



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **De burger en de betamelijkheidsnorm: over de grenzen aan het werken met betamelijkheidsnormen**

Castermans, A.G.; Snijders, G.

### **Citation**

Castermans, A. G. (2021). De burger en de betamelijkheidsnorm: over de grenzen aan het werken met betamelijkheidsnormen. In G. Snijders (Ed.), *Preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)* (pp. 49-78). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3277110>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3277110>

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

# De burger en de betamelijkheidsnorm

Over de grenzen aan het werken met betamelijkheidsnormen

Preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht  
20 november 2020

Alex Geert Castermans

Gepubliceerd in:

De burger en de betamelijkheidsnorm, Over de grenzen aan het werken met betamelijkheidsnormen', in: G. Snijders en A.G. Castermans, *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 49-78.

# Inhoud

I	Inleiding .....	3
II	Het perspectief van Samuel Cohen .....	4
II.1	Een afrekening ex post .....	4
II.2	Aan de poort van de wet .....	5
II.3	De betrokkenheid van de burger bij betamelijkheidsnormen .....	6
III	Open normen en de wet .....	7
III.1	Inleiding .....	7
III.2	Beroep op formele wet onaanvaardbaar? .....	7
III.3	De betamelijkheidsnorm na Bosentan en Mathilda.....	10
III.4	Volstaat uitleg van de wettelijke regeling? .....	16
III.5	Afronding .....	17
IV	Open normen en soft law.....	18
IV.1	Soft law.....	18
IV.2	De relevantie van soft law .....	19
IV.3	Soft law als feit .....	20
IV.4	Afronding .....	25
V	Slot.....	26

## I Inleiding

Civilisten hebben het maar makkelijk. Houden zij zich bezig met contractenrecht, dan kunnen zij binnen de grenzen van dwingend recht, goede zeden en openbare orde alles regelen. Hebben zij onverhoopt iets niet, niet helder of niet goed geregeld, dan kan dat worden rechtgetrokken door uitleg, aanvulling of correctie met behulp van de wet en de redelijkheid en billijkheid. Ook wie zich bezighoudt met buitencontractuele aansprakelijkheid weet zich verzekerd van een oneindig arsenaal van mogelijkheden, bovenal geboden door de betamelijkheidsnorm van artikel 6:162 BW.

Civilisten kunnen het burgerlijk recht tot op grote hoogte zelf maken, met de zegen van de wetgever. Zij maken de regels zelf of vullen open wettelijke normen in, of ze nu contracten maken, vorderingen van een grondslag of verweer voorzien, of die vorderingen beoordelen.

De gelede normstelling, die onze rechtsorde kenmerkt, kan de civilist niettemin hoofdbreken kosten.

Mede-preadviseur Snijders en ik verstaan onder het begrip gelede normstelling het volgende. In een concreet geval kunnen normen van verschillende aard of herkomst van toepassing zijn of zich voor toepassing lenen, al dan niet in combinatie met elkaar. Er kan sprake zijn van overheidsregulering of zelfregulering. Binnen de overheidsregulering kunnen de aard en de herkomst van de regeling verschillen: wij onderscheiden bijvoorbeeld regels van publiek- en privaatrecht, globale en concrete normen en regels afkomstig uit Europees recht dan wel nationaal of regionaal recht.

Wat heeft in zo'n geval te gelden? Heeft de ene norm voorrang boven de andere of zijn alle normen tegelijk van toepassing? Kunnen die normen elkaar aanvullen of in combinatie worden toegepast en, zo ja, hoe? Ondergaan die normen daarbij verandering?"

Het antwoord op deze vragen maakt het civilisten vervolgens weer enigszins gemakkelijk, tenminste als het gaat om regels die als grondslag kunnen dienen van een privaatrechtelijke bevoegdheid, een vordering of verweer. Als uitgangspunt geldt immers dat regels zo veel mogelijk tot hun recht moeten kunnen komen, ongeacht hun oorsprong.<sup>1</sup> Procespartijen mogen dus kiezen welke regel zij aan hun vordering of verweer ten grondslag leggen. Dit leidt slechts in twee situaties tot uitzonderingen. Ten eerste mogen partijen niet in het midden laten op welke regel zij hun vordering of verweer baseren als de voor toepassing in aanmerking komende regels tot verschillende rechtsgevolgen leiden die niet tegelijkertijd kunnen intreden. In dat geval moeten zij een keuze maken. Ten tweede zijn er situaties waarin partijen geen keuze hebben. Exclusiviteit van regels is beperkt tot de gevallen waarin de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.<sup>2</sup>

Dit preadvies gaat niet over dit type samenloopvragen. Het gaat over het gebruik van open civielrechtelijke normen zoals de zorgvuldigheidsnorm in een context waarin specifieke overheidsregels gelden of sprake is van vormen van zelfregulering.

