

# Zestig jaar *Quint/Te Poel*: ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht

NTBR 2019/2

Het arrest *Quint/Te Poel* is al zestig jaar een belangrijk ankerpunt in discussies over de verhouding tussen geschreven en ongeschreven verbintenissenrecht, tussen wetgever en rechter. De invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek heeft deze status geenszins in gevaar gebracht. Toch zou het onjuist zijn om het arrest te beschouwen als het eindpunt van de geschiedenis. Gedurende de afgelopen decennia is het verbintenissenrecht sterk geëuropeaniseerd en heeft de Hoge Raad zich herhaaldelijk uitgesproken over de grenzen van zijn 'rechtsvormende taak'. Beide ontwikkelingen zetten het arrest *Quint/Te Poel* in een nieuw daglicht.

## 1. Het vertrekpunt

Welke ruimte biedt het verbintenissenrecht voor rechterlijke rechtsvorming? Wie geïnteresseerd is in deze vraag, stuit al snel op het arrest *Quint/Te Poel* over het ontstaan van verbintenissen.<sup>2</sup> De overwegingen van de Hoge Raad staan nu – zestig jaar later – nog altijd in het collectieve geheugen gegrift. In gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, moet de oplossing worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen. Deze slagzin heeft zijn betekenis onder het nieuwe Burgerlijk Wetboek behouden.<sup>3</sup> Bracht de keuze van de ontwerpers voor een gesloten stelsel van verbintenissen de gemoederen aanvankelijk nog in beroering,<sup>4</sup> inmiddels heeft de literatuur zich tot de wet bekeerd en onderschrijft zij de

in *Quint/Te Poel* gevolgde methode van wetssystematische interpretatie.<sup>5</sup>

Het is echter de vraag of we zonder meer op het arrest *Quint/Te Poel* kunnen terugvallen als we het geldende recht willen begrijpen en verklaren. Het arrest stamt uit een andere tijd. Het verbintenissenrecht was voornamelijk nationaal van oorsprong en de hoogste rechter kwam nog niet openlijk uit voor zijn 'rechtsvormende taak'. Sinds de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek is het verbintenissenrecht sterk geëuropeaniseerd en heeft de Hoge Raad zich herhaaldelijk uitgesproken over de verhouding van de rechter tot de wetgever. Het is van belang kennis te nemen van deze ontwikkelingen als we het geldende verbintenissenrecht willen beschrijven en beoordelen, de ruimte voor rechterlijke rechtsvorming willen bepalen en nieuwe oplossingen willen beproeven.

In deze bijdrage besteed ik aandacht aan beide ontwikkelingen. Allereerst neem ik de rechtspraak van het Hof van Justitie onder de loep. Ik laat zien dat het Hof een vergelijkbare maatstaf hanteert bij de uitleg van het Unierecht en dat de toepassing van deze maatstaf heeft geleid tot de aanvaarding van drie ongeschreven verbintenissen (par. 3). Ten tweede behandel ik de rechtspraak van de Hoge Raad over de grenzen van zijn 'rechtsvormende taak'. Ik laat zien dat de Hoge Raad de in het arrest *Quint/Te Poel* geformuleerde maatstaf inmiddels heeft aangevuld en verfijnd (par. 4). Voordat ik beide punten uitwerk, vertel ik eerst meer over de op de leest van het arrest *Quint/Te Poel* geschoeide methode van wetssystematische interpretatie (par. 2).

## 2. Het ankerpunt: *Quint/Te Poel*

Het is een van de bekende verhalen van het burgerlijk recht. We schrijven Heerlen, begin jaren vijftig van de vorige eeuw. Aannemer Quint bouwt in opdracht van Hubertus te Poel twee winkelpanden op een terrein gelegen aan de Geleenstraat. Op een zeker moment kan Hubertus de openstaande rekeningen niet meer betalen. Vervolgens ontdekt Quint dat niet Hubertus maar zijn broer Heinrich de eigenaar is van de grond en dus – door natrekking – eveneens van de door Quint gebouwde panden. Heinrich is echter

1 Citeerwijze: R. de Graaff, 'Zestig jaar *Quint/Te Poel*: ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht', *NTBR* 2019/2, afl. 1. Mr. R. de Graaff is als promovendus verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden.

2 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).

3 De wetgever heeft deze uitleg onderschreven, zo blijkt uit de formulering van art. 6:1 BW en uit de toelichting die wordt gegeven in TM en MvA II, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 39 en p. 42-43.

4 Zie bijv. Asser/Losecaat Vermeer & Rutten III-1 1967, p. 57-58; H.C.F. Schoordijk, *De verbintenis uit de wet. Enige gedachten over een rechtsontwikkeling*, Deventer: Kluwer 1968, p. 6-7; Pitlo/Bolweg 1979, p. 41; H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1979 (hierna: Schoordijk 1979), p. 11 e.v.; G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985, p. 108-109.

5 Zie bijv. J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen* (Monografieën Nieuw BW, deel A2), Deventer: Kluwer 2003, p. 26-28; W. Snijders, 'Ongeregeldheden in het vermogensrecht (I)', *WPNR* 2005, p. 79-85 (hierna: Snijders 2005), 82; F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)', *WPNR* 2009/6796, p. 337-346, 340; Asser/Sieburgh 6-1 2016/52; G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbindenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 20-22. Kritisch over deze ontwikkeling: J.H. Dalhuisen, 'Wat is de toekomst voor het Nederlandse vermogensrecht in een globaliserende wereld en hoe moeten wij ons die toekomst voorstellen?', *NTHR* 2018, p. 125-139 (hierna: Dalhuisen 2018), 126-133.

geen partij bij de overeenkomst. Hij handelt ook niet aantoonbaar onrechtmatig jegens Quint. Quint rest niets anders dan zich tegenover Heinrich te Poel te beroepen op ongerechtvaardigde verrijking.

