosch 2 juli 2008**, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD6517; en **Rb. Assen 4 februari 2009**, ECLI:NL:RBASS:2009:BH4263.

774 **HR 6 oktober 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7362, *NJ* 2004/58, m.nt. W.M. Kleijn; **HR 27 juni 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AF7541, *AA*20040036, m.nt. A.J.M. Nuytinck; **Hof Den Haag 19 april 2006**, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780; **Rb. Den Bosch 2 juli 2008**, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD6517; en **Rb. Assen 4 februari 2009**, ECLI:NL:RBASS:2009:BH4263.

775 **HR 7 december 1990**, *AA*19910679, m.nt. S.C.J.J. Kortmann & A.J.M. Nuytinck; *NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten (*Moord en algehele gemeenschap*), waarnaar in vier van de zes uitspraken uit de inhoudsanalyse is verwezen. Voor een korte vergelijking met het Zuid-Afrikaanse recht wordt verwezen naar **DU TOIT, *WPNR* 2013/6980**, p. 475-476.

776 **HR 7 december 1990**, *AA*19910679, m.nt. S.C.J.J. Kortmann & A.J.M. Nuytinck; *NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten (*Moord en algehele gemeenschap*).

indien zij niet op zeer korte termijn een natuurlijke dood zou sterven, van het leven te beroven. Vijf weken nadien had hij uitvoering gegeven aan dit plan, waarvoor hij, wegens moord met voorbedachten rade, is veroordeeld tot een gevangenisstraf van twaalf jaar.[777] In hoger beroep had hij berust in zijn onwaardigheid om erfgenaam van mevrouw Van Wylick te zijn, maar had hij wel aanspraak gemaakt op de helft van het vermogen behorende tot de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap. De kinderen van mevrouw Van Wylick hadden hiertegen verweer gevoerd en hadden een verklaring voor recht gevorderd, inhoudende dat alle goederen die mevrouw Van Wylick bij het aangaan van het huwelijk, of nadien, had ingebracht, aan hen als erfgenamen dienden te worden toegescheiden, zonder dat Dick van Leeuwerden enig recht zou hebben op verrekening en onder de bepaling dat bij een toescheiding op deze wijze geen sprake zou zijn van een overbedeling. Het hof had de vonnissen van de rechtbank bekrachtigd en had daarmee deze laatste vordering toegewezen. Het hof had hierbij enerzijds gewicht toegekend aan algemene rechtsbeginselen − *hij die opzettelijk de dood van een ander veroorzaakt, die hem begunstigd heeft, behoort geen voordeel uit die begunstiging te kunnen trekken*[778] én *men behoort geen voordeel te hebben van de opzettelijk veroorzaakte dood van een ander* − en anderzijds aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarnaar Dick van Leeuwerden zich als deelgenoot in de tot stand gebrachte gemeenschap had te gedragen. Deze beslissing is in cassatie met diverse klachten bestreden, zij het tevergeefs. Naar het oordeel van de Hoge Raad werd én kon de beslissing van het hof *zelfstandig* worden gedragen door de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in het ten tijde van het wijzen van dit arrest nog toekomstige artikel 6:2 lid 2 BW.

NJ-annotator LUIJTEN kan zich niet vinden in de uitleg die de Hoge Raad aan de uitspraak van het hof heeft gegeven.[779] De algemene rechtsbeginselen hadden volgens hem daarin niet slechts een ondersteunende rol. De visie van de Hoge Raad is, naar zijn inschatting, waarschijnlijk voortgekomen uit de eenmaal gekozen lijn in de toepassing van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid binnen het huwelijksvermogensrecht.

---

777 Dick van Leeuwerden heeft echter altijd beweerd onschuldig te zijn en heeft maar liefst zeven herzieningsverzoeken ingediend bij de Hoge Raad, zij het dat deze verzoeken niet zijn gehonoreerd. Zie **HR 2 december 1986**, nr. 4480 Herz.; **HR 7 februari 1989**, nr. 4563 Herz.; **HR 29 september 1992**, nr. 2698 Herz.; **HR 14 november 1995**, nr. 4926 Herz.; **HR 30 september 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AL6140; **HR 19 december 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AY9718, *NJ* 2007/423, m.nt. P.A.M. Mevis; en **HR 12 september 2017**, ECLI:NL:HR:2017:2317.

778 Welk rechtsbeginsel ook door de rechtbank is gehanteerd.

779 Noot van E.A.A. Luijten onder **HR 7 december 1990**, *NJ* 1991/593, onder 4 (*AA*19910679, m.nt. S.C.J.J. Kortmann & A.J.M. Nuytinck (*Moord en algehele gemeenschap*)).

Voortzetting daarvan prevaleert, ook volgens hem, boven het experimenteren met de nieuw gevonden algemene rechtsbeginselen. De rechter zou bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid namelijk veel vrijer zijn in de afweging van de feiten en omstandigheden van het geval, zodat doodslag uit passie niet hetzelfde beoordeeld hoeft te worden als doodslag uit geldzucht. Naar opvatting van *AA*-annotatoren KORTMANN en NUYTINCK is de rol die aan de algemene rechtsbeginselen is toegekend in overeenstemming met artikel 3:12 BW (zie ook paragraaf 6.1).[780] SOETEMAN is daarentegen van mening dat onhelder is of de algemene rechtsbeginselen, die volgens de Hoge Raad kunnen (hebben) bij(ge)dragen, dit in het onderhavige geval ook hebben gedaan, laat staan hoe ze dit hebben gedaan.[781] De Hoge Raad had zijns inziens beter de regels op controleerbare wijze kunnen interpreteren in het licht van hun achterliggende ratio en in samenhang met de waarden die het recht probeert te realiseren.

Naast de (ondergeschikte) rol van de algemene rechtsbeginselen, is ook de toepasselijkheid daarvan in het onderhavige geval door een aantal rechtswetenschappelijke onderzoekers bekritiseerd. Dick van Leeuwerden zou door in wettelijke gemeenschap van goederen te huwen met mevrouw Van Wylick niet door haar zijn *begunstigd*, aangezien boedelmenging geen schenking inhoudt.[782] MEIJER heeft hiertegen ingebracht dat bij de vraag of al dan niet een rechtens relevante begunstiging aanwezig is, moet worden gelet op het kader waarin deze vraag gesteld wordt – in het onderhavige geval: het rechtsbeginsel dat *hij die opzettelijk de dood van een ander veroorzaakt, die hem begunstigd heeft, geen voordeel uit die begunstiging behoort te kunnen trekken*.[783] Vast is komen te staan dat mevrouw Van Wylick met het huwelijk een financiële begunstiging van Dick van Leeuwerden beoogde. Deze begunstiging zou echter pas worden verwezenlijkt bij eerder overlijden van mevrouw Van Wylick. Nu Dick van Leeuwerden dit overlijden opzettelijk heeft veroorzaakt, zou hij uit deze begunstiging geen voordeel behoren te kunnen trekken.

Ook is betoogd dat Dick van Leeuwerden geen *voordeel* heeft verkregen door het overlijden van zijn echtgenote, omdat hij al op het moment van huwelijkssluiting gerechtigd was tot de huwelijksgoederengemeenschap, zij

780 Noot van S.C.J.J. Kortmann & A.J.M. Nuytinck onder **HR 7 december 1990**, *AA*19910679, p. 684 (*NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten (*Moord en algehele gemeenschap*)).

781 **SOETEMAN 1996**, p. 258 en p. 261.

782 Zie **WAAIJER, *WPNR* 1989/5918**, p. 330.

783 **MEIJER, *WPNR* 1989/5926**, p. 467. Zie ook de noot van S.C.J.J. Kortmann & A.J.M. Nuytinck onder **HR 7 december 1990**, *AA*19910679, p. 683 (*NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten (*Moord en algehele gemeenschap*)).

het onder respectering van het even sterke recht van mevrouw Van Wylick.[784] In de opvatting van MEIJER maakte de combinatie van het sluiten van het huwelijk en de daarop gevolgde beroving van het leven dat ook het tweede rechtsbeginsel (*men behoort geen voordeel te hebben van de opzettelijk veroorzaakte dood van een ander*) van toepassing was.[785] Weliswaar maakt het volgens GOMMER vanuit rechtspositief oogpunt wel uit of je iemand van het leven berooft vlak voordat je zijn of haar vermogen inneemt of vlak daarna, maar maakt dit vanuit (zoals hij dit heeft genoemd) biologisch perspectief praktisch geen verschil.[786] Zo heeft Dick van Leeuwerden volgens hem de fundamentele grondslagen van de samenleving ondermijnd. Het oordeel van de Hoge Raad zou dan ook ten diepste zijn ingegeven door diens rechtsgevoel, door GOMMER als *moraal* gedefinieerd.

Terzijde hebben *AA*-annotatoren KORTMANN en NUYTINCK opgemerkt dat artikel 6:2 lid 2 BW via de schakelbepaling van artikel 3:166 lid 3 BW, en niet rechtstreeks, van toepassing was, al moet de waarde van een dergelijke schakelbepaling volgens hen niet worden overschat.[787] Er zouden namelijk vele vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen zijn die worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 6:2 BW (of in artikel 6:248) BW, zonder dat daarvoor een schakelbepaling bestaat (zie ook hoofdstuk 4).

Tot slot hoeft volgens hen, anders dan WAAIJER naar aanleiding van het arrest van het hof verwachtte,[788] voor een stormloop van procedures niet te worden gevreesd.[789] De Hoge Raad zou zich in dit arrest namelijk voorzichtig en zorgvuldig hebben uitgedrukt. Voor de (notariële) rechtspraktijk zou duidelijk zijn dat in dit geval zeer uitzonderlijke feiten en omstandigheden aan de orde waren.

In de twee uitspraken van de Hoge Raad uit de inhoudsanalyse is een beroep op de redelijkheid en billijkheid in dit verband niet succesvol geweest.[790]

---

784 Zie **WAAIJER, *WPNR* 1989/5918**, p. 330 en **DURA 1996**, p. 262.

785 **MEIJER, *WPNR* 1989/5926**, p. 467.

786 **GOMMER, *Moraal zit in onze genen*, *TREMA* 2010, afl. 2**, p. 13. Zie voor de verdere discussie over de vraag of moraal in onze genen zit **VAN ALPHEN, *TREMA* 2010, afl. 2**, p. 73-75; **KOSTER, *TREMA* 2010, afl. 2**, p. 76-78; en **GOMMER, *Gesproken moraal levert meer voedsel op*, *TREMA* 2010, afl. 2**, p. 79-80.

787 Noot van S.C.J.J. Kortmann & A.J.M. Nuytinck onder **HR 7 december 1990**, *AA*19910679, p. 684 (*NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten (*Moord en algehele gemeenschap*)).

788 **WAAIJER, *WPNR* 1989/5918**, p. 331.

789 Noot van S.C.J.J. Kortmann & A.J.M. Nuytinck onder **HR 7 december 1990**, *AA*19910679, p. 685 (*NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten (*Moord en algehele gemeenschap*)). Zie ook **MEIJER, *WPNR* 1989/5926**, p. 468.

790 **HR 6 oktober 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7362, *NJ* 2004/58, m.nt. W.M. Kleijn en **HR 27 juni 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AF7541, *AA*20040036, m.nt. A.J.M. Nuytinck.

In zijn arrest van 6 oktober 2000[791] heeft de Hoge Raad bepaald dat de omstandigheden dat de vrouw kort vóór het huwelijk onverplicht een aanzienlijk deel van haar spaartegoed aan haar moeder heeft afgedragen en dat de reden daarvoor uitsluitend was gelegen in het voorgenomen huwelijk met de man op zichzelf, dan wel in samenhang met de omstandigheid dat de man een onbelaste woning in de huwelijksgoederengemeenschap zou brengen, onvoldoende grondslag vormden voor een op (de aanvullende functie van) de redelijkheid en billijkheid gebaseerde verplichting van de vrouw om vóór het huwelijk aan de man mededeling te doen ten aanzien van deze vermindering van haar spaartegoed en de door het hof vastgestelde reden daarvoor. Reeds om de reden dat het hof bij zijn slotsom, inhoudende dat de rechtbank de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap terecht op grond van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid niet bij helfte heeft verdeeld, van een dergelijke mededelingsplicht was uitgegaan, kon deze slotsom volgens de Hoge Raad geen stand houden. Volgens SCHONEWILLE lijkt het erop dat de Hoge Raad de solidariteit, de tegenpool van de contractsvrijheid in enge zin, in deze beoordeling geheel uit het oog heeft verloren.[792]

Ook in 2003[793] is de Hoge Raad niet te overreden geweest om een uitzondering op de hoofdregel van een verdeling bij helfte aan te nemen. In dit geval bestond er volgens de man tussen partijen overeenstemming over het alsnog, na de huwelijkssluiting, opstellen van (enige vorm van) huwelijkse voorwaarden. Dit was volgens de Hoge Raad echter niet van belang. Artikel 1:115 lid 1 BW stelt voor de totstandkoming van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden namelijk op straffe van nietigheid als vereiste dat het bij notariële akte wordt aangegaan. Artikel 6:226 BW verklaart dit voorschrift vervolgens van overeenkomstige toepassing op een voorovereenkomst tot het tot stand brengen van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, daar de ratio van het vormvereiste van artikel 1:115 lid 1 BW *mede* is gelegen in de bescherming van de partijen bij het opstellen van de akte van huwelijkse voorwaarden.[794]

In de uitspraken van de feitelijke instanties is eenmaal een uitzondering aanvaard op de hoofdregel dat de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap

---

791 **HR 6 oktober 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7362, *NJ* 2004/58, m.nt. W.M. Kleijn. Naar dit arrest wordt weer verwezen in de beschikking van de Hoge Raad van 30 maart 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV1749, *NJ* 2012/407, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2012/79, met wenk), die in de volgende paragraaf wordt behandeld.

792 **SCHONEWILLE 2012**, p. 30.

793 **HR 27 juni 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AF7541, *AA*20040036, m.nt. A.J.M. Nuytinck.

794 Zie ook **HR 18 juni 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, r.o. 4.2, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk.

tussen de deelgenoten bij helfte moet worden verdeeld. In dat geval[795] had de vrouw onder uitsluitingsclausule een bepaald geldbedrag geërfd van haar vader. Met dit bedrag én voor meer dan de helft met geld dat behoorde tot de huwelijksgoederengemeenschap − al waren partijen het niet eens over de precieze verhouding − waren aandelen gekocht, die op beider naam waren gezet. Naar het oordeel van de Rechtbank Den Haag moest het geërfde bedrag, ook nu het was aangewend voor de aankoop van aandelen, naar de strekking van artikel 1:94 lid 1 OBW (thans: lid 2), worden aangemerkt als privévermogen. De rechtbank heeft vervolgens geoordeeld dat de redelijkheid en billijkheid, gelet op deze strekking, meebracht dat partijen − anders dan artikel 3:166 lid 2 BW in beginsel voorschrijft − naar evenredigheid van hun aandeel in de beleggingen dienden te delen. De vraag rijst echter of dit oordeel juridisch-technisch juist is. Maakt een gedeeltelijke financiering uit privévermogen een verdeling bij helfte onaanvaardbaar? Dient deze omstandigheid niet veeleer te leiden tot een − toentertijd nominaal − vergoedingsrecht van de vrouw jegens de gemeenschap van goederen? (Zie paragraaf 10.5.[796])

In de andere drie gevallen is het beroep op de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid afgewezen.[797] In de beschikking van het Hof Den Haag van 19 april 2006[798] is dit op procesrechtelijke gronden geschied. De vrouw had niet aannemelijk gemaakt, laat staan bewezen, dat de sieraden in het bezit van de man waren, zodat het hof voorbij kon gaan aan de stelling van de vrouw dat het niet redelijk (en billijk) was dat zij de helft van de waarde daarvan aan de man diende te vergoeden.

Ook de afwijzing van de Rechtbank Den Bosch[799] berustte *deels* op procesrechtelijke gronden. De man zou zijn beroep op de redelijkheid en billijkheid slechts summier en in algemene zin hebben onderbouwd, zonder concreet aan te geven welke feiten en omstandigheden hij in dit kader precies van belang achtte. Verder was de enkele omstandigheid dat de vrouw daags na goedkeuring van de tijdens het huwelijk opgemaakte huwelijkse voorwaarden door de rechtbank, maar nog voor het ondertekenen en passeren van de akte van huwelijkse voorwaarden, aan de man te kennen had gegeven dat zij wenste over te gaan tot beëindiging van het huwelijk volgens de rechtbank niet van dien aard dat onverkorte toepassing van de hoofdregel van artikel 1:100 lid 1 BW naar

795 **Rb. Den Haag 27 oktober 2005**, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU8035.

796 Zie met name het arrest van de Hoge Raad van 21 april 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AU8938, *FJR* 2006/93, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2006/71, met wenk).

797 **Hof Den Haag 19 april 2006**, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780; **Rb. Den Bosch 2 juli 2008**, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD6517; en **Rb. Assen 4 februari 2009**, ECLI:NL:RBASS:2009:BH4263.

798 **Hof Den Haag 19 april 2006**, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780.

799 **Rb. Den Bosch 2 juli 2008**, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD6517, waarbij is verwezen naar alle in deze paragraaf besproken uitspraken van de Hoge Raad.

maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Hierbij heeft de rechtbank tevens in ogenschouw genomen dat de conceptakte *verdeling en levering* slechts een partiële verdeling van de goederen behorende tot de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap behelsde en dat deze conceptakte geen inzicht gaf in de wijze van totstandkoming van het bedrag van de onderbedelingsvordering van de vrouw, alsmede wat partijen daarover ter comparitie hadden verklaard. De vrouw wist, naar eigen zeggen, niet wat alles waard was. In reactie op haar vraag naar de totstandkoming van het bedrag van haar onderbedelingsvordering, zou zij van de man als antwoord hebben gekregen dat het natte vingerwerk was. De man had zelf verklaard dat veel waarden onduidelijk waren en dat ze de wel bekende of geschatte waarden door twee hadden gedeeld.

Ook de door de levenspartner van de erflater aangevoerde feiten en omstandigheden in de uitspraak van de Rechtbank Assen van 4 februari 2009[800] zijn, op zich en tezamen genomen, niet zodanig uitzonderlijk bevonden dat zij een afwijking van een verdeling bij helfte konden rechtvaardigen. De hiervoor genoemde levenspartner en de erflater hadden vanaf 1988 tot het overlijden van de erflater in 2003 met elkaar samengewoond, waarvan een aantal jaren op een door de erflater gekocht landgoed in Tsjechië, onder instandhouding van zijn huwelijk met een ander, dat bij zijn overlijden 44 jaar had geduurd. Volgens de levenspartner van de erflater hadden de erflater en diens echtgenote, nadat ze hun huwelijkse samenleving hadden verbroken, hun huwelijksgoederengemeenschap gescheiden en gedeeld, wat door de echtgenote en de executeur in de nalatenschap van de erflater is bestreden. Daarbij zouden de erflater en diens echtgenote zich gedurende een lange reeks van jaren steeds en consequent hebben gedragen alsof hun huwelijk was ontbonden door echtscheiding (zie ook paragraaf 10.2). Bovendien zou de echtgenote niets hebben bijgedragen aan de verwerving en instandhouding van het vermogen van de erflater, aldus nog steeds de levenspartner van de erflater. De rechtbank heeft opgemerkt dat de erflater en diens echtgenote niet hebben gekozen voor scheiding van tafel en bed, terwijl daarmee de situatie had kunnen worden bereikt die volgens de levenspartner van de erflater tussen de erflater en diens echtgenote geldende praktijk was, en dat de redactie van de uiterste wilsbeschikking erop duidde dat de huwelijksgoederengemeenschap ook in de ogen van de erflater nog bestond. De echtgenote kon aldus voor de helft een aanspraak op de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap doen gelden.

800 **Rb. Assen 4 februari 2009**, ECLI:NL:RBASS:2009:BH4263.

Uitspraak	Materiële functie of andere rol	Type onderbouwing						
		Bronnen	Context	Belangen	Hulpmiddelen	Procesrecht	Restcategorie	Niet gemotiveerd
HR 6 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7362	Aanvulling en correctie	●	●				●	
HR 27 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7541	Correctie	●	●				●	
Hof Den Haag 19 april 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780	Correctie					●		
Rb. Den Haag 27 oktober 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU8035	Correctie	●						
Rb. Den Bosch 2 juli 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD6517	Correctie	●	●			●	●	
Rb. Assen 4 februari 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:BH4263	Correctie	●					●	

Tabel 10.9: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij afwijking van een verdeling bij helfte

Toelichting bij tabel 10.9
Zoals gelet op de titel van deze paragraaf te verwachten viel, lijkt de redelijkheid en billijkheid in deze gevallen steeds te zijn gebruikt in haar corrigerende functie. In één uitspraak lijkt zijdelings ook de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid van belang te zijn geweest. Ter motivering van de desbetreffende overwegingen is, op één geval na, verwezen naar *bronnen*.

10.8 Afwijking van een draagplicht bij helfte

Uit artikel 1:100 lid 1 BW wordt afgeleid dat ex-echtgenoten in beginsel bij helfte draagplichtig zijn voor schulden die in de gemeenschap van goederen zijn gevallen,[801] uitgezonderd kosten van de huishouding waarvoor op grond van artikel 1:84 BW een andere verhouding geldt. In bijzondere feiten en omstandigheden kan een draagplicht bij helfte voor een tot die gemeenschap behorende schuld evenwel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse deed zich zestien

801 Zie bijvoorbeeld **Hof Leeuwarden 21 oktober 2010**, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO2881, *RFR* 2011/10, met wenk. Voor schulden die voor rekening van een eenvoudige gemeenschap komen, geldt op grond van artikel 3:166 lid 2 BW hetzelfde.

keer de vraag voor of hier sprake van was[802] en is dit elf keer aangenomen.[803] Dit aantal roept, zeker in vergelijking met het aantal in de vorige paragraaf, de vraag op of de rechterlijke instanties een ander, minder strikt toetsingscriterium hebben aangelegd dan bij de uitspraken over een afwijking van een verdeling bij helfte. Moet de verklaring voor dit afwijkende aantal worden gezocht in de betrokkenheid van derden? Waar deze minder groot is, lijkt meer ruimte om de rechtvaardigheid te laten prevaleren boven de rechtszekerheid. De rechter dient dit, naar mag worden aangenomen, in zijn motivering van de uitspraak echter wel toe te lichten.

In zijn beschikking van 30 maart 2012[804] heeft de Hoge Raad de motiveringsklacht van de vrouw tegen het oordeel van het hof gegrond verklaard, inhoudende dat de door haar gestelde feiten en omstandigheden niet van dien aard waren dat de redelijkheid en billijkheid meebracht dat de schulden ter zake van aan de man verleende bankkredieten in het kader van de verdeling door de man dienden te worden gedragen. Hij heeft hierbij verwezen naar zijn arrest van 6 oktober 2000,[805] waarin hij had bepaald dat een afwijking van een

---

802 **HR 30 maart 2012**, ECLI:NL:HR:2012:BV1749, *NJ* 2012/407, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2012/79, met wenk; **Hof Den Haag 18 oktober 2000**, ECLI:NL:GHSGR:2000:AA9910; **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657 (2x); **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk; **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176; **Hof Amsterdam 15 december 2009**, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8073; **Hof Leeuwarden 21 oktober 2010**, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO2881, *RFR* 2011/10, met wenk; **Hof Den Bosch 12 april 2011**, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1344; **Hof Amsterdam 19 juli 2011**, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6474; **Hof Den Haag 26 oktober 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU5848; **Rb. Arnhem 17 maart 2004**, ECLI:NL:RBARN:2004:AO9360; **Rb. Den Bosch 17 oktober 2007**, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726; **Rb. Haarlem 21 april 2009**, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ1037; **Rb. Zutphen 28 december 2011**, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248; en **Rb. Zutphen 27 juni 2012**, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4300, *FJR* 2012/87, m.nt. C. de Bie-Koopman.

803 **HR 30 maart 2012**, ECLI:NL:HR:2012:BV1749, *NJ* 2012/407, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2012/79, met wenk; **Hof Den Haag 18 oktober 2000**, ECLI:NL:GHSGR:2000:AA9910; **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657 (2x); **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk; **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176; **Hof Leeuwarden 21 oktober 2010**, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO2881, *RFR* 2011/10, met wenk; **Rb. Arnhem 17 maart 2004**, ECLI:NL:RBARN:2004:AO9360; **Rb. Haarlem 21 april 2009**, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ1037; **Rb. Zutphen 28 december 2011**, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248; en **Rb. Zutphen 27 juni 2012**, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4300, *FJR* 2012/87, m.nt. C. de Bie-Koopman.

804 **HR 30 maart 2012**, ECLI:NL:HR:2012:BV1749, *NJ* 2012/407, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2012/79, met wenk. Zie ook **REINHARTZ, *JBN* 2015/4, afl. 1**, p. 11-14.

805 **HR 6 oktober 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7362, *NJ* 2004/58, m.nt. W.M. Kleijn.

verdeling bij helfte van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap niet dan in zeer uitzonderlijke gevallen kan worden aangenomen (zie de vorige paragraaf). De vrouw had de volgende feiten en omstandigheden gesteld. Er was tijdens het huwelijk, dat anderhalf jaar heeft geduurd, geen of nauwelijks sprake geweest van een huwelijkse samenwoning. Partijen hadden in elk geval geen gemeenschappelijke huishouding gevoerd. Daarnaast waren de schulden vóór het huwelijk aangegaan. Ten derde had zij daarvan pas kennis gekregen tijdens de echtscheidingsprocedure. De stelling van de man dat met de uit de kredieten verkregen gelden onder meer de bruiloft van partijen was betaald, kon niet juist zijn. Tot slot was het volgens haar aannemelijk dat de man deze kredieten had aangewend voor de aankoop van auto's of onroerend goed in Marokko. Hij zou namelijk geen behoorlijke verantwoording hebben afgelegd van de besteding van de uit de kredieten verkregen gelden. *NJ*-annotator WORTMANN vindt dat deze feiten en omstandigheden op zichzelf en in onderlinge samenhang niet zo uitzonderlijk waren dat dit het hof tot een ander oordeel had moeten leiden.[806] Het Hof Amsterdam,[807] waarnaar de Hoge Raad het geding ter verdere behandeling en beslissing heeft verwezen, dacht daar anders over. De draagplicht voor deze schulden is door het hof zelfs geheel op de man gelegd.

In de feitenuitspraken heeft het alleengebruik van een goed waar de schuld betrekking op had vier keer aanleiding gegeven tot afwijking van een draagplicht bij helfte.[808] Zo heeft het Hof Den Haag het in zijn beschikking van 14 december 2005[809] redelijk (en billijk) geacht dat de vrouw de met de echtelijke woning samenhangende woonlasten, waaronder de rente van de hypothecaire geldlening, droeg, nu zij vanaf juni 2002 alleen het woongenot van deze woning had. Ook in de beschikking van het Hof Arnhem van 7 november 2006[810] betrof het (onderdelen van) de woonlasten. Hoewel de gemeentelijke belasting en de hypotheeklasten een gemeenschappelijke zaak betroffen, moesten deze volgens het hof voor het geheel worden gedragen door de vrouw, omdat zij het alleengebruik van de woning had gehad. Het Hof Leeuwarden heeft in zijn arrest van 16 september 2008[811] wat betreft de schuld aan FBTO

806 Noot van S.F.M. Wortmann onder **HR 30 maart 2012**, ECLI:NL:HR:2012:BV1749, *NJ* 2012/407, onder 4-6 (*RFR* 2012/79, met wenk).

807 **Hof Amsterdam 14 mei 2013**, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1866, *JPF* 2013/106, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2013/96, met wenk.

808 **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657; **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk; **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176; en **Rb. Zutphen 28 december 2011**, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248.

809 **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657.

810 **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk.

811 **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176.

overwogen dat deze kennelijk betrekking had op premies voor de Fiat over een periode waarop de man het alleengebruik van deze auto had, zodat het redelijk (en billijk) was dat de man deze schuld voor zijn eigen rekening nam. In haar beschikking van 28 december 2011[812] heeft de Rechtbank Zutphen geoordeeld dat de stallingskosten van de caravan, waarvan de vrouw sinds het feitelijk uiteengaan van partijen het uitsluitend gebruik heeft gehad, voor haar rekening bleven. Deze uitspraken geven aanleiding om te onderzoeken of daadwerkelijk sprake is van een 'nieuwe' subregel, die voor (wettelijke) vastlegging in aanmerking komt.

Daarnaast is twee keer het handelen van één van de echtgenoten reden voor correctie van de hiervoor genoemde hoofdregel geweest.[813] In het eerste geval[814] had de man brand gesticht in de voormalige echtelijke woning en in het tweede geval[815] had de man bij zijn werkgever gefraudeerd met reisgelden. Deze gedragingen zijn zo onalledaags dat een specifieke (wettelijke) regeling niet mogelijk en nodig is.

In de andere gevallen waarin een correctie is aangenomen, is geen gemeenschappelijke factor ontdekt,[816] zodat (wettelijke) vastlegging van deze jurisprudentie niet mogelijk is. In zijn beschikking van 18 oktober 2000[817] heeft het Hof Den Haag geoordeeld dat de man in de interne verhouding de schuld aan de bank moest dragen, zonder dat hij een regresrecht voor de helft had ten aanzien van de vrouw, omdat de van deze bank geleende gelden (uiteindelijk) alleen aan hem ten goede waren gekomen. Dit laatste heeft het hof afgeleid uit de stelling van de man dat hij kort voordat partijen gescheiden van elkaar waren gaan leven (maar voor de echtscheiding) nog fl. 50.000,00 had besteed aan de inrichting van zijn woning, hij het kappersbedrijf had verkocht voor fl. 30.000,00 en deze opbrengst niet met de vrouw had gedeeld, een vriend van hem het im- en exportbedrijf, dat partijen waren begonnen, had voortgezet, het saldo van de schuld op 20 april 1999 fl. 28.000,00 bedroeg en het feit dat partijen sindsdien gescheiden van elkaar hebben geleefd. Daartegenover heeft het hof het redelijk (en billijk) geacht dat de man alle activa en passiva die

812 **Rb. Zutphen 28 december 2011**, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248.

813 **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657 en **Rb. Haarlem 21 april 2009**, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ1037.

814 **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657.

815 **Rb. Haarlem 21 april 2009**, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ1037.

816 **Hof Den Haag 18 oktober 2000**, ECLI:NL:GHSGR:2000:AA9910; **Hof Leeuwarden 21 oktober 2010**, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO2881, *RFR* 2011/10, met wenk; **Rb. Arnhem 17 maart 2004**, ECLI:NL:RBARN:2004:AO9360; en **Rb. Zutphen 27 juni 201**2, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4300, *FJR* 2012/87, m.nt. C. de Bie-Koopman.

817 **Hof Den Haag 18 oktober 2000**, ECLI:NL:GHSGR:2000:AA9910.

samenhangen met het im- en exportbedrijf kreeg toegescheiden, zonder vergoeding daarvan aan de vrouw.

In de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 21 oktober 2010[818] was het een combinatie van feiten en omstandigheden die ervoor hebben gezorgd dat het hof heeft geoordeeld dat de man naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de schuld aan het Zorgkantoor ter zake van de terugvordering van de verstrekte voorschotten persoonsgebonden budget volledig als eigen schuld en zonder verrekening voor zijn rekening diende te nemen. Deze feiten en omstandigheden bestonden erin dat deze schuld als een zogeheten voorhuwelijkse schuld diende te worden aangemerkt, dat de man de uitsluitend rechthebbende op het persoonsgebonden budget was geweest, dat hij als budgethouder moest zorgdragen voor een afdoende verantwoording van de uitgaven uit de ontvangen voorschotten, doch in maart 2008 simpelweg zelfstandig had berust in de (omvang van de) terugvordering van de ontvangen voorschotten, kennelijk zonder daarbij oog te hebben gehad voor de gerechtvaardigde (financiële) belangen van de vrouw, althans zonder zich deze belangen aan te trekken.

Het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 17 maart 2004[819] is een vreemde eend in de bijt, aangezien daarin in het midden is gelaten of de schuld is aangegaan vóór of na de peildatum voor verdeling van de huwelijks-goederengemeenschap, zodat niet is vast komen te staan of het al dan niet om een gemeenschapsschuld ging. Alleen indien dit zo was, was sprake van een afwijking van een draagplicht bij helfte. De man hoefde de schuld volgens de rechtbank namelijk niet (mede) te dragen. Als reden hiervoor heeft zij genoemd dat de vrouw de schuld is aangegaan om in haar levensonderhoud te kunnen voorzien, terwijl de rechtbank haar vordering tot betaling van alimentatie wat betreft de terugwerkende kracht had afgewezen. Volgens de rechtbank was het dan ook in strijd met de redelijkheid en billijkheid om de vrouw thans alsnog via een omweg een vergoeding toe te kennen voor de door haar gevorderde kosten van levensonderhoud. Als de schuld evenwel nog tijdens het huwelijk zou zijn aangegaan, is het de vraag of deze niet alleen al om reden dat de kosten van levensonderhoud onder de verplichting van artikel 1:81 BW, om elkaar het nodige te verschaffen, vielen, voor rekening van hen beiden had moeten komen.

Dit heeft de Rechtbank Zutphen in haar vonnis van 17 juni 2012[820] wel geoordeeld ten aanzien van het deel van de lening dat partijen waren aangegaan voor de rente, huur en kosten van levensonderhoud. Het deel van de lening dat zij waren aangegaan voor de financiering van de opleiding van de man tot piloot

818 **Hof Leeuwarden 21 oktober 2010**, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO2881, *RFR* 2011/10, met wenk.

819 **Rb. Arnhem 17 maart 2004**, ECLI:NL:RBARN:2004:AO9360.

820 **Rb. Zutphen 27 juni 2012**, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4300, *FJR* 2012/87, m.nt. C. de Bie-Koopman.

diende volgens de rechtbank daarentegen voor 75% voor rekening van de man te komen en voor 25% voor rekening van de vrouw. De man zou namelijk bij toepassing van de regel van een draagplicht bij helfte naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn bevoordeeld. Deze bevoordeling zou erin zijn gelegen dat de man in de fictieve situatie dat partijen gehuwd gebleven waren, gelet op hun onderlinge inkomensverhouding, een groter deel van de terugbetalingsverplichting voor zijn rekening zou hebben genomen dan de vrouw (zie ook subparagraaf 6.2.1). Volgens *FJR*-annotator DE BIE-KOOPMAN is de rechtbank de vrouw te veel ter wille geweest.[821] Het onderhavige geval viel volgens haar niet onder de zeer uitzonderlijke gevallen die de Hoge Raad met zijn arrest van 6 oktober 2000[822] voor ogen heeft gehad. Zij heeft dit beargumenteerd met het feit dat de onderhavige schuld zelfs door beide echtgenoten was aangegaan en de omstandigheid dat de door de man gevolgde opleiding tot piloot aanvankelijk de instemming van de vrouw had. Anderszins kan worden bepleit dat de kosten van de opleiding tot piloot, naar algemeen bekend is, bijzonder hoog zijn. De rechtbank heeft hierover evenwel niets gezegd, wat echter niet uitsluit dat dit op de achtergrond een rol heeft gespeeld. Op dit geval na, is de draagplicht van de gemeenschapsschuld in alle hiervoor genoemde gevallen *volledig* op één van de ex-echtgenoten gelegd, en niet slechts voor 'iets' meer dan 50%.

In de overige vijf uitspraken is om uiteenlopende redenen geen correctie op de regel van een draagplicht bij helfte aangenomen.[823] In de uitspraak van het Hof Amsterdam van 15 december 2009[824] was in geschil voor wiens rekening de notariële kosten van overdracht van de onroerende zaken A en B, die aan de man waren toebedeeld, kwamen. De vrouw had het hof verzocht te bepalen dat de man deze kosten diende te dragen. Zij had daartoe gesteld dat zij de echtelijke woning al in 2005 had moeten verlaten en sindsdien in een eenvoudige eengezinswoning had gewoond en dat de man sinds het uiteengaan van partijen de revenuen van de beleggingspanden heeft gehad, wat de man had betwist. Dit alles bracht volgens het hof niet mee dat toepassing van de regel dat deelgenoten − in casu: in een eenvoudige gemeenschap − naar evenredigheid van hun aandelen dienen bij te dragen tot de uitgaven die voortvloeien uit handelingen welke bevoegdelijk ten behoeve van de gemeenschap zijn verricht,

821 Noot van C. de Bie-Koopman onder **Rb. Zutphen 27 juni 2012**, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4300, *FJR* 2012/87.

822 **HR 6 oktober 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7362, *NJ* 2004/58, m.nt. W.M. Kleijn.

823 **Hof Amsterdam 15 december 2009**, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8073; **Hof Den Bosch 12 april 2011**, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1344; **Hof Amsterdam 19 juli 2011**, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6474; **Hof Den Haag 26 oktober 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU5848; en **Rb. Den Bosch 17 oktober 2007**, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726.

824 **Hof Amsterdam 15 december 2009**, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8073.

naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Hierbij heeft het hof in aanmerking genomen dat de vrouw uit hoofde van toedeling van de onroerende zaken A en B aan de man wegens overbedeling een geldbedrag had ontvangen.

Het Hof Den Bosch heeft in zijn uitspraak van 12 april 2011[825] het verzoek van de man om te bepalen dat de vrouw de verhoging van het factuurbedrag − welk oorspronkelijke bedrag betrekking had op de beugel van de minderjarige zoon van partijen − volledig voor haar rekening diende te nemen, afgewezen. Deze afwijzing is niet nader gemotiveerd dan dat tussen partijen onbetwist is komen vast te staan dat de (oorspronkelijke) factuur voor rekening van hen beiden diende te komen, maar dat partijen over de ontwikkelingsgang van de incasso uiteenlopende lezingen hadden.

Het Hof Amsterdam heeft in zijn beschikking van 19 juli 2011,[826] naar eigen zeggen *in redelijkheid (en billijkheid)*, bepaald dat partijen de lasten van de woning gelijkelijk moesten dragen. De man heeft volgens het hof namelijk niet onderbouwd waarom de vrouw deze lasten uit haar eigen middelen zou moeten betalen. Daarnaast was zijns inziens, anders dan de man had gesteld, niet aannemelijk geworden dat het aan de vrouw te wijten viel dat de woning nog niet was verkocht. Daar kwam volgens het hof nog bij dat de man ter zitting desgewenst had verklaard dat de woning momenteel niet te koop stond wegens de slechte situatie op de woningmarkt.

In de uitspraak van het Hof Den Haag van 26 oktober 2011[827] heeft de vrouw gegriefd tegen het oordeel van de rechtbank, inhoudende dat de achterstand in de hypotheekaflossingen, alsmede de boetes, voor haar rekening kwamen, zonder dat zij recht had op verrekening van de helft daarvan met de man, en met succes. Rekening houdend met alle feiten en omstandigheden van het onderhavige geval, heeft het hof het oordeel van de rechtbank niet redelijk en billijk geacht. Deze feiten en omstandigheden waren erin gelegen dat partijen feitelijk op 21 mei 2008 uit elkaar waren gegaan, partijen kort daarvoor, op 8 april 2008, de woning reeds in verkoop hadden gegeven aan een makelaardij en de vrouw vanaf 1 oktober 2008 de woning feitelijk had verlaten. Met name dit laatste feit heeft voor het hof zwaar gewogen. Dat bij voorlopige voorzieningen van 10 juli 2008 was bepaald dat de vrouw gehouden was om de lasten van de woning te voldoen, deed volgens het hof aan zijn oordeel niet af, aangezien voorlopige voorzieningen slechts kunnen worden gekwalificeerd als ordemaatregelen.

825 **Hof Den Bosch 12 april 2011**, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1344.
826 **Hof Amsterdam 19 juli 2011**, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6474.
827 **Hof Den Haag 26 oktober 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU5848.

Naar het oordeel van de Rechtbank Den Bosch[828] heeft de man in het aan haar voorgelegde geval een regresvordering op de vrouw voor de helft van de alleen door hem, sinds de dag waarop partijen het oorspronkelijke echtscheidingsconvenant hadden gesloten, betaalde eigenaarslasten. Daartegenover was de man volgens de rechtbank een redelijke (en billijke) vergoeding verschuldigd aan de vrouw voor het aan haar toekomende deel van de overwaarde van de woning, welke vergoeding zij heeft bepaald op 2% van die overwaarde per jaar.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1749	Correctie	●	●				●	
Hof Den Haag 18 oktober 2000, ECLI:NL:GHSGR:2000:AA9910	Correctie en verwijzing naar de rechterlijke dispositie						●	
Hof Den Haag 14 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657	Correctie						●	
Hof Den Haag 14 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657	Correctie						●	
Hof Arnhem 7 november 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537	Correctie						●	
Hof Leeuwarden 16 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176	Correctie						●	
Hof Amsterdam 15 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8073	Correctie	●					●	
Hof Leeuwarden 21 oktober 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO2881	Correctie		●	●		●	●	
Hof Den Bosch 12 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1344	Correctie							●
Hof Amsterdam 19 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6474	Correctie		●			●		

828 **Rb. Den Bosch 17 oktober 2007**, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726.

Uitspraak	Materiële functie of andere rol	Type onderbouwing						
		Bronnen	Context	Belangen	Hulpmiddelen	Procesrecht	Restcategorie	Niet gemotiveerd
Hof Den Haag 26 oktober 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU5848	Correctie		●				●	
Rb. Arnhem 17 maart 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AO9360	Correctie						●	
Rb. Den Bosch 17 oktober 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726	Correctie						●	
Rb. Haarlem 21 april 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ1037	Correctie		●					
Rb. Zutphen 28 december 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248	Correctie						●	
Rb. Zutphen 27 juni 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4300	Correctie	●	●	●	●		●	

Tabel 10.10: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij afwijking van een draagplicht bij helfte

Toelichting bij tabel 10.10

In al de hiervoor genoemde gevallen lijkt de redelijkheid en billijkheid te zijn gebruikt in haar corrigerende functie. Eenmaal lijkt de redelijkheid en billijkheid, bij wijze van 'tegemoetkoming' voor afwijking van de draagplicht bij helfte, tevens te zijn gebruikt als verwijzing naar de rechterlijke dispositie. De oordelen zijn het vaakst gemotiveerd met een gevalspecifiek argument, dat behoort tot de *restcategorie*.

10.9 Verrekening

Zes van de 169 geschilpunten hadden van doen met verrekening.[829] Het ging evenwel over heel uiteenlopende geschilpunten. In de cassatiezaak[830] ging het

829 **HR 2 december 2011**, ECLI:NL:HR:2011:BU6591, *AA*20120123, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *JPF* 2012/22, m.nt. B.E. Reinhartz; *NJ* 2012/173, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RCR* 2012/173, met wenk; *RFR* 2012/15, met wenk**; Hof Den Bosch 1 april 2008**, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD1349; **Rb. Maastricht 22 augustus 2007**, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB2239, *RFR* 2007/130, met wenk; **Rb. Alkmaar 21 december 2007**, ECLI:NL:RBALK:2007:BD0118; **Rb. Middelburg 18 juni 2008**, ECLI:NL:RBMID:2008:BJ1326; en **Rb. Haarlem 12 januari 2010**, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0633, *RFR* 2010/67, met wenk.

over de vraag wat de ingangsdatum was van de wettelijke rente over het in een finaal verrekenbeding omgezette, tijdens het huwelijk niet nagekomen periodieke verrekenbeding.[831] De Hoge Raad is zijn oordeel aangevangen met een verwijzing naar het algemeen verbintenisrechtelijke, wettelijke kader. Ingevolge artikel 6:119 lid 1 BW is de uit deze omzetting voortvloeiende vordering tot verrekening rentedragend vanaf de datum waarop zij opeisbaar is geworden, terwijl de schuldenaar met voldoening daarvan in verzuim is geweest. Partijen kunnen echter anders overeenkomen. Ook uit de aard van hun overeenkomst, dan wel de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan anders voortvloeien. Het vervolg had echter slechts betrekking op de hoofdregel. Volgens de man was de vordering tot verrekening opeisbaar geworden vanaf de datum waarop het huwelijk was geëindigd. Hij had zich hierbij beroepen op het arrest van de Hoge Raad van 30 mei 2008,[832] dat betrekking had op het vroegere wettelijke deelgenootschap. Volgens de Hoge Raad was het daarin besliste geval echter niet gelijk aan het onderhavige geval. De vordering tot verrekening uit hoofde van het vroegere wettelijke deelgenootschap kon immers uit haar aard pas ontstaan bij het einde van het huwelijk, terwijl van het periodieke verrekenbeding naar de oorspronkelijke bedoeling van partijen jaarlijks nakoming kon worden verlangd. Aansluiting zoekend bij deze bedoeling, is de Hoge Raad tot het oordeel gekomen dat de vordering tot verrekening *ex* artikel 1:141 lid 1 BW in beginsel ontstaat op het in artikel 1:142 lid 1, aanhef en onder b BW vermelde tijdstip, waarop ook de samenstelling en de omvang van het te verrekenen vermogen wordt bepaald, te weten het tijdstip van indiening van het verzoek tot echtscheiding (zie paragraaf 10.14). Op dit tijdstip was, gelet op artikel 6:38 BW, de vordering tot verrekening tevens opeisbaar geworden. Dat de omvang van de vordering tot verrekening op dit tijdstip nog niet bekend was, deed hier niet aan af.[833] De Hoge Raad is met dit oordeel wat betreft het ontstaanstijdstip van de vordering tot verrekening *ex* artikel 1:141 lid 1 BW, naar eigen zeggen, om gegaan ten opzichte van zijn arrest van 6 december 2002.[834] Daarin had hij namelijk geoordeeld dat de verjaringstermijn van deze

---

830 **HR 2 december 2011**, ECLI:NL:HR:2011:BU6591, *AA*20120123, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *JPF* 2012/22, m.nt. B.E. Reinhartz; *NJ* 2012/173, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RCR* 2012/173, met wenk; *RFR* 2012/15, met wenk. Zie ook **BREEDERVELD 2009**, p. 23-24, voetnoot 34 en **ZONNENBERG 2009**, p. 181-182.

831 Zie artikel 1:141 lid 1 BW. Zie ook **HR 6 december 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE9241, *NJ* 2005/125, m.nt. W.M. Kleijn.

832 **HR 30 mei 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC6582, *NJ* 2008/400, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2008/89, met wenk.

833 **HR 30 mei 2008**, ECLI:NL:HR:2008:BC6582, r.o. 3.4.2, *NJ* 2008/400, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2008/89, met wenk.

834 **HR 6 december 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE9241, *NJ* 2005/125, m.nt. W.M. Kleijn.

vordering tot verrekening pas bij het einde van het huwelijk begon te lopen (zie subparagraaf 10.1.1). Tot slot vloeit uit de aard van het finale verrekenbeding voort dat, indien bij huwelijkse voorwaarden een fatale termijn in de zin van artikel 6:83, aanhef en onder a BW − zoals in het onderhavige geval in artikel 4 van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden − is overeengekomen voor de nakoming van het periodieke verrekenbeding, de schuldenaar op het tijdstip van ontstaan en opeisbaar worden van de vordering tot verrekening *ex* artikel 1:141 lid 1 BW met de nakoming daarvan aanstonds en zonder ingebrekestelling in verzuim verkeert, ook al is een dergelijke termijn niet overeengekomen voor het finale verrekenbeding.

Partijen waren in de tweede zaak[835] gehuwd op huwelijkse voorwaarden, inhoudende uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen met een periodiek verrekenbeding. Doordat partijen de voormalige echtelijke woning in gemeenschappelijke eigendom hadden verkregen, waren zij desondanks deelgenoten in een (eenvoudige[836]) gemeenschap. Partijen wensten deze gemeenschap te verdelen door verkoop van de woning. De overwaarde daarvan zou evenredig tussen partijen worden verdeeld en zou, overeenkomstig dit arrest van het hof, direct aan partijen worden uitbetaald. De vrouw heeft echter gevorderd dat de man zijn vorderingen op haar uit hoofde van de financiële afwikkeling van het huwelijk − onder andere ontstaan door het niet nakomen van het periodieke verrekenbeding − niet zou kunnen verhalen op de aan haar uit te keren helft van de overwaarde. Voor toewijzing van deze vordering bestond echter onvoldoende rechtsgrond. Ook de redelijkheid en billijkheid belette een eventueel verhaal niet, aldus het hof. Dit oordeel is niet gemotiveerd.

In de derde zaak[837] ging het over de vraag of de beleggingsleer ook geldt bij voorhuwelijks vermogen. De feitenrechtspraak, en naar aanleiding hiervan ook de rechtsliteratuur, was jarenlang verdeeld over deze vraag. Aan de ene kant werd verdedigd dat de uit niet verrekende overgespaarde inkomsten gedane aflossingen op een hypothecaire lening, ter aanwending van een vóór het huwelijk verkregen woning, uitsluitend leidden tot een nominaal vergoedingsrecht ten bate van wiens vermogen aflossingen hadden plaatsgevonden.[838] Dit werd afgeleid uit het arrest *Slot/Ceelen*,[839] de vergelijking

835 **Hof Den Bosch 1 april 2008**, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD1349.

836 En niet in een beperkte gemeenschap, zoals in de inhoudsindicatie van dit arrest is vermeld.

837 **Maastricht 22 augustus 2007**, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB2239, *RFR* 2007/130, met wenk.

838 Zie de noot van S.F.M. Wortmann onder **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, onder 2, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*); **BREEDERVELD, *EB* 2005/33, afl. 5**, p. 65-69; en **REINHARTZ 2009**, p. 193 en p. 197.

die de Hoge Raad met het arrest *Slot/Ceelen* in zijn arrest van 6 december 2002[840] heeft gemaakt, de toenmalige nominaliteitsleer met betrekking tot de vergoedingsrechten (zie paragraaf 10.5) en het uitgangspunt van de wettelijke regeling voor verrekenbedingen (inhoudende dat de verrekenplicht uitsluitend betrekking heeft op inkomsten die, of vermogen dat, echtgenoten tijdens het bestaan van deze verrekenplicht hebben verkregen). Aan de andere kant werd bepleit dat het niet uitmaakte of de niet verrekende overgespaarde inkomsten zijn belegd in een woning die vóór, dan wel tijdens het huwelijk door één van de echtgenoten was verkregen.[841] De volgende argumenten waren daarvoor aangevoerd. De kern van de jurisprudentie gewezen vanaf het arrest *Vossen/Swinkels*[842] was dat, wanneer een periodiek verrekenbeding tijdens het huwelijk niet was nagekomen, bij het einde van het huwelijk ook de vermogensvermeerdering, ontstaan door belegging van wat uit de inkomsten van een echtgenoot was bespaard, maar ongedeeld was gebleven, in de verrekening moest worden betrokken. Met de Wet regels verrekenbedingen zou niet zijn beoogd hierin een wijziging aan te brengen. De artikelen 1:133 lid 2 en 1:136 lid 1 BW zouden dan ook niet in de weg staan aan de toepassing van de beleggingsleer bij voorhuwelijks vermogen. Volgens dit eerste artikel kon het, naast vermogen, immers ook gaan om inkomsten die de echtgenoten tijdens het bestaan van de verrekenplicht hebben verkregen. Artikel 1:136 lid 1, tweede volzin BW zou vervolgens voor de bepaling van het aandeel van de woning dat tot het te verrekenen vermogen moest worden gerekend als enige eis stellen dat voor de verwerving van de woning een schuld was aangegaan en dat op die schuld was afgelost uit overgespaarde inkomsten. Daarnaast werd onderkend dat de vóór het huwelijk verkregen woning in dit soort gevallen welbewust buiten ieder gemeenschap was gelaten, maar, zoals werd bepleit, mocht worden aangenomen dat ook het periodieke verrekenbeding welbewust was opgenomen. In de lagere rechtspraak zou toentertijd over het algemeen dan ook in deze

---

839 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0378, *NJ* 2001/583, m.nt. S.F.M. Wortmann onder *NJ* 2001/584 (*Slot/Ceelen*). Zie ook subparagraaf 10.1.1.

840 **HR 6 december 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE9241, *NJ* 2005/125, m.nt. W.M. Kleijn. Zie ook subparagraaf 10.1.1. Zie eveneens **HR 27 januari 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AU5698, *FJR* 2006/53, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2006/60, m.nt. M.R. Kremer; *NJ* 2008/564, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2006/26, met wenk; *RN* 2006/35, met wenk.

841 Zie **KERSTEN, *EB* 2002, afl. 7/8**, p. 107-108; **LUIJTEN, *WPNR* 2002/6490**, p. 394; **VERSTAPPEN, *WPNR* 2004/6584**, p. 524; **KRAAN, *WPNR* 2005/6621**, p. 400; **LUIJTEN, *EB* 2005/34, afl. 5**, onder het kopje *2 Het toepasselijke recht*; **ZONNENBERG, *EB* 2005/34, afl. 5**, onder het kopje *2 Relevantie aanschaf vóór of na verrekenperiode*; **ZONNENBERG, *EB* 2006/26, afl. 4**, onder het kopje *Vóór huwelijk gekochte woning*; en **ZONNENBERG 2012**, p. 194-198.

842 **HR 7 april 1995**, *NJ* 1996/486, m.nt. W.M. Kleijn (*Vossen/Swinkels*).

richting zijn beslist. Met de beschikking van de Hoge Raad van 10 juli 2009[843] lijkt deze discussie definitief besloten. Daarin is namelijk bepaald dat het, anders dan wel is afgeleid uit het arrest *Slot/Ceelen*,[844] onverschillig is of de tijdens het verrekentijdvak verrichte belegging geschiedt in vermogen van één van de echtgenoten dat tijdens dat tijdvak is verworven, dan wel reeds voordien.

In de beschikking van 22 augustus 2007,[845] die in de inhoudsanalyse is betrokken, had de Rechtbank Maastricht in dezelfde zin beslist. De waardevermeerdering die zich tijdens het huwelijk van partijen ter zake de echtelijke woning, die de man reeds vóór het huwelijk had gekocht van zijn moeder, heeft voorgedaan, diende volgens de rechtbank, conform het bepaalde in de tweede volzin van artikel 1:136 lid 1 BW, evenredig aan de aflossingen die hadden plaatsgevonden op de hypothecaire lening van de echtelijke woning, tussen partijen te worden verrekend. Deze beslissing zou in overeenstemming zijn met het doel van een periodiek verrekenbeding, inhoudende dat ieder van partijen na afloop van de verrekenperiode de beschikking krijgt over het aan hem of haar na verrekening toekomende vermogen, dat vervolgens naar eigen individueel inzicht belegd of besteed kan worden. Daarnaast is door de rechtbank een belangenafweging gemaakt door gevalsvergelijking, waarin is betrokken wat het gevolg zou zijn als alleen met de nominale waarde rekening zou zijn gehouden. Dit zou hebben betekend dat de ene echtgenoot over het gedurende het gehele huwelijk gezamenlijk belegde wel rendement kon genieten, maar de andere echtgenoot niet. Dit gevolg zou, in de gegeven feiten en omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn geweest. De betekenis van de redelijkheid en billijkheid in voorgaande zin zou, gelet op het gehanteerde toetsingscriterium van *onaanvaardbaarheid*, kunnen worden geïnterpreteerd als zijnde de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid. Gezien de overige jurisprudentie over de beleggingsleer ter zake periodieke verrekenbedingen wordt echter aangenomen dat het antwoord op deze vraag berust op een *standaarduitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid* van een tijdens het huwelijk niet nagekomen periodiek verrekenbeding (zie subparagraaf 10.1.1).

---

843 **HR 10 juli 2009**, ECLI:NL:HR:2009:BI4387, *AA*20090654, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2009/123, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2009/124, m.nt. B.E. Reinhartz; *NJ* 2009/377, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2009/106, met wenk.

844 Zie de noot van S.F.M. Wortmann onder **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, onder 2, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*); **KERSTEN, *EB* 2002, afl. 7/8**, p. 107; **LUIJTEN, *WPNR* 2002/6490**, p. 394; en **BREEDERVELD, *EB* 2005/33, afl. 5**, onder het kopje *Het arrest Slot/Ceelen*.

845 **Rb. Maastricht 22 augustus 2007**, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB2239, *RFR* 2007/130, met wenk. Zie ook **ZONNENBERG 2012**, p. 197-198.

In de vierde zaak[846] is het huwelijk geëindigd door de dood. Erflaatster en haar echtgenoot waren buiten gemeenschap van goederen gehuwd. Daarnaast was in het onderhavige geval sprake van een ouderlijke boedelverdeling tussen haar echtgenoot en haar twee kinderen uit haar eerste huwelijk. Deze laatsten hadden, met het oog op het vaststellen van de hoogte van hun geldvorderingen jegens de echtgenoot van erflaatster, een bevel tot boedelbeschrijving verzocht. In geschil was namelijk de afwikkeling van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen erflaatster en haar echtgenoot. Volgens de rechtbank bleek, anders dan de kinderen hadden gesteld, uit de bewoordingen van de tussen erflaatster en haar echtgenoot opgestelde huwelijkse voorwaarden niet zonder meer dat aan erflaatster en haar erfgenamen – zijnde haar echtgenoot en haar twee kinderen – een verrekenbevoegdheid toekwam. *Voor zover* de kinderen hadden gesteld dat hen krachtens artikel 1:141 lid 1 BW een verrekenbevoegdheid toekwam, faalde dit omdat die bevoegdheid, die was ontstaan door omzetting van het niet nagekomen periodieke verrekenbeding in een finaal verrekenbeding, reeds was verjaard. Op deze plaats is echter met name het volgende 'voor-zover-oordeel' van de rechtbank relevant. *Voor zover* de kinderen van erflaatster hadden bedoeld dat het in strijd was met de beginselen van redelijkheid en billijkheid indien zij niet *alsnog* een beroep op de periodieke verrekening konden doen, slaagde dit niet. Ook die vordering tot verrekening was namelijk verjaard. Daarbij kwam volgens de rechtbank dat de door de kinderen van erflaatster genoemde rechtszaak – over welke rechtszaak het hier ging, is uit de beschikking niet kenbaar[847] – een andere situatie dan de onderhavige betrof. Het huwelijk was in die zaak namelijk ontbonden door echtscheiding, en niet door de dood. In het onderhavige geval was het, aldus de rechtbank, niet 'ten koste van' de vrouw gegaan dat zij niet de beschikking over de 'vruchten van het huwelijk' had gekregen en zou zij, als haar man eerder zou zijn overleden dan zij overeenkomstig artikel 7 van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden hebben kunnen vorderen dat er een verrekening plaats zou vinden alsof er sprake zou zijn geweest van een wettelijke gemeenschap van goederen. De verjaringstermijn van artikel 3:307 BW is in het onderhavige geval aldus niet doorbroken.

In de vijfde zaak[848] stond tussen partijen als niet weersproken vast dat de ontslagvergoeding die de vrouw van haar toenmalige werkgever had ontvangen moest worden aangemerkt als overgespaarde inkomsten. Met deze ontslagvergoeding was een lening afgelost, waarmee de aankoop van een auto was gefinancierd. Hoewel de man in beginsel recht had op verrekening van de

846 **Rb. Alkmaar 21 december 2007**, ECLI:NL:RBALK:2007:BD0118.

847 Vermoedelijk gaat het om **HR 19 januari 1996**, *NJ* 1996/617, m.nt. W.M. Kleijn (*Rensing/Polak I*).

848 **Rb. Middelburg 18 juni 2008**, ECLI:NL:RBMID:2008:BJ1326.

helft van de ontslagvergoeding, heeft de rechtbank in redelijkheid en billijkheid bepaald dat de vrouw slechts de helft van de waarde van de auto, of een daarvoor ingeruild exemplaar, op het moment van de peildatum aan de man diende te vergoeden. De rechtbank is tot dit oordeel gekomen op basis van het feit van algemene bekendheid dat de waarde van een auto, zijnde een verbruiksgoed, na aanschaf daalt (zie ook paragraaf 10.14).

In de zesde en laatste zaak[849] waren partijen een zogeheten *facultatief periodiek verrekenbeding* overeengekomen. Partijen waren aldus niet verplicht tot verrekening over te gaan, maar hadden hiertoe wel de mogelijkheid. Van deze mogelijkheid hadden ze nimmer gebruikgemaakt. In de procedure heeft de vrouw aangevoerd dat het facultatieve karakter van het verrekenbeding buiten toepassing moest worden gelaten en dat wel degelijk verrekend diende te worden, omdat niet verrekenen in de gegeven feiten en omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Deze feiten en omstandigheden bestonden er volgens de vrouw in dat zij tijdens het huwelijk was gestopt met werken en had gezorgd voor de kinderen en de huishouding, dat zij de man had geholpen bij de opbouw van zijn onderneming en dat zij haar medewerking had verleend aan de verstrekking van een hypotheek op de echtelijke woning tot zekerheid voor de terugbetaling van een lening die de man was aangegaan voor zijn onderneming. De rechtbank is in deze redenering niet meegegaan, omdat de bijdrage van de vrouw aan de opbouw van de onderneming, indien deze al vastgesteld kon worden, in ieder geval beperkt was gebleven en deze ten tijde van het huwelijk voor haar geen reden had gevormd om aan te dringen op verrekening en omdat de verstrekking van het hypotheekrecht geen gevolgen had gehad voor haar. Als relevante feiten en omstandigheden heeft de rechtbank ook meegenomen dat de vrouw uit de verkoop van de echtelijke woning een opbrengst van ongeveer € 600.000,00 tegemoet kon zien en dat zij beschikte over vermogen, afkomstig uit erfenissen.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU6591	Correctie	●	●					

849 **Rb. Haarlem 12 januari 2010**, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0633, *RFR* 2010/67, met wenk.

Uitspraak	Materiële functie of andere rol	Type onderbouwing						
		Bronnen	Context	Belangen	Hulpmiddelen	Procesrecht	Restcategorie	Niet gemotiveerd
Hof Den Bosch 1 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD1349	Correctie							●
Rb. Maastricht 22 augustus 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB2239	Uitleg	●	●		●		●	
Rb. Alkmaar 21 december 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:BD0118	Correctie		●		●		●	
Rb. Middelburg 18 juni 2008, ECLI:NL:RBMID:2008:BJ1326	Correctie						●	
Rb. Haarlem 12 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0633	Correctie		●				●	

Tabel 10.11: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij verrekening

Toelichting bij tabel 10.11
Zoals gezegd, ging het in deze gevallen om heel uiteenlopende vragen. Het is vermoedelijk dan ook toeval dat de redelijkheid en billijkheid in vijf van de zes gevallen in haar corrigerende functie lijkt te zijn gebruikt. Qua type onderbouwing zijn *context* en *restcategorie* het vaakst tegengekomen.

10.10 Bewijsvermoeden

Drie van de 169 geschilpunten hadden betrekking op het bewijsvermoeden dat het bij het einde van het huwelijk aanwezige vermogen geacht moet worden te zijn gevormd uit wat op grond van het bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen periodieke verrekenbeding verrekend had moeten worden.[850] In de beschikking van de Hoge Raad van 26 oktober 2001[851] waren partijen tijdens het huwelijk het zogeheten Amsterdams verrekenbeding niet nagekomen en hadden zij ook niet een zodanige administratie bijgehouden dat deze verrekening nog zou kunnen plaatsvinden in overeenstemming met de strekking

850 **HR 26 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695, *NJ* 2002/93, m.nt. W.M. Kleijn; **HR 8 juni 2012**, ECLI:NL:HR:2012:BV9605, *JPF* 2012/103, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2012/93, met wenk; en **Hof Den Haag 28 september 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU2918.

851 **HR 26 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695 (zie met name r.o. 5.2), *NJ* 2002/93, m.nt. W.M. Kleijn.

van het overeengekomen verrekenbeding. Als oplossing hiervoor heeft de Hoge Raad aangenomen dat er in beginsel en behoudens bewijs van het tegendeel van moet worden uitgegaan dat partijen de vermogensbestanddelen die zij tijdens hun huwelijk hebben verworven, hebben verkregen uit of door belegging van overgespaarde inkomsten. Dit bewijsvermoeden zou, aldus nog steeds de Hoge Raad, niet opgaan als kan worden vastgesteld dat de vermogensbestanddelen naar de bedoeling van partijen of van een derde − waarmee hoogstwaarschijnlijk is gedoeld op de erflater of de giftgever[852] − zonder enig recht op verrekening behoorden tot het vermogen van één van partijen. Voor het onderhavige geval had deze overweging in beginsel tot gevolg dat de uit de opbrengst van de eerste echtelijke woning verkregen vermogensvermeerdering alsnog met de vrouw moest worden verrekend. Aangenomen is dat deze oplossing was gebaseerd op een *uitleg* van het Amsterdams verrekenbeding *naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid*. Ter onderbouwing is door de Hoge Raad namelijk onder andere verwezen naar de bedoelingen van partijen, althans dat zij vermoedelijk niet de bedoeling hebben gehad dat de waardevermeerdering van de eerste woning uitsluitend ten goede zou komen aan de man.[853]

Volgens *NJ*-annotator KLEIJN bestaat aldus de mogelijkheid dat de echtgenoten zelf gedurende het huwelijk van het Amsterdams verrekenbeding kunnen afwijken door bijvoorbeeld zich duidelijk te gedragen alsof een bepaald uit inkomsten gefinancierd goed, toch niet (achteraf) verrekend moet worden, of omgekeerd (vergelijk paragraaf 10.2).[854] LUIJTEN heeft deze mogelijkheid in ons recht bizar geacht, helemaal nu deze is gebaseerd op de bedoelingen van partijen.[855] SCHOORDIJK heeft in deze beschikking daarentegen een bevestiging van zijn gedachtegang gelezen dat een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, inhoudende uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen met een zogeheten Amsterdams verrekenbeding, niet in de weg staat aan afspraken of gedrag van verbintenisrechtelijke aard (waarmee hij waarschijnlijk heeft gedoeld op een impliciete afspraak) tijdens het huwelijk.[856] Het einde van het zogeheten nominaliteitsdenken zou, mede met deze beschikking, onmiskenbaar zijn ingeluid. W. SNIJDERS is van mening dat de in deze beschikking gehanteerde grondslag, *uitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid*, in een situatie als de onderhavige, overtuigender is dan de corrigerende functie van

852 Zie ook de artikelen 1:133 lid 2 en 1:134 BW.

853 **LUIJTEN** (***WPNR* 2002/6490**, p. 396) heeft zich afgevraagd hoe iemand moet bewijzen dat hij een bepaalde bedoeling niet had.

854 Noot van W.M. Kleijn onder **HR 26 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695, *NJ* 2002/93, onder 7.

855 **LUIJTEN, *WPNR* 2002/6490**, p. 396.

856 **SCHOORDIJK, *WPNR* 2002/6479**, p. 202.

de redelijkheid en billijkheid, omdat in wezen de rechtsverhouding zelf wordt beïnvloed (zie ook paragraaf 10.2).[857]

Dit bewijsvermoeden is nadien gecodificeerd in artikel 1:141 lid 3 BW, dat deel uitmaakt van afdeling 1.8.2 BW, die is ingevoerd bij de per 1 september 2002 in werking getreden Wet regels verrekenbedingen. In dit lid is ook een 'tenzij-clausule' opgenomen voor het geval dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, in het licht van de aard en omvang van de verrekenplicht, anders voortvloeit. Het is overigens opmerkelijk dat de wetgever hier de term *eisen* in plaats van *maatstaven* van redelijkheid en billijkheid heeft gebruikt, nu het lijkt te gaan om een *correctie* op het bewijsvermoeden. Als de wetgever met deze terminologie heeft willen aanduiden dat deze 'uitzondering' is gegrond op de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid, dan zouden voor toepassing hiervan geen uitzonderlijke feiten en omstandigheden zijn vereist en zou de 'tenzij-clausule' vaker van toepassing moeten worden geacht dan wanneer deze op de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid zou zijn gebaseerd. In de parlementaire geschiedenis van de Wet regels verrekenbedingen is hier echter niets over opgemerkt.[858]

De beschikking van de Hoge Raad van 8 juni 2012[859] doet vermoeden dat bij de uitzondering op het bewijsvermoeden inderdaad het strikte toetsingscriterium van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid moet worden toegepast. In deze beschikking is het oordeel van het hof bestreden, inhoudende dat de gehele waarde van de aandelen van de man in de holding verrekend moest worden, dat daaraan niet afdeed dat die waarde vooral was gevormd door de ondernemerskwaliteiten van de man en dat dit resultaat (overigens) ook niet onaanvaardbaar was. De Hoge Raad heeft bij de beoordeling van de tegen dit oordeel gestelde klachten vooropgesteld dat het hof, overeenkomstig de toepasselijke wettelijke regeling en de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, toepassing had gegeven aan de zogeheten beleggingsleer. Deze leer houdt in dat aan het tijdens het huwelijk achterwege laten van verrekening van de overgespaarde inkomsten het gevolg wordt verbonden dat in de finale verrekening ook de vermogensvermeerdering wordt betrokken die is ontstaan door belegging van wat uit de inkomsten is bespaard, maar (verbintenisrechtelijk) ongedeeld is gebleven.[860] De Hoge Raad heeft

857 **W. SNIJDERS, *WPNR* 2007/6693**, p. 11. Zie ook **SCHONEWILLE 2012**, p. 226-227.