---

<sup>1</sup> Ook in de context van Europeesrechtelijke regels, aldus R. de Graaff, *Concurrence in European Private Law* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2020.

<sup>2</sup> Zie voor voorbeelden en jurisprudentie A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop* (Mon. BW nr. A21), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Hoofdstuk II beschrijft het uitgangspunt dat de wetgever niet kan voorzien in regels voor elk denkbaar geval en dat hij de civiele rechter heeft toevertrouwd die regels te vinden, met als instrument de open norm. Die bevoegdheid wordt mede gelegitimeerd door de eigen rol en verantwoordelijkheden van de procespartijen.

Het vervolg gaat over twee grenzen aan het werken met open normen.

Hoofdstuk III onderzoekt hoe het gebruik van een open normen zich verhoudt tot het grondwettelijk toetsingsverbod (art. 120 Gw). De afgelopen jaren heeft de Hoge Raad dit grondwettelijk toetsingsverbod doorgetrokken naar het gebruik van een open norm als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Die norm mag bij beperking van formele wetgeving niet dan met de grootst mogelijke terughoudendheid worden ingezet, anders zou het grondwettelijk toetsingsverbod worden omzeild. Daarbij rijst de vraag of die terughoudendheid ook is geboden als een betamelijkheidsnorm wordt geformuleerd in een context die publiekrechtelijk is gereguleerd. De bescherming van bedrijfsgeheimen en zorgplichten in de financiële sector dienen als voorbeeld.<sup>3</sup>

Hoofdstuk IV verkent de betekenis van zelfregulering voor het invullen van open normen. Het feitelijk karakter van zelfregulering begrenst het gebruik van het werken met open normen. Zorgvuldig gebruik van zelfregulering is op zijn plaats.

## II Het perspectief van Samuel Cohen

### II.1 Een afrekening ex post

Stel dat Samuel Cohen juridisch advies had gevraagd, voordat hij ertoe overging de bediende van Lindenbaum te verleiden Lindenbaums bedrijfsgegevens prijs te geven. Stel dat hem te verstaan was gegeven dat geen wet hem verbood dit te doen en dat hij niet eens de randen van de wet zou opzoeken, als hij de daad bij het woord zou voegen. Gesterkt zou Cohen Lindenbaums bediende hebben uitgehoord, om vervolgens in het rechtssysteem te worden gezogen dat hem uiteindelijk voorhield dat onrechtmatig méér inhoudt dan onwetmatig, dat ook onrechtmatig is wat indruist tegen de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, of, meer specifiek, dat onrechtmatig is de daad van hem die tot eigen baat, door giften en beloften, de bediende van een concurrent overhaalt de beroepsgeheimen van zijn meester aan zijn meester te ontfutselen en prijs te geven aan hemzelf.<sup>4</sup>

Cohen dacht te handelen volgens de regels van vandaag, maar drie jaar later bleek er alsnog een regel te bestaan die hem tot schadevergoeding verplichtte. We zouden dat nu kafkaësk noemen, maar zo kan Cohen het niet hebben ervaren, want de inkt van *Der Prozess* was in 1919 nog maar net droog en Kafka piekerde niet over publicatie.

---

<sup>3</sup> Hoofdstukken II en III bouwen voort op een lezing ter gelegenheid van het eeuwfeest van het arrest Lindenbaum/Cohen, gehouden op 30 januari 2019 te Den Haag.

<sup>4</sup> HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

## II.2 Aan de poort van de wet

Kafka schreef over Josef K., procuratiehouder bij een bank. Josef wordt vervolgd, maar waarvoor? Op zoek naar het antwoord lijkt hij verstrikt te raken in het web van de bureaucratische staat. Hij zoekt steun bij een geestelijke die hem het verhaal vertelt van een man van het platteland die de wet zoekt.<sup>5</sup> Dat verhaal kan ons helpen vrede te hebben met Samuel Cohens verbijstering over de maatstaf die ex post is losgelaten op zijn gedrag.

Het gaat als volgt. De man van het platteland staat voor de poort van de wet. 'Ik kan u nu niet binnen laten', zegt de deurwacht. De man van het platteland gluurt naar binnen en de deurwacht houdt hem voor: 'Probeer het als u wilt, maar ik zeg u: wees voorzichtig. Ik heb macht en dan ben ik nog maar het onderdeurtje. Elke volgende deurwacht is sterker, machtiger dan de vorige.' De man van het platteland piekert, in de veronderstelling dat het recht toegankelijk wordt geacht te zijn, voor iedereen, op elk moment, maar hij besluit te wachten op toestemming om binnen te gaan. Hij blijft wachten tot het einde nadert en hij aan de deurwacht vraagt, met zijn laatste krachten: 'Iedereen wil toegang tot het recht, maar hoe komt het dat ik in al die jaren, de enige ben die om toegang vraagt?' Daarop zegt de deurwacht hem dat deze ingang voor niemand anders was bestemd dan voor de man van het platteland en dat hij hem nu kan sluiten.