Biedt het burgerlijk recht een grondslag voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking? De wetgever heeft in ieder geval geen algemene regel over ongerechtvaardigde verrijking opgenomen in het Burgerlijk Wetboek van 1838. Artikel 1269 (oud) BW bepaalt bovendien dat alle verbintenissen ‘ontstaan of uit overeenkomst, of uit de wet’. Het gerechtshof legt deze bepaling restrictief uit. Verbintenissen ‘uit de wet’ zouden slechts kunnen ontstaan indien ze steun vinden in een specifiek wetsartikel. De Hoge Raad corrigeert het gerechtshof op dit punt. Hij overweegt:

“dat uit deze woorden immers geenszins volgt, dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, doch daaruit slechts mag worden afgeleid, dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wèl in de wet geregelde gevallen.”<sup>6</sup>

Toch verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep van Quint. Na het stelsel van de wet en de daarin geregelde gevallen te hebben onderzocht, komt hij tot de conclusie dat er geen ruimte is om het bestaan van een verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking te aanvaarden. Ook in latere arresten blijft deze deur gesloten.<sup>7</sup>

Voor de erkenning van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking is niet het arrest *Quint/Te Poel*, maar de komst van artikel 6:212 BW uiteindelijk doorslaggevend. Dit wetsartikel verplicht degene die ten koste van een ander ongerechtvaardigd is verrijkt om, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking. Na de invoering van deze algemene regel begint de Hoge Raad het oude recht minder terughoudend uit te leggen.<sup>8</sup> In enkele gevallen aanvaardt hij nadrukkelijk het bestaan van een verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking.<sup>9</sup> Toch blijft het noodzakelijk om na te gaan of de oplossing past in het wettelijk stelsel en aansluit bij de daarin geregelde gevallen. Zo laat de Faillissementswet juist géén ruimte voor een

vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van de verzekeraar jegens de curator.<sup>10</sup>

Het belang van het arrest *Quint/Te Poel* overstijgt intussen het verrijgingsrecht. Het arrest is van grote betekenis voor het gehele stelsel van bronnen van verbintenissen. De Hoge Raad oordeelt onomwonden dat verbintenissen niet rechtstreeks op enig wetsartikel hoeven te steunen. In wezen gaat hij daarmee een stap verder dan in het klassieke arrest *Lindenbaum/Cohen*.<sup>11</sup> In dat arrest – inmiddels honderd jaar geleden geweest – legt de Hoge Raad uit wat het wettelijke begrip ‘onrechtmatige daad’ inhoudt. In *Quint/Te Poel* bepaalt de Hoge Raad dat de rechter een leemte in de wet mag opvullen. Tegelijkertijd maakt hij duidelijk waar de grenzen liggen. De oplossing moet passen in het systeem van de wet en aansluiten bij andere, vergelijkbare gevallen.<sup>12</sup> Men spreekt daarom wel van een *gematigd* gesloten of een *gematigd* open stelsel van bronnen van verbintenissen.

Ook het nieuwe verbintenissenrecht is zowel gesloten als open van karakter. Gesloten, omdat de wet nog steeds de enige bron van verbintenissen is.<sup>13</sup> De erkenning van verbintenissen ‘buiten de wet om uit de redelijkheid en billijkheid of het ongeschreven recht’ zou volgens de ontwerpers leiden tot ‘grote rechtsonzekerheid’.<sup>14</sup> Zij vonden het ook niet nodig om de deur naar andere bronnen open te zetten. Het ontwerp vulde namelijk enkele belangrijke leemten in de wet op. De ongerechtvaardigde verrijking is een sprekend voorbeeld. Ook andere in de rechtspraak ontwikkelde regels hebben een duidelijke basis in de wet gekregen.<sup>15</sup> Volgens de ontwerpers zou de wet daarom voldoende ruimte bieden om tot juiste en billijke oplossingen te komen.<sup>16</sup> Deze ruimte wordt nog eens vergroot doordat de wet open van karakter is, want ontvankelijk voor invloeden van buitenaf. De wetgever verwijst regelmatig naar de eisen van redelijkheid en billijkheid en naar de in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen. Hij heeft de rechter de ruimte willen geven.

6 HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, NJ 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).  
 7 HR 18 april 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4925, NJ 1969/336, m.nt. G.J. Scholten (*Gemeente Katwijk/De Vroom*); HR 4 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4683, NJ 1984/271, m.nt. P.A. Stein (*Jonker/Buirma*); HR 12 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2558, r.o. 3.3, NJ 1988/150, m.nt. E.A.A. van Luijten (*Kriek/Smit*).  
 8 Een duidelijk voorbeeld van anticipatie biedt het arrest HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, r.o. 3.6, NJ 1994/172, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Vermobo-Schraeyen/Van Rijswijk*). De uitleg van het oude recht sluit aan bij de nieuwe regels over vermindering van de verrijking, neergelegd in het tweede en derde lid van art. 6:212 BW.  
 9 HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1062, r.o. 3.3, NJ 1993/740 (*Reimes/Constandse q.q.*); HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, r.o. 3.3-3.4, NJ 1997/3, m.nt. E.J.H. Schrage, AA 1997, p. 102-108, m.nt. Jac. Hijma (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*); HR 28 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7207, NJ 1998/218, m.nt. H.J. Snijders (*Staat/Meijer*).

10 HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1779, NJ 1995/707 (*Royal/Van Kemenade q.q.*).  
 11 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161-163, W. 10365, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).  
 12 Zie nader M.E. Bruning, ‘Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlands privaatrecht’, in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 75-107 (hierna: Bruning 2016), 83-89, die het arrest *Quint/Te Poel* ziet als een bevestiging van de mogelijkheden en grenzen die voortvloeien uit art. 11-13 van de Wet algemene bepalingen.  
 13 Art. 6:1 BW: ‘Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.’  
 14 TM, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 39.  
 15 Zo geeft art. 6:10 BW een algemene wettelijke grondslag voor regres. Onder het oude recht moest de Hoge Raad eraan te pas komen: HR 30 oktober 1925, NJ 1926, p. 157-162, m.nt. P. Scholten (*Aldebaran*); HR 17 december 1954, NJ 1955/68, m.nt. L.E.H. Rutten (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*); HR 10 oktober 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC1618, NJ 1976/175, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van der Kleij/Interpolis*); HR 13 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0445, r.o. 3.3, NJ 1992/316, m.nt. M.M. Mendel (*Holland/Korstanje II*).  
 16 TM, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 40.