858 Zie ***Kamerstukken II* 2001/02, 2554**, 5, p. 12-13 (Nota naar aanleiding van het verslag).

859 **HR 8 juni 2012**, ECLI:NL:HR:2012:BV9605, *JPF* 2012/103, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2012/93, met wenk.

860 De grondslag van deze leer wordt, zoals bij de bespreking van de beschikking van de Hoge Raad van 26 oktober 2001 (ECLI:NL:HR:2001:ZC3695, *NJ* 2002/93, m.nt. W.M. Kleijn) werd opgemerkt, gevonden in een *standaarduitleg naar maatstaven*

vervolgens opgemerkt dat het hof, mede met toepassing van het in artikel 1:141 lid 3 BW neergelegde bewijsvermoeden, had vastgesteld dat de financiering van de aandelen had plaatsgevonden uit de overgespaarde *inkomsten* van de man. Reeds hierom zou de klacht van de man dat het hof had miskend dat het verrekenbeding geen winsten uit onderneming omvatte niet tot cassatie kunnen leiden. De omstandigheid dat de waarde van de aandelen, zoals de man had gesteld, vooral was gevormd door zijn ondernemingskwaliteiten, gaf volgens de Hoge Raad, zoals ook het hof had geoordeeld, geen aanleiding om het bewijsvermoeden met een beroep op de 'tenzij-clausule' buiten toepassing te laten. Het bewijsvermoeden zou namelijk slechts betrekking hebben op de vraag of de aandelen al dan niet zijn *gefinancierd* uit wat op grond van artikel 1:141 lid 1 BW in de verrekening had moeten worden betrokken. Deze omstandigheid zou ook geen aanleiding geven om slechts een gedeelte van de waarde(stijging) van de aandelen voor de verrekening in aanmerking te nemen.

Het Hof Den Haag heeft in zijn arrest van 28 september 2005[861] geoordeeld dat de man geen feiten en omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan uit de redelijkheid en billijkheid zou volgen dat het bewijsvermoeden van artikel 1:141 lid 3 BW in het onderhavige geval geen toepassing behoorde te vinden. Ook zouden dergelijke feiten en omstandigheden niet zijn gebleken.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695	Uitleg		●				●	
HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9605	Correctie	●					●	
Hof Den Haag 28 september 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU2918	Correctie	●						

Tabel 10.12: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij bewijsvermoeden

van redelijkheid en billijkheid van een tijdens het huwelijk niet nagekomen periodiek verrekenbeding (zie subparagraaf 10.1.1).

861 **Hof Den Haag 28 september 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU2918.

Toelichting bij tabel 10.12
Het bewijsvermoeden zelf lijkt te zijn voortgekomen uit een uitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid en is gemotiveerd met *context* (waaronder de bedoelingen van partijen) en gevalspecifieke argumenten (behorende tot de *restcategorie*). Op dit vermoeden kan op basis van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering worden gemaakt. De redelijkheid en billijkheid lijkt hier te zijn gebruikt in haar corrigerende functie. In beide afwijzende oordelen is verwezen naar de *bron*, artikel 1:141 lid 3 BW.

10.11 Belegging van onverteerd gebleven inkomen in bedrijfsvermogen

Drie geschilpunten van zaken uit de inhoudsanalyse zagen op gevallen waarin belegging van onverteerd gebleven inkomen had plaatsgevonden in het bedrijfsvermogen van één van de ex-echtgenoten.[862] Van deze drie gevallen waren er twee van feitenrechters. In deze uitspraken is, ter legitimatie van de beslissing dat de ene echtgenoot ten titel van verrekening niet meer kreeg dan de andere echtgenoot met behulp van het bedrijfsvermogen kon financieren, enkel verwezen naar de beschikking van de Hoge Raad van 2 maart 2001,[863] die bekend staat onder de roepnaam *Vissersbedrijf*.[864] In deze beschikking was sprake van een gewezen huwelijk op huwelijkse voorwaarden, waarin een zogeheten Amsterdams verrekenbeding was opgenomen. Gedurende de verrekenperiode was door de man met onverteerd gebleven inkomen een bedrijf gestart.[865] Het Amsterdams verrekenbeding was tijdens het huwelijk evenwel niet nagekomen. De Hoge Raad heeft vooropgesteld dat de rechtsverhouding tussen partijen *als (economische) deelgenoten* werd beheerst door wat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit. Hij heeft vervolgens herhaald wat het hof had geoordeeld, te weten dat deze eisen meebrachten dat de overgespaarde gelden met de (her)beleggingen daaruit, het hele vermogen dus, *in beginsel* voor verrekening in aanmerking kwam.[866] De eisen van redelijkheid en billijkheid brachten volgens het hof in het onderhavige geval, omdat de man

862 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*); **Hof Den Bosch 22 mei 2012**, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7882; en **Rb. Zwolle 2 juni 2004**, ECLI:NL:RBZWO:2004:AP1387.

863 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*).

864 **Hof Den Bosch 22 mei 2012**, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7882 en **Rb. Zwolle 2 juni 2004**, ECLI:NL:RBZWO:2004:AP1387.

865 Zie ook de conclusie van A-G F.B. Bakels (ECLI:NL:PHR:2001:AB0382), o. 2.7 voor **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*) en **BORINGA & LANKESTER, *EB* 2001, afl. 9**, p. 122.

866 De redelijkheid en billijkheid lijkt in deze zin te zijn gebruikt in haar aanvullende functie.

voor zijn broodwinning afhankelijk was van het voortbestaan van het bedrijf, evenwel ook mee dat de vrouw uit dezen hoofde niet meer kreeg dan wat de man met behulp van het bedrijfsvermogen kon financieren. Het hof had aldus, anders dan waar de vrouw van uit was gegaan, onderscheid gemaakt tussen de aan de vrouw toekomende vordering tot verrekening en het aan haar uit te keren deel daarvan. Anders dan de vrouw in de bestreden beschikking had gelezen, was, gelet op voorgaande overwegingen, volgens de Hoge Raad bovendien duidelijk welke maatstaf het hof bij de verrekening van het onverteerd gebleven inkomen had gehanteerd en was het hof daarbij uitgegaan van het gehele onverteerd gebleven inkomen. Het laatste procesrechtelijke argument voor het falen van het cassatiemiddel dat betrekking had op deze vraag, bestond erin dat de vrouw in feitelijke instanties niet had betoogd dat de man de overwinst die hij eventueel zou realiseren bij liquidatie van zijn bedrijf met de vrouw moest verrekenen, en dat zulk een betoog niet voor het eerst in cassatie aan de orde kon komen.

VAN MOURIK heeft zich afgevraagd of een tijdens de periode van broodwinning niet opeisbare, desnoods renteloze, (achtergestelde) vordering, al dan niet met verpanding van (een deel van) de aandelen niet redelijker en billijker zou zijn geweest dan de door de Hoge Raad gekozen oplossing.[867] Daarbij heeft hij de vraag gesteld wat de man ervan zou weerhouden om, anders dan hij voornemens was, de onderneming toch te staken. Deze bedenkingen, alsmede de hierna te bespreken onduidelijkheid omtrent het toetsingscriterium, zouden eerst moeten worden weggenomen voordat de hiervoor genoemde subregel (wettelijk) kan worden vastgelegd.

De betekenis van de redelijkheid en billijkheid is in deze uitspraken wat betreft het uit te keren deel aangemerkt als de corrigerende functie. Met name de bewoordingen van de Rechtbank Zwolle wijzen in deze richting:

> ‘Nadat aldus berekend is welk aandeel *in beginsel* aan [de vrouw] toekomt dient te worden vastgesteld in hoeverre van [de man] kan worden verlangd dit thans nog aan haar *uit te keren* [Cursivering: EvWV].’[868]

Dat de redelijkheid en billijkheid in deze gevallen lijkt te zijn gebruikt ter aanduiding van de corrigerende functie blijkt ook uit de afwijzing van het desbetreffende cassatieonderdeel door de Hoge Raad in de beschikking *Vissersbedrijf*.[869] Het hof had aan de vrouw in beginsel recht op verrekening van haar volledige aandeel in het onverteerd gebleven inkomen van de man

867 **VAN MOURIK, *WPNR* 2001/6440**, p. 310.
868 **Rb. Zwolle 2 juni 2004**, ECLI:NL:RBZWO:2004:AP1387, r.o. 4.3.1.
869 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*).

toegekend, maar dit aandeel diende slechts te worden *uitgekeerd* voor zover het bedrijf van de verrekenplichtige ex-echtgenoot hierdoor niet buiten staat werd gesteld om een eventuele *matige* tegenslag in de *naaste* toekomst te overleven.[870] Deze kwalificatie doet wel de vraag rijzen hoe deze jurisprudentie zich verhoudt tot de jurisprudentie besproken in paragraaf 10.3 omtrent nakoming van familievermogensrechtelijke overeenkomsten. Moet in gevallen als deze sneller worden aangenomen dat sprake is van onaanvaardbaarheid? In de uitspraken zou echter, mede gelet op het gebruik van de term *eisen* in plaats van *maatstaven* van redelijkheid en billijkheid, mogelijk ook de aanvullende functie kunnen worden gelezen. Dat hierover gediscussieerd kan worden is bezwaarlijk, onder andere omdat iedere functie haar eigen toetsingscriterium kent (zie de subparagrafen 7.3.1 en 7.3.2.2.2).

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382	Aanvulling en correctie		●			●		
Hof Den Bosch 22 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7882	Correctie	●						
Rb. Zwolle 2 juni 2004, ECLI:NL:RBZWO:2004:AP1387	Correctie	●						

Tabel 10.13: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij belegging van onverteerd gebleven inkomen in bedrijfsvermogen

Toelichting bij tabel 10.13

Het gebruik van de redelijkheid en billijkheid lijkt wat betreft het uit te keren deel steeds te hebben geduid op de corrigerende functie. Ter motivering van de feitenuitspraken is enkel verwezen naar de bron, de beschikking *Vissersbedrijf*.[871] Deze uitspraak zelf is gemotiveerd met een verwijzing naar de

870 **LUIJTEN** (***WPNR* 2002/6490**, p. 394) heeft zich bij lezing hiervan 'enerzijds af[gevraagd] waarom dit in de "naaste" toekomst dient te zijn, doch anderzijds waarom deze tegenslag slechts "matig" mag zijn'.

871 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*).

context (te weten de aard van de rechtsverhouding). Daarnaast heeft het *procesrecht* een belangrijke rol gespeeld.

10.12 Voortgezet gebruik van de echtelijke woning en tot de inboedel daarvan behorende zaken

Tien van de 169 geschilpunten hadden betrekking op het voortgezet gebruik van de echtelijke woning (en tot de inboedel daarvan behorende zaken).[872] In twee van deze gevallen ging het over de vraag wie van partijen de gemeenschappelijke woning met uitsluiting van de ander mocht gebruiken, zolang de gemeenschap nog niet was verdeeld.[873] Ingevolge artikel 3:168 lid 2 BW moesten de kantonrechters bij de beoordeling van deze vraag *naar (redelijkheid en) billijkheid* rekening houden met zowel de belangen van partijen als met het algemeen belang. Over dit laatste belang is in beide motiveringen van de rechterlijke uitspraken echter niets opgemerkt. Dit zou kunnen komen doordat het algemeen belang bij deze gevallen niet was betrokken. Wel waren in beide gevallen de belangen van kinderen in het geding. In een van deze twee gevallen[874] hebben hún objectieve belangen voor de kantonrechter zelfs het zwaarst gewogen.

Dit roept de vraag op wanneer het algemeen belang wel van betekenis is. Volgens de parlementaire geschiedenis is dit bijvoorbeeld het geval als de te verdelen gemeenschap een bedrijf omvat, wat zich veelvuldig zou voordoen in nalatenschappen.[875] Dat het algemeen belang als een eigen categorie is geïntroduceerd, was niet volgens eenieder een goede zaak. Zo heeft VAN DER GRINTEN gemeend dat het algemeen belang, nog afgezien van wat dit nu precies is,[876] geen zelfstandige waarde behoort te hebben in een rechtsverhouding van deelgenoten.[877] Volgens KLEIJN doet zich door de introductie van dit

872 **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657; **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk; **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176; **Hof Leeuwarden 12 april 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1385, *JIN* 2011/486, m.nt. R.P.F. Kamphuis; **Hof Den Haag 17 augustus 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV9206; **Hof Den Bosch 22 mei 2012**, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7882; **Rb. Maastricht 17 september 2003**, ECLI:NL:RBMAA:2003:AK8183; **Rb. Utrecht 29 november 2007**, ECLI:NL:RBUTR:2007:BG8943; **Rb. Maastricht 24 september 2009**, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ9186, *RFR* 2010/11, met wenk; en **Rb. Breda 2 december 2009**, ECLI:NL:RBBRE:2009:BO7865.

873 **Rb. Utrecht 29 november 2007**, ECLI:NL:RBUTR:2007:BG8943 en **Rb. Maastricht 24 september 2009**, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ9186, *RFR* 2010/11, met wenk.

874 **Maastricht 24 september 2009**, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ9186, *RFR* 2010/11, met wenk.

875 **PARL. GESCH. NBW BOEK 3**, MvA II, p. 584.

876 Zie ook **PARL. GESCH. NBW BOEK 3**, VV II, p. 619.

877 **VAN DER GRINTEN, *RM Themis* 1960**, p. 136.

toetsingscriterium speciaal bij de wettelijke regeling van de gemeenschap de opmerkelijke toestand voor dat partijen bij het treffen van een regeling omtrent het genot, het gebruik en het beheer van de echtelijke woning geen rekening behoeven te houden met het algemeen belang, maar dat de rechter, voor zover een overeenkomst ontbreekt, wel is onderworpen aan de eisen van het algemeen belang.[878] Na alles nog eens overdacht te hebben, gelooft hij echter dat het aanvaardbaar is dat partijen, voor zover zij het eens kunnen worden, zich slechts met hun eigen belangen bezig behoeven te houden. HARTKAMP is daarentegen van mening dat artikel 3:168 lid 2 BW slechts buiten twijfel stelt wat anders zou kunnen worden afgeleid uit artikel 3:166 lid 3 jo. 6:2 jo. 3:12 BW, dat mede naar *de maatschappelijke belangen* verwijst.[879] Van een afwijkende regeling was zijns inziens aldus geen sprake.

De redelijkheid en billijkheid lijkt in de hiervoor genoemde uitspraken te verwijzen naar de rechterlijke dispositie. De wetgever heeft met de redelijkheid en billijkheid in artikel 3:168 lid 2 BW slechts tot uitdrukking willen brengen dat de rechter een maatstaf dient aan te leggen die geen aanleiding kan geven tot verdenking van eenzijdigheid.[880] De rechter wordt verzocht de knoop betreffende het genot, het gebruik en het beheer van de echtelijke woning door te hakken, nu partijen zijn gescheiden en het voor (een van) partijen niet langer een optie is om samen in de woning te verblijven. Wie van partijen het uitsluitend gebruik van de echtelijke woning krijgt toegekend, is uiteindelijk een kwestie van een belangenafweging. Hoe de rechter hierbij voor het overige te werk dient te gaan, is aan zijn eigen discretie overgelaten.

Zeven van de tien geschilpunten handelden over de vraag of een vergoeding voor het voortgezet gebruik van de aan de andere echtgenoot mede toekomende woning en/of tot de inboedel daarvan behorende zaken moest worden betaald, en zo ja, hoe hoog deze vergoeding behoorde te zijn.[881] De *grondslag* van deze gebruikersvergoeding lijkt te zijn gevonden in artikel 1:165 BW, alsook, los daarvan of na het verstrijken van zes maanden, in (de ratio van[882]) artikel 3:169 BW. Hierbij diende de redelijkheid en billijkheid tot

878 **KLEIJN, *WPNR* 1973/5213**, p. 170 en p. 183.

879 **HARTKAMP 2010**, p. 34. Zie ook **ASSER/PERRICK 3-*V* 2015**, nr. 16.

880 **PARL. GESCH. NBW BOEK 3**, MvA II, p. 584.

881 **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657; **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk; **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176; **Hof Leeuwarden 12 april 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1385, *JIN* 2011/486, m.nt. R.P.F. Kamphuis; **Hof Den Haag 17 augustus 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV9206; **Hof Den Bosch 22 mei 2012**, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7882; en **Rb. Breda 2 december 2009**, ECLI:NL:RBBRE:2009:BO7865.

882 'De strekking van artikel 3:169 BW is mede de deelgenoot die het goed met uitsluiting van de andere deelgenoot gebruikt, te verplichten de deelgenoot die aldus

maatstaf. De verwijzing in de uitspraak van het Hof Den Haag van 17 augustus 2011[883] in dit kader naar artikel 3:166 lid 3 BW heeft echter verwarring hieromtrent gezaaid, omdat dat artikel verwijst naar de aanvullende en de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:2 BW. In één geval[884] leek de redelijkheid en billijkheid echter niet als maatstaf, maar als grondslag te zijn aangemerkt, waardoor de rol van dit begrippenpaar is verlegd van een verwijzing naar de rechterlijke dispositie naar de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid.

Het Hof Den Haag heeft in zijn beschikking van 14 december 2005[885] geen gebruikersvergoeding toegekend aan de vrouw, omdat zij ook geen vergoeding had betaald aan de man voor het gebruik en genot van de door haar alleen bewoonde echtelijke woning. Het is aldus redelijk (en billijk) geacht dat partijen ieder de lasten, verbonden aan de woning die zij bewonen, zelf droegen.

In de andere uitspraken is wel een gebruikersvergoeding toegewezen, maar is voor de hoogte daarvan bij verschillende punten aangeknoopt.[886] In een zaak,[887] waarin de man eerder in de echtelijke woning verbleef op grond van een nevenvoorziening ex artikel 827, onder d Rv jo. 1:165 BW, is het hof voor de bepaling van de vergoeding voor het verlengde gebruik van de echtelijke woning afgegaan op de hoogte van de eerder, bij tussenbeschikking toegewezen vergoeding. In een andere zaak[888] is door de rechtbank uitgegaan van een fictief rendement van 4% per jaar over de helft van de overwaarde (taxatiewaarde minus de restant hypotheekschuld), verminderd met de door de man betaalde hypotheek- en overige eigenaarslasten. Dit aanknopingspunt is ook in twee andere zaken gehanteerd.[889] In weer een andere zaak[890] is de vergoeding, volgens het hof bij gebreke aan een ander aanknopingspunt, gesteld op een

---

verstoken wordt van het gebruik en genot waarop hij uit hoofde van zijn deelgenootschap recht heeft, schadeloos te stellen, bijvoorbeeld door het betalen van een gebruikersvergoeding aan de andere deelgenoten.' **Hof Den Haag 17 augustus 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV9206, r.o. 22.

883 **Hof Den Haag 17 augustus 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV9206.

884 **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176.

885 **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657.

886 **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk; **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176; **Hof Leeuwarden 12 april 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1385, *JIN* 2011/486, m.nt. R.P.F. Kamphuis; **Hof Den Haag 17 augustus 2011**, ECLI:NL:GHSGR: 2011:BV9206; **Hof Den Bosch 22 mei 2012**, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7882; en **Rb. Breda 2 december 2009**, ECLI:NL:RBBRE:2009:BO7865.

887 **Hof Den Haag 17 augustus 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV9206.

888 **Rb. Breda 2 december 2009**, ECLI:NL:RBBRE:2009:BO7865.

889 **Hof Leeuwarden 12 april 2011**, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1385, *JIN* 2011/486, m.nt. R.P.F. Kamphuis en **Hof Den Bosch 22 mei 2012**, ECLI:NL:GHSHE:2012: BW7882.

890 **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176.

bedrag ter hoogte van de helft van de maandelijkse hypothecaire lasten. Het Hof Arnhem[891] ten slotte heeft de hoogte van de gebruikersvergoeding in het geheel niet toegelicht. Deze praktijk geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid, wat kan worden verholpen door één aanknopingspunt te kiezen en (wettelijk) vast te leggen.

Eén van de tien geschilpunten ging, tot slot, over de vraag of de man zijn gestelde recht op een gebruikersvergoeding had *verwerkt*.[892] In dit geval is de redelijkheid en billijkheid duidelijk gebruikt ter aanduiding van de corrigerende functie daarvan. De rechtbank heeft de hiervoor genoemde vraag bevestigend beantwoord. Ter motivering is allereerst verwezen naar vaste jurisprudentie dat

> 'van rechtsverwerking sprake kan zijn op grond van aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaard in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken'.[893]

De aanwezigheid van bijzondere feiten en omstandigheden is vervolgens toegelicht met een verwijzing naar het eerder min of meer bewust afzien van zijn aanspraken en de andere feiten en omstandigheden van het geval, die ieder afzonderlijk zijn benoemd.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
Hof Den Haag 14 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie						●	
Hof Arnhem 7 november 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie	●						

891 **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk.

892 **Rb. Maastricht 17 september 2003**, ECLI:NL:RBMAA:2003:AK8183.

893 **Rb. Maastricht 17 september 2003**, ECLI:NL:RBMAA:2003:AK8183, r.o. 3.3.5. Zie ook paragraaf 7.3.1.3.1.

Uitspraak	Materiële functie of andere rol	Type onderbouwing						
		Bronnen	Context	Belangen	Hulpmiddelen	Procesrecht	Restcategorie	Niet gemotiveerd
Hof Leeuwarden 16 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176	Aanvulling						●	
Hof Leeuwarden 12 april 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1385	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie						●	
Hof Den Haag 17 augustus 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV9206	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie	●					●	
Hof Den Bosch 22 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7882	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie	●					●	
Rb. Maastricht 17 september 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AK8183	Correctie	●	●				●	
Rb. Utrecht 29 november 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BG8943	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie	●	●	●			●	
Rb. Maastricht 24 september 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ9186	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie	●		●				
Rb. Breda 2 december 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BO7865	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie	●					●	

Tabel 10.14: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij voortgezet gebruik van de echtelijke woning en tot de inboedel daarvan behorende zaken

Toelichting bij tabel 10.14

De rechterlijke instanties lijken de redelijkheid en billijkheid, op één geval na, bij alle drie de geschilpunten − aan wie kwam het gebruik toe, stond daar een vergoeding tegenover, en zo ja, hoeveel bedroeg deze − te hebben gebruikt als verwijzing naar de rechterlijke dispositie. Deze oordelen zijn overwegend gemotiveerd met de typen onderbouwingen *bronnen* (met name de artikelen 1:165, 3:166 lid 3, 3:168 (lid 2) en (de strekking van) 3:169 BW) en *restcategorie*.

10.13 Verdeling

Veertien geschilpunten hielden verband met de verdeling van een (huwelijksgoederen)gemeenschap.[894] De twee cassatiezaken gingen meer specifiek over de vraag of (de waarde van) een bepaalde bate in de verdeling van de (huwelijksgoederen)gemeenschap diende te worden betrokken.[895] Op basis van deze twee uitspraken kunnen enkele algemene uitlatingen worden gedaan, waarvan het, gelet de uitwerking die deze uitspraken hebben op andere gevallen, wenselijk is dat deze (wettelijk) worden vastgelegd.

Zo is van de zijde van de vrouw in de uitspraak van de Hoge Raad van 31 mei 2002[896] betoogd dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid − aldus op grond van de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid −, die de verhouding tussen partijen beheersten, voortvloeide dat (de waarde van) de eventueel bij de man aanwezige, in zijn advocatenpraktijk opgebouwde goodwill in de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap diende te worden betrokken. Volgens de Hoge Raad had het hof, anders dan de vrouw in zijn oordeel had gelezen, ook haar vordering tot verrekening van de waarde in zijn beoordeling betrokken. Het hof had bovendien kennelijk én terecht tot uitgangspunt genomen dat het hiervoor genoemd betoog *in beginsel* diende te worden verworpen. Voor het antwoord op de vraag of (de waarde van) goodwill in de verdeling betrokken dient te worden, zou immers beslissend zijn of deze als zelfstandige waarde kan worden gerealiseerd. Dit is zo bij belichaamde goodwill − 'goodwill die onverbrekelijk is verbonden met de vermogensbestanddelen van de onderneming en die tot uitdrukking komt in de meerwaarde van die vermogensbestanddelen in hun geheel bij voortzetting van de onderneming boven de som van de waarden van de afzonderlijke vermogensbestanddelen'[897] −, maar daar was in dit geval geen sprake van. De eventueel aanwezige goodwill vormde, nu de

894 **HR 31 mei 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE0748, *FJR* 2002/66, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2003/342, m.nt. H.J. Snijders; **HR 14 december 2007**, ECLI:NL:HR:2007:BA4202, *AA*20080218, m.nt. A.J.M. Nuytinck; **Hof Den Bosch 30 september 2003**, ECLI:NL:GHSHE:2003:BC2780 (4x); **Hof Den Bosch 28 september 2004**, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS5940; **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657 (2x); **Hof Den Bosch 1 april 2008**, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD1349; **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954; **Hof Leeuwarden 31 maart 2009**, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI1406; **Hof Amsterdam 30 juni 2009**, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ0972; en **Rb. Utrecht 13 februari 2008**, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD1963.

895 **HR 31 mei 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE0748, *FJR* 2002/66, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2003/342, m.nt. H.J. Snijders en **HR 14 december 2007**, ECLI:NL:HR:2007:BA4202, *AA*20080218, m.nt. A.J.M. Nuytinck.

896 **HR 31 mei 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE0748, *FJR* 2002/66, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2003/342, m.nt. H.J. Snijders. Zie ook **Giele, *EB* 2002, afl. 7/8**, p. 101-103.

897 **HR 31 mei 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE0748, r.o. 3.2.1, *FJR* 2002/66, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2003/342, m.nt. H.J. Snijders.

waarde daarvan bij leven van de man niet kon worden overgedragen aan een opvolger en bij zijn overlijden geen op geld waardeerbare aanspraak zou opleveren − en er in de terminologie van ASSER/DE BOER aldus sprake was van *persoonlijke* onbelichaamde goodwill[898] −, geen goed in de zin van artikel 3:1 BW[899] en maakte geen voor verdeling of verrekening (van de waarde) in aanmerking komende bate van de huwelijksgoederengemeenschap uit. In aanmerking genomen dat de zogeheten inverdienregeling in de maatschapsovereenkomst naar het oordeel van het hof kennelijk niet strekte tot vergoeding van goodwill, maar tot compensatie van de, in het algemeen, aanvankelijk mindere persoonlijke verdiencapaciteit en omzet van de toetredende (onervaren) maten, heeft de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de in dit geval door de vrouw aangevoerde en ten processe gebleken feiten en omstandigheden geen afwijking van dat uitgangspunt rechtvaardigden niet onbegrijpelijk geacht, noch ontoereikend gemotiveerd.

In de tweede cassatie-uitspraak over verdeling[900] ging het over de vragen of het huurrecht, dat tot de echtscheiding aan partijen gezamenlijk toekwam, een vermogensbestanddeel was dat na echtscheiding voor verdeling of verrekening (van de waarde) in aanmerking kon komen en of daarbij van belang was dat de man de zolderetage van de woning kon verhuren. De Hoge Raad heeft deze vragen bevestigd beantwoord. Partijen waren in casu buiten iedere gemeenschap van goederen gehuwd, waardoor het huurrecht in een beperkte (bedoeld zal zijn: een *eenvoudige*[901]) gemeenschap was gevallen, die was ontstaan doordat de vrouw huurder was en de man ingevolge artikel 7:266 lid 1 BW medehuurder was geworden. Verdeling van deze gemeenschap, middels een beslissing van de rechter die bepaalt wie van partijen na echtscheiding huurder van de woonruimte zal zijn *ex* artikel 7:266 lid 5 BW, kan, zo is door de Hoge Raad als hoofdregel aanvaard, evenwel niet leiden tot een vorderingsrecht van de partij wier huur is beëindigd wegens overbedeling van de andere partij. Deze hoofdregel berust op de aard van de afweging die de rechter bij de hiervoor genoemde beslissing dient te maken − waarbij het onder omstandigheden onontkoombaar kan zijn dat de ene partij financieel nadeel lijdt, dan wel een voordeel moet prijsgeven, doordat de andere partij de huur voort mag zetten − en de gevolgen van die beslissing voor de aansprakelijkheid voor de

898 **ASSER/DE BOER 1* 2010**, nr. 304.

899 Volgens *NJ*-annotator H.J. Snijders mist aanknoping bij het goedsbegrip bij de onbelichaamde goodwill zelfstandige betekenis. Zie de noot van H.J. Snijders onder **HR 31 mei 2002**, ECLI:NL:HR:2002:AE0748, *NJ* 2003/342, onder 6 (*FJR* 2002/66, m.nt. I.J. Pieters).

900 **HR 14 december 2007**, ECLI:NL:HR:2007:BA4202, *AA*20080218, m.nt. A.J.M. Nuytinck.

901 Aangezien partijen buiten iedere gemeenschap van goederen waren gehuwd, kan er geen sprake zijn geweest van een *beperkte* huwelijksgoederengemeenschap.

betaling van de huurprijs. De Hoge Raad heeft erop gewezen dat dit alles moet worden beschouwd in het licht van de redelijkheid en billijkheid, die de verhouding tussen de ex-echtgenoten als deelgenoten beheerste. De redelijkheid en billijkheid kan volgens de Hoge Raad − in haar corrigerende functie − echter ook rechtsgrond bieden voor afwijking van de hiervoor genoemde vuistregel. Er moet dan sprake zijn van bijzondere feiten en omstandigheden die het onaanvaardbaar maken als geen enkele verrekening wegens overbedeling plaats zal vinden. Als voorbeelden zijn genoemd het geval waarin aan de huurovereenkomst een koopoptie tegen gunstige voorwaarden is verbonden en het geval dat echtgenoten gewoon waren een gedeelte van het gehuurde onder te verhuren, zodat daardoor extra inkomsten werden verworven. De vrouw had in feitelijke instanties aangevoerd dat dit laatste uitzonderingsgeval zich hier voordeed. Het hof had de vordering van de vrouw wegens overbedeling van de man dan ook niet zonder nadere motivering mogen afwijzen, aldus de Hoge Raad, al zou de vrouw in de verwijzingszaak voor toewijzing van die vordering aannemelijk moeten maken dat zij en haar ex-man de zolderetage reeds daadwerkelijk onderverhuurden en daaruit inkomsten verwierven. Tot slot heeft de Hoge Raad opgemerkt dat in de regel geen grond meer voor toewijzing van een overbedelingsvordering bestaat indien die inkomsten in het kader van de eventuele vaststelling van alimentatieverplichtingen tussen de ex-echtgenoten worden betrokken bij de bepaling van de behoefte of de draagkracht van degene aan wie het huurrecht is toegescheiden.

In de feitenuitspraken over verdeling lijkt de redelijkheid en billijkheid acht keer te hebben verwezen naar de maatstaf die de rechter op grond van artikel 3:185 lid 1 BW moet aanleggen bij de weging van de belangen van partijen.[902] De (redelijkheid en) billijkheid brengt in een dusdanig geval, net als bij artikel 3:168 lid 2 BW,[903] slechts tot uitdrukking dat de rechter een maatstaf dient aan te leggen die geen aanleiding kan geven tot verdenking van eenzijdigheid. Hoe hij bij de weging van de belangen van partijen voor het overige te werk dient te gaan, is aan zijn eigen discretie overgelaten. Met BREEDERVELD kan worden gezegd dat het in gevallen als deze om een andere regel van redelijkheid en billijkheid gaat dan de maatstaven die terug te vinden zijn in artikel 3:166 lid 3 jo. 6:2 BW.[904] De maatstaf van artikel 3:185 lid 1 BW ziet slechts op *de wijze waarop* de rechter de goederen over de echtgenoten verdeelt. Hieraan doet evenwel niet af dat de rechter bij de verdeling de

902 **Hof Den Bosch 30 september 2003**, ECLI:NL:GHSHE:2003:BC2780 (4x); **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657 (2x); **Hof Den Bosch 1 april 2008**, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD1349; en **Hof Amsterdam 30 juni 2009**, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ0972.

903 Zie de vorige paragraaf.

904 **BREEDERVELD 2008**, p. 449-451.

maatstaven van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 3:166 lid 3 jo. 6:2 BW moet hanteren.

In de uitspraak van het Hof Den Bosch van 30 september 2003[905] ging het ten eerste over de veroordeling van de vrouw door de voorzieningenrechter haar volledige medewerking te verlenen aan de verkoop en overdracht van de woning op Cyprus, waar zij toentertijd woonachtig was, en haar volledige medewerking te verlenen tot aflossing van een bedrag van € 75.000,00 van de gemeenschapsschulden uit de verkoopopbrengst daarvan. Toewijzing van deze vordering van de man zou volgens de vrouw neerkomen op een partiële verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap, waarvoor geen gewichtige redenen als vereist in artikel 1:179 lid 1 BW aanwezig zouden zijn. Volgens het hof verkeerden beide partijen in de huidige situatie echter in een impasse. De schuldeisende banken hadden ter afbetaling van de leningen aan deze banken beslag gelegd op de pensioeninkomsten van de man. Desondanks was de man niet in staat de schulden te doen afnemen. Daarnaast kon hij de vrouw hierdoor niet het aan haar toekomende deel van het pensioen betalen. De enige mogelijkheid om uit deze toestand te geraken, was volgens het hof de verkoop van de woning op Cyprus. Tot de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap behoorden immers geen andere substantiële vermogensbestanddelen waaruit de schulden konden worden afgelost. De vrouw had ter zake geen enkele andere *redelijke (en billijke)* mogelijkheid voorgesteld, zoals toescheiding van de woning aan haar. Ten tweede speelde de vraag of de door de voorzieningenrechter gegeven ontruimingstermijn van twee maanden na betekening van het vonnis diende te worden verlengd. Het hof heeft hiervoor onvoldoende grond gezien. Ter onderbouwing van dit oordeel is onder andere overwogen dat de vrouw niet had aangevoerd dat de verkoop van de woning *in redelijkheid (en billijkheid)* niet binnen deze termijn viel te realiseren. De derde voor dit onderzoek relevante grief kwam op tegen de hoogte van de door de voorzieningenrechter opgelegde dwangsom bij (onder andere) het niet verlenen van medewerking aan de verkoop en overdracht van de woning. Het hof heeft deze, gelet op de belangen die in het geding waren, niet *onredelijk (en onbillijk)* hoog geacht. Ook de inkomenssituatie van de vrouw maakte zijn oordeel niet anders. Ten vierde is in het kader van de beoordeling van het incident, dat strekte tot schorsing van de uitvoerbaar bij voorraad verklaring van het vonnis van de voorzieningenrechter ten aanzien van de stelling van de vrouw dat zij geen enkele zekerheid had dat de verkoopopbrengst van de woning zou worden aangewend voor de betaling van gemeenschapsschulden, overwogen dat in redelijkheid (en billijkheid) geen verschil van mening kon bestaan over welk deel van de schulden van de man gemeenschapsschulden waren en welke niet.

905 **Hof Den Bosch 30 september 2003**, ECLI:NL:GHSHE:2003:BC2780.

Het hof had namelijk precies vermeld om welke vier gemeenschapsschulden het ging. De term *redelijkheid (en billijkheid)* lijkt in dit laatste geval geen enkele juridische betekenis te hebben gehad.

In de uitspraak van het Hof Den Haag van 14 december 2005[906] speelden in het kader van de verdeling twee vragen: 1. Had de rechtbank als voorwaarde bij de verdeling van de panden die aan partijen in gemeenschappelijke eigendom toebehoorden, moeten opnemen dat de vrouw ervoor in zou staan dat de man uit de hoofdelijke aansprakelijkheid zou worden ontslagen ter zake van de daarbij behorende hypothecaire geldleningen die aan haar waren toegescheiden?; en 2. Moest de verdeling van de panden, zoals door de rechtbank was vastgesteld, blijven gehandhaafd? Het hof had dit eerste, gelet op de door hem vastgestelde wijze van verdeling − die bij de bespreking van de tweede vraag aan bod komt −, redelijk (en billijk) geacht als ook de man ervoor in zou staan dat de vrouw uit de hoofdelijke aansprakelijkheid zou worden ontslagen ter zake van de hypothecaire geldlening die aan hem was toegescheiden. Het hof heeft de tweede vraag, gezien de omstandigheden dat de vrouw voor haar broodwinning afhankelijk was van de verhuur van de panden en dat er een reële kans was dat zij de echtelijke woning anders zou moeten hebben verlaten, ontkennend beantwoord. Het was zijns inziens redelijk (en billijk) de panden, met uitzondering van het pand waar de man toentertijd woonde, aan de vrouw toe te scheiden, alsmede de op die panden rustende hypothecaire schulden, onder de voorwaarde dat de man uit de hoofdelijke aansprakelijkheid zou worden ontslagen en onder bepaling dat de vrouw aan de man de helft van het saldo van de waarden van de aan haar toegescheiden panden minus de op die panden betrekking hebbende hypothecaire schulden zou voldoen. Deze voorwaarde en deze bepaling is vice versa ook opgelegd ten aanzien van het aan de man toegescheiden pand met de daarbij behorende hypothecaire geldlening.

In de uitspraak van het Hof Den Bosch van 1 april 2008[907] was de echtelijke woning gemeenschappelijk eigendom van partijen. Zij wensten deze woning te verkopen en hadden daartoe in eerste aanleg elk gevorderd de ander te veroordelen tot medewerking daaraan. De vrouw, die leed aan een ernstige vorm van reuma en die daardoor was gebonden aan een elektrische rolstoel en als gevolg daarvan aan speciale voorzieningen in de woning, had daarnaast gevorderd haar medewerking alleen te moeten verlenen onder voorwaarde dat zij een andere passende woonruimte geleverd zou hebben gekregen, welke vordering door de rechtbank was afgewezen. In het onderhavige geval is zij hiertegen in hoger beroep gekomen. Naar het oordeel van het hof kon dit beroep

906 **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657.
907 **Hof Den Bosch 1 april 2008**, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD1349.

niet slagen. Ter onderbouwing van dit oordeel heeft het hof vooropgesteld dat van de man niet kon worden verlangd dat hij met de vrouw in de onverdeeldheid bleef.[908] Ermee rekening houdend dat de man recht had op een zodanige voorziening dat er redelijke (en billijke) vooruitzichten bestonden op het einde van de onverdeeldheid, kon de vrouw, naar het oordeel van het hof, in redelijkheid (en billijkheid) niet een voorziening verlangen die afhankelijk was van haar medewerking. Toentertijd bestond er, zoals ook bleek uit het tijdsverloop sinds het uiteengaan van partijen, onvoldoende uitzicht om aan te nemen dat de vrouw de door de man verlangde medewerking binnen redelijke (en billijke) termijn vrijwillig zou hebben verleend. Bovendien betaalde de vrouw aan de man geen gebruikersvergoeding voor de woning. De vrouw kon haar fysieke gezondheid en de daarmee gepaard gaande problemen bij het vinden van andere woonruimte daarnaast niet meer als bezwaar aanvoeren. Zij had, gelet op het tijdsverloop sinds het uiteengaan van partijen en dat haar bevoegdheid tot het exclusieve gebruik en bewoning van de woning op grond van de echtscheidingsbeschikking was verstreken, voldoende tijd gehad om andere woonruimte te vinden, aldus het hof.

In de uitspraak van het Hof Amsterdam van 30 juni 2009[909] was de beschikking van de rechtbank door de vrouw bestreden, inhoudende dat de aan de hypotheek op de voormalige echtelijke woning gekoppelde levensverzekering ter voortzetting door iedere partij gesplitst diende te worden. Zij had gesteld dat dit, anders dan zij ter zitting in eerste aanleg had verklaard, onmogelijk was, nu de hypotheekverstrekker bij ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid van de man zou eisen dat de levensverzekering aan haar zou worden toegescheiden. De man had hiertegen ingebracht dat het voorgaande niet bleek uit de door de vrouw overgelegde stukken en dat afkoop van de levensverzekering voor hem ongunstig was, aangezien hij, ten gevolge van een wetswijziging na het afsluiten van de levensverzekering, belasting zou moeten betalen over de afkoopwaarde, terwijl uitkering bij het einde van de looptijd was vrijgesteld van belastingheffing. Het hof heeft geoordeeld dat de vrouw inderdaad niet had aangetoond dat het onmogelijk was om de levensverzekering te splitsen en heeft deze, in het licht van de in artikel 3:185 lid 1 BW vereiste (redelijkheid en) billijkheid bij de verdeling en gelet op het door de man aangetoonde financiële (fiscale) nadeel, niet aan de vrouw toegescheiden, maar heeft de beschikking van de rechtbank op dit punt bekrachtigd.

---

908 Zie artikel 3:178 lid 1 BW. Zie ook **Hof Den Bosch 28 februari 2006**, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4220, *RFR* 2006/79, met wenk; **MEIJER 2009**, p. 108-109; en **VAN MOURIK & SCHOLS 2015**, p. 82.

909 **Hof Amsterdam 30 juni 2009**, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ0972.

In de overige gevallen is geen lijn te ontdekken.[910] De redelijkheid en billijkheid speelde in deze gevallen een wisselende rol. In de uitspraak van het Hof Den Bosch van 28 september 2004[911] hadden partijen een echtscheidingsconvenant gesloten, waarin zij onder meer afspraken hadden gemaakt over de draagplicht van een aantal gemeenschappelijke schulden.[912] Onder die schulden vielen een doorlopend krediet bij de Finatabank en een persoonlijke lening bij dezelfde bank. Ten aanzien van deze schulden hadden partijen afgesproken dat zij ieder voor de helft draagplichtig waren. Om elk hun eigen deel van de schulden af te lossen, zouden zij ieder een nieuwe geldleningsovereenkomst aangaan, maar dit was hen beiden niet gelukt. Het echtscheidingsconvenant bevatte voor deze situatie echter geen regeling. Het hof heeft zich daarom gebaseerd op de *aanvullende* functie van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1 BW. Deze bracht naar zijn oordeel, overeenkomstig de strekking van het echtscheidingsconvenant, mee dat de vrouw gehouden kon worden haar deel van de schulden te voldoen door voor de helft bij te dragen aan de aflossingstermijnen. De man kon daarvan volgens het hof nakoming verlangen, ook vóórdat de helft van de totale schuld door hem was voldaan. De wettelijke regeling inzake de hoofdelijkheid van schulden maakte dit niet anders, aangezien het partijen vrij stond (intern) een afwijkende regeling te treffen.

In de uitspraak van het Hof Arnhem van 16 december 2008[913] ging het om een *uitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid*. In geschil was of de zogeheten toeslagrechten onderdeel uitmaakten van de leverings- en productierechten, waarop de meerwaardeclausule in de akte van levering *agrarisch registergoed* betrekking had. Het antwoord op deze vraag was relevant voor de verdeling, omdat de verplichting op grond van de meerwaardeclausule als laste van de huwelijksgoederengemeenschap daarin diende te worden betrokken. Bij de *uitleg* van de meerwaardeclausule is de *Haviltex*-maatstaf aangelegd. Op basis daarvan is het hof tot een bevestigende beantwoording van de hiervoor genoemde vraag gekomen. Bij toeslagrechten gaat het volgens het hof, net zo als bij de 'klassieke' productierechten, immers om van overheidswege aan de grondgebruiker verschafte faciliteiten, die

910 **Hof Den Bosch 28 september 2004**, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS5940; **Hof Arnhem 9 september 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635; **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954; **Hof Leeuwarden 31 maart 2009**, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI1406; en **Rb. Utrecht 13 februari 2008**, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD1963.

911 **Hof Den Bosch 28 september 2004**, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS5940.

912 Het hof zelf spreekt over 'verdeling', wat juridisch-technisch onjuist is. Zie ook **VAN MOURIK & SCHOLS 2015**, p. 65-66.

913 **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954.

rechtstreeks zijn verbonden aan de agrarische productie. De toeslagrechten waren daarnaast in verband met de bedrijfsbeëindiging verkocht aan de kopers.

Het Hof Leeuwarden heeft het er in zijn arrest van 31 maart 2009[914] voor gehouden dat partijen waren overeengekomen om in het kader van de verdeling van de in het tweede taxatierapport genoemde waarde van de echtelijke woning uit te gaan. Hoewel de vrouw nog aan deze overeenkomst gebonden werd geacht (zie de volgende paragraaf), heeft het hof het, gezien het tijdsverloop tussen de datum van ontbinding van het huwelijk en de datum waarop het bestreden vonnis is gewezen (ongeveer zeven en een half jaar), in strijd met de redelijkheid en billijkheid geacht wanneer de vrouw thans genoegen zou moeten nemen met slechts de helft van de in het tweede taxatierapport genoemde waarde van de echtelijke woning minus de schuld ter zake van de hypothecaire leningen. De man had het aandeel van de vrouw in de overwaarde namelijk onder zich gehouden totdat het bestreden vonnis was gewezen, waardoor hij voordelen heeft kunnen genieten, die de vrouw niet heeft kunnen verkrijgen, omdat zij niet over haar aandeel heeft kunnen beschikken. Ditzelfde gold voor haar aandeel in enige andere vermogensbestanddelen. Voor dit gemis heeft het hof een vergoeding ter hoogte van de wettelijke rente over het door de rechtbank vastgestelde overbedelingsbedrag[915] vanaf de datum van ontbinding van het huwelijk tot aan de datum van voldoening, in de gegeven feiten en omstandigheden, redelijk en billijk geacht. Dat de man sinds 1999 alle kosten verbonden aan de woning had voldaan, was voor het hof geen aanleiding anders te beslissen. Doordat het hof sprak over strijd met de redelijkheid en billijkheid, lijkt het in casu te gaan om de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, al kan, gelet op dat de vrouw nog gebonden werd geacht aan de overeenkomst, ook worden verdedigd dat op basis van de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid, naast het overeengekomene, een vergoedingsvordering was ontstaan (zie ook paragraaf 10.5).

De Rechtbank Utrecht heeft in haar vonnis van 13 februari 2008[916] het verweer van de kinderen van de ex-echtgenoten, en enige erfgenamen van de man verworpen, inhoudende dat de vordering van de vrouw tot betaling van de helft van de afkoopwaarde van de lijfrentepolis, de waarde van de beleggings- en spaarpolis en het saldo op de spaarloonrekening, althans nadere verdeling van die waarden bij helfte, in strijd was met de redelijkheid en billijkheid. De door de kinderen aangevoerde feiten en omstandigheden boden hiervoor volgens de rechtbank namelijk onvoldoende grond. Dat de man financieel flink had bijgedragen in de kosten van het betrekken van een woning door de vrouw

914 **Hof Leeuwarden 31 maart 2009**, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI1406.

915 Minus de (nominale) vergoedingsvordering van de man op de vrouw wegens betaling van een eigen schuld van de vrouw.

916 **Rb. Utrecht 13 februari 2008**, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD1963.

bracht, naar het oordeel van de rechtbank, ook als de man zichzelf daarmee had benadeeld, niet mee dat de hiervoor genoemde, overgeslagen boedelbestanddelen[917] niet meer hoefden te worden verdeeld. Hetzelfde had volgens de rechtbank te gelden voor het feit dat de vrouw een bedrag van een gezamenlijke spaarrekening naar een gezamenlijke privérekening had laten overschrijven. Dit had zij namelijk laten doen vóór de peildatum van de omvang van de huwelijksgoederengemeenschap, zodat dit voor de verdeling niet relevant was.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0748	Aanvulling	●	●			●		
HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4202	Aanvulling en correctie	●	●				●	
Hof Den Bosch 30 september 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:BC2780	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie					●		
Hof Den Bosch 30 september 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:BC2780	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie					●	●	
Hof Den Bosch 30 september 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:BC2780	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie			●				
Hof Den Bosch 30 september 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:BC2780	Geen juridische betekenis						●	
Hof Den Bosch 28 september 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS5940	Aanvulling	●	●					
Hof Den Haag 14 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie						●	
Hof Den Haag 14 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie			●				
Hof Den Bosch 1 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD1349	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie			●			●	

917 Zie artikel 3:179 lid 2 BW.

Uitspraak	Materiële functie of andere rol	Type onderbouwing						
		Bronnen	Context	Belangen	Hulpmiddelen	Procesrecht	Restcategorie	Niet gemotiveerd
Hof Arnhem 16 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954	Uitleg	●			●			
Hof Leeuwarden 31 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI1406	Correctie		●	●			●	
Hof Amsterdam 30 juni 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ0972	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie	●		●		●		
Rb. Utrecht 13 februari 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD1963	Correctie		●				●	

Tabel 10.15: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij verdeling

Toelichting bij tabel 10.15
In de feitenuitspraken uit de inhoudsanalyse over verdeling lijkt de redelijkheid en billijkheid in het merendeel van de gevallen te hebben verwezen naar de rechterlijke dispositie. Hiermee samenhangend is het type onderbouwing *belangen* in deze gevallen het vaakst waargenomen.

10.14 Peildatum

Eén geschilpunt ging over de peildatum voor de samenstelling en omvang van de huwelijksgoederengemeenschap,[918] 21 geschilpunten betroffen de peildatum voor de waardebepaling van (een) te verdelen goed(eren)[919] en één geschilpunt

918 **Hof Amsterdam 24 februari 2009**, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH8955.

919 **HR 22 september 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7205; **HR 12 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3697, *AA*20020163, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers; *NJ* 2003/534, m.nt. W.M. Kleijn; **HR 26 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695, *NJ* 2002/93, m.nt. W.M. Kleijn; **HR 24 oktober 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AL7035; **HR 27 februari 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AN9689; **HR 8 december 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AZ0760, *RFR* 2007/16, met wenk; **HR 19 januari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ1106, *JPF* 2007/56, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2007/41, met wenk; **Hof Den Haag 27 september 2000**, ECLI:NL:GHSGR:2000:AA9929; **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5063, *RFR* 2009/71, met wenk; **Hof Arnhem 16 december 200**8, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954; **Hof Leeuwarden 31 maart 2009**, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI1406; **Hof Amsterdam 27 juli 2010**, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN4444, *RFR* 2010/113, met wenk; **Hof**

handelde over de peildatum voor de samenstelling en omvang van het te verrekenen vermogen.[920] Deze peildata worden hierna achtereenvolgens besproken.

In de beschikking van het Hof Amsterdam van 24 februari 2009[921] ging het om de vraag of de door de man verrichte betaling betreffende de auto, die vóór de peildatum voor de samenstelling en omvang van de huwelijksgoederengemeenschap[922] feitelijk (alleen) door de vrouw was gebruikt, in de verdeling diende te worden betrokken. Het hof heeft hiervoor, net als voor de overige betalingen die vóór deze peildatum waren verricht, op grond van de redelijkheid en billijkheid geen aanleiding gezien. Deze betalingen waren namelijk al verdisconteerd in de verdeelde eindsaldi van de diverse rekeningen.

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad geldt dat ter bepaling van de waarde van een bij de verdeling van (een) tot de gemeenschap behorend(e) goed(eren) in beginsel moet worden uitgegaan van de waarde ten tijde van de verdeling.[923] Wanneer de verdeling op voet van artikel 3:185 BW door de rechter wordt vastgesteld, benadert de datum van diens uitspraak, volgens de Hoge Raad in zijn beschikking van 22 september 2000,[924] het dichtst het tijdstip van de verdeling, zodat deze datum het meest in aanmerking komt als peildatum. Indien in hoger beroep wordt opgekomen tegen deze verdeling − en niet, zoals in het onderhavige geval, uitsluitend tegen *de waardebepaling* van enkele goederen −, en de rechter aldus in hoger beroep opnieuw een beslissing over de verdeling moet geven, moet de datum van de uitspraak van de

---

Den Haag 23 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2478, *RFR* 2011/98, met wenk; **Hof Den Haag 26 oktober 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU5848;, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU8035; **Rb. Den Haag 27 oktober 2005**, ECLI:NL: RBSGR:2005:AU8035; **Rb. Den Bosch 17 oktober 2007**, ECLI:NL:RBSHE:2007: BB5726 (3x); **Rb. Breda 2 december 2009**, ECLI:NL:RBBRE:2009:BO7865; **Rb. Zutphen 28 december 2011**, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248; en **Rb. Zutphen 27 juni 2012**, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4300, *FJR* 2012/87, m.nt. C. de Bie-Koopman.

920 **HR 10 juli 2009**, ECLI:NL:HR:2009:BI4387, *AA*20090654, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2009/123, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2009/124, m.nt. B.E. Reinhartz; *NJ* 2009/377, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2009/106, met wenk.

921 **Hof Amsterdam 24 februari 2009**, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH8955.

922 Uit de uitspraak blijkt niet welke datum is gekozen.

923 De Hoge Raad heeft hiervoor in zijn beschikking van 12 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3697, *AA*20020163, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers; *NJ* 2003/534, m.nt. W.M. Kleijn en in zijn arrest van 24 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7035 verwezen naar zijn eerdere jurisprudentie van 17 april 1998, *NJ* 1999/550 (*Vaststelling van de wijze van verdeling*) (en van 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7205). In zijn beschikking van 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0760, *RFR* 2007/16, met wenk heeft de Hoge Raad verwezen naar zijn arrest van 12 februari 1999, *NJ* 1999/551, m.nt. W.M. Kleijn.

924 **HR 22 september 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7205.

appèlrechter als peildatum worden aangemerkt.[925] Het maakt hierbij niet uit of de appèlrechter de verdelingsbeslissing van de rechter in eerste aanleg bekrachtigt of vernietigt. De uitspraak van de appèlrechter is wat de verdeling betreft immers constitutief, aldus A-G BAKELS in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 1999.[926] Indien daarentegen geen grieven zijn gericht tegen *de verdeling zelf*, heeft aldus de datum van de uitspraak van de rechter in eerste aanleg als peildatum te gelden. Of de rechter in eerste aanleg de waarde van de te verdelen goederen heeft vastgesteld, is hierbij volgens de Hoge Raad niet relevant.[927]

In zijn beschikking van 26 oktober 2001[928] heeft de Hoge Raad meer specifiek gesproken over de datum van de *feitelijke* verdeling. Hieruit volgde volgens *NJ*-annotator KLEIJN dat, als de datum van de juridische en de feitelijke verdeling niet samenvallen, de datum van de feitelijke verdeling, 'd.w.z. wanneer het goed op dit moment ter vrije feitelijke beschikking komt van de echtgenoot, die als verkrijger door partijen wordt beschouwd',[929] als uitgangspunt moet worden genomen.[930]

Van de hiervoor genoemde hoofdregel, dat de datum van de *feitelijke* verdeling als peildatum voor de waardebepaling van een te verdelen goed heeft te gelden, dient volgens vaste jurisprudentie te worden afgeweken indien partijen een andere peildatum zijn overeengekomen of op grond van de redelijkheid en billijkheid moet worden aanvaard. Partijen moeten voldoende argumenten aanvoeren ter onderbouwing van dit laatste. Het oordeel of dit is gebeurd, wordt aan de feitenrechter overgelaten.[931] De feitenrechter is niet gehouden ambtshalve te motiveren waarom op grond van de redelijkheid en billijkheid niet van een andere datum moet worden uitgegaan, aldus de Hoge Raad.[932]

Partijen waren in de uitspraken uit de inhoudsanalyse drie keer een afwijkende peildatum overeengekomen, terwijl een van partijen had gesteld dat zij daar op grond van de redelijkheid en billijkheid niet aan kon worden

925 **HR 19 januari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ1106, *JPF* 2007/56, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2007/41, met wenk.
926 Conclusie van A-G F.B. Bakels, o. 2.8-2.9 voor **HR 12 februari 1999**, *NJ* 1999/551, m.nt. W.M. Kleijn.
927 **HR 22 september 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7205.
928 **HR 26 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695, *NJ* 2002/93, m.nt. W.M. Kleijn.
929 Noot van W.M. Kleijn onder **HR 26 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695, *NJ* 2002/93, onder 5.
930 Noot van W.M. Kleijn onder **HR 26 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695, *NJ* 2002/93, onder 5.
931 Zie **HR 22 september 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7205.
932 **HR 26 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695, *NJ* 2002/93, m.nt. W.M. Kleijn.

gehouden, zij het tevergeefs.[933] In de eerste twee gevallen[934] waren de aangevoerde feiten en omstandigheden niet als zodanig bijzonder aangemerkt dat deze een terzijdestelling van de overeengekomen peildatum rechtvaardigden. In het laatste geval[935] was het naar het oordeel van het hof aan de man zelf te wijten dat de financiering van de toescheiding van de echtelijke woning aan hem niet eerder, toen de woning nog voor een hoger bedrag was getaxeerd, was geregeld.

In vijf, hierna te bespreken gevallen is op grond van de redelijkheid en billijkheid afgeweken van de hoofdregel voor de peildatum ter bepaling van de waarde van een bij de verdeling van (een) tot de gemeenschap behorend(e) goed(eren).[936] In de uitspraak van de Hoge Raad van 12 oktober 2001[937] ging het over de waardebepaling van het maatschapsaandeel van de man (een medisch specialist) dat bestond in de waarde van de goodwill. Het hof waar de zaak diende had geoordeeld dat de waarde daarvan moest worden bepaald naar de datum waarop de netto vergoeding ter zake van de goodwill aan de man zou worden uitgekeerd, omdat deze niet bepaalbaar was op het moment dat aan het hof een beslissing over de verdeling was gevraagd. Volgens de Hoge Raad had het hof hiermee tot uitdrukking gebracht dat een deugdelijke en betrouwbare waardebepaling van de goodwill, in verband met alle toekomstige onzekerheden, niet mogelijk was. Hierbij had het hof, naar men volgens de Hoge Raad mocht aannemen, mede gewicht toegekend aan de omstandigheid dat het hier ging om een onzekere bate, die niet spoedig liquide kon worden gemaakt. De Hoge Raad heeft dit oordeel niet onbegrijpelijk geacht. Bovendien gaf de beslissing van het hof zijns inziens, rekening houdend met de vrijheid die de rechter op voet van artikel 3:185 lid 1 BW bij de vaststelling van de verdeling

933 **Hof Leeuwarden 31 maart 2009**, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI1406; **Hof Amsterdam 27 juli 2010**, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN4444, *RFR* 2010/113, met wenk; en **Hof Den Haag 23 februari 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2478, *RFR* 2011/98, met wenk. Zie ook **HR 19 januari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ1106, *JPF* 2007/56, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2007/41, met wenk en **BREEDERVELD 2008**, p. 465.

934 **Hof Leeuwarden 31 maart 2009**, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI1406 en **Hof Amsterdam 27 juli 2010**, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN4444, *RFR* 2010/113, met wenk.

935 **Hof Den Haag 23 februari 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2478, *RFR* 2011/98, met wenk.

936 **HR 12 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3697, *AA*20020163, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers; *NJ* 2003/534, m.nt. W.M. Kleijn; **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5063, *RFR* 2009/71, met wenk; **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954; **Rb. Den Bosch 17 oktober 2007**, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726; en **Rb. Zutphen 28 december 2011**, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248.

937 **HR 12 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3697, *AA*20020163, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers; *NJ* 2003/534, m.nt. W.M. Kleijn.

van een gemeenschap heeft en de mogelijkheid de waarde van de te verdelen goederen naar een ander tijdstip dan dat van de verdeling te bepalen, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was deze beslissing toereikend gemotiveerd. *NJ*-annotator KLEIJN heeft de redelijkheid en billijkheid van de verschuiving van deze peildatum echter in twijfel getrokken.[938] De maat/debiteur had de datum waarop de netto vergoeding ter zake van de goodwill aan hem zou worden uitgekeerd volgens KLEIJN namelijk in ruime mate in eigen hand − zeker nu niet werd gerept over mogelijke indirecte goodwill-uitkeringen −, wat zich niet goed zou verhouden tot de opvatting dat het maatschapsaandeel van de man tot de huwelijksgoederengemeenschap behoorde. Beter ware het zijns inziens geweest als de waarde van de goodwill op het moment van toescheiding van het maatschapsaandeel aan de man zou zijn vastgesteld, maar dat de vrouw, met het oog op de continuïteit van de maatschap, eerst op termijn betaling zou kunnen verlangen van de vordering wegens onderbedeling op de man.

Het Hof Arnhem is in zijn arrest van 16 december 2008[939] voor de waardebepaling van de voormalige echtelijke woning, in plaats van de datum van de verdeling, uitgegaan van de eerder gelegen datum van de ontbinding van het huwelijk tussen partijen. Partijen hadden zich volgens het hof namelijk gedragen alsof de tussen hen bestaande huwelijksgoederengemeenschap na de echtscheiding reeds geheel was afgewikkeld (zie ook paragraaf 10.2).

Op dezelfde uitspraakdatum is dit hof in een andere zaak[940] ter bepaling van de waarde van twee agrarische bedrijven op grond van de redelijkheid en billijkheid uitgegaan van een zo dicht mogelijk bij de datum van levering van deze bedrijven liggend tijdstip. De vrouw had volgens het hof namelijk gesteld dat, nu niet de toescheiding van de activa en passiva van de bedrijven in geschil was, maar slechts de waardebepaling daarvan, als peildatum op zijn laatst de datum van het eindvonnis van de rechtbank diende te worden gehanteerd. Daaruit zou aldus niet op te maken zijn geweest dat zij tegen het hanteren van de voor dit eindvonnis gelegen datum was. Dit zou zeker hebben gegolden nu volgens haar toescheiding van beide bedrijven achterhaald was.

De Rechtbank Den Bosch is op 17 oktober 2007[941] alleen voor de waardebepaling van de auto,[942] een verbruiksgoed, afgeweken van de hoofdregel dat ter bepaling van de waarde van (een) tot de gemeenschap behorend(e)

938 Noot van W.M. Kleijn onder **HR 12 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3697, *NJ* 2003/534, onder 2 (*AA*20020163, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers).

939 **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5063, *RFR* 2009/71, met wenk.

940 **Hof Arnhem 16 december 200**8, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954.

941 **Rb. Den Bosch 17 oktober 2007**, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726.

942 Voor de waardebepaling van de woning en de aandelen ABN AMRO is de rechtbank uitgegaan van de hoofdregel.

goed(eren) moet worden uitgegaan van de waarde ten tijde van de verdeling. Zij is, in plaats van de latere datum van de verdeling, uitgegaan van de waarde ten tijde van het uiteengaan van partijen. Als reden hiervoor is genoemd dat uitsluitend de vrouw vanaf toen de auto heeft gebruikt en de waarde van de auto sindsdien is verminderd, terwijl de vrouw geen vergoeding betaalde voor het alleengebruik van de auto aan de man.

In het arrest van de Rechtbank Zutphen van 28 december 2011[943] is, tot slot, van de hoofdregel afgeweken wat betreft de auto, de spaarrekeningen en verzekeringen, de woning en de kapitaalverzekering die daaraan gekoppeld was. Voor de auto is van een andere datum dan de verdeling uitgegaan, te weten de datum waarop de financiële huishouding van partijen was gescheiden, omdat de vrouw bij uitsluiting van de man het feitelijk gebruik daarvan had gehad vanaf het moment dat partijen gescheiden wonen.[944] Ook voor de spaarrekeningen en verzekeringen is bij deze datum aangeknoopt, nu de vrouw daarin nadien niet meer had ingelegd. Ten aanzien van de woning en de daaraan gekoppelde kapitaalverzekering is uitgegaan van de datum van overname, dan wel van verkoop en levering van de woning. Als reden hiervoor is gegeven dat de man tot dat moment alle lasten daarvan droeg en de vrouw dientengevolge tot het moment van overname, dan wel overdracht geen partneralimentatie en minder kinderalimentatie zou ontvangen. Daar kwam bij dat de woning met een hypotheek was bezwaard. Op deze wijze zouden beide partijen meedelen in het voor- en nadeel van eventuele waardeschommelingen van de woningmarkt.

In dertien gevallen is de waarde volgens de hoofdregel bepaald tegen de datum van de verdeling, omdat geen redenen aanwezig werden geacht om daarvan af te wijken.[945] Desondanks lijken uit twee van deze gevallen[946] de volgende lessen te kunnen worden getrokken. Het verspillen van gemeenschapsgoederen kan een argument zijn om een afwijkende peildatum te hanteren ter

943 **Rb. Zutphen 28 december 2011**, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248.

944 Zie ook **Rb. Den Bosch 17 oktober 2007**, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726.

945 **HR 22 september 2000**, ECLI:NL:HR:2000:AA7205; **HR 26 oktober 2001**, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695, *NJ* 2002/93, m.nt. W.M. Kleijn; **HR 24 oktober 2003**, ECLI:NL:HR:2003:AL7035; **HR 27 februari 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AN9689; **HR 8 december 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AZ0760, *RFR* 2007/16, met wenk; **HR 19 januari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ1106, *JPF* 2007/56, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2007/41, met wenk; **Hof Den Haag 27 september 2000**, ECLI:NL:GHSGR: 2000:AA9929; **Hof Den Haag 26 oktober 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU5848; **Rb. Den Haag 27 oktober 2005**, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU8035; **Rb. Den Bosch 17 oktober 2007**, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726 (wat betreft de waardebepaling van de woning en de aandelen ABN AMRO); **Rb. Breda 2 december 2009**, ECLI:NL:RBBRE:2009:BO7865; en **Rb. Zutphen 27 juni 2012**, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4300, *FJR* 2012/87, m.nt. C. de Bie-Koopman.

946 **Rb. Den Haag 27 oktober 2005**, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU8035 en **Rb. Den Bosch 17 oktober 2007**, ECL:NL:RBSHE:2007:BB5726.

zake van bankrekeningen. Daarnaast is het ten aanzien van een gezamenlijke woning verdedigbaar dat beide partijen normaal gesproken meedelen in de waardestijging daarvan tot aan de datum van de verdeling, omdat zij hun aandeel daarin tot aan die datum niet anders kunnen beleggen.

Als peildatum voor de samenstelling en omvang van het te verrekenen vermogen heeft volgens de Hoge Raad in zijn beschikking van 10 juli 2009,[947] ingevolge artikel 1:141 lid 2 jo. 1:142 lid 1, aanhef en onder b BW, behoudens andersluidende schriftelijke overeenkomst, het tijdstip van indiening van het verzoek tot echtscheiding te gelden. Het zou dan ook onjuist, althans onbegrijpelijk zijn dat het hof de peildatum in redelijkheid (en billijkheid) had bepaald op het tijdstip waarop partijen feitelijk uit elkaar waren gegaan. Onduidelijk is of hieruit moet worden afgeleid dat er nooit ruimte is voor een afwijkende datum op grond van de redelijkheid en billijkheid, of dat de reden die het hof had gegeven, te weten dat na het feitelijk uiteengaan van partijen geen sprake meer zou zijn geweest van enig voor verrekening in aanmerking komend onverteerd vermogen, niet voldoende was. Dit eerste lijkt echter onwaarschijnlijk, aangezien een periodiek verrekenbeding geen goederenrechtelijke werking heeft.[948]

In alle hiervoor genoemde gevallen lijkt de redelijkheid en billijkheid te zijn gebruikt in haar corrigerende functie. Het ging immers steeds over de vraag of een uitzondering moest worden gemaakt op de peildatum die geldt krachtens overeenkomst, vaste jurisprudentie of wet. De hoge drempel van *onaanvaardbaarheid* is door de rechterlijke instanties echter (ingeval de redelijkheid en billijkheid daadwerkelijk in deze functie is gebruikt: ten onrechte) geen enkele keer expliciet aangelegd. Ingeval een uitzondering op de hoofdregel van vaste jurisprudentie wordt verlangd, zouden een des te strikter toetsingscriterium en des te hogere motiveringseisen mogen worden gesteld, aangezien ook de door de jurisprudentie ontwikkelde hoofdregel zelf op de redelijkheid en billijkheid lijkt te zijn gegrond.[949] Gelet op de gebruikte formuleringen ('eisen van de redelijkheid en billijkheid'; 'voortvloeit'; etc.), kan echter ook worden verdedigd dat de uitzondering op de hoofdregel eveneens op de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid berust. Het gevolg van deze opvatting zal wel zijn dat

947 **HR 10 juli 2009**, ECLI:NL:HR:2009:BI4387, *AA*20090654, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2009/123, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2009/124, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2009/31; *NJ* 2009/377, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2009/106, met wenk.