De verhouding tussen de man van het platteland en de deurwacht is duizelingwekkend raadselachtig. Wie houdt nu wie in de greep, wie houdt wie voor de gek? Maar ook: wie belet de man van het platteland de toegang tot het recht, zoals Samuel Cohen zich zal hebben afgevraagd?

Josef en de geestelijke komen er niet uit. Langzamerhand bekruipt de eerste het gevoel dat ook de geestelijke een rol speelt in zijn proces, waarop de geestelijke hem vraagt: 'Als ik dan deel ben van het gerecht, wat zou ik dan van jou willen?' En hij verzekert hem: 'Das Gericht will nichts von dir. Es nimmt dich auf, wenn du kommst, und es entläßt dich, wenn du gehst.' Het gerecht aanvaardt je als je komt, en laat je los als je gaat.

Als dit ook van de wet en het recht kan worden gezegd – het recht aanvaardt je als je komt, en laat je los als je gaat – dan is er troost voor Samuel Cohen. Die betamelijkheidsnorm ligt niet achter een poort verscholen. Hij is immers zelf betrokken bij het recht. Dat ontwikkelt zich door zijn eigen handelen: hij levert de input, hij gedraagt zich ernaar. Van hem mogen wij verwachten dat hij bij zichzelf te rade gaat wat in zijn geval fatsoenlijk is en dat hij daarbij let op wat om hem heen gebeurt. Van zijn raadsman mogen wij verwachten dat hij rekening houdt met signalen in rechtspraak, literatuur en politiek; destijds hing al in de lucht dat er wat moest worden gedaan aan de bestrijding van het veelkoppige monster van de oneerlijke mededinging.<sup>6</sup>

Dit geldt voor de burger in het algemeen. Begiftigd met verstand en geweten dient hij zichzelf te verhouden tot wat als betamelijk heeft te gelden, als burger, als lid van de gemeenschap die hij nodig

---

<sup>5</sup> Willem Witteveen gebruikte de parabel vanuit het perspectief van de bureaucratie; 'Kafka en de verbeelding van bureaucratie', *RegelMaat* 2010/4.

<sup>6</sup> C.H.J. Janssen, 'De bestrijding van de oneerlijke mededinging in de eerste decennia van de 20e eeuw: Lindenbaum/Cohen in historisch-rechtsvergelijkend perspectief', *RM Themis* 2019, p. 3-10.

heeft om zich vrij en volledig te kunnen ontplooiën als persoon. Hierin is de legitimatie gelegen om Samuel Cohen de maat te nemen met een open norm die achteraf wordt ingevuld.

### II.3 De betrokkenheid van de burger bij betamelijkheidsnormen

Dat de burger zelf betrokken is bij de ontwikkeling van de wet en het recht, krijgt in een democratische rechtsorde op verschillende wijze vorm, allereerst door het kiesrecht. In het stemhokje bepaalt hij wie de wetten mag maken. Volksvertegenwoordigers hebben vele decennia na Lindenbaum/Cohen artikel 162 van Boek 6 BW aanvaard en zo de toepassing van een open, achteraf in te vullen betamelijkheidsnorm bij formele wet gelegitimeerd. Zij gaan ook over regels die de maatschappelijke betamelijkheid invullen, desgewenst ter vervanging van de betamelijkheidsnormen die in de rechtspraak zijn ontwikkeld. En zij gaan bovendien over de regels van burgerlijk procesrecht, waarin partijen het weer in belangrijke mate voor het zeggen hebben. Het zijn partijen die betamelijkheidsnormen aan een vordering of verweer ten grondslag leggen of argumenten ertegen inbrengen. Zij zijn het ook die de feiten en omstandigheden aanvoeren die nodig zijn voor een op het concrete geval toegesneden norm. De wet staat dus, bij uitstek, voor de betrokkenheid van de burger bij de ontwikkeling van de betamelijkheidsnorm.

De betrokkenheid van de burger draagt zo bij aan de kenbaarheid en legitimititeit van de betamelijkheidsnorm, ook al wordt die achteraf ingevuld. De burger mag zich niet beklagen over achteraf vast te stellen normen, aangezien hij mag worden geacht invloed te hebben op de totstandkoming van wettelijke normen en in een concreet geval de rechter kan voorzien van alle feiten, omstandigheden en argumenten, die voor de invulling van de norm relevant zijn.

De vraag is hoe de twee zich tot elkaar verhouden, de wet en de betamelijkheidsnorm. Het is een urgente vraag in een tijd waarin met enige hardnekkigheid wordt gesproken over de kloof tussen enerzijds wet en rechtspraak en anderzijds de verwachtingen van burgers over de rechtsorde en hun rol daarin. Er is een neiging de eigen betrokkenheid bij de rechtsontwikkeling te ontkennen, om de wet en de rechtspraak achter poorten te denken.