Met dit gematigde stelsel kan zowel de verstokte legist als de vrije rechtsvinder inmiddels goed uit de voeten.<sup>17</sup> Zij zetten hun strijd voort binnen de muren van de wet. De tegenstelling tussen de beide kampen is hierdoor minder scherp geworden.<sup>18</sup> Niet langer staat de vraag centraal of er een wettelijke grondslag kan worden aangewezen. Ook voor billijkheidsoplossingen biedt de wet namelijk voldoende aanknopingspunten. De nadruk is komen te liggen op de uitleg van deze geschreven regels. Het arrest *Quint/Te Poel* blijft niettemin een belangrijk ankerpunt. In navolging van Schoordijk benadrukken verschillende schrijvers dat de rechtsvinder het systeem moet 'aftasten' alvorens een bepaalde oplossing te aanvaarden.<sup>19</sup> De rechtspraak over ongerechtvaardigde verrijking kan ter illustratie dienen. Hoewel artikel 6:212 BW inmiddels in een algemene regel voorziet, blijft het stelsel van de wet volgens de Hoge Raad van 'grote betekenis' bij de beantwoording van de vraag of een verrijking ongerechtvaardigd is.<sup>20</sup>

Dit lijkt het eindpunt te zijn als we de civielrechtelijke literatuur over het arrest *Quint/Te Poel* raadplegen. Men praat nog wel na over de vraag of het arrest destijds echt zo baanbrekend was.<sup>21</sup> Er is ook wel discussie over de betekenis van het arrest voor andere terreinen van het burgerlijk recht. Is er binnen het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten bijvoorbeeld ruimte voor deze wijze van rechtsvinding?<sup>22</sup> Als maatstaf voor de uitleg van het wettelijk stelsel van verbintenissenrecht staat het arrest *Quint/Te Poel* tegenwoordig echter niet ter discussie. De lezer zou de indruk kunnen krijgen dat er zich op dit vlak geen noemenswaardige ontwikkelingen hebben voorgedaan sinds de invoering van het nieuwe verbintenissenrecht. Deze indruk zou onjuist zijn.

17 Aanvankelijk bracht de keuze voor een gesloten stelsel van verbintenissen de literatuur nog in beroering, zie de bijdragen genoemd in voetnoot 4.

18 In deze zin ook C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht tussen 1940 en 1992*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 163-165; Dalhuisen 2018, p. 127.

19 Schoordijk 1979, p. 17 en 453; Jac. Hijma in zijn annotatie bij HR 15 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2018, AA 1997, p. 102-108 (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*); E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, 'De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking; géén billijkheidsactiel Het hek moet weer op de dam', *NTBR* 1998 (p. 309-324); G.E. van Maanen, 'Ongerechtvaardigde verrijking. In balans na vijftig jaar', *VrA* 2006, p. 37-50.

20 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, r.o. 3.7.4, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi-scheme*), onder verwijzing naar *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 836.

21 Van Maanen heeft betoogd dat het arrest eigenlijk niets nieuws bracht: G.E. van Maanen, 'De mythe van Quint/Te Poel. Een herwaardering van Diephuis en Opzoomer en de ontmaskering van een overgewaardeerde uitspraak', *GROM* 2008, p. 33-50; G.E. van Maanen, 'Een dubbel feestje? 50 jaar Quint/Te Poel en 90 jaar Lindenbaum/Cohen', *NJB* 2009/185 (p. 251-258). Kritisch over deze analyse: H.C.F. Schoordijk, 'Van Maanen en de arresten van 1919 en 1959', *NJB* 2009/765 (p. 1036).

22 Over deze vraag bijv. W. Snijders, 'De openheid van het vermogensrecht', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 27-58, 29-38; J.B. Spath, 'Afscheiding van bestanddelen en splitsing', *AA* 2004, p. 91-100, 93-94; J.E. Fesevur, *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005, p. 97; Snijders 2005, p. 82-83; T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 774-775; M. Berghuijs, 'Eigendomskwesaties bij gasopslag', *NTBR* 2011/2 (p. 3-14, 9-10); J.B. Spath, 'Een gesloten systeem van originele verkrijging?', *VrA* 2011, p. 12-41, 16; S.E. Bartels, '20 jaar Nieuw BW en het goederenrecht', *AA* 2012, p. 478-486, 486; V. Tweehuysen, 'Goederenrechtelijk puzzelen met bitcoins', *AA* 2018, p. 602-610, 607.

De rechtspraak heeft zich verder ontwikkeld, zo laat ik in de volgende paragrafen zien.

### 3. Het keerpunt: *Van Gend & Loos*

De casus is minder spannend, maar het arrest niet minder belangrijk. Op 9 september 1960 voert transportonderneming *Van Gend & Loos* een partij kunsthars in. Er wordt een heffing ter hoogte van acht procent van de waarde opgelegd. *Van Gend & Loos* gaat tegen dit besluit in bezwaar en beroep. Volgens de onderneming is de heffing in strijd met artikel 12 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, dat het verhogen van invoerrechten verbiedt. De hoogste rechterlijke instantie van dienst – de Tariefcommissie – vraagt zich af of deze bepaling rechtstreekse werking heeft in de Nederlandse rechtsorde. Zij legt deze vraag voor aan het Hof van Justitie.

De Belgische en Nederlandse regeringen stellen dat de rechtstreekse werking van het Verdrag een kwestie is van nationaal staatsrecht. Advocaat-generaal Roemer onderschrijft deze conclusie. Volgens de Commissie wordt de rechtstreekse werking van het Verdrag echter bepaald door het Verdrag zelf. Het Hof van Justitie sluit zich bij dit standpunt aan en gaat nog een stap verder. Het Hof benadrukt dat het Verdrag 'meer is dan een overeenkomst welke slechts wederzijdse verplichtingen tussen de verdragsluitende mogendheden schept'. De gemeenschap vormt in het volkenrecht een 'nieuwe rechtsorde', die burgers niet alleen verplichtingen oplegt, maar 'ook geëigend is rechten te scheppen welke zij uit eigen hoofde kunnen geldig maken'. De rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht vloeit voort uit de aard van deze nieuwe rechtsorde, die zijn oorsprong vindt in de oprichtingsverdragen.<sup>23</sup>

De geboorte van de autonome rechtsorde uit de geest van het Verdrag. Het is een van de belangrijkste keerpunten in de ontwikkeling van het Europese recht. In de context van deze bijdrage is één van de overwegingen uit het arrest in het bijzonder van belang. Het Hof wijst erop dat de door het gemeenschapsrecht beschermde rechten:

"niet slechts ontstaan door uitdrukkelijke toekenning vanwege het Verdrag, maar evenzeer als weerslag van de duidelijke verplichtingen welke het Verdrag zowel aan particulieren, als aan de Lid-Staten en de gemeenschappelijke instellingen oplegt (...)."<sup>24</sup>

Rechten hoeven dus niet rechtstreeks op enige verdragsbepaling te steunen, maar kunnen ook uit het Verdrag voortvloeien. De analogie met het arrest *Quint/Te Poel* en artikel 6:1 BW kan de lezer niet ontgaan. Ook het Hof van Justitie opent de poorten naar het ongeschreven recht.