948 Zie ook **HR 20 december 2013**, ECLI:NL:HR:2013:2050, *JPF* 2014/24, m.nt. B.E. Reinhartz; *NJ* 2014/129, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2014/31, met wenk.

949 Zie conclusie van A-G T. Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2004:AR3636), o. 13 voor **HR 17 december 2004**, ECLI:NL:HR:2004:AR3636, *RFR* 2005/15, met wenk en **BREEDERVELD 2008**, p. 468.

een uitzondering sneller aanwezig moet worden geacht dan ingeval deze zou berusten op de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid.

Ten aanzien van de peildatum voor de waardebepaling van (een) te verdelen goed(eren) is interessant dat BREEDERVELD in zijn proefschrift heeft gesteld dat hij, anders dan de Hoge Raad, niet voor alle goederen van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap − aangenomen wordt *in beginsel* − de datum van de verdeling als peildatum voor de waardebepaling van een te verdelen goed in aanmerking wil nemen.[950] Hij wil dit *slechts* doen voor goederen waarvan de waarde niet in overwegende mate door het gebruik (categorie 2) wordt beïnvloed. Voor de andere drie door hem onderscheiden categorieën zou op grond van de redelijkheid en billijkheid een andere dag als peildatum dienen te gelden. Ten eerste zou voor goederen waarvan de waarde in overwegende mate door het gebruik wordt beïnvloed (categorie 1) de dag dat één van de echtgenoten exclusief het duurzaam feitelijk gebruik van het goed heeft verkregen, dan wel de dag van de feitelijke verdeling ervan een redelijke (en billijke) peildatum zijn. Van deze afwijkende peildatum is, naar het lijkt op grond van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, ook twee keer uitgegaan in de uitspraken uit de inhoudsanalyse.[951] Ten tweede zou voor goederen die betrekking hebben op de (eigen) onderneming van een van de echtgenoten (categorie 3) de dag van ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap het meest in aanmerking komen. Dan is er nog een categorie (4) die wordt gevormd door goederen waarvan de opbouw van rechten na ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap doorloopt. Indien deze goederen zien op een oudedagsvoorziening, is de dag van echtscheiding volgens BREEDERVELD redelijk (en billijk). Indien deze daar geen betrekking op hebben, zou dit de (eerdere) datum van ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap zijn. De Rechtbank Zutphen lijkt een ander standpunt in te hebben genomen,[952] waar zij in haar beschikking van 28 december 2011[953] voor de spaarrekeningen en verzekeringen uit is gegaan van de datum waarop de financiële huishouding van partijen is gescheiden, en niet van de − naar alle waarschijnlijkheid *latere* − datum van ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap. Indien deze datum was gelegen voor de dag van ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap, had deze volgens BREEDERVELD nooit aangewezen mogen worden door de rechter.[954] De maatstaven van redelijkheid

950 **BREEDERVELD 2008**, p. 468-472.

951 **Rb. Den Bosch 17 oktober 2007**, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726 en **Rb. Zutphen 28 december 2011**, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248.

952 Zij het dat het hier lijkt te gaan om een uitzondering op de hoofdregel, en niet om een aparte hoofdregel voor dit soort goederen.

953 **Rb. Zutphen 28 december 2011**, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248.

954 **BREEDERVELD 2008**, p. 301 en p. 467.

en billijkheid zouden, vanwege de aan de huwelijksgoederengemeenschap verbonden objectieve lotsverbondenheid, namelijk geen rol spelen in de rechtsverhouding tussen de echtgenoten onderling zolang de huwelijksgoederengemeenschap bestaat. Dit standpunt kan echter in twijfel worden getrokken. Anders dan bij de vaststelling van de samenstelling en omvang van de gemeenschap,[955] worden derden namelijk niet direct geraakt door de omstandigheid dat bij de *waardebepaling* uit wordt gegaan van een eerdere datum dan de datum van ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap.

Deze studie zou, in samenhang met de categorisering van BREEDERVELD, een mooi startpunt kunnen zijn bij het ontwerpen van een specifieke (wettelijke) regeling hieromtrent, waaraan, gelet op de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, behoefte lijkt te bestaan.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
Hof Amsterdam 24 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH8955	Correctie						●	
HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7205	Correctie	●				●		
HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3697	Correctie	●				●	●	
HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695	Correctie	●	●			●		
HR 24 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7035	Correctie	●				●		
HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9689	Correctie					●		

955 Zie **HR 20 december 2013**, ECLI:NL:HR:2013:2050, *JPF* 2014/24, m.nt. B.E. Reinhartz; *NJ* 2014/129, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2014/31, met wenk.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0760	Correctie	●					●	
HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1106	Correctie	●				●		
Hof Den Haag 27 september 2000, ECLI:NL:GHSGR:2000:AA9929	Correctie	●						
Hof Arnhem 16 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5063	Correctie	●	●					
Hof Arnhem 16 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954	Correctie	●					●	
Hof Leeuwarden 31 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI1406	Correctie							●
Hof Amsterdam 27 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN4444	Correctie						●	
Hof Den Haag 23 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2478	Correctie	●	●			●	●	
Hof Den Haag 26 oktober 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU5848	Correctie	●						
Rb. Den Haag 27 oktober 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU8035	Correctie	●				●	●	
Rb. Den Bosch 17 oktober 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726	Correctie		●				●	
Rb. Den Bosch 17 oktober 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726	Correctie						●	
Rb. Den Bosch 17 oktober 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726	Correctie						●	
Rb. Breda 2 december 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BO7865	Correctie	●						
Rb. Zutphen 28 december 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248	Correctie	●					●	
Rb. Zutphen 27 juni 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4300	Correctie	●				●		
HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4387	Correctie	●					●	

Tabel 10.16: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij peildatum

Toelichting bij tabel 10.16
In de uitspraken uit de inhoudsanalyse over peildata lijkt de redelijkheid en billijkheid steevast te zijn gebruikt in haar corrigerende functie. Ter motivering van een af- of toewijzing daarvan is het vaakst verwezen naar *bronnen*, met name naar vaste rechtspraak. Daarnaast is ook vaak een argument aangewend dat tot het type *restcategorie* is gerekend.

10.15 Waardebepaling

Dertien geschilpunten gingen over de waardebepaling van een goed[956] of een correctie daarop,[957] vier over de waardebepaling van (aandelen van) een onderneming[958] en één over de vaststelling van de hoogte van een schuld die bij echtscheiding in een vermogensverdeling of -verrekening diende te worden betrokken.[959]

In de eerstgenoemde gevallen hebben de rechterlijke instanties de waarde van de goederen bepaald op basis van een redelijke en billijke, oftewel een zo goed mogelijke, schatting van de waarde daarvan in het vrije economische verkeer.[960] Dat de prijs waartegen het goed overdraagbaar is als

956 **Hof Den Bosch 18 april 2006**, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW9576; **Hof Den Haag 19 april 2006**, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780; **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk; **Hof Arnhem 29 mei 2007**, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520, *RFR* 2007/97, met wenk; **Hof Arnhem 9 september 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635; **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176; **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954; **Hof Den Haag 16 februari 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU1416; **Rb. Den Haag 27 oktober 200**5, ECLI:NL: RBSGR:2005:AU8035 (2x); **Rb. Middelburg 6 december 2006**, ECLI:NL: RBMID:2006:BP4662; en **Rb. Den Haag 20 juli 2011**, ECLI:NL:RBSGR:2011: BT2473.

957 **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954.

958 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*); **Hof Amsterdam 24 februari 2009**, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH8955; **Hof Leeuwarden 7 juli 2009**, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ2204; en **Rb. Assen 25 augustus 2004**, ECLI:NL:RBASS:2004:AR3400.

959 **Hof Den Bosch 18 april 2006**, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW9576.

960 **Hof Den Bosch 18 april 2006**, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW9576; **Hof Den Haag 19 april 2006**, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780; **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk; **Hof Arnhem 29 mei 2007**, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520, *RFR* 2007/97, met wenk; **Hof Arnhem 9 september 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635; **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176; **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954; **Hof Den Haag 16 februari 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU1416; **Rb. Den Haag 27 oktober 2005**, ECLI:NL: RBSGR:2005:AU8035; **Rb. Middelburg 6 december 2006**, ECLI:NL:RBMID: 2006:BP4662; en **Rb. Den Haag 20 juli 2011**, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2473.

uitgangspunt heeft te gelden voor de waardebepaling van een goed lijkt derhalve gemeengoed te zijn. Gelet op het toepassingsbereik van dit uitgangspunt, is het vreemd dat dit − alsook de uitzonderingen daarop − niet wettelijk is neergelegd. De rechterlijke instanties zijn in de hiervoor genoemde gevallen bij de schatting van deze waarde afgegaan op de door partijen ter beschikking gestelde gegevens. Het is echter meerdere keren[961] voorgekomen dat een partij de door haar gestelde waarde of het door haar gestelde bezwaar tegen de waardebepaling niet of niet voldoende had onderbouwd. De Rechtbank Middelburg heeft zich in haar vonnis van 6 december 2006,[962] naast gevalspecifieke argumenten, gebaseerd op het feit van algemene bekendheid dat gebruikte inboedelgoederen nauwelijks waarde vertegenwoordigen. Ook het gedrag van een van partijen lijkt mee te kunnen spelen bij de waardebepaling. Zo heeft het Hof Den Haag in zijn beslissing van 16 februari 2011[963] meegenomen dat de waarde van de inboedel niet meer via taxatie was vast te stellen, omdat de man na zijn verhuizing alle inboedelgoederen uit de woning had verwijderd en de vrouw hiervan niets had ontvangen. In één geval[964] heeft het hof simpelweg de middenweg gekozen: het gemiddelde van de door partijen gestelde waarde van de 34 te verdelen stukjes goud. In één van deze gevallen[965] lijkt de redelijkheid en billijkheid echter niet te hebben verwezen naar de rechterlijke dispositie, *het maken van een zo goed mogelijke schatting*, maar naar de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid. De man had zich in dit geval *in eerste aanleg* op het standpunt gesteld dat de waarde van de tot de agrarische bedrijven behorende cultuurgronden diende te worden bepaald naar de waarde in verpachte staat. Hij had hierbij verwezen naar de *verklaring echtgenote koper*. Volgens het hof was de ratio van deze verklaring, blijkens de tekst daarvan, het belang van de continuïteit van de agrarische onderneming bij een eventuele echtscheiding tussen partijen. Het zou, gelet op dat de agrarische onderneming niet langer werd geëxploiteerd en de inbreng in de kavelruil vrij van pacht was geschied, echter in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn indien het hof de door de man in eerste aanleg gestelde waarde zou overnemen.[966]

---

961 **Hof Den Bosch 18 april 2006**, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW9576; **Hof Arnhem 7 november 2006**, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk; **Hof Arnhem 29 mei 2007**, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520, *RFR* 2007/97, met wenk; **Hof Leeuwarden 16 september 2008**, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176; **Hof Den Haag 16 februari 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU1416; en **Rb. Den Haag 27 oktober 2005**, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU8035.

962 **Rb. Middelburg 6 december 2006**, ECLI:NL:RBMID:2006:BP4662.

963 **Hof Den Haag 16 februari 2011**, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU1416.

964 **Hof Den Haag 19 april 2006**, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780.

965 **Hof Arnhem 16 december 2008**, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954.

966 Ook de man zelf zou in hoger beroep echter zijn uitgaan van de waarde waartegen de gronden met toebehoren waren ingebracht in de kavelruil.

Vier gevallen betroffen, zoals gezegd, de waardebepaling van (aandelen van) een onderneming.[967] De Hoge Raad heeft in zijn beschikking *Vissersbedrijf*[968] bepaald dat geen algemeen geldende maatstaf is te geven voor de waardebepaling van incourante aandelen,[969] omdat de waardebepaling daarvan afhankelijk zou zijn van de bijzondere feiten en omstandigheden van het geval. Dit heeft zijns inziens tot gevolg dat de keuze en toepassing van de gekozen maatstaf in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst, nu deze berusten op de keuze en waardering van de feitenrechter. Wel zouden deze in cassatie met motiveringsklachten kunnen worden bestreden. Tegen deze achtergrond had het hof waar de zaak diende geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bij de waardebepaling van de aandelen betekenis toe te kennen aan de beslissing van de man dat hij niet voornemens was het vissersbedrijf te staken, aldus de Hoge Raad. BORINGA & LANKESTER, die gezamenlijk een accountantsmaatschap voeren, die onder andere is gespecialiseerd in de financiële afwikkeling van alimentatiezaken en boedelverdelingen,[970] vonden het onbegrijpelijk dat in het onderhavige geval is vastgehouden aan de continuïteitsgedachte, nu economisch rationeel bekeken het voortzetten van het vissersbedrijf ogenschijnlijk geen logische keuze was.[971] Daarnaast is het oordeel van het hof om in het kader van de afrekening tussen partijen uit te gaan van de door de deskundige vastgestelde rentabiliteitswaarde, en niet van het volgens de *discounted cash flow* (hierna: DCF-)methode berekende bedrag, door de vrouw met motiveringsklachten bestreden, zij het tevergeefs. Volgens de Hoge Raad was het hof, in het licht van het debat van partijen in de feitelijke instanties, niet gehouden (nader) te motiveren waarom hij het voorgaande redelijk (en billijk, lees: passend) had geacht. Ook dit oordeel was volgens BORINGA & LANKESTER opmerkelijk.[972] Als enig argument om de waarde van de onderneming gelijk te stellen aan de rentabiliteitwaarde is de continuïteit van het vissersbedrijf genoemd, wat echter ook het uitgangspunt van de DCF-methode is, en waarover tussen financieel deskundigen consensus zou bestaan dat het de beste benadering geeft van de waarde van een onderneming bij continuïteit.

---

967 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*); **Hof Amsterdam 24 februari 2009**, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH8955; **Hof Leeuwarden 7 juli 2009**, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ2204; en **Rb. Assen 25 augustus 2004**, ECLI:NL:RBASS:2004:AR3400.

968 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*).

969 Anders **Rb. Assen 25 augustus 2004**, ECLI:NL:RBASS:2004:AR3400.

970 https://www.b-l.nl/specialismen/financieel-advies-bij-echtscheiding/.

971 **BORINGA & LANKESTER, *EB* 2001, afl. 9**, p. 124.

972 **BORINGA & LANKESTER, *EB* 2001, afl. 9**, p. 124.

Om reden dat er keuzes moeten worden gemaakt ten aanzien van de methode van waardebepaling en de uitgangspunten die daarbij worden genomen, heeft het Hof Leeuwarden in zijn arrest van 7 juli 2009[973] vooropgesteld dat de waardebepaling van een onderneming altijd een zekere mate van subjectiviteit in zich draagt. Bij de waardebepaling van de aandelen van een onderneming zou het volgens het hof te doen gebruikelijk zijn om acht te slaan op de resultaten van de laatste drie jaren. Wanneer zich echter bijzondere feiten en omstandigheden voordoen, zoals volgens het hof in het onderhavige geval, bestaat er aanleiding om verder terug te gaan in de tijd. De naar mening van het hof goed gemotiveerde keuze van de deskundige om de resultaten van een jaar verder terug mee te nemen bij de waardebepaling, kon het hof, zoals het zelf zei, dan ook billijken. Met deze laatste term leek het hof niets anders te zeggen dan dat het deze keuze kon volgen en verdedigen. *Billijken* lijkt in dit geval derhalve te zijn gebruikt als een verwijzing naar de rechterlijke dispositie.

De Rechtbank Assen heeft in haar vonnis van 25 augustus 2004[974] – anders dan de Hoge Raad in zijn beschikking *Vissersbedrijf*[975] ten aanzien van incourante aandelen heeft opgemerkt – geoordeeld dat voor de waardebepaling van een onderneming wel een algemeen uitgangspunt geldt, te weten de waarde in het economische verkeer. De rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten zou echter onder omstandigheden met zich mee kunnen brengen dat van een andere waarde moet worden uitgegaan. Dergelijke omstandigheden, die zouden zijn gelegen in de maatschappelijke aanvaardbaarheid, dan wel in de redelijkheid en billijkheid zouden zien op de continuïteit van de onderneming. In het onderhavige geval was er volgens het hof, vanwege het feit dat de onderneming was geliquideerd, anders dan om reden(en) gelegen in het verrekenbeding, echter geen aanleiding voor een *correctie* van de regel van vaste jurisprudentie dat als maatstaf voor de waardebepaling van een onderneming de waarde die de onderneming heeft, indien deze in vermogensrechtelijke zin van de hand wordt gedaan, heeft te gelden.

Het Hof Amsterdam heeft in zijn beschikking van 24 februari 2009[976] geoordeeld dat de waarde van de onderneming nihil is (in plaats van negatief, zoals door de man was gesteld), wat tot gevolg had dat de vrouw aan de man wegens overbedeling niets hoefde te voldoen. Het hof heeft hier nog aan toegevoegd dat de man er uitdrukkelijk voor had gekozen de onderneming met alle lusten en lasten per de peildatum voor de omvang en de waardering van de

973 **Hof Leeuwarden 7 juli 2009**, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ2204.
974 **Rb. Assen 25 augustus 2004**, ECLI:NL:RBASS:2004:AR3400.
975 **HR 2 maart 2001**, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*).
976 **Hof Amsterdam 24 februari 20**09, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH8955.

huwelijksgoederengemeenschap aan hem te laten toescheiden. Het hof heeft gesteld dat:

> 'het in strijd [is] met de redelijkheid en billijkheid die de rechtsbetrekking tussen partijen beheerst om de vrouw, die niet in de onderneming heeft meegewerkt, met betrekking tot de onderneming met een waarde van ten hoogste nihil, achteraf enige betalingsverplichting [wegens overbedeling, EvWV] op te leggen'.[977]

Het is niet duidelijk waar dit vandaan komt. Aangezien de waarde van de onderneming op nihil was bepaald, was er, wat betreft de onderneming, geen sprake van overbedeling van de vrouw. Derhalve hoefde de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid er niet bij te worden gehaald.

In één geval[978] ging het, tot slot, in het kader van de berekening van de vordering tot verrekening van de vrouw, over de vaststelling van de hoogte van de belastinglatentie in verband met het feit dat de voormalige echtelijke woning, die (illegaal) was gevestigd in een bedrijfsloods, op de balans van de eenmanszaak van de man voor een te laag bedrag was geboekt. De hoogte van de belastinglatentie is, zonder nadere toelichting, naar redelijkheid en billijkheid vastgesteld op 25% van de in rechte vaststaande waarde ten tijde van het indienen van het echtscheidingsverzoek minus de boekwaarde. Waar deze 25% op is gebaseerd, is derhalve ongewis gebleven. We weten slechts dat het hof een zo objectief mogelijke maatstaf heeft gehanteerd. De redelijkheid en billijkheid lijkt hier aldus te hebben verwezen naar de rechterlijke dispositie.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
Hof Den Bosch 18 april 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW9576	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie					●		
Hof Den Haag 19 april 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie						●	

977 **Hof Amsterdam 24 februari 2009**, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH8955, r.o. 4.5.
978 **Hof Den Bosch 18 april 2006**, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW9576.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
Hof Arnhem 7 november 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie					●		
Hof Arnhem 29 mei 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie					●	●	
Hof Arnhem 9 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie						●	
Hof Leeuwarden 16 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie					●		
Hof Arnhem 16 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954	Correctie		●			●	●	
Hof Den Haag 16 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU1416	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie		●			●		
Rb. Den Haag 27 oktober 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU8035	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie						●	
Rb. Den Haag 27 oktober 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU8035	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie					●	●	
Rb. Middelburg 6 december 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:BP4662	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie						●	
Rb. Den Haag 20 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2473	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie						●	
Hof Arnhem 16 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie						●	
HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie					●	●	
Hof Amsterdam 24 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH8955	Correctie						●	

Hof Leeuwarden 7 juli 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ2204	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie		●				●	
Rb. Assen 25 augustus 2004, ECLI:NL:RBASS:2004:AR3400	Correctie	●	●				●	
Hof Den Bosch 18 april 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW9576	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie							●

Tabel 10.17: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij waardebepaling

Toelichting bij tabel 10.17
De redelijkheid en billijkheid lijkt bij de waardebepaling van een goed of een onderneming doorgaans te zijn gebruikt ter verwijzing naar de rechterlijke dispositie. Het type onderbouwing *restcategorie* is bij deze categorie het vaakst geregistreerd. Daarnaast speelde het *procesrecht* in een groot aantal zaken een rol.

10.16 Overige correcties van familievermogensrechtelijke overeenkomsten

Buiten de correcties die onder een meer specifiek onderwerp vielen, deed zich in de inhoudsanalyse zes keer de vraag voor of correctie van een familievermogensrechtelijke overeenkomst gerechtvaardigd was.[979] Op 15 september 2006 heeft de Hoge Raad zich in twee zaken uitgesproken tussen dezelfde partijen.[980] In de eerste zaak[981] ging het over de vordering van de man tot vergoeding van de door hem uit eigen middelen betaalde hypothecaire aflossingen en verbouwingskosten ten behoeve van de voormalige echtelijke woning van de vrouw. De vrouw had er in cassatie over geklaagd dat het hof voorbij was gegaan aan een tweetal van haar verweren in eerste aanleg. Ten eerste had zij zich tegen de vordering van de man verweerd met de stelling dat het instellen van deze vordering in strijd was met de redelijkheid en billijkheid,

979 **HR 15 september 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AW3043, *JPF* 2007/18, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2007/19; **Hof Den Bosch 28 februari 2006**, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4220, *RFR* 2006/79, met wenk; **Hof Den Bosch 21 augustus 2007**, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6031, *RFR* 2008/7, met wenk; *RN* 2008/24, met wenk; **Rb. Maastricht 3 maart 2004**, ECLI:NL:RBMAA:2004:AO8592; **Rb. Den Haag 1 februari 2010**, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL2856; en **Rb. Middelburg 6 augustus 2010**, ECLI:NL:RBMID:2010:BO0075.

980 **HR 15 september 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AW3043, *JPF* 2007/18, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2007/19 en **HR 15 september 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AW3044, *JPF* 2007/19, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/18; *NJ* 2007/217, m.nt. W.M. Kleijn.

981 **HR 15 september 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AW3043, *JPF* 2007/18, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2007/19.

daar hij zich in de parallelprocedure[982] tegen de vordering van de vrouw tot terugbetaling van de kosten van de huishouding had verweerd met een beroep op het vervalbeding in artikel 3 lid 2 van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden (zie paragraaf 10.4). Ten tweede had zij gesteld dat − indien haar vordering in de parallelprocedure zou afstuiten op het vervalbeding − de in deze procedure door haar opgevoerde bedragen, die als kosten van de huishouding te haren laste waren gekomen, terwijl de man deze volgens artikel 3 lid 1 van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden had moeten dragen, beschouwd dienden te worden als 'deelbetalingen' op de vordering van de man met betrekking tot de woning van de vrouw. De Hoge Raad heeft deze klacht gegrond geacht. Het hof had het door de rechtbank afgewezen deel van de vordering van de man, te weten het deel van de vordering betreffende de verbouwingskosten, niet mogen toewijzen zonder in te gaan op deze in eerste aanleg gevoerde en in hoger beroep niet prijsgegeven weren van de vrouw.

Partijen hadden in de zaak bij het Hof Den Bosch van 28 februari 2006[983] een verdelingsovereenkomst gesloten, inhoudende dat de man zijn onverdeelde helft in de gemeenschappelijke eigendom van de drie woningen gelegen in Spanje aan de vrouw zou overdragen. Om de overname van deze woningen te kunnen financieren was aan de vrouw een termijn van drie maanden gegund om een hypothecaire lening te verkrijgen. Deze termijn was vervolgens met een maand verstreken, zonder dat de vrouw een hypothecaire lening had verkregen. De man had zich als gevolg daarvan beroepen op ontbinding wegens wanprestatie, alsook op de hiervoor genoemde termijn. De vrouw had hiertegen ingebracht dat de man zich niet op deze gronden kon beroepen, omdat haar hierdoor onnodig en anderszins onredelijk (en onbillijk) nadeel zou worden toegebracht en er voor de man andere juridische wegen zouden bestaan om een vergelijkbaar resultaat te bereiken.[984] Volgens het hof hadden zich inderdaad feiten en omstandigheden kunnen voordoen waaronder het op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn geweest dat de man zich op een van beide gronden zou hebben beroepen, maar deden deze zich in het onderhavige geval niet voor. Van de man kon naar het oordeel van het hof niet worden verlangd dat hij nog langer in de onverdeeldheid van de drie onroerende zaken zou blijven deelnemen, terwijl de vrouw financieel niet bij machte was om deze zaken volledig in eigendom te verkrijgen.[985] De feiten

982 **HR 15 september 2006**, ECLI:NL:HR:2006:AW3044, *JPF* 2007/19, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/18; *NJ* 2007/217, m.nt. W.M. Kleijn.

983 **Hof Den Bosch 28 februari 2006**, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4220, *RFR* 2006/79, met wenk.

984 Op welke juridische wegen de vrouw doelde, blijkt niet uit de uitspraak.

985 Zie artikel 3:178 lid 1 BW. Zie ook **MEIJER 2009**, p. 108-109 en **VAN MOURIK & SCHOLS 2015**, p. 82.

en omstandigheden die de vrouw hiertegen had aangevoerd − de problemen met haar heup, het belang van de dochter bij een goede regeling en haar oudedagsvoorziening − zijn ontoereikend geacht.

In de uitspraak van het Hof Den Bosch van 21 augustus 2007[986] had de vrouw zich expliciet beroepen op de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW. Zij had gesteld dat zij niet gehouden kon worden aan de inhoud van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden en dan met name aan de daarin overeengekomen verdeling in de verhouding drie (voor de man) staat tot één (voor de vrouw). Volgens het hof was in het onderhavige geval echter niet gebleken dat zich zeer bijzondere feiten en omstandigheden voor hebben gedaan die de toepassing van dat artikel rechtvaardigden. De enkele omstandigheid dat de man zich na de huwelijksbeëindiging in een financieel betere positie bevond dan de vrouw was daartoe zijns inziens ontoereikend. Dit zou zeker hebben te gelden in een geval als het onderhavige, waarin het vermogen van de man zo goed als geheel bestond uit een woning, waarvan de waarde − naar feit van algemene bekendheid − in de periode waarin partijen gehuwd waren geweest, drastisch was gestegen. De vrouw had ter rechtvaardiging van de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW tevens gesteld dat de man zich had verrijkt door vermogensbestanddelen van de vrouw naar zijn privérekeningen over te hevelen. De man had dit echter gemotiveerd betwist. Daarnaast ontbrak toereikend bewijs voor deze stelling, evenals een gespecificeerd bewijsaanbod.

De Rechtbank Maastricht is in haar vonnis van 3 maart 2004[987] meegegaan in het betoog van de vrouw dat de zogeheten nadere overeenkomst, waarop de man zijn vordering had gegrond, inhoudelijk in strijd was met de redelijkheid en billijkheid die partijen, die de gevolgen van een echtscheiding moesten regelen, hadden te betrachten. De in artikel 2 van die overeenkomst gestelde voorwaarden dat het door de vrouw uit hoofde van overbesteding verschuldigde bedrag van fl. 35.000,00 aan de man eerst opeisbaar zou worden indien en zodra de vrouw zou gaan samenwonen met een andere partner, dan wel hernieuwd in het huwelijk zou treden, waren volgens de rechtbank namelijk in strijd met het grondrecht *om te huwen en een gezin te stichten* als bedoeld in artikel 12 EVRM. De voorwaarde dat het hiervoor genoemde bedrag eerst opeisbaar zou worden indien en zodra de vrouw het pand zou verkopen, was volgens de rechtbank onverenigbaar met artikel 5:1 BW en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Deze voorwaarde betrof, gelet op de redactie daarvan, namelijk een totaal en in tijd onbegrensd verbod voor de vrouw om het

986 **Hof Den Bosch 21 augustus 2007**, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6031, *RFR* 2008/7, met wenk; *RN* 2008/24, met wenk.

987 **Rb. Maastricht 3 maart 2004**, ECLI:NL:RBMAA:2004:AO8592.

haar in eigendom toebehorend pand te vervreemden. De laatste voorwaarde van artikel 2, inhoudende dat het hiervoor genoemde bedrag eerst opeisbaar zou worden indien en zodra beide kinderen de meerderjarige leeftijd zouden hebben bereikt en zij niet meer zouden studeren, strookte naar het oordeel van de rechtbank niet met de gedachte in de jurisprudentie dat betaalde kinderalimentatiebedragen steeds geheel worden verbruikt.[988] Dit gold haars inziens des te meer, nu het een opschortende voorwaarde betrof die met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid geacht moest worden in vervulling te gaan. Gelet op de geconstateerde strijd met verdrags- en wettelijke bepalingen, alsmede jurisprudentie, lijkt het beroep op de redelijkheid en billijkheid in dit geval ten overvloede te zijn geweest.

De Rechtbank Den Haag heeft het beroep van de vrouw op onvoorziene omstandigheden in haar beschikking van 1 februari 2010[989] gegrond geacht. Deze onvoorziene − lees: niet verdisconteerde − omstandigheden waren erin gelegen dat de man na het sluiten van het echtscheidingsconvenant in de schuldsanering was beland en dat zijn dienstverband was geëindigd. Als niet, althans onvoldoende weersproken, was namelijk vast komen te staan dat partijen er ten tijde van het sluiten van het echtscheidingsconvenant van uit waren gegaan dat de man, gelet op zijn inkomsten uit arbeid, de schulden, die hij op grond van het echtscheidingsconvenant voor zijn rekening diende te nemen, zou kunnen aflossen en dat hij in dit licht de vrouw zou kunnen vrijwaren, indien zij door schuldeisers zou worden aangesproken tot voldoening daarvan. Onder deze veronderstelling had de vrouw onder meer afstand gedaan van pensioenverevening. Naar het oordeel van de rechtbank waren de hiervoor genoemde onvoorziene omstandigheden van dien aard dat de man naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van het echtscheidingsconvenant niet mocht verwachten. Dat de vrouw niet had aangetoond dat zij was of zou worden aangesproken door schuldeisers heeft de rechtbank in dit verband niet van belang geacht, omdat het er om ging dat het wezen van het echtscheidingsconvenant was aangetast als gevolg van de hiervoor genoemde onvoorziene omstandigheden. Tot besluit was niet gesteld of gebleken dat de omstandigheden krachtens de aard van het echtscheidingsconvenant of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de vrouw dienden te komen.[990] De rechtbank heeft dan ook op

988 Hier wordt waarschijnlijk gedoeld op vaste jurisprudentie (van de Hoge Raad) − zie bijvoorbeeld **HR 4 maart 2016**, ECLI:NL:HR:2016:365, *JPF* 2016/99, m.nt. P. Vlaardingerbroek; *RFR* 2016/79, met wenk − betreffende het opleggen van een terugbetalingsverplichting door de rechter van te veel ontvangen (kinder)alimentatiebedragen.

989 **Rb. Den Haag 1 februari 2010**, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL2856.

990 Zie artikel 6:258 lid 2 BW.

verlangen van de vrouw de gevolgen van het echtscheidingsconvenant gewijzigd, in die zin dat de vrouw recht had op pensioenverevening conform de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.

De Rechtbank Middelburg heeft het in haar vonnis van 6 augustus 2010[991] volstrekt redelijk (en billijk) geacht om de datum waarvóór de financiële stukken door de vrouw aan de man dienden te worden overgelegd in het echtscheidingsconvenant te wijzigen van 1 maart in 1 juni. Als onweersproken stond namelijk vast dat de zogeheten uitstelregeling voor het indienen van de jaarrekening − op grond waarvan naar feit van algemene bekendheid vaak uitstel wordt gevraagd casu quo verleend − ten aanzien van de onderneming van de vrouw van toepassing was en dat de jaarstukken niet voor 1 mei gereed zouden zijn.

Uitspraak	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**						
		Bronnen	**Context**	**Belangen**	**Hulpmiddelen**	**Procesrecht**	**Restcategorie**	**Niet gemotiveerd**
HR 15 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3043	Correctie					●		
Hof Den Bosch 28 februari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4220	Correctie			●				
Hof Den Bosch 21 augustus 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6031	Correctie	●				●	●	
Rb. Maastricht 3 maart 2004, ECLI:NL:RBMAA:2004:AO8592	Correctie	●	●					
Rb. Den Haag 1 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL2856	Correctie	●	●				●	

991 **Rb. Middelburg 6 augustus 2010**, ECLI:NL:RBMID:2010:BO0075. Zie ook subparagraaf 10.1.2.

Uitspraak	Materiële functie of andere rol	Type onderbouwing						
		Bronnen	Context	Belangen	Hulpmiddelen	Procesrecht	Restcategorie	Niet gemotiveerd
Rb. Middelburg 6 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BO0075	Correctie						●	

Tabel 10.18: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij overige correcties van familievermogensrechtelijke overeenkomsten

Toelichting bij tabel 10.18
In deze categorie zijn alleen geschilpunten ondergebracht die een correctie inhielden. Als type onderbouwing kwamen *bronnen* en *restcategorie* dikwijls voor.

10.17 Overig

Tot slot was er nog één vraag die geen betrekking had op een van voorgaande onderwerpen, en die zozeer zag op de specifieke feiten en omstandigheden van het geval dat daaruit geen lijn kan worden afgeleid.[992] De man had in dit geval brand gesticht in de voormalige echtelijke woning, waarna hij zich in de procedure op het standpunt had gesteld dat de redelijkheid en billijkheid tussen echtgenoten in dit geval, nu hij schilder en bouwkundig medewerker was, met zich meebracht dat aan hem de mogelijkheid diende te worden geboden de brandschade zelf te herstellen. Volgens het hof kon, gelet op de gebeurtenissen, van de vrouw en de kinderen, die sinds het uiteengaan van partijen bij haar verbleven, niet worden verlangd dat zij de man dagelijks in hun woning toe zouden laten. Daarnaast was op geen enkele wijze gebleken dat de vrouw, zoals de man had gesteld, de woning niet bewoonde en er hennep in kweekte. Uit deze beschikking valt niet op te maken of een dergelijk herstelrecht onder 'normale' omstandigheden wel uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeit. Het is er dan ook voor gehouden dat het om een afwijzing van de aanvullende functie ging, en niet om een samenspel van de aanvullende en corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid.

992 **Hof Den Haag 14 december 2005**, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657.

Uitspraak	Materiële functie of andere rol	Type onderbouwing						
		Bronnen	Context	Belangen	Hulpmiddelen	Procesrecht	Restcategorie	Niet gemotiveerd
Hof Den Haag 14 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657	Aanvulling		●	●		●		

Tabel 10.19: De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing bij overig

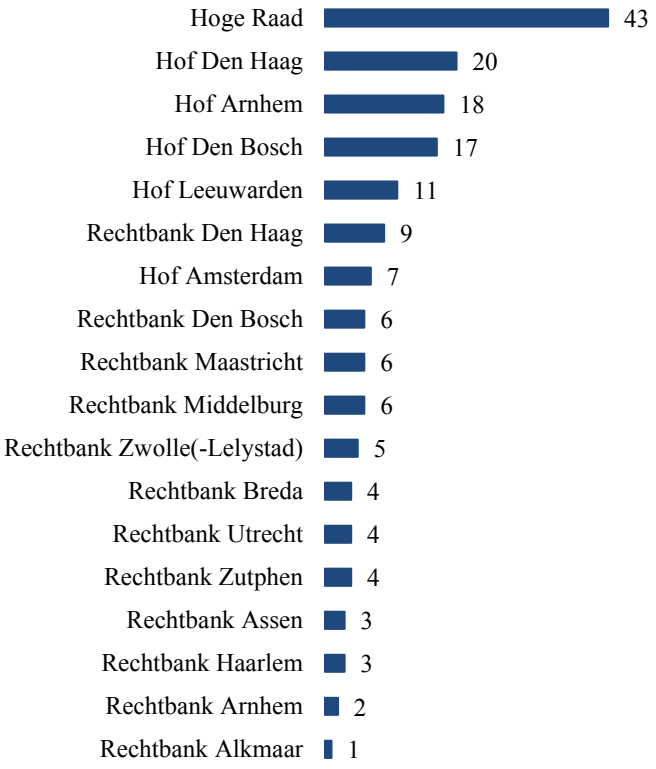
Toelichting bij tabel 10.19
In dit geval leek het derhalve te gaan om de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid. Het Hof Den Haag heeft zijn oordeel gemotiveerd met een verwijzing naar de *context*, een *belangenafweging* en een *procesrechtelijke argument*.

10.18 Samenvattend

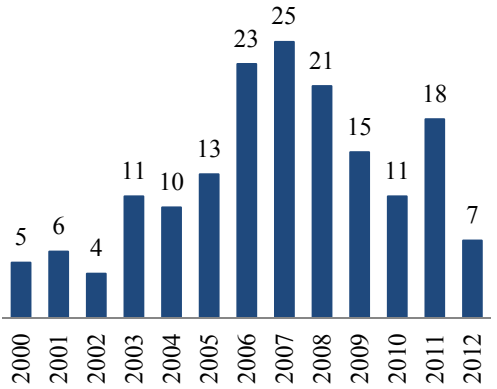
In dit hoofdstuk zijn de concrete toepassingen in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht, die hieronder kort worden samengevat, naar onderwerp gecategoriseerd in zeventien groepen. Voor het aantal keren dat een bepaald onderwerp zich in de uitspraken uit de inhoudsanalyse heeft voorgedaan, wordt verwezen naar figuur 10.2. In deze figuur zijn de geschilpunten die in het verlengde van een bepaald onderwerp lagen en daarom daarbij zijn besproken, niet meegenomen.

Figuur 10.2: Categorisering van de huwelijks- en echtscheidingsvermogens-rechtelijke uitspraken naar onderwerp

Uit de figuren 10.3 en 10.4 is de categorisering van de huwelijks en echtscheidingsvermogensrechtelijke uitspraken naar rechterlijke instantie respectievelijk jaar waarin uitspraak is gewezen, af te lezen.



Figuur 10.3: Categorisering van de huwelijks- en echtscheidingsvermogens-rechtelijke uitspraken naar rechterlijke instantie



Figuur 10.4: Categorisering van de huwelijks- en echtscheidingsvermogens-rechtelijke uitspraken naar jaar waarin uitspraak is gewezen

Familievermogensrechtelijke overeenkomsten behoren volgens de uitspraken uit de inhoudsanalyse te worden uitgelegd overeenkomstig de *Haviltex*-maatstaf. Dit houdt in dat er bij de uitleg van dergelijke overeenkomsten niet alleen moet worden gekeken naar de letterlijke betekenis van de tekst, maar ook naar wat partijen over en weer hebben verklaard en/of door gedragingen tot uitdrukking hebben gebracht, wat zij uit elkaars verklaringen en/of gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs daaruit mochten afleiden. Voor de bijzonderheid dat een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden verplicht bij notariële akte moet worden aangegaan (en, naar algemeen wordt aangenomen, het de notaris is die de inhoud, de strekking en de reikwijdte van de individuele bepalingen van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden bepaalt) is een oplossing gezocht binnen het kader van de hiervoor genoemde 'klassieke' *Haviltex*-maatstaf. Bij de toepassing daarvan wordt mede gewicht toegekend aan wat de notaris in het kader van zijn voorlichting aan partijen heeft medegedeeld omtrent de inhoud en de strekking van de bepalingen van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden en aan de betekenis die veel voorkomende bepalingen daarin volgens notarieel gebruik normaal gesproken hebben. Er is aldus niet gekozen voor de meer geobjectiveerde wijze van uitleg die de Hoge Raad voor bepaalde overeenkomsten, die naar hun aard meer bestemd zijn om de rechtspositie van derden te beïnvloeden, heeft aanvaard, terwijl een aantal omstandigheden hier in de regel bij een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden volgens enkele rechtswetenschappelijke onderzoekers wel voor pleiten. Ook is niet gekozen voor een eigensoortige maatstaf.

Voor tijdens het huwelijk niet nagekomen periodieke verrekenbedingen is in de uitspraken uit de inhoudsanalyse, in verband met de aard daarvan, een

standaarduitleg gegeven, in die zin dat bij het einde van het huwelijk ook de vermogensvermeerdering, ontstaan door belegging van wat uit de inkomsten van een echtgenoot is bespaard, maar ongedeeld is gebleven, in de verrekening moet worden betrokken. Volgens de rechterlijke instanties zelf – wat voor de kwalificatie van de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid in de inhoudsanalyse doorslaggevend is geacht – vervult de redelijkheid en billijkheid in deze gevallen een functie bij uitleg. VAN DUIJVENDIJK-BRAND heeft echter verdedigd dat de redelijkheid en billijkheid in deze gevallen de leemte in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden aanvult, die is ontstaan doordat tijdens het huwelijk niet is verrekend, terwijl het recht op verrekening wel is blijven bestaan en de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden niet in een eindafrekening voorziet.

Voor de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in geval van onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten tijdens het huwelijk dat contrair was aan de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AO7004) het standaard-arrest gebleken. Daarin is bepaald dat bij de beantwoording van de vraag of bij de afrekening tussen ex-echtgenoten na ontbinding van het huwelijk op grond van de redelijkheid en billijkheid dient te worden afgeweken van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden zeer wel belang kan worden gehecht aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk, ook als dat gedrag contrair was aan de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Deze overweging van de Hoge Raad is door een aantal rechtswetenschappelijke onderzoekers met ontsteltenis ontvangen. Ze vreesden dat de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden hierdoor aan kracht zou inboeten. Anderen zagen hier juist een welkome verzachting in voor situaties waarin een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen ex-echtgenoten onredelijk (en onbillijk) uitpakt. De vrees van de hiervoor genoemde rechtswetenschappelijke onderzoekers dat de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden door het arrest van 18 juni 2004 aan kracht zou inboeten, lijkt, achteraf bezien, ongegrond. Dat dit arrest niet de door hen verwachtte uitwerking heeft gehad, is waarschijnlijk toe te schrijven aan het strikte toetsingscriterium van *onaanvaardbaarheid*, dat daarin is aangelegd.

In de uitspraken uit de inhoudsanalyse is eenmaal aangenomen dat nakoming van een familievermogensrechtelijke overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. In dat geval had de vrouw, kort gezegd, naar in het eindvonnis is komen vast te staan, de hand gehad in het overlijden van de man.

Ten aanzien van het vierde onderwerp, een in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden opgenomen vervalbeding, heeft de Hoge Raad in zijn arrest *Rensing/Polak I* (HR 19 januari 1996) bepaald dat een beroep daarop in

beginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Dit is slechts anders indien de (ex-) echtgenoot die zich op het vervalbeding beroept feiten en omstandigheden stelt, en zo nodig bewijst, die een beroep op het vervalbeding rechtvaardigen. Deze omkering van de bewijslast geldt, volgens de betreffende uitspraken uit de inhoudsanalyse, echter niet voor een vervalbeding dat is gekoppeld aan een vordering wegens te veel bijgedragen kosten van de huishouding. Aldus oordelend is door de rechterlijke instanties, waaronder de Hoge Raad, de mogelijkheid opengelaten dat in bijzondere feiten en omstandigheden het recht tot terugvordering van de te veel bijgedragen kosten van de huishouding nog bestaat en aldus niet is verwerkt na afloop van ieder kalenderjaar. Hieruit hebben sommige rechtswetenschappelijke onderzoekers de conclusie getrokken dat de Hoge Raad is teruggekomen op zijn arrest *Doktersvrouw* (HR 29 april 1994).

De vijfde groep uitspraken had van doen met vergoedingsrechten. Dergelijke rechten ontstaan als vermogensverschuivingen plaatsvinden tussen de afzonderlijke vermogens van de echtgenoten zonder dat daarvoor een causa aanwijsbaar is, bijvoorbeeld een geldlenings- of schenkingsovereenkomst of de voldoening aan een natuurlijke verbintenis. Het is dan ook van belang wanneer sprake is van dit laatste. Dit is op grond van artikel 6:3 lid 2, onder b BW het geval wanneer iemand jegens een ander een dringende morele verplichting heeft van zodanige aard dat naleving daarvan, ofschoon rechtens niet afdwingbaar, naar maatschappelijke opvattingen als voldoening van een aan die ander toekomende prestatie moet worden aangemerkt. Bij deze beoordeling naar maatschappelijke opvattingen moet volgens de Rechtbank Zwolle-Lelystad binnen de grenzen van de redelijkheid (en billijkheid) worden gebleven. Dit impliceert dat de rechter na vaststelling van de maatschappelijke opvattingen nog naar zijn eigen deskundige oordeel moet beoordelen of toepassing daarnaar redelijk (en billijk) is. Ook ingeval het vermogen van de ene echtgenoot enkel is toegenomen door een arbeids- in plaats van een geldelijke investering van de andere echtgenoot, ontstaat geen vergoedingsrecht. Voor de omvang van de vergoedingsrechten gold onder het recht van vóór 1 januari 2012, naar de hoofdregel van het algemene vermogensrecht, het nominaliteitsbeginsel. Een uitzondering op dit beginsel was volgens de Hoge Raad in het arrest *Kriek/Smit* (HR 12 juni 1987) niet uitgesloten, maar van een dergelijke uitzondering op grond van de redelijkheid en billijkheid, meer in het bijzonder de *imprévision*-regeling, kon niet snel sprake zijn. In twee uitspraken uit de inhoudsanalyse is voor de daarin onderhavige gevallen een uitzondering op het nominaliteitsbeginsel gemaakt. Over de vraag of het in deze uitspraken ging om een uitzondering in de trant van vorenstaand arrest, of dat is geanticipeerd op het ten tijde van het wijzen van deze uitspraken nog toekomstige artikel 1:87 BW, waarin de beleggingsleer is geïntroduceerd, kan worden en is gediscussieerd.

Ten aanzien van de vragen of een goed op bijzondere wijze aan één van de echtgenoten is verknocht, en zo ja, in hoeverre die verknochtheid zich ertegen verzet dat het goed in de gemeenschap van goederen valt, is de redelijkheid en billijkheid reeds in de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed verdisconteerd door de invloed die daarin wordt toegekend aan de maatschappelijke opvattingen, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 3 november 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AX8843). Welke materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid de Hoge Raad hiermee voor ogen heeft gehad, is niet met zekerheid te zeggen. Het lijkt erop dat de Hoge Raad met deze overweging alleen tot uitdrukking heeft willen brengen dat bij de invulling van de maatstaf voor de bijzondere verknochtheid van een goed al rekening is gehouden met rechtvaardigheidsoverwegingen, zodat dit niet − steeds − nogmaals hoeft te gebeuren.

Een afwijking van een verdeling bij helfte van de ontbonden huwelijks-goederengemeenschap kan ingevolge het befaamde arrest *Moord en algehele gemeenschap* (HR 7 december 1990) slechts in zeer uitzonderlijke feiten en omstandigheden worden aangenomen. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse is dit één keer gebeurd. Een afwijking van een verdeling bij helfte lijkt in dat geval evenwel juridisch-technisch niet juist. Een gedeeltelijke financiering uit privévermogen lijkt een verdeling bij helfte immers niet onaanvaardbaar te maken.

Ook een draagplicht bij helfte voor een tot de ontbonden huwelijks-goederengemeenschap behorende of voor rekening van een eenvoudige gemeenschap komende schuld kan in bijzondere feiten en omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Het lijkt er, gelet op het aantal keren dat een dergelijke correctie in de uitspraken uit de inhoudsanalyse is aangenomen, echter op dat een ander, minder strikt toetsingscriterium wordt gehanteerd dan bij afwijking van een verdeling bij helfte. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de betrokkenheid van derden hier minder groot is. Uit de uitspraken die in de inhoudsanalyse zijn betrokken, kan daarnaast worden opgemaakt dat het alleengebruik van een goed waar de schuld die in de gemeenschap (van goederen) is gevallen, betrekking op heeft, alsook het handelen van één van de echtgenoten, aanleiding kan zijn voor een afwijking van een draagplicht bij helfte. In alle gevallen waarin een afwijking is aangenomen, op één geval na, bestond deze erin dat een van de ex-echtgenoten de schuld, als ware het een eigen schuld, voor zijn of haar rekening diende te nemen.

De vragen die van doen hadden met verrekening waren heel uiteenlopend. Van deze vragen heeft de kwestie of de beleggingsleer ook geldt bij voorhuwelijks vermogen in de rechtsliteratuur de meeste aandacht gekregen. De Rechtbank Maastricht heeft deze vraag in zijn uitspraak van 22 augustus

2007 (ECLI:NL:RBMAA:2007:BB2239), die was betrokken in de inhoudsanalyse, bevestigend beantwoord, net als de Hoge Raad een tweetal jaar later in zijn beschikking van 10 juli 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BI4387).

Het bewijsvermoeden dat partijen de vermogensbestanddelen die zij tijdens hun huwelijk hebben verworven, hebben verkregen uit of door belegging van overgespaarde inkomsten, dat de Hoge Raad op basis van een uitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in zijn beschikking van 26 oktober 2001 (ECLI:NL:HR:2001:ZC3695) heeft geformuleerd, is nadien gecodificeerd in artikel 1:141 lid 3 BW. In lid 3 van artikel 1:141 BW is ook een 'tenzij-clausule' opgenomen voor het geval dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, in het licht van de aard en omvang van de verrekenplicht, anders voortvloeit. Voor een dergelijke correctie bestond volgens de Hoge Raad in zijn beschikking van 8 juni 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV9605) geen aanleiding, ook al zou de waarde van de aandelen in die zaak vooral zijn gevormd door de ondernemingskwaliteiten van de man. Het bewijsvermoeden heeft zijns inziens namelijk slechts betrekking op de vraag of de aandelen al dan niet zijn *gefinancierd* uit wat verrekend had moeten worden.

Op grond van de beschikking *Vissersbedrijf* (HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382) kan een verrekenvordering van de ene echtgenoot op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid worden gereduceerd tot een bedrag dat de andere, verrekenplichtige echtgenoot met behulp van zijn of haar bedrijfsvermogen kan financieren. Onduidelijk is of het hier ging om de aanvullende of om de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid.

Bij de beoordeling van de vraag wie van partijen de gemeenschappelijke woning met uitsluiting van de ander mag gebruiken zolang de gemeenschap nog niet is verdeeld, moet de kantonrechter, ingevolge artikel 3:168 lid 2 BW, *naar (redelijkheid en) billijkheid* rekening houden met zowel de belangen van partijen als met het algemeen belang. De wetgever heeft hiermee slechts tot uitdrukking willen brengen dat de rechter een maatstaf dient aan te leggen die geen aanleiding kan geven tot verdenking van eenzijdigheid. In de twee uitspraken uit de inhoudsanalyse hierover is niets opgemerkt over het algemeen belang. Dit zou kunnen komen doordat dit belang bij deze gevallen niet was betrokken. Dit is volgens de parlementaire geschiedenis veelal wel het geval als de te verdelen gemeenschap een onderneming omvat. Voor het voortgezet gebruik van de aan de andere echtgenoot mede toekomende woning (en/of tot de inboedel daarvan behorende zaken) moet een gebruikersvergoeding worden betaald. De *grondslag* hiervoor lijkt in de uitspraken uit de inhoudsanalyse, op één uitspraak na, te zijn gevonden in artikel 1:165 BW, alsook, los daarvan of na het verstrijken van zes maanden in (de ratio van) artikel 3:169 BW. De redelijkheid en billijkheid diende in deze gevallen

derhalve slechts als *maatstaf*. Voor de hoogte van de gebruikersvergoeding is bij verschillende punten aangeknoopt.

Het huurrecht van een echtelijke woning dient, in tegenstelling tot (de waarde van) persoonlijke onbelichaamde goodwill, in de verdeling van de (huwelijksgoederen)gemeenschap te worden betrokken. Verdeling van deze gemeenschap, middels een beslissing van de rechter die bepaalt wie van partijen na echtscheiding huurder van de woonruimte zal zijn *ex* artikel 7:266 lid 5 BW, kan evenwel niet leiden tot een vorderingsrecht van de partij wier huur is beëindigd wegens overbedeling van de andere partij. Indien sprake is van bijzondere feiten en omstandigheden kan op grond van de redelijkheid en billijkheid van deze hoofdregel worden afgeweken. Hiervan is volgens de Hoge Raad in zijn arrest van 14 december 2007 (ECLI:NL:HR:2007:BA4202) bijvoorbeeld sprake als echtgenoten gewoon waren een gedeelte van het gehuurde onder te verhuren, zodat daardoor extra inkomsten werden verworven, wat volgens de vrouw in het onderhavige geval zo was. Daarnaast lijkt in de uitspraken uit de inhoudsanalyse meerdere keren te zijn verwezen naar de maatstaf die de rechter op grond van artikel 3:185 lid 1 BW moet aanleggen bij de weging van de belangen van partijen. Hier lijkt de (redelijkheid en) billijkheid, net als bij artikel 3:168 lid 2 BW, slechts tot uitdrukking te hebben gebracht dat de rechter een maatstaf dient aan te leggen die geen aanleiding kan geven tot verdenking van eenzijdigheid. Deze maatstaf lijkt derhalve, in tegenstelling tot de maatstaven van artikel 6:2 BW, slechts gericht te zijn tot de rechter en niet tot burgers.

De peildatum voor de samenstelling en omvang van de huwelijksgoederengemeenschap was in de uitspraken uit de inhoudsanalyse slechts eenmaal in het geding. In die zaak is geen aanleiding gezien om op grond van de redelijkheid en billijkheid een andere peildatum aan te houden dan de door partijen afgesproken peildatum. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is de peildatum voor de waardebepaling van (een) te verdelen goed(eren) de datum van de verdeling, tenzij partijen een andere peildatum zijn overeengekomen of op grond van de redelijkheid en billijkheid moet worden aanvaard. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse deed dit laatste zich een aantal keer voor. Uit twee uitspraken lijken, ondanks dat de waarde daarin tegen de datum van verdeling was bepaald, de volgende lessen te kunnen worden getrokken. Het verspillen van gemeenschapsgoederen kan een argument zijn om een afwijkende peildatum te hanteren ter zake van bankrekeningen. Daarnaast is het volgens de Rechtbank Den Bosch ten aanzien van een gezamenlijke woning verdedigbaar dat beide partijen normaal gesproken meedelen in de waardestijging daarvan tot aan de datum van de verdeling, omdat zij hun aandeel daarin tot aan die datum niet anders kunnen beleggen. Ingevolge artikel 1:141 lid 2 jo. 1:142 lid 1, aanhef en onder b BW is de peildatum voor de

samenstelling en omvang van het te verrekenen vermogen de datum van indiening van het verzoek tot echtscheiding, tenzij partijen schriftelijk een andere peildatum zijn overeengekomen, aldus de Hoge Raad in zijn beschikking van 10 juli 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BI4387). Onduidelijk is of er in dit type geval ruimte is voor een afwijkende peildatum op grond van de redelijkheid en billijkheid. Het lijkt erop dat de redelijkheid en billijkheid in de hiervoor genoemde gevallen steeds in haar corrigerende functie is gebruikt, geheel zeker is dit echter niet, omdat het strikte toetsingscriterium van onaanvaardbaarheid geen enkele keer expliciet is aangelegd. Ten aanzien van de peildatum voor de waardebepaling van (een) te verdelen goed(eren) is interessant dat BREEDERVELD in zijn proefschrift heeft gesteld dat hij, anders dan de Hoge Raad, slechts voor goederen waarvan de waarde niet in overwegende mate door het gebruik wordt beïnvloed − aangenomen wordt *in beginsel* − de datum van de verdeling als peildatum voor de waardebepaling van een te verdelen goed in aanmerking wil nemen. In de feitenuitspraken uit de inhoudsanalyse kan hier slechts voor één van de door hem onderscheiden categorieën ondersteuning worden gevonden, te weten goederen waarvan de waarde in overwegende mate door het gebruik wordt beïnvloed, oftewel verbruiksgoederen.

De rechter bepaalt de waarde van een goed op basis van een redelijke en billijke, oftewel een zo goed mogelijke, schatting van de waarde daarvan in het vrije economische verkeer. Hij gaat hierbij af op de door partijen ter beschikking gestelde gegevens. Het is in de uitspraken uit de inhoudsanalyse echter meerdere keren voorgekomen dat een partij de door haar gestelde waarde of het door haar gestelde bezwaar tegen de waardebepaling niet of niet voldoende had onderbouwd. Volgens de Rechtbank Assen in haar vonnis van 25 augustus 2004 geldt − anders dan de Hoge Raad in zijn beschikking *Vissersbedrijf* (HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382) ten aanzien van incourante aandelen heeft opgemerkt − dat voor de waardebepaling van een onderneming dient te worden uitgegaan van de waarde in het economische verkeer, aldus net als voor de waardebepaling van een goed. De rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten zou echter onder omstandigheden, die zouden zijn gelegen in de maatschappelijke aanvaardbaarheid, dan wel in de redelijkheid en billijkheid, en zouden zien op de continuïteit van de onderneming, met zich mee kunnen brengen dat van een andere waarde moet worden uitgegaan.

Buiten de correcties die onder een van bovenstaande onderwerpen vielen, deed zich in de inhoudsanalyse zes keer de vraag voor of correctie van een familievermogensrechtelijke overeenkomst gerechtvaardigd was, wat in de helft van de gevallen is aangenomen. Tot slot was er nog één vraag die geen betrekking had op een van voorgaande onderwerpen. Deze vraag zag bovendien zozeer op de specifieke feiten en omstandigheden van het geval dat daaruit geen lijn kan worden afgeleid.

Onderwerp	**Materiële functie of andere rol**	**Type onderbouwing**
Uitleg van familievermogensrechtelijke overeenkomsten (i.h.b. van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden)	Uitleg (21)	Bronnen (14), restcategorie (12), context (11), procesrecht (5), hulpmiddelen (2) en niet gemotiveerd (1)
Uitleg van familievermogensrechtelijke overeenkomsten (i.h.b. een echtscheidingsconvenant)	Uitleg (6)	Bronnen (5), context (5), restcategorie (4) en procesrecht (1)
Uitleg van familievermogensrechtelijke overeenkomsten (i.h.b. van een verdelingsovereenkomst)	Uitleg (3)	Context (3), restcategorie (3), bronnen (2), belangen (1), hulpmiddelen (1) en procesrecht (1)
Contrair gedrag	Correctie (7)	Bronnen (6), context (6), procesrecht (4), restcategorie (4) en belangen (1)
Nakoming van familievermogensrechtelijke overeenkomsten	Correctie (7)	Procesrecht (5), context (4), restcategorie (4) en bronnen (3)
Beroep op een vervalbeding	Correctie (4)	Bronnen (4), restcategorie (3), context (2) en procesrecht (2)
Vergoedingsrechten	Correctie (4), aanvulling (1) en verwijzing naar de rechterlijke dispositie (1)	Bronnen (5), restcategorie (4), context (2) en procesrecht (2)
Invloed op de bijzondere verknochtheid van een goed	Synoniem voor het rechtvaardigheids-beginsel (4) en correctie (1)	Bronnen (3), hulpmiddelen (1), procesrecht (1) en restcategorie (1)
Afwijking van een verdeling bij helfte	Correctie (6) en aanvulling (1)	Bronnen (5), restcategorie (4), context (3) en procesrecht (2)
Afwijking van een draagplicht bij helfte	Correctie (16) en verwijzing naar de rechterlijke dispositie (1)	Restcategorie (13), context (6), bronnen (3), belangen (2), procesrecht (2), hulpmiddelen (1) en niet gemotiveerd (1)
Verrekening	Correctie (5) en uitleg (1)	Context (4), restcategorie (4), bronnen (2), hulpmiddelen (2) en niet gemotiveerd (1)
Bewijsvermoeden	Correctie (2) en uitleg (1)	Bronnen (2), restcategorie (2) en context (1)

Belegging van onverteerd gebleven inkomen in bedrijfsvermogen	Correctie (3) en aanvulling (1)	Bronnen (2), context (1) en procesrecht (1)
Voortgezet gebruik van de echtelijke woning en tot de inboedel daarvan behorende zaken	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie (8), aanvulling (1) en correctie (1)	Restcategorie (8), bronnen (7), context (2) en belangen (2)
Verdeling	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie (7), aanvulling (3), correctie (3), uitleg (1) en geen juridische betekenis (1)	Restcategorie (7), bronnen (5), context (5), belangen (5), procesrecht (4) en hulpmiddelen (1)
Peildatum	Correctie (23)	Bronnen (16), restcategorie (12), procesrecht (9), context (4) en niet gemotiveerd (1)
Waardebepaling	Verwijzing naar de rechterlijke dispositie (15) en correctie (3)	Restcategorie (13), procesrecht (8), context (4), bronnen (1) en niet gemotiveerd (1)
Overige correcties van familievermogensrechtelijke overeenkomsten	Correctie (6)	Bronnen (3), restcategorie (3), context (2), procesrecht (2) en belangen (1)
Overig	Aanvulling (1)	Context (1), belangen (1) en procesrecht (1)

Tabel 10.20: Totaaloverzicht van de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid en het type onderbouwing

Toelichting bij tabel 10.20
In deze tabel wordt een totaaloverzicht gegeven van de materiële functie of andere rol waarin de redelijkheid en billijkheid in de uitspraken uit de inhoudsanalyse lijkt te zijn gebruikt en welke typen onderbouwingen zijn aangewend voor de motivering van de desbetreffende overweging(en).

10.19 Enkele deelconclusies

In de uitspraken uit de inhoudsanalyse zijn de omstandigheden die de Hoge Raad in de arresten *Meyer Europe/Pont Meyer* (HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178) en *Derksen/Homburg* (HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909) voor een meer geobjectiveerde wijze van uitleg heeft geformuleerd, niet toegepast op de uitleg van overeenkomsten van huwelijkse voorwaarden. Het is de vraag of dit terecht is. De omvang en gedetailleerdheid van de akte, de rol van de notaris bij de totstandkoming en de beïnvloeding van de rechtspositie

van derden spreken in de regel namelijk voor toepassing van de meer geobjectiveerde *Haviltex*-maatstaf bij de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Er valt aldus iets voor te zeggen dat deze omstandigheden hadden moeten worden nagelopen. Er is bovendien reden om dit, zoals VERSTAPPEN heeft bepleit, per bepaling van de huwelijkse voorwaarden te doen. Voor bepalingen die enkel zien op de onderlinge rechtsverhouding ligt een subjectief-objectieve wijze van uitleg namelijk meer in de rede dan voor bepalingen die de rechtspositie van derden beïnvloeden. Het is echter de vraag wanneer we hiermee van doen hebben. Hoe direct moet de verhaalspositie van derden worden geraakt? Ten aanzien van de eerste categorie, uitleg van familievermogensrechtelijke overeenkomsten, kan tevens worden geconcludeerd dat de standaarduitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid die is gegeven aan een tijdens het huwelijk niet nagekomen periodiek verrekenbeding eigenlijk geen uitleg, maar aanvulling is. Dit verklaart waarom de *Haviltex*-maatstaf daarvoor niet (noch in 'klassieke', noch in geobjectiveerde vorm) geldt. Voor toepassing van de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid is enkel van belang of de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden dienaangaande een leemte laat.

Voor contrair gedrag heeft het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AO7004) inmiddels als standaardarrest te gelden. Door (positieve) 'volggevallen' hieromheen te groeperen (te beginnen bij de uitspraken die in de inhoudsanalyse zijn meegenomen: de uitspraken van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 29 maart 2006 (ECLI:NL:RBZLY:2006: AX2262) en van 21 februari 2007 (ECLI:NL:RBZLY:2007:AZ9316)) kan een typische groep van gevallen, in het Duits *Fallgruppe* geheten, worden vastgesteld. Daaruit kunnen dan weer duidelijke subregels, vuistregels en/of gezichtspunten worden afgeleid. Soms kan dit echter ook uit uitspraken waarin een beroep op de redelijkheid en billijkheid is afgewezen. Zo kan uit de andere drie uitspraken van feitenrechters over contrair gedrag worden opgemaakt dat het voor een geslaagd beroep daarop moet gaan om langdurig, voortdurend gedrag, niet bestaande in het naar evenredigheid bijdragen in de kosten van de huishouding. De invloed van het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004 lijkt uiteindelijk bepaald niet zo groot te zijn als vooraf werd gedacht. Dit komt vermoedelijk mede door het stof dat de rechtswetenschap daarover heeft doen opwaaien. Deze reacties waren overigens vergelijkbaar met de bezwaren die zijn opgevoerd tegen de beschikking van de Hoge Raad van 26 oktober 2001 (ECLI:NL:HR:2001;AZ3695), waarin is opgemerkt dat het bewijsvermoeden (dat later is gecodificeerd in artikel 1:141 lid 3 BW, waarover hierna meer) niet opgaat als kan worden vastgesteld dat de vermogensbestanddelen naar de bedoelingen van partijen (of van een derde) zonder enig recht op verrekening behoren tot het vermogen van één van partijen.

Op basis van de uitspraken over nakoming van familievermogensrechtelijke overeenkomsten lijken geen algemene conclusies te kunnen worden getrokken. Hooguit kan worden gezegd dat het erop lijkt dat *contract* vaak *contract is*, aldus dat nakoming moet plaatsvinden ondanks pogingen om hier onderuit te komen. Wel is daarin de regel bevestigd dat enkel tijdsverloop niet voldoende is voor rechtsverwerking en is ondersteuning gevonden voor de in paragraaf 9.2 geformuleerde gedachte dat, gezien de aard van de rechtsverhouding (in het tussenvonnis van de Rechtbank Breda van 25 november 2009 (ECLI:NL:RBBRE:2009:BK4490): de huwelijkse relatie), de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht sneller in het geding is dan in het algemene vermogensrecht. Dat wil overigens niet zeggen dat een beroep daarop ook eerder slaagt. Ook is in één uitspraak de gedachte terug te lezen dat partijen op een gegeven moment zonder elkaar door moeten, welke gedachte ook achter artikel 3:178 lid 1 BW ligt.

Welke omstandigheden maken dat een beroep op een vervalbeding dat is verbonden aan een periodiek verrekenbeding toch aanvaardbaar is, is onduidelijk. We weten, dankzij de beschikking *Vervalbeding bij Amsterdams verrekenbeding* (HR 23 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6299) enkel dat het zich bewust zijn van de consequenties van het laten verstrijken van de vervaltermijn bij de wederpartij een van de criteria is voor de beoordeling daarvan. Als het arrest *Doktersvrouw* (HR 29 april 1994) zo moet worden gelezen dat rechtsverwerking van de vordering wegens te veel bijgedragen kosten van de huishouding *vrij snel* optreedt na het verstrijken van ieder kalenderjaar in plaats van *automatisch*, komt het arrest van de Hoge Raad van 15 september 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AW3044) daarmee niet in strijd.

Dat er geen vergoeding moet worden betaald voor een arbeidsinvestering door de ene echtgenoot ten aanzien van een gemeenschappelijk goed of een goed van de andere echtgenoot is te begrijpen, maar niet wanneer deze investering de verplichtingen van artikel 1:81 BW te buiten gaan. Een 'huwelijksvermogensrechtelijke' vergoeding zoals door VAN MOURIK bepleit, op grond van de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid, verdient dan ook ondersteuning. Er is in dat geval immers sprake van een (zeer) ongelijke vermogensgroei. De totstandkomingsgeschiedenis van artikel 1:87 BW is een duidelijk voorbeeld van interactie tussen rechter, rechtswetenschap en wetgever bij de rechtsvorming.

Ten aanzien van de bijzondere verknochtheid van een goed kan worden geconcludeerd dat het arrest van de Hoge Raad van 3 november 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AX8843) impliceert dat de maatstaf daarvoor meer kenbronnen heeft dan de maatschappelijke opvattingen. Welke dit zijn, is echter niet duidelijk. Daarnaast lijkt met het woord 'telkens' dat in deze jurisprudentie wordt gebruikt, de mogelijkheid te zijn opengelaten dat de andere kenbronnen

van de redelijkheid en billijkheid in een andere richting wijzen dan de maatschappelijke opvattingen.