Een voorbeeld is het vonnis van de Haagse rechtbank in de Urgenda zaak, waarin een op artikel 6:162 lid 2 BW gestoelde betamelijkheidsnorm ten grondslag ligt aan het gebod om vóór 2020 vooruitgang te boeken in het terugbrengen van de CO<sub>2</sub> uitstoot.<sup>7</sup> Het vonnis bevat een minutieuze inventarisatie van de eigen bijdrage van één der partijen – in dit geval niet een burger, maar de Staat der Nederlanden – aan de ontwikkeling van de in het vonnis gevonden betamelijkheidsnorm.<sup>8</sup> De vraag is – in de kern – hoe die betamelijkheidsnorm zich verhoudt tot de wet, zowel tot wat daarin wél als tot wat daarin níet is geregeld.

---

<sup>7</sup> Rb Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. De uitkomst hield stand bij hof en Hoge Raad, zij het over de boeg van artt. 2 en 8 EVRM; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 m.nt. Spier (*Urgenda*). Voor verwijzingen naar en bespreking van de kritiek op de uitspraken: R. van der Hulle, *Naar een Nederlandse political question-doctrine?* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

<sup>8</sup> A.G. Castermans, 'Het klimaatgevaar en het gouden kelderluik', AA 2016, p. 34 - 40.

Civilisten zijn weliswaar toegerust met een grote mate van vrijheid om een bijdrage te leveren aan de rechtsontwikkeling, toch zijn zij doorgaans voorzichtig als het aankomt op rechtsontwikkeling door de civiele rechter. Ken uw plaats, luidt het devies, om verschillende redenen. In 1973 noemde H. Drion er twee.<sup>9</sup> De eerste reden houdt verband met de kwaliteit van de rechtsvorming: onderwerpen van sociale, economische of technische aard vergen input van deskundigen en van vertegenwoordigers uit de samenleving. De tweede houdt verband met het primaat van de politiek: sommige keuzes moeten in het publieke domein worden gemaakt, of het nu gaat om maatschappelijk controversiële aangelegenheden of om overheidszaken. J.S. Kortmann zit op deze lijn, met zijn oproep en het oprukkende instrumentalisme in het burgerlijk recht een halt toe te roepen: maatschappelijke verandering hoort thuis in het publiekrecht.<sup>10</sup>

### III Open normen en de wet

#### III.1 Inleiding

De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen, aldus artikel 120 Gw. De afgelopen jaren heeft de Hoge Raad het verbod van toetsing van formele wetten doorgetrokken naar het gebruik van een open norm als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op formele wetgeving mag niet dan met de grootst mogelijke terughoudendheid worden onthouden. De te hanteren maatstaf – het beroep moet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn – kent nadere, strenge voorwaarden. Het ligt niet in de rede dat het toetsingsverbod en de strengere voorwaarden waaraan de toepassing beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid moet voldoen, kunnen worden omzeild door het creëren van nieuwe betamelijkheidsnormen die de scherpe kanten van de formele wetgeving afslijpen. De bescherming van bedrijfsgeheimen en zorgplichten in de financiële sector dienen als voorbeeld.

#### III.2 Beroep op formele wet onaanvaardbaar?

Een beroep op de wet kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Het vereiste van onaanvaardbaarheid vraagt op zichzelf al om terughoudendheid, maar de noodzaak van terughoudendheid is nog klemmender bij afwijking van wettelijke, dwingendrechtelijke bepalingen.

‘Zowel uit de tekst van art. 6:248 lid 2 BW, als uit de daarop – en op art. 6:2 lid 2 BW – gegeven toelichting, als uit de rechtspraak, volgt dat de redelijkheid en billijkheid in het algemeen eraan in de weg kunnen staan dat een partij bij een overeenkomst een beroep doet op een als gevolg van die overeenkomst tussen partijen geldende regel, voor zover dit beroep in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn. Dat geldt ook als het gaat om een regel van dwingend recht (vgl. ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 72-73). Daarbij verdient

---

<sup>9</sup> ‘Negen stellingen over rechtsvorming door rechter en wetgever’, NJV 1973, in: *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 377-378.