23 HvJ EEG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos/Nederlandse administratie der belastingen*).

24 HvJ EEG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos/Nederlandse administratie der belastingen*).

Het duurt even voordat door deze poorten nieuwe verbintenissen het burgerlijk recht binnentrekken. Italië blijft in gebreke bij de implementatie van een richtlijn over de bescherming van werknemers bij insolventie van de werkgever. Het land heeft onder meer verzuimd waarborgfondsen op te richten die de nakoming van onbetaalde loonaanspraken garanderen.<sup>25</sup> Verschillende Italiaanse werknemers – waaronder Andrea Francovich en Danila Bonifaci – worden hiervan de dupe. Zij spreken de Staat aan tot schadevergoeding. De Italiaanse rechters vragen het Hof van Justitie duidelijkheid te verschaffen over het bestaan en de omvang van de aansprakelijkheid van een lidstaat voor schade die het gevolg is van niet-nakoming van uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen.

Het Hof stelt voorop dat deze vraag moet worden beantwoord ‘in het licht van het algemene systeem en de fundamentele beginselen van het Verdrag’.<sup>26</sup> De aansprakelijkheid van de lidstaten voor schendingen van het gemeenschapsrecht is weliswaar niet in het Verdrag geregeld, maar is volgens het Hof wel ‘inherent’ aan het systeem van het Verdrag en zelfs ‘een beginsel van gemeenschapsrecht’, mede gelet op het belang van de volle werking van het gemeenschapsrecht en het beginsel van gemeenschapstrouw.<sup>27</sup> Het Hof komt tot de conclusie dat onder bepaalde voorwaarden een ‘recht op schadevergoeding’ in het leven wordt geroepen ‘dat zijn grondslag rechtstreeks in het gemeenschapsrecht vindt’, ook al is dit recht niet uitdrukkelijk in de tekst van het Verdrag opgenomen.<sup>28</sup>

Het recht op schadevergoeding past niet alleen in het stelsel van het gemeenschapsrecht, maar sluit ook aan bij de daarin geregelde gevallen. Dit wordt duidelijk in de zaken *Brasserie du Pêcheur* en *Factortame III*. In reactie op de Duitse regering – die betoogde dat de rechter bij ontstentenis van geschreven regels geen algemeen recht op schadevergoeding mag aanvaarden – benadrukt het Hof dat leemten in het Verdrag mogen worden aangevuld overeenkomstig de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht en de beginselen die de lidstaten gemeen hebben.<sup>29</sup> Vervolgens wijst het Hof op de wel in het Verdrag geregelde aansprakelijkheid van de gemeenschap.<sup>30</sup> Deze regel vormt een uitdrukking van het algemene beginsel ‘dat een onrechtmatige handeling of verzuim de verplichting meebrengt de veroorzaakte schade te vergoeden’.<sup>31</sup> Dit beginsel moet op

zijn beurt worden toegesneden op het geval van lidstaataansprakelijkheid. Het Hof doet dit door aansluiting te zoeken bij zijn eigen rechtspraak over de aansprakelijkheid van de gemeenschap. Voor beide aansprakelijkheden gelden in beginsel dezelfde voorwaarden.<sup>32</sup>

Hoe zit het met de aansprakelijkheid van personen? Deze aansprakelijkheid wordt evenmin in het Verdrag genoemd. Volgens advocaat-generaal Van Gerven kan zij wel uit het Verdrag voortvloeien.<sup>33</sup> Het Hof heeft tot op heden echter geen algemeen recht op schadevergoeding aanvaard. Wel heeft het Hof bevestigd dat personen aansprakelijk zijn voor schade die is ontstaan door schendingen van het mededingingsrecht, gelet op het belang van de volle werking van het kartelverbod.<sup>34</sup> Inmiddels is het ‘vaste rechtspraak dat eenieder recht heeft op vergoeding van de schade die hem wordt berokkend door een gedrag dat de mededinging kan beperken of vervalsen’.<sup>35</sup> Volgens de meeste schrijvers vloeit dit recht op schadevergoeding rechtstreeks voort uit het primaire Unierecht, ook al is zij daar niet met zoveel woorden in geregeld.<sup>36</sup> De Uniewetgever heeft zich op hetzelfde standpunt gesteld.<sup>37</sup>

Het derde voorbeeld is afkomstig uit het secundaire Unierecht. De familie Sturgeon boekt een retourvlucht van Frankfurt-am-Main naar Toronto. De terugvlucht komt 25 uur later aan dan afgesproken. De familieleden vorderen schadevergoeding. Ze beroepen zich op Verordening (EG) 261/2004. In de tekst van deze verordening is de vergoeding bij vertraging niet geregeld. Wel verplicht de verordening de luchtvaartmaatschappij om bij annulering een bedrag

25 Het komt tot een inbreukprocedure en een veroordeling door het Hof van Justitie, zie HvJ EEG 2 februari 1989, 22/87, ECLI:EU:C:1989:45 (*Commissie/Italië*).  
 26 HvJ EEG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, r.o. 30 (*Francovich e.a./Italië*).  
 27 HvJ EEG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, r.o. 33-37 (*Francovich e.a./Italië*).  
 28 HvJ EEG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, r.o. 41 (*Francovich e.a./Italië*).  
 29 HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, r.o. 27 (*Brasserie du Pêcheur e.a.*).  
 30 Destijds geregeld in art. 215 EEG-Verdrag, tegenwoordig te vinden in art. 340 VWEU.  
 31 HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, r.o. 29 (*Brasserie du Pêcheur e.a.*).

32 HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, r.o. 42-57 (*Brasserie du Pêcheur e.a.*). Andere kwesties – zoals de omvang van de schadevergoeding en verjaring – worden beheerst door het nationale recht, binnen de grenzen van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Een overzicht wordt gegeven in M. Dougan, ‘Addressing Issues of Protective Scope within the Francovich Right to Reparation’, *European Constitutional Law Review* 2017, p. 124-165, 132-133.  
 33 Conclusie A-G W. van Gerven, ECLI:EU:C:1993:860, voor HvJ EG 13 april 1994, C-128/92, ECLI:EU:C:1994:130 (*Banks & Co. Ltd/British Coal Corporation*).  
 34 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, r.o. 26 (*Courage/Crehan*).  
 35 HvJ EU (Grote Kamer) 14 juni 2011, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, r.o. 28 (*Pfleiderer AG/ Bundeskartellamt*). Zie ook HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, r.o. 95 (*Manfredi*); HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, r.o. 22 (*Kone*).  
 36 Bijv. A.P. Komninos, ‘New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: *Courage v. Crehan* and the Community Right to Damages’, *CMLRev* 2002, p. 447-487; S. Drake, ‘Scope of *Courage* and the principle of “individual liability” for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice’, *ELRev* 2006, p. 841-864; K. Havu, ‘Horizontal Liability for Damages in EU Law – The Changing Relationship of EU and National Law’, *ELJ* 2012, p. 407-426; C.H. Sieburgh, ‘EU Law and Non-Contractual Liability of the Union, Member States and Individuals’, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 465-542.  
 37 Zo blijkt uit de overwegingen 3-4, 7-8, 11 en 14 van de considerans van Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*PbEU* 2014, L 349/11).