Bij een afwijking van een verdeling van de gemeenschap bij helfte lijkt een zwaarder toetsingscriterium te worden aangelegd dan bij een afwijking van een draagplicht bij helfte. De reden voor dit verschil tussen vermogen en inkomen is echter niet duidelijk. Heeft dit te maken met de formulering van het toetsingscriterium in het arrest *Moord en algehele gemeenschap* (HR 7 december 1990)? Dit lijkt, op basis van de beschikking van de Hoge Raad van 30 maart 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV1749), niet het geval. Heeft dit dan van doen met de betrokkenheid van derden, en zo ja, is dit wel een solide reden? Ingeval wordt afgeweken van een draagplicht bij helfte (zoals bij het alleengebruik van een goed waarop een schuld betrekking had), wordt de draagplicht bijna altijd geheel op één van de ex-echtgenoten gelegd. Er lijkt derhalve niet zo snel voor een tussenweg – 'iets' meer dan 50% – te worden gekozen. Dit moet dan ook wel worden aangevoerd door de wederpartij. Het alleengebruik van een goed is ook een reden om als peildatum voor de waardebepaling van een te verdelen goed uit te gaan van een andere datum als de datum van verdeling, zie ook hierna.

De vragen die van doen hadden met verrekening waren te uiteenlopend om hier algemene conclusies uit te trekken. Dit geldt ook voor de overige correcties van familievermogensrechtelijke overeenkomsten; de uitspraken die onder deze categorie vallen, hebben slechts met elkaar gemeen dat het de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid betrof.

De tenzij-clausule van artikel 1:141 lid 3 BW moet volgens de jurisprudentie worden gezien als een precisering van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid. De bewoordingen daarvan doen echter anders vermoeden.

Bij belegging van onverteerd gebleven inkomen in bedrijfsvermogen is onduidelijk of de subregel van de beschikking *Vissersbedrijf* (HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382) berust op de aanvullende of op de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid. Dit is bezwaarlijk, aangezien deze beide functies ieder hun eigen toetsingscriterium kennen. Daarnaast is onduidelijk hoe deze jurisprudentie zich verhoudt tot de jurisprudentie aangaande nakoming van familievermogensrechtelijke overeenkomsten. Overigens doet de andere partij er goed aan om reeds in eerste instantie te verzoeken om verrekening van de overwinst die bij liquidatie van het bedrijf wordt gerealiseerd. Er kan dan een sanctie worden gesteld op het besluit van de verrekenplichtige echtgenoot om de onderneming toch te staken.

Dat voor de hoogte van de gebruikersvergoeding bij verschillende punten wordt aangeknoopt, geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid. De wetgever zou hier in kunnen grijpen door één punt te kiezen en in de wet neer te leggen.

De (redelijkheid en) billijkheid brengt in artikel 3:185 lid 1 BW, net als bij artikel 3:168 lid 2 BW, slechts tot uitdrukking dat de rechter een maatstaf dient aan te leggen die geen aanleiding kan geven tot verdenking van eenzijdigheid. Dit is een andere regel van redelijkheid en billijkheid dan die is terug te vinden in artikel 3:166 lid 3 jo. 6:2 BW. Het wekt dan ook verwarring om hiernaar te verwijzen als de redelijkheid en billijkheid wordt gebruikt in de rol van verwijzing naar de rechterlijke dispositie.

De inhoudsanalyse ten aanzien van peildata voor de waardebepaling van te verdelen goederen kan, samen met de categorisering van BREEDERVELD, door de wetgever als startpunt worden gebruikt om de vuistregel voor de peildatum voor de waardebepaling van een te verdelen goed nader in te kleden. Deze regel luidt dat de datum van de feitelijke verdeling als peildatum voor de waardebepaling van een te verdelen goed heeft te gelden, tenzij partijen anders zijn overeengekomen of op grond van de redelijkheid en billijkheid moet worden aanvaard (zoals bij het alleengebruik van een verbruiksgoed). Deze regel zou dan kunnen uitgroeien van vuistregel tot duidelijke subregel.

Voor zowel de waardebepaling van een goed als voor de waardebepaling van een onderneming lijkt de waarde in het economische verkeer als uitgangspunt te gelden. Opmerkelijk is dat het procesrecht bij deze categorie een grote rol heeft gespeeld.

Er was tot slot maar één uitspraak die geen betrekking had op een van voorgaande onderwerpen.

11 Bevindingen en aanbevelingen

Dit onderzoek is erop gericht een bijdrage te leveren aan de theorievorming over de redelijkheid en billijkheid en inzicht te verschaffen in de toepassing van de redelijkheid en billijkheid voor de personen- en familierechtspraktijk. Om dit te doen, is gekozen voor een triangulatie van onderzoeksmethoden. De juridisch-dogmatische methode, de (kwantitatief-beschrijvende) inhoudsanalyse en de kwalitatieve interviewmethode zijn, voor zover mogelijk, geïntegreerd toegepast. Over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk zijn reeds boekenkasten vol geschreven, maar het aandeel van rechtswetenschappelijk onderzoek op het gebied van het personen- en familierecht daarin is vrij gering. De theorie over de redelijkheid en billijkheid is thans met name gebaseerd op voorbeelden uit het algemene vermogensrecht en de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht is onderbelicht gebleven. Vandaar dat in dit onderzoek de volgende vraag centraal staat:

> *Hoe wordt de redelijkheid en billijkheid in de Nederlandse jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht toegepast en strookt deze toepassing met de rechtvaardigheid en de rechtszekerheid?*

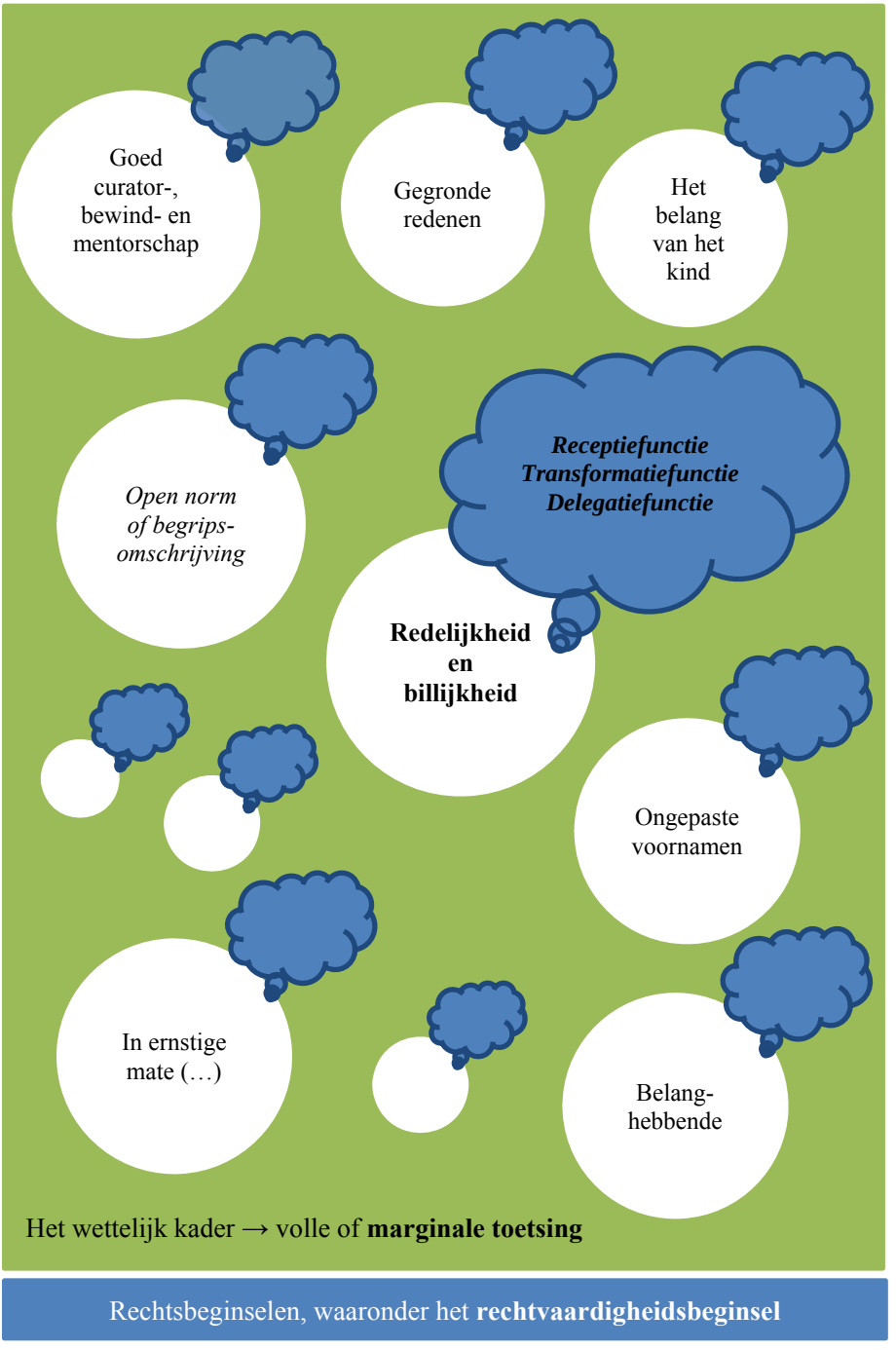
Met rechtvaardigheid wordt hierbij gedoeld op de individuele rechtvaardigheid, de mate waarin recht wordt gedaan aan de feiten en omstandigheden van het geval. De tweede toetsingsmaatstaf, rechtszekerheid, ziet op de duidelijkheid en voorspelbaarheid van de uitkomst van rechterlijke uitspraken voor burgers. In dit elfde en laatste hoofdstuk wordt getracht aan de hand van de bevindingen uit de voorgaande hoofstukken een antwoord te geven op deze vraag.

Hiertoe worden in paragraaf 11.1 eerst de bevindingen van dit onderzoek samengevat en wordt antwoord gegeven op de eerder geformuleerde deelvragen. Op deze wijze wordt duidelijk hoe de bevindingen van dit onderzoek zich verhouden tot de voor de onderzochte vraagstelling verschenen rechts-literatuur. Daarna worden in paragraaf 11.2 aanbevelingen gedaan aan rechtswetenschappelijke onderzoekers, de praktijk van het notariaat én de advocatuur, de wetgever en de rechter. In deze paragraaf worden aldus de praktische implicaties van dit onderzoek naar voren gebracht en wordt aangegeven hoe de gewenste (rechts)situatie er volgens de auteur uitziet.

11.1 Beantwoording van de onderzoeksvragen

Om antwoord te kunnen geven op de centrale onderzoeksvraag, zijn in paragraaf 1.2 elf deelvragen geformuleerd. In deze paragraaf wordt hierop eerst kort

antwoord gegeven op basis van de bevindingen uit de hoofdstukken 3 tot en met 10. Deze bevindingen zijn tot een geheel samengebracht in de figuren 11.1, 11.2 en 11.3. Wat wordt hier nu in afgebeeld? Het lichtgroene blok geeft het wettelijk kader weer en het lichtblauwe blokje de rechtsbeginselen (waaronder het rechtvaardigheidsbeginsel). Dit blokje is hier welbewust onder geplaatst, omdat deze beginselen geacht worden het fundament te vormen waarop het positieve recht berust. In de rechts(theoretische) literatuur, alsook in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht, wordt de redelijkheid en billijkheid (regelmatig) gebruikt als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel. De redelijkheid en billijkheid komt in de jurisprudentie daarnaast voor ter aanduiding dat er marginaal is getoetst. Bij marginale toetsing wordt, in tegensteling tot bij volle toetsing, enkel de rechtmatigheid in ruime zin van de uitoefening van een bepaalde vrijheid beoordeeld. Deze wijze van toetsing is te herkennen aan de formulering dat de handelende (niet) in redelijkheid tot zijn oordeel heeft kunnen komen. De ‘gaten’ in het lichtgroene blok stellen de open normen en begripsomschrijvingen voor die in het wettelijk kader (in het bijzonder in Boek 1 BW) voorkomen. In de gedachtewolk hangend boven de redelijkheid en billijkheid staan de drie methodische (oftewel: dogmatische) functies die in de Nederlandse rechtstheoretische literatuur aan de redelijkheid en billijkheid zijn toegedicht. Deze functies gelden voor alle open normen en begripsomschrijvingen, vandaar dat ook daarboven gedachtewolkjes zijn geplaatst. Ze geven aldus aan hoe deze open normen en begripsomschrijvingen zijn ingebed in het systeem van het vermogensrecht, dan wel van het privaatrecht als geheel. Hierna spelen deze figuren ook een rol bij de beantwoording van de deelvragen.



Figuur 11.1: De redelijkheid en billijkheid in het wettelijk kader

In de figuren 11.2 en 11.3 is ingezoomd op de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid heeft in principe twee kanten. Aan de ene kant is de redelijkheid en billijkheid een rechterlijke beslissingsnorm en aan de andere kant is de redelijkheid en billijkheid een gedragsnorm voor burgers. Dit geldt echter niet voor alle materiële functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid. Zo is de redelijkheid en billijkheid als verwijzing naar de rechterlijke dispositie enkel en alleen gericht tot de rechter.

Figuur 11.2: De redelijkheid en billijkheid groter in beeld, ene kant van de munt

Daarnaast is de redelijkheid en billijkheid wat betreft artikel 6:258 BW slechts deels aan te merken als een gedragsnorm voor burgers. Hoe dit precies zit, wordt hieronder bij de beantwoording van deelvraag 1 toegelicht.

Figuur 11.3: De redelijkheid en billijkheid groter in beeld, andere kant van de munt

1. Wat wordt en moet onder de redelijkheid en billijkheid worden verstaan?
Deze deelvraag is in hoofdstuk 3 vanuit verschillende invalshoeken bekeken: die van de wetgever van het nieuw Burgerlijk Wetboek, de geïnterviewde feitenrechters en de rechtswetenschappelijke doctrine. De wetgever van het nieuw Burgerlijk Wetboek heeft, om misverstand te voorkomen, voor het begrippenpaar *redelijkheid en billijkheid* gekozen ter aanduiding van de objectieve goede trouw van het handelen en ter onderscheiding van de subjectieve goede trouw van het niet (beter) weten. De objectieve goede trouw gaat terug op het Romeinse recht. Daarnaast klonk in deze oude term zowel het opgewekte vertrouwen als de trouw aan het gegeven woord door. Hoewel de hiervoor genoemde terminologische wijziging, vanwege het daarmee gepaard gaande verlies van de band met het verleden en het beeldende vermogen daarvan, kan worden betreurd, lijkt deze wijziging inmiddels zo ver te zijn ingevoerd dat er geen weg meer terug is. Bovendien was er, naar algemeen wordt aangenomen, geen materiële wijziging beoogd. De wetgever heeft de woorden *redelijkheid* en *billijkheid* zowel als koppel als individueel gebruikt. Aan dit verschil lijkt, gelet op de opmerkingen daarover van de regeringscommissaris van Boek 6 BW, evenwel geen juridische betekenis te moeten worden toegekend. In de inhoudsanalyse is dan ook los op beide termen

gezocht. De kwalificatie van de redelijkheid en billijkheid als hendiadys door de regeringscommissaris maakt daarnaast, ondanks dat dit begrippenpaar niet aan de werkelijke betekenis van deze stijlfiguur voldoet, duidelijk dat de redelijkheid en billijkheid als één onlosmakelijk geheel is bedoeld. In dit onderzoek is daarom steeds de enkelvoudige vorm gebruikt.

Definiëring van de redelijkheid en billijkheid is, zoals uit de interviews is gebleken, uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk. Dit wordt dan ook niet geprobeerd. Bij de geïnterviewde feitenrechters riep de redelijkheid en billijkheid verschillende voorstellingen op. Deze voorstellingen kunnen met de volgende steekwoorden worden samengevat: *rechtsgevoel/rechtsbewustzijn*: *gerechtvaardigd vertrouwen*; *belangen van betrokkenen*; *rechtvaardigheids-beginsel*; *corrigerende functie*; *middel om maatwerk te kunnen leveren*; en '*stoplap*'.

Rechtswetenschappelijke onderzoekers zijn verdeeld over de vraag of de redelijkheid en billijkheid (primair) moet worden gezien als een *rechterlijke beslissingsnorm* of als een *gedragsnorm voor burgers*. Deze hevige pennenstrijd is met name gevoerd door HESSELINK en BAKKER. De eerste heeft verdedigd dat de redelijkheid en billijkheid niets anders is dan een spreekbuis van nieuwe regels, dan wel een dekmantel voor rechtsvorming. De rechter zou bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid dan ook enkel zijn aangewezen op zijn eigen (rechts)opvattingen. BAKKER heeft daartegenover betoogd dat de redelijkheid en billijkheid een gedragsnormerende kracht bezit die zich los van het oordeel van de rechter in de rechtsverhouding van partijen openbaart. Het gevolg van deze beredeneerde aanname van BAKKER is dat de rechter niet zijn eigen maatstaf is, maar het objectieve recht toepast, wanneer hij de redelijkheid en billijkheid hanteert. Dat partijen ten tijde van het gewraakte handelen niet wisten wat dit recht inhield, doet hier zijns inziens niet aan af. Toen de geïnterviewde feitenrechters werd gevraagd positie te kiezen in deze pennenstrijd, bleken meerdere van hen hier moeite mee te hebben. Naar eigen zeggen kwam dit doordat de gerichtheid van de redelijkheid en billijkheid verschilt al naar gelang waarvoor zij is geschreven. Dit heeft de aanzet gegeven tot een meer genuanceerde visie. Deze eigen visie wordt toegelicht aan de hand van de figuren 11.2 en 11.3 (waarbij wordt ingezoomd op de redelijkheid en billijkheid als afgebeeld in figuur 11.1). Hierbij wordt enigszins vooruitgelopen op het antwoord op deelvraag 6 over de functies en andere rollen die de redelijkheid en billijkheid vervult in concrete gevallen op het gebied van het personen- en familierecht.

De redelijkheid en billijkheid als rechterlijke beslissingsnorm en de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm voor burgers kunnen, zoals W. SNIJDERS heeft opgemerkt, en eerder al NIESKENS-ISPHORDING, in beginsel worden voorgesteld als twee kanten van dezelfde munt. De *lex specialis* van

artikel 6:258 BW aangaande onvoorziene omstandigheden is echter uitdrukkelijk gericht tot de rechter. Het is in beginsel aan hem om wijziging aan te brengen in de gevolgen van de overeenkomst of deze overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden. Zoals PELETIER heeft bepleit, zullen partijen onder bepaalde omstandigheden evenwel bereid zijn, dan wel bereid moeten worden geacht om over het oorspronkelijk overeengekomene te heronderhandelen. Deze heronderhandelingswens/-plicht wordt gezien als buitengerechtelijk alternatief voor rechterlijk ingrijpen bij onvoorziene omstandigheden. Dit is de reden waarom in figuur 11.3 achter onvoorziene omstandigheden tussen haakjes *deels* staat. Daarnaast lijkt de redelijkheid en billijkheid in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht − alsook in de wet, zoals in artikel 3:185 lid 1 BW over de vaststelling van de wijze van verdeling − soms niet te verwijzen naar het ongeschreven objectieve recht, maar naar de rechterlijke dispositie. Dit lijkt, zoals ABAS in zijn reactie op de beperkte vergoeding die Anna Kriek ontving in het onder juristen beroemde arrest *Kriek/Smit* (HR 10 januari 1992) veronderstelde, gevolgen te hebben voor de toetsbaarheid in cassatie. In die gevallen lijkt er, zoals HESSELINK ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid in het algemeen heeft bepleit, niet één, juiste beslissing te zijn. De redelijkheid en billijkheid dient alsdan enkel om de rechter erop te wijzen dat hij een maatstaf dient aan te leggen die geen aanleiding kan geven tot verdenking van eenzijdigheid (wat verklaart waarom de redelijkheid en billijkheid in deze rol enkel in figuur 11.2 is opgenomen en niet in figuur 11.3). Ter discussie kan worden gesteld of een dergelijke instructie in de huidige tijd, waarin het vertrouwen in de rechterlijke macht hoog is, niet kan worden gemist. Enkele geïnterviewde feitenrechters meenden dat een verwijzing naar de rechterlijke dispositie bij een begroting casu quo een schatting een holle kreet is.

2. Wat zijn vanuit een juridisch-dogmatisch perspectief de voor- en nadelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm?

Deze deelvraag is in hoofdstuk 5 beantwoord. Daarin is geconcludeerd dat de heersende opvatting lijkt te zijn dat de voordelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm duidelijk opwegen tegen de nadelen daarvan. Wat zijn deze voordelen ook alweer? En hebben deze ook te gelden voor het personen- en familierecht? De redelijkheid en billijkheid biedt flexibiliteit. Zij is soepel toepasbaar op uiteenlopende situaties, ook op situaties waarin de wetgever niet heeft voorzien. Met behulp van de redelijkheid en billijkheid kan aldus worden ingespeeld op veranderende maatschappelijke omstandigheden en inzichten. Dit voordeel weegt in het personen- en familierecht, waar de maatschappelijke omstandigheden en inzichten relatief snel veranderen, zwaar. De rechter zal bij maatschappelijk en politiek gevoelige onderwerpen zo nu en dan een voortrekkersrol in de rechtsontwikkeling dienen

te vervullen. Een ander voordeel van de redelijkheid en billijkheid is dat zij maatwerk toestaat. Ook dit is bij familierechtelijke rechtsverhoudingen, die in de regel voor langere duur en weinig zakelijk ingestoken zijn, van groot belang. Wettelijke en contractuele regels, alsook regels van gewoonterecht en van redelijkheid en billijkheid, kunnen op grond van de redelijkheid en billijkheid worden gecorrigeerd, indien deze regels in een voorgelegd geval onredelijk en onbillijk uitvallen. In het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht lijkt aan deze materiële functie van de redelijkheid en billijkheid, uitgaande van de onderzochte uitspraken in de inhoudsanalyse, de meeste behoefte te bestaan, al is de externe validiteit van deze uitkomst (vermoedelijk) beperkt en is niet uitgesloten dat een van de andere materiële functies of rollen buiten rechte belangrijker is. Als laatste voordeel is gevonden dat open normen als de redelijkheid en billijkheid kunnen leiden tot binding aan alternatieve regelgeving (zoals het Rapport alimentatienormen). In het personen- en familierecht zijn, voor zover bij de auteur bekend, echter geen voorbeelden te vinden van alternatieve regelgeving die via de redelijkheid en billijkheid het recht is binnengehaald.

Ten aanzien van de nadelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm is geconcludeerd dat deze door BARENDRECHT in zijn proefschrift (vermoedelijk: bewust) sterker zijn aangezet dan ze zich in werkelijkheid doen gevoelen. Zo berusten een verlies aan rechtszekerheid (in de zin van duidelijkheid en voorspelbaarheid van de uitkomst van rechterlijke uitspraken voor burgers) en een dreigende stilstand van de rechtsontwikkeling, de door hem als belangrijkste aangemerkte nadelen, op het standpunt dat de kennis over rechtvaardigheid door het gebruik van open normen als de redelijkheid en billijkheid verloren gaat. Dit is echter – ook volgens de geïnterviewde feitenrechters – niet het geval. Deze kennis wordt in plaats van in de wettelijke norm opgeslagen in de jurisprudentie en de rechtsliteratuur. Toegegeven zij dat de toepassing van de redelijkheid en billijkheid op een relatief nieuw geval in het begin tot rechtsonzekerheid zal leiden, omdat voor burgers niet duidelijk is hoe de redelijkheid en billijkheid in dit type geval dient te worden ingevuld. Na verloop van tijd komt hier echter – als het goed is – verandering in. De hoeveelheid rechterlijke uitspraken en rechtsliteratuur over dit type geval neemt toe. Wanneer de rechtszekerheids- en de redelijkheids- en billijkheidsbelangen daarin worden omlijnd, wordt (op voorhand) duidelijk welke rechtswaarde in concreto moet winnen. BARENDRECHT heeft deze en de andere zeven nadelen opgevoerd als pleidooi voor een normenstelsel met meer gesloten normen, waarbij de binding aan het recht wordt losgelaten. Dit alternatief is echter niet overtuigend, omdat het rechtszekerheidsprobleem daarmee slechts lijkt te worden verschoven naar de vraag wanneer regels mogen, dan wel moeten worden losgelaten.

3. Hoe vindt de rechterlijke oordeelsvorming omtrent de redelijkheid en billijkheid plaats?

Deze deelvraag handelt over de heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming en is aan de orde gesteld in hoofdstuk 6. Dit hoofdstuk begint met de enuntiatieve opsomming die de wetgever in artikel 3:12 BW heeft gegeven van bronnen waaruit de redelijkheid en billijkheid kan worden gekend. Deze opsomming heeft de wetgever gegeven om de rechter te helpen bij zijn zoektocht naar de eisen (casu quo maatstaven) van redelijkheid en billijkheid, nu deze niet mag afgaan op zijn eigen subjectieve redelijkheids- en billijkheidsgevoel. Dit wetsartikel maakt evenwel niet duidelijk hoe de inhoud van deze kenbronnen kan worden vastgesteld en hoe de weging daarvan plaats kan vinden. De geïnterviewde feitenrechters ervaren dit wetsartikel dan ook wel als behulpzaam, maar slechts in bepaalde mate. Wat betreft 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen' hebben ze opgemerkt daarvan op de hoogte te komen door kranten te lezen, tv te kijken, naar de radio te luisteren, (on)betaalde nevenfuncties uit te oefenen, deel te nemen aan het verenigingsleven en door hun werkzaamheden bij het gerecht zelf.

De rechter wordt bij de concretisering, en tegelijkertijd objectivering, van de redelijkheid en billijkheid tevens geholpen door de in de jurisprudentie en de rechtsliteratuur ontwikkelde rechtsvindingstechnieken, waaronder de vergelijkingsmethode van WIARDA, gevalsvergelijking op basis van precedenten, de ontwikkeling van omstandighedencatalogi en de *Fallgruppen*-methode. Welke van deze rechtsvindingstechnieken het beste kan worden ingezet, hangt af van het aantal vergelijkbare, reeds beoordeelde gevallen. De vergelijkingsmethode van WIARDA leent zich met name voor situaties waarin zich nog geen vergelijkbare gevallen hebben voorgedaan in de jurisprudentie. Deze methode houdt in dat er meerdere, fictieve varianten op het voorgelegde twijfelgeval worden voorgesteld, waarin de oplossing wél of beter duidelijk is. De argumentatiewaarde van deze rechtsvindingstechniek is kwantitatief gezien, ook in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht (waarin slechts vijf keer op een of andere manier gebruik is gemaakt van gevalsvergelijking), te verwaarlozen. De geïnterviewde feitenrechters lichtten dit onder andere toe door te wijzen op de kwetsbare positie waarin ze hun oordeel hierdoor zouden stellen. Dit zou op zichzelf evenwel geen reden mogen zijn om hiervan af te zien. Zodra een bepaald gebied verder ontgonnen is, kan het gegeven geval, in plaats van met fictieve varianten daarop, ook worden vergeleken met reeds door de rechter beoordeelde gevallen. Deze rechtsvindingstechniek wordt in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht veel vaker gebruikt. Als de rechtsontwikkeling ten aanzien van het voorgelegde geval nog verder is voortgeschreden, is het (ook) mogelijk om een omstandighedencatalogus te ontwikkelen. Dit is een

opsomming van omstandigheden die relevant (kunnen) zijn voor de invulling van een open norm als de redelijkheid en billijkheid voor een bepaald type geval. Opmerkelijk is, zeker gezien de positieve reacties in de interviews over de dienstigheid van dergelijke catalogi, dat hier in de uitspraken uit de inhoudsanalyse slechts drie keer gebruik van is gemaakt. Tot slot kan de rechter, daarbij al dan niet geholpen door de rechtsliteratuur, typische groepen van gevallen vaststellen, in het Duits *Fallgruppen* geheten. Dit kan hij doen door uitspraken waarin soortgelijke feiten en omstandigheden doorslaggevend zijn geweest voor de toepassing van de redelijkheid en billijkheid bij elkaar te zoeken of, andersom, door te kijken welke uitspraak exemplarisch is (genoemd) en daar de 'volggevallen' omheen te groeperen. Uit deze typische groepen van gevallen kunnen vervolgens duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten worden afgeleid.

Bij de oordeelsvorming over de redelijkheid en billijkheid neemt de rechterlijke intuïtie, aldus het gevoelsmatige, evenwel een vooraanstaande plaats in. De rechterlijke intuïtie vormt het startpunt van de rechterlijke oordeelsvorming. Er is echter sprake van meer dan alleen een 'gevoel'. Rechtswetenschappelijke onderzoekers, alsook de geïnterviewde feitenrechters, zijn ervan overtuigd dat de rechterlijke intuïtie deels wordt gevormd door de kennis en ervaring die de rechter eerder heeft opgedaan. Wanneer het de rechter niet lukt om zijn intuïtieve oordeel in te kleden met juridisch-rationele argumenten, merkt hij dit oordeel aan als niet juist en stelt hij dit bij, aldus de geïnterviewde feitenrechters. De heuristische fase en de legitimatiefase kunnen in de praktijk aldus, hoewel dit voor de beeldvorming wel goed zou zijn, niet uit elkaar worden gehouden. Over het proces van rechterlijke oordeelsvorming zelf is in het privaatrecht nog (relatief) weinig bekend.

4. Welke functies vervult de redelijkheid en billijkheid in het systeem van het vermogensrecht, dan wel van het privaatrecht als geheel?

Deze deelvraag is in het begin van hoofdstuk 7 aan bod gekomen. Daarin hebben we gezien dat de redelijkheid en billijkheid volgens REURICH en MEMELINK, net als andere open normen en begripsomschrijvingen (vandaar dat ook daarbij gedachtewolkjes staan in figuur 11.1), drie methodische (oftewel: dogmatische) functies heeft: de *receptiefunctie*; de *transformatiefunctie*; en de *delegatiefunctie*. Deze functies geven aan hoe de redelijkheid en billijkheid is ingebed in het systeem van het vermogensrecht, dan wel van het privaatrecht als geheel. De redelijkheid en billijkheid wordt ten eerste geacht ervoor te zorgen dat het recht niet te ver verwijderd raakt van de maatschappelijke realiteit, doordat haar inhoud krachtens artikel 3:12 BW kan worden gekend uit 'buiten-juridische' bronnen. Ten tweede wordt de redelijkheid en billijkheid geacht ruimte te creëren voor (zelfstandige) rechtsontwikkeling door de rechter. Van

hem wordt namelijk verlangd dat hij zelf de toepasselijke regel ontwikkelt, indien er geen sociale normen bestaan volgens welke het voorgelegde geschil kan en/of dient te worden beschouwd. Hierbij dient hij mee te bewegen met de maatschappelijke omstandigheden en inzichten (zie ook de voordelen als genoemd bij deelvraag 2), die hem als inspiratiebronnen ter beschikking staan. Van hem wordt aldus een actieve houding verwacht, zij het dat hij de wetgever niet voor de voeten mag lopen. Rechters op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht hebben zich met enige regelmaat, getuige bijvoorbeeld de jurisprudentie aangaande vergoedingsrechten, een dergelijke houding aangemeten. Dit lijkt hen natuurlijk af te zijn gegaan, wat kan worden verklaard door de aard van het rechtsgebied. Het personen- en familierecht is een voorbeeld van een gebied waar het, vanwege maatschappelijke en politieke gevoeligheden, 'normaal' is dat de rechter zo nu en dan het voortouw in de rechtsontwikkeling neemt. Een andere verklaring hiervoor kan zijn dat rechters op dit gebied gewend zijn ook actief op te treden ten aanzien van de feiten. Ze hebben, naar eigen zeggen, het verlangen om op een zo duurzaam mogelijke wijze recht te doen (en aldus te kijken naar de achterliggende problematiek). Ten derde wordt (de opneming van) de redelijkheid en billijkheid (in het Burgerlijk Wetboek) geacht het optreden van de rechter als wetgever-plaatsvervanger te rechtvaardigen. De redelijkheid en billijkheid vervult deze functie in het personen- en familierecht echter niet ten volle, nu de artikelen 6:248 en 6:258 BW in artikel 6:216 BW slechts van overeenkomstige toepassing zijn verklaard op andere meerzijdige *vermogens*rechtelijke rechtshandelingen.

5. Welke vereisten stelt de wet aan de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is?
Als enkel wordt gekeken naar het positieve recht, kan het antwoord op deze deelvraag kort zijn. In hoofdstuk 8 hebben we gezien dat de wet(sgeschiedenis), naast de algemene motiveringsvereisten voor vonnissen (arresten en beschikkingen), voor de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is slechts één specifiek motiveringsvereiste stelt. De rechter dient rekenschap te geven van de eventuele rechtsbeginselen die hij op het oog heeft gehad – alsook, naar wordt aangenomen, van de in Nederland levende rechtsovertuigingen – en van de belangen die hij heeft laten meewegen (zie PARL. GESCH. NBW BOEK 3 (Inv. 3, 5 en 6), MvT Inv., p. 1036 en artikel 3:12 BW). Hij zou dan ook vaak niet mogen volstaan met een blote opsomming van de feiten en omstandigheden die voor hem beslissend zijn geweest.

In de uitspraken uit de inhoudsanalyse (de 34 uitspraken van de Hoge Raad en 75 uitspraken van lagere rechters op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht) lijkt dit motiveringsvereiste niet consequent te

zijn nageleefd. Een verwijzing naar een van de kenbronnen van artikel 3:12 BW is slechts bij enkele geschilpunten waargenomen. Daarnaast is bij gevallen waarin is verwezen naar de feiten en omstandigheden van het geval als zodanig slechts 5 van de 25 keer aangewezen welke feiten en omstandigheden beslissend zijn geweest (wel zijn de feiten en omstandigheden 22 van de 25 keer afzonderlijk benoemd). Dit lijkt kansen te bieden voor hoger beroep en cassatie.

Als we tevens kijken naar hoe het recht er idealiter uit zou zien, kan het volgende worden geconcludeerd. Gelet op de functies die de motivering van rechterlijke uitspraken heeft (*de controlefunctie, de explicatiefunctie en de inscherpingsfunctie*), kunnen aanvullende eisen worden gesteld aan de motivering van een 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel', dan wel kan invulling worden gegeven aan het controleerbaarheids- en aanvaardbaarheidsvereiste als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 4 juni 1993. Deze functies houden in dat het oordeel wordt gelegitimeerd, wordt uitgelegd op welke gronden het oordeel steunt en het oordeel de rechter ervan doordringt zijn beweegredenen goed te overdenken. Uit de interviews is gebleken dat de feitenrechters de tweede functie het meest voor ogen hebben. Als aanvullende eis, dan wel als invulling van het controleerbaarheids- en aanvaardbaarheidsvereiste, kan worden gesteld dat de motivering (met name bij de formulering van duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten), om de *check* van politici − regering en parlement − op de rechtsvorming door de rechter mogelijk te maken, zodanig moet worden ingekleed dat een dialoog met hen mogelijk is. Er dient te worden aangegeven welke feiten en omstandigheden in abstracto relevant zijn voor de oplossing van het onderhavige (type) geval en welk gewicht aan ieder van deze feiten en omstandigheden toekomt. Dit hangt onder andere af van de rechtszekerheids- en de redelijkheids- en billijkheidbelangen die daarachter schuilgaan. Deze dienen voor het onderhavige (type) geval dan ook te worden omlijnd. Daarnaast is het voor de explicatie van de motivering niet voldoende om enkel te verwijzen naar een van de kenbronnen van artikel 3:12 BW als zodanig, ook de inhoud daarvan dient te worden vastgesteld. Dit is des te belangrijker nu het gaat om een bron van ongeschreven recht. De rechter moet, meer in het algemeen, begrijpelijk maken waarom hij heeft beslist, zoals hij heeft gedaan. Hij dient zich hierbij vooral te richten tot de verliezer. Aangezien er (ook bij verzoekschriftprocedures) in zekere zin altijd een verliezer is, maakt het voor de omvang van de motivering niet uit of het beroep op de redelijkheid en billijkheid wordt toe- dan wel afgewezen. De mate waarin het beroep op de redelijkheid en billijkheid de hoofdzaak van het geding betreft, is door de geïnterviewde feitenrechters als een relevante factor voor de omvang van de motiveringsplicht genoemd. Deze opvatting is begrijpelijk, maar lastig in zijn algemeenheid te beoordelen. Wanneer kan worden gezegd dat iets tot de hoofdzaak behoort? Maakt het hiervoor uit hoe omvangrijk de rechtsgevolgen

van het beroep op de redelijkheid en billijkheid zijn? En doet de relatieve verhouding ten opzichte van de andere onderdelen van het beroep ter zake? Voor de aanvaardbaarheid van het rechterlijk oordeel kan het helpen om niet alleen de belangen van partijen weer te geven, maar deze tevens in het licht van toe- en afwijzing van het beroep op de redelijkheid en billijkheid te plaatsen, zodat de procespartijen kunnen zien dat hier rekening mee is gehouden. De explicatie kan ook zijn bedoeld voor anderen dan de procespartijen. In dat geval is een opmerking als dat er onvoldoende argumenten voor toewijzing van het beroep zijn aangevoerd en dat ook het gerecht zelf geen reden ziet om ambtshalve van de (wettelijke (hoofd))regel af te wijken (meer in het algemeen: de redelijkheid en billijkheid toe te passen), niet acceptabel, ook niet als het oordeel rechtstreeks is gegrond op de wet en/of ingeval het evident is dat niet aan het toetsingscriterium (van onaanvaardbaarheid) is voldaan. De indirect geadresseerden van de motivering weten dan namelijk niet waarom de aangevoerde argumenten niet voldoende zijn voor het slagen van een beroep op de redelijkheid en billijkheid. Eventueel zou een voorbeeld kunnen worden gegeven van (een) bijkomstig(e) feit(en) en/of omstandighe(i)d(en) die nodig is/zijn voor het slagen van een beroep op de redelijkheid en billijkheid. Wat voor de een evident is, hoeft dit voor de ander bovendien nog niet te zijn. Ook verdient het in deze gevallen aanbeveling uit te leggen hoe het oordeel past in het rechtssysteem. Dit gebeurt thans in het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht al, met name door een verwijzing naar andere uitspraken (*precedenten*).

In hoofdstuk 7 hebben we daarenboven gezien dat volgens de Hoge Raad uit de motivering van de rechterlijke uitspraak kenbaar moet zijn welke materiële functie van de redelijkheid en billijkheid in het geding is, althans of het gaat om uitleg dan wel correctie, en aldus welk toetsingscriterium de feitenrechter daartoe heeft aangelegd. Op basis van de inhoudsanalyse is voorzichtig geconcludeerd dat de toepassingsvorm waarin de redelijkheid en billijkheid is gehanteerd door de rechter doorgaans uit de motivering van de (gepubliceerde) rechterlijke uitspraken over het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht is af te leiden. Dit is echter lang niet altijd eenvoudig, wat ervoor pleit om steeds expliciet te vermelden in welke materiële functie of andere rol de redelijkheid en billijkheid is toegepast.

6. Welke functies en andere rollen vervult de redelijkheid en billijkheid in concrete gevallen op het gebied van het personen- en familierecht?

De functies die de redelijkheid en billijkheid in concrete gevallen vervult, worden, zoals we in hoofdstuk 7 hebben gezien, de *materiële* functies van de redelijkheid en billijkheid genoemd. Deze functies bevinden zich, anders dan de daarvan te onderscheiden methodische functies (zie het antwoord op deelvraag

4), op het microniveau van de individuele casus. Volgens de heersende opvatting in de algemene vermogensrechtelijke literatuur heeft de redelijkheid en billijkheid drie functies, te weten uitleg, aanvulling, en correctie (van de rechtsgevolgen) van de overeenkomst. Het onderscheiden van deze functies maakt het denkproces inzichtelijk en daarmee controleerbaar. Er kan daardoor worden getoetst of het juiste toetsingscriterium is aangelegd, zoals ook de Hoge Raad heeft geoordeeld. Daarenboven wordt hierdoor de autonomie van de overeenkomst sluitende personen erkend. Eerst wordt door middel van uitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid vastgesteld welke inhoud partijen aan de overeenkomst hebben willen geven en of partijen bepaalde kwesties ongeregeld hebben gelaten. De Hoge Raad heeft, naar eigen zeggen, in een aantal standaardarresten een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid gegeven voor de in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende typen gevallen. Voor de uitleg van schriftelijke overeenkomsten heeft de maatstaf die de Hoge Raad in het arrest *Ermes c.s./Haviltex* (HR 13 maart 1981) heeft gegeven als uitgangspunt te gelden. Deze maatstaf houdt in dat een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van een overeenkomst niet doorslaggevend is. Het komt aan op

> ‘de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’.

Deze maatstaf kan, zoals uit latere jurisprudentie is gebleken, echter ook objectief worden toegepast, onder andere vanwege de aard van de overeenkomst. De rechter mag dan, behoudens te leveren tegenbewijs, beslissend gewicht toekennen aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin de overeenkomst is gesteld. Indien na uitleg is gebleken dat de overeenkomst een of meer leemtes vertoont, wordt de overeenkomst onder andere aangevuld door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Deze aanvullende functie vindt, naar wordt aangenomen, van rechtswege plaats. De opvatting dat het beste aan de rechter kan worden overgelaten in welke volgorde naar de aanvullende bronnen van objectief recht (zie artikel 6:248 lid 1 BW) moet worden gegrepen, lijkt hiermee in tegenspraak. Wanneer de rechtsgevolgen van een overeenkomst ten slotte onrechtvaardig uitpakken, kan de redelijkheid en billijkheid nog corrigerend werken door een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet, of niet geheel, van toepassing te laten zijn. Dit wordt de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid genoemd. Hiervan is, vanwege de hoge drempel van onaanvaardbaarheid, slechts bij hoge uitzondering sprake. Indien dit zo is, constateert de rechter die dit vaststelt enkel wat rechtens tussen partijen heeft te

gelden. In dit onderzoek zijn twee preciseringen van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid besproken: rechtsverwerking en onvoorziene omstandigheden. Van rechtsverwerking is sprake indien een schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht. Dit kan op twee gronden: opgewekt vertrouwen en onredelijke benadeling. De eerste grond lijkt zijn rechtvaardiging op de eerste plaats te vinden in het rechtszekerheidsbeginsel en de tweede grond in het rechtvaardigheidsbeginsel. Om deze reden kan rechtsverwerking op grond van onredelijke benadeling een beperkter gevolg hebben dan het geheel niet meer geldend maken van het betrokken recht. Bij onvoorziene omstandigheden gaat het er om dat zich na het sluiten van de overeenkomst omstandigheden voordoen waar partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet in hebben voorzien. Deze precisering wijkt in die zin van de corrigerende functie af dat hier een beroep op moet worden gedaan (wat evenwel ook kan bij wege van verweer, dan wel in antwoord op een verweer van de gedaagde/verweerder), er sprake is van een constitutief vonnis en het toetsingscriterium (wat betreft de wijzigingsbevoegdheid) tussen artikel 6:248 lid 1 en lid 2 BW in zit. Uit de interviews is af te leiden dat het onderscheid tussen uitleg, aanvulling en correctie niet door alle (geïnterviewde feiten)rechters al wordt gemaakt in de heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming (of, indien het beroep op de redelijkheid en billijkheid wordt afgewezen, zelfs in het geheel niet, aldus ook niet in de legitimatiefase). In de gecodeerde en geanalyseerde uitspraken, die alle waren gelegen op het gebied van het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht, is de verhouding tussen uitleg, aanvulling en correctie: 34:8:93. Dat de aanvullende functie zo weinig is waargenomen, is, gelet op het feit dat partijen op dit gebied veel naar eigen inzicht mogen regelen, waardoor de verwachting bestaat dat deze regels uitlegging en aanvulling behoeven, opmerkelijk. Ook is opmerkelijk dat het bij correctie bijna even vaak ging om een tussen partijen geldende wettelijke regel als om een tussen partijen geldende regel die gold krachtens een rechtshandeling en bovendien dat het aantal keer dat een beroep daarop is geslaagd hoger ligt dan bij een tussen partijen geldende regel op basis van een rechtshandeling.

In de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht verwijst de redelijkheid en billijkheid echter niet steeds naar een van de materiële functies − hetzelfde geldt waarschijnlijk ook voor de jurisprudentie op het gebied van het algemene vermogensrecht, maar is nooit onderzocht. De redelijkheid en billijkheid lijkt daarin ook te worden gebruikt als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel, als verwijzing naar de rechterlijke dispositie en als aanduiding dat er marginaal is getoetst. Deze andere rollen van de redelijkheid en billijkheid lijken, net als de materiële functies daarvan, te zien op

de rol die de redelijkheid en billijkheid speelt voor concrete (vermogensrechtelijke) rechtsverhoudingen. Wat houden deze andere rollen in? Om met de redelijkheid en billijkheid als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel te beginnen: dit beginsel is enerzijds geconcretiseerd in het positieve recht en geeft anderzijds aan in welke richting de oplossing van een geschil(punt) kan worden gevonden wanneer het positieve recht hierover zwijgt. Het rechtvaardigheidsbeginsel is een van de algemeen erkende rechtsbeginselen, die het fundament vormen waarop het positieve recht berust (als aangegeven in het lichtblauwe blokje in figuur 11.1). Een voorbeeld van een concretisering daarvan lijkt in de inhoudsanalyse vier keer te zijn gevonden bij de bijzondere verknochtheid van een goed. De redelijkheid en billijkheid is volgens vaste jurisprudentie in de maatstaf daarvan verdisconteerd door de invloed die daarin wordt toegekend aan de maatschappelijke opvattingen. De redelijkheid en billijkheid als verwijzing naar de rechterlijke dispositie is, zoals we bij de beantwoording van deelvraag 1 hebben gezien, een rechterlijke beslissingsnorm. Deze norm brengt tot uitdrukking dat de rechter zijn beslissing naar eer en geweten, oftewel naar goede justitie, dient te nemen, met inachtneming van alle belangen. De rechter lijkt zijn beslissing hiermee te (moeten) motiveren in situaties waarin het belangrijker is dat er een beslissing wordt genomen, dan welke beslissing er wordt genomen, en in (andere) situaties waarin het punt waarop het rechterlijk oordeel niet verder kan worden gerationaliseerd zich sneller aandient dan 'normaliter'. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse is deze andere rol van de redelijkheid en billijkheid 33 keer waargenomen, aldus 1 keer minder dan de materiële functie *uitleg*. De redelijkheid en billijkheid lijkt tot slot ook te worden gebruikt om aan te duiden dat er marginaal is getoetst. Dit wil zeggen dat de rechterlijke toetsing niet volledig is geweest, maar ook niet was uitgesloten (zie figuur 11.1). Enkel de rechtmatigheid in ruime zin van de uitoefening van een bepaalde vrijheid (van bijvoorbeeld de uitvoerende macht of van het gezin) is beoordeeld. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse lijkt de redelijkheid en billijkheid geen enkele keer in deze zin te zijn gebruikt, wat ook niet werd verwacht, nu het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht geen publiekrechtelijke elementen kent. In de eerst geselecteerde uitspraken van de andere deelgebieden van het personen- en familierecht is deze rol wel aangetroffen: een keer ging het hierbij om de vrijheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand om de eedsaflegging en huwelijksaangifte te weigeren en de andere keer om de vrijheid van de burgemeester om een huisverbod op te leggen en te verlengen. De betekenis van de redelijkheid en billijkheid in de zin van *rechtvaardigheid* en *rechterlijke dispositie* zijn ook genoemd door de geïnterviewde feitenrechters als reactie op de vraag of ze de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* in de door hen gewezen uitspraken ook in (een) andere betekenis(sen) dan een van de materiële functies gebruiken, en zo ja, in welke.

7. Hoe worden 'redelijkheids- en billijkheidsoordelen' in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht onderbouwd?
Deze deelvraag kan uiteindelijk alleen voor het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht worden beantwoord, nu dit deelgebied in de inhoudsanalyse van stratum tot onderzoekspopulatie is verheven. Zoals in hoofdstuk 8 is toegelicht, zijn in de inhoudsanalyse zes typen onderbouwingen onderscheiden: 1. bronnen; 2. context; 3. belangen; 4. hulpmiddelen; 5. Proces- (rechtelijke argumenten); en 6. andere/gevalspecifieke argumenten (behorende tot de restcategorie). Dit is van belang omdat aan deze onderscheiden typen verschillend gewicht lijkt toe te komen. De geïnterviewde feitenrechters hebben een combinatie van belangen en context hiërarchisch het belangrijkst bevonden. Door het benoemen van de belangen zou namelijk dicht bij het individuele geval worden gebleven, maar zonder de context te schetsen, zou niet kenbaar zijn waarom bepaalde belangen zwaarder wegen dan andere belangen. In de inhoudsanalyse is een dergelijke combinatie echter maar bij 7 van de 169 geschilpunten waargenomen. In totaal is 13 keer verwezen naar belangen en 66 keer naar context. Daarna werd het type onderbouwing *bronnen* het krachtigste beoordeeld door de geïnterviewde feitenrechters. Hiernaar is in de inhoudsanalyse in totaal 89 keer verwezen, het op een na meest. Het meest is verwezen naar gevalspecifieke argumenten (103) behorende tot de restcategorie (104). De rechters die deze uitspraken hebben gewezen, lijken het aldus, net als de geïnterviewde feitenrechters, belangrijk te vinden om dicht bij het individuele geval te blijven. De onderbouwing van het 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel' is in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht over het geheel genomen, gelet op het aantal woorden, kort te noemen. Het vaakst is een motivering tussen de 101 en 200 woorden aangetroffen.

8. Wat is het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht?
Voor het antwoord op deze deelvraag moeten we teruggrijpen op de hoofdstukken 4, 8 en 9. De artikelen 6:248 en 6:258 BW worden in artikel 6:216 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op andere meerzijdige *vermogens*rechtelijke rechtshandelingen (dan de verbintenis scheppende obligatoire overeenkomsten van artikel 6:213 lid 1 BW), voor zover de strekking van deze bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet. Wanneer van deze uitzondering sprake is, is (uit de uitspraken) niet duidelijk. Een degelijk uitzonderingsgeval laat zich ook moeilijk denken. In de wettelijke bepalingen over (partner)alimentatie zijn daarnaast ook enkele verdere preciseringen van artikel 6:258 BW neergelegd. Ingevolge (artikel 3:166 lid 3 jo.) 6:2 BW beheerst de redelijkheid en billijkheid ook de

rechtsverhoudingen tussen de deelgenoten in een gemeenschap. Ook daarbuiten kan de rechter de redelijkheid en billijkheid van overeenkomstige toepassing verklaren. Of hiervoor in een voorgelegd geval voldoende grond aanwezig is, is volgens de parlementaire geschiedenis aan de vrije waardering van de rechter overgelaten (wat af en toe leidt tot onenigheid). Dit heeft de rechter in het verleden bijvoorbeeld geoordeeld ten aanzien van de rechtsverhouding tussen alimentatiegerechtigde en -plichtige. In dit onderzoek is nagedacht over de vraag waarop deze overeenkomstige toepassing binnen het personen- en familierecht *in algemene zin* is gegrond. Er kan worden gesteld dat (ex-)partners en familieleden rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Met andere woorden: het lijkt verdedigbaar dat het bestaan van de (ex-)partner- of familierelatie sec al voldoende grond is voor overeenkomstige toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Deze vraag is ook in de interviews voorgelegd aan de feitenrechters. In het algemeen leek dit voor hen echter geen issue te zijn. Slechts twee geïnterviewde feitenrechters gingen op deze vraag in. De een betitelde de context als grond en de ander, gelijk aan het hiervoor ingenomen standpunt, de partner- of familierelatie zélf. Uit het feit dat in de uitspraken uit de inhoudsanalyse slechts in 15 van de 169 geschilpunten is gerefereerd aan een algemene of specifieke redelijkheids- en billijkheidsbepaling kan voorzichtig worden geconcludeerd dat de grond voor (overeenkomstige) toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht weinig aandacht krijgt van rechters.

9. Wat zijn de verschillen tussen de invloed van de redelijkheid en billijkheid in de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht en hoe kunnen deze verschillen worden verklaard?

De invloed van de redelijkheid en billijkheid is, afgaande op het algemene plaatje dat de selectiefase van de inhoudsanalyse heeft opgeleverd, in het partneralimentatierecht het grootst. De werkingssfeer van de redelijkheid en billijkheid lijkt daarna getalsmatig het omvangrijkste in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht, dat in dit onderzoek centraal is gesteld, en daarna in het kinderalimentatierecht. In de andere deelgebieden van het personen- en familierecht lijkt de redelijkheid en billijkheid een aanzienlijk minder grote rol te spelen. De geïnterviewde feitenrechters hebben als verklaring hiervoor aangedragen dat andere open normen en begrips-omschrijvingen aldaar de overhand hebben. Sommige geïnterviewde feitenrechters meenden bovendien dat de redelijkheid en billijkheid in deze open normen en begripsomschrijvingen is verinnerlijkt. De redelijkheid en billijkheid lijkt evenwel niet volstrekt inwisselbaar met deze open normen en begrips-omschrijvingen. Niet al deze open normen en begripsomschrijvingen bieden een met de redelijkheid en billijkheid vergelijkbare mate van vrijheid aan de

toepasser daarvan (uiteindelijk: de rechter). Van de open normen die dit wel doen, zoals het belang van het kind, gaat een andere sturing uit. Zo dient de rechter bij zijn beslissing over wat hem *in het belang van het kind* wenselijk voorkomt alle feiten en omstandigheden van het geval in acht te nemen, maar dient het belang van het kind een overweging van de eerste orde te zijn. De *redelijkheid en billijkheid* stuurt de toepasser in de richting van een zo rechtvaardig mogelijke beslissing, in die zin dat zo veel mogelijk recht wordt gedaan aan de feiten en omstandigheden van het geval. Dit neemt niet weg dat de toepassing van deze open normen bijna altijd tot dezelfde uitkomst zal leiden. De hiervoor genoemde richtingen zullen namelijk in de meeste gevallen vrij dicht bij elkaar liggen.

In hoofdstuk 9 zijn drie hypotheses geformuleerd die de verschillen tussen de invloed van de redelijkheid en billijkheid in de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht kunnen verklaren:

1. De invloed van de redelijkheid en billijkheid is in deelgebieden waarin veel regels van dwingend recht zijn beperkter dan in deelgebieden waar de partijautonomie vooropstaat.
2. De rol van de redelijkheid en billijkheid als aanduiding dat er marginaal is getoetst, komt vaker voor in deelgebieden die ook publiekrechtelijke elementen kennen.
3. Een verzoek tot wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden zal in deelgebieden die worden gekenmerkt door het veranderlijkheidsbeginsel sneller slagen dan in deelgebieden waar de continuïteit van de rechtstoestand primair van belang is.

De eerste veronderstelling bleek ook onder de geïnterviewde feitenrechters te leven. Van een echte toetsing is in dit onderzoek evenwel geen sprake. Het verdient, gelet op de relevantie voor de theorie en de praktijk, aanbeveling om dit in toekomst wel te doen.

10. Hoe verhouden de theorieën over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk uit het algemene vermogensrecht zich tot het personen- en familierecht?

Zoals in hoofdstuk 9 is aangegeven, is deze deelvraag niet eenduidig te beantwoorden. De toepassing van de redelijkheid en billijkheid lijkt afhankelijk van een combinatie van factoren: de materiële functie die in het geding is (ingeval van aanvulling of correctie van een wettelijk bepaling: tevens van de ratio daarvan); het onderwerp waarover de redelijkheids- en billijkheidsvraag gaat; en de aard van de rechtsverhouding. In de regel zijn rechtsverhoudingen in het personen- en familierecht gebaseerd op een emotionele relatie (en dus niet op een commerciële), die voor langere duur en potentieel ongelijk is. Gelet hierop, kan worden gezegd dat (ex-)partners en familieleden enerzijds meer van

elkaar mogen vergen dan van derden, maar dat ze anderzijds ook meer van elkaar moeten verdragen. De eisen die aan het gedrag of de houding van (een van de) partijen mogen worden gesteld, zijn aldus hoger. De redelijkheid en billijkheid lijkt hierdoor sneller in het geding te zijn. Dat wil overigens niet zeggen dat een beroep daarop ook eerder slaagt. Ook de geïnterviewde feitenrechters waren van mening dat de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht ruimer dient te worden toegepast dan in het algemene vermogensrecht.

11. Hoe wordt de redelijkheid en billijkheid toegepast in de jurisprudentie op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht en hoe verhoudt dit zich tot de theorieën over de redelijkheid en billijkheid als leerstuk uit het algemene vermogensrecht?

Deze deelvraag vraagt de bevindingen van hoofdstuk 10 te bekijken in het licht van de hoofdstukken 3 tot en met 8. Als we dit doen, vallen met name de volgende drie punten op. Ten eerste worden overeenkomsten van huwelijkse voorwaarden uitgelegd volgens de 'klassieke' *Haviltex*-maatstaf, zonder dat daarbij wordt gekeken of de omstandigheden die de Hoge Raad heeft geformuleerd voor een meer geobjectiveerde wijze van uitleg in casu in een andere richting wijzen. Het is, zoals aangegeven, de vraag of dit niet op gespannen voet staat met de arresten *Meyer Europe/Pont Meyer* (HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178) en *Derksen/Homburg* (HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909). Het is, zolang de uitlegging van overeenkomsten tot het takenpakket van de rechtspraak wordt gerekend, echter wachten tot de Hoge Raad uitsluitsel biedt over de vraag of, en zo ja, hoe deze omstandigheden moeten worden vertaald naar de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Argumenten voor toepassing van een meer geobjectiveerde wijze van uitleg kunnen worden gevonden in de omvang en gedetailleerdheid van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, de rol van de notaris bij de totstandkoming en de beïnvloeding van de rechtspositie van derden. De aard van de overeenkomst lijkt daarentegen eerder te wijzen in de richting van de 'klassieke' *Haviltex*-maatstaf. Ten tweede springt in het oog dat het rechtszekerheidsargument in het algemene vermogensrecht, getuige de werken van WIARDA en BARENDRECHT, aan betekenis lijkt te verliezen. De bezwaren tegen het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AO7004) over contrair gedrag, alsook tegen de beschikking van de Hoge Raad van 26 oktober 2001 (ECLI:NL:HR:2001:ZC3695) over het bewijsvermoeden, zijn hier echter grotendeels op gestoeld. Het werd ondenkbaar geacht dat de echtgenoten zelf gedurende het huwelijk van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, dan wel het daarin opgenomen Amsterdams verrekenbeding, kunnen afwijken door zich bijvoorbeeld op een bepaalde wijze te gedragen. Ten

derde lijkt de striktheid van het toetsingscriterium van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid te verschillen per onderwerp, terwijl hierover in de (met name) algemene vermogensrechtelijke literatuur niets is gevonden. Zo heeft een beroep op de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van een verdeling bij helfte veel minder kans van slagen dan een beroep daarop bij een draagplicht bij helfte. Moet de verklaring voor dit verschil tussen vermogen en inkomen worden gezocht in de betrokkenheid van derden? En zo ja, is dit een solide reden? Dient de betrokkenheid van derden in het algemeen zwaarder te wegen dan de belangen van betrokkenen?

Beantwoording van de centrale onderzoeksvraag

In de antwoorden op deze deelvragen ligt reeds het antwoord op de centrale onderzoeksvraag besloten, al is het niet mogelijk om deze vraag in zijn algemeenheid te beantwoorden. Dit komt onder andere doordat het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht noodgedwongen van stratum tot onderzoekspopulatie is verheven. Ten aanzien van de andere deelgebieden van het personen- en familierecht kan worden geconcludeerd dat de redelijkheid en billijkheid wordt toegepast en dat de invloed daarvan in het partner-alimentatierecht getalsmatig het grootst lijkt. Om te weten te komen in welke toepassingsvormen de redelijkheid en billijkheid voorkomt in deze andere deelgebieden en welke typen onderbouwingen de rechters hebben gebruikt in hun desbetreffende oordelen is vervolgonderzoek nodig. Wel kan een aantal algemene lijnen worden geïdentificeerd ten aanzien van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht. Deze toepassing lijkt overwegend te stroken met de vereisten van rechtvaardigheid en rechtszekerheid. Dit is echter niet het geval voor de regels van redelijkheid en billijkheid die voldoende zijn gekristalliseerd en/of die een uitwerking hebben op een groot aantal gevallen, maar desondanks (lange tijd) niet (wettelijk) zijn neergelegd. Om welke regels het daarbij gaat, wordt toegelicht in paragraaf 11.2.3. Het gevolg van het gebrek aan regels op detailniveau (en van het feit dat het soms om maatschappelijk en politiek gevoelige onderwerpen gaat) is dat rechters op dit gebied zich met enige regelmaat een actieve houding hebben aangemeten. Ook is de wisselwerking tussen de rechtspraak en de rechtswetenschap vrij sterk. De rechtswetenschap hamert in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht steeds op rechtszekerheid voor burgers (zie bijvoorbeeld de reacties op het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AO7004) over contrair gedrag), terwijl het rechtszekerheidsargument in het algemene vermogensrecht juist aan betekenis lijkt te verliezen. Het toetsingscriterium van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid (*onaanvaardbaarheid*) zorgt er echter al voor dat een tussen partijen geldende regel, zoals een (notarieel vastgelegde)

overeenkomst, niet te snel terzijde wordt geschoven. Doordat de rechtswetenschap zo hamert op rechtszekerheid voor burgers, lijkt de lat nog hoger en daarmee wellicht te hoog te worden gelegd. Zo bestaat de indruk dat bepaalde mogelijkheden (zoals artikel 6:258 BW) hierdoor niet voldoende worden benut. De uitspraken uit de inhoudsanalyse hebben bijvoorbeeld geen aanleiding gegeven tot een aparte categorie voor de mitigatie van koude uitsluiting of, breder, voor een zeer ongelijke vermogensgroei. De rechtswetenschap zou meer het belang van een goede motivering moeten onderstrepen. De rechtszekerheid (in de zin van duidelijkheid en voorspelbaarheid van de uitkomst van rechterlijke uitspraken voor burgers) is immers minder in het geding, wanneer rechterlijke uitspraken beter worden gemotiveerd. Een betere motivering draagt bovendien bij aan de rechtsontwikkeling. Het maakt immers meer discussie mogelijk. Wat dit betreft laten de uitspraken uit de inhoudsanalyse evenwel een positiever beeld zien dan vooraf op grond van de (met name) algemene vermogensrechtelijke literatuur werd verwacht. De motivering van het 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel' bestaat veelal uit meer dan een enkele verwijzing naar de feiten en omstandigheden van het geval. Wel zijn er, zeker in het licht van de functies van de motivering van rechterlijke uitspraken, nog veel verbeterpunten (zie het antwoord op deelvraag 5). In ieder geval moet uit de motivering − onafhankelijk of het beroep wordt toe- of afgewezen − kunnen worden opgemaakt in welke toepassingsvorm de rechter de redelijkheid en billijkheid heeft gehanteerd: als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel; als open norm (uitleg, aanvulling of correctie); als verwijzing naar de rechterlijke dispositie; of als aanduiding dat er marginaal is getoetst. Aanvulling moet niet, zoals bij de standaarduitleg van tijdens het huwelijk niet nagekomen periodieke verrekenbedingen het geval is, worden gepresenteerd als uitleg. Ook de advocaten van de procespartijen dienen aan te geven welke toepassingsvorm van de redelijkheid en billijkheid zij op het oog hebben, maar belangrijker nog welke feiten en omstandigheden relevant zijn voor de toepassing daarvan. Volgens de geïnterviewde feitenrechters is thans te vaak sprake van 'stelluiheid'.

Beperkingen van dit onderzoek

Hoewel dit onderzoek tot veel nieuwe bevindingen heeft geleid, zijn er, zoals bij ieder onderzoek, ook enkele beperkingen. De belangrijkste beperkingen zijn:

- dat dit onderzoek enkel handelt over het Nederlandse recht;
- dat de mogelijke overlap tussen de redelijkheid en billijkheid en andere verwante wettelijke bepalingen, alsook tussen de redelijkheid en billijkheid en de vele leerstukken die hun wortels daarin hebben, niet is onderzocht;

- dat de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid in het algemene vermogensrecht niet zijn onderzocht (het linker blokje in de onderste laag van figuur 1.1 is aldus niet ingekleurd);
- dat de uitspraken van maar één deelgebied van het personen- en familierecht zijn gecodeerd en geanalyseerd;
- dat de hypotheses over de invloed van de redelijkheid en billijkheid in de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht niet zijn getoetst; en
- dat de interviews niet de omvang van de diversiteit tussen de ervaringen en de denkbeelden van de feitenrechters tonen.

11.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf worden op basis van dit onderzoek aanbevelingen gedaan aan rechtswetenschappelijke onderzoekers, de praktijk van het notariaat én de advocatuur, de wetgever en de rechter. Deze aanbevelingen zijn allemaal ontleend aan dit onderzoek, de ene aanbeveling echter directer dan de andere. Daarnaast verschillen de aanbevelingen qua gewicht. In subparagraaf 11.2.3 worden tevens de bevindingen uit de interviews gepresenteerd wat betreft het wettelijk neerleggen van duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten die uit de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden afgeleid. Deze bevindingen worden vervolgens gebruikt om enkele suggesties te doen voor het (wettelijk) neerleggen van de duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten die uit de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid als besproken in hoofdstuk 10 kunnen worden afgeleid.

11.2.1 Aanbevelingen aan rechtswetenschappelijke onderzoekers

AANBEVELINGEN AAN RECHTSWETENSCHAPPELIJKE ONDERZOEKERS

Ten aanzien van empirische onderzoeksmethoden

1. Wanneer in juridisch onderzoek de inhoudsanalyse vaker zou worden gebruikt, is een debat aan te raden over de onzekerheidsmarges die daarbij acceptabel moeten worden geacht.

2. Houd de onderzoeksobjecten bij een inhoudsanalyse reeds bij de selectiefase beperkt, indien de waarnemingen en de analyses deels door elkaar lopen.

3. Zoek bij een betrouwbaarheidsonderzoek een tweede codeur die net zo goed is ingewerkt in de materie als de eerste codeur en die niet te dicht bij de onderzoeker zelf staat. Let er aan de andere kant op dat geen te hoge eisen worden gesteld.

4. Indien als vertrekpunt van een inhoudsanalyse deels eigen theorie wordt genomen, wacht dan met het afnemen van een betrouwbaarheidsonderzoek totdat de eigen theorie zo veel mogelijk vorm heeft gekregen.

5. Wacht bij een inhoudsanalyse en (kwalitatieve) interviews zo lang mogelijk met het opstellen van het waarnemingsinstrument.

6. Houd er rekening mee dat het zich eigen maken van een bepaalde methodiek veel tijd kost.

7. Vraag een methodisch specialist, die tevens ervaring heeft met de toepassing van de voorgestane onderzoeksmethode(n) en techniek(en) op juridische data, om advies.

Vervolgonderzoek

8. Het verdient aanbeveling om de interne coherentie tussen het algemene vermogensrecht en het personen- en familierecht te onderzoeken.

9. Het verdient tevens aanbeveling om de hypotheses over de invloed van de redelijkheid en billijkheid in de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht te toetsen.

Meer in het algemeen

10. Het verdient aanbeveling om een met een vak als *Methoden, technieken en statistiek 1* vergelijkbare cursus aan te bieden aan studenten rechtsgeleerdheid.

11. Het is aan te raden het juridische methodendebat voort te zetten.

12. Het pleidooi van HARTENDORP voor meer aandacht voor de niet-rationele kennisvormen in de rechtswetenschap verdient ondersteuning.

In dit onderzoek is voor de betrouwbaarheid van de codes die in de inhoudsanalyse zijn gehanteerd onder andere een statistische toets aangelegd (zie bijlage 3). De betrouwbaarheidsmaten die hieruit zijn voortgekomen, zijn lastig te interpreteren. Hier kunnen meerdere verklaringen voor bestaan. Zo waren de gecodeerde en geanalyseerde eenheden aan de lage kant, doet zich bij het kenmerk *onderbouwingen* het probleem van prevalentieontvankelijkheid voor en lijkt een inhoudsanalyse als die in dit onderzoek is uitgevoerd (waarin de waarnemingen en analyses deels door elkaar lopen − en de codes aldus deels afhankelijk zijn van de interpretaties en beoordelingen van de codeurs) zich minder goed te lenen voor een dergelijke statistische toets. Dit kan echter ook komen doordat, voor zover kon worden onderzocht, nog geen interpretatieschaal is ontworpen voor juridische data. Om deze reden is de veel gebruikte

interpretatieschaal van LANDIS & KOCH aangehouden. Het is echter de vraag of de onzekerheidsmarges waarmee wij in het juridische veld te maken hebben, niet zo groot zijn dat met een mindere mate van betrouwbaarheid zou mogen worden volstaan. Debat hierover is gewenst, wanneer in het juridische veld vaker een inhoudsanalyse wordt ingezet (*zie aanbeveling 1*).