<sup>10</sup> J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry* (oratie UvA), Amsterdam 2009.



wel opmerking dat reeds in het algemeen de rechter terughoudendheid past bij de beoordeling van een beroep op de redelijkheid en billijkheid, en dat de omstandigheid dat het gaat om een regel van dwingend recht, meebrengt dat voor honorering van een zodanig beroep nog minder ruimte bestaat dan bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 in het algemeen al het geval is, en dat de motivering van een dergelijk oordeel aan hoge eisen moet voldoen (vgl. bijvoorbeeld HR 27 oktober 1995, LJN ZC1859, NJ 1996/254).'<sup>11</sup>

Er zijn verschillende uitspraken waarin de Hoge Raad dat heeft uitgemaakt, vooral op het terrein van het arbeidsrecht en huurrecht. Aan het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid worden nu eens hoge dan weer zware eisen gesteld. En soms moet het gaan om zeer bijzondere of uitzonderlijke omstandigheden.

In verschillende van deze zaken betrok de Hoge Raad in zijn overwegingen wat de wetgever met de wettelijke regeling voor ogen stond. In 1965 refereerde hij aan gevallen waarin volgens de Minister een beroep op huurbescherming zou moeten worden afgewezen<sup>12</sup> en in 1987 putte hij uit een brief van de Minister van Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer.<sup>13</sup>

In recente uitspraken worden die hoge of zware eisen of het zeer bijzondere en uitzonderlijke karakter van de desbetreffende gevallen nader uitgewerkt en geplaatst in het kader van het toetsingsverbod van artikel 120 Gw.

Een voorbeeld is de Bosentan zaak. Een elf jarig meisje heeft baat bij het medicijn Bosentan. Er is één probleem: Bosentan wordt slechts vergoed aan personen van 18 jaar en ouder. Vergoeding aan het meisje zou dus – kort gezegd – een uitbreiding van de dekking van de verzekering betekenen, terwijl de Zorgverzekeringswet die dekking dwingendrechtelijk regelt.<sup>14</sup> Kan in dit geval op basis van de redelijkheid en billijkheid worden afgeweken van de inhoud van de privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomst tussen de zorgverzekeraar en de verzekerde?

De Hoge Raad overweegt dat het verzekerd pakket betrekking heeft op 'noodzakelijke zorg, getoetst aan aantoonbare werking, kosteneffectiviteit en noodzaak van collectieve financiering'. Daarom is het zorgverzekeraars niet toegestaan meer of andere zorg te vergoeden.<sup>15</sup> Wie andere zorg verlangt, dient de kosten daarvan zelf te dragen of een aanvullende verzekering af te sluiten, nu de wetgever op het bovenstaande stelsel geen uitzonderingen heeft gemaakt.<sup>16</sup> Waarom? Omdat we hier te maken hebben met een uitdrukkelijk gemaakte afweging van de wetgever, waarin de rechter niet mag treden:

---

<sup>11</sup> Zie HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695, NJ 2012/ 396 (ABN AMRO/X), r.o. 4.2.1. Zie ook de eerste conclusie van A-G P. Vlas, par. 2.24, voor HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, NJ 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Mathilda*); voorts M. Vriend, *GS Verbintenisrecht*, art. 6:2 BW, aant. 3.5a, met een jurisprudentieoverzicht van gevallen waarin is afgeweken van een dwingendrechtelijke bepaling.

<sup>12</sup> HR 12 februari 1965, NJ 1965/139 m.nt. D.J. Veegens.

<sup>13</sup> HR 13 november 1987, NJ 1988/254.

<sup>14</sup> HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, NJ 2015/344, m.nt. J. Legemaate, r.o. 3.3. en 3.5.1.

<sup>15</sup> R.o. 3.5.3.

<sup>16</sup> R.o. 3.5.5.

‘In verband met het grondwettelijke verbod wetten in formele zin te toetsen aan ander recht dan internationaal recht (art. 120 Grondwet), kan de rechter de afweging van de wetgever niet toetsen aan algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht [...]. Dat geldt ook indien die toetsing plaatsvindt in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding van partijen bij onder meer een overeenkomst beheersen (art. 6:2 en 6:248 BW)’.<sup>17</sup>

Ruimte voor derogatie aan de formele wet is er wel, maar dan alleen, bij uitzondering, in geval van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever en die maken dat strikte toepassing van de wet zozeer in strijd is met ‘algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht’, dat die toepassing achterwege moet blijven.<sup>18</sup> Zoals in het geval van het elfjarige meisje dat Bosentan kreeg voorgeschreven: de Hoge Raad maakt duidelijk dat aanspraak kan bestaan op vergoeding of verstrekking van het geneesmiddel indien het een zaak is van leven of dood, de verzekerde de kosten niet zelf kan opbrengen, alternatieven ontbreken en het geneesmiddel in aanmerking komt of zal komen om te worden opgenomen in het pakket.<sup>19</sup>

De Hoge Raad heeft dit toetsingskader, gezet in de sleutel van het toetsingsverbod van artikel 120 Gw, inmiddels al enkele keren herhaald.<sup>20</sup> In het Mathilda arrest – over de limitering van de aansprakelijkheid in het personenvervoer – blijft de limitering van de aansprakelijkheid zoals neergelegd in artikel 8:193 lid 1 BW als zodanig overeind, omdat er zich geen niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden voordeden en de beperking als zodanig zowel internationaal als nationaal in het algemeen belang wordt geacht.<sup>21</sup>