van € 250 tot € 600 aan de passagier te betalen, afhankelijk van de lengte van de vlucht.<sup>38</sup>

Advocaat-generaal Sharpston concludeert dat het onderscheid tussen passagiers van vertraagde vluchten en passagiers van geannuleerde vluchten in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling.<sup>39</sup> Het onderliggende probleem kan volgens haar echter niet door de rechter worden opgelost:

“Een numerieke grens voor de toekenning van een recht schept twee groepen – de bofkonten en de pechvogels – en bij het trekken van die grens moet de wetgever behoedzaam te werk gaan om het beginsel van gelijke behandeling niet te schenden. (...) De gemeenschapswetgever kan dus een bepaald tijdsbestek selecteren (...) bij het verstrijken waarvan recht op compensatie ontstaat. Het Hof kan dat niet. Voor elk cijfer dat het kiest, zou het iets in de verordening lezen dat er gewoonweg niet in staat en zich het voorrecht van de wetgever aanmatigen.”<sup>40</sup>

Het Hof leest de verordening nog eens goed en besluit dat er staat wat er niet staat. Het recht op vergoeding bij vertraging is inderdaad ‘niet uitdrukkelijk’ in de tekst van de verordening opgenomen. Bij de uitleg van het gemeenschapsrecht moet echter niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen, maar ook met de context en doelstellingen van de betreffende regeling.<sup>41</sup> Het Hof wijst erop dat de wetgever vertraging en annulering in één adem noemt als het gaat om de vraag of een luchtvaartmaatschappij een beroep kan doen op buitengewone omstandigheden.<sup>42</sup> Bovendien beoogt de wetgever een hoog niveau van bescherming van luchtreizigers te waarborgen. De verordening moet daarom ruim worden uitgelegd.<sup>43</sup> Uit deze omstandigheden leidt het Hof af dat het recht op vergoeding bij vertraging in beginsel past in het stelsel van de verordening.<sup>44</sup>

Het is de vraag onder welke voorwaarden het recht op vergoeding bij vertraging ontstaat. Op dit punt zoekt het Hof aansluiting bij de wel in de verordening geregelde verplichting tot het betalen van schadevergoeding bij annulering. Net als de advocaat-generaal vindt het Hof dat passagiers van vertraagde en geannuleerde vluchten zich in een vergelijkbare situatie bevinden.<sup>45</sup> Voor passagiers van geannuleerde vluchten geldt dat zij géén recht op vergoeding hebben als de luchtvaartmaatschappij hun een

andere vlucht aanbiedt die niet eerder dan één uur voor de geplande vertrektijd vertrekt en minder dan twee uur later dan de geplande aankomsttijd op de eindbestemming arriveert.<sup>46</sup> Hieruit leidt het Hof af dat de wetgever drie uur tijdsverlies als ondergrens hanteert voor het ontstaan van een recht op vergoeding.<sup>47</sup> Hier besluit het Hof vervolgens de grens te trekken die de bofkonten van de pechvogels scheidt. Ook voor passagiers van vertraagde vluchten geldt dat zij recht hebben op vergoeding wanneer zij hun eindbestemming pas drie of meer uren na de geplande aankomsttijd bereiken.<sup>48</sup>

De hiervoor besproken arresten tonen aan dat verbintenissen tegenwoordig niet alleen voortvloeien uit de Nederlandse wet, maar ook uit het primaire en secundaire Unierecht met rechtstreekse werking in de Nederlandse rechtsorde. Elders heb ik betoogd dat artikel 6:1 BW hierdoor geleidelijk een ruimere betekenis heeft gekregen.<sup>49</sup> Op deze plaats wil ik benadrukken dat de rechtspraak van het Hof in wezen een bevestiging en voortzetting vormt van de door de Hoge Raad in *Quint/Te Poel* aanvaarde methode van systematische uitleg. Volgens het Hof hoeven rechten en verplichtingen niet uitdrukkelijk te zijn geregeld in het geschreven recht, maar kunnen ze evengoed ontstaan indien ze passen in het systeem van het Verdrag of van een specifiek wetgevingsinstrument en aansluiten bij de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Toepassing van deze maatstaf heeft, zoals we hebben gezien, al geleid tot de aanvaarding van drie ongeschreven verbintenissen: de lidstaataansprakelijkheid, de aansprakelijkheid voor schendingen van het mededingingsrecht en het recht op vergoeding bij langdurige vertraging van vluchten.

Tegelijkertijd roepen deze arresten de vraag op hoe ver het Hof van Justitie eigenlijk mag gaan in zijn verhouding tot de lidstaten en tot de Uniewetgever. Neem de zaak *Sturgeon*. Volgens advocaat-generaal Sharpston kon de ongelijke behandeling van passagiers niet door het Hof worden weggenomen. Zij voorspelde dat de hoogste rechter onmiddellijk op de klippen van de rechtsonzekerheid zou stranden als hij zelf een keuze zou maken.<sup>50</sup> Het Hof loste het probleem eigenhandig op en werd vervolgens stevig onder vuur genomen. Nationale rechters stelden nieuwe prejudiciële vragen of weigerden het arrest te volgen,<sup>51</sup> schrijvers vonden dat het Hof deze keuze

38 Art. 7, Verordening (EG) 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten (*PbEU* 2004, L 46/1) (hierna: Verordening (EG) 261/2004).

39 Conclusie A-G E. Sharpston, ECLI:EU:C:2009:416, punten 40-67.

40 Conclusie A-G E. Sharpston, ECLI:EU:C:2009:416, punten 93-94.

41 HvJ EG 19 november 2009, C-402/07 en C-432/07, ECLI:EU:C:2009:716, r.o. 41-42 (*Sturgeon e.a.*).

42 Overweging 15 van de considerans, Verordening (EG) 261/2004.

43 HvJ EG 19 november 2009, C-402/07 en C-432/07, ECLI:EU:C:2009:716, r.o. 43-45 (*Sturgeon e.a.*).

44 HvJ EG 19 november 2009, C-402/07 en C-432/07, ECLI:EU:C:2009:716, r.o. 46 (*Sturgeon e.a.*).

45 HvJ EG 19 november 2009, C-402/07 en C-432/07, ECLI:EU:C:2009:716, r.o. 51-56 (*Sturgeon e.a.*).

46 Art. 5 lid 1 onder c-iii, Verordening (EG) 261/2004.

47 HvJ EG 19 november 2009, C-402/07 en C-432/07, ECLI:EU:C:2009:716, r.o. 57 (*Sturgeon e.a.*).

48 HvJ EG 19 november 2009, C-402/07 en C-432/07, ECLI:EU:C:2009:716, r.o. 58-61 (*Sturgeon e.a.*).

49 R. de Graaff, ‘Het Europese recht als bron van verbintenissen’, in: F.Q. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 199-208.