Naar aanleiding van dit onderzoek komt dan ook de belangrijke vraag op of een inhoudsanalyse is aan te bevelen voor toekomstig juridisch onderzoek. Deze vraag is echter lastig in zijn algemeenheid te beantwoorden. Het antwoord op deze vraag hangt af van wat men wenst te onderzoeken. Van de inhoudsanalyse die in dit onderzoek is verricht, kan in ieder geval worden geleerd dat een inhoudsanalyse van het kwantitatief-beschrijvende type zich het beste leent voor een onderzoek waarbij daadwerkelijk enkel wordt geteld. Indien dit niet het geval is, zoals in het onderhavige onderzoek, waar de waarnemingen en analyses deels door elkaar liepen (en de codes aldus deels afhankelijk zijn van de interpretaties en beoordelingen van de codeurs), is het belangrijk om de onderzoeksobjecten reeds in de selectiefase beperkt te houden. Dit kan door het gebied en/of het tijdbestek waarop wordt gezocht te beperken (*zie aanbeveling 2*).

In de codeerfase van de inhoudsanalyse is een masterstudente Legal Research betrokken als tweede codeur. Zij heeft iedere vierde uitspraak van de betrokken uitspraken van de Hoge Raad en van de steekproef gecodeerd aan de hand van het codeerschema, om data te genereren aan de hand waarvan de intercodeursbetrouwbaarheid kan worden gemeten. Het was voor haar, begrijpelijkerwijs, moeilijk om sommige geschilpunten over de redelijkheid en billijkheid te coderen, vanwege haar beperktere kennis van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht en, meer in het bijzonder, de redelijkheid en billijkheid. Het verdient enerzijds dan ook aanbeveling om een tweede codeur te zoeken die net zo goed is ingewerkt in de materie als de eerste codeur, al kan het lastig zijn om zo iemand te vinden, die ook nog eens niet te dicht bij de onderzoeker zelf staat. Anderzijds dient ervoor te worden gewaakt dat te hoge eisen worden gesteld aan de tweede codeur, zodat de potentiële groep codeurs die het onderzoek kunnen beoordelen en/of herhalen te klein wordt (*zie aanbeveling 3*). Gelet op het feit dat als vertrekpunt van de inhoudsanalyse deels eigen theorie is genomen, had deze studente, achteraf bezien, bovendien beter kunnen worden betrokken nadat deze theorie zo veel mogelijk vorm had gekregen (*zie aanbeveling 4*).

Voor zowel een inhoudsanalyse als interviews geldt, meer in het algemeen, dat het beste zo lang mogelijk kan worden gewacht met het opstellen van het waarnemingsinstrument – het codeerschema respectievelijk het interviewschema –, zodat men zo gericht mogelijk informatie kan verwerven.

Als bij interviews achteraf nog vragen bestaan, kan, mits daar nog ruimte voor is, een rondetafelgesprek mogelijk een oplossing bieden (*zie aanbeveling 5*).

Er dient tevens rekening mee te worden gehouden dat het zich eigen maken van een bepaalde methodiek veel tijd kost (*zie aanbeveling 6*). Daarnaast is het zeker aan te raden om een methodisch specialist te raadplegen, bij voorkeur een die ervaring heeft met de toepassing van de voorgestane onderzoeksmethode(n) en techniek(en) op juridische data. Het kan echter zijn dat deze lastig, of zelfs in het geheel niet, te vinden is. Dit laatste was, hoewel vanuit diverse hoeken hulp is gezocht en geboden, in dit onderzoek het geval. Er moest aldus worden geroeid met de riemen die er waren. Tot slot komt de vraag op of men zich, gelet op voorgaande bedenkingen, beter in het geheel niet aan empirische onderzoeksmethoden, zoals een inhoudsanalyse en interviews, kan wagen. Met dit onderzoek is aangetoond dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, gelet op de meerwaarde ervan. Er kan zodoende immers een stukje van de *daadwerkelijke* praktijk worden getoond, dat niet gebaseerd is op veronderstellingen, maar empirisch en systematisch getoetst is (*zie aanbeveling 7*).

Dit onderzoek is onder andere gericht op theorievorming over de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht. Hier is een eerste, belangrijke aanzet toe gegeven. Hierdoor wordt een vergelijking met andere rechtsgebieden mogelijk, bijvoorbeeld met het algemene vermogensrecht (zie bijvoorbeeld het antwoord op deelvraag 10). De interne coherentie tussen deze rechtsgebieden kan zodoende worden verbeterd. Om het plaatje compleet te maken, dienen in deze vergelijking ook de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid in beide rechtsgebieden te worden meegenomen. Dit is in dit onderzoek niet (althans zeer beperkt) haalbaar gebleken (*zie aanbeveling 8*). Ditzelfde geldt voor een toetsing van de hypotheses over de invloed van de redelijkheid en billijkheid in de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht. Een dergelijke toetsing brengt de theorievorming verder en verdient derhalve aanbeveling (*zie aanbeveling 9*).

De aanbeveling een met een vak als *Methoden, technieken en statistiek I* vergelijkbare cursus aan te bieden aan studenten rechtsgeleerdheid komt enerzijds voort uit de problemen die de auteur heeft ondervonden bij het opzetten van het onderzoek, waaronder het gebrek aan houvast op grond van de bestaande rechtsliteratuur en de vraag hoeveel methodologische verantwoording vereist is. Anderzijds ligt hieraan de ervaring ten grondslag dat een jurist na het volgen van het vak *Methoden, technieken en statistiek I*, dat bij de sociale wetenschappen tot het standaard curriculum behoort, waarin basale kennis over methodologie en statistiek wordt onderwezen, onderzoeken uit andere wetenschappelijke gebieden beter kan lezen en interpreteren. Het gegeven dat een dergelijke cursus thans ontbreekt, strookt niet met het universitaire (althans

van de Universiteit Utrecht) streven multidisciplinair onderzoek te faciliteren. Aan de andere kant laten het togatraject en het notariële traject weinig ruimte meer voor invoering van een met een vak als *Methoden, technieken en statistiek I* vergelijkbare cursus. Dit pleidooi raakt dan ook aan de vraag wat de belangrijkste vereisten zouden moeten zijn voor toegang tot de beroepsopleiding van advocaat, officier van justitie, rechter en/of notaris. De kennis en vaardigheden die een dergelijk methodenvak zou brengen, lijken niet alleen van belang voor onderzoekers, maar ook voor praktijkjuristen. Als een dergelijke cursus wordt ingevoerd, heeft het de voorkeur deze cursus op te nemen aan het begin van het studieprogramma en verplicht voor te schrijven, al is een invoering als keuzevak reeds een eerste stap (*zie aanbeveling 10*).

Doordat de methodologische spelregels van de juridisch-dogmatische onderzoeksmethode niet geheel vastomlijnd zijn, is het lastig om te reflecteren op eigen of andermans onderzoek. Het juridische methodendebat helpt om die reflectie te bevorderen. Het verdient dan ook aanbeveling om dit debat voort te zetten. Hierbij dient te worden bedacht dat het wiel niet steeds volledig opnieuw hoeft te worden uitgevonden. Sterker nog, het is aan te raden om te onderzoeken in hoeverre de ontologische en epistemologische ideeën onder juridisch-dogmatische onderzoekers overeenkomen met die van andere wetenschappelijke onderzoekers. Dit zal namelijk kunnen leiden tot meer waardering van juridisch-dogmatisch onderzoek buiten het juridische veld. Als en voor zover de aard van de juridisch-dogmatische onderzoeksmethode zich verzet tegen aansluiting bij reeds bestaande paradigma's, zoals het interpretatieve paradigma, verdient het aanbeveling om te expliciteren wat daarvan de oorzaken zijn. Het eigene zal alsdan als 'visitekaartje' kunnen worden gebruikt voor juridisch-dogmatisch onderzoek (*zie aanbeveling 11*).

Door HARTENDORP is bepleit dat er in de rechtswetenschap meer aandacht moet komen voor de niet-rationale kennisvormen, omdat het verstandelijke element in de heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming op een minder vooraanstaande plaats komt. Dit pleidooi verdient ondersteuning. Het is niet alleen interessant om te weten wat de rechter (uiteindelijk) heeft aangevoerd om zijn beslissing te rechtvaardigen, maar ook hoe hij hiertoe is gekomen. Hierover is relatief minder bekend (*zie aanbeveling 12*).

11.2.2 Aanbevelingen aan de praktijk van het notariaat én de advocatuur

AANBEVELINGEN (AAN DE PRAKTIJK VAN HET NOTARIAAT)

1. Neem in het dossier van partijen informatie op over het adviesgesprek aangaande het sluiten van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.

2. Vermeld in het dossier van partijen tevens de reden waardoor (een bepaling van) een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is ingegeven.

3. Geef bij een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden aan wat voor iedere bepaling geldt ingeval de rechtsvorm verandert waarin de onderneming van een van de echtgenoten wordt gedreven.

AANBEVELINGEN (AAN DE PRAKTIJK VAN DE ADVOCATUUR)

4. Breng voldoende relevante feiten en omstandigheden naar voren voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid en geef aan waarom deze feiten en omstandigheden in dit geval relevant zijn.

5. Vermeld welke toepassingsvorm van de redelijkheid en billijkheid men voor ogen heeft.

6. Breng ook naar voren wat de in artikel 3:12 BW genoemde kenbronnen inhouden.

De positie van de notaris is een andere dan die van de advocaat. Notarissen zijn vaak 'vooraf' betrokken en zijn in beginsel onpartijdig, terwijl advocaten vaak 'achteraf' acteren en ook voor slechts één partij kunnen optreden. Deze andere positie leidt tot een ander pakketje aanbevelingen voor iedere praktijk.

Alle drie de soorten familievermogensrechtelijke overeenkomsten − overeenkomsten van huwelijkse voorwaarden, echtscheidingsconvenanten en verdelingsovereenkomsten − dienen ingevolge de gecodeerde- en geanalyseerde jurisprudentie te worden uitgelegd aan de hand van de (klassieke) *Haviltex*-maatstaf. Dit betekent dat de bedoelingen en verwachtingen van partijen doorslaggevend zijn. Deze eerste soort familievermogensrechtelijke overeenkomsten moet verplicht notarieel worden opgemaakt. Hierdoor komt bij de toepassing van de hiervoor genoemde maatstaf mede gewicht toe aan *wat de notaris in het kader van zijn voorlichtingen aan partijen heeft medegedeeld omtrent de inhoud en de strekking van de bepalingen van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden* en aan de betekenis die veel voorkomende bepalingen daarin volgens notarieel gebruik normaal gesproken hebben, aldus de Hoge Raad in zijn beschikking van 4 mei 2007 (ECLI:NL:HR:2007:AA1564). Het is dan ook van belang dat de notaris informatie over het adviesgesprek opneemt in het dossier van partijen (*zie aanbeveling 1*). Een andere manier waarop een uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden die niet overeenstemt met de (oorspronkelijke) bedoelingen en verwachtingen van partijen kan worden ondervangen, is het expliciet opnemen van de beweegredenen voor het aangaan van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden (alsook voor de individuele bepalingen daarvan). (*Zie aanbeveling 2*). Een overeenkomst van huwelijkse

voorwaarden geldt voor een lange periode, waarin zich in het leven van de echtgenoten vele ontwikkelingen kunnen voordoen. De notaris dient hierop bedacht te zijn. Een van deze ontwikkelingen kan zijn dat de rechtsvorm verandert waarin de onderneming van een van de echtgenoten wordt gedreven. Een dergelijke verandering doet, zoals we in de uitspraken uit de inhoudsanalyse hebben gezien, zo nu en dan ('uitleg')vragen rijzen. De notaris kan deze vragen voor zijn door hiervoor een regeling op te nemen in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden (*zie aanbeveling 3*).

Voor advocaten gelden andere punten. In de interviews hebben de feitenrechters er met enige regelmaat op gewezen dat ze de redelijkheid en billijkheid vaak niet kunnen en hoeven toe te passen, omdat de stellingen dienaangaande feitelijk niet nader zijn geadstrueerd door (de advocaten van) de procespartijen. Ook in de uitspraken uit de inhoudsanalyse hebben we hier voorbeelden van gezien. Zie bijvoorbeeld het vonnis van de Rechtbank Den Bosch van 2 juli 2008 (ECLI:NL:RBSHE:2008:BD6517). Hierin is de summiere en algemene onderbouwing van het beroep op de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid als een van de feiten en omstandigheden genoemd voor afwijzing van de door de man bepleite afwijking van een verdeling bij helfte. Dit duidt erop dat de advocatuur mogelijk een slag kan maken door meer, dan wel uitdrukkelijker, aandacht te besteden aan het naar voren brengen van de feiten en omstandigheden die de redelijkheid en billijkheid hebben beïnvloed (*zie aanbeveling 4*). Daarnaast is het van belang dat (de advocaten van) procespartijen aangeven welke toepassingsvorm van de redelijkheid en billijkheid ze op het oog hebben. Dit maakt namelijk duidelijk(er) wat ze met het beroep op de redelijkheid en billijkheid trachten te bereiken (*zie aanbeveling 5*). In de interviews is tevens naar voren gekomen dat de feitenrechters van de advocaten van de procespartijen verwachten dat ze hun steentje bijdragen aan de invulling van de 'in Nederland levende rechtsovertuigingen'. Meer in het algemeen kan worden gesteld dat een enkele verwijzing naar een van de kenbronnen van artikel 3:12 BW niet zo veelzeggend is. Aangegeven dient te worden wat deze kenbronnen inhouden (*zie aanbeveling 6*).

11.2.3 Aanbevelingen aan de wetgever

AANBEVELINGEN AAN DE WETGEVER

1. Neem in het Burgerlijk Wetboek één algemene bepaling op die voorschrijft tot welke rechtsverhoudingen de redelijkheid en billijkheid zich allemaal uitstrekt.

OF

Neem in Boek 1 BW één algemene bepaling op die voorschrijft tot welke familierechtelijke aangelegenheden de redelijkheid en billijkheid zich uitstrekt.

2. Overweeg een wettelijke grondslag voor rechtsverwerking te maken.

3. Houd de maatschappelijke en juridische ontwikkelingen nauwlettend in de gaten en kom bij onvoorziene omstandigheden van algemene aard desgewenst tussen.

4. Verander *eisen* in artikel 1:141 lid 3 BW in *maatstaven*.

5. Schrap de zinsnede *naar billijkheid* in de artikelen 3:168 lid 2 en 3:185 lid 3 BW.

6. Neem artikel 6:248 BW expliciet op in de lijst met uitzonderingen in artikel 6:250 BW.

7. Hanteer een vergelijkbare formulering wanneer de maatstaf gelijk is (zoals bijvoorbeeld bij de artikelen 1:159 lid 3 en 6:258 BW).

8. Leg duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten wettelijk neer, maar wacht totdat deze voldoende zijn gekristalliseerd.

Zoals we in hoofdstuk 4 hebben gezien, was de tijd ten tijde van het ontwerpen van de Boeken 3 en 6 BW waarschijnlijk nog niet rijp voor invoering van één algemene wettelijke bepaling die de redelijkheid en billijkheid van toepassing verklaart op alle vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen. Dit lijkt vandaag de dag, gelet op alle schakelbepalingen, jurisprudentiële uitbreidingen en wettelijke kristallisaties, anders te zijn. De redelijkheid en billijkheid is daarnaast ook van toepassing op andere rechtsverhoudingen. Het is echter lastig om te achterhalen wanneer dit het geval is. Daar komt nog bij dat rechters met een min of meer legistische opvatting uit het ontbreken van een wettelijke (schakel)bepaling voor de toepassing van de redelijkheid en billijkheid op familierechtelijke aangelegenheden van niet-vermogensrechtelijke aard ten onrechte zouden kunnen afleiden dat de redelijkheid en billijkheid daarvoor in het geheel niet geldt, wat, zoals uit de interviews is gebleken, ook daadwerkelijk gebeurt. Het verdient om deze redenen aanbeveling één algemene bepaling op te nemen in het Burgerlijk Wetboek respectievelijk in Boek 1 BW die voorschrijft tot welke (familierechtelijke) rechtsverhoudingen de redelijkheid en billijkheid zich (allemaal) uitstrekt (*zie aanbeveling 1*).

In 1992 was men eveneens van mening dat het nog niet mogelijk was om met betrekking tot rechtsverwerking algemene regels te geven. Afgezien daarvan stond ter discussie of rechtsverwerking wel als afzonderlijk leerstuk zou

moeten worden erkend. De rechtsontwikkeling lijkt op dit moment zo ver te zijn voortgeschreden dat beide bezwaren tegen codificatie van deze precisering van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid niet langer bestaan. Het verdient dan ook overweging om een wettelijke grondslag voor rechtsverwerking te maken (*zie aanbeveling 2*).

Hoewel het onvermijdelijk en onmisbaar is dat de rechter aan rechtsvorming doet, lijkt (incidenteel) rechterlijk ingrijpen bij onvoorziene omstandigheden van algemene aard niet het geëigende middel. De rechter is, vanwege het feit dat zijn arsenaal aan mogelijkheden om een regel van meer algemene strekking voor te bereiden beperkter is dan dat van de wetgever, met name aangewezen op veronderstellingen wat betreft de gevolgen van zijn uitspraak voor andere overeenkomsten. Hoe groter het aantal overeenkomsten is waar zijn uitspraak een uitwerking op heeft, hoe bezwaarlijker dit is. Hij dient de maatschappelijke en juridische ontwikkelingen dan ook nauwlettend in de gaten te houden en bij onvoorziene omstandigheden van deze aard desgewenst tussen te komen (*zie aanbeveling 3*).

Bij de 'tenzij-clausule' van artikel 1:141 lid 3 BW dient (hoogstwaarschijnlijk, zie de beschikking van de Hoge Raad van 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9605) het strikte toetsingscriterium van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid te worden toegepast. In deze clausule wordt echter gesproken over *eisen van* redelijkheid en billijkheid in plaats van *maatstaven van* redelijkheid en billijkheid. Dit is niet consequent, aangezien *eisen van* normaliter wordt gebruikt voor de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid en verdient dan ook aanpassing (*zie aanbeveling 4*).

De wetgever heeft met de redelijkheid en billijkheid in de artikelen 3:168 lid 2 en 3:185 lid 3 BW slechts tot uitdrukking willen brengen dat de rechter een maatstaf dient aan te leggen die geen aanleiding kan geven tot verdenking van eenzijdigheid. Een dergelijke instructie lijkt in de huidige tijd, waarin het vertrouwen in de rechterlijke macht hoog is, te kunnen worden gemist (*zie aanbeveling 5*).

Thans bestaat onduidelijkheid over de vraag of bij overeenkomst mag worden afgeweken van artikel 6:248 (lid 1) BW. Deze onduidelijkheid berust (onder andere) op de formulering van artikel 6:250 BW, waaruit, met enige welwillendheid, a contrario kan worden geredeneerd dat artikel 6:258 BW van aanvullend recht is. Het verdient daarom aanbeveling deze onduidelijkheid weg te nemen (*zie aanbeveling 6*).

Artikel 1:159 lid 3 BW is vergelijkbaar met artikel 6:258 BW. ASSER/DE BOER heeft deze bepaling dan ook overbodig geacht. Het nut van deze bepaling is er echter in gelegen (eventuele) twijfel over de overeenkomstige toepassing van deze bepaling op de rechtsverhouding tussen alimentatiegerechtigde en alimentatieplichtige weg te nemen. Het schrappen

daarvan zou dan ook alleen maar tot meer onduidelijkheid leiden. Wel verdient het, zoals WOLTERS heeft bepleit, aanbeveling om uniformiteit te creëren door in deze bepaling een met artikel 6:258 BW vergelijkbare formulering te hanteren (*zie aanbeveling 7*).

Het verdient aanbeveling duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten (die de rechter, meer in het bijzonder de Hoge Raad, heeft ontwikkeld) wettelijk neer te leggen. Anders dan BARENDRECHT heeft verdedigd, dient hier normaliter echter mee te worden gewacht totdat deze voldoende zijn gekristalliseerd. Als al tot codificatie wordt overgegaan voordat hiervan sprake is, zou namelijk slechts sprake zijn van schijnzekerheid. Er zou onduidelijkheid bestaan over wanneer de voortijdig vastgelegde regel moet worden bijgesteld of vervangen (*zie aanbeveling 8*).

Aan de feitenrechters is in de interviews gevraagd of ze voorstander zijn van het wettelijk neerleggen van duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten die uit de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden afgeleid. Als voorbeeld van zo'n vuistregel werd gegeven dat de redelijkheid en billijkheid grond kan zijn voor een afwijking van de hoofdregel dat de waarde ten tijde van de verdeling als peildatum voor de waardebepaling van tot de huwelijksgemeenschap behorende goederen heeft te gelden (zie bijlage 2, interviewvraag 4d). Het aantal voor- en tegenstanders is ongeveer gelijk, al liggen de meningen door alle mitsen en maren vrij dicht bij elkaar, vooral het uitgangspunt verschilt.

De voorstanders van het wettelijk neerleggen van duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten voerden aan dat de rechtszekerheid hiermee is gebaat. Het vastleggen van dergelijke preciseringen zou zorgen voor duidelijkheid. Zo is het volgens een van de geïnterviewde feitenrechters nu nog altijd getob met die peildatum. Het risico dat het formuleren van harde regels tot onredelijke en onbillijke uitkomsten zal leiden, wordt door hen niet zo groot geacht, aangezien altijd nog zou kunnen worden teruggevallen op de algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen. Als de regel te hardvochtig uitpakt, zou nieuwe jurisprudentie volgen. Dit zou de normale gang van rechtsontwikkeling zijn. Bovendien heeft de sterkere binding van de rechter aan de regel volgens een van de geïnterviewde feitenrechters nog als voordeel dat de rechter wordt gedwongen te motiveren, en dus om na te denken over de vraag waarom de regel niet van toepassing is op het onderhavige geval. Wel zou de regel voor vastlegging voldoende gekristalliseerd moeten zijn. Het zou moeten gaan om een 'evidente, gevestigde regel'. Een van de geïnterviewde feitenrechters is wel voorstander van de vastlegging van duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten, maar niet in de wet. Dit zou namelijk kunnen leiden tot verstarring. Vastlegging in bijvoorbeeld een landelijke regeling zou beter zijn,

omdat een dergelijke regeling vrij regelmatig tegen het licht zou kunnen worden gehouden.

De tegenstanders van het wettelijk neerleggen van duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten brachten naar voren dat dit zou leiden tot minder bewegingsvrijheid van de rechter. De mogelijkheden om af te wijken van de regel zouden beperkter worden, al zou de mate waarin dit gebeurt, afhangen van hoe rigide het in de wet komt te staan. Ook zouden rechters minder snel uit zichzelf tot afwijking overgaan. Ze zouden geneigd zijn om vast te houden aan hoe het geregeld is. Er zou dan ook meer overredingskracht nodig zijn om collega-rechters van de noodzaak tot afwijking te overtuigen. Wettelijke vastlegging zou veelal ook niet nodig zijn, omdat de duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten over details gaan. Het wetboek zou nodeloos dik worden door vastlegging van ieder 'wissewasje'. Daar komt bij dat rechters, ook zonder formulering van harde regels, goed met de duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten uit de voeten kunnen. Voor sommige regels zouden de tegenstanders echter een uitzondering willen maken. Zo werd tot tweemaal toe de minimum bijdrageverplichting voor kinderalimentatie (zie het voorgestelde artikel 1:404 lid 2 BW, *Kamerstukken II* 2014/15, 34154, 2, p. 4 (Voorstel van wet)) genoemd – waar ook een 'redelijkheids- en billijkheids-oordeel' aan ten grondslag zou liggen. Ook kwam de regel ter sprake dat een beroep op een aan een verrekenbeding gekoppeld vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in beginsel onaanvaardbaar moet worden geacht. Daarnaast werd het prettig bevonden dat de wetgever de knoop bij vergoedingsrechten heeft doorgehakt ten gunste van de beleggingsleer. Ook de tegenstanders stellen als voorwaarde voor vastlegging dat de regel voldoende gekristalliseerd moet zijn.

In hoofdstuk 10 zijn een aantal duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten blootgelegd. Een voorbeeld hiervan zijn de gezichtspunten die relevant zijn voor de uitleg van (familievermogensrechtelijke) overeenkomsten, waaronder:

- de tekst/de bewoordingen van de overeenkomst;
- de bedoelingen en verwachtingen van partijen;
    - tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren;
    - welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht;
- de omstandigheden waaronder de overeenkomst is gemaakt;
- de verdere inhoud van de overeenkomst; en
- de geschiedenis van totstandkoming.

Ook de regel dat een beroep op een vervalbeding dat is verbonden aan een periodiek verrekenbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

onaanvaardbaar is, tenzij blijkt van feiten en omstandigheden die een beroep op dit beding rechtvaardigen, is inmiddels aan te merken als vaste jurisprudentie. De uitzonderingsgevallen zijn echter nog onvoldoende gekristalliseerd, zodat sprake is van een vuistregel en niet van een duidelijke subregel. Daarnaast heeft de Hoge Raad beslist dat onbelichaamde goodwill, anders dan bijvoorbeeld het huurrecht, niet voor verdeling of verrekening (van de waarde daarvan) in aanmerking komt. Aan artikel 7:266 lid 5 BW over de gevolgen van echtscheiding voor het medehuurderschap kan evenwel worden toegevoegd dat een beslissing van de rechter krachtens dit artikel niet leidt tot een vorderingsrecht van de partij wier huur is beëindigd wegens overbedeling van de andere partij, tenzij sprake is van bijzondere feiten en omstandigheden die het onaanvaardbaar maken als geen enkele verrekening wegens overbedeling plaats zal vinden. Eventueel zouden de voorbeelden die de Hoge Raad daarvan heeft genoemd ook kunnen worden vastgelegd. Hierbij rijst echter de vraag of dit niet te ver voert (zie ook de opmerkingen hierover van de geïnterviewde feitenrechters). Ook bij de peildatum voor de waardebepaling van een te verdelen goed is een vuistregel gemeengoed geworden, te weten dat de datum van de feitelijke verdeling daarvoor als peildatum heeft te gelden, tenzij partijen anders zijn overeengekomen of op grond van de redelijkheid en billijkheid moet worden aanvaard. Verder is het, gelet op het aantal zaken die dit betreft, vreemd dat (nog) niet wettelijk is vastgelegd dat voor de waardebepaling van een goed en een onderneming moet worden uitgegaan van de waarde in het economisch verkeer, voor zover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet.

Niet al deze regels zijn echter voldoende gekristalliseerd. Dit betekent niet per definitie dat de wetgever in die gevallen niet tussen hoeft te komen. Wanneer deze regels een grote impact hebben, in die zin dat ze uitwerking hebben op een groot aantal gevallen, dient nader onderzoek te worden ingesteld. Bij welke regels is dit het geval? Bij de uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden wordt in de uitspraken uit de inhoudsanalyse de (klassieke) *Haviltex*-maatstaf toegepast. Dit lijkt echter geen bewuste keuze te zijn voor deze maatstaf, en tegen een meer geobjectiveerde wijze van uitleg of een eigensoortige maatstaf. De wetgever zou hier uitsluitsel kunnen bieden over de vraag of, en zo ja, hoe de arresten *Meyer Europe/Pont Meyer* (HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178) en *Derksen/Homburg* (HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909) moeten worden vertaald naar deze overeenkomst. Ook bij de vergoeding voor het voortgezet gebruik van de echtelijke woning en tot de inboedel daarvan behorende zaken is wettelijke tussenkomst nodig. De uitspraken uit de inhoudsanalyse laten namelijk zien dat voor de hoogte van de vergoeding bij verschillende punten wordt aangeknoopt, wat aanleiding geeft tot rechtsonzekerheid. De peildatum voor de waardebepaling van een te verdelen goed is eveneens een voorbeeld van een onderwerp dat uitwerking heeft op een

groot aantal gevallen. Dit pleit ervoor om niet alleen de hiervoor genoemde vuistregel te codificeren, maar ook te onderzoeken of de uitzonderingen op grond van de redelijkheid en billijkheid nader kunnen worden ingevuld, dan wel aanleiding geven tot aparte subcategorieën. Deze studie en de categorisering van BREEDERVELD kunnen hiertoe als inspiratie dienen.

Daarnaast hebben we in hoofdstuk 10 gezien dat het aanbeveling verdient om de vaste rechtspraak ten aanzien van de verknochtheid van (im)materiële schadevergoeding te codificeren (wat mogelijk ook geldt voor andere jurisprudentie dienaangaande), alsook dat artikel 1:100 lid 1 BW, naast een regel van deelgerechtigdheid, een regel van verdeling inhoudt.

11.2.4 Aanbevelingen aan de rechter

AANBEVELINGEN AAN DE RECHTER (IN HET BIJZONDER AAN DE HOGE RAAD)

1. Voer een uniform publicatiebeleid in en denk hierbij na over de inbreng van de uitspraak doende rechter(s) zelf.

2. Publiceer een representatief aantal uitspraken op www.rechtspraak.nl naar rechterlijke hiërarchie, geografische spreiding, rechtsgebied en onderwerp.

3. Geef aan of de toetsing van de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid berust op een beroep van partijen of op ambtshalve toepassing. Geef in dit laatste geval tevens aan waarom de redelijkheid en billijkheid in dit geval van openbare orde is.

4. Formuleer duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten die uit de redelijkheid en billijkheid kunnen worden afgeleid.

5. Kleed de motivering (met name bij de formulering van duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten) zodanig in dat een dialoog met de wetgever mogelijk is. Geef aan welke feiten en omstandigheden in abstracto relevant zijn voor de oplossing van het onderhavige (type) geval en welk gewicht aan ieder van deze feiten en omstandigheden toekomt. Omlijn ook de rechtszekerheids- en de redelijkheids- en billijkheidsbelangen die daarachter schuilgaan.

6. Geef in de motivering aan welke feiten en omstandigheden in concreto de doorslag hebben gegeven.

7. Vermeld expliciet in welke materiële functie of andere rol de redelijkheid en billijkheid is toegepast.

   EN/OF

Wees consequent (in terminologie). Gebruik *eisen van* voor de aanvullende functie en *maatstaven van* voor uitleg en correctie. Verwijs enkel naar artikel 3:166 lid 3 jo. 6:2 BW als de aanvullende of corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid in het geding is.

8. Motiveer wat de in artikel 3:12 BW genoemde kenbronnen inhouden.

9. Expliciteer de persoonlijke én maatschappelijke belangen die hebben meegewogen bij het 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel'.

10. Expliciteer de gebruikte rechtsvindingstechniek en/of gebruik deze als argument. Laat deze explicatie dan wel argumentatie meer zijn dan het herhalen van een bepaalde mantra.

11. Motiveer bij een omstandighedencatalogus waarom deze wordt gevolgd, dan wel daarvan wordt afgeweken.

12. Maak bij een omstandighedencatalogus onderscheid tussen de omstandigheden die in abstracto relevant (kunnen) zijn voor de invulling van de redelijkheid en billijkheid voor een bepaald type geval, en de feiten en omstandigheden die in concreto de doorslag hebben gegeven.

13. Geef aan wat de grondslag is van (overeenkomstige) toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht.

14. Geef bij de bijzondere verknochtheid van een goed aan wat de maatschappelijke opvattingen zijn.

Thans is het publicatiebeleid niet landelijk geregeld. In de praktijk geschiedt de beoordeling of een rechterlijke uitspraak publicatiewaardig is grotendeels door de uitspraak doende rechter(s), of gerechtssecretaris, zelf. Dit heeft tot gevolg dat het aantal gepubliceerde uitspraken per gerecht verschilt. Daarnaast schuilt in de huidige publicatiewijze een niet te veronachtzamen risico. Een rechter die niet geheel zeker is van de 'juistheid' van zijn beslissing en/of twijfelt of de door hem gewezen uitspraak interessant is voor het grotere publiek, kan zijn uitspraak als *niet-publicatiewaardig* bestempelen, terwijl de rechtsvorming juist is gebaat bij de publicatie van dergelijke twijfelgevallen (*zie aanbeveling 1*). Daarnaast wordt empirisch onderzoek op grond van op www.rechtspraak.nl gepubliceerde rechterlijke uitspraken bemoeilijkt door de selectiecriteria. 'Standaardzaken' zijn krachtens deze criteria niet-publicatiewaardig, waardoor de gepubliceerde rechterlijke uitspraken een niet geheel representatief beeld geven van alle rechterlijke uitspraken. Om deze reden verdient het aanbeveling om bij de selectie rekening te houden met de representativiteit van de geselecteerde uitspraken naar rechterlijke hiërarchie, geografische spreiding, rechtsgebied en onderwerp (*zie aanbeveling 2*).

Uit de motivering van een rechterlijke uitspraak is niet altijd duidelijk of de toetsing van de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid berust op een beroep van partijen of op ambtshalve toepassing. Dit is interessant omdat ambtshalve toepassing alleen is toegestaan als het ingeroepen voorschrift van *openbare orde* is. Dit lijkt bij de redelijkheid en billijkheid niet altijd het geval te zijn. Er dient bij ambtshalve toepassing dan ook te worden aangegeven waarom de redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval in hoge mate aan het algemeen belang raakt (*zie aanbeveling 3*).

De precedentwaarde van beslissingen waarin slechts is gecontroleerd of de feitelijke rechterlijke instantie alle *relevante* feiten en omstandigheden in aanmerking heeft genomen en, omgekeerd, niet-relevante feiten en omstandigheden als niet relevant heeft aangemerkt, is beperkt. Deze waarde kan evenwel worden vergroot door duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten te formuleren die uit de redelijkheid en billijkheid kunnen worden afgeleid. Het is, nu de Hoge Raad tot taak heeft de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling te bevorderen, te bepleiten dat hij dit doet, ook ingeval de rechtsklacht wordt verworpen. Hij dient hierbij overigens wel te onderzoeken of er geen redenen zijn om aan de beslissing geen zaak overstijgende betekenis te geven (*zie aanbeveling 4*).

Om de *check* van de wetgever op de rechtsvorming door de rechter mogelijk te maken, is het van belang dat de rechter zijn motivering zodanig inkleedt dat een dialoog met de wetgever mogelijk is. Dit is met name belangrijk wanneer nieuwe duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten worden ontwikkeld. Wat moet deze inkleding nu inhouden? Duidelijk moet zijn welke feiten en omstandigheden in abstracto relevant zijn voor de oplossing van het onderhavige (type) geval en welk gewicht aan ieder van deze feiten en omstandigheden toekomt. Daarnaast is het voor de voorspelbaarheid van de uitkomst van rechterlijke uitspraken van belang om te weten welke rechtszekerheids- en redelijkheids- en billijkheidsbelangen daarachter schuilgaan. Door een duidelijke omlijning hiervan wordt immers (op voorhand) duidelijk welke rechtswaarde in concreto moet winnen (*zie aanbeveling 5*).

Op grond van artikel 3:12 BW kan de rechter vaak niet volstaan met een blote opsomming van de feiten en omstandigheden die voor hem beslissend zijn geweest. Hij dient tevens aan te geven welke feiten en omstandigheden het zwaarst hebben gewogen. Dit gebeurt thans in het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht nog veel te weinig (*zie aanbeveling 6*).

De Hoge Raad heeft in het arrest *Achmea/ABN AMRO* (HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5203) bevestigd dat de rechter, vanwege de controleerbaarheid, onderscheid dient te maken tussen de verschillende materiële functies van de redelijkheid en billijkheid, althans tussen uitleg en correctie. Iedere functie kent namelijk haar eigen toetsingscriterium. Dit hoeft

evenwel niet expliciet te geschieden, wat overigens wel de voorkeur verdient. Dit maakt het denkproces namelijk zichtbaar en daarmee (zoals ook de Hoge Raad heeft aangegeven) controleerbaar. Het belang hiervan is des te groter, nu we in dit onderzoek hebben gezien dat de redelijkheid en billijkheid in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht ook in andere betekenissen wordt gebruikt dan een van de materiële functies van de redelijkheid en billijkheid. Het verdient daarnaast aanbeveling om in ieder geval consequent dezelfde terminologie te gebruiken. De *eisen* van redelijkheid en billijkheid duiden op de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid, terwijl de *maatstaven* van redelijkheid en billijkheid wijzen in de richting van de corrigerende functie daarvan, of de functie die de redelijkheid en billijkheid vervult bij uitleg. In de inhoudsanalyse hebben we gezien dat een verwijzing naar artikel 3:166 lid 3 jo. 6:2 BW verwarring kan opleveren over de in het geding zijnde materiële functie of andere rol waarin de redelijkheid en billijkheid door de rechter lijkt te zijn gebuikt. Dit komt doordat artikel 6:2 BW enkel de aanvullende en corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid omvat. Een verwijzing hiernaar bij andere functies is dan ook onjuist (*zie aanbeveling 7*).

Voor de explicatie van de motivering is niet voldoende om enkel te verwijzen naar een van de kenbronnen van artikel 3:12 BW als zodanig, ook de inhoud daarvan dient te worden vastgesteld. Dit geldt in het bijzonder nu het gaat om een bron van ongeschreven recht. (*zie aanbeveling 8*).

De maatschappelijke en persoonlijke belangen, die in het gegeven geval zijn betrokken, zijn in artikel 3:12 BW genoemd als een van de kenbronnen van de eisen (casu quo maatstaven) van redelijkheid en billijkheid. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse zijn deze belangen slechts in 13 van de 169 geschilpunten geëxpliciteerd, waarin het steeds om persoonlijke belangen ging. Dit aantal is laag, zeker in vergelijking met het gewicht dat de feitenrechters aan dit type motivering (in combinatie met het type onderbouwing *context*) hebben toegekend. Daarnaast wordt vermoed dat het voor de aanvaardbaarheid van het rechterlijk oordeel helpt om de belangen van partijen niet alleen weer te geven, maar ook de gevolgen van toe- en afwijzing van het beroep op de redelijkheid en billijkheid voor iedere partij uiteen te zetten (*zie aanbeveling 9*).

Rechtsvindingstechnieken kunnen de rechter helpen om de redelijkheid en billijkheid te concretiseren en tegelijkertijd te objectiveren. Deze technieken kunnen echter ook de procespartijen en de andere (in)direct geadresseerden van de rechterlijke uitspraak helpen, bijvoorbeeld om te begrijpen hoe het oordeel past in het rechtssysteem. Met name de argumentatiewaarde van de vergelijkingsmethode van WIARDA is op dit moment kwantitatief gezien te verwaarlozen, terwijl er veel voor te zeggen is om ook deze rechtsvindingstechniek te expliciteren en/of, beter nog, als argument te gebruiken. Uit de

interviews is gebleken dat de feitenrechters deze methode onder andere gebruiken in raadkameroverleg en in informele gedachtewisselingen met andere rechters en gerechtssecretarissen. Als deze methode hen helpt om duidelijk te maken waar de grens tussen *onredelijk en onbillijk* en *redelijk en billijk* ligt, valt niet in te zien waarom dit niet ook zo zou zijn voor de (in)direct geadresseerden van de rechterlijke uitspraak. Zoals een van de geïnterviewde feitenrechters heeft opgemerkt, heeft explicatie of argumentatie alleen toegevoegde waarde als de verwijzing naar een rechtsvindingstechniek meer is dan een mantra (*zie aanbeveling 10*).

Een omstandighedencatalogus is een opsomming van omstandigheden die relevant (kunnen) zijn voor de invulling van een open norm als de redelijkheid en billijkheid voor een bepaald type geval. Een dergelijke catalogus dwingt de lagere rechter om de daarin opgenomen omstandigheden na te lopen, tenzij hij goede reden heeft om dit niet te doen. Als dit zo is, moet hij wel motiveren waarom hij afwijkt (*zie aanbeveling 11*). Anders dient hij eerst de omstandighedencatalogus weer te geven en daarna iedere omstandigheid uit te werken voor de onderhavige zaak (*zie aanbeveling 12*).

Aangezien er niet één algemene bepaling in het Burgerlijk Wetboek is opgenomen die voorschrijft voor welke rechtsverhoudingen de redelijkheid en billijkheid allemaal geldt, is het van belang dat de grondslag van (overeenkomstige) toepassing wordt genoemd. De (overeenkomstige) toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid is, ondanks het grote toepassingsgebied daarvan, geen vanzelfsprekendheid. De grond hiervoor kan zijn gelegen in een wettelijke (schakel)bepaling, maar ook in het oordeel van de rechter dat hier in een voorgelegd geval voldoende grond voor aanwezig is. Met name in dit laatste geval is de rechtsontwikkeling geholpen bij een explicatie daarvan (*zie aanbeveling 13*).

De maatschappelijke opvattingen zijn een van de kenbronnen van de bijzondere verknochtheid van een goed. In de jurisprudentie is geoordeeld dat er geen grond is om bij de beantwoording van de verknochtheidsvragen telkens te betrekken of de redelijkheid en billijkheid in een andere richting wijst. Ook de maatstaven van redelijkheid en billijkheid worden namelijk mede door deze maatschappelijke opvattingen bepaald. Het kan echter zo zijn dat de andere kenbronnen van de redelijkheid en billijkheid in een andere richting wijzen dan de maatschappelijke opvattingen. Om hierachter te komen, is het noodzakelijk dat wordt aangegeven wat de maatschappelijke opvattingen zijn (*zie aanbeveling 14.*)

Deze aanbevelingen zijn bedoeld om de rechter te helpen dichterbij de meest gewenste invulling van de motiveringsplicht te komen. Het aantal aanbevelingen aan de rechter is groter dan het aantal aanbevelingen aan de andere beroepsgroepen. Dit komt niet doordat rechters het minder goed doen

dan die groepen − ze doen het zelfs beter dan vooraf op basis van de (met name) algemene vermogensrechtelijke literatuur werd verwacht −, maar doordat de toepassing van de redelijkheid en billijkheid uiteindelijk door de rechter geschiedt

Samenvatting

In dit proefschrift is de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de Nederlandse jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht onderzocht, meer in het bijzonder in het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht. Deze toepassing is in de huidige rechtsliteratuur namelijk onderbelicht gebleven. Geanalyseerd is of uit de rechterlijke uitspraken op het gebied van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht is af te leiden in welke toepassingsvorm de redelijkheid en billijkheid is gebruikt, alsmede welke typen onderbouwingen rechters op dit gebied hebben gehanteerd in hun desbetreffende overwegingen. Het eerste is, gelet op de rechtszekerheid, van belang omdat dit het denkproces van de rechter zichtbaar en daarmee controleerbaar maakt. Het tweede laat zien of, en zo ja, in hoeverre in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht wordt voldaan aan de wettelijke en aanvullende vereisten die kunnen worden gesteld aan de motiveringen van rechterlijke uitspraken over geschilpunten waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is. Deze twee aspecten zijn, net als − voor zover als mogelijk − de andere aspecten van de redelijkheid en billijkheid, bestudeerd middels de juridisch-dogmatische methode, een inhoudsanalyse en de kwalitatieve interviewmethode. Deze triangulatie van onderzoeksmethoden beoogt de validiteit van de onderzoeksresultaten te verhogen en is vernieuwend in de rechtswetenschap.

De belangrijkste kwaliteitseisen van deze onderzoeksmethoden en de merites én beperkingen die daaraan verbonden zijn, zijn besproken in **hoofdstuk 2**. Gelet op de onderzoeksvragen en het doel dat daarmee wordt beoogd middels de hiervoor genoemde onderzoeksmethoden, kan dit onderzoek met name worden gekarakteriseerd als *interpretatief* en *empirisch*. De juridisch-dogmatische methode is onder juristen welbekend, al zijn de methodologische spelregels daarvan niet geheel welomlijnd. Dit maakt het lastig om te reflecteren op eigen of andermans onderzoek. De selectie van relevante wetgeving, jurisprudentie en rechtsliteratuur lijkt niet zodanig te hoeven worden toegelicht dat dit proces kan worden herhaald. Dit is wel zo bij een inhoudsanalyse, waar het er juist om draait dat de verrichte analyse kan worden beoordeeld en eventueel worden herhaald. Bij deze onderzoeksmethode is, met name bij het kwantitatief-beschrijvende type, waar de in dit onderzoek verrichte inhoudsanalyse het meest op lijkt, dan ook aandacht voor de representativiteit van de steekproef, de generaliseerbaarheid van de onderzoeksresultaten en de betrouwbaarheid van de codes. Dit onderzoek kan eveneens als empirisch worden gekenschetst vanwege de interviews die zijn afgenomen met feitenrechters werkzaam op het gebied van het personen- en familierecht. Deze interviews kunnen worden bestempeld als kwalitatief omdat ze semi-

gestructureerd zijn opgezet. Door de steekproefomvang van deze interviews kan de diversiteit tussen de ervaringen en de denkbeelden van de feitenrechters worden geïllustreerd, maar niet de omvang daarvan.

In **hoofdstuk 3** is nagegaan wat volgens de wetgever van het nieuw Burgerlijk Wetboek, de geïnterviewde feitenrechters en de rechtswetenschappelijke doctrine onder de *redelijkheid en billijkheid* wordt en moet worden verstaan. De wetgever van het nieuw Burgerlijk Wetboek heeft met de redelijkheid en billijkheid de objectieve goede trouw van het handelen aangeduid. Hij heeft deze termen zowel als koppel als individueel gebruikt. Aan dit verschil lijkt evenwel geen juridische betekenis te moeten worden toegekend. Bij de geïnterviewde feitenrechters riep de redelijkheid en billijkheid veel verschillende betekenissen op: van *middel om maatwerk te kunnen leveren* tot *stoplap*. Sommige feitenrechters gaven te kennen bovenal aan de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid te denken. In de rechtsliteratuur is uitvoerig (zij het voornamelijk vanuit juridisch-dogmatisch perspectief) geredetwist over de vraag of de openheid van de redelijkheid en billijkheid belet dat hier een normerende werking vanuit gaat. Aan het ene uiterste van het spectrum is verdedigd dat de rechter bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid enkel is aangewezen op zijn eigen (rechts)opvattingen. Aan het andere uiterste is betoogd dat de redelijkheid en billijkheid een gedragsnormerende kracht bezit die zich los van het oordeel van de rechter in de rechtsverhouding van partijen openbaart. Volgens dit onderzoek ligt de waarheid in het midden. De redelijkheid en billijkheid is in principe zowel een rechterlijke beslissingsnorm als een gedragsnorm voor burgers. Dit geldt echter niet voor alle materiële functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid. Zo is de redelijkheid en billijkheid wat betreft artikel 6:258 BW slechts deels, voor zover er sprake is van een heronderhandelingswens/-plicht, aan te merken als gedragsnorm voor burgers. Daarnaast lijkt de redelijkheid en billijkheid in de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht soms niet te verwijzen naar het ongeschreven objectieve recht, maar naar de rechterlijke dispositie. In die gevallen lijkt er, zoals HESSELINK ten aanzien van de redelijkheid en billijkheid in het algemeen heeft bepleit, niet één, juiste beslissing te zijn. De rechter moet simpelweg de knoop doorhakken of een schatting casu quo een begroting maken.

In **hoofdstuk 4** is onderzocht wat het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid als open norm is. Dit gebied wordt bepaald door algemene (de artikelen 3:12, 6:2 en 6:248 BW) en specifieke (bijvoorbeeld artikel 6:258 BW) redelijkheids- en billijkheidsbepalingen, schakelbepalingen, jurisprudentiële uitbreidingen en wettelijke kristallisaties. Voor familie-*vermogens*rechtelijke rechtsverhoudingen is met name de schakelbepaling van artikel 6:216 BW van belang. Deze bepaling verklaart de artikelen 6:248 en

6:258 BW van overeenkomstige toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, voor zover de strekking van deze artikelen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet. Wanneer van deze uitzondering sprake is, is (uit de uitspaken) niet duidelijk. Een dergelijk uitzonderingsgeval laat zich ook moeilijk denken. Bij niet-vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen is het aan de vrije waardering van de rechter overgelaten of er voldoende grond aanwezig is voor overeenkomstige toepassing van de redelijkheid en billijkheid.

Het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm bevindt zich in een spanningsveld tussen de behoefte aan flexibiliteit aan de ene kant en het streven naar rechtszekerheid aan de andere kant. Vanuit juridisch-dogmatisch perspectief zijn er nog meer voor- en nadelen, die eveneens in **hoofdstuk 5** zijn bezien. Bij het nalopen van de nadelen neemt het theoretisch kader van het proefschrift van BARENDRECHT een speciale plaats in, omdat hij als pleitbezorger van meer gesloten normen heeft te gelden. De door hem aangevoerde nadelen kunnen echter worden genuanceerd. De *kennis over rechtvaardigheid* gaat door het gebruik van open normen als de redelijkheid en billijkheid niet verloren, maar wordt (in plaats van in de norm zelf) opgeslagen in de jurisprudentie en de rechtsliteratuur. De heersende opvatting lijkt te zijn dat de voordelen van de redelijkheid en billijkheid als open norm duidelijk opwegen tegen de nadelen daarvan. Uit dit onderzoek volgt dat het wel aanbeveling verdient om duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten die uit de toepassing van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden afgeleid (wettelijk) neer te leggen. Normaliter dient hiermee te worden gewacht totdat deze voldoende zijn gekristalliseerd. Dit is anders indien deze regels uitwerking hebben op een groot aantal gevallen, zoals bij onvoorziene omstandigheden van algemene aard.

De vraag hoe de rechter tot zijn oordeel omtrent de redelijkheid en billijkheid kan komen, zou (moeten) komen en komt, is beantwoord in **hoofdstuk 6**. In de wet wordt aangegeven waar de eisen (casu quo maatstaven) van redelijkheid en billijkheid bijvoorbeeld zijn te vinden: in de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke én persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. De wetgever heeft met deze opsomming geprobeerd het particulier-autonome redelijkheids- en billijkheidsoordeel (zo veel mogelijk) uit te sluiten. Er wordt echter niet aangegeven hoe de inhoud van deze kenbronnen kan worden vastgesteld en hoe de weging daarvan kan plaatsvinden. In de jurisprudentie en de rechtsliteratuur zijn hier echter onder andere de volgende rechtsvindingstechnieken voor ontwikkeld: de vergelijkingsmethode van WIARDA; gevalsvergelijking op basis van precedenten; de ontwikkeling van omstandighedencatalogi; en de *Fallgruppen*-methode. Deze rechtsvindings-

technieken hebben met elkaar gemeen dat ze uitgaan van gevalsvergelijking. Welke rechtsvindingstechniek het beste kan worden ingezet, lijkt af te hangen van het aantal vergelijkbare, reeds beoordeelde gevallen. Zo stond het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004 over contrair gedrag, toen het net was gewezen, nog op zichzelf en was de rechter aangewezen op de vergelijkingsmethode van WIARDA. Na verloop van tijd is duidelijk geworden dat dit arrest als precedent heeft te gelden. In de jurisprudentie is, voor zover bekend, (nog) geen omstandighedencatalogus ontwikkeld door de rechter voor dit type geval. Door 'volggevallen' om deze exemplarische uitspraak heen te groeperen, zou een *Fallgruppe* kunnen worden vastgesteld. In het proces van rechterlijke oordeelsvorming neemt het intuïtieve een vooraanstaande plaats in, wat door de geïnterviewde feitenrechters is bevestigd. Het intuïtieve dient als startpunt. Vervolgens proberen de geïnterviewde feitenrechters hun onmiddellijke overtuiging in te kleden met juridisch-rationele argumenten (en lopen ze aldus vooruit op vragen die ze in het kader van de legitimatie van hun oordeel moeten beantwoorden). Als dit hen niet lukt, merken ze hun intuïtieve oordeel aan als niet juist en stellen ze dit oordeel bij. In de praktijk lijkt de heuristische fase derhalve, hoewel dit voor de beeldvorming goed is, niet strikt te kunnen worden onderscheiden van de legitimatiefase.

In **hoofdstuk 7** is alle aandacht uitgegaan naar de functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid. In de rechtsliteratuur worden er twee typen functies onderscheiden: de methodische functies en de materiële functies. Het eerste type ziet hierbij op de wijze waarop de redelijkheid en billijkheid is ingebed in het systeem van het vermogensrecht, dan wel van het privaatrecht als geheel, terwijl het tweede type aangeeft welke rol de redelijkheid en billijkheid speelt voor concrete (vermogensrechtelijke) rechtsverhoudingen. Beide typen functies gaan terug op de Duitse doctrine en worden in de regel in drieën onderscheiden. De methodische functies bestaan uit de *receptie* van 'buiten-juridische' normen en waarden in het vermogensrecht, dan wel in het privaatrecht, de *transformatie* van 'collectieve' ideeën over normen en waarden in een nieuwe rechtsregel en de *delegatie* van een deel van de rechtsvormende bevoegdheid van de wetgever aan de rechter, waarbij de redelijkheid en billijkheid en haar kenbronnen (nog enkel) als wegwijzer fungeren in de richting van een zo rechtvaardig mogelijke oplossing. Deze functies houden nauw verband met de voordelen van het gebruik van de redelijkheid en billijkheid als open norm als weergegeven in hoofdstuk 5. Zo kan het recht langs de weg van de transformatiefunctie aansluiten bij de veranderde maatschappelijke omstandigheden en inzichten, zonder dat de wettekst hoeft te worden aangepast. Als materiële functies van de redelijkheid en billijkheid dienen naar de heersende opvatting in de rechtsliteratuur *uitleg*, *aanvulling* en *correctie* (van de rechtsgevolgen) van een overeenkomst te worden onderscheiden. De leerstukken

rechtsverwerking en *onvoorziene omstandigheden* worden hierbij gezien als (wettelijke) preciseringen van deze laatste functie. Deze materiële functies kennen ieder hun eigen toetsingscriterium. Het nut van het onderscheiden van deze functies is gelegen in de controleerbaarheid, zoals ook de Hoge Raad heeft beslist in het arrest *Achmea/ABN AMRO*. Er kan daardoor worden getoetst of het juiste toetsingscriterium is aangelegd. Daarnaast wordt – anders dan bij de normatieve methode van uitleg, waar de uiteindelijke rechtsgevolgen van de overeenkomst niet worden onderscheiden van wat partijen hebben gewild – de autonomie van de overeenkomst sluitende personen erkend. In de jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht verwijst de redelijkheid en billijkheid echter niet steeds naar een van de materiële functies van de redelijkheid en billijkheid – hetzelfde geldt waarschijnlijk ook voor de jurisprudentie op het gebied van het algemene vermogensrecht, maar is nooit onderzocht. De redelijkheid en billijkheid lijkt daarin ook te worden gebruikt als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel, als verwijzing naar de rechterlijke dispositie en als aanduiding dat er marginaal is getoetst. In de inhoudsanalyse is, zoals gezegd, getoetst of uit de betrokken rechterlijke uitspraken uit het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht is af te leiden in welke toepassingsvorm de redelijkheid en billijkheid is gebruikt. Dit is doorgaans het geval, zij het dat dit lang niet altijd eenvoudig is. De corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid lijkt het vaakst in geschil te zijn geweest (93 keer). Daarna komt de functie die de redelijkheid en billijkheid vervult bij uitleg (34), op de voet gevolgd door een verwijzing naar de rechterlijke dispositie (33), dan de aanvullende functie (8) en tot slot de redelijkheid en billijkheid als synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel (4). Dat de aanvullende functie zo weinig is waargenomen, is, gelet op het feit dat partijen op dit gebied veel naar eigen inzicht mogen regelen, waardoor de verwachting bestaat dat deze regels uitlegging en aanvulling behoeven, opmerkelijk. De redelijkheid en billijkheid is in de uitspraken uit de inhoudsanalyse geen enkele keer gebruikt als aanduiding voor een marginale toetsing. De reden hiervoor is waarschijnlijk dat het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht, anders dan bijvoorbeeld huis- en contactverboden, geen publiekrechtelijke elementen kent, zodat niet marginaal hoeft te worden getoetst vanwege beoordelings- en/of beleidsvrijheden.

Hoofdstuk 8 vormt, met hoofdstuk 7, de belangrijkste bouwsteen van dit onderzoek. Daarin is geconstateerd dat de wet(sgeschiedenis), naast de algemene motiveringsvereisten voor rechterlijke beslissingen, voor de motivering van een rechterlijke uitspraak over een geschilpunt waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding is slechts één specifiek motiveringsvereiste stelt. De rechter dient rekenschap te geven van de eventuele rechtsbeginselen die hij op het oog heeft gehad – alsook, naar wordt aangenomen, van de in Nederland levende rechtsovertuigingen – en van de

belangen die hij heeft laten meewegen. Hij zou dan ook vaak niet mogen volstaan met een blote opsomming van de feiten en omstandigheden die voor hem beslissend zijn geweest. Echter, in de uitspraken uit de inhoudsanalyse is slechts bij enkele geschilpunten een verwijzing naar een van de kenbronnen van artikel 3:12 waargenomen. Daarnaast is bij gevallen waarin is verwezen naar de feiten en omstandigheden van het geval als zodanig slechts 5 van de 25 keer aangewezen welke feiten en omstandigheden beslissend zijn geweest (wel zijn de feiten en omstandigheden 22 van de 25 keer afzonderlijk benoemd). Dit lijkt kansen te bieden voor hoger beroep en cassatie. Daarnaast kunnen, gelet op de functies van de motivering van rechterlijke uitspraken (*de controlefunctie, de explicatiefunctie en de inscherpingsfunctie*), daaraan aanvullende eisen worden gesteld, dan wel kan invulling worden gegeven aan het controleerbaarheids- en aanvaardbaarheidsvereiste als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 4 juni 1993. Zo zou de rechter, om de *check* van politici op de rechtsvorming door de rechter mogelijk te maken, zijn motivering zodanig moeten inkleden dat een dialoog met hen mogelijk is. Er dient te worden aangegeven welke feiten en omstandigheden in abstracto relevant zijn voor de oplossing van het onderhavige (type) geval en welk gewicht aan ieder van deze feiten en omstandigheden in dit geval toekomt. Dit hangt onder andere af van de rechtszekerheids- en de redelijkheids- en billijkheidsbelangen die daarachter schuilgaan. Deze dienen voor het onderhavige (type) geval dan ook te worden omlijnd. In de inhoudsanalyse zijn de onderbouwingen die rechters (kunnen) hebben aangewend om hun 'redelijkheids- en billijkheidsoordelen' te onderbouwen, onderverdeeld in zes typen: 1. bronnen; 2. context; 3. belangen; 4. hulpmiddelen; 5. Proces(rechtelijke argumenten); en 6. andere/ geval-specifieke argumenten (behorende tot de restcategorie). De geïnterviewde feitenrechters hebben een combinatie van belangen en context hiërarchisch het belangrijkste bevonden. In de inhoudsanalyse is een dergelijke combinatie echter maar bij 7 van de 169 geschilpunten waargenomen. Het vaakst is daarin een verwijzing naar gevalspecifieke argumenten gevonden, als behorende tot de restcategorie. De rechters die deze uitspraken hebben gewezen lijken het aldus belangrijk te vinden om dicht bij het individuele geval te blijven.

In **hoofdstuk 9** wordt ingezoomd op de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht. In hoofdstuk 4 hebben we gezien dat de vraag of er voldoende grond aanwezig is voor overeenkomstige toepassing van de redelijkheid en billijkheid bij niet-vermogensrechtelijk rechtsverhoudingen is overgelaten aan de vrije waardering van de rechter. In algemene zin kan deze overeenkomstige toepassing binnen het personen- en familierecht worden gegrond op het bestaan van de (ex-)partner of familierelatie sec. Zij moeten immers rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Gelet op de aard van deze rechtsverhoudingen, als ook van andere

rechtsverhoudingen binnen het personen- en familierecht, kan worden gezegd dat (ex)partner of familieleden enerzijds meer van elkaar mogen vergen dan van derden, maar dat ze anderzijds ook meer van elkaar moeten verdragen. De eisen die aan het gedrag of de houding van (een van de) partijen kunnen worden gesteld, zijn aldus hoger, waardoor de redelijkheid en billijkheid sneller in het geding lijkt te zijn. Dit wil overigens niet zeggen dat een beroep daarop ook eerder slaagt. De werkingssfeer van de redelijkheid en billijkheid verschilt evenwel tussen de onderscheiden deelgebieden van het personen- en familierecht. Zo is uit de data die zijn verzameld in de selectiefase van de inhoudsanalyse gebleken dat de invloed van de redelijkheid en billijkheid in het partneralimentatierecht (getalsmatig) het grootst is en daarna in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht, dat in dit onderzoek centraal is gesteld. Er is gezocht naar mogelijke verklaringen voor dit verschil:

1. Er zijn deelgebieden waarin veel regels van dwingend recht zijn en deelgebieden waar de partijautonomie vooropstaat.
2. Er zijn deelgebieden die hun basis in het privaatrecht hebben en deelgebieden die ook publiekrechtelijke elementen kennen.
3. Er zijn deelgebieden waar de continuïteit van de rechtstoestand primair van belang is en deelgebieden die worden gekenmerkt door het veranderlijkheidsbeginsel.

De hypotheses dat de invloed van de redelijkheid en billijkheid (als aanduiding dat er marginaal is getoetst), dan wel de slagingskans van een beroep daarop, in de laatstgenoemde deelgebieden groter is, konden echter binnen het bestek van dit onderzoek niet worden getoetst. Hetzelfde geldt voor de toepassingsvormen waarin de redelijkheid en billijkheid voorkomt in de andere deelgebieden dan het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht (dat in de inhoudsanalyse noodgedwongen van stratum tot onderzoekspopulatie is verheven) en de typen onderbouwingen die rechters hebben gebruikt in hun desbetreffende oordelen. Hiervoor is aldus vervolgonderzoek nodig. Om een idee te krijgen van de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid die zich in deze deelgebieden kunnen voordoen, is in dit hoofdstuk de eerst geselecteerde rechterlijke uitspraak van ieder deelgebied belicht. Bij sommige geïnterviewde feitenrechters leefde overigens het idee dat de redelijkheid en billijkheid is verinnerlijkt in andere open normen en begripsomschrijvingen, zodat het in deelgebieden die worden beheerst door deze open normen en begripsomschrijvingen niet nodig is de redelijkheid en billijkheid toe te passen. Boek 1 BW kent echter vele open normen en begripsomschrijvingen die niet dezelfde mate van vrijheid bieden aan de toepasser daarvan (uiteindelijk: de rechter) als de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid is bovendien ook niet volstrekt inwisselbaar met open normen die dit wel bieden,

zoals *het belang van het kind*. De rechter dient bij zijn beslissing dienaangaande alle feiten en omstandigheden van het geval in acht te nemen, maar het belang van het kind dient een overweging van de eerste orde te zijn. De *redelijkheid en billijkheid* stuurt de toepasser in de richting van een zo rechtvaardig mogelijke beslissing, in die zin dat zo veel mogelijk recht wordt gedaan aan de feiten en omstandigheden van het geval. De sturing die van deze open normen uitgaat is aldus verschillend, al zal de toepassing van deze normen bijna altijd tot dezelfde uitkomst leiden. De hiervoor genoemde richtingen zullen namelijk in de meeste gevallen vrij dicht bij elkaar liggen.

Hoofdstuk 10 vormt zowel qua omvang als inhoud het hoofdbestanddeel van dit onderzoek. Hierin zijn de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid in de rechterlijke uitspraken uit de inhoudsanalyse geanalyseerd, die allen waren gelegen op het terrein van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht. Deze toepassingen zijn allereerst gecategoriseerd naar onderwerp: 1. uitleg van familievermogensrechtelijke overeenkomsten; 2. contrair gedrag; 3. nakoming van familievermogens-rechtelijke overeenkomsten; 4. een beroep op een vervalbeding; 5. vergoedingsrechten; 6. invloed op de bijzondere verknochtheid van een goed; 7. afwijking van en verdeling bij helfte; 8. afwijking van een draagplicht bij helfte; 9. verrekening; 10. bewijsvermoeden; 11. belegging van onverteerd gebleven inkomen in bedrijfsvermogen; 12. voortgezet gebruik van de echtelijke woning en tot de inboedel daarvan behorende zaken; 13. verdeling; 14. peildatum; 15. waardebepaling; 16. overige correcties van familievermogensrechtelijke overeenkomsten; en 17. overig. De redelijkheid en billijkheid is het vaakst waargenomen in de jurisprudentie over de uitleg van familievermogens-rechtelijke overeenkomsten, peildatum en waardebepaling. Daarnaast is vermeld in welke materiële functie of andere rol de redelijkheid en billijkheid lijkt te zijn gebruikt, alsmede welk(e) typen onderbouwing(en) de rechter heeft gehanteerd om het desbetreffende oordeel te onderbouwen (zie tabel 10.20 voor het totaaloverzicht). Ook is aangegeven welke duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten uit de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden afgeleid. Gelet op het aantal regels, kunnen deze niet in deze samenvatting worden opgenomen. Wel kan een voorbeeld worden gegeven: een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden moet worden uitgelegd volgens de (klassieke) *Haviltex*-maatstaf. In veel gevallen hebben ook andere rechtswetenschappelijke onderzoekers zich uitgesproken over de concrete toepassingen van de redelijkheid en billijkheid en/of over de daaruit af te leiden duidelijke subregels, vuistregels en gezichtspunten, wat is meegenomen in dit hoofdstuk. Om bij het hiervoor gegeven voorbeeld te blijven: bij deze (als zodanig gepresenteerde) duidelijke subregel lijkt het noch te gaan om een bewuste keuze voor deze maatstaf, noch

om een bewuste keuze tegen een meer geobjectiveerde wijze van uitleg of een eigensoortige maatstaf. In de uitspraken uit de inhoudsanalyse zijn de omstandigheden die de Hoge Raad in de arresten *Meyer Europe/Pont Meyer* en *Derksen/Homburg* voor een meer geobjectiveerde wijze van uitleg heeft geformuleerd niet toegepast op de uitleg van overeenkomsten van huwelijkse voorwaarden. VAN DUIJVENDIJK-BRAND heeft verdedigd dat dit wel had gemoeten, nu partijen, naar haar ervaring, bij het aangaan van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden slechts een vage notie hebben van het soort huwelijkse voorwaarden dat ze wensen en ze de keuze hiervan feitelijk overlaten aan de notaris. Ook het feit dat bij de duiding van een overeenkomst rechten van derden kunnen zijn betrokken, wijst volgens haar in deze richting. Volgens de auteur, en haar toenmalige medeauteur, geldt in de regel hetzelfde voor de omvang en gedetailleerdheid van de overeenkomst. De aard van de overeenkomst lijkt daarentegen eerder te wijzen in de richting van de 'klassieke' *Haviltex*-maatstaf. In dit hoofdstuk is tot slot een vergelijking gemaakt tussen de onderscheiden onderwerpen binnen het huwelijks- en echtscheidings-vermogensrecht. Zo heeft een afwijking van een verdeling bij helfte veel minder kans van slagen dan een afwijking van een draagplicht bij helfte, terwijl daarvoor hetzelfde toetsingscriterium van onaanvaardbaarheid geldt. De reden voor dit verschil tussen vermogen en inkomen is evenwel niet duidelijk.