Nu is de hoogte van de aansprakelijkheidslimiet bij personenvervoer uitgewerkt in een algemene maatregel van bestuur. Kan hieraan worden gederogeed? De Hoge Raad acht de rechter nu vrijer, want het toetsingsverbod van artikel 120 Gw is niet van toepassing op louter materiële wetgeving. Een AMvB kan dus worden getoetst aan ‘algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht’. Maar ook hier past terughoudendheid, ik citeer de Hoge Raad:

‘Bij die toetsing heeft de rechter [...] niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Voorts brengen zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel mee dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten [...]. De rechter kan onder meer toetsen of de wetgever

---

<sup>17</sup> R.o. 3.6.1 met verwijzing – ter vergelijking – naar HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*).

<sup>18</sup> R.o. 3.6.2, wederom met verwijzing – ter vergelijking – naar het Harmonisatiewetarrest, r.o. 3.4 en 3.9).

<sup>19</sup> R.o. 3.6.3.

<sup>20</sup> HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, NJ 2018, 376, m.nt. K.F. Haak (*Mathilda*), r.o. 3.8.1; zie ook HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845, NJ 2018/401, r.o. 3.4.2 (transitievergoeding en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) en HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2422, NJ 2019/36, r.o. 4.3.4 (art. 485a lid 2 Rv en de goede procesorde).

<sup>21</sup> R.o. 3.8.2-3.

bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de betrokken regeling of regel heeft kunnen komen [...]'.<sup>22</sup>

Een regel die geen wet in formele zin is, kan dus buiten toepassing worden gelaten:

- niet alleen op de grond – die ook voor formele wetten geldt – dat sprake is van bijzondere omstandigheden die niet of niet ten volle zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, in dit geval dus de lagere wetgever,<sup>23</sup>
- maar ook op de grond dat de lagere wetgever bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot die regeling of regel heeft kunnen komen.<sup>24</sup>

### III.3 De betamelijkheidsnorm na Bosentan en Mathilda

Heeft dit alles gevolgen voor het aannemen van maatschappelijke betamelijkheidsnormen die zouden moeten gelden in een context die valt binnen het bereik van een wettelijke regeling? Is te verwachten dat als een eiser schadevergoeding vordert wegens schending van een maatschappelijke betamelijkheidsnorm, de rechter moet nagaan of die betamelijkheidsnorm bestaansrecht heeft naast die wettelijke regels? Weliswaar gaat het primair om de beoordeling van de betamelijkheid van iemands gedrag in de concrete omstandigheden van een geval en niet om een beoordeling van de wet. Toch, als de betamelijkheidsnorm in algemene zin wordt geformuleerd in de context van een al bestaand wettelijk kader, dan ligt de vraag of afbreuk wordt gedaan aan die wettelijke context voor de hand.

De vraag naar de verhouding tussen open normen en wettelijke regels is niet nieuw. Floris Bakels had oog voor de verhouding tussen open normen en wettelijke regels, in zijn oratie in 2009, dus nog voordat Bosentan en Mathilda werden gewezen. Hij betoogde dat

‘het ontwikkelen van specifieke regels op basis van vage normen die reeds bestaande scherpe regels opzijzetten, een niet-aanvaardbare vorm van rechtsvinding is’.<sup>25</sup>

Deze observatie van Bakels komt door de arresten Bosentan en Mathilda in een scherper licht te staan. Als er al een formeelwettelijk kader bestaat, kan het aannemen van een maatschappelijke betamelijkheidsnorm naast dat kader een toetsing van dat wettelijk kader inhouden. Indien de betamelijkheidsnorm het bestaande kader aanvult en daarmee in zekere zin corrigeert, komt artikel 120 Gw in beeld.

Vóór Bosentan en Mathilda leek de Hoge Raad zich, bijvoorbeeld, nogal onbekommerd uit te laten over het aannemen van een zorgplicht in de financiële sector, naast de wettelijke verplichtingen van de financiële instellingen.

---

<sup>22</sup> R.o. 3.9.1 met verwijzing naar HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, NJ 1987/251 (*Landbouwwliegers*), r.o. 6.1 en HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0146, NJ 2010/53, r.o. 3.6.

<sup>23</sup> Zie overigens AB RvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring, r.o. 4.3 over de relevantie van verdisconteerde omstandigheden in de context van artikel 4:84 AWB.

<sup>24</sup> R.o. 3.9.2.

<sup>25</sup> F.B. Bakels, *Aspecten van samenloop (I)*, WPNR 2009/6796, p. 342.