50 Conclusie A-G E. Sharpston, ECLI:EU:C:2009:416, punt 96.

51 S. Garben, ‘Sky-high controversy and high-flying claims? The *Sturgeon* case law in light of judicial activism, euroscepticism and eurolegalism’, *CMLRev* 2013, p. 15-45, 27-33, met verwijzingen.

aan de wetgever had moeten overlaten<sup>52</sup> en het Hof zag zich genoodzaakt zijn beslissing nog eens kracht bij te zetten.<sup>53</sup> Dit voorbeeld laat zien dat de rechter zich op glad ijs begeeft als hij een oplossing aanvaardt die niet steunt op een geschreven regel, hoe goed het resultaat volgens hem ook in het systeem past. Al snel rijst de vraag of de rechter de kwestie aan de wetgever zou moeten toevertrouwen. Over deze vraag heeft de Hoge Raad zich inmiddels met enige regelmaat uitgesproken.

#### 4. Het grenspunt: *Arbeidskostenforfait*

De Hoge Raad heeft de in het arrest *Quint/Te Poel* geformuleerde maatstaf inmiddels zelf aangevuld en verfijnd. Alleen het 'aftasten' van het wettelijk stelsel is niet meer voldoende. De rechter moet zich ook rekenschap geven van zijn verhouding tot de wetgever. Door het maken van bepaalde keuzes zou hij volgens de Hoge Raad de grenzen van zijn 'rechtsvormende taak' overschrijden.

Deze grenzen komen voor het eerst in beeld in procedures waarin de Hoge Raad een wettelijke regel toetst aan rechtstreeks werkend internationaal verdragsrecht.<sup>54</sup> Artikel 94 van de Grondwet schrijft voor dat de wettelijke regel buiten toepassing moet worden gelaten als deze de toetsing aan het verdragsrecht niet doorstaat. In sommige gevallen kan het onderliggende probleem hierdoor echter niet worden verholpen. Zo kan de ongelijkheid die het resultaat is van een wettelijke regeling niet altijd worden weggenomen door de discriminatoire regel buiten toepassing te laten. De vraag rijst of de rechter zelf op andere wijze in dit 'rechtstekort' moet voorzien.

In het arrest *Arbeidskostenforfait* – een belastingzaak over het in artikel 26 IVBPR neergelegde recht op gelijke behandeling – formuleert de Hoge Raad het algemene kader aan de hand waarvan deze vraag moet worden beantwoord. Allereerst maakt hij duidelijk welke belangen de rechter tegen elkaar moet afwegen:

“In zodanige situaties dienen, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke

verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.”<sup>55</sup>

Vervolgens geeft de Hoge Raad aan wanneer het belang van effectieve rechtsbescherming de doorslag zou moeten geven en wanneer de rechter zich juist terughoudend zou moeten opstellen.<sup>56</sup> Daarbij valt hij terug op de formule uit *Quint/Te Poel*,<sup>57</sup> met dien verstande dat hij enkele aanvullende bronnen noemt waaruit de rechter moet putten bij het zoeken naar een oplossing:

“Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden.”

Tegelijkertijd legt de Hoge Raad de rechter – en dus zichzelf – enige beperkingen op. De oplossing moet 'voldoende duidelijk' volgen uit de hiervoor genoemde bronnen. Als de autonome factor de overhand krijgt en de rechter beleidsmatige of rechtspolitieke keuzes zou moeten maken, dan past terughoudendheid:

“In gevallen (...) waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de (...) staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied.”

De Hoge Raad maakt hier dus een onderscheid, tussen kwesties die de rechter zelf door middel van wetsuitleg moet oplossen en kwesties die de rechter 'vooralnog' aan de wetgever moet overlaten. Men zou in het eerste geval van *rechtsvinding* kunnen spreken en in het tweede geval van *rechtsvorming*, zij het dat de Hoge Raad de rechter wel degelijk als rechtsvormer presenteert.<sup>58</sup> Martens houdt het op een onderscheid tussen 'juridisch-technische' en 'maatschappelijke' kwesties.<sup>59</sup> Volgens staatsrechtsgeleerden vallen onder de laatste categorie de zaken waarin de rechter wetgeving toetst aan internationaal verdragsrecht. Dan komen rechter en wetgever daadwerkelijk tegenover el-

52 J. Balfour, 'Airline Liability for Delays: The Court of Justice of the EU Rewrites EC Regulation 261/2004', *Air & Space Law* 2010, p. 71-75, 73-74; K. Arnold & P. Mendes de Leon, 'Regulation (EC) 261/2004 in the Light of the Recent Decisions of the European Court of Justice: Time for a Change?', *Air & Space Law* 2010, p. 91-112, 103-104; K.F. Haak, 'De rol van het Europees Hof van Justitie in het passagiersvervoer door de lucht', *TPR* 2010, p. 493-528, 518; M.R. Mok, 'Het arrest Sturgeon; een reactie', *NJB* 2010/961 (p. 1234); K. Riesenhuber, 'Interpretation and Judicial Development of EU Private Law – The Example of the Sturgeon-Case', *ERCL* 2010, p. 384-408.

53 HvJ EU (Grote Kamer) 23 oktober 2012, C-581/10 en C-629/10, ECLI:EU:C:2012:657 (*Nelson e.a.*).

54 HR 4 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4807, r.o. 3.3, *NJ* 1985/510, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luitjen (*Ouderlijke macht na echtscheiding*); HR 12 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4874, *NJ* 1985/230, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Optierecht Nederlandschap*).

55 HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, r.o. 3.14, *NJ* 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (*Arbeidskostenforfait*).

56 HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, r.o. 3.15, *NJ* 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (*Arbeidskostenforfait*).

57 Zoals opgemerkt door S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 747-755 (hierna: Martens 2000), 750; P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming. "Partners in the business of law?"', *RMThesis* 2009, p. 145-153 (hierna: Bovend'Eert 2009), 146; Bruning 2016, p. 91.