In **hoofdstuk 11** zijn de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken samengevat en is getracht aan de hand daarvan antwoord te geven op de centrale onderzoeksvraag, inhoudende:

> *Hoe wordt de redelijkheid en billijkheid in de Nederlandse jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht toegepast en strookt deze toepassing met de rechtvaardigheid en de rechtszekerheid?*

Dit is echter niet geheel mogelijk gebleken, onder andere omdat het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht, zoals gezegd, noodgedwongen van stratum tot onderzoekspopulatie is verheven. Wel is een aantal algemene lijnen ten aanzien van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht geïdentificeerd. Deze toepassing lijkt overwegend te stroken met de vereisten van rechtvaardigheid en rechtszekerheid. Dit is echter niet het geval voor de regels van redelijkheid en billijkheid die voldoende zijn gekristalliseerd (zoals de regel dat een beroep op een vervalbeding dat is verbonden aan een periodiek verrekenbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, tenzij blijkt van feiten en omstandigheden die een beroep op dit beding rechtvaardigen) en/of die een uitwerking hebben op een groot aantal gevallen, maar desondanks (lange

tijd) niet (wettelijk) zijn neergelegd (bijvoorbeeld de peildatum voor de waardebepaling van een te verdelen goed). Het gevolg van het gebrek aan regels op detailniveau is dat rechters op dit gebied zich met enige regelmaat een actieve houding hebben aangemeten. Ook is de wisselwerking tussen de rechtspraak en de rechtswetenschap vrij sterk. Deze laatste heeft, met het oog op de rechtszekerheid, regelmatig gehamerd op terughoudendheid, terwijl uit dit onderzoek voortvloeit dat de oplossing beter kan worden gezocht in een goede motivering. De uitspraken uit de inhoudsanalyse laten wat dit betreft evenwel een beter beeld zien dan vooraf op grond van de (met name) algemene vermogensrechtelijke literatuur werd verwacht. Wel zijn er nog veel verbeterpunten. In ieder geval moet uit de motivering kunnen worden opgemaakt in welke toepassingsvorm de rechter de redelijkheid en billijkheid heeft gehanteerd. Daarnaast zijn aan dit onderzoek, minder of meer direct een flink aantal aanbevelingen ontleend voor rechtswetenschappelijke onderzoekers, de praktijk van het notariaat én de advocatuur, de wetgever en de rechter. Zo verdient het bij een inhoudsanalyse aanbeveling de onderzoeksobjecten reeds bij de selectiefase beperkt te houden, indien de waarnemingen en de analyses deels door elkaar lopen. Ook is het van groot belang dat de procespartijen (en hun advocaten) voldoende relevante feiten en omstandigheden naar voren brengen voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid en aangeven waarom deze feiten en omstandigheden in dit geval relevant zijn. Volgens de geïnterviewde feitenrechters is thans te vaak sprake van ‘stelluiheid’. De ondertitel van dit proefschrift luidt: *Wonderolie van flexibiliteit of gif van rechtsonzekerheid?* De redelijkheid en billijkheid kan, zoals we hebben gezien, in beginsel beide zijn. Wat de overhand heeft, hangt (onder andere) af van de duidelijkheid en voorspelbaarheid van de uitkomst van rechterlijke uitspraken voor burgers. Als de bevindingen van dit onderzoek ter harte worden genomen, dan kan de redelijkheid en billijkheid met name wonderolie van flexibiliteit zijn.

Summary in English

This PhD thesis studies the application of reasonableness and fairness [*redelijkheid en billijkheid*] in Dutch case law regarding the law of persons and family law, and more specifically matrimonial property law. In current legal literature, this application has not received much attention. This PhD thesis assesses whether court judgments regarding matrimonial property law include any indications regarding the form of reasonableness and fairness applied there, and the types of reasons that the courts use in this area of law in the grounds of their judgments. The first element, in view of legal certainty, is important because it renders the court's thought process transparent, thus making it verifiable. The second element shows whether, and if so the extent to which, matrimonial property law complies with the legal and additional requirements that may apply to the reasoning of judgments regarding points of dispute where reasonableness and fairness comes into play. These two elements, like the other aspects of reasonableness and fairness − insofar as possible − were studied using the legal-dogmatic method, a content analysis and the qualitative interviewing method. The aim of this triangulation of research methods is to increase the validity of the research results and is innovative in legal research.

Chapter 2 describes the main quality requirements of these research methods and the related merits and limitations. In view of the research questions and their envisaged purpose using the aforementioned research methods, this PhD thesis may particularly be characterised as *interpretative* and *empirical.* The legal-dogmatic method is well known among lawyers and legal professionals, although its methodological rules are not fully determined. This makes it difficult to reflect on one's own or someone else's research. It seems that there is no need to explain the selection of relevant legislation, case law and legal literature in such a way as to allow the process to be repeated. This is the case, however, for content analysis, which relies on analysis allowing assessment and repetition if necessary. This research method, especially the quantitative-descriptive type, which most strongly resembles the content analysis as performed here, includes attention for the representativeness of the sample, the generalisability of the research results and the reliability of the coding. This study may also be described as empirical because it includes interviews held with lower-court judges working in the field of the law of persons and family law. These interviews can be labelled as qualitative because they are semi-structured. The size of the sample of these interviews may serve to illustrate the diversity of the experiences and opinions of the judges, but not the extent of the diversity.

Chapter 3 addresses what *reasonableness and fairness* means or should mean, according to the legislator of the new Dutch Civil Code [*het nieuw*

Burgerlijk Wetboek], the interviewed judges and legal doctrine. The legislator of the new Dutch Civil Code uses the term reasonableness and fairness intending to refer to objective good faith when acting [*objectieve goede trouw van het handelen*]. The Civil Code uses these terms both as a couple and individually. This distinction does not seem to have any legal meaning, however. The interviewed judges associated reasonableness and fairness with many different meanings, ranging from 'means to deliver tailor-made solutions' [*middel om maatwerk te kunnen leveren*] to 'patch' [*stoplap*]. Some judges indicated that for them the term mainly reminded them of the corrective function of reasonableness and fairness. Legal literature has fiercely (although mainly from a legal-dogmatic perspective) debated the question whether the open character of the norm *reasonableness and fairness* precludes it from having a normative effect. Some legal scholars have argued that the court when applying reasonableness and fairness can only rely on its own (legal) views. Others have argued that reasonableness and fairness has a behavioural-normative power that presents itself in the relationship between parties, without a court's judgment being required. This PhD study has found that the truth is somewhere in the middle. In principle, reasonableness and fairness is both a judicial decision-making norm and a behavioural norm for citizens. This is not true, however, for all substantive functions [*materiële functies*] and other roles of reasonableness and fairness. For example, regarding Article 6:258 of the Dutch Civil Code, reasonableness and fairness can only partly be defined as a behavioural norm for citizens, insofar as there is a wish or obligation to renegotiate. In addition, in the case law regarding the law of persons and family law it sometimes seems that reasonableness and fairness does not refer to unwritten positive law, but to the conscience of the judges [*de rechterlijke dispositie*]. In these cases, there seems to be more than one, and not just one single, correct decision, as HESSELINK generally argued when it comes to reasonableness and fairness. The court simply has the task to take a decision, or to make an estimation.

Chapter 4 examines the field of application of reasonableness and fairness as an open norm. This area is determined by general provisions (Articles 3:12, 6:2 and 6:248 of the Dutch Civil Code) and by specific provisions (e.g. Article 6:258 of the Dutch Civil Code) on reasonableness and fairness, by mutatis-mutandis provisions, by case-law expansions and by legislative crystallisations. When it comes to legal relationships of family property law the mutatis mutandis provision of Article 6:216 of the Dutch Civil Code is the most important one. This provision stipulates that Articles 6:248 and 6:258 of the Dutch Civil Code apply accordingly to other multilateral juridical acts pertaining to property law, to the extent that this is not incompatible with the necessary implications of these articles in connection with the nature of the juridical act. It is unclear (from the judgments) when this exception applies. And

it is hard to imagine such an exception. In legal relationships that are not of a property-law nature, the courts are free to judge whether there are sufficient grounds for an equal application of reasonableness and fairness.

The use of reasonableness and fairness as an open norm is situated in a field of tension between the need for flexibility on the one hand, and the pursuit of legal certainty on the other hand. From a legal-dogmatic perspective, there are more advantages and disadvantages to it, which are also discussed in **Chapter 5**. When addressing the disadvantages, the theoretical framework of BARENDRECHT's PhD thesis deserves special attention, because he should be considered as an advocate of (a system of) more specific rules. The disadvantages that he presents, however, need further qualification. The 'knowledge about justice' is not lost by using open norms such as reasonableness and fairness, but is laid down in case law and legal literature (rather than in the norm itself). The prevailing opinion seems to be that the advantages of the use of reasonableness and fairness as an open norm clearly outweigh the disadvantages. This PhD study shows that it would still be wise to lay down (in legislation) clear sub-rules, rules of thumb, and viewpoints that can be deduced from the application of reasonableness and fairness. This should normally take place only after they have sufficiently crystallised. This is different, however, when these rules affect large numbers of cases, as is true for unforeseen circumstances of a general nature.

The question of how the court can reach, would reach, should reach and actually reaches its judgment regarding reasonableness and fairness is answered in **Chapter 6**. The law indicates where the requirements (or standards, where relevant) of reasonableness and fairness may be found: in the generally accepted legal principles, in the fundamental conceptions of law in the Netherlands, and in the societal and personal interests involved in the case at hand. By including this enumeration, the legislator has attempted to exclude (as much as possible) any private-autonomous views regarding reasonableness and fairness. There is no indication, however, of how the contents of these knowledge sources can be determined and how they may be weighed. Case law and legal literature, however, have developed several law-finding techniques, e.g. WIARDA's method of comparison; case comparison based on precedents; the creation of catalogues of circumstances; and the *Fallgruppen* method. What these law-finding techniques have in common is that they are all based on case comparison. It seems that the best law-finding technique to be used depends on the number of similar, previously adjudicated cases. For example, when the Supreme Court rendered its ruling of 18 June 2004 on contrary behaviour, it had no comparison and the court needed to rely on WIARDA's comparison method. This ruling has since proved to be a precedent. In case law, as far as is known, courts have not (yet) developed a catalogue of circumstances for this type of case. Grouping

subsequent cases around this particular judgment could create a *Fallgruppe*. The formation of judicial opinion strongly revolves around intuition, as has been confirmed by the interviewed judges. Intuition serves as the starting point. The next step for the interviewed judges is to support their immediate opinion using legal-rational arguments (thus anticipating the questions that they are to answer as part of the legitimation of their opinion). If this is unsuccessful, they label their intuitive opinion as incorrect, and modify it. In practice therefore, although it benefits a clear picture, it seems difficult to distinguish the heuristic phase from the legitimation phase.

Chapter 7 focuses on the functions and other roles of reasonableness and fairness. Legal literature distinguishes two types of functions: the methodical functions and the substantive functions. The first type pertains to the manner in which reasonableness and fairness is embedded in the system of property law, or of private law as a whole, whereas the second type covers the role that reasonableness and fairness plays in actual concrete legal relationships (that are governed by property law). Both types of functions are rooted in German doctrine and are generally distinguished into three categories. The methodical functions include the *reception* of 'extra-legal' norms and values in property law, or in private law, the *transformation* of 'collective' ideas regarding norms and values in a new rule of law, and the *delegation* of part of the legislator's law-making competence to the court, where reasonableness and fairness and its knowledge sources – in this case only – serve as indicators pointing in the direction of a solution that is as fair as possible. These functions are closely related to the advantages of the use of reasonableness and fairness as an open norm, as described in Chapter 5. This allows the law to follow the path of the transformation function and tie in with changing societal circumstances and insights, without any need to amend legislation. The substantive functions of reasonableness and fairness, according to prevailing opinion in legal literature, are *interpretation*, *supplementation* and *correction* of (the legal effects of) an agreement. Here, the tenets of *forfeiture of rights* and *unforeseen circumstances* are considered as (legislative) specifications of the last function. These substantive functions each have their own assessment criterion. Distinguishing between these functions is useful to support verifiability, as the Supreme Court also ruled in *Achmea/ABN AMRO*. It allows assessing whether the right assessment criterion has been applied. In addition – in contrast to the normative method of interpretation, where the final legal consequences of the agreement are not distinguished from what parties would have intended – the autonomy of the contracting parties is recognised. However, in case law regarding the law of persons and family law reasonableness and fairness does not always refer to one of the substantive functions of reasonableness and fairness – and this is probably also true for the case law regarding general

property law, although that has never been examined. There, reasonableness and fairness also seems to be used as a synonym of the principle of justice, as a reference to the conscience of the judges and as an indication that marginal assessment has taken place. The content analysis, as indicated above, assessed whether the judicial decisions regarding matrimonial property law offer any clues with regard to the form in which reasonableness and fairness has been used. This is usually the case, although these clues are not always very easy to find. The corrective function of reasonableness and fairness seems to have been most frequently at issue (93 times). The runner-up is the function that reasonableness and fairness has in interpretation (34), followed by reference to the conscience of the judge (33), then the supplementing function (8) and the last one is reasonableness and fairness as a synonym for the principle of justice (4). It is remarkable that the supplementing function was observed so rarely, in view of the fact that in this field parties are relatively free to make their own arrangements, which would lead one to expect that these rules require interpretation and supplementation. In the judgments that are part of the content analysis, reasonableness and fairness was not used once to indicate a marginal assessment. This is probably because matrimonial property law, for example as opposed to domestic exclusion orders and restraining orders, includes no public-law elements, so that no marginal assessment is required because of margins of discretion or discretionary power [*beoordelings- en/of beleidsvrijheden*].

Chapter 8, with Chapter 7, is the most important building block of this PhD thesis. Chapter 8 finds that the law (or legislative history), apart from the general requirements for the reasoning of judicial decisions, only stipulates one specific requirement regarding a point of dispute centring on reasonableness and fairness. The court must account for any legal principles it has considered − and, as is assumed, of the fundamental conceptions of law in the Netherlands − and of the interests it has weighed. For this reason, the court should often do more than simply enumerate the facts and circumstances that it believed to be decisive. However, the judgments in the content analysis only featured a very small number of points of dispute that included a reference to one of the knowledge sources mentioned in Article 3:12. Moreover, in cases that referred to the related facts and circumstances as such, only 5 out of 25 of these references indicated which facts and circumstances were considered to be decisive (although in 22 out of 25 the facts and circumstances were individually described). This seems to open up opportunities for appeal and cassation. In addition, in view of the functions of the reasoning of judicial decisions (*control*, *explication*, and *raising the court's awareness*), additional requirements may be set, or the verifiability and acceptability requirement as referred to in the Supreme Court's ruling of 4 June 1993 may be further developed. For example, in order to allow politicians to check law-making by the court, the court should

substantiate its decision in such a way as to allow a dialogue. The court should describe the facts and circumstances that are theoretically relevant to the solution of this (type of) case, and how these facts and circumstances should individually be weighed there. This depends among other things on the underlying interests of legal certainty and of reasonableness and fairness. These interests should therefore be defined for the (type of) case in question. The content analysis divides the reasoning that courts (may) have used to base their 'reasonableness and fairness judgments' on into six types: 1. sources; 2. context; 3. interests; 4. tools; 5. proceedings and/or procedural arguments; and 6. other/ case-specific arguments (part of the category 'other'). The judges interviewed found a combination of interests and context to be the most important. The content analysis, however, found this combination only in 7 out of the 169 points of dispute. It most frequently found a reference to a case-specific argument (as part of the category 'other). The courts issuing these judgments therefore seem to find it important to stay close to the individual case.

Chapter 9 zooms in on the application of reasonableness and fairness in the law of persons and family law. Chapter 4 showed that the question of whether there are sufficient grounds for an equal application of reasonableness and fairness in legal relationships that are not of a property-law nature has been left to the discretion of the court. Generally speaking, in the law of persons and family law this equal application can be based on the existence of the partner (or ex-partner) or of the family relationship alone. After all, they should take into account each other's justified interests. In view of the nature of these legal relationships, and also of other legal relationships in the law of persons and family law, the partner (or ex-partner) or relatives should be able to demand more of one another than of third parties on the one hand, but should also put up with more, on the other hand. The behaviour or attitude of (one of) the parties is therefore subject to higher requirements, which causes reasonableness and fairness to become an issue more often. This does not necessarily mean, however, that invoking reasonableness and fairness has more chance of success. There are differences, however, between the scope of reasonableness and fairness in the subareas of the law of persons and family law as distinguished here. For instance, the data as collected in the selection phase of the content analysis showed that the influence of reasonableness and fairness in the law on spousal maintenance is greatest (in numbers), followed by that in matrimonial property law, which is the focus of this study. An attempt has been made to explain this difference:

1. Some subareas include many rules of mandatory law, and other subareas give priority to party autonomy.
2. Some subareas have a basis in private law, and other subareas also include public-law elements.

3. In some subareas the primary interest is in the continuity of the legal status, and other subareas are characterised by the principle of changeability.

In this PhD study it was not feasible however to examine the hypotheses that the influence of reasonableness and fairness (as an indication that marginal assessment has taken place), or the chance of success of invoking it, is greater in the latter subareas. This is also true for the forms in which reasonableness and fairness is used in subareas other than matrimonial property law (which in the content analysis was necessarily moved from stratum to research population) and the types of reasons that courts have used in their respective judgments. This will therefore require further research. To get an impression of the concrete applications of reasonableness and fairness that may occur in these subareas, this chapter covers the first judgment selected in each subarea. Some interviewed judges turned out to believe that reasonableness and fairness has been interiorised in other open norms and definitions, meaning that in subareas that are governed by these open norms and definitions there was thought to be no need to apply reasonableness and fairness. However, Book 1 of the Dutch Civil Code includes many open norms and definitions that do not allow the user (ultimately: the court) the same level of freedom as reasonableness and fairness. Moreover, reasonableness and fairness are not completely interchangeable with open norms that do offer this, such as that of *the interests of the child*. In such decisions the court has the duty to take into account all facts and circumstances of the case, but the interests of the child must be a primary consideration. *Reasonableness and fairness* directs the user towards a decision that is as fair as possible, in the sense that justice is done to the facts and circumstances of the case. This means that the direction indicated by these open norms is different, although their application would almost certainly have the same result. In most cases these directions will be fairly close to each other.

Both from the perspective of its size and substance, **Chapter 10** is the main component of this study. This chapter analyses the concrete applications of reasonableness and fairness in the judgments in the content analysis, all of which concern matrimonial property law. First, these applications are categorised according to subject: 1. interpretation of agreements of family property law; 2. contrary behaviour; 3. performance of agreements of family property law; 4. invocation of an expiry clause; 5. rights to reimbursement; 6. influence on the close affinity of an item of property; 7. departure from the division in equal shares; 8. departure from the obligation to contribute in equal shares; 9. settlement; 10. evidentiary presumption; 11. investment of unused income in business assets; 12. continued use of the matrimonial home and items that are part of its effects; 13. division; 14. reference date; 15. value assessment;

16. other corrections of agreements of family property law; and 17. other. Reasonableness and fairness was observed most frequently in case law regarding the interpretation of agreements of family property law, reference date and value assessment. In addition, mention is made of the substantive function or other role in which reasonableness and fairness seems to have been used, and of the types of reasoning the court has used to support the judgment at hand (see Table 10.20 for a complete overview). It is also indicated which clear sub-rules, rules of thumb and viewpoints can be deduced from the concrete applications of reasonableness and fairness. In view of the large number of rules, it is impossible to include them in this summary. To give an example however: a nuptial agreement should be interpreted in accordance with the (classic) *Haviltex* standard. In many cases, other legal scholars have also expressed their opinion on the concrete applications of reasonableness and fairness and/or on the clear sub-rules, rules of thumb and viewpoints that can be deduced from the application of reasonableness and fairness, which have been included in this chapter. To continue the example given above: this 'clear sub-rule' does not seem to involve a conscious choice in favour of this standard, nor a conscious choice against a more objectified manner of interpretation or a special standard. In the judgments that are part of the content analysis, the circumstances that the Supreme Court formulated in *Meyer Europe/Pont Meyer* and *Derksen/Homburg* for a more objectified manner of interpretation were not applied to the interpretation of nuptial agreements. VAN DUIJVENDIJK-BRAND has argued however that this should have been done, since in her experience, parties entering into a nuptial agreement (in particular, a prenuptial agreement) merely have a vague notion of the type of agreement that they wish to lay down, and in practice leave this choice to the civil-law notary. She also states that the fact that rights of third parties may be involved in the interpretation of an agreement suggest this. The author, and her then co-author, believe that generally the same thing is true for the size and level of detail of the agreement. The nature of the agreement, in contrast, seems to suggest that the 'classic' *Haviltex* standard is applicable. Finally, this chapter presents a comparison between the aforementioned subjects in matrimonial property law. For example, a departure from the division in equal shares has less chance of success than a departure from the obligation to contribute in equal shares, although both are covered by the assessment criterion of unacceptability. The reason for this difference between assets and income is unclear, however.

Chapter 11 summarises the findings of the previous chapters and attempts to answer the central research question:

How is reasonableness and fairness applied in Dutch case law in the area of the law of persons and family law, and does this tie in with justice and legal certainty?

This has proved to be only partially possible, however, because matrimonial property law, as referred to above, was necessarily moved from stratum to research population. Still, a number of general features have been identified concerning the application of reasonableness and fairness in matrimonial property law. This application generally seems to be in line with the requirements of justice and legal certainty. This is not true however for rules of reasonableness and fairness that have sufficiently crystallised (such as the rule that invoking an expiry clause related to a periodic set-off clause according to standards of reasonableness and fairness is unacceptable, unless there are facts and circumstances that justify invoking this clause) and/or that affect a large number of cases but nonetheless have not (for a long period of time) been laid down (in legislation) (e.g. the reference date for the value assessment of an item or property that is to be divided). The lack of sufficiently detailed rules has resulted in courts at times playing a more active role in this area. Also, the interaction between the courts and legal academics is rather strong. With a view to legal certainty, legal academics have regularly advocated reticence, whereas this PhD study shows that ensuring that judgments are clearly substantiated is a better solution. In this respect, however, the judgments from the content analysis reveal a more positive picture than what was previously expected based on the (mainly) general property-law literature. Still, there is much room for improvement. At the very least, the judgment should indicate which form of reasonableness and fairness the court has used. In addition, this study has yielded a large number of recommendations for legal academics, the practice of civil-law notaries, and also lawyers, the legislator and courts. It is advisable for example in a content analysis to limit the research scope in the selection phase, if observations and analyses tend to partially overlap. It is also highly important that parties to proceedings (and their lawyers) present sufficient relevant facts and circumstances for reasonableness and fairness to be applied, and that they state why these facts and circumstances are relevant to the case at hand. Currently, according to the interviewed judges, parties too often display a 'laziness' in furnishing facts. The subtitle of this PhD thesis is: 'Elixir of flexibility or poison of legal uncertainty?' As we have seen, reasonableness and fairness may in principle be both. Which way the balance tilts, depends among other things on how clear and predictable judgments are for citizens. If the results of this PhD study are taken on board, reasonableness and fairness may work as an elixir of flexibility.

Zusammenfassung in deutscher Sprache

Untersuchungsgegenstand dieser Dissertation ist die Anwendung von Treu und Glauben [*Redelijkheid en billijkheid*] in der niederländischen Rechtsprechung auf dem Gebiete des Familienrechts, unter besonderer Berücksichtigung des Ehegüterrechts und der Vermögensauseinandersetzung im Falle einer Ehescheidung. Die Anwendung hat in der Literatur bislang wenig Beachtung gefunden. Analysiert worden ist sowohl, ob aus den richterlichen Entscheidungen auf dem Gebiet des Ehegüterrechts und der Vermögens-auseinandersetzung bei Ehescheidung hervorgeht, in welcher Art und Weise der Grundsatz von Treu und Glauben angewendet worden ist, als auch, wie die jeweiligen Richter dies in den Entscheidungsgründen ausgeführt haben. Der erste Teilaspekt ist, unter besonderer Bezugnahme auf die Rechtssicherheit, von Bedeutung, da dies den Prozess der Entscheidungsfindung des Richters offenbart und damit kontrollfähig macht. Die weitere Untersuchung zeigt auf, ob und, sofern dies zutrifft, inwieweit im Ehegüterrecht und im Zuge der Vermögensauseinandersetzung bei einer Ehescheidung die gesetzlichen und ergänzenden Voraussetzungen erfüllt werden, die an die Begründung einer richterlichen Entscheidung, deren Streitgegenstand Treu und Glauben ist, gestellt werden. Beide Aspekte sind, ebenso − soweit möglich − wie die anderen Aspekte von Treu und Glauben, anhand der juristisch-dogmatischen Methode, einer Inhaltsanalyse und qualitativer Interviews untersucht worden. Mit dieser Triangulation der Untersuchungsmethoden wurde beabsichtigt, die Validität der Untersuchungsergebnisse zu erhöhen, was innovativ in der Rechtswissenschaft ist.

Die wichtigsten Qualitätsanforderungen dieser Untersuchungsmethoden sowie die Vorteile und Einschränkungen, die damit verbunden sind, sind Gegenstand des **zweiten Kapitels**. Unter Berücksichtigung der Fragestellung und dem damit verbundenen Ziel, das durch die zuvor genannten Untersuchungsmethoden erreicht werden soll, kann diese Untersuchung als *interpretativ* und *empirisch* charakterisiert werden. Die juristisch-dogmatische Methode ist den Juristen vertraut, jedoch sind deren methodologische Spielregeln nicht zur Gänze klar umrissen. Dies erschwert es, die eigene Untersuchung oder die eines anderen zu reflektieren. Die Auswahl der relevanten Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur scheint keiner detaillierten Erörterung zu bedürfen, sodass auf diesen Vorgang nicht weiter eingegangen werden soll. Anders ist dies bei der Inhaltsanalyse, die gerade bezweckt, dass die erfolgte Analyse beurteilt und gegebenenfalls wiederholt werden kann. Im Rahmen dieser Untersuchungsmethode wurden, insbesondere bei der des qualitativ-beschreibenden Typs, dem die im Zuge dieser Untersuchung angewendete Methodik am meisten entspricht, die

Repräsentativität der Stichproben, die Verallgemeinerungsfähigkeit der Untersuchungsergebnisse sowie die Validität der Codes besonders beachtet. Diese Untersuchung kann, aufgrund der mit den auf dem Gebiet des Familienrechts tätigen und mit der Beweiserhebung betrauten Richter geführten Interviews, ebenfalls als empirisch gekennzeichnet werden. Die Interviews können als qualitativ bezeichnet werden, da sie teilstrukturiert erstellt worden sind. In Folge des stichprobenartigen Umfangs der Interviews können die Unterschiede zwischen den Erfahrungen und Vorstellungen der Richter aufgezeigt werden, jedoch nicht deren Umfang.

Thema des **dritten Kapitels** ist, was nach der Auffassung des Gesetzgebers des Neuen Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches, der interviewten Richter und der Literatur unter dem Begriff *Treu und Glauben* zu verstehen ist. Der Gesetzgeber des Neuen Bürgerlichen Gesetzbuches hat den Begriff Treu und Glauben als objektiven guten Glauben an eine Handlung umschrieben. Diese Termini hat er sowohl in Verbindung miteinander als auch unabhängig voneinander verwendet. Dieser Unterschied scheint gleichwohl keine juristische Bedeutung zu haben. In den Interviews mit den Richtern offenbarte sich, dass diese dem Begriff Treu und Glauben viele verschiedene Bedeutungen beimessen: Vom *Mittel, um Maßarbeit leisten zu können*, bis hin zum *Flicken*. Einige Richter gaben an, in erster Linie an die korrigierende Funktion von Treu und Glauben zu denken. In der Literatur ist ausführlich (sei es auch hauptsächlich aus der juristisch-dogmatischen Perspektive) über die Antwort auf die Frage, ob die Offenheit von Treu und Glauben eine normierende Wirkung dieses Instituts verhindert, gestritten worden. Die Auffassungen gehen weit auseinander, wobei im äußersten Fall vertreten wird, dass der Richter bei der Anwendung von Treu und Glauben lediglich von seinen eigenen (Rechts-)Auffassungen auszugehen hat. Die Gegenansicht hierzu nimmt im anderen Extrem an, dass der Grundsatz von Treu und Glauben eine verhaltensmaßregelnde Wirkung hat, die sich losgelöst von der Auffassung des Richters im Rechtsverhältnis der Parteien offenbart. Unter Berücksichtigung des vorliegenden Untersuchungsergebnisses liegt die Wahrheit in der Mitte. Treu und Glauben dient prinzipiell sowohl als eine den Richter ermächtigende Norm als auch eine den Bürger bindende Verhaltensregel. Dies gilt jedoch nicht in Bezug auf alle materiellen und andere Funktionen von Treu und Glauben. So ist Treu und Glauben im Sinne von Artikel 258 des 6. Bürgerlichen Gesetzbuches nur teilweise als Verhaltensregel für die Bürger zu verstehen, soweit sich dies auf den Wunsch bzw. die Verpflichtung, erneut Verhandlungen aufzunehmen, bezieht. Daneben scheint Treu und Glauben in der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Familienrechts nicht auf ungeschriebenes, objektives Recht zu verweisen, sondern auf die richterliche Dispositionsfreiheit. In diesen Fällen scheint es, wofür HESSELINK bezüglich Treu und Glauben bereits im

Allgemeinen eingetreten ist, nicht nur eine richtige Entscheidung zu geben. Es obliegt dem Richter schlichtweg, den Knoten zu durchtrennen oder eine Schätzung anhand des Einzelfalls vorzunehmen.

Im **vierten Kapitel** wird untersucht, welches Anwendungsfeld Treu und Glauben als offene Norm zukommt. Der Anwendungsbereich wird durch allgemeine (Artikel 12 des 3. und Artikel 2 sowie 248 des 6. Bürgerlichen Gesetzbuches) und spezielle (z.B. Artikel 258 des 6. Bürgerlichen Gesetzbuches) gesetzliche Vorschriften über Treu und Glauben, Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisungen, Erweiterungen in der Rechtsprechung und gesetzgeberische Klarstellungen bestimmt. Für familien*vermögens*rechtliche Rechtsverhältnisse ist insbesondere die Verweisung in Artikel 216 des 6. Bürgerlichen Gesetzbuches von Bedeutung. Diese Vorschrift bestimmt, dass die Artikel 248 und 258 des 6. Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung auf mehrseitige vermögensrechtliche Rechtshandlungen finden, soweit der Zweck der Artikel in Verbindung mit der Art der Rechtshandlungen dem nicht widerspricht. Wann von dieser Ausnahme auszugehen, ist (anhand der Rechtsprechung) nicht eindeutig zu bestimmen. Ein solcher Ausnahmefall lässt sich auch theoretisch nur schwerlich konstruieren. Bei einer nichtvermögensrechtlichen Rechtshandlung ist es der freien Disposition des Richters überlassen, ob die notwendigen Voraussetzungen für die entsprechende Anwendung von Treu und Glauben vorliegen.

Die Anwendung von Treu und Glauben als offene Norm ist in einem Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis nach Flexibilität auf der einen Seite und dem Bestreben nach Rechtssicherheit auf der anderen Seite zu sehen. Aus der juristisch-dogmatischen Perspektive bestehen weitere Vor- und Nachteile, die ebenfalls im **fünften Kapitel** betrachtet worden sind. Im Rahmen der Auseinandersetzung mit den Nachteilen nimmt die theoretische Abhandlung in der Dissertation von BARENDRECHT einen besonderen Platz ein, da er als Fürsprecher für die Einführung von geschlossenen Normen anzusehen ist. Die durch ihn aufgezeigten Nachteile können allerdings nuanciert werden. Das *Wissen um die Gerechtigkeit* geht durch die Anwendung von offenen Normen, wie Treu und Glauben, nicht verloren, sondern wird vielmehr (anstelle der Normen selbst) in Rechtsprechung und Literatur erhöht. Die herrschende Auffassung scheint zu sein, dass die Vorteile die mit der Anwendung von Treu und Glauben verbundenen Nachteile überwiegen. Aus der vorliegenden Untersuchung ergibt sich jedoch auch, dass es zu befürworten ist, deutliche Untervorschriften, Faustregeln und Gesichtspunkte, die aus der Anwendung von Treu und Glauben abgleitet werden können, (gesetzlich) festzulegen. Grundsätzlich ist mit einer entsprechenden Normierung zu warten, bis sich diese Regeln vollends herauskristallisiert haben. Anders liegt der Fall jedoch, wenn

diese Regeln Auswirkungen auf eine Vielzahl von Fällen haben, wie bei unvorhergesehenen Umständen allgemeiner Art.

Die Frage, wie der Richter zu seiner Entscheidung bezüglich Treu und Glauben kommen kann, sollte, müsste und kommt, wird im **sechsten Kapitel** beantwortet. Der Gesetzestext enthält beispielshafte Angaben dazu, woraus sich die Voraussetzungen (c.q. der Maßstab) von Treu und Glauben ergeben (bzw. ergibt): In allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen, der in den Niederlanden vorherrschenden Rechtsüberzeugung sowie gesellschaftlichen und persönlichen Interessen, die im Einzelfall betroffen sind. Der Gesetzgeber hat mit dieser Aufzählung versucht, das autonome Urteil einer Einzelperson über Treu und Glauben (soweit möglich) auszuschließen. Jedoch fehlt es an einer Angabe, wie der Inhalt der aufgezählten Quellen zu bestimmen ist und wie die Gewichtung davon zu erfolgen hat. In Rechtsprechung und Literatur sind zu diesem Zwecke die folgenden Rechtsfindungstechniken entwickelt worden: Die Vergleichsmethodik von WIARDA; ein Vergleich der Einzelfälle anhand von Präzedenzfällen; die Entwicklung von Katalogen über Umstände; und die Fallgruppen-Methode. Gemeinsam ist diesen Rechtsfindungstechniken, dass Ausgangspunkt eine Form des Vergleichens von Fällen ist. Welche Rechtsfindungstechnik bestenfalls einzusetzen ist, scheint von der Anzahl vergleichbarer, bereits beurteilter Fälle abzuhängen. So war das Urteil des Hoge Raads vom 18.06.2004 über widersprüchliches Verhalten zum Zeitpunkt des Erlasses ohne Vorbild, sodass der Richter auf die Vergleichsmethodik von WIARDA angewiesen war. Mit Ablauf einiger Zeit ist deutlich geworden, dass dieses Urteil als Präzedenzfall anzusehen ist. In der Rechtsprechung ist, soweit bekannt, (noch) kein Katalog von Umständen entwickelt worden für vergleichbare Fälle. Es könnte jedoch eine Fallgruppe gebildet werden, indem dem beispielhaften Urteil des Hoge Raads 'Folgefälle' zugeordnet werden. Im Verfahren der richterlichen Entscheidungsfindung kommt der Intuition eine besondere Bedeutung, was durch die interviewten Richter bestätigt worden ist. Die Intuition ist der Ausgangspunkt. Im weiteren Verlauf versuchen die Interviewten ihre anfängliche Überzeugung in juristische-rationale Argumente einzukleiden (wodurch sie schlussendlich den Fragen vorgreifen, die sie im Rahmen der Legitimation ihrer Entscheidung beantworten müssen). Gelingt ihnen dies nicht, sehen sie ihre ursprüngliche intuitive Einschätzung als nicht zutreffend an und passen ihr Urteil an. In der Praxis scheint daher auch die heuristische Arbeitsphase, obwohl dies für das Bilden einer Vorstellung vorteilhaft ist, nicht streng von der Phase der Begründung getrennt werden zu können.

Im **siebten Kapitel** werden ausschließlich die Funktionen und andere Anwendungen von Treu und Glauben behandelt. In der Literatur werden die methodischen Funktionen und die materiellen Funktionen voneinander

unterschieden. Der erste Typ nimmt Bezug auf die Art und Weise, wie Treu und Glauben sowohl in das System des Vermögensrechts als auch in das Privatrecht allgemein eingegliedert ist, während bei der weiteren Funktion darauf abgestellt wird, welche Rolle Treu und Glauben für das konkrete (vermögensrechtliche) Rechtsverhältnis hat. Beide Arten der Funktionen haben ihren Ursprung im deutschen Recht und werden in der Regel in drei Teile untergliedert. Die methodischen Funktionen unterteilen sich in die *Rezeption* der 'außer-juristischen' Normen und Werte des Vermögens- sowie des Privatrechts, die *Transformation* der 'kollektiven' Ideen zu Normen und Werten in neue Rechtsvorschriften und die *Übertragung* eines Teils der gesetzgeberischen Befugnis an die Rechtsprechung, wobei Treu und Glauben sowie dessen Quellen (lediglich noch) als Wegweiser in die Richtung eines Ergebnisses, das so gerecht wie möglich ist, fungieren. Diese Funktionen stehen in engem Zusammenhang mit den Vorteilen der Anwendung von Treu und Glauben als offene Normen, wie im fünften Kapitel ausgeführt wurde. Auf diese Weise kann das Rechtssystem durch die Transformationsfunktion die veränderten gesellschaftlichen Umstände und Ansichten aufnehmen, ohne dass der Gesetztext selbst geändert werden muss. Bei den materiellen Funktionen von Treu und Glauben muss nach herrschender Auffassung in der Literatur zwischen *Auslegung*, *Ergänzung* und *Korrektur* (der Rechtsfolgen) der Vereinbarung unterschieden werden. Die Dogmen zur *Verwirkung* und *unvorhergesehenen Umständen* werden hierbei als (gesetzliche) Präzisierungen der letztgenannten Funktion angesehen. Die materiellen Funktionen unterliegen jeweils eigenen Anpassungskriterien. Der Nutzen der Unterteilung in verschiedene Funktionen liegt in der Kontrollfähigkeit, wie der Hoge Raad im Urteil *Achmea/ABN AMRO* herausgearbeitet hat. Dadurch kann kontrolliert werden, ob das richtige Kriterium angewendet worden ist. Daneben wird – im Gegensatz zur normativen Auslegungsmethode, bei der die Rechtsfolgen der Vereinbarung letztendlich nicht vom Willen der Parteien unterschieden werden – die Autonomie der die Vereinbarung schließenden Personen anerkannt. In der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Familienrechts nimmt Treu und Glauben nicht stets auf die materielle Funktionen Bezug – dies gilt vermutlich ebenso im Rahmen der Rechtsprechung im allgemeinen Vermögensrecht, die jedoch nicht in die Untersuchung miteinbezogen worden ist. Der Begriff Treu und Glauben scheint auch als Synonym für den Grundsatz der Gerechtigkeit, als Verweis auf die richterliche Disposition und als Andeutung, dass keine abschließende Prüfung vorgenommen wurde, verwendet zu werden. Im Rahmen der Inhaltsanalyse wurde, wie bereits erwähnt, überprüft, ob aus den ausgewählten Gerichtsentscheidungen im Ehegüterrecht und mit Bezug zur Vermögens-auseinandersetzung bei einer Ehescheidung abzuleiten ist, in welcher Art und Weise Treu und Glauben angewendet worden ist. Dies ist zwar durchgängig der

Fall, jedoch folgt daraus nicht, dass eine Einteilung stets simpel ist. Die korrigierende Funktion von Treu und Glauben ist anscheinend in den meisten Fällen Streitgegenstand gewesen (in 93 Entscheidungen). Anschließend ist die Funktion, die Treu und Glauben im Rahmen der Auslegung einnimmt, Gegenstand der Entscheidungen gewesen (34), dicht gefolgt von dem Verweis auf die richterliche Disposition (33), der ergänzenden Funktion (8) und letztendlich Treu und Glauben als Synonym für den Grundsatz der Gerechtigkeit (4). Dass die ergänzende Wirkung derartig wenig herangezogen wird, ist, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass den Parteien auf diesem Gebiet viele Gestaltungsmöglichkeiten offenstehen, wodurch die Erwartung besteht, dass der Gebrauch dieser Möglichkeiten eine Auslegung und Ergänzung erforderlich macht, merkwürdig. Treu und Glauben ist in den Entscheidungen aus der Inhaltsanalyse kein einziges Mal angewendet worden ist, um anzudeuten, dass keine abschließende Prüfung vorgenommen wurde. Grund hierfür ist wahrscheinlich, dass das Ehegüterrecht und die Vermögensauseinandersetzung bei Ehescheidung, anders als beispielsweise bei Wohnungszuweisungs- und Gewaltschutzangelegenheiten, keine öffentlich-rechtlichen Elemente beinhaltet, sodass aufgrund der Beurteilungs- und/oder Beschlussfreiheit eine nicht abschließende Prüfung nicht in Betracht kommt.

Das **achte Kapitel** ist, gemeinsam mit dem siebten Kapitel, der wichtigste Baustein der vorliegenden Ausarbeitung. In diesem Kapitel wird konstatiert, dass das Gesetz bzw. dessen Historie neben den allgemeinen Anforderungen an die richterliche Begründung, bei der richterlichen Entscheidung über einen Gegenstand, bei dem Treu und Glauben im Streit ist, nur eine spezielle Anforderung an die Begründung stellt. Der Richter ist verpflichtet, Rechenschaft über die eventuellen rechtlichen Grundsätze, die er vor Augen hatte, und die Interessen, die er in die Entscheidung einbezogen hat, abzulegen. Die rechtlichen Grundsätze schließen, wie angenommen wird, die in den Niederlanden herrschenden Rechtsauffassungen ein. Er dürfte dieser Verpflichtungen nicht durch eine bloße Aufzählung der Tatsachen und Umstände, die für ihn entscheidende Bedeutung hatten, Genüge tun. Gleichwohl enthalten nur einzelne der Entscheidungen, die im Rahmen der Inhaltsanalyse berücksichtigt worden sind, einen Verweis auf die Quellen des Artikel 12 des 3. Bürgerlichen Gesetzbuches. Daneben wurde nur in 5 von 25 Fällen, in denen auf die Tatsachen und Umstände des jeweiligen Falls verwiesen wurde, angegeben, welche konkreten Umstände und Tatsachen entscheidungserheblich waren (allerdings sind die Tatsachen und Umstände in 22 von 25 Fällen gesondert genannt worden). Dies scheint Anknüpfungspunkte zu bieten für eine mögliche Berufung oder Revision. Daneben können, unter Berücksichtigung der Zwecke des Abfassens von Entscheidungsgründen (die *Kontrollfähigkeit* der richterlichen Entscheidung, die *Erklärung der Sach- und Rechtslage* und die

interne Reflektion der Entscheidung), an die Entscheidungsgründe weitere Anforderungen gestellt werden, wie auch aus dem Urteil des Hoge Raads vom 04.06.1993 hervorgeht. So sollte der Richter, um eine politische Überprüfung der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung zu ermöglichen, seine Entscheidungsgründe derart formulieren, dass darauf basierend ein Dialog mit den Politikern möglich ist. Der Richter muss mitteilen, welche Tatsachen und Umstände abstrakt für die Lösung der ihm zur Entscheidung vorliegenden Art von Fall relevant sind und welches Gewicht welcher Tatsache in diesem konkreten Fall zukommt. Dies hängt unter anderem von den Rechtssicherheits-, Gerechtigkeits- und Billigkeitserwägungen, die sich dahinter verbergen, ab. Diese sind in den jeweiligen Entscheidungsgründen kenntlich zu machen. Im Rahmen der Inhaltsanalyse sind die Grundlagen, die Richter angewendet haben (können), um ihre 'Gerechtigkeits- und Billigkeitsentscheidungen' zu untermauern, in sechs Typen unterteilt worden: 1. Quellen; 2. Kontext; 3. Interessen; 4. Hilfsmittel; 5. Prozess(rechtliche Argumente); und 6. weitere/fallspezifische Argumente (zur Auffangkategorie gehörend). Die interviewten Richter haben eine Kombination der Interessen und des Kontextes hierarchisch als wichtigste Typen benannt. In der Inhaltsanalyse konnte eine solche Kombination tatsächlich nur bei 7 von 169 Streitgegenständen festgestellt werden. Am häufigsten konnte ein Verweis auf fallspezifische Argumente gefunden werden, der der Auffangkategorie unterfällt. Die Richter, die diese Entscheidungen erlassen haben, haben es anscheinend für wichtig erachtet, dicht am individuellen Fall zu bleiben.

Im **neunten Kapitel** fokussiert sich die Ausarbeitung auf die Anwendung von Treu und Glauben im Familienrecht. Im vierten Kapitel wurde dargelegt, dass die Beantwortung der Frage, ob die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, damit der Grundsatz von Treu und Glauben entsprechend bei nicht-vermögensrechtlichen Rechtsverhältnissen angewendet werden kann, der freien Entscheidung des Richters unterliegt. Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass eine entsprechende Anwendung innerhalb des Familienrechts bereits auf die besondere familienrechtliche Verbindung von (ehemaligen) Partnern oder Familienmitgliedern zurückgeführt werden kann. Schließlich müssen diese die berechtigten Interessen des jeweils anderen Partners oder Mitglieds berücksichtigen. Unter Beachtung der Art dieses Rechtsverhältnisses, sowie der anderen Rechtsverhältnisse im Familienrecht, kann davon gesprochen werden, dass (ehemalige) Partner oder Familienmitglieder einerseits höhere Erwartungen aneinander haben, aber andererseits auch mehr ertragen müssen. Die Anforderungen, die an das Verhalten oder die Einstellung (einer) der Parteien gestellt werden können, sind folglich höher, wodurch Treu und Glauben schneller Streitgegenstand zu sein scheint. Daraus folgt jedoch nicht, dass eine Anwendung im Familienrecht eher

vorgenommen wird. Die Anwendungsweise von Treu und Glauben unterscheidet sich zudem in den verschiedenen Teilgebieten des Familienrechts. So ist aus den in der Auswahlphase der Inhaltsanalyse zusammengestellten Daten ersichtlich, dass der Einfluss von Treu und Glauben im Ehegattenunterhalt (zahlenmäßig) am größten ist und erst sekundär im Ehegüterrecht und der Vermögensauseinandersetzung bei einer Ehescheidung, die das Hauptthema dieser Ausarbeitung sind, Berücksichtigung findet. Es wurde nach möglichen Erklärungen für diesen Unterschied gesucht:

1. Es gibt Teilgebiete, in denen viele Vorschriften zwingenden Charakter haben, und Teilgebiete, in denen die Parteiautonomie vorherrscht.
2. Es gibt des Weiteren Teilegebiete, die ihre Grundlage im Privatrecht finden, und Teilgebiete, die auch öffentlich-rechtliche Elemente beinhalten.
3. Ferner gibt es Teilgebiete, bei denen primär die Kontinuität des Rechtszustands eine Rolle spielt, und Teilgebiete, die gekennzeichnet sind durch Veränderung.

Die Hypothese, dass der Einfluss von Treu und Glauben (als Andeutung, dass nicht marginal geprüft wird), sowie die Wahrscheinlichkeit des Erfolgs einer Durchsetzung eines darauf beruhenden Arguments in den letztgenannten Teilgebieten größer ist, konnte innerhalb der vorliegenden Ausarbeitung nicht überprüft werden. Dies gilt auch für die Art der Anwendung von Treu und Glauben in anderen Teilgebieten als dem Ehegüterrecht oder im Falle der Vermögensauseinandersetzung bei einer Ehescheidung (das in der Inhaltsanalyse notgedrungen zur Untersuchungsgrundlage erhoben worden ist) und die Art und Weise der Begründung, die von den jeweiligen Richtern in den diesbezüglichen Entscheidungen verwendet worden ist. Hierfür bedarf es daher eine Folgeuntersuchung. Um eine Vorstellung von der konkreten Anwendung von Treu und Glauben, die in einem dieser Teilgebiete erfolgen können, ist in diesem Kapitel die erste ausgewählte Entscheidung des jeweiligen Teilgebiets aufgezeigt worden. Bei einigen der interviewten Richter herrschte die Überzeugung vor, dass Treu und Glauben in anderen offenen Normen und Begriffsumschreibungen enthalten sei, sodass es in den Teilgebieten, die maßgeblich durch diese offenen Normen und Begriffsumschreibungen bestimmt werden, nicht notwendig sei, Treu und Glauben anzuwenden. Das 1. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches kennt allerdings viele offene Normen und Begriffsumschreibungen, die dem Anwender (letztlich: dem Richter) weniger Freiheit als Treu und Glauben geben. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist darüber hinaus auch mitnichten frei mit offenen Normen austauschbar, die dies wohl bieten, wie *das Kindeswohl*. Der Richter muss in seiner diesbezüglichen Entscheidung alle Tatsachen und Umstände des Einzelfalls berücksichtigen,

aber das Kindeswohl muss vorangestellt werden. *Treu und Glauben* lenkt den Anwender in die Richtung einer Entscheidung, die so gerecht als möglich ist, was dahingehend zu verstehen ist, dass die Entscheidung den Tatsachen und Umständen des Falls, soweit möglich, gerecht wird. Die Vorgaben, die von diesen offenen Normen ausgehen, sind daher unterschiedlich, auch wenn die Anwendung der unterschiedlichen Normen fast immer zum selben Ergebnis kommen dürfte. Die in diesem Zusammenhang benannten Richtungen dürften nämlich in den meisten Fällen dicht beieinander liegen.

Das **zehnte Kapitel** bildet sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch des Inhalts den Hauptbestandteil der Ausarbeitung. In diesem sind die konkrete Anwendung von Treu und Glauben in richterlichen Entscheidungen aus der Inhaltsanalyse analysiert worden, die auf dem Gebiet des Familienrechts ergangen sind. Die Anwendung ist dabei zunächst anhand des jeweiligen Gegenstand kategorisiert worden: 1. Auslegung familienrechtlicher Vereinbarung; 2. widersprüchliches Verhalten; 3. Erfüllung familienrechtlicher Vereinbarungen; 4. Berufen auf eine Verfallklausel; 5. Vergütungsansprüche; 6. Einfluss auf die besondere Verbindung zu einem Gut; 7. Abweichen vom Grundsatz der hälftigen Verteilung der Güter; 8. Abweichen vom Grundsatz der hälftigen Haftung; 9. Verrechnungsklauseln; 10. Vermutungen; 11. Anlage unverteilt gebliebenen Einkommens im Betriebsvermögen; 12. Fortgesetzter Gebrauch der ehelichen Wohnung und zum Inventar dieser gehörender Gegenstände; 13. Verteilung; 14. Stichtag; 15. Wertermittlung; 16. weitere Korrekturen der familienvermögensrechtlichen Vereinbarungen; und 17. Sonstiges. Treu und Glauben wird in der Rechtsprechung meistens zur Auslegung familienvermögensrechtlicher Vereinbarungen, zu Stichtagen und zur Wertermittlung wahrgenommen. Des Weiteren wird sowohl angegeben, in welcher materiellen oder anderen Funktion Treu und Glauben verwendet zu werden scheinen, als auch, auf welche Art der Begründung der Richter zurückgegriffen hat, um die diesbezügliche Entscheidung zu untermauern (siehe die Gesamtübersicht in Tabelle 10.20). Auch wird angegeben, welche deutlichen Untervorschriften, Faustregeln und Gesichtspunkte aus der konkreten Anwendungen von Treu und Glauben abgeleitet werden können. Angesichts der Anzahl dieser Regeln können diese nicht in die Zusammenfassung aufgenommen werden. Dennoch soll ein Beispiel vorgegeben werden: Eine ehevertragliche Vereinbarung muss anhand des (klassischen) *Haviltex*-Grundsatzes ausgelegt werden. In vielen Fällen haben auch andere rechtswissenschaftliche Untersucher Stellung zur konkreten Anwendung von Treu und Glauben und/oder den daraus abzuleitenden deutlichen Untervorschriften, Faustregeln und Gesichtspunkten genommen, was auch in diesem Kapitel behandelt worden ist. Um bei dem bereits zuvor angegebenen Beispiel zu blieben: Bei diesen (als solche aufgezeigten) deutlichen

Untervorschriften scheint es sich weder um eine bewusste Wahl dieses Grundsatzes noch um eine bewusste Entscheidung gegen eine objektivere Art der Auslegung oder einen Auslegungsgrundsatz eigener Art zu handeln. In den Urteilen aus der Inhaltsanalyse sind die Grundlagen, die der Hoge Raad in seinen Urteilen *Meyer Europe/Pont Meyer* und *Derksen/Homburg* für eine objektivere Art der Auslegung formuliert hat, bei der Auslegung von Eheverträgen nicht angewendet worden. VAN DUIJVENDIJK-BRAND ist dafür eingetreten, dass dies erforderlich gewesen wäre, da die Parteien, ihrer Erfahrung nach, bei Eingehung des Ehevertrages nur eine vage Vorstellung von der Art des Ehevertrages, den sie eigentlich schließen wollen, haben und die Wahl tatsächlich dem Notar überlassen. Auch die Tatsache, dass bei der Deutung einer Vereinbarung Interessen und Rechte von Dritten berührt werden, legt dies ihrer Ansicht nach nahe. Nach Ansicht der Bearbeiterin der vorliegenden Ausarbeitung und ihrer damaligen Mitautors gilt dies grundsätzlich auch für den Umfang und die Detailliertheit der Vereinbarung. Die Art der Vereinbarung scheint hingegen eher auf den 'klassischen' *Haviltex*-Grundsatz hinzuweisen. In diesem Kapitel ist zum Abschluss ein Vergleich zwischen den verschiedenen Gegenständen im Ehegüterrecht und bei der Vermögens-auseinandersetzung im Falle einer Ehescheidung gezogen worden. So wird in weniger Fällen vom Grundsatz der hälftigen Verteilung der Güter abgewichen als vom Grundsatz der hälftigen Haftung, obwohl bei beiden Varianten das Erfordernis der Unzumutbarkeit erfüllt sein muss. Der Grund für diese Unterscheidung zwischen Vermögen und Einkommen ist jedoch undeutlich.

Im **elften Kapitel** werden die Erkenntnisse der vorangegangenen Kapitel zusammengefasst. Anhand dieser ist versucht worden, eine Antwort auf die eingangs gestellte Untersuchungsfrage zu geben, nämlich:

> *Wie werden Treu und Glauben in der niederländischen Rechtsprechung auf dem Gebiete des Familienrechts angewendet und steht diese Anwendung im Einklang mit der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit?*

Bedauerlicherweise hat sich herausgestellt, dass dies nicht gänzlich möglich ist, da – unter anderem – das Ehegüterrecht und das Vermögensrecht bei einer Ehescheidung, wie gesagt, notgedrungen zur Untersuchungsgrundlage geworden sind. Gleichwohl konnte eine Anzahl allgemeiner Grundlagen im Zusammenhang mit der Anwendung von Treu und Glauben im Ehegüterrecht und bei der Vermögensauseinandersetzung im Falle einer Ehescheidung ausgemacht werden. Diese Anwendung scheint im überwiegenden Maße im Einklang mit den Anforderungen an Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zu stehen. Dies ist jedoch nicht der Fall bezüglich der Regeln zu Treu und Glauben, die bereits zur Genüge herausgearbeitet worden sind, wie die Regel, dass es

treuwidrig ist, sich auf eine Verfallkausel zu berufen, die mit einer periodischen Verrechnungsklausel verbunden ist, es sei denn, aus den Tatsachen und Umständen ergibt sich, dass das Berufen auf diese Klausel gerechtfertigt ist, und/oder die Tatsachen und Umstände eine Auswirkung auf eine Vielzahl von Fällen haben, aber dennoch (längere Zeit) nicht (gesetzlich) festgelegt worden sind (beispielsweise der Stichtag für die Wertbestimmung eines zu verteilenden Gutes). Aufgrund des Fehlens von detaillierten Regeln haben sich Richter auf diesem Gebiet regelmäßig eine aktive Haltung angemessen. Auch ist die Wechselwirkung zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft sehr stark. Letztere hat, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssicherheit, regelmäßig auf Zurückhaltung gedrängt, während sich aus dieser Ausarbeitung ergibt, dass die Lösung eher in einer guten Entscheidungsbegründung gefunden werden kann. Die Entscheidungen, die im Zuge der Inhaltsanalyse behandelt worden sind, zeugen von einem besseren Umgang als vorab aufgrund (vornehmlich) allgemeinen vermögensrechtlichen Literatur erwartet. Gleichwohl besteht noch viel Verbesserungsbedarf. In jedem Fall muss aus der Entscheidungsbegründung erschlossen werden können, in welcher Art und Weise der Richter Treu und Glauben angewendet hat. Weiterhin sind in dieser Untersuchung, mehr oder weniger direkt, einige Empfehlungen enthalten für rechtswissenschaftliche Forscher, Praktiker wie Notare und Rechtsanwälte, den Gesetzgeber und die Richter. So empfiehlt es sich, bei einer Inhaltsanalyse den Gegenstand der Untersuchung schon bei der Auswahl einzuschränken, wenn die Beobachtung und die Analyse sich teils vermischen. Auch ist es wichtig, dass die am Verfahren beteiligten Personen (und ihre Rechtsanwälte) genügend relevante Tatsachen und Umstände darlegen für die Anwendung von Treu und Glauben und vortragen, warum diese Tatsachen und Umstände im konkreten Fall relevant sind. Nach Auffassung der interviewten Richter ist hier oft von einer 'Vortragfaulheit' zu sprechen. Der Untertitel dieser Dissertation lautet: *Wundermittel der Flexibilität oder Gift der Rechtsunsicherheit?* Treu und Glauben kann, so wie ausgeführt worden ist, im Prinzip beides sein. Was die Überhand hat, hängt (unter anderem) von der Deutlichkeit und Vorhersehbarkeit des Ergebnisses der richterlichen Entscheidungen für die Bürger ab. Sofern die Ergebnisse dieser Ausarbeitung zu Herzen genommen werden, dann kann Treu und Glauben vornehmlich ein Wundermittel der Flexibilität sein.

Bijlagen

Bijlage 1: Het codeboek, inclusief het codeerschema

Het codeerschema (zie hierna) bestaat uit vier onderdelen. Het eerste onderdeel betreft algemene (identificatie)kenmerken van de steekproefeenheid. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de rechterlijke instantie, uitspraakdatum en European Case Law Identifier (hierna: ECLI). De andere onderdelen zien op de codeer- en analyse-eenheden. Zo gaat het tweede onderdeel over de typen onderbouwingen die de rechter heeft aangewend in zijn oordelen over geschilpunten waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding was. Het derde onderdeel heeft betrekking op de materiële functie of andere rol waarin de redelijkheid en billijkheid lijkt te zijn gebruikt door de rechter. Het vierde onderdeel, tot slot, ziet op de opmerkelijkheden ten aanzien van deze eenheden.

A. Algemeen

De *steekproefeenheid* is iedere rechterlijke uitspraak op het gebied van het personen- en familierecht die (vóór 17 september 2012) is gepubliceerd op www.rechtspraak.nl en waarin de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* – of een afgeleide daarvan – (expliciet) voorkomt.

Geef aan welk deelgebied van het personen- en familierecht wordt onderzocht. Codeer de steekproefeenheden in de volgorde van relevantie volgens de zoekmachine van www.rechtspraak.nl. Geef iedere rechterlijke uitspraak een 'analysenummer', beginnend bij 1.

Vermeld welke rechterlijke instantie de uitspraak heeft gewezen, wat de uitspraakdatum en de ECLI is. Vermeld tevens de code die aan de rechterlijke instantie en het jaar van de uitspraak is toegekend.

Omschrijf kort de feiten en omstandigheden van het geval. Denk hierbij aan de rechtsverhouding tussen partijen en, indien partijen waren gehuwd, aan het huwelijksvermogensrechtelijke regime waarin zij waren gehuwd, het aantal jaar dat het huwelijk heeft geduurd, het aantal kinderen dat daaruit is voortgekomen en of partijen de gevolgen van de echtscheiding hebben geregeld in een echtscheidingsconvenant. Doe opgaaf van de rechtsvragen[993] in dit geding (en dus niet van de rechtsvragen in eerdere instanties) waarin de redelijkheid en billijkheid ter discussie is gesteld door partijen of door de rechter. Geef de oordelen van de rechter (in diens bewoordingen) kort weer. Codeer de

993 Hiermee wordt in dit verband niet gedoeld op de juridisch-technische term *rechtsvraag* ter onderscheiding van een feitelijke vraag.

onderwerpen waarop de hiervoor genoemde rechtsvragen betrekking hebben (zie voor het deelgebied *het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht* hierna). Kies hierbij het onderwerp dat het meest specifiek weergeeft waar het geschil over ging. Opmerkingen over de steekproefeenheid als geheel, bijvoorbeeld de formele relatie met andere uitspraken, kunt u kwijt onder *algemene opmerkingen.*

Onderwerpen van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht:

- *Uitleg van familievermogensrechtelijke overeenkomsten*
  Bij deze categorie gaat het om de uitleg – aldus is steeds de materiële functie *uitleg* in het geding – van een familievermogensrechtelijke overeenkomst, meer in het bijzonder van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, een echtscheidingsconvenant of een (aparte) verdelingsovereenkomst. Ook rechtsvragen waarin de *redelijkheid en*/of *billijkheid* niet expliciet wordt genoemd, maar waar, gelet op de uitlegmaatstaf, de redelijkheid en billijkheid aan ten grondslag heeft gelegen, dienen te worden meegenomen.
- *Contrair gedrag*
  Onder deze categorie valt de rechtsvraag of het contrair, onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten tijdens het huwelijk leidt tot een afwijking van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.
- *Nakoming van familievermogensrechtelijke overeenkomsten*
  Hierbij draait het om de uitvoeringsfase van de overeenkomst. Daarin kan zich de situatie voordoen dat een partij in redelijkheid en billijkheid geen (tijdige) nakoming van een familievermogensrechtelijke afspraak kan vergen.
- *Beroep op een vervalbeding*
  Onder deze categorie vallen geschillen waarin ter discussie staat of een vervalbeding (on)aanvaardbaar is. Het kan hierbij zowel gaan om een vervalbeding dat is verbonden aan een periodiek verrekenbeding, als om een vervalbeding dat is gekoppeld aan een vordering wegens te veel bijgedragen kosten van de huishouding.
- *Vergoedingsrechten*
  Vergoedingsrechten ontstaan als vermogensverschuivingen plaatsvinden tussen de afzonderlijke vermogens van de echtgenoten, zonder dat daarvoor een causa aanwijsbaar is. Geschilpunten die tot deze categorie behoren, zijn of er een causa aanwijsbaar is, of er sprake is van een *vermogens*verschuiving en hoe hoog het vergoedingsrecht dient te zijn.

- *Invloed op de bijzondere verknochtheid van een goed*
  Het betreft hier de invloed van de redelijkheid en billijkheid op de bijzondere verknochtheid van een goed in de zin van artikel 1:94 lid 3 BW.
- *Afwijking van een verdeling bij helfte*
  In deze gevallen gaat het om de vraag of op grond van de redelijkheid en billijkheid een afwijking van de uit artikel 1:100 lid 1 BW afgeleide regel van een verdeling bij helfte van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap moet worden aangenomen.
- *Afwijking van een draagplicht bij helfte*
  Deze categorie houdt verband met de vorige. Hier gaat het echter om een afwijking van de draagplicht bij helfte voor schulden die voor rekening van de gemeenschap (van goederen) komen.
- *Verrekening*
  Deze categorie is een verzamelcategorie van alle geschilpunten over verrekenbedingen in de zin van afdeling 1.8.2 BW.
- *Bewijsvermoeden*
  Hiermee wordt gedoeld op het vermoeden dat het bij het einde van het huwelijk aanwezige vermogen is gevormd uit wat op grond van het bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen periodieke verrekenbeding verrekend had moeten worden. Op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid kan een uitzondering op dit vermoeden worden gemaakt. Het vermoeden zelf is eveneens gegrond op (een uitleg naar) de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.
- *Belegging van onverteerd gebleven inkomen in bedrijfsvermogen*
  Hieronder worden die gevallen begrepen waarin het onverteerd gebleven inkomen is belegd in het bedrijfsvermogen van een van de echtgenoten en de rechtsvraag zich voordoet of deze echtgenoot dit inkomen, gelet op het bedrijfsbelang, aan de ander dient uit te keren.
- *Voortgezet gebruik van de echtelijke woning en tot de inboedel daarvan behorende zaken*
  Bij deze categorie speelt de redelijkheid en billijkheid onder andere een rol bij de volgende drie vragen. Wie van de partijen mag de gemeenschappelijke woning met uitsluiting van de ander gebruiken, zolang de gemeenschap nog niet is verdeeld? Dient voor dit gebruik een vergoeding te worden betaald? Hoe hoog behoort deze vergoeding te zijn?

- *Verdeling*
  Dit is weer een verzamelcategorie, maar nu voor rechtsvragen die handelen over de verdeling van goederen behorende tot de gemeenschap (van goederen).
- *Peildatum*
  Dit kan de peildatum voor de samenstelling en omvang van de huwelijksgoederengemeenschap, voor de waardebepaling van (een) te verdelen goed(eren) of voor de samenstelling en omvang van het te verrekenen vermogen betreffen. Het gaat hierbij om de rechtsvraag of op grond van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering kan worden gemaakt op de standaard of de door partijen overeengekomen peildatum.
- *Waardebepaling*
  Hier gaat het om de waardebepaling van een goed of een onderneming.
- *Overige correcties van familievermogensrechtelijke overeenkomsten*
  Als er sprake is van een correctie van een familievermogensrechtelijke overeenkomst die onder geen van bovenstaande categorieën valt, dient deze hieronder te worden gebracht. In deze gevallen is aldus steeds de materiële functie *correctie* in het geding.
- *Overig*
  Dit is een restcategorie voor alle overige geschilpunten.

N.B. Indien een rechtsvraag *verband houdt met* een van bovenstaande categorieën en niet onder een eigen categorie valt, mag deze daaronder worden geschaard in plaats van onder *overig*.

B. Onderbouwing

De *codeer- en analyse-eenheden* zijn alle geschilpunten waarin de redelijkheid en billijkheid in het geding was. De codeer- en analyse-eenheden vallen dan ook niet steeds samen met de steekproefeenheden.

Markeer in de rechterlijke uitspraak de rechtsoverwegingen waarin de redelijkheid en billijkheid is genoemd (deze beginnen vaak met de woorden: is dienaangaande van oordeel dat (…)) en tel het aantal woorden. Ook inleidende overwegingen, zoals voorop-, probleem- én vraagstellingen en de beslissing zelf tellen hierbij mee. Indien een onderdeel samen met andere onderdelen wordt behandeld, zijn ook deze van belang.

Codeer vervolgens de onderbouwingen die de rechter in de hiervoor genoemde rechtsoverwegingen heeft aangewend (voor een nadere omschrijving daarvan zie hierna). Breng ieder op zichzelf staand argument, om dubbeltelling

te voorkomen, slechts onder één onderbouwing. Geef ook aan onder welke typen deze onderbouwingen vallen: bronnen, context, belangen, hulpmiddelen, procesrecht en/of restcategorie. Als het oordeel niet is gemotiveerd, vermeld dit dan.

Indien is verwezen naar een *algemene of specifieke redelijkheids- en billijkheidsbepaling*, vermeld dan om welke bepaling het gaat. Hetzelfde geldt voor wanneer is verwezen naar een andere uitspraak, een precedent. Indien de onderbouwingen *feiten en omstandigheden van het geval*, *belangenafweging* of *omstandighedencatalogus* zijn gebruikt, geef dan tevens antwoord op de daarbij specifiek gestelde vragen.

Onderbouwingen:
Bronnen

- *Een verwijzing naar een (algemeen erkend) rechtsbeginsel*
  Onder een (algemeen erkend) rechtsbeginsel wordt een formele bron van recht begrepen die niet wettelijk is vastgelegd en die tezamen met andere normen het fundament van ons rechtsstelsel vormt, bijvoorbeeld het rechtszekerheidsbeginsel. Daarnaast worden tot deze categorie ook adagia gerekend.
- *Een verwijzing naar een verdragsbepaling*
  Een enkele keer wordt ter onderbouwing van een bepaalde toepassingsvorm van de redelijkheid en billijkheid een beroep gedaan op een fundamentele norm die haar neerslag heeft gevonden in een internationaal of Europees verdrag. Een voorbeeld hiervan is het grondrecht om te huwen en een gezin te stichten, dat in artikel 12 EVRM is neergelegd.
- *Een verwijzing naar een algemene of specifieke redelijkheids- en billijkheidsbepaling*
  De artikelen 2:8, 3:12, 6:2, 6:248 en 8:162 BW worden in dit onderzoek aangemerkt als algemene redelijkheids- en billijkheidsbepalingen, omdat daarin in algemene bewoordingen wordt verwezen naar de redelijkheid en billijkheid. Van een specifieke redelijkheids- en billijkheidsbepaling is sprake indien wordt verwezen naar een specifieke materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid, waardoor de redelijkheid en billijkheid gestalte heeft gekregen binnen deze bepaling. Het belangrijkste voorbeeld hiervan is artikel 6:258 BW.