Zou de reden hiervoor gelegen kunnen zijn in het gegeven dat de wettelijke regels zijn geschreven voor het publiekrechtelijke toezicht op de financiële sector, terwijl de rechtsverhouding tussen financiële dienstverlener en de klant behoort tot het autonome privaatrecht en de wetgever die autonomie heeft verzekerd?<sup>26</sup> Dat zou een niet vol te houden gedachte zijn. De Wet financieel toezicht, bijvoorbeeld, is het resultaat van de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht – de verwevenheid is een feit – en de wetgever heeft op verschillende plaatsen duidelijk gemaakt dat de wet tot doel heeft consumenten te beschermen tegen financiële ondernemingen en dat de overtreding van de wet een onrechtmatige daad oplevert.

Neem het fameuze De Treek/Dexia arrest, waarin volgens het hof op Dexia als bijzonder deskundig te achten financiële dienstverlener de verplichting rustte ten aanzien van een risicovol en complex aflossingsproduct, aangeboden aan een breed publiek, zich adequaat de belangen van haar klant aan te trekken door indringend te waarschuwen voor het aan dit product verbonden specifieke risico van een restschuld dat bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst kan optreden. De Hoge Raad laat de uitspraak op dit punt in stand, gelet op de maatschappelijke functie van een effecteninstituting als Dexia en haar deskundigheid.<sup>27</sup> Hij overweegt daarbij in dezelfde rechtsoverweging:

‘Deze waarschuwingsplicht strekt [...] mede ertoe de afnemer, ook al is hij zich op grond van de door Dexia verschafte informatie bewust van de aan de overeenkomst verbonden risico's, indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan’.

Voorts hecht hij aan de vaststelling van het hof dat de ‘bewuste, algemeen geformuleerde, waarschuwingen onvoldoende bescherming bieden tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht van een onervaren particuliere belegger’.

Dexia houdt in cassatie de overweging van het hof in het licht van de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 1999, een regeling die op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst van Dexia en De Treek nog niet in werking was getreden, terwijl de precieze inhoud van bovengenoemde bepaling nog niet bij Dexia bekend kon zijn. Voor zover het hof een verdergaande waarschuwingsplicht had aangenomen dan door de Nadere Regeling werd geëist, zou het oordeel onjuist zijn.

De Hoge Raad doet deze klacht kort en krachtig af:

‘Het hof heeft zijn oordeel gegrond op in de precontractuele fase op Dexia rustende, uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende, verplichtingen tot het betrachten van bijzondere zorg jegens [eiser]. Voor zover het onderdeel de opvatting huldigt dat deze privaatrechtelijke zorgplicht geen verdere reikwijdte kan hebben dan de zorgplichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd, faalt het. Die opvatting is onjuist.’<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2003-2004, 29507, nr. 3, p. 92 en *Vierde NvW, Kamerstukken II* 2005-2006, 29708, nr. 19, p. 317 en 515.

<sup>27</sup> HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH281, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Dexia/De Treek*) r.o. 4.10.3

<sup>28</sup> HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH281, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Dexia/De Treek*) r.o. 4.10.3.

Verhoudt deze uitspraak zich wel goed tot de financiële regelgeving?<sup>29</sup> Al vóór het arrest De Treek/Dexia was duidelijk dat de wetgever grenzen stelde aan de informatieplicht van financiële instellingen. De wetgeving zou de 'gemiddelde consument' moeten beschermen en niet de 'goed gelovige' consument:

'In het wetsvoorstel is als uitgangspunt genomen dat de gemiddelde consument bereid is zich in de aangeboden informatie te verdiepen om aldus na te gaan wat de kenmerken en risico's van een financieel product zijn en om te achterhalen of het product voor hem geschikt is. Bij het opstellen van de informatie mag de financiële dienstverlener ervan uitgaan dat de consument in staat is zijn eigen financiële positie in kaart te brengen. Is een consument dat niet dan zal immers geen enkele vorm van informatieverstrekking toereikend zijn hem in staat te stellen zich een adequaat oordeel te vormen over een bepaald financieel product.'

De wens om bescherming tegen lichtzinnigheid komt in deze passage niet voor. De goedgelovige consument als uitgangspunt te nemen, acht de wetgever onuitvoerbaar en zonder betekenis:

'Immers, welk type informatie deze consument ook krijgt aangeboden, hij zal het niet bestuderen en de waarschuwingen daarin niet lezen. De «goedgelovige consument» zou leiden tot een systeem waarbij van de financiële onderneming wordt verlangd dat hij, en niet de consument, de afweging maakt of een bepaald product zou moeten worden aangeschaft. Anders gezegd, er zou voor alle financiële producten een adviesplicht ontstaan. Dit zou echter tot een aanzienlijke kostenstijging van alle financiële producten leiden en fundamenteel de verantwoordelijkheden van financiële dienstverlener en consument verkeerd verdelen'.