58 De Hoge Raad is om deze reden bekritiseerd door C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31-37.

59 Martens 2000, p. 748.

kaar te staan.<sup>60</sup> Zij zien over het hoofd dat dezelfde grenzen net zo goed in beeld kunnen komen in procedures waarin een schending van internationaal verdragsrecht niet aan de orde is.<sup>61</sup> Het toetsingskader uit *Arbeidskostenforfait* is 'overgewaaid', zo constateert Den Hollander, van de grondrechtensfeer naar het algemeen vermogensrecht.<sup>62</sup>

Waar liggen de grenzen in het verbintenissenrecht?<sup>63</sup> Het antwoord op deze vraag is niet in algemene zin te geven. De ruimte voor rechterlijke rechtsvorming wordt immers mede bepaald door de doelen die de wetgever bij de invoering van de betreffende regeling voor ogen heeft gehad. In sommige arresten constateert de Hoge Raad dat de wetgever welbewust een scherpe norm heeft geformuleerd die bepaalde situaties wel regelt en andere juist niet. De Hoge Raad geeft toe dat deze keuze onwenselijke gevolgen zou kunnen hebben, maar hij rekent het niet tot zijn taak het limitatieve stelsel van de wet te heroverwegen of te herzien. Het is aan de wetgever om te bepalen in welke gevallen een vergoeding van affectieschade passend is,<sup>64</sup> net zoals het aan de wetgever is om ervoor te zorgen dat het subrogatieverbod ook geldt voor andere personen die een relatie van duurzame aard hebben met de verzekerde.<sup>65</sup>

De wetgever heeft andere wettelijke regelingen juist welbewust een ruim toepassingsbereik gegeven. De rechter heeft dan meer ruimte om nieuwe situaties binnen de reikwijdte van het wettelijk stelsel te brengen. Soms geeft de wetsgeschiedenis daarbij de doorslag, zoals het geval is als de Hoge Raad beslist dat telefoonabonnementen inclusief toestel binnen de reikwijdte vallen van de regels die betrekking hebben op de koop op afbetaling, de krediettransactie en de kredietovereenkomst.<sup>66</sup> Tegen deze achtergrond merkt de Hoge Raad op dat het niet aan de rechter, maar aan de Europese of de Nederlandse wetgever is om voor telefoon-aanbieders 'generieke uitzonderingen' te maken.<sup>67</sup>

Soms biedt de wetsgeschiedenis echter onvoldoende houvast. De Hoge Raad schrikt er dan niet voor terug om op basis van andere gezichtspunten een keuze te maken. Zo beslist hij in het *Hangmat*-arrest dat het naar 'maatschappelijke opvattingen' het 'meest redelijk' is dat de medebezitter van een gebrekkige opstal uit hoofde van artikel 6:174 BW aansprakelijk is voor de schade die een andere medebezitter als gevolg van dat gebrek lijdt.<sup>68</sup> Ook systematische gezichtspunten kunnen een beslissende rol spelen, bijvoorbeeld als de Hoge Raad overweegt dat het 'ongerijmd' zou zijn als de aanschaf van computerprogramma's wel binnen de reikwijdte van de afdeling over koop op afstand zou vallen,<sup>69</sup> maar niet binnen de reikwijdte van de algemene titel over koop.<sup>70</sup> Mede op basis van systematische argumenten aanvaardt hij bovendien het bestaan van de aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding na een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Deze situatie is niet met zoveel woorden in de wet geregeld en ook niet door de wetgever onder ogen gezien.<sup>71</sup> De oplossing past volgens de Hoge Raad wel in het 'wettelijk stelsel', dat immers tot doel heeft de gevolgen van een substantiële of structurele vermindering van de arbeidstijd te verzachten.<sup>72</sup>

Dat wil niet zeggen dat de rechter niet aan zekere grenzen gebonden is als de wetsgeschiedenis geen uitsluitel geeft. Hij moet de gevolgen van zijn beslissing voldoende kunnen overzien. Dit aspect komt duidelijk naar voren in het *Imagine*-arrest, waarin de Hoge Raad tot de conclusie komt dat artikel 6:179 BW juist géén risicoaansprakelijkheid vestigt jegens een medebezitter van een dier. Hij beschouwt de gevolgen van de aanvaarding van deze aansprakelijkheid als 'groter en minder overzichtelijk' dan de gevolgen van de verruiming van artikel 6:174 BW, en hij waarschuwt voor 'een toename van claims die moeilijk te beoordelen zijn'.<sup>73</sup> Met vergelijkbare argumenten – rechtszekerheid, hanteerbaarheid van het recht, verzekerbaarheid van het risico – motiveert de Hoge Raad zijn oordeel dat uit de open norm van artikel 7:611 BW niet volgt dat een goed werkgever in het algemeen zorg moet dragen voor een behoorlijke verzekering van zijn werknemers. Het ligt volgens de Hoge Raad op de weg van de wetgever of van werkgevers- en werknemersorganisaties om desgewenst met een algemene regeling te komen.<sup>74</sup>

60 Bovend'Eert 2009, p. 146-147; G. Boogaard & J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming', *AA* 2015, p. 61-67 (hierna: Boogaard & Uzman 2015), 65.

61 In deze zin ook C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht', *ArA* 2012, p. 3-21, 8-10; R. de Graaff, 'De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten', *RMThemis* 2016, p. 202-213, 207.

62 P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 125.

63 Zie over deze grenzen ook Bruning 2016, p. 94-103, die rechtspraak van de Hoge Raad over zowel materieel als formeel privaatrecht bespreekt.

64 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, r.o. 4.2, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*); herhaald in HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, r.o. 3.4, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Kleijnem/Reaal Schadeverzekeringen*). Vanaf 1 januari 2019 is de vergoeding van affectieschade geregeld in art. 6:107-6:108 BW.

65 HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3461, r.o. 3.8, *NJ* 2015/194, m.nt. M.M. Mendel (*Anderzorg/Veenstra & London Verzekeringen*).

66 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, r.o. 3.4.2, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff Purchase/Statia*).

67 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, r.o. 3.7, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff Purchase/Statia*). De wettelijke regelingen van de krediettransactie en de kredietovereenkomst zijn gebaseerd op Europese richtlijnen.

68 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, r.o. 4.3.5, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*).

69 Destijds geïmplementeerd in Afdeling 9A van Boek 7 BW, inmiddels opgenomen in Afdeling 2b van Boek 6 BW.

70 HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, r.o. 3.5 (*Beeldbrigade*).

71 De wetsgeschiedenis wordt behandeld in de Conclusie van A-G R. de Bock, ECLI:NL:PHR:2018:416, punt 3.2.2, voor HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Stichting Kolom*).

72 HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, r.o. 3.5.4 (*Stichting Kolom*).

73 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, r.o. 3.6.4, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*Imagine*).