- *Een verwijzing naar een wettelijke bepaling*
  Deze categorie omvat alle nationale wettelijke voorschriften, behoudens de in de vorige categorie vallende algemene en specifieke redelijks- en billijkheidsbepalingen.
- *Een verwijzing naar de ratio van een wettelijke bepaling*
  De ratio van een wettelijke bepaling drukt de bedoeling die de wetgever daarmee had uit. In plaats van de ratio wordt soms gesproken over de strekking van een wettelijke bepaling.
- *Een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis*
  Hiermee wordt gedoeld op de verslagen van de discussie die in het parlement is gevoerd bij de totstandkoming van een wet(telijke bepaling). Het gaat aldus om Kamerstukken, Handelingen, Kamervragen en Kamerbrieven. Ook een algemene verwijzing naar de parlementaire geschiedenis telt mee.
- *Een verwijzing naar een aanhangig wetsvoorstel*
  Hieronder ressorteren expliciete verwijzingen naar een voorstel van een wet zoals dat aan de Eerste of Tweede Kamer is aangeboden.
- *Een verwijzing naar het stelsel van de wet*
  Hieronder wordt een expliciete verwijzing naar de plaats en functie van een wettelijke bepaling in het systeem van de wet verstaan.
- *Een verwijzing naar een andere uitspraak (een* precedent*)*
  Iedere verwijzing naar een andere rechterlijke uitspraak dient te worden meegenomen, behalve een verwijzing naar de zaak waarvan de onderhavige de verdere behandeling en beslissing vormt. Een vermelding daarvan bij overige opmerkingen is dan wel op zijn plaats.
- *Een verwijzing naar vaste rechtspraak*
  Van vaste rechtspraak is sprake indien een in de rechtspraak ontwikkelde rechtsregel velen malen is herhaald en er aldus sprake is van een bestendige lijn. Dit kan expliciet worden vermeld in de uitspraak zelf. Ook kan het zijn dat bewoordingen worden gebruikt die (bijna) letterlijk zijn overgenomen uit een eerdere uitspraak (zonder deze te noemen), of dat een uitgangspunt is verwoord dat inmiddels als de standaard heeft te gelden.
- *Een verwijzing naar de 'in Nederland levende rechtsovertuigingen'*
  Het gaat hierbij om de overtuigingen over 'behoren' waaraan in artikel 3:12 BW wordt gerefereerd. Naast algemene overtuigingen, kan het derhalve ook gaan om de overtuigingen van een bepaalde kring van personen. Onder deze categorie wordt ook een verwijzing naar de bredere maatschappelijke opvattingen begrepen.

- *Een verwijzing naar literatuur*
  Zowel algemene verwijzingen naar de meningen in de rechtsliteratuur, als specifieke bronvermeldingen in de hoofdtekst, waaronder annotaties, dienen te worden meegenomen.
- *Een verwijzing naar buitenlands recht*
  Onder deze categorie vallen argumenten die uitdrukkelijk zijn ontleend aan buitenlands(e) recht(spraak), met uitzondering van opmerkingen van rechtsvergelijkende aard in de conclusie van de A-G.

Context

- *Een verwijzing naar de aard van de rechtsverhouding*
  Met de aard van de rechtsverhouding wordt gedoeld op de kenmerkende gesteldheid van de rechtsverhouding tussen partijen (bijvoorbeeld affectie).
- *Een verwijzing naar een gedraging of houding van één der partijen*
  Deze gedraging of houding kan betrekking hebben op de periode voorafgaande aan, gedurende en na de beëindiging van de rechtsverhouding tussen partijen, zoals de houding van partijen tijdens de zitting. Het kan gaan om een feitelijk of juridisch handelen of een nalaten.
- *Een verwijzing naar de (veronderstelde) bedoeling van partijen*
  Deze categorie behelst de bedoelingen van partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, althans hoe deze partijen in de gegeven omstandigheden het overeengekomene over en weer mochten opvatten.
- *Een verwijzing naar een verklaring van één der partijen*
  Hieronder wordt een mondeling ter zitting afgelegde verklaring van één der partijen verstaan.
- *Een verwijzing naar de inhoud van de overeenkomst*
  Het betreft hier een verwijzing naar het bepaalde in of de strekking van de overeenkomst.
- *Een verwijzing naar de aard van de overeenkomst*
  Met de aard van de overeenkomst wordt de kenmerkende gesteldheid van de overeenkomst (bijvoorbeeld het moment van werking) aangeduid.
- *Een verwijzing naar de redactie van de overeenkomst*
  Deze categorie heeft betrekking op de vorm waarin de bedoelingen van partijen onder woorden zijn gebracht. Het gaat aldus om de (uitleg die aan de) gebruikte bewoordingen (is gegeven), de letter of tekst van de overeenkomst. Een voorbeeld hiervan is de taalkundige uitleg van een bepaalde term.

- *Een verwijzing naar de wijze van totstandkoming van de overeenkomst*
  Hierbij kan worden gedacht aan hoe de overeenkomst tot stand is gekomen, maar ook aan de vraag of deze overeenkomst tot stand is gekomen onder begeleiding van een juridisch geschoolde adviseur.
- *Een verwijzing naar de feiten en omstandigheden van het geval*[994]
  Met een verwijzing naar de feiten en omstandigheden van het geval wordt gedoeld op een expliciete verwijzing naar *alle* feiten en omstandigheden van het geval *als zodanig*. Soms wordt de term *gebeurtenissen* in plaats van omstandigheden gebruikt. Van een verwijzing naar alle feiten en omstandigheden van het geval als zodanig is geen sprake indien enkel wordt geconstateerd dat geen (bijzondere) omstandigheden zijn gevonden die een uitzondering rechtvaardigen. Hetzelfde geldt indien wordt verwezen naar de feiten en omstandigheden in een algemene rechtsregel. Vermeld tevens of de feiten en omstandigheden ook afzonderlijk zijn benoemd en of daarnaast is aangegeven of aan bepaalde feiten en omstandigheden een bijzonder gewicht is toegekend.

Belangen

- *Een belangenafweging*
  Het kan hierbij gaan om een afweging van maatschappelijke (bijvoorbeeld de continuïteit van een bedrijf) en/of persoonlijke belangen (van partijen of van betrokkenen (zoals de (gezamenlijke) kinderen van partijen). Teken aan waarvan sprake is. Ben er bovendien op bedacht dat achter de overweging van wat van een echtgenoot kan worden verlangd of gevergd een belangenafweging schuil kan gaan.

Hulpmiddelen

- *Een weergave van een omstandighedencatalogus*
  Een omstandighedencatalogus is een opsomming van gezichtspunten die relevant (kunnen) zijn voor de invulling van een open norm, zoals de redelijkheid en billijkheid. Zie bijvoorbeeld het arrest *Meyer Europe/Pont Meyer*.[995] Een dergelijke catalogus dwingt feitenrechters ertoe om in hun motivering ervan blijk te geven dat ze de genoemde gezichtspunten in hun beoordeling hebben betrokken. Geef ook aan of

---

994 Indien de feiten en omstandigheden van het geval ook afzonderlijk worden benoemd, is sprake van gevalspecifieke argumenten (zie hierna). In deze gevallen bestaat aldus een duidelijke correlatie tussen beide onderbouwingen.

995 **HR 19 januari 2007**, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *JOR* 2007/166, m.nt. R.P.J.L. Tjittes; *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink onder *NJ* 2007/576; *Ondernemingsrecht* 2007/90, m.nt. A. Wiggers; *V-N* 2007/23.31, m.nt (*Meyer Europe/Pont Meyer*).

de (feiten)rechter apart heeft benoemd welke omstandigheden van deze zaak de doorslag hebben gegeven.

- *Gevalsvergelijking*
  Onder gevalsvergelijking wordt een vergelijking met fictieve gevallen begrepen, waaronder de situatie dat een bepaalde gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Een vergelijking met in de rechtspraak gewezen gevallen valt onder de categorie *een verwijzing naar een andere uitspraak (een precedent)* en een vergelijking met in de wet geregelde gevallen onder de volgende categorie.
- *Een redelijke (en billijke) wetsuitlegging*
  Een redelijke (en billijke) wetsuitlegging (of toepassing) wil zeggen dat de wet zo wordt uitgelegd dat het niet geregelde geval daarin gelezen wordt.

Procesrecht

- *Een oordeel dat berust op procesrechtelijke gronden*
  Een toe- of afwijzing van een beroep op de redelijkheid en billijkheid kan gebaseerd zijn op materiële (inhoudelijke) gronden, maar ook op formele, procesrechtelijke gronden. Hierbij kan worden gedacht aan het niet hebben voldaan aan de stelplicht ten aanzien van de feiten en/of de grondslag van de vordering (de redelijkheid en billijkheid), het ontbreken van een voldoende specifiek bewijsaanbod of het niet hebben bewezen van de stellingen. In cassatie komt het regelmatig voor dat een cassatiemiddel niet tot cassatie kan leiden wegens gebrek aan een feitelijke grondslag (bijvoorbeeld omdat zij berust op een onjuiste lezing).

Restcategorie

- *Een oordeel dat berust op een ander generaliseerbaar argument, namelijk (...)*
  Bij het coderen kan blijken dat er ook nog andere generaliseerbare argumenten zijn gebruikt. Met generaliseerbaar wordt bedoeld dat deze argumenten ook in andere gevallen kunnen spelen.
- *Een oordeel dat berust op een gevalspecifiek argument*
  Een gevalspecifiek argument is een argument dat is toegespitst op het concrete geval, wat in feite ieder argument is dat niet onder een van de voorgaande categorieën valt.

Niet gemotiveerd

- *Een oordeel dat niet is gemotiveerd*
  Indien geen van de hiervoor genoemde onderbouwingen is gebruikt, wordt het oordeel geacht niet te zijn gemotiveerd.

C. Materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid
Codeer de materiële functie of andere rol *waarin de rechter*, bezien naar de formulering van de motivering, de redelijkheid en billijkheid lijkt te hebben gebruikt (en dus niet de materiële functie of andere rol die u zelf hieraan zou toekennen).

- *Synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel*
  De redelijkheid en billijkheid lijkt een enkele keer ook in een concrete casus als synoniem voor het rechtsbeginsel *rechtvaardigheid* te zijn gebruikt, aldus op een *hoger* niveau.
- *Materiële functie: uitleg*
  Op het microniveau van de individuele casus worden in de vermogensrechtelijke literatuur drie materiële functies van de redelijkheid en billijkheid onderscheiden, waarvan de functie bij uitleg de eerste is. Door middel van uitleg wordt bepaald welke inhoud partijen aan de overeenkomst hebben willen geven en of partijen bepaalde kwesties ongeregeld hebben gelaten. De redelijkheid en billijkheid speelt hierbij een rol bij de waardering van de feiten en omstandigheden van het geval.
- *Materiële functie: aanvulling*
  De aanvullende functie houdt in dat de redelijkheid en billijkheid de overeenkomst van partijen aanvult, wanneer deze een leemte vertoont.
- *Materiële functie: correctie*
  De redelijkheid en billijkheid heeft tot slot ook een corrigerende functie. Wanneer toepassing van een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel *onaanvaardbaar* uitpakt, vindt ze geen toepassing. De oorzaak hiervan kan ook zijn gelegen in het tegenstrijdige gedrag van de rechthebbende of in onvoorziene omstandigheden.
- *Verwijzing naar de rechterlijke dispositie*
  De redelijkheid en billijkheid lijkt soms niet te verwijzen naar het ongeschreven, objectieve recht, maar naar de rechterlijke dispositie. De rechter lijkt in die gevallen met de redelijkheid en billijkheid aan te geven dat hij zijn beslissing naar goede justitie heeft genomen, met inachtneming van alle belangen. In deze betekenis lijkt de redelijkheid en billijkheid voor te komen in situaties waarin het belangrijker is *dat* er een beslissing wordt genomen, dan *welke* beslissing er wordt genomen (bijvoorbeeld bij de vaststelling van de (wijze van) verdeling) en in (andere) situaties waarin het punt waarop het rechterlijk oordeel niet verder kan worden gerationaliseerd zich sneller aandient dan

‘normaliter’ (bijvoorbeeld de waardebepaling van een goed of een onderneming).

- *Om aan te geven dat marginaal is getoetst*
  De redelijkheid (en billijkheid) wordt in enkele gevallen ‘slechts’ gebruikt om aan te geven dat de rechter een marginale toets heeft aangelegd. Dit komt voor indien de handelende (bijvoorbeeld de burgemeester) een bepaalde vrijheid heeft, waartegenover de rechter zich in het algemeen terughoudend pleegt op te stellen. Dit is vermoedelijk vaker het geval in deelgebieden die ook publiekrechtelijke elementen kennen.

Bij uitleg en correctie dient te worden bezien op grond van welke bron van rechten en verplichtingen de regel is gebaseerd: de wet, vaste rechtspraak (van de Hoge Raad), de gewoonte, een rechtshandeling of de redelijkheid en billijkheid zelf (zie artikel 6:248 lid 1 BW).

Ingeval een beroep op de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid is gedaan, dient nog de vraag te worden beantwoord of het beroep al dan niet is geslaagd, of dat daarop na verwijzing nog dient te worden beslist.

D. Overige opmerkingen
In deze rubriek kunnen opmerkingen over de codeer- en analyse-eenheden afzonderlijk worden geplaatst.

Het bijbehorende codeerschema[996]

A. Algemeen

Code deelgebied: [Excel VAK C]

1.	De persoon(lijke staat)
2.	Het aangaan van een huwelijk of de registratie van een partnerschap
3.	Het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht
4.	Het afstammings- en adoptierecht
5.	Minderjarigheid en gezag, alsmede het recht op contact, informatie en consultatie
6.	Bescherming van kinderen
7.	Bescherming van meerderjarigen
8.	Het partneralimentatierecht
9.	Het kinderalimentatierecht

996 Dit codeerschema kan ook worden gebruikt als codeerformulier.

10.	Het erfrecht
11.	Het internationaal privaatrecht
12.	Het pensioenrecht
13.	Het vermogensrecht voor ongehuwde samenlevende partners
14.	Afspraken over partneralimentatie tussen ongehuwde samenlevende ex-partners
15.	Het nationaliteitsrecht
16.	Het familieprocesrecht (en overige)
17.	Huis- en contactverboden
18.	De rechten en verplichtingen van personen die zijn opgenomen in psychiatrische ziekenhuizen

Analysenummer: [Excel VAK A]

Uitspraak (rechterlijke instantie, datum uitspraak, ECLI): [Excel VAK B]
Code rechterlijke instantie: [Excel VAK D]

1.	Hoge Raad
2.	Hof Amsterdam
3.	Hof Arnhem
4.	Hof Den Bosch
5.	Hof Den Haag
6.	Hof Leeuwarden
7.	Rechtbank Alkmaar
8.	Rechtbank Almelo
9.	Rechtbank Amsterdam
10.	Rechtbank Arnhem
11.	Rechtbank Assen
12.	Rechtbank Den Bosch
13.	Rechtbank Breda
14.	Rechtbank Dordrecht
15.	Rechtbank Groningen
16.	Rechtbank Den Haag
17.	Rechtbank Haarlem
18.	Rechtbank Leeuwarden
19.	Rechtbank Maastricht
20.	Rechtbank Middelburg
21.	Rechtbank Roermond
22.	Rechtbank Rotterdam
23.	Rechtbank Utrecht
24.	Rechtbank Zutphen
25.	Rechtbank Zwolle(-Lelystad)

Code jaar uitspraak: [Excel VAK E]

1.	1999
2.	2000
3.	2001
4.	2002
5.	2003
6.	2004
7.	2005
8.	2006
9.	2007
10.	2008
11.	2009
12.	2010
13.	2011
14.	2012

Korte omschrijving van de feiten en omstandigheden:
Rechtsvragen:
Rechterlijke oordelen:
Onderwerp: [Excel VAK F]

1.1	Uitleg van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden
1.2	Uitleg van een echtscheidingsconvenant
1.3	Uitleg van een verdelingsovereenkomst
2.	Contrair gedrag
3.	Nakoming van familievermogensrechtelijke overeenkomsten
4.	Beroep op een vervalbeding
5.	Vergoedingsrechten
6.	Invloed op de bijzondere verknochtheid van een goed
7.	Afwijking van een verdeling bij helfte
8.	Afwijking van een draagplicht bij helfte
9.	Verrekening
10.	Bewijsvermoeden
11	Belegging van onverteerd gebleven inkomen in bedrijfsvermogen
12.	Voortgezet gebruik van de echtelijke woning en tot de inboedel daarvan behorende zaken
13.	Verdeling
14.	Peildatum
15.	Waardebepaling
16.	Overige correcties van familievermogensrechtelijke overeenkomsten
17.	Overig

Algemene opmerkingen:

B. Onderbouwing

Is er sprake van …? [Excel VAKKEN G en H]

	1. Bronnen
1.	(een verwijzing naar een (algemeen erkend)) rechtsbeginsel
2.	(een verwijzing naar een) verdragsbepaling
3.	(een verwijzing naar een) algemene of specifieke r(edelijkheids)&b(illijkheids)bepaling [Excel VAK I]
4.	(een verwijzing naar een) wettelijke bepaling
5.	(een verwijzing naar de) ratio van een wettelijke bepaling
6.	(een verwijzing naar de) parlementaire geschiedenis
7.	(een verwijzing naar een) aanhangig wetsvoorstel
8.	(een verwijzing naar het) stelsel van de wet
9.	(een verwijzing naar) een andere uitspraak (*een precedent*) [Excel VAK J]
10.	(een verwijzing naar) vaste rechtspraak
11.	(een verwijzing naar de) 'in Nederland levende rechtsovertuigingen'
12.	(een verwijzing naar) literatuur
13.	(een verwijzing naar) buitenlands recht
	2. Context
14.	(een verwijzing naar de) aard van de rechtsverhouding
15.	(een verwijzing naar een) gedraging of houding (van één der partijen)
16.	(een verwijzing naar de (veronderstelde)) bedoeling van partijen
17.	(een verwijzing naar een) verklaring van één der partijen
18.	(een verwijzing naar de) inhoud van de overeenkomst
19.	(een verwijzing naar de) aard van de overeenkomst
20.	(een verwijzing naar de) redactie van de overeenkomst
21.	(een verwijzing naar de) wijze van totstandkoming van de overeenkomst
22.	(een verwijzing naar de) feiten en omstandigheden van het geval (Zo ja, worden de feiten en omstandigheden afzonderlijk benoemd? Wordt daarnaast aangegeven of aan bepaalde feiten en omstandigheden een bijzonder gewicht is toegekend?)
	3. Belangen
23.	(een) belangenafweging (Zo ja, is er sprake van een afweging van maatschappelijke en/of van persoonlijke belangen?)
	4. Hulpmiddelen
24.	(een weergave van een) omstandighedencatalogus (Zo ja, wordt apart benoemd welke omstandigheden van deze zaak de doorslag hebben gegeven?)
25.	gevalsvergelijking

26.	(een) redelijke (en billijke) wetsuitlegging
	5. Procesrecht
27.	(een oordeel dat berust op) procesrechtelijke gronden
	6. Restcategorie
28.	(een oordeel dat berust op een) ander generaliseerbaar argument(, namelijk (…))
29.	(een oordeel dat berust op een) gevalspecifiek argument
	7. Niet gemotiveerd
30.	(een oordeel dat) niet (is) gemotiveerd

De motivering bestaat uit (…) woorden. [Excel VAK K]

1.	100 woorden of minder
2.	101–200 woorden
3.	201–300 woorden
4.	301–400 woorden
5.	401–500 woorden
6.	501–600 woorden
7.	601–700 woorden
8.	701–800 woorden
9.	801–900 woorden
10.	901-1000 woorden
11.	1001-1100 woorden
12.	1101-1200 woorden
13.	1201-1300 woorden
14.	1301-1400 woorden

C. Materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid

1. In welke materiële functie of andere rol wordt de *redelijkheid en billijkheid* gehanteerd? [Excel VAK L]

1.	(Synoniem voor het) rechtvaardigheidsbeginsel
2.	(Materiële functie:) uitleg
3.	(Materiële functie:) aanvulling
4.	(Materiële functie:) correctie
5.	(Verwijzing naar de) rechterlijke dispositie
6.	(Om aan te geven dat) marginaal is getoetst
7.	Geen juridische betekenis

2. Het gaat om de uitleg of correctie van een tussen partijen geldende regel die geldt krachtens [Excel VAK M]

1.	wet
2.	vaste rechtspraak (van de Hoge Raad)
3.	gewoonte
4.	rechtshandeling
5.	redelijkheid en billijkheid

3. Wordt de tussen partijen geldende regel gecorrigeerd? [Excel VAK N]

1.	ja
2.	nee
3.	X

D. Overige opmerkingen

Bijlage 2: Het interviewschema

Gespreksintroductie
* Zorg dat onderstaande onderwerpen steeds aan bod komen.

Achtergrondinformatie

- Het interview heeft tot doel om informatie te verkrijgen over:
    - de heuristische fase van de rechterlijke oordeelsvorming; en
    - de alledaagse personen- en familierechtspraktijk (in verhouding tot de gepubliceerde jurisprudentie en de rechtsliteratuur).
- Het interview vindt plaats in het kader van onderzoek aan de Universiteit Utrecht. Dit onderzoek wordt (mede) gefinancierd door NWO. Het onderzoek wordt uitgevoerd door Evelien Verhagen onder begeleiding van Katharina Boele-Woelki en Wendy Schrama (promotoren).
- U bent gevraagd om mee te werken vanwege uw ervaring als rechter/raadsheer op het gebied van het personen- en familierecht.
- Ik ben aan uw naam gekomen via het *Utrecht Centre for European Research into Family Law* (UCERF), waarin ik participeer.

Baten en lasten van het interview

- Een student-assistent, Wychand Kraaij, zal woordelijk noteren wat er wordt gezegd/Van het interview wordt een geluidsopname gemaakt, die later woordelijk wordt getranscribeerd.
- Wat tijdens het interview is gezegd, wordt verwerkt in het onderzoeksrapport middels citaten, parafrases en samenvattingen.
- Het is de bedoeling dat u de hierna te stellen vragen (*overhandig de vragenlijst*) beantwoordt vanuit uw eigen kennis en ervaring en dat u het aangeeft als uw opvatting afwijkt van die van uw collega's die werkzaam zijn binnen het personen- en familierecht, althans voor zover bij u bekend.
- Het interview zal ongeveer negentig minuten duren.
- Uw antwoorden zullen anoniem worden verwerkt. Wel wil ik u vragen of ik uw naam mag vermelden in een lijst met geïnterviewde rechters/raadsheren.
- De geluidsopname wordt direct na het transcriberen gewist. De notities/het transcript worden/wordt bewaard op het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht. Derden kunnen deze notities/dit transcript slechts inzien met toestemming van u en van mijzelf.

Taakverdeling

- U hoeft alleen antwoord te geven op de te stellen vragen. Ik zal de volgorde van de vragen aangeven en de tijd bewaken.
- Het interviewschema bestaat uit zeven onderdelen (*Verwijs naar de vooraf toegezonden korte toelichting*).

Heeft u hier nog vragen over?

Vragen per onderwerp

0. Algemeen

0a. Wat is uw huidige functie?

0b. Hoe lang bent u al werkzaam in deze functie?

0c. Heeft u naast uw rechterschap ook werkervaring in andere juridische beroepen?

1. De materiële functies van de redelijkheid en billijkheid

1a. Aan de redelijkheid en billijkheid worden doorgaans drie materiële functies toegekend: uitleg, aanvulling en correctie. Door middel van uitleg wordt bepaald welke rechtsgevolgen partijen zijn overeengekomen en of partijen een bepaalde kwestie ongeregeld hebben gelaten. Indien dit het geval is, wordt de overeenkomst mede door de redelijkheid en billijkheid aangevuld. De uit de rechtsverhouding voortvloeiende rechtsgevolgen kunnen vervolgens worden gecorrigeerd op grond van de redelijkheid en billijkheid als deze leiden tot onrechtvaardige uitkomsten. Is het volgens u nuttig om deze functies te onderscheiden, en zo ja, waarom?

1b. Gebruikt u de term *redelijkheid en*/of *billijkheid* in de door uw gewezen uitspraken ook in andere, dan de onder vraag 1a genoemde, betekenis(sen)? En zo ja, in welke? En heeft deze term in dat geval een juridische lading of moet aan het gebruik van deze term (in juridische zin) geen gewicht worden toegekend?

2. De toepassing van de redelijkheid en billijkheid

2a. Kunt u bij benadering aangeven in hoeveel zaken u de redelijkheid en billijkheid in 2013 expliciet heeft toegepast, alsook de verhouding tussen de verschillende materiële functies?

2b. Hoe vaak is ruwweg een beroep op correctie van een tussen partijen geldende regel (die geldt krachtens wet, vaste rechtspraak, gewoonte, rechtshandeling of redelijkheid en billijkheid) toegewezen?

2c. Komt het voor dat de redelijkheid en billijkheid een rol heeft gespeeld bij de vorming van het rechtsoordeel, maar dat deze norm niet expliciet terugkomt in de motivering daarvan? En zo ja, kunt u hiervan een of meerdere voorbeelden geven?

2d. Past u de redelijkheid en billijkheid ook ambtshalve toe? En zo ja, in welk(e) geval(len)?

3. De oordeelsvorming over de redelijkheid en billijkheid

3a. Op welke wijze vult u de redelijkheid en billijkheid nader in? Ofwel: hoe gaat u bij de inkleding van de norm te werk? In hoeverre speelt uw intuïtie een rol bij dit proces?

3b. Artikel 3:12 BW stelt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Knoopt u bij deze punten aan? En zo ja, op welke wijze weegt u deze? En in hoeverre laat u dit terugkomen in uw motivering?

3c. WIARDA stelde in zijn beroemde werk *Drie typen van rechtsvinding* een vergelijkingsmethode voor. De rechter moet ingeval hij voor zijn beslissing alleen op normen als redelijkheid en billijkheid is aangewezen, en hem voor het te berechten geval vooralsnog geen duidelijke toetsingsmaatstaf invalt, trachten zich naast het gegeven geval één of liefst meerdere gevarieerde, maar toch nog vergelijkbare gevallen voor de geest te stellen waarin de beslissing niet twijfelachtig, althans minder twijfelachtig zou zijn. De rechter kan in dergelijke gevallen door vergelijking met fictieve gevallen, door te zoeken naar relevante verschillen, tot een verantwoorde beslissing van het gegeven geval komen. Maakt u gebruik van deze methode? En zo ja, zet u dit dan ook uiteen in uw motivering? En zo nee, waarom niet?

3d. De Hoge Raad formuleert met enige regelmaat een zogenoemde *omstandighedencatalogus*, denk hierbij aan de zaken *Meyer Europe/Pont Meyer* ('voor het antwoord op de vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze mochten toekennen aan de omstreden woorden in art. 8 onder b, SPA en wat zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten, in de door het hof in rov. 8.1 genoemde omstandigheden, waaronder de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming ervan en in het bijzonder de hierboven onder 3.3.3 (d) geciteerde "entire agreement clause" van art. 17.5 SPA, als uitgangspunt beslissend gewicht dient te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden,

gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de SPA') en *Saladin/HBU* ('het antwoord op de vraag in welke gevallen aan degene die bij contractueel beding zijn aansprakelijkheid voor zekere gedragingen ook indien deze jegens zijn wederpartij onrechtmatig zijn heeft uitgesloten, een beroep op dit beding niet vrijstaat, afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals: de zwaarte van de schuld, mede i.v.m. de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van pp., de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest'). Hij zet hierin gezichtspunten uiteen die in concreto relevant zijn of kunnen zijn om zodoende de sprong tussen de open norm en de omstandigheden van het geval te verkleinen. Maakt u gebruik van dergelijke catalogi? En zo ja, bent u van mening dat de sprong hierdoor daadwerkelijk wordt verkleind?

4. Rechtsvorming op basis van de redelijkheid en billijkheid

4a. Welke voor- en nadelen zijn volgens u verbonden aan het gebruik van de redelijkheid en billijkheid? En hoe zouden deze nadelen volgens u het beste kunnen worden ondervangen? Hoe kan de rechtsonzekerheid die deze norm met zich brengt het beste worden weggenomen – zonder de flexibiliteit te laten varen?

4b. Bent u van mening dat uw rechterlijke vrijheid is beperkt bij de toepassing van open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid? En zo ja, vindt u het lastig om de grens van uw vrijheid te bepalen?

4c. Heeft opneming van de redelijkheid en billijkheid in de wet (zoals is gebeurd in de artikelen 6:2, 6:248 en 6:258 BW) naar uw mening een toegevoegde (legitimerende) waarde?

4d. Bent u voorstander van het wettelijk neerleggen van subregels die uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeien? Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de peildatum voor de waardebepaling van de te verdelen goederen.

5. De motivering van een beslissing die is 'gebaseerd' op de redelijkheid en billijkheid

5a. Aan welke eisen dient de motivering van een beslissing waarbij de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een rol hebben gespeeld naar uw mening te voldoen? Maakt het hierbij uit of het verzoek/beroep wordt toe- of afgewezen?

5b. Tot wie richt u zich als rechter in de motivering?

5c. In de inhoudsanalyse onderscheid ik zes typen onderbouwingen (zie bijlage). Welk type vindt u het sterkst?

5d. In de door mij te verrichten inhoudsanalyse worden slechts uitspraken meegenomen die zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. Verwacht u een verschil in de motivering, bijvoorbeeld een uitgebreidere of beperktere motivering, t.o.v. niet gepubliceerde uitspraken?

6. De rol van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht

6a. Vindt u dat de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, vanwege de familierechtelijke relatie tussen partijen, terughoudender of ruimer dient te worden toegepast dan in het algemene vermogensrecht?

6b. Verschilt de rol van de redelijkheid en billijkheid – voor zover u daar zicht op heeft – binnen de deelgebieden van het personen- en familierecht al naar gelang er meer bepalingen met een dwingendrechtelijk karakter voorkomen?

6c. Speelt de redelijkheid en billijkheid naar uw mening ook een rol in gevallen waar geen contractuele rechtsverhouding tussen partijen bestaat? En zo ja, bent u van mening dat dit ook een rol mag spelen? En zo nee, bent u van mening dat dit wel zou moeten?

6d. In hoeverre acht u de *Haviltex*-formule ('De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de belangen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. mag worden verwacht') hanteerbaar bij de uitleg van familievermogensrechtelijke overeenkomsten?

7. De definiëring van de redelijkheid en billijkheid

7a. Dit alles overziend: kunt u *redelijkheid en*/of *billijkheid* definiëren?

7b. Tot wie is de norm volgens u (met name) gericht: tot rechtzoekenden (*gedragsnorm*) of tot u, in uw functie als rechter?

Afsluiting

Zijn er nog punten die u heeft gemist en die u graag naar voren wilt brengen?

Dankzegging.

Bijlage 3: Het betrouwbaarheidsonderzoek

De betrouwbaarheid is een gangbare maat voor de objectiviteit van de codes en wordt gezien als een noodzakelijke voorwaarde voor validiteit.[997] Deze maat geeft aan of de codes duidelijk omschreven, voldoende onderscheidend en objectief toepasbaar zijn. Om dit te kunnen onderzoeken, zijn aanvullende data gegenereerd door een masterstudente Legal Research[998] (hierna te noemen: de tweede codeur). Zij heeft iedere vierde uitspraak van de betrokken uitspraken van de Hoge Raad en van de steekproef,[999] onafhankelijk van de auteur (hierna te noemen: de eerste codeur), gecodeerd aan de hand van het codeerschema (zie bijlage 1). De zogeheten betrouwbaarheidsdata zijn zodoende verkregen onder test-test voorwaarden.[1000] Dit wil zeggen dat de eerste en de tweede codeur onafhankelijk van elkaar hebben gewerkt en dat zij dezelfde codeereenheden op basis van dezelfde codeursinstructies hebben gecodeerd. Op deze wijze is aldus de repliceerbaarheid van de codes gemeten, ook wel de intercodeurs-betrouwbaarheid geheten.

Er is zowel een statistische als een inhoudelijke toets aangelegd. De eerstgenoemde toets laat zien in welke mate de specifieke kenmerken betrouwbaar kunnen worden waargenomen. De berekende statistische maten geven evenwel niet aan waardoor het verschil in waarnemingen is veroorzaakt. Daarom is ook inhoudelijk onderzocht waarin dit verschil was gelegen. Aldus wordt inzichtelijk gemaakt of het coderen op een deugdelijke wijze is geschied of, anders geformuleerd, er geen toevallige fouten zijn gemaakt.[1001]

Toelichting op de statistische toets

De mate van overeenstemming tussen de waarnemingen van de codeurs, voorafgaande aan overleg tussen beiden, wordt weergegeven door middel van de statistische maat *Cohen's Kappa*.[1002] Deze statistische maat is geschikt en gebruikelijk[1003] voor codes die als 'waardes' categorieën (en geen getallen) aannemen[1004] op een nominaal meetniveau, zijnde een schaal waarop variabelen

997 Zie **Lombard, Snyder-Duch & Bracken, *HCR* 2002**, p. 589; **Bauer 2003**, p. 133; **Hox 2005**, p. 166; **Bryman 2012**, p. 173; **Krippendorff 2013**, p. 267-270; en **Boeije 2014**, p. 153.

998 Te weten: Lisa Orvini.

999 Er is aldus sprake van een systematische steekproeftrekking zonder aselect begin. Zie **Kumar 2014**, p. 245-246.

1000 Zie **Krippendorff 2013**, p. 271.

1001 Zie **Hox 2005**, p. 161.

1002 Dit is een modificatie van Scott's π. Zie **Cohen, *EPM* 1960**, p. 37-46.

1003 Zie **Hall & Wright, *CLR* 2008**, p. 113.

1004 De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid is een polytome variabele, een variabele die meer dan twee 'waardes' aan kan nemen. De aan- of

worden *benoemd* zonder dat een rangorde (zoals eens, neutraal, oneens) wordt aangebracht.[1005]

Het voordeel van Cohen's Kappa boven de simpele weergave van de proportionele overeenstemming tussen de waarnemingen van de codeurs is dat een correctie wordt toegepast voor overeenstemming die louter op basis van toeval mag worden verwacht. Cohen's Kappa laat aldus de 'daadwerkelijke' overeenstemming zien. De Kappa coëfficiënt[1006] is daarnaast relatief eenvoudig te berekenen en kan daardoor ook worden uitgerekend door een leek op het gebied van statistiek.

Aan het gebruik van Cohen's Kappa kleven echter ook enkele nadelen.[1007] Het meest genoemde nadeel is de *prevalentieafhankelijkheid*. Dit probleem doet zich ook in dit onderzoek voor bij het kenmerk *onderbouwingen*. Indien een bepaalde onderbouwing weinig is waargenomen − en er dus sprake is van een erg scheve verdeling tussen de aan- en afwezigheid daarvan −, geeft de Kappa coëfficiënt een (te) negatief beeld van de overeenstemming tussen de waarnemingen van de codeurs. Dit komt doordat voor de berekening van de proportionele verwachte overeenstemming wordt uitgegaan van de randtotalen van de overeenstemmingstabel.[1008] Om dit nadeel te ondervangen wordt, in navolging van CICCHETTI en FEINSTEIN,[1009] bij de vierveldentabellen,[1010] naast de Kappa coëfficiënt, ook de proportionele waargenomen overeenstemming van de aanwezigheid [*observed proportion of positive agreement,* P_{pos}] en de proportionele waargenomen overeenstemming van de afwezigheid [*observed proportion of negative agreement,* P_{neg}] weergegeven.[1011]

---

afwezigheid van een bepaald type onderbouwing is aan te merken als een dichotome variabele, een variabele met maar twee 'waardes' (zoals ook man/vrouw). Zie **KUMAR 2014**, p. 90.

1005 Zie **KUMAR 2014**, p. 94.

1006 $K = \frac{\mathrm{Po} - \mathrm{Pe}}{1 - \mathrm{Pe}}$, waarbij K staat voor Cohen's Kappa, Po voor proportionele waargenomen overeenstemming [*Proportion observed*] en Pe voor proportionele verwachtte overeenstemming [*Proportion expected*].

1007 Zie **KOLBE & BURNETT, *JCR* 1991**, p. 249; **HAYES & KRIPPENDORFF, *CMM* 2007**, p. 81; en **KRIPPENDORFF 2013**, p. 303-306.

1008 Zie **FEINSTEIN & CICCHETTI, *J. Clin Epidemiol* 1990**, p. 547-548.

1009 **CICCHETTI & FEINSTEIN, *J Clin Epidemiol* 1990**, p. 557. Zie ook **BYRT, BISHOP & CARLIN, *J Clin Epidemiol* 1993**, p. 428 en **KRIPPENDORFF 2013**, p. 320.

1010 Deze zien er als volgt uit:

	Codeur 1			
Codeur 2		Ja	Nee	∑
	Ja	A	B	g1
	Nee	C	D	g2
	∑	f1	f2	N

1011 Ppos = $\frac{2 \times a}{f1 + g1}$ en Pneg = $\frac{2 \times d}{f2 + g2}$

De Cohen's Kappa heeft een maximum van 1, wat wil zeggen dat er een perfecte mate van overeenstemming tussen de waarnemingen van de codeurs bestaat. Een Kappa coëfficiënt van 0 geeft aan dat de bestaande overeenstemming puur op toeval berust. Om een indicatie te geven van wat een bepaalde Kappa coëfficiënt betekent, wordt de veel gebruikte interpretatieschaal van LANDIS & KOCH aangehouden.[1012] Zie tabel B3.1. Het voordeel van deze interpretatieschaal is dat hierin een verfijnde categorisering is gemaakt, wat direct ook het nadeel is: de verschillende categorieën zijn op arbitraire punten afgekapt.

Waarde van *K*	**Mate van overeenstemming**
< 0,00	Slecht [*poor*]
< 0,20	Gering [*Slight*]
0,21 – 0,40	Matig [*Fair*]
0,41 – 0,60	Redelijk [*Moderate*]
0,61 – 0,80	Voldoende tot goed [*Substantial*]
0,81 – 1,00	Bijna perfect [*Almost perfect*]

Tabel B3.1: LANDIS en KOCH's interpretatie van Cohen's Kappa

Het belang van deze statische toets dient overigens niet te worden overschat; in totaal zijn 41 eenheden door beide codeurs gecodeerd. Dit aantal is aan de lage kant.[1013]

Toelichting op de inhoudelijke toets

Per verschil in waarneming tussen de codeurs is nagegaan waaruit dit verschil bestond, waarom de codeurs in eerste instantie voor hun codes hadden gekozen, of ze nog steeds achter hun eigen codes stonden, waartoe het verschil in waarneming te herleiden was en of het voorgaande tot aanpassing van het codeerschema diende te leiden. In dit overleg is, op drie gevallen na, overeenstemming over de codes bereikt tussen de codeurs, al zijn hier nadien, in de analysefase, nog enkele aanpassingen in aangebracht. Op deze plaats worden de belangrijkste oorzaken voor de verschillen in waarnemingen en de (mogelijke) oplossingen daarvoor besproken.

1012 **LANDIS & KOCH, *Beometrics* 1977**, p. 165.

1013 Vergelijk **HOX 2005**, p. 164. Daarenboven kan de Kappa coëfficiënt voor de helft van de onderbouwingen niet worden berekend, omdat een rij en/of een kolom in de vierveldentabel geen enkele waarde bevat. Deze onderbouwingen komen aldus zo weinig voor dat veel meer eenheden hadden moeten worden gecodeerd om iets te kunnen zeggen over de betrouwbaarheid van de frequentie waarin hiernaar wordt verwezen.

Allereerst is gebleken dat het coderen van de deelonderwerpen van het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht waarin de redelijkheid en billijkheid een rol speelt niet goed mogelijk is zonder nadere toelichting daarop; deze is dan ook toegevoegd. Ten tweede (her)kende de tweede codeur bepaalde hoofdregels en vaste jurisprudentie niet. Dit had wellicht kunnen worden ondervangen door een hoger kennisniveau te stellen aan de tweede codeur, al dient ervoor te worden gewaakt dat te hoge eisen worden gesteld, zodat de potentiële groep codeurs die het onderzoek kunnen beoordelen en herhalen te klein wordt.[1014] Ten derde zijn enkele verschillen te herleiden tot een 'onopmerkzaamheid' van een van de codeurs. Hiermee wordt bedoeld dat ze bij het horen van de door de andere codeur toegekende code dachten 'O ja, dat is waar ook'. Dit zou deels kunnen worden voorkomen door een nog nauwkeurigere lezing van de rechterlijke uitspraken. In de vierde plaats is in een aantal gevallen een van de codeurs bij een 'tweede' lezing van mening veranderd. Deze 'fouten' kunnen worden voorkomen door overleg tussen de codeurs toe te staan. Het probleem zou hier echter niet werkelijk door worden opgelost; de hogere mate van overeenstemming zou slechts schijn zijn.[1015] Tot slot is de bepaling van welke delen wel en welke delen niet tot de codeer- en analyse-eenheden behoren in bepaalde mate afhankelijk van de interpretatie en beoordeling van de codeur. Om deze reden is de onderverdeling van het aantal woorden waaruit deze codeer- en analyse-eenheden bestaan zodanig gewijzigd dat een relatief klein verschil niet meer tot een andere uitkomst leidt. Dit neemt echter niet weg dat een 'foutieve' selectie van de overwegingen die tot het 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel' behoren tot vervolgfouten kan leiden.

De betrouwbaarheid van de codes ten aanzien van de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid

Tabel B3.2 toont de betrouwbaarheid van de codes ten aanzien van de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid. Hierbij is, in het algemeen, sprake van een voldoende tot goede mate van overeenstemming. De mate van overeenstemming verschilt echter tussen de materiële functies en andere rollen van de redelijkheid en billijkheid onderling van een matige mate van overeenstemming bij aanvulling tot een bijna perfecte mate van overeenstemming bij uitleg. De verwijzing naar de rechterlijke dispositie, die voor het eerst in dit onderzoek is onderzocht, is met een redelijke mate van overeenstemming waargenomen. Het feit dat de beide codeurs, in het algemeen, dezelfde materiële functie of andere rol uit de motivering van een rechterlijke uitspraak hebben gehaald, lijkt − er dient bedacht te worden dat een waarneming

1014 Zie ook **KRIPPENDORFF 2013**, p. 274.
1015 Zie ook **KRIPPENDORFF 2013**, p. 274.

perfect betrouwbaar kan zijn, maar toch niet valide kan zijn − erop te duiden dat de toepassingsvorm van de redelijkheid en billijkheid doorgaans daaruit is af te leiden.

De materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid	**K ≈ 0,62 (voldoende tot goede mate van overeenstemming)**
Synoniem voor het rechtvaardigheidsbeginsel	X
Materiële functie: uitleg	K ≈ 0,85 (bijna perfecte mate van overeenstemming) $P_{pos} \approx 0,88$ $P_{neg} \approx 0,97$
Materiële functie: aanvulling	K ≈ 0,31 (matige mate van overeenstemming) $P_{pos} \approx 0,36$ $P_{neg} \approx 0,90$
Materiële functie: correctie	K ≈ 0,66 (voldoende tot goede mate van overeenstemming) $P_{pos} \approx 0,84$ $P_{neg} \approx 0,81$
Verwijzing naar de rechterlijke dispositie	K ≈ 0,55 (redelijke mate van overeenstemming) $P_{pos} = 0,6$ $P_{neg} \approx 0,94$
Om aan te geven dat marginaal is getoetst	X
Geen juridische betekenis	X

Tabel B3.2: Cohen's Kappa van de materiële functie of andere rol van de redelijkheid en billijkheid

De betrouwbaarheid van de codes ten aanzien van de onderbouwingen
Tabel B3.3 toont de betrouwbaarheid van de codes ten aanzien van de onderbouwingen. Bij het type onderbouwing *bronnen* is in het algemeen sprake van een bijna perfecte mate van overeenstemming. De mate van overeenstemming van het type onderbouwing *procesrecht* is als voldoende tot goed aan te merken, van de typen onderbouwingen *context* en andere/gevalspecifieke argumenten (behorende tot de *restcategorie*) redelijk en van het type onderbouwing *belangen* matig. Dit noopt tot een zekere voorzichtigheid wat betreft het doen van uitspraken op basis van deze resultaten, al kunnen aan deze wisselende waarderingen verschillende oorzaken ten grondslag liggen, zie hiervoor.
Dit betrouwbaarheidsonderzoek en, meer in het algemeen, de inhoudsanalyse heeft er echter in ieder geval voor gezorgd dat de rechterlijke uitspraken op een systematischere, procedureel explicietere en herhaalbaardere wijze zijn gelezen dan wanneer 'enkel' de juridisch-dogmatische onderzoeksmethode zou zijn gehanteerd.

Type onderbouwing	**Onderbouwing**	**Cohen's Kappa per type onderbouwing**	**Cohen's Kappa per onderbouwing**
Bronnen	*(Algemeen erkend) rechtsbeginsel*	K ≈ 0,85 (bijna perfecte mate van overeenstemming) P_{pos} ≈ 0,90 P_{neg} ≈ 0,94	*X*[1016]
	Verdragsbepaling		*X*
	Algemene of specifieke redelijkheids- en billijkheids-bepaling		*K ≈ 0,66 (voldoende tot goede mate van overeenstemming)* P_{pos} *≈ 0,67* P_{neg} *≈ 0,99*
	Wettelijke bepaling		*K ≈ 0,61 (voldoende tot goede mate van overeenstemming)* P_{pos} *≈ 0,67* P_{neg} *≈ 0,94*
	De ratio van een wettelijke bepaling		*X*
	De parlementaire geschiedenis		*X*
	Een aanhangig wetsvoorstel		*K = 1 (perfecte mate van*

1016 Een kruisje geeft weer dat de Kappa coëfficiënt niet kan worden berekend.

Type onderbouwing	**Onderbouwing**	**Cohen's Kappa per type onderbouwing**	**Cohen's Kappa per onderbouwing**
			overeenstemming) *P_{pos} = 1* *P_{neg} = 1*
	Het stelsel van de wet		*X*
	Een andere uitspraak (een precedent*)*		*K ≈ 0,91* *(bijna perfecte mate van overeenstemming)* *P_{pos} ≈ 0,92* *P_{neg} ≈ 0,99*
	Vaste rechtspraak		*K ≈ 0,72* *(voldoende tot goede mate van overeenstemming)* *P_{pos} = 0,75* *P_{neg} ≈ 0,97*
	'In Nederland levende rechts-overtuigingen'		*X*
	Literatuur		*X*
	Buitenlands recht		*X*
Context	*De aard van de rechtsverhouding*	K ≈ 0,56 (redelijke mate van overeenstemming) P_{pos} ≈ 0,74 P_{neg} ≈ 0,81	*X*
	Een gedraging of houding van één der partijen		*K ≈ 0,48* *(redelijke mate van overeenstemming)* *P_{pos} ≈ 0,55* *P_{neg} ≈ 0,93*
	De (veronderstelde) bedoeling van partijen		*K ≈ 0,55* *(redelijke mate van overeenstemming)* *P_{pos} = 0,6* *P_{neg} ≈ 0,94*
	Een verklaring van één der partijen		*X*
	De inhoud van de overeenkomst		*K ≈ 0,46* *(redelijke mate van overeenstemming)* *P_{pos} = 0,5*

Type onderbouwing	**Onderbouwing**	**Cohen's Kappa per type onderbouwing**	**Cohen's Kappa per onderbouwing**
			$P_{neg} \approx 0,95$
	De aard van de overeenkomst		*K = 1* *(perfecte mate van overeenstemming)* *$P_{pos} = 1$* *$P_{neg} = 1$*
	De redactie van de overeenkomst		*X*
	De wijze van totstandkoming van de overeenkomst		*X*
	De feiten en omstandigheden van het geval		*K ≈ 0,40* *(matige mate van overeenstemming)* *$P_{pos} \approx 0,53$* *$P_{neg} \approx 0,86$*
Belangen	*Een belangenafweging*	K ≈ 0,36 (matige mate van overeenstemming) $P_{pos} = 0,4$ $P_{neg} \approx 0,96$	*K ≈ 0,36* *(matige mate van overeenstemming)* *$P_{pos} = 0,4$* *$P_{neg} \approx 0,96$*
Hulpmiddelen	*Een omstandigheden-catalogus*	X	*X*
	Gevalsvergelijking		*X*
	Een redelijke (en billijke) wetsuitlegging		*X*
Procesrecht	*Procesrechtelijke gronden*	K ≈ 0,72 (voldoende tot goede mate van overeenstemming) $P_{pos} \approx 0,78$ $P_{neg} \approx 0,94$	*K ≈ 0,72* *(voldoende tot goede mate van overeenstemming)* *$P_{pos} \approx 0,78$* *$P_{neg} \approx 0,94$*
Restcategorie	*Een ander generaliseerbaar argument*	K ≈ 0,43 (redelijke mate van overeenstemming) $P_{pos} \approx 0,83$ $P_{neg} \approx 0,58$	*K ≈ 0,53* *(redelijke mate van overeenstemming)* *$P_{pos} \approx 0,57$* *$P_{neg} \approx 0,96$*
	Een gevalspecifiek		*K ≈ 0,33*

Type onderbouwing	**Onderbouwing**	**Cohen's Kappa per type onderbouwing**	**Cohen's Kappa per onderbouwing**
	argument		*(matige mate van overeenstemming)* $P_{pos} \approx 0,79$ $P_{neg} \approx 0,54$
Niet gemotiveerd	*Niet is gemotiveerd*	K ≈ - 0,02 (slechte mate van overeenstemming) $P_{pos} = 0$ $P_{neg} \approx 0,98$	*K ≈ - 0,02* *(slechte mate van overeenstemming)* $P_{pos} = 0$ $P_{neg} \approx 0,98$

Tabel B3.3: Cohen's Kappa per (type) onderbouwing

De betrouwbaarheid van het aantal woorden van de motivering
De Cohen's Kappa van het aantal woorden van de motivering laat een redelijke mate van overeenstemming (ongeveer 0,58) zien. Zoals hiervoor is opgemerkt, is de bepaling van welke delen wel en welke delen niet tot de codeer- en analyse-eenheden behoren in bepaalde mate afhankelijk van de interpretatie en beoordeling van de codeur en kan een 'foutieve' selectie van de overwegingen die tot het 'redelijkheids- en billijkheidsoordeel' behoren tot vervolgfouten hebben geleid.

Registers

Aangehaalde parlementaire stukken

TOELICHTING MEIJERS BOEK 1-4
E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, ingevolge opdracht, verleend bij Koninklijk Besluit van 25 april 1947, no. 20, Toelichting eerste gedeelte (Boek 1-4)*, Den Haag: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1954.

PARL. GESCH. NBW BOEK 3
C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

PARL. GESCH. NBW BOEK 3 (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6: Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

PARL. GESCH. NBW BOEK 6
C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

PARL. GESCH. NBW BOEK 6 (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6: Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

***Kamerstukken II* 1955/56, 3530** (Het ontwerp van wet tot invoering van de mogelijkheid van adoptie en wijziging, in verband daarmede, van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Strafrecht).
***Kamerstukken II* 1986/87, 19295** (Wijziging van bepalingen in het Burgerlijk Wetboek in verband met de regeling van de limitering van alimentatie na scheiding).
***Kamerstukken II* 2001/02, 27554** (Wijziging van titel 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (regels verrekenbedingen)).
***Kamerstukken II* 2002/03-2005/06, 28867** (Wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)).
***Handelingen II* 2007/08, 68** (Aan de orde is de behandeling van: het wetsvoorstel Wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)).
***Kamerstukken II* 2010/11, 32612** (Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad)).
***Kamerstukken II* 2014/15, 34154** (Voorstel van wet van de leden Recourt en Van der Steur tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de herziening van het stelsel van kinderalimentatie (Wet herziening kinderalimentatie)).
***Kamerstukken II* 2016/17, 34662** (Wijziging van de wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen).

Aangehaalde literatuur

Boeken

ABAS 1972
P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer: Kluwer 1972.

ABAS 1978
P. Abas, *Onvoorziene omstandigheden; een onderzoek naar de bruikbaarheid van artikel 6.5.3.11 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Alphen aan de Rijn: Tjeenk Willink 1978.

ABAS 1989
P. Abas, *Rebus sic stantibus: een onderzoek naar de toepassing van de clausula rebus sic stantibus in de rechtspraak van enige Europese landen*, Deventer: Kluwer 1989.

AHSMANN 2011
M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

ALVESSON 2011
M. Alvesson, *Interpreting interviews*, Londen (etc.): Sage 2011.

ANTOKOLSKAIA E.A. 2011
M.V. Antokolskaia, B. Breederveld, J.E. Hulst, W.D. Kolkman, F.R. Salomons & L.C.A. Verstappen, *Koude uitsluiting. Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om deze tegen te gaan*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

ARONSTEIN 2011
I.V. Aronstein, *European Law and Open Norms of Private Law*, Utrecht: Science Shop of Law, Economics and Governance, Utrecht University 2011.

ASSER/DE BOER 1* 2010
J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.

ASSER/HARTKAMP & SIEBURGH 6-*III* 2014
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. III Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

ASSER/PERRICK 3-*V* 2015
S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel V. Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2015.

ASSER PROCESRECHT/KORTHALS ALTES & GROEN 7 2015
E. Korthals Altes & H.A Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Kluwer: Deventer 2015.

ASSER/SCHOLTEN ALGEMEEN DEEL* 1974/1
P. Scholten, C. *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel**, Zwolle: Tjeenk Willink 1974.

ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL1995**
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL* 2005**
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel ***: een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.

ASSER/VRANKEN ALGEMEEN DEEL** 2014**
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel ****: een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

BAKELS 1993
F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1993.

BAKKER 2012
P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm*, Deventer: Kluwer 2012.

BARENDRECHT 1992
J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 1992.

VAN BIJNEN 2005
R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

BOEIJE 2014
H. Boeije, *Analyseren in kwalitatief onderzoek; denken en doen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2014.

BREEDERVELD 2008
B. Breederveld, *De huwelijksgemeenschap bij scheiding, de omvang, ontbinding en verdeling door de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

BREGSTEIN 1960
M.H. Bregstein, *Verzameld werk van prof. mr. M.H. Bregstein*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960.

BRUGGINK 1992
J.J.H. Bruggink, *Op zoek naar het recht. Rechtsvinding in rechtstheoretisch perspectief*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1992.

DE BRUIJN, HUIJGEN & REINHARTZ 2012
A.R. de Bruijn, W.G. Huijgen & B.E. Reinhartz, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

BRYMAN 2012
A. Bryman, *Social Research Methods*, Oxford (etc.): Oxford University Press 2012.

CASTERMANS 2012
A.G. Castermans, *Ik en mijn recht in Europa*, Leiden: Universiteit Leiden 2012.

CÖRVERS E.A. 2017
F. Cörvers, A. Mommers, S. van der Ploeg & S. Sapulete, *Status en imago van de leraar in de 21ste eeuw*, Maastricht: Research Centre for Education and the Labour Market 2017.

CROMMELIN 2007
R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van rechtsgronden. De betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

DRION 1950
J. Drion, *Stare decisis: het gezag van precedenten*, Den Haag: Nijhoff 1950.

VAN DUNNÉ 1971
J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1971.

VAN DUNNÉ 1985
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht in ontwikkeling: op de grenzen van geldend en wordend recht*, Deventer: Kluwer 1985.

VAN DUNNÉ 2004
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 1: contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

EMANS 2002
B. Emans, *Interviewen. Theorie, techniek en training*, Groningen-Houten: Noordhoff Uitgevers 2002.

FIKENTSCHER 1977
W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Band IV. Dogmatischer Teil, Anhang*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1977.

GIESEN 2007
I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

GISOLF 1974
R.C. Gisolf, *Verknochtheid in het huwelijksvermogensrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1974.

GROENEWEGEN 2006
F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming: een rechtstheoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

DE GROOT-VAN LEEUWEN, LAEMERS & SPORTEL 2015
L. de Groot-van Leeuwen, M. Laemers & I. Sportel, *Het vonnis beter uitgelegd? Maatschappelijke effecten van beter motiveren in de strafrechtspraak*, Den Haag: SDU Uitgevers 2015.

HAMMERSTEIN & VRANKEN 2003
A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, een horizontale vergelijking*, Deventer: Kluwer 2003.

HARTENDORP 2008
R.C. Hartendorp, *Praktisch gesproken. Alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2008.

HARTKAMP 2005
A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005.

HARTKAMP 2010
A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

VAN DER HEIDEN 1999
A.J.J. van der Heiden, *Franchising: definitie, werkwijze, in- en externe aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999.

HESSELINK 1999
M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

HIJMA 1989
J. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis in het licht van de algemene werking van de redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 1989.

HIJMA & OLTHOF 2014
J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

HOUWING 1968
Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking: preadvies, uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap der Candidaat-Notarissen te Eindhoven op vrijdag 17 mei 1968*, Den Haag: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968.

TEN KATE & VAN KOPPEN 1984
J. ten Kate & P.J. van Koppen, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, Arnhem: Gouda Quint 1984.

DE KLUIVER 1992
H-J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

KNIGGE 1980
G. Knigge, *Beslissen en motiveren (de artt. 348, 350, 358 en 359 Sv),* Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1980.

KOTTENHAGEN 1986
R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent. Over de plaats en functie van het rechtersrecht in een gecodificeerd rechtsstelsel*, Arnhem: Gouda Quint 1986.

KRAAN & MARCK 2012
C.A. Kraan & Q.J. Marck, *Het huwelijksvermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

KRIPPENDORFF 2013
K. Krippendorff, *Content Analysis. An introduction to its methodology*, Thousand Oaks (etc.): Sage 2013.

KUMAR 2014
R. Kumar, *Research methodology; a step-by-step guide for beginners*, Los Angeles: Sage 2014.

LANGBROEK E.A. 2014
P. Langbroek, T. van der Linden, R. van Schie & M. van der Velde, *Een onderzoek naar de tekstkenmerken en de publieken van rechterlijke motiveringen*, Utrecht: Montaigne Centrum, Universiteit Utrecht 2014.

LARENZ 1983
K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin (etc.): Springer-Verlag 1983.

LOTH 2009
M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Deventer: Kluwer 2009.

LUIJTEN & MEIJER 2005
E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

MASON 1996
J. Mason, *Qualitative researching*, Londen (etc.): Sage 1996.

MEIJER 2009
W.R. Meijer, *De afwikkeling van een huwelijksgemeenschap*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

MEMELINK 2009
P. Memelink, *De verkeersopvatting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

MINKENHOF 1971
A. Minkenhof, *De wet herziening echtscheidingsrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971.

MOMBERG URIBE 2011
R.A. Momberg Uribe, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts: comparative respectives*, Antwerp (etc.): Intersentia (etc.) 2011.

VAN MOURIK 1988
M.J.A. van Mourik, *Inkomen en vermogen in het privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

VAN MOURIK 2008
M.J.A. van Mourik, *Recht, rechtvaardigheid en ethiek, in het bijzonder in de notariële praktijk*, Deventer: Kluwer 2008.

VAN MOURIK 2013
M.J.A. van Mourik, *Huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

VAN MOURIK & SCHOLS 2015
M.J.A. van Mourik & F.W.J.M. Schols, *Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2015.

VAN MOURIK & VERSTAPPEN 2014
M.J.A. van Mourik & L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding. Algemeen Deel A*, Deventer: Kluwer 2014.

NIESKENS-ISPHORDING 1991
B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1991.

NIEUWENHUIS 1979
J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1979.

OLDENZIEL 1997
H.A. Oldenziel, *Wetgeving en rechtszekerheid*, Deventer: Kluwer 1997.

VAN OPIJNEN 2014
M. van Opijnen, *Op en in het web. Hoe de toegankelijkheid van rechterlijke uitspraken kan worden verbeterd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

PELETIER 1999
M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie. Over de toepassing van discretionaire wijzigingsbevoegdheden in het contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

DU PERRON 1999
C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking*, [S.l.]:[S.n.] 1999.

PLEIJTER 2006
A.R.J. Pleijter, *Typen en logica van kwalitatieve inhoudsanalyse in de communicatiewetenschap*, Ubbergen: Tandem Felix 2006.

PONTIER 1998
J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

RADBRUCH 1970
G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart: Koehler 1970.

RAS 2011
H.E. Ras, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2011.

REURICH, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* 2005
L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen*, Deventer: Kluwer 2005.

REURICH, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid* 2005
L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

RIJKEN 1994
G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 1994.

SCHELHAAS 2017
H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2017.

VAN SCHILFGAARDE 2006
P. van Schilfgaarde, *Accidituïtie in de rechtsvinding*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2006.

SCHONEWILLE 2012
F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*, Apeldoorn: Maklu 2012.

SCHOORDIJK 1979
H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen deel van het verbintenissenrecht naar het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

SCHOORDIJK 1991
H.C.F. Schoordijk, *Rechtsverwerking*, Deventer: Kluwer 1991.

SCHRAMA & ANTOKOLSKAIA (RED.) 2015
W.M. Schrama & M.V. Antokolskaia (red.), *Familierecht, een introductie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

SMITH 1998
C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm. Een methodologisch onderzoek naar de betekenis van de feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel*, Maastricht: Shaker 1998.

SMITH 2004
C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

SMITH 2007
C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

J.M. SMITS 1995
J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

P. SMITS 2008
P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

H.J. SNIJDERS 1978
H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter. Een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de Gerechtshoven*, Deventer: Kluwer 1978.

H.J. SNIJDERS 1995
H.J. Snijders, *Retrocipatie*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

TEUBEN 2004
K. Teuben, *Rechtersregelingen in het (burgerlijk)procesrecht*, [S.l.]:[S.n.] 2004.

TEUBNER 1971
G. Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main: Athenäum 1971.

TJITTES, *Rechtsverwerking en klachtplichten* 2013
R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten*, Deventer: Kluwer 2013.

VALK 1993
W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud*, Deventer: Kluwer 1993.

VERHEUGT 2015
J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Amsterdam: Uitgeverij De Zuidas 2015.

VRANKEN 1978
J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding. Een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H.G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren*, Deventer: Kluwer 1978.

VRIESENDORP 1981
J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

VAN DER WERF 1982
H.G. van der Werf, *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht. Enkele beschouwingen over goede trouw, redelijkheid en billijkheid in het huidige en het komende contractenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1982.

WESTER 2006
F. Wester, *Inhoudsanalyse: theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2006.

WIARDA 1988
G.J. Wiarda, *3 typen van rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988.

WIARDA 1999
G.J. Wiarda, *3 typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

WIEACKER 1956
F. Wieacker, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Par. 242 BGB*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1956.

VAN WIJK 1999
G.J. van Wijk, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kinderbeschermingsmaatregelen*, [S.l.]:[S.n.] 1999.

WISSINK 2001
M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001.

DE WOLF 1979
A.L. de Wolf, *Veranderde omstandigheden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1979.

WOLTERS 2013
P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden*, Deventer: Kluwer 2013.

WORTMANN & VAN DUIJVENDIJK-BRAND 2015
S.F.M. Wortmann & J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2015.

VAN ZALTBOMMEL 1993
L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993.

ZIMMERMAN & WHITTAKER 2000
R. Zimmerman & S. Whittaker, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

ZONNENBERG 2009
L.H.M. Zonnenberg, *Het verrekenbeding*, Deventer: Kluwer 2009.

ZONNENBERG 2012
L.H.M. Zonnenberg, *Het verrekenbeding*, Deventer: Kluwer 2012.

Bijdragen in boeken

ABAS 1979
P. Abas, 'Beperkende werking van de goede trouw, toen (1972), nu en in de toekomst', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 1-15.

BAUER 2003
M.W. Bauer, 'Classical Content Analysis: a Review', in: M.W. Bauer & G. Gaskell (red.), *Qualitative researching with text, image and sound*, Londen (etc.): Sage Publications 2003, p. 131-151.

BIEMANS, *Uitleg van notariële akten algemeen* 2015
J.W.A. Biemans, 'Uitleg van notariële akten algemeen', in: J.W.A. Biemans, W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red), *Uitleg van notariële akten*, Deventer: Kluwer 2015, p. 1-18.

BIEMANS, *De rol van de notaris bij de uitleg van notariële akten* 2015
J.W.A. Biemans, 'De rol van de notaris bij de uitleg van notariële akten', in: J.W.A. Biemans, W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red), *Uitleg van notariële akten*, Deventer: Kluwer 2015, p. 19-27.

BOEIJE, *Soorten van onderzoek: de grote parade* 2005
H. Boeije, 'Soorten van onderzoek: de grote parade', in: H. 't Hart, H. Boeije & J. Hox (red.), *Onderzoeksmethoden*, Amsterdam: Boom onderwijs 2005, p. 61-92.

BOEIJE, *Kwalitatief onderzoek* 2005
H. Boeije, 'Kwalitatief onderzoek', in: H. 't Hart, H. Boeije & J. Hox (red.), *Onderzoeksmethoden*, Amsterdam: Boom onderwijs 2005, p. 253-289.

BOELE-WOELKI 2013
K. Boele-Woelki, 'Rechtsvergelijking en multidisciplinariteit: een verkenning', in: C. Kelk, F. Koenraadt & D. Spiegel (red.), *Veelzijdige gedachten; liber*

amicorum prof. dr. Chrisje Brants, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2013, p. 376-386.

BOELE-WOELKI & JONKER 2015
K. Boele-Woelki & M. Jonker, 'Family Law Contractualisation in the Netherlands – Changes and Trends', in: F. Swennen (red.), *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer 2015, p. 311-331.

BREEDERVELD 2009
B. Breederveld, 'Wettelijke rente bij verdeling, verrekening en vergoeding', in: A.H.N. Stollenwerck e.a. (red.), *In dienst van het recht grenzen verleggen*, Kluwer: Deventer 2009, p. 15-31.

BRUNNER 1992
C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het Nieuwe BW', in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 87-100.

BRUNNER 1994
C.J.H. Brunner, 'Over precedenten in het Nederlandse recht', in: *Voorontwerp Burgerlijke Rechtsvordering. De eerste Stein geworpen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 31-41.

DRION 1973
H. Drion, 'Functies van rechtsregels in het privaatrecht', in: *Speculum Langemeijer; 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 49-61.

DRION 1981
H. Drion, 'Het rechtszekerheidsargument', in: *De hanteerbaarheid van het recht. Bundel opstellen opgedragen aan mr. L.D. Pels Rijcken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 1-13.

DURA 1996
L. Dura, 'Het rechtsgevoel', in: F.C.L.M. Jacobs & C.W. Maris (red.), *Rechtsvinding en de Grondslagen van het recht*, Assen: Van Gorcum 1996, p. 262-263.

VAN GERVEN 1981
W. van Gerven, 'De taak van de rechter in een democratisch bestel', in: W. van Gerven & J.C.M. Leijten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 1-33.

VAN DER GRINTEN 1969
W.C.L. van der Grinten, 'Marginale toetsing', in: *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Deventer/Zwolle: Kluwer/Tjeenk Willink 1969, p. 109-123.

DE GROOT 2014
G. de Groot, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening', in: G.J.M. Corstens (red.), *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden: bijdragen aan de samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 113-178.

DE GROOT-VAN LEEUWEN & DEN TONKELAAR 2012
L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar, 'Rechtsvinding op veertien terreinen: inleiding', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 1-7.

GROSHEIDE 2000
F.W. Grosheide, 'Normatieve uitleg van rechtshandelingen: stof en donder', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *A-T-D: Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 113-127.

HESSELINK 2011
M.W. Hesselink, 'The Concept of Good Faith', in: A.S. Hartkamp & C. von Bar (red.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 471-498.

HIJMA 2012
J. Hijma, 'The role of the court and of the parties in adapting a contract to unforeseen circumstances', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Foreseen and unforeseen circumstances*, Deventer: Kluwer 2012, p. 17-27.

HIJMA 2013
J. Hijma, 'De rol van de rechter (en van partijen) bij contractswijziging wegens onvoorziene omstandigheden', in: H.J. Snijders & P. de Tavernier (red.), *Onvoorziene omstandigheden, verstoring en herstel van contractueel evenwicht. Algemene beschouwingen en beschouwingen op deelterreinen van het privaatrecht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2013, p. 17-28.

HOL 1995
A.M. Hol, 'Individualisering en juridisering. Determinanten van de moderne rechtscultuur', in: *De rol van de rechter en de wetgever bij de rechtsontwikkeling in België en Nederland*, Leiden: Faculteit der Rechtsgeleerdheid 1995, p. 1-16.

HOX 2005
J. Hox, 'Operationaliseren, betrouwbaarheid en validiteit', in: H. 't Hart, H. Boeije & J. Hox (red.), *Onderzoeksmethoden*, Amsterdam: Boom onderwijs 2005, p. 149-176.

KNOPP 1967
W. Knopp, '§ 242', in: R. Schmidt (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Stuttgart (etc.): W. Kohlhammer Verlag 1967, p. 12-141.

KOOPMANS 1999
T. Koopmans, 'Nabeschouwing', in: G.J. Wiarda, *3 typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 117-150.

REEHUIS 1992
W.H.M. Reehuis, 'De wil van de wetgever; over het gezag van wettekst en parlementaire geschiedenis', in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 57-72.