De Hoge Raad had dus wel wat uit te leggen in het licht van de wetgeving en de wetgevingsinitiatieven die de aan te nemen zorgplicht raken. Vanuit het perspectief van de Bosentan-uitspraak oogt de motivering mager.

Ná Bosentan lijkt het of er meer aandacht is voor de wettelijke context van de voorliggende casus. Zo werd de SNS Bank verweten dat zij in de periode 1999-2003 had nagelaten klanten te behoeden voor overkreditering bij het verstrekken van hypothecaire leningen. Dit gedrag moet volgens het hof worden beoordeeld aan de hand van de ten tijde van de verstrekking van de hypothecaire geldleningen geldende normen en regelgeving:

'Van een voldoende uitgewerkt wettelijk kader was in die periode nog geen sprake. In een dergelijk geval zijn beslissend de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan de derde verweten gedraging of nalatigheid. Op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, rust op banken een bijzondere zorgplicht jegens haar cliënten en derden met wier belangen zij rekening behoort te houden. De maatschappelijke

---

<sup>29</sup> K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 2010/6853, p. 623-633,

<sup>30</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2003-2004, 29507, nr. 3, p. 86. In dezelfde zin: Vierde NvW, *Kamerstukken II* 2005-2006, 29708, nr. 19, p. 321-322

<sup>31</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2003-2004, 29507, nr. 3, p. 86.

functie van banken brengt een (bijzondere) zorgplicht met zich waarvan de omvang afhankelijk is van de omstandigheden van het geval'.<sup>32</sup>

In de voorliggende omstandigheden houdt die zorgplicht volgens het hof in dat een kredietgever vóór het verstrekken van een hypothecaire geldlening verplicht is om:

'te onderzoeken of een consument de financiële lasten verbonden aan de hypothecaire geldlening kan dragen, zodat overkreditering kan worden voorkomen. Hiertoe zal de kredietgever een inkomens- en vermogenstoets dienen uit te voeren, zodat bepaald kan worden of de beoogde te verstrekken hypothecaire geldlening betaalbaar is. Deze zorgplicht dient in beginsel te worden onderscheiden van de zorgplicht om te waarschuwen voor de risico's verbonden aan het bestedingsdoel'.<sup>33</sup>

In deze overwegingen ligt een beoordeling van het wettelijk kader besloten: dat kader zou onvoldoende zijn uitgewerkt. Zo komt artikel 120 Gw in beeld. De vraag is dan of de aanvullende zorgplicht die het hof vindt door de constitutionele beugel kan.

Het cassatiemiddel dat is gericht tegen deze overwegingen stelt dat zo'n aanvullende plicht destijds niet bestond als ook dat onduidelijk was wat het hof bedoelde met het voorkomen van overkreditering. Het stelt dus niet aan de orde of er ruimte was het wettelijk kader aan te vullen.

De Hoge Raad stelt voorop dat de maatschappelijke functie van een bank een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt:

'De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval (vgl. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285). De civielrechtelijke zorgplicht van de kredietaanbieder kan verder reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd'.<sup>34</sup>

Hij noteert in dit verband dat de leningen zijn verstrekt in een periode waarin nog geen specifieke regelgeving ter voorkoming van overkreditering van de consument bij hypothecair krediet bestond. Vervolgens onderzoekt hij of hypothecair kredietverleners naar ongeschreven recht destijds gehouden waren te waken tegen overkreditering van consumenten. Daarbij relateert hij aan de ontwikkelingen in dezelfde periode op wetgevingsterrein. Het voorstel van wet met betrekking tot de Wet financiële dienstverlening waarin een regeling was opgenomen ter voorkoming van overkreditering dateert weliswaar van 2004 en is eerst per 1 januari 2006 in werking getreden.<sup>35</sup> De

---

<sup>32</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden, r.o. 4.25, te kennen uit HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P).

<sup>33</sup> R.o. 4.26.

<sup>34</sup> HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P), r.o. 4.2.5, met verwijzing naar HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.11.5. Zie ook HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, NJ 2019/184 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.4.2.

<sup>35</sup> Artikel 51 Wfd, later artikel 4:34 Wet op het financieel toezicht; *Kamerstukken II 2003/04*, 29 507, nr. 2.

desbetreffende normen waren echter al in de periode 1999-2003 in ontwikkeling, aldus de Hoge Raad:

‘In art. 28 (oud) van de Wet op het consumentenkrediet (Stb. 1990/395) was bepaald dat de kredietgever onder omstandigheden diende te beschikken over genoegzame inlichtingen aangaande de kredietwaardigheid van degene voor wie het krediet werd aangevraagd. In de parlementaire geschiedenis van deze wet is erop gewezen dat de aanbieder van krediet aandacht ervoor dient te hebben dat het