74 HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, r.o. 3.5, *NJ* 2011/597, m.nt. T. Hartlief (*TNT/Wijenberg*). Uitzonderingen op deze regel zijn eerder door de Hoge Raad wel aanvaard in HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767, *NJ* 2009/331 (*Koiker/Taxicentrale Nijverdal*) en HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, *NJ* 2009/332 (*Maatzorg De Werven/Van der Graaf*). Ook in HR 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134, r.o. 3.7.2, *NJ* 2013/187, m.nt. E. Verhulp (*X/Aannemersbedrijf Oskam*) geeft de Hoge Raad aan dat het aan de wetgever of aan werkgevers- en werknemersorganisaties is om desgewenst maatregelen te treffen om de ongunstige gevolgen van het eindigen van het recht op loondoorbetaling bij ziekte weg te nemen.

Een laatste voorbeeld toont waartoe de Hoge Raad de rechter bij de uitleg van het verbintenissenrecht in staat acht. Hij vindt het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de regering in de periode 1991-2007 geheel heeft afgezien van een verhoging van de aansprakelijkheidslimiet die geldt in de verhouding tussen vervoerder en reiziger bij personenvervoer over de binnenwateren.<sup>75</sup> De vraag rijst of de rechter deze limiet zelf mag aanpassen. Volgens de Hoge Raad moet de rechter in ieder geval rekening houden met de inflatie. Zo behoudt de limiet haar 'reële economische waarde'.<sup>76</sup> Maar hij vindt dat er 'onvoldoende objectieve factoren voorhanden' zijn om de rechter in staat te stellen de limiet verder te verhogen. De rechter kan zich in dit geval niet oriënteren op internationale verdragen die beogen deze kwestie te regelen. Hij mag evenmin aansluiting zoeken bij de limieten die gelden voor andere typen vervoer, want die zijn volgens de Hoge Raad niet vergelijkbaar met het personenvervoer over de binnenwateren.<sup>77</sup> De slotsom is dat de rechter de aansprakelijkheidslimiet in het concrete geval middels een creatieve toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW mag verhogen, maar slechts voor zover deze correctie is gebaseerd op de geldontwaarding.<sup>78</sup>

De hiervoor genoemde arresten bevestigen dat de rechter de nodige ruimte heeft om effectieve rechtsbescherming te bieden, met name als de oplossing aansluit bij de doelstellingen die de wetgever – blijkens het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de wetsgeschiedenis – heeft willen nastreven. In zoverre blijft de in het arrest *Quint/Te Poel* geformuleerde maatstaf dus overeind. De Hoge Raad heeft de maatstaf zelfs iets uitgebreid, door te overwegen dat de rechter acht moet slaan op de beginselen die aan het stelsel van de wet ten grondslag liggen.<sup>79</sup> Tegelijkertijd heeft hij iets meer richting gegeven door te bepalen welke keuzes de rechter in beginsel aan de wetgever moet toevertrouwen. De Hoge Raad houdt zijn adem in als het stelsel van de wet onvoldoende houvast biedt, hij zelf tussen verschillende oplossingen zou moeten kiezen en hij de gevolgen van deze autonome keuze niet goed kan overzien.<sup>80</sup>

## 5. Het voorlopige eindpunt

Het arrest *Quint/Te Poel* viert zijn zestigste verjaardag. Het arrest heeft al die jaren als een belangrijk ankerpunt gefungeerd in discussies over rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht. De invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek heeft zijn status geenszins in gevaar gebracht. Toch zou het onjuist zijn om *Quint/Te Poel* te beschouwen als het eindpunt van de geschiedenis. Hoewel de rechtspraak zich niet in een diametraal andere richting heeft ontwikkeld, worden er tegenwoordig wel degelijk andere accenten gelegd.

Ten eerste is het verbintenissenrecht sterk geëuropeïseerd. Deze ontwikkeling is uiteraard niet onopgemerkt gebleven, maar zij is niet eerder in verband gebracht met het arrest *Quint/Te Poel*. Opvallend genoeg hanteert het Hof van Justitie een vergelijkbare maatstaf bij de uitleg van het Unierecht. Deze constatering is van belang, aangezien het geschreven Unierecht op het vlak van het verbintenissenrecht de nodige leemten kent. We hebben gezien dat het Hof enkele van deze leemten inmiddels heeft gedicht. Er zijn meer ongeschreven verbintenissen dan we wellicht dachten, maar ze komen uit Luxemburg, niet uit Den Haag.

Intussen – en dit is de tweede ontwikkeling die aan de orde is gekomen – heeft de Hoge Raad zijn eigen rechtspraak verfijnd en aangevuld. De verhouding tussen rechter en wetgever is op de voorgrond komen te staan. *Quint/Te Poel* bepaalt wat de rechter moet doen, *Arbeidskostenforfait* maakt duidelijk wat hij moet laten. Uit de rechtspraak blijkt dat de Hoge Raad zich terughoudend opstelt als het stelsel van de wet onvoldoende houvast biedt, hij zelf tussen verschillende oplossingen zou moeten kiezen en hij de gevolgen van deze autonome keuze niet goed kan overzien.

Beide ontwikkelingen zetten het arrest *Quint/Te Poel* in een nieuw daglicht. Tegelijkertijd moeten ze goed van elkaar worden onderscheiden. Hoewel de methode van systematische uitleg vergelijkbaar is, verschilt de wijze waarop de beide hoogste rechters van de ruimte gebruikmaken. Bij het aanvaarden van ongeschreven verbintenissen lijkt de Hoge Raad eerder op de rem te trappen dan het Hof van Justitie. Wie de ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht wil bepalen, moet erop bedacht zijn dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming zwaar weegt als de zaak een Unierechtelijke dimensie heeft.<sup>81</sup>

75 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, r.o. 3.10.7, *NJ* 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Allianz Benelux*). De aansprakelijkheid van de vervoerder is o.g.v. art. 8:983 lid 1 BW beperkt tot een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen bedrag.

76 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, r.o. 3.11.2, *NJ* 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Allianz Benelux*).

77 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, r.o. 3.11.4, *NJ* 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Allianz Benelux*).

78 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, r.o. 3.11.3, *NJ* 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Allianz Benelux*).

79 Deze uitleg werd door Eggens al aan het arrest *Quint/Te Poel* gegeven: het in de wet bepaalde betekende volgens hem 'mede wat er – o.a. aan beginselen – in ligt opgesloten'. Zie J. Eggens, 'Iets over de verhouding van wet en recht, in verband met "ongerechtvaardigde verrijking" en "misbruik van dwangpositie"', *WPNR* 1962/4704-4705, opgenomen in: H.C.F. Schoordijk & J.M. Smits (red.), *Eggens bundel: een selectie uit het werk van Jannes Eggens*, Overveen Belvédère 1998, p. 474-489, 478.

80 In deze zin ook Boogaard & Uzman 2015, p. 66.

81 Tot deze conclusie komt ook J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 303-361.