REINHARTZ 2009
B.E. Reinhartz, 'Verrekenen: nominaal of naar evenredigheid?', in: A.H.N. Stollenwerck e.a. (red.), *In dienst van het recht grenzen verleggen*, Kluwer: Deventer 2009, p. 185-198.

REURICH, *Coherentie van redelijkheidsnormen. Over de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en 6:258* BW 2003
L. Reurich, 'Coherentie van redelijkheidsnormen. Over de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en 6:258 BW', in: T. Hartlief, J. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 41-55.

REURICH, *Functies van redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht* 2003
L. Reurich, 'Functies van redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, Deventer: Kluwer 2003, p. 91-100.

SCHELTEMA 1989
M. Scheltema, 'Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter', in: P. van Dijk (red.), *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, Amsterdam (etc.): Koninklijke Nederlandse Akademie van wetenschappen Noord-Hollandsche 1989, p. 9-18.

SCHELTEMA 2007
M. Scheltema, 'Is de rechter niet democratischer dan wij denken?', in: J-W. Duyvendak e.a. (red.), *Macht en verantwoordelijkheid: essays voor Kees Schuyt*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 323-332.

VAN SCHILFGAARDE 1984
P. van Schilfgaarde, 'Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten', in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw. Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 57-70.

SCHRAMA 2012
W. Schrama, 'Empirisch Onderzoek in de familierechtswetenschap', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 71-91.

SCHUT 1982
G.H.A. Schut, 'Behoorlijke uitoefening van contractuele rechten', in: *Naar behoren. Doorwerking van maatschappelijke behoorlijkheid in het recht en verschuiving in opvattingen omtrent juridisch behoren*, Zwolle: Tjeenk Willink 1982, p. 117-126.

H.J. SNIJDERS 1999
H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijhei*d, Deventer: Kluwer 1999, p. 153-167.

H.J. SNIJDERS 2013
H.J. Snijders, 'Onvoorziene omstandigheden na uitvoering of expiratie van contract; verjaring en rechtsverwerking', in: H.J. Snijders & P. de Tavernier (red.), *Onvoorziene omstandigheden, verstoring en herstel van contractueel evenwicht. Algemene beschouwingen en beschouwingen op deelterreinen van het privaatrecht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2013, p. 95-105.

W. SNIJDERS 2014
W. Snijders, 'Good faith as a Dutch and as a European concept', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 543-566.

SOETEMAN 1996
A. Soeteman, 'De onwaardige deelgenoot', in: F.C.L.M. Jacobs & C.W. Maris (red.), *Rechtsvinding en de Grondslagen van het recht*, Assen: Van Gorcum 1996, p. 256-261.

STILLE 2009
A.L.G.A. Stille, 'Algemeen', in: *Personen- en familierecht (losbl.)*, Deventer: Kluwer 2009, art. 84, aant. 1.

TJITTES, *De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten* 2013

R.P.J.L. Tjittes, 'De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.M. van der Wiel (red), *Middelen voor Meijer. Liber Amicorum mr. R.S. Meijer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 389-403.

DEN TONKELAAR & DE GROOT-VAN LEEUWEN 2012

J.D.A. den Tonkelaar & L.E. de Groot-van Leeuwen, 'Epiloog. Een rode draad: zwarte gaten in de motivering', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 319-333.

VALK, *Recht en billijkheid. De zin en de legitimatie van het voorlopige rechtsoordeel* 1992

W.L. Valk, 'Recht en billijkheid. De zin en de legitimatie van het voorlopige rechtsoordeel', in: *Als een goed huisvader. Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar burgerlijk recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden*, Deventer: Kluwer 1992, p. 45-55.

VALK, *Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Lex specialis derogat legi generali?* 1992

W.L. Valk, 'Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Lex specialis derogat legi generali?', in: *Erudita Ignorantia: vijftien opstellen bij het vijftiende lustrum van Societas Juridica Grotius en de vierhonderdentiende geboortedag van Grotius*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 153-173.

VALK 2009

W.L. Valk, 'Uitleg en het onderscheid tussen autonome en heteronome normen', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis: opstellen aangeboden aan prof. J.H. Nieuwenhuis, hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden bij zijn emeritaat*, Deventer: Kluwer 2009, p. 391-402.

VALK 2013

W.L. Valk, 'Redelijkheid en billijkheid', in: J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2013, p. 292-304.

VERSTAPPEN 2015

L.C.A. Verstappen, 'Uitleg van huwelijkse voorwaarden en samenlevingsovereenkomsten', in: J.W.A. Biemans, W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red), *Uitleg van notariële akten*, Deventer: Kluwer 2015, p. 99-112.

DE VRIES 2009

G.J.P. de Vries, 'Uitleg van contracten: van objectief naar subjectief?', in: J.M. Milo & S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht: eerste verkenningen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 9-35.

WEBLEY 2010

L. Webley, 'Qualitative approaches to empirical legal research', in: P. Cane & H.M. Kritzer (red.), *The Oxford handbook of empirical legal research*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 926-950.

WIARDA 1969

J. Wiarda, 'De toenemende invloed van algemene ongeschreven rechtsprincipes als goede trouw, billijkheid, betamelijkheid, verkeersopvatting, enz.', in: *Op de*

grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis, Deventer/Zwolle: Kluwer/Tjeenk Willink 1969, p. 313-328.

VAN DER WIEL 2003
B.T.M. van der Wiel, 'Samenhang bij samenloop', in: T. Hartlief, J. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-12.

VAN WIJK 1974
H.D. van Wijk, 'Voortgaande terugtred', in: *Besturen met recht; een keuze uit het werk van prof. mr. H.D. van Wijk*, Den Haag: Vereniging van Nederlandse Gemeenten 1974, p. 99-115.

Tijdschriftartikelen

AAFTINK, *TPR* 1980
H.A.M. Aaftink, 'Rechtsverwerking en afstand van recht', *TPR* 1980, p. 793-830.

ABAS, *R & R* 1976
P. Abas, 'Enige gedachten over Norm- en Einzelfallgerichtigkeit', *R & R* 1976, p. 74-80.

ABAS, *WPNR* 1990/5947
P. Abas, 'De correctievergoeding van Anna Kriek', *WPNR* 1990/5947, p. 74-75.

ABAS, *WPNR* 2000/6397
P. Abas, 'Over de verhouding tussen art. 6:248 en art. 6:258 BW', *WPNR* 2000/6397, p. 249-251.

ABAS, *WPNR* 2000/6404
P. Abas, 'Naschrift', *WPNR* 2000/6404, p. 396-397.

VAN ALPHEN, *TREMA* 2010, afl. 2
J. van Alphen, 'Erst kommt das Fressen, dann kommt die Moral', *TREMA* 2010, afl. 2, p. 73-75.

ARONSTEIN, *WPNR* 2011/6901
I.V. Aronstein, 'De rol van het evenredigheidsbeginsel in Europees en Nederlands privaatrecht', *WPNR* 2011/6901, p. 816-822.

BAKKER, *WPNR* 2011/6890-91
P.S. Bakker, 'Uitleg van commerciële contracten', *WPNR* 2011/6890-91, p. 477-485 en p. 502-511.

BAKKER, *AA* 2013, afl. 5
P.S. Bakker, 'Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm. Over het maatschappelijk redelijkheidsgebod en de verplichting om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen', *AA* 2013, afl. 5, p. 409-413.

BAKKER, *WPNR* 2013/6966
P.S. Bakker, 'Drie stellingen', *WPNR* 2013/6966, p. 199-201.

BARENDRECHT, *NTBR* 1995, afl. 7
J.M. Barendrecht, 'Een pleidooi voor informatiever recht', *NTBR* 1995, afl. 7, p. 165-170.

BARENDRECHT E.A., *NJB* 2004, afl. 28
M. Barendrecht, J. Vranken, I. Giesen, M. Borgers, W. van der Burg, H. Tijssen, B. van Roermund & W. van Boom, 'Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?', *NJB* 2004, afl. 28, p. 1419-1428.

BEATER, *ACP* 1992
A. Beater, 'Generalklauseln und Fallgruppen', *AcP* 1992, p. 82-89.
VAN DEN BERG, *R.S.* 1992
J.D. van den Berg, 'Recht en billijkheid', *R.S.* 1992, p. 52-55.
VAN BOOM, *TPR* 2013
W.H. van Boom, 'Enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *TPR* 2013, p. 7-84.
VAN BOOM, *NTBR* 2015/18, afl. 4
W.H. van Boom, 'Kritiek en methode in juridisch-dogmatisch privaatrechtelijk onderzoek – een bespreking van Asser-Vranken Algemeen deel ****', *NTBR* 2015/18, afl. 4, p. 122-131.
BORGERS E.A., *NJB* 2000, afl. 42
M.J. Borgers, I. Giesen, C.E.C. Jansen, F.G.H. Kristen, F.W.J. Meijer, T.H.D. Struycken, F.M.J. Verstijlen & J.B.M. Vranken, 'Een alternatieve visie op de functies van de redelijkheid en billijkheid en de taak van de rechter', *NJB* 2000, afl. 42, p. 2029-2031.
BORINGA & LANKESTER, *EB* 2001, afl. 9
T.C.E. Boringa & E.R. Lankester, 'Vissersbedrijf: het Amsterdams verrekenbeding en de waardering van ondernemingen', *EB* 2001, afl. 9, p. 121-124.
BORST, *WPNR* 1962/4735-37
P. Borst, 'Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht', *WPNR* 1962/4735-37, p. 377-379, p. 389-392 en p. 401-403.
BORST, *WPNR* 1969/5024-27
P. Borst, 'Problemen en perspectieven van de marginale toetsing', *WPNR* 1969/5024-27, p. 25-28, p. 37-40, p. 49-54 en p. 61-65.
BREEDERVELD, *EB* 2005/33, afl. 5
B. Breederveld, 'Het voorhuwelijkse vermogen en het verrekenbeding', *EB* 2005/33, afl. 5, p. 65-69.
VAN DEN BRINK, *MvV* 2012, afl. 2
V. van den Brink, 'Redelijkheid en billijkheid en hun overlap met verwante wettelijke bepalingen', *MvV* 2012, afl. 2, p. 23-27.
BYRT, BISHOP & CARLIN, *J Clin Epidemiol* 1993
T. Byrt, J. Bishop & J.B. Carlin, 'Bias, prevalence and kappa', *J Clin Epidemiol* 1993, p. 423-429.
CICCHETTI & FEINSTEIN, *J Clin Epidemiol* 1990
D.V. Cicchetti & A.R. Feinstein, 'High agreement but low Kappa: II. Resolving the paradoxes', *J Clin Epidemiol* 1990, p. 551-558.
COHEN, *EPM* 1960
J. Cohen, 'A coefficient of agreement for nominal scales', *EPM* 1960, p. 37-46.
COHEN HENRIQUEZ, *WPNR* 1990/5947
E. Cohen Henriquez, 'De rechtsverhouding tussen buiten elke gemeenschap gehuwde echtgenoten bij bepaalde onderlinge vermogensverschuivingen', *WPNR* 1990/5947, p. 76-78.
CORSTENS, *NJB* 2005, afl. 33
G.J.M. Corstens, ´Rechterlijke dwalingen´, *NJB* 2005, afl. 33, p. 1733.

DRION, *Contracteren* 2006, afl. 1
C.E. Drion, 'R.H.G. van Bijnen, Aanvullend contractenrecht (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, 414 p.', *Contracteren* 2006, afl. 1, p. 22-23.

DRION, *NJB* 2007/421, afl. 8
C.E. Drion, 'De status van de redelijkheid en billijkheid', *NJB* 2007/421, afl. 8, p. 433.

DRION, *NJB* 2008/1321, afl. 27
C.E. Drion, 'De omstandighedencatalogus; drie gedachten ter verbetering', *NJB* 2008/1321, afl. 27, p. 1635.

DRION, *NJB* 2010/226, afl. 5
C.E. Drion, 'Uitleg van Uitleg', *NJB* 2010/226, afl. 5, p. 279.

DUBBINK, *WPNR* 1990/5963-64
C.W. Dubbink, 'De redelijkheid en billijkheid volgens artikel 3:12 NBW', *WPNR* 1990/5963-64, p. 359-362 en p. 375-378.

VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *WPNR* 2007/6709
J. van Duijvendijk-Brand, 'Uitleg van huwelijkse voorwaarden. Haviltex, standaarduitleg of beiden?', *WPNR* 2007/6709, p. 388-397.

VAN DUNNÉ, *WPNR* 1974/5281
J.M. van Dunné, 'Wil en normatieve uitleg: een rechtzetting', *WPNR* 1974/5281, p. 700-704.

VAN DUNNÉ, *WPNR* 1987/5849
J.M. van Dunné, 'Het beginsel van de goede trouw en de afwikkeling van de huwelijksgemeenschap', *WPNR* 1987/5849, p. 607-610.

VAN DUNNÉ, *Contracteren* 2011, afl. 4
J.M. van Dunné, 'Aanpassing van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden: een kwestie van uitleg', *Contracteren* 2011, afl. 4, p. 111-125.

FEINSTEIN & CICCHETTI, *J Clin Epidemiol* 1990
A.R. Feinstein & D.V. Cicchetti, 'High agreement but low Kappa: I. The problems of two paradoxes', *J Clin Epidemiol* 1990, p. 543-549.

FORDER, *NJB* 2008/1738, afl. 34
C. Forder, 'Kroniek van het personen- en familierecht', *NJB* 2008/1738, afl. 34, p. 2171-2178.

DE GEEST, *NJB* 2004, afl. 2
G. de Geest, 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', *NJB* 2004, afl. 2, p. 58-66.

VAN GESTEL, *NJB* 2014/5, afl. 1
R. van Gestel, 'Naar een beter huwelijk tussen rechter en wetgever of toch maar liever living apart together?', *NJB* 2014/5, afl. 1, p. 20-24.

VAN GESTEL E.A., *NJB* 2007/1234, afl. 24
R.A.J. van Gestel, J.B.M. Vranken, J.L.M. Gribnau & H.E.B. Tijssen, 'Rechtswetenschappelijke artikelen; naar criteria voor methodologische verantwoording', *NJB* 2007/1234, afl. 24, p. 1448-1461.

GIELE, *EB* 2002, afl. 7/8
J.F.M. Giele, 'De natuurlijke verbintenis', *EB* 2002, afl. 7/8, p. 101-103.

GOMMER, *Moraal zit in onze genen, TREMA 2010, afl. 2*
H. Gommer, 'Moraal zit in onze genen', *TREMA* 2010, afl. 2, p. 11-15.

GOMMER, *Gesproken moraal levert meer voedsel op, TREMA* 2010, afl. 2
H. Gommer, 'Gesproken moraal levert meer voedsel op', *TREMA* 2010, afl. 2, p. 79-80.

VAN DER GRINTEN, *RM Themis* 1960
W.C.L. van der Grinten, 'De titel 'gemeenschap'', *RM Themis* 1960, p. 119-159.

VAN DER GRINTEN, *NJB* 1983, afl. 38
W.C.L. van der Grinten, 'Verbintenissenrecht volgens het NBW, in het bijzonder redelijkheid en billijkheid', *NJB* 1983, afl. 38, p. 1234-1237.

HALL & WRIGHT, *CLR* 2008
M.A. Hall & R.F. Wright, 'Systematic Content Analysis of Judicial Opinions', *CLR* 2008, p. 63-122.

HARTENDORP & WAGENAAR, *R & R* 2004
R.C. Hartendorp & H. Wagenaar, 'De praktische rechter. De opmerkelijke relevantie van Paul Scholten voor een eigentijdse rechtsvindingstheorie', *R & R* 2004, p. 60-89.

HARTKAMP, *WPNR* 1981/5559-60
A.S. Hartkamp, 'Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW', *WPNR* 1981/5559-60, p. 213-217 en p. 229-233.

HARTKAMP, *WPNR* 1991/6014
A.S. Hartkamp, 'De functie van het vertrouwen bij het ontstaan van verbintenissen. Bespreking van B.W.M. Nieskens-Isphording. Het fait accompli in het vermogensrecht, dissertatie Katholieke Universiteit Brabant, 1991. XI en 186 blzz.', *WPNR* 1991/6014, p. 747-752.

HARTKAMP, *WPNR* 2000/6404
A.S. Hartkamp, 'De verhouding tussen de artt. 6:248 en 6:258 BW. Reactie op het artikel 'Over de verhouding tussen art. 6:248 en art. 6:258 BW' van prof. mr. P. Abas in WPNR (2000) 6397', *WPNR* 2000/6404, p. 395-396.

HARTKAMP, *WPNR* 2006/6671
A.S. Hartkamp, 'Boekaankondiging', *WPNR* 2006/6671, p. 467-472.

HARTKAMP, *AA* 2012, afl. 1
A.S. Hartkamp, 'Het nieuwe BW – ontwikkelingen sinds 1992', *AA* 2012, afl. 1 p. 48-55.

HARTLIEF, *NJB* 2006/341, afl. 8
T. Hartlief, 'Oordelen over Juridisch Onderzoek anno 2006', *NJB* 2006/341, afl. 8, p. 420-423.

HAYES & KRIPPENDORFF, *CMM* 2007
A.F. Hayes & K. Krippendorff, 'Answering the Call for a Standard Reliability Measure for Coding Data', *CMM* 2007, p. 77-89.

HEIDA, *EB* 2006/56, afl. 9
A. Heida, 'Uitleg van echtscheidingsconvenanten', *EB* 2006/56, afl. 9, p. 149-153.

VAN DER HEIJDEN, *NJB* 2004, afl. 28
P.F. van der Heijden, 'Vooraf; recht als wetenschap', *NJB* 2004, afl. 28, p. 1399.

HESSELINK, *WPNR* 1993/6109
M. Hesselink, 'Stelsel scherpe normen geeft schijnzekerheid. Over falsificatie van rechtsregels door de burgerlijke rechter', *WPNR* 1993/6109, p. 725-732.

HESSELINK, *NJB* 2000, afl. 42
M.W. Hesselink, ''Wat is recht?' etc. Antwoorden op vragen van Tilburgers over rechtsregels, rechtspraak en rechtsvorming', *NJB* 2000, afl. 42, p. 2032-2040.

HESSELINK, OOSTING & DU PERRON, *AA* 39 (1990) 9
M. Hesselink, B. Oosting & E. du Perron, 'Verandering van omstandigheden en de uitleg van overeenkomsten. Naar aanleiding van 'Rebus sic stantibus' door prof. mr. P. Abas', *AA* 39 (1990) 9, p. 563-570.

HSIEH & SHANNON, *QHR* 2005
H-F. Hsieh & S.E. Shannon, 'Three Approaches to Qualitative Content Analysis', *QHR* 2005, p. 1277-1288.

JANSEN, *AA* 2008, afl. 1
C. Jansen, 'Over de plaats en de functie van de Wet houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koningrijk (1829)', *AA* 2008, afl. 1, p. 22-29.

KERSTEN, *EB* 2002, afl. 7/8
H.L.J.M Kersten, 'Periodieke verrekenbedingen en geldleningen', *EB* 2002, afl. 7/8, p. 106-110.

KLEIJN, *WPNR* 1973/5213
W.M. Kleijn, 'De gemeenschap', *WPNR* 1973/5213, p. 170.

VAN KLINKEN & VAN KOOTEN, *NTBR* 1994, afl. 8
O. van Klinken & H. van Kooten, 'Brunner, zoals hij moet worden begrepen. Interview met prof. mr. C.J.H. Brunner', *NTBR* 1994, afl. 8, p.184-188.

KOLBE & BURNETT, *JCR* 1991
R.H. Kolbe & M.S. Burnett, 'Content-Analysis Research: An Examination of Applications with Directives for Improving Research Reliability and Objectivity', *JCR* 1991, p. 243-250.

KOSTER, *TREMA* 2010, afl. 2
J. Koster, 'Moraal zit niet in onze genen', *TREMA* 2010, afl. 2, p. 76-78.

KRAAN, *WPNR* 2005/6621
C.A. Kraan, 'De Wet regels verrekenbedingen en de wetgever', *WPNR* 2005/6621, p. 398-404.

KRAAN, *Ftv* 2006/47, afl. 11
C.A. Kraan, 'Verrekening van te veel betaalde kosten van de huishouding', *Ftv* 2006/47, afl. 11, p. 3-6.

LANDIS & KOCH, *Beometrics* 1977
J.R. Landis & G.G. Koch, 'The measurement of observer agreement for categorical data', *Beometrics* 1977, p. 159-174.

LINDENBERGH, *WPNR* 2004/6602
S.D. Lindenbergh, 'Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 2004/6602, p. 977-986.

LOMBARD, SNYDER-DUCH & BRACKEN, *HCR* 2002
M. Lombard, J. Snyder-Duch & C.C. Bracken, 'Content Analysis in Mass Communication; Assessment and Reporting of Intercoder Reliability', *HCR* 2002, p. 587-604.

LOTH E.A., *TREMA* 2007, afl. 8
M. Loth, I. den Hollander, A. Schild, R. Wiegerink & E. Schulten, 'Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in', *TREMA* 2007, afl. 8, p. 317-325.

LUIJTEN, *WPNR* 2002/6490
E.A.A. Luijten, 'De uitleg van de rechtspraak inzake het Amsterdams verrekenbeding (AVB)', *WPNR* 2002/6490, p. 392-397.

LUIJTEN, *EB* 2005/34, afl. 5
E.A.A. Luijten, 'Voortschrijdend inzicht regels verrekenbeding: wishfull thinking?', *EB* 2005/34, afl. 5, p. 70-72.

LUIJTEN, *WPNR* 2006/6662
E.A.A. Luijten, 'Scheppen huwelijkse voorwaarden nog zekerheid?', *WPNR* 2006/6662, p. 303-307.

VAN MAANEN, *NJB* 2008/1564, afl. 31
N. van Maanen, 'Wat de rechtswetenschap (niet) zo bijzonder maakt (…)', *NJB* 2008/1564, afl. 31, p. 1927-1930.

MARTENS, *NJB* 2000, afl. 14
S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, afl. 14, p. 747-758.

MEIJER, *WPNR* 1989/5926
W.R. Meijer, 'Crime does not pay. Reactie op de bijdrage van mr. J.M.A. Waaijer in WPNR (1989) 5918', *WPNR* 1989/5926, p. 466-468.

MEMELINK, *AA* 2010, afl. 9
P. Memelink, 'De verkeersopvatting', *AA* 2010, afl. 9, p. 658-662.

VAN MOURIK, *WPNR* 1983/5641
M.J.A. van Mourik, 'Aanpassing en herziening van Boek 1 BW ter gelegenheid van de invoering van de Boeken 3-6 van het nieuw BW', *WPNR* 1983/5641, p. 121-124.

VAN MOURIK, *WPNR* 2001/6440
M.J.A. van Mourik, 'Periodieke verrekenbeding en BV-aandelen; twee HR-arresten!', *WPNR* 2001/6440, p. 309-310.

VAN MOURIK, *EB* 2006/15, afl. 2
M.J.A. van Mourik, 'Nominaliteitsbeginsel, beleggingsvisie en economische (deel)gerechtigdheid', *EB* 2006/15, afl. 2, p. 51-54.

NIESKENS-ISPHORDING, *WPNR* 1995/6200
B.M.W. Nieskens-Isphording, 'Boekaankondiging', *WPNR* 1995/6200, p. 740-744.

NIESKENS-ISPHORDING, *NTBR* 2000, afl. 3
B.M.W. Nieskens-Isphording, 'De Hoge Raad en de rechtsverwerking', *NTBR* 2000, afl. 3, p. 99-100.

NIEUWENHUIS, *RM Themis* 1976
J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *RM Themis* 1976, p. 494-515.

NIEUWENHUIS, *WPNR* 1995/6164-65
J.H. Nieuwenhuis, 'Vernietigen, ontbinden of aanpassen', *WPNR* 1995/6164-65, p. 23-26 en p. 37-41.

VAN OVEN, *WPNR* 1962/4718
J.C. van Oven, 'Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuw burgerlijk wetboek: Goede trouw, redelijkheid, billijkheid, betamelijkheid', *WPNR* 1962/4718, p. 169-172.

VAN DER PAS, *WPNR* 1990/5968
J.G. van der Pas, 'Het arrest Smit-Kriek: een tussen-station!', *WPNR* 1990/5968, p. 451-456.

PELETIER, *RM Themis* 1995
M.E.M.G. Peletier, 'Rechterlijk ingrijpen in evenredigheid. Over de keuze van correctie-mechanismen bij imprévision', *RM Themis* 1995, p. 423-433.

VAN DER PLOEG, *R & K* 1994
T. van der Ploeg, 'Boekbespreking J.M. Barendrecht. Recht als model voor rechtvaardigheid; Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming', *R & K* 1994, p. 284-189.

POLAK, *NJB* 2014/4, afl. 1
J. Polak, 'Rechtsvorming bij en dialoog met de bestuursrechter', *NJB* 2014/4, afl. 1, p. 15-19.

Ras, *Contracteren* 2010, afl. 1
P. Ras, 'Het uitleggen van overeenkomsten: een handleiding voor de praktijkjurist', *Contracteren* 2010, afl. 1, p. 12-18.

REIJNEN, *WPNR* 2011/6902-03
T.F.H. Reijnen, 'Verknochtheid en de omvang van de huwelijksgemeenschap', *WPNR* 2011/6902-03, p. 855-856 en p. 879-881.

REINHARTZ, *JBN* 2008/19, afl. 4
B.E. Reinhartz, 'Natrekking echtelijke woning door privégrond van de vrouw: Hoge Raad past Kriek-Smit-criterium toe op récompense', *JBN* 2008/19, afl. 4, p. 6-8.

REINHARTZ, *JBN* 2015/4, afl. 1
B.E. Reinhartz, 'Draagplicht voor schulden bij echtscheiding', *JBN* 2015/4, afl. 1, p. 11-14.

VAN ROSSUM, *NJB* 2010/1983, afl. 38
W. van Rossum, 'Vier reflecties op empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming', *NJB* 2010/1983, afl. 38, p. 2467-2472.

ROYER, *RM Themis* 1972
S. Royer, 'Pacta sunt servanda en verandering van omstandigheden in het privaatrecht', *RM Themis* 1972, p. 514-547.

SCHELHAAS, *NTBR* 2008/21, afl. 4
H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten. Over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten', *NTBR* 2008/21, afl. 4, p. 150-160.

VAN SCHILFGAARDE, *RM Themis* 1978
P. van Schilfgaarde, 'Prof. mr. G.H.A. Schut/Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis', *RM Themis* 1978, p. 457-462.

VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1993/6078
P. van Schilfgaarde, 'Vage normen', *WPNR* 1993/6078, p. 61-62.

VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1997/6282-83
P. van Schilfgaarde, 'Uitleg van rechtshandelingen', *WPNR* 1997/6282-83, p. 587-592 en p. 611-615.

VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1997/6284
P. van Schilfgaarde, 'Naschrift', *WPNR* 1997/6284, p. 832.
VAN SCHILFGAARDE, *WPNR* 1999/6377
P. van Schilfgaarde, 'Deel 4 van Hesselink', *WPNR* 1999/6377, p. 811-816.
SCHOLS & HOENS, *WPNR* 2012/6956
F.W.J.M. Schols & F.M.H. Hoens, 'CNR-huwelijksvoorwaardenonderzoek, deel I: algemeen en koude voorwaarden', *WPNR* 2012/6956, p. 943-953.
SCHONEWILLE, *TC* 2011, afl. 4
F. Schonewille, 'Maurits Barendrecht over het meten van rechtvaardigheid', *TC* 2011, afl. 4, p. 20-22.
SCHOORDIJK. *RM Themis* 1982
H.C.F. Schoordijk, 'Mr. G.J. Wiarda / Drie typen van rechtsvinding', *RM Themis* 1982, p. 160-166.
SCHOORDIJK, *WPNR* 1987/5839
H.C.F. Schoordijk, 'Vermogensverschuivingen onder een regime van koude uitsluiting van iedere gemeenschap', *WPNR* 1987/5839, p. 445-449.
SCHOORDIJK, *WPNR* 1989/5922-23
H.C.F. Schoordijk, 'Rebus sic stantibus (n.a.v. het gelijknamige boek van prof. mr. P. Abas, Kluwer, Deventer 1989)', *WPNR* 1989/5922-23, p. 391-396 en p. 413-417.
SCHOORDIJK, *WPNR* 1993/6082
H.C.F. Schoordijk, 'Derogerende werking van de goede trouw en openbare orde', *WPNR* 1993/6082, p. 146-149.
SCHOORDIJK, *WPNR* 2002/6479
H.C.F. Schoordijk, 'Het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2001 (RvdW [2001] 165) en zijn gevolgen voor het huwelijksvoorwaardenrecht van de toekomst', *WPNR* 2002/6479, p. 199-207.
SCHOORDIJK, *WPNR* 2005/6611
H.C.F. Schoordijk, 'Een principieel en leerrijk arrest. Huwelijkse voorwaarden en daaraan contrair gedrag (HR 18 juni 2004)', *WPNR* 2005/6611, p. 158-166.
SCHOORDIJK, *WPNR* 2006/6662
H.C.F. Schoordijk, 'En de Hoge Raad, hij ploegde voort', *WPNR* 2006/6662, p. 308-310.
SCHOORDIJK, *NJB* 2007/421, afl. 8
H.C.F. Schoordijk, 'Het betwiste onderscheid tussen uitleg en derogeren te goeder trouw breekt op', *NJB* 2007/421, afl. 8, p. 1233.
SCHRAMA, *AA* 2007, afl. 11
W.M. Schrama, 'Een multidisciplinaire benadering van het ongehuwd samenleven', *AA* 2007, afl. 11, p. 869-876.
SCHRAMA, *TPR* 2010
W.M. Schrama, 'Een redelijk en billijk relatierecht', *TPR* 2010, p. 1703-1747.
SCHRAMA, *ULR* 2011
W.M. Schrama, 'How to carry out interdisciplinary legal research. Some experiences with an interdisciplinary research method', *ULR* 2011, p. 147-162.
SMITH E.A., *NJB* 2008/604, afl. 12
C.E. Smith, W. Geelhoed, M.J. Dubelaar, B.J. ter Haar, J. van Rijn van Alkemade, K. van Willigenburg, A. Sprangers, J. van Rijn, T. Elseman, Q. Bongaerts, S. de Goede, J. Alsemgeest, A. Bogaerts, S. Kousedghi & E. van

de Deijl, 'Criteria voor goed rechtswetenschappelijk onderzoek: de omgekeerde route', *NJB* 2008/604, afl. 12, p. 685-690.

SMITS, *RM Themis* 2006
J.M. Smits, 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing', *RM Themis* 2006, p. 134-140.

SNEL, *Law and Method* 2014
M.V.R. Snel, 'Source-usage within doctrinal legal inquiry: choices, problems and challenges', *Law and Method* 2014 (DOI:10.5553/REM/000005).

G. SNIJDERS, *TCR* 2010
G. Snijders, 'Kroniek cassatie', *TCR* 2010, p. 80-85.

H.J. SNIJDERS, *AA* 2012, afl. 10
H.J. Snijders, 'Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992', *AA* 2012, afl. 10, p. 771-778.

W. SNIJDERS, *NJB* 1993, afl. 32
W. Snijders, 'Recensie. Recht als model van rechtvaardigheid', *NJB* 1993, afl. 32, p. 1149-1151.

W. SNIJDERS, *WPNR* 1999/6376
W. Snijders, 'Boekbespreking', *WPNR* 1999/6376, p. 792-798.

W. SNIJDERS, *WPNR* 2007/6693
W. Snijders, 'Beperkende werking, een paradox of een instrument?', *WPNR* 2007/6693, p. 6-12.

SOEHARNO, *R & R* 2005
J.E. Soeharno, 'Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholts intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles', *R & R* 2005, p. 235-261.

VAN STAA & DE VRIES, *KWALON* 2014
A. van Staa & K. de Vries, 'Directed content analysis: een meer deductieve dan inductieve aanpak bij kwalitatieve analyse', *KWALON* 2014, p. 46-54.

STEIN, *RM Themis* 1969
P.A. Stein, 'Over de betekenis van de billijkheid voor het huidige en het toekomstige verbintenissenrecht', *RM Themis* 1969, p. 307-338.

STOLKER, *NJB* 2004, afl. 28
C.J.M.M. Stolker, 'Wat maakt een juridisch tijdschrift wetenschappelijk?', *NJB* 2004, afl. 28, p. 1409-1418.

STRUTZ & VERHAGEN, *WPNR* 2013/6980
M. Strutz & E.M.J.M.C. Verhagen, 'Uitleg van huwelijkse voorwaarden; een verkenning', *WPNR* 2013/6980, p. 492-499.

TANJA-VAN DEN BROEK, *WPNR* 2002/6493
T.H. Tanja-van den Broek, 'Een kwestie van uitleg', *WPNR* 2002/6493, p. 430-436.

TJEENK WILLINK, *NJB* 2014/3, afl. 1
H. Tjeenk Willink, 'De rechterlijke functie in de veranderde democratische rechtsstaat', *NJB* 2014/3, afl. 1, p. 12-14.

TJITTES, *NTBR* 1999, afl. 7
R.P.J.L. Tjittes, 'Relativering van rechtsverwerking', *NTBR* 1999, afl. 7, p. 193-198.

TJITTES, *WPNR* 2007/6709
R.P.J.L. Tjittes, 'Terug naar de tekst – Een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten', *WPNR* 2007/6709, p. 417-423.

TJONG TJIN TAI, *WPNR* 2002/6482
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Processuele aspecten van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 2002/6482, p. 259-266.

DU TOIT, *WPNR* 2013/6980
F. du Toit, 'Moord op een erflater, erfrechtelijke onwaardigheid en het huwelijksvermogensrecht: een korte vergelijking tussen het Nederlandse en het Zuid-Afrikaanse recht', *WPNR* 2013/6980, p. 475-476.

DEN TONKELAAR, *TCR* 1998
J.D.A. den Tonkelaar, 'Het motiveren van op de eisen van redelijkheid en billijkheid gegronde beslissingen', *TCR* 1998, p. 1-4.

VALK, *WPNR* 1999/6382
W.L. Valk, 'Opzegging en de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258 BW n.a.v. HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602, Vereniging voor de Effectenhandel/CSM', *WPNR* 1999/6382, p. 917-920.

VAN DER VEEN, *MvV* 2011, afl. 9
A.W. van der Veen, 'Welke redelijkheid? Verplicht kiezen tussen uitleg en beperking. Bespreking van HR 21 januari 2011, NJ 2011, 176, m.nt. MMM, LJN BO5203', *MvV* 2011, afl. 9, p. 241-245.

VEENSTRA, *NTBR* 2007/2, afl. 1
H.M. Veenstra, 'Uitleg van een collectieve regeling tot vergoeding van massaschade', *NTBR* 2007/2, afl. 1, p. 2-8.

VERSTAPPEN, *WPNR* 2004/6584
L.C.A. Verstappen, 'De Wet regels verrekenbedingen in de praktijk', *WPNR* 2004/6584, p. 521-532.

VERSTAPPEN, *WPNR* 2006/6652
L.C.A. Verstappen, 'Modehuis Nolly, art. 1:90 lid 3 en het voorgestelde art. 1:87', *WPNR* 2006/6652, p. 75-77.

VERSTAPPEN, *WPNR* 2008/6767
L.C.A. Verstappen, 'Anticipatie op het voorgestelde art. 1:87 BW (wetsvoorstel 28867): HR 15 februari 2008, NJ 2008, 110', *WPNR* 2008/6767, p. 669-671.

VRANKEN, *NJB* 2014/1271, afl. 26
J. Vranken, ''Wij doen wel wat wij doen'; over juridisch-dogmatisch onderzoek in het privaatrecht, maar wel een slag anders', *NJB* 2014/1271, afl. 26, p. 1728-1737.

WAAIJER, *WPNR* 1989/5918
J.M.A. Waaijer, 'Onwaardigheid in het huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 1989/5918, p. 329-331.

WEBER, *AcP* 1992
R. Weber, 'Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen', *AcP* 1992, p. 516-567.

WERY, *NJB* 1991, afl. 32
P.L. Wery, 'De aanslag op de goede trouw', *NJB* 1991, afl. 32, p. 1303-1304.

WISSINK, *Contracteren* 2011, afl. 5
M.H. Wissink, 'Wegcontracteren van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid', *Contracteren* 2011, afl. 5, p. 24-26.

WOLTERS, *WPNR* 2015/7045
P.T.J. Wolters, 'De strikken van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 2015/7045, p. 33-38.

WOLTERS, *TPR* 2015
P.T.J. Wolters, 'Alle omstandigheden van het geval. Een vergelijkende studie van de omstandigheden die de werking van de (Nederlandse) redelijkheid en billijkheid en de (Belgische) objectieve goede trouw beïnvloeden', *TPR* 2015, p. 213-278.

ZONNENBERG, *EB* 2005/34, afl. 5
L.H.M. Zonnenberg, 'Voortschrijdend inzicht regels verrekenbedingen', *EB* 2005/34, afl. 5, p. 6-10.

ZONNENBERG, *EB* 2006/26, afl. 4
L.H.M. Zonnenberg, 'Eindelijk meer duidelijkheid over verrekenen', *EB* 2006/26, afl. 4, p. 75-79.

Krantenartikelen

MOMMERS & ZWENNE, *NRC* 2 juli 2010
L. Mommers & G-J. Zwenne, 'Publiceer nu eens alle uitspraken. Dan controleren we de rechterlijke macht pas echt', *NRC* 2 juli 2010.

VAN SCHILFGAARDE, *NRC* 27 september 1991
P. van Schilfgaarde, 'Suffe streek', *NRC* 27 september 1991.

Aangehaalde jurisprudentie

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2204, *AB* 2014/382, m.nt. L.J.A. Damen

Hoge Raad

HR 9 februari 1923, *NJ* 1923/676 (*Artist de Laboureur*)
HR 18 februari 1938, *NJ* 1938/323, m.nt. P. Scholten
HR 9 mei 1952, *NJ* 1953/563, m.nt. Ph.A.N. Houwing
HR 26 juni 1953, *NJ* 1954/90, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Hyster Karry Krane*)
HR 21 juni 1957, *NJ* 1959/91, m.nt. H. Kingma Boltjes
HR15 november 1957, *AA*19580103, m.nt. W.C.L. van der Grinten; *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*)
HR 19 mei 1967, *NJ* 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*)
HR 31 januari 1975, *NJ* 1975/327
HR 20 februari 1976, *NJ* 1976/486 (*Van der Laan/Top (Pseudo-vogelpest)*)
HR 28 januari 1977, *NJ* 1978/174, m.nt. A.R. Bloembergen (*Pootaardappelen*)
HR 1 juli 1977, *NJ* 1978/73, m.nt. G.J. Scholten
HR 16 januari 1981, *NJ* 1981/312, m.nt. E.A.A. Luijten (*Katwijkse boedelscheiding*)
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*)
HR 23 april 1982, *NJ* 1982/335
HR 27 april 1984, *NJ* 1984/679, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*NVB/Sipke Helder*)
HR 11 april 1986, *NJ* 1986/622, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Baartman/Huijbers*)
HR 2 december 1986, nr. 4480 Herz.
HR 12 juni 1987, *AA* 36 (1987) 12, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*)
HR 25 november 1988, *NJ* 1989/529, m.nt. E.A.A. Luijten(*Hilversumse horeca*)
HR 23 december 1988, *NJ* 1989/700, m.nt. E.A.A. Luijten
HR 3 februari 1989, *NJ* 1990/476
HR 7 februari 1989, nr. 4563 Herz.
HR 10 juli 1989, *NJ* 1989/786
HR 8 december 1989, *NJ* 1990/290
HR 20 december 1989, *BNB* 1990/69, m.nt. G. Laeijendecker
HR 9 november 1990, *NJ* 1992/212
HR 7 december 1990, *AA*19910679, m.nt. S.C.J.J. Kortmann; *NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten (*Moord en algehele gemeenschap*)
HR 18 januari 1991, *NJ* 1991/272
HR 7 juni 1991, *NJ* 1991/708 (*Bankmanager*)
HR 26 juni 1991, *BNB* 1991/247
HR 13 december 1991, *NJ* 1992/316, m.nt. M.M. Mendel (*Holland/Korstanje II*)
HR 10 januari 1992, *NJ* 1992/651, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*)
HR 29 september 1992, nr. 2698 Herz.
HR 19 maart 1993, *NJ* 1994/92, m.nt. E.A.A. Luijten
HR 4 juni 1993, *IER* 1993/35, m.nt. S. de Wit; *NJ* 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade
HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173, m.nt. P.A. Stein onder *NJ* 1994/174 (*Gerritse/Hydro Agri Sluiski*)

HR 29 april 1994, *NJ* 1995/561, m.nt. W.M. Kleijn (*Doktersvrouw*)
HR 2 december 1994, *NJ* 1995/184 (*Victi Vincimus/Philips Pensioenfonds*)
HR 7 april 1995, *NJ* 1996/486, m.nt. W.M. Kleijn (*Vossen/Swinkels*)
HR 29 september 1995, *AA*19960444, m.nt. J. Hijma
HR 29 september 1995, *NJ* 1996/88 (*Melkquotum*)
HR 14 november 1995, nr. 4926 Herz.
HR 29 december 1995, *NJ* 1996/302
HR 19 januari 1996, *NJ* 1996/617, m.nt. W.M. Kleijn (*Rensing/Polak I*)
HR 29 november 1996, *NJ* 1997/153
HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/693, m.nt. W.M. Kleijn (*Whiplash*)
HR 20 februari 1998, *NJ* 1998/493 (*Weena-zuid*)
HR 6 maart 1998, *NJ* 1999/113, m.nt. D.W.F. Verkade (*BUMA/STREMA*)
HR 17 april 1998, *NJ* 1999/550 (*Vaststelling van de wijze van verdeling*)
HR 12 februari 1999, *NJ* 1999/551, m.nt. W.M. Kleijn
HR 25 juni 1999, *AA*19990746, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers; *Ondernemingsrecht* 1999/74, m.nt. L. Mok & L. Timmerman (*VvE/CSM*)
HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, *JAR* 2000/85, m.nt. P.F. van der Heijden; *NJ* 2000/471, m.nt. A.R. Bloembergen (*Frans Maas*)
HR 23 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6299, *NJ* 2001/347, m.nt. W.M. Kleijn (*Vervalbeding bij Amsterdams Verrekenbeding*)
HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7205
HR 6 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7362, *NJ* 2004/58, m.nt. W.M. Kleijn
HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, *AV&S* 2001, p. 26, m.nt. S.D. Lindenbergh; *NJ* 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (*Druijff/B.C.E. Bouw*)
HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, *NJ* 2001/350, m.nt. W.M. Kleijn
HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9430
HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0378, *NJ* 2001/583, m.nt. S.F.M. Wortmann onder *NJ* 2001/584 (*Slot/Ceelen*)
HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382, *NJ* 2001/584, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2001/583 (*Vissersbedrijf*)
HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3697, *AA*20020163, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers; *NJ* 2003/534, m.nt. W.M. Kleijn
HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3695, *NJ* 2002/93, m.nt. W.M. Kleijn
HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4504
HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0748, *FJR* 2002/66, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2003/342, m.nt. H.J. Snijders
HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2376, *JAR* 2002/153, m.nt. E. Verhulp; *NJ* 2003/110, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder *NJ* 2003/111
HR 21 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1529
HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5160, *JOR* 2002/234, m.nt. B. Wessels; *NJ* 2003/503, m.nt. C.E. du Perron (*Buter e.a./Besix*)
HR 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9241, *NJ* 2005/125, m.nt. W.M. Kleijn
HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3415, *PJ* 2003/83, m.nt. S.H. Kuiper & E. Lutjens
HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4621
HR 27 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7541, *AA*20040036, m.nt. A.J.M. Nuytinck
HR 30 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL6140
HR 24 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7035
HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3697

HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, *AB* 2004/93, m.nt. T. Zwart (*HIV-onderzoek*)
HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *AV&S* 2004/26, m.nt. P. Clausing; *JAR* 2004/83, m.nt. R.M. Beltzer; *JOR* 2004/157, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, tevens behorend bij *JOR* 2004/158; *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron; *Ondernemingsrecht* 2004/62, m.nt. F.B.J. Grapperhaus; *SR* 2004/60, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer (*Pensioenfonds/Fox*)
HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9689
HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1974
HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289, *NJ* 2004/636, m.nt. S.F.M. Wortmann; *Ondernemingsrecht* 2004/133, m.nt. M.L. Lennarts; *PJ* 2004/63, m.nt. M. Heemskerk
HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, *AA*20050472, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *RFR* 2004/5, met wenk
HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3636, *RFR* 2005/15, met wenk
HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, *JA* 2005/65, m.nt. M.S.A. Vegter; *RAR* 2005/78, met wenk
HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5961, *NJ* 2005/381, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2005/89, met wenk
HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU2399, *RN* 2006/16, met wenk
HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5284, *JPF* 2006/48, m.nt. F.A.W. Bannier onder *JPF* 2006/49
HR 27 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4790
HR 27 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5698, *FJR* 2006/53, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2006/60, m.nt. M.R. Kremer; *NJ* 2008/564, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2006/26, met wenk; *RN* 2006/35, met wenk
HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8938, *FJR* 2006/93, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2006/71, met wenk
HR 15 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3043, *JPF* 2007/18, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2007/19
HR 15 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3044, *JPF* 2007/19, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/18; *NJ* 2007/217, m.nt. W.M. Kleijn
HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX1571, *AA*20070058, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2007/32, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2006/109, met wenk
HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7805, *FJR* 2007/22, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2007/5, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2007/6; *NJ* 2008/258, m.nt. L.C.A. Verstappen, tevens behorend bij *NJ* 2008/257; *RFR* 2006/125, met wenk
HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8843, *JPF* 2007/6, m.nt. B.E. Reinhartz, tevens behorend bij *JPF* 2007/5; *NJ* 2008/257, m.nt. L.C.A. Verstappen onder *NJ* 2008/258
HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0760, *RFR* 2007/16, met wenk
HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9718, *NJ* 2007/423, m.nt. P.A.M. Mevis
HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1106, *JPF* 2007/56, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2007/41, met wenk
HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *JOR* 2007/166, m.nt. R.P.J.L. Tjittes; *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink onder *NJ* 2007/576; *Ondernemingsrecht* 2007/90, m.nt. A. Wiggers; *V-N* 2007/23.31, m.nt. (*Meyer Europe/Pont Meyer*)
HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658, *FJR* 2007/62, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2007/306, m.nt. J. de Boer; *RFR* 2007/43, met wenk

HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7907, *FJR* 2007/102, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2007/308, m.nt. S.F.M. Wortmann, tevens behorend bij *NJ* 2007/307; *RFR* 2007/56, met wenk
HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7624, *FJR* 2007/103, m.nt. I.J. Pieters
HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1564, *NJ* 2008/187, m.nt. M.H. Wissink; *RFR* 2007/83, met wenk
HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, *JOR* 2007/198, m.nt. R.P.J.L. Tjittes; *NJ* 2007/576, m.nt. M.H. Wissink, tevens behorend bij *NJ* 2007/575 (*Meyer Europe/Pont Meyer*); *Ondernemingsrecht* 2007/171, m.nt. W.W. de Nijs Bik; *RF* 2007/61, met wenk; *RO* 2007/75, met wenk (*Derksen/Homburg*)
HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7644, *RFR* 2007/136, met wenk
HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4202, *AA*20080218, m.nt. A.J.M. Nuytinck
HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0377, *AA*20080442, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *NJ* 2008/275, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RAR* 2007/50, met wenk; *RFR* 2008/50, met wenk (*OBU*)
HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1856, *AA*20080628, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2008/62, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2008/67, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2008/51, met wenk; *RN* 2008/29, met wenk
HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, *RAV* 2008/70, met wenk
HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6582, *NJ* 2008/400, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2008/89, met wenk
HR 26 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF2295, *AA*20080806, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *AV&S* 2009/20, m.nt. F.R. Salomons; *JPF* 2009/22, m.nt. B.E. Reinhartz onder *JPF* 2009/26; *NJ* 2009/40, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2008/129, met wenk
HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7843
HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4387, *AA*20090654, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *FJR* 2009/123, m.nt. I.J. Pieters; *JPF* 2009/124, m.nt. B.E. Reinhartz; *NJ* 2009/377, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2009/106, met wenk
HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1618, *FJR* 2010/56, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2010/28, met wenk
HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1610, *JOR* 2010/179, m.nt. P.D. Olden; *RCR* 2010/42, met wenk
HR 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6085, *FJR* 2011/34, m.nt. I.J. Pieters; *NJ* 2011/5, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RFR* 2010/122, met wenk
HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5203, *NJ* 2011/176, m.nt. M.M. Mendel; *RAV* 2011/35, met wenk (*Achmea/ABN AMRO*)
HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7122, *JOR* 2011/70, m.nt. C.J. Groffen; *NJ* 2011/167, m.nt. P. van Schilfgaarde; *RAV* 2011/42, met wenk; *RF* 2011/32, met wenk; *RN* 2011/24, met wenk; *RO* 2011/16, met wenk (*Staalbankiers NV/Elko Management BV*)
HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7277, *FJR* 2011/80, m.nt. I.J. Pieters; *RFR* 2011/55, met wenk
HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU6591, *AA*20120123, m.nt. A.J.M. Nuytinck; *JPF* 2012/22, m.nt. B.E. Reinhartz; *NJ* 2012/173, m.nt. L.C.A. Verstappen; *RCR* 2012/173, met wenk; *RFR* 2012/15, met wenk
HR 27 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6510, *JBPR* 2012/36, m.nt. B. Winters; *NJ* 2015/36, met red. aant.; *RFR* 2012/40, met wenk

HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1749, *NJ* 2012/407, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2012/79, met wenk
HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9605, *JPF* 2012/103, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2012/93, met wenk
HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695, *JAR* 2012/189, m.nt. A.M. Helstone; *JBPR* 2013/10, m.nt. J. Mencke
HR 19 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5576, *JIN* 2012/197, m.nt. M.M. Schouten; *RFR* 2013/13, met wenk
HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2050, *JPF* 2014/24, m.nt. B.E. Reinhartz; *NJ* 2014/129, m.nt. S.F.M. Wortmann; *RFR* 2014/31, met wenk
HR 4 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:365, *JPF* 2016/99, m.nt. P. Vlaardingerbroek; *RFR* 2016/79, met wenk
HR 12 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2317

Hoven

Hof Den Haag 4 november 1988, *NJ* 1989/540
Hof Den Bosch 14 december 1998, *NJ* 2001/113, m.nt. W.M. Kleijn
Hof Den Haag 27 september 2000, ECLI:NL:GHSGR:2000:AA9929
Hof Den Haag 18 oktober 2000, ECLI:NL:GHSGR:2000:AA9910
Hof Den Bosch 29 januari 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AE8696
Hof Den Bosch 30 september 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:BC2780
Hof Den Bosch 22 juni 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR2537
Hof Den Bosch 28 september 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS5940
Hof Den Haag 3 november 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AR5181, *RFR* 2005/6, met wenk
Hof Arnhem 30 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AR8865
Hof Amsterdam 20 januari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AR7851
Hof Den Haag 28 september 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU2918
Hof Den Haag 14 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU9657
Hof Amsterdam 19 januari 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AV9260
Hof Den Bosch 28 februari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4220, *RFR* 2006/79, met wenk
Hof Den Haag 29 maart 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AW2827
Hof Den Bosch 18 april 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW9576
Hof Den Haag 19 april 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780
Hof Arnhem 7 november 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ5537, *RFR* 2007/18, met wenk
Hof Arnhem 29 mei 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6520, *RFR* 2007/97, met wenk
Hof Den Bosch 21 augustus 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6031, *RFR* 2008/7, met wenk; *RN* 2008/24, met wenk
Hof Amsterdam 11 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC0891, *JPF* 2008/45, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2008/29, met wenk; *RN* 2008/39, met wenk
Hof Den Bosch 1 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD1349
Hof Arnhem 9 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2635
Hof Leeuwarden 16 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF1176
Hof Arnhem 19 november 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG4803, *JPF* 2009/11, m.nt. P. Vlaardingerbroek
Hof Den Haag 10 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG8998

Hof Arnhem 16 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5063, *RFR* 2009/71, met wenk
Hof Arnhem 16 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH5954
Hof Amsterdam 24 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH8955
Hof Leeuwarden 31 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI1406
Hof Amsterdam 30 juni 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ0972
Hof Leeuwarden 7 juli 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ2204
Hof Leeuwarden 10 september 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ8018, *RFR* 2009/137, met wenk
Hof Den Haag 24 november 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK4741
Hof Amsterdam 15 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8073
Hof Amsterdam 27 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN4444, *RFR* 2010/113, met wenk
Hof Den Haag 4 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4898
Hof Den Haag 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4205, *JPF* 2010/141, m.nt. P. Vlaardingerbroek
Hof Leeuwarden 21 oktober 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO2881, *RFR* 2011/10, met wenk
Hof Den Haag 16 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU1416
Hof Den Haag 23 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2478, *RFR* 2011/98, met wenk
Hof Amsterdam 1 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP7469, *RFR* 2011/70, met wenk
Hof Den Bosch 12 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1344
Hof Leeuwarden 12 april 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1385, *JIN* 2011/486, m.nt. R.P.F. Kamphuis
Hof Leeuwarden 31 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7318, *RFR* 2011/100, met wenk; *RN* 2011/96, met wenk
Hof Amsterdam 19 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6474
Hof Den Haag 17 augustus 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV9206
Hof Den Haag 26 oktober 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU5848
Hof Den Bosch 22 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7882
Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8418, *JPF* 2013/107, m.nt. B.E. Reinhartz
Hof Den Bosch 12 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ6698, *RFR* 2013/86, met wenk; *RN* 2013/71, met wenk
Hof Amsterdam 14 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1866, *JPF* 2013/106, m.nt. B.E. Reinhartz; *RFR* 2013/96, met wenk

Rechtbanken

Rb. Zwolle 21 augustus 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AF5277
Rb. Maastricht 17 september 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AK8183
Rb. Maastricht 3 maart 2004, ECLI:NL:RBMAA:2004:AO8592
Rb. Arnhem 17 maart 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AO9360
Rb. Zwolle 2 juni 2004, ECLI:NL:RBZWO:2004:AP1387
Rb. Breda 5 augustus 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR6122
Rb. Assen 25 augustus 2004, ECLI:NL:RBASS:2004:AR3400
Rb. Den Haag 25 oktober 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU6998

Rb. Den Haag 27 oktober 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU8035
Rb. Zwolle-Lelystad 29 maart 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX2262
Rb. Den Haag 7 april 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AY6545
Rb. Groningen 10 mei 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AX1558, *JPF* 2006/112, m.nt. P. Vlaardingerbroek; *RFR* 2006/93, met wenk
Rb. Maastricht 17 mei 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AX4742, *JIN* 2006/287, m.nt. P. Dorhout; *JPF* 2006/110, m.nt. P. Vlaardingerbroek; *RFR* 2006/94, met wenk
Rb. Arnhem 16 augustus 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:BB1527
Rb. Middelburg 6 december 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:BP4662
Rb. Zwolle-Lelystad 21 februari 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:AZ9316
Rb. Middelburg 14 maart 2007, ECLI:NL:RBMID:2007:BA2978, *RFR* 2007/93, met wenk
Rb. Middelburg 25 april 2007, ECLI:NL:RBMID:2007:BB6640
Rb. Maastricht 22 augustus 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB2239, *RFR* 2007/130, met wenk
Rb. Den Bosch 17 oktober 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB5726
Rb. Utrecht 29 november 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BG8943
Rb. Alkmaar 21 december 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:BD0118
Rb. Utrecht 13 februari 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD1963
Rb. Middelburg 18 juni 2008, ECLI:NL:RBMID:2008:BJ1326
Rb. Den Bosch 2 juli 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD6517
Rb. Maastricht 27 augustus 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BE9564
Rb. Assen 4 februari 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:BH4263
Rb. Haarlem 21 april 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ1037
Rb. Utrecht 8 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ2483
Rb. Breda 8 juli 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ3136
Rb. Maastricht 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ5313
Rb. Maastricht 24 september 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ9186, *RFR* 2010/11, met wenk
Rb. Breda 25 november 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BK4490, *NJ* 2010/220, m.nt. S. Perrick; *RN* 2010/19, met wenk
Rb. Breda 2 december 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BO7865
Rb. Haarlem 12 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL0633, *RFR* 2010/67, met wenk
Rb. Den Haag 1 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL2856
Rb. Utrecht 24 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL5436
Rb. Middelburg 6 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BO0075
Rb. Alkmaar 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BQ6551, *JPF* 2011/96, m.nt. P. Vlaardingerbroek
Rb. Den Haag 20 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2473
Rb. Breda 3 augustus 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BR3917
Rb. Den Bosch 23 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BV0303
Rb. Den Bosch 23 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BV0419
Rb. Zutphen 28 december 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV6248
Rb. Zutphen 27 juni 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4300, *FJR* 2012/87, m.nt. C. De Bie-Koopman
Rb. Maastricht 11 juli 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX2205

Dankwoord

Op deze plaats wil ik graag een aantal personen in het bijzonder bedanken, zonder wier hulp, steun en aanmoediging dit proefschrift niet tot stand zou zijn gekomen. Allereerst wil ik mijn promotoren hartelijk dank zeggen voor de kans die zij mij hebben gegeven om dit onderzoek te doen, hun niet aflatende betrokkenheid, enthousiasme en altijd bruikbare feedback. Jullie vulden elkaar uitstekend aan en vormden, mede daardoor, voor mij het ideale begeleidingsduo. Professor Katharina Boele-Woelki, je hebt mij laten delen in jouw enorme kennis, kunde en netwerk – waaraan ik vele prettige contacten heb overgehouden, waaronder de zeer hartelijke redactie van *Family & Law* en veel van de hieronder te noemen personen. Jouw scherpe overzicht in de structuur van de tekst heeft dit proefschrift daarnaast naar een hoger niveau getild. Professor Wendy Schrama, ontzettend bedankt voor de vele boeiende en aanmoedigende sparringsessies, waardoor je vaak later thuis was dan gepland, – waarvan de resultaten, naar ik hoop, in dit proefschrift voldoende tot uitdrukking komen, ondanks mijn gecomprimeerde schrijfstijl – en het stellen van de uiteindelijke deadline. Ik hoop ook in de toekomst nog veel van jullie te mogen leren.

Daarnaast wil ik professor Masha Antokolskaia, professor Jan Biemans, professor Philip Langbroek, professor Leon Verstappen en professor Paul Vlaardingerbroek bedanken voor hun bereidheid zitting te nemen in de promotiecommissie en voor hun constructieve commentaar op het manuscript.

Verder wil ik mijn paranimfen bedanken. Joyce Arts-van der Weijden, bedankt voor alle gezellige etentjes tijdens het promotietraject en de bemoedigende woorden. Soraya Bou-Sfia, bedankt dat jouw deur altijd voor mij open stond en staat. Weet dat dit ook andersom zo is! Bedankt ook voor jullie hulp bij de voorbereiding naar de promotie toe.

Een speciaal woord van dank wil ik richten tot de familierechters die ik heb mogen interviewen voor dit onderzoek. Hanneke Ackermans-Wijn, Myriam de Bruijn-Lückers, Lieke Coenraad, Ronald Eskes, Jetty Gerritse, Astrid Hermans, Alexander Labohm, Jan Hein Lieber, Henda Phaff, Chantal Smelt-Karman, Guus Stille en Paul Vlaardingerbroek, hartelijk dank voor jullie medewerking. Ik waardeer dit, zeker gezien jullie hoge werkdruk, zeer. Dank ook voor jullie interesse in onderzoek, en in dat van mij in het bijzonder.

Ook ben ik dank verschuldigd aan de studenten die de rechterlijke uitspraken hebben geclassificeerd naar rechterlijke instantie, jaar waarin uitspraak is gewezen en deelgebied van het personen- en familierecht, aan Wychand Kraaij voor het maken van notities van de interviews, aan Lisa Orvini voor het genereren van de betrouwbaarheidsdata en aan mijn studenten in het

algemeen, die mij scherp houden met hun vragen over het hoe en het waarom van punten die meer doorgewinterde juristen als vanzelfsprekend beschouwen.

Toen de tekst er eenmaal was, was het werk nog niet gedaan. Daarom wil ik Titia Kloos, Titia Hijmans van den Bergh, Maximilian Strutz, Klaartje Hoeberechts én Jack van Wijk en Boom uitgevers Den Haag bedanken voor (hun hulp bij) de editing, de Engelstalige samenvatting, de Duitstalige samenvatting, de figuren en tabellen respectievelijk de technische controles.

Tevens wil ik mijn collega's van de Universiteit Utrecht bedanken. Zij hebben ervoor gezorgd dat ik me, hoewel het schrijven van een proefschrift in beginsel een solistische bezigheid is, nooit eenzaam heb gevoeld. Ten eerste wil ik mijn collega's binnen UCERF bedanken. Yildiz Bérénos, Soraya Bou-Sfia, Marjolein van den Brink, Susanne Burri, Jacqueline Gray, Susanne Heeger-Hertter, Joost Huijer, Christina Jeppesen de Boer, Merel Jonker, Femke de Kievit, Charlotte Mol, Minke Reijneveld, Jet Tigchelaar, Alexandra Timmer, Yasemin Yildiz en natuurlijk Katharina Boele-Woelki en Wendy Schrama, als ook 'oud' UCERF-medewerkers, Paulien Burgers, Kristien Hepping, Natalie Nikolina, Wibo van Rossum, Ian Sumner, Machteld Vonk en Nora de Vries, jullie hebben mijn onderzoekswereld, ieder op jullie eigen manier, verrijkt. Dit geldt in het bijzonder voor mijn 'ganggenoten', waaronder ook het 'geadopteerde lid' Do Giang Nam valt. Ten tweede wil ik mijn collega's binnen het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht bedanken. De cultuur daar voelde en voelt voor mij als een warm bad, in de beginperiode in het bijzonder door Rianka Rijnhout en later mede door Annika van Baar, Patty Emaus, Liesbeth Enneking, Laura van Kessel, Maaike Steegmans, en vele anderen.

Ook wil ik graag Eva Bosch, Jessy Emaus, Merel Jonker en Yasemin Yildiz noemen, met wie ik intensief heb mogen samenwerken in het kader van het onderwijs voor de cursus *Personen- en familierecht*. Ik heb volop van deze tijd genoten (alsook van de taartjes na afloop van iedere periode)! De laatstgenoemde persoon is daarnaast mijn kamergenote en samen staan wij inmiddels bekend als de 'chai latte-dames'. Yasemin Yildiz, je bent super. Ook mijn vorige kamergenote, Natalie Nikolina, mag niet ongenoemd blijven. Ik denk nog met veel plezier terug aan ons laatste officiële avontuur, het 19de Ius Commune congres in Edinburgh. Ondanks dat mijn onderzoek binnen de grenzen van het Nederlandse recht is gebleven, heb ik, dankzij verblijven van gastonderzoekers aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, vele internationale contacten op mogen doen. Usang Maria Assim, Ivna Godžirov, Alžběta Kundratová, Nkatha Murungi, Pablo Quinzá Redondo, Philipp Reuß, Natalie Rueda, Brian Sloan, Maximilian Strutz, Stefanie Zucker, *thank you for being my view to the outside world*. Ook buiten het privaatrecht heb ik, dankzij de REBO PhD Council, leuke contacten opgedaan − te veel om afzonderlijk op te noemen.

Het was evenwel Sander Steneker die mij een eerste duwtje in de (voor mij: juiste) richting van promotieonderzoek heeft gegeven, waarvoor dank.

In de persoonlijke sfeer wil ik graag mijn familie en vrienden bedanken. Beste familie en in het bijzonder mijn broers en schoonzus, mijn '(super)scriptie' is nu echt af. Bedankt voor jullie interesse in mijn werk gedurende de afgelopen zes jaar. Ook wil ik mijn schoonfamilie bedanken, die maar al te goed weet wat een promotietraject inhoudt. Ik voel me ook bij jullie echt thuis. Lieve (studie)vrienden, bedankt voor de nodige ontspanning. Jullie hebben allemaal een speciaal plekje in mijn hart.

Tot slot draag ik dit boek op aan mijn lieve ouders en mijn geweldige echtgenoot. Papa en mama, bedankt voor jullie eeuwige vertrouwen en steun in alles wat ik doe. Jullie zijn mijn eerste leermeesters en hebben mij gevormd tot de leergierige persoon die ik ben. Ivo, bedankt dat je mijn stresskipperigheid in bedwang houdt. Met jou durf en wil ik alle avonturen aangaan die het leven te bieden heeft. Ik houd van je.

Utrecht, najaar 2017

Curriculum Vitae

Evelien van Wijk-Verhagen werd geboren op 1 mei 1986 te ’s-Hertogenbosch. Zij behaalde haar gymnasiumdiploma in 2004 aan het Gymnasium Beekvliet te Sint Michielsgestel. Vervolgens studeerde zij rechten aan de Radboud Universiteit Nijmegen. In 2008 voltooide zij de master Nederlands Recht met het judicium *cum laude*. Daarna volgde zij de studie Notarieel Recht, die zij in 2010 afrondde. Naast en na haar studie werkte zij als buitengriffier bij het Hof Arnhem en bij het Hof Den Bosch. Sinds augustus 2012 is zij verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, aanvankelijk als assistent in opleiding en sinds november 2015 als universitair docent. Zij is medeverantwoordelijk voor het onderwijs op het terrein van het personen- en familierecht en begeleidt studenten bij het onderzoeks- en scriptietraject. Daarnaast is zij, sinds de start van dit forum, redactiesecretaris van *Family & Law*, een online tijdschriftenplatform van Boom juridisch.

Zie over dit promotieonderzoek ook: A. Bruins, ‘Redelijkheid en billijkheid in het familierecht; wonderolie of gif?’, *Mr.* 2015, afl. 11, p. 68-74.

REEDS VERSCHENEN IN DE REEKS FAMILIE & RECHT

Deel 1 Katharina Boele-Woelki, Ian Curry-Sumner en Wendy Schrama, *De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*, 2010

Deel 2 Masha Antokolskaia, Bart Breederveld, Liesbeth Hulst, Wilbert Kolkman, Frits Salomons en Leon Verstappen, *Koude uitsluiting*, 2011

Deel 3 Merel Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een rechtsvergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden*, 2011

Deel 4 Katharina Boele-Woelki, Ian Curry-Sumner, Wendy Schrama en Machteld Vonk, *Commercieel draagmoederschap en illegale opneming van kinderen*, 2012

Deel 5 Katharina Boele-Woelki en Frederik Swennen, *Vergelijkenderwijs. Actuele ontwikkelingen in het Belgische en Nederlandse familierecht*, 2012

Deel 6 Masha Antokolskaia en Bart Breederveld, *Partner- en kinderalimentatie: knelpunten en voorstellen voor verbetering*, 2013

Deel 7 J.H.M. ter Haar, *Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen*, 2013

Deel 8 [niet verschenen]

Deel 9 Naomi Spalter, *Grondslagen van partneralimentatie*, 2013

Deel 10 M.V. Antokolskaia, W.M. Schrama, K.R.S.D. Boele-Woelki, C.C.J.H. Bijleveld, C.G. Jeppesen de Boer en G. van Rossum, *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders?*, 2014

Deel 11 Ronald Brinkman, *Het fideicommis in de notariële praktijk*, 2014

Deel 12 Marjolein van den Brink en Jet Tigchelaar, *M/V en verder. Sekseregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*, 2014

Deel 13 Katharina Boele-Woelki en Susanne Burri, *De rol van de staat in familierelaties: meer of minder?*, 2015

Deel 14 Marit Tomassen - van der Lans, *Het verplichte ouderschapsplan: regeling en werking*, 2015

Deel 15 Geeske Ruitenberg, *De toepassing van het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Nederland en het belang van het kind*, 2015

Deel 16 Merel Jonker, Manja Abraham, Christina Jeppesen de Boer, Wibo van Rossum en Katharina Boele-Woelki, *Internationale kinderontvoering.*

De uitvoeringspraktijk van inkomende zaken in Nederland, Engeland & Wales, Zweden en Zwitserland, 2015

Deel 17 J.H.M. ter Haar, W.D. Kolkman, W.M. Schrama en L.C.A. Verstappen, *Toezicht op het bewind van ouders en voogden over het vermogen van minderjarigen. Onderzoek naar toezicht op vermogensbeheer bij minderjarigen en vier overige, aanverwante onderwerpen*, 2017

Deel 18 Evelien van Wijk-Verhagen, *Redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, meer in het bijzonder in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht. Wonderolie van flexibiliteit of gif van rechtsonzekerheid?,* 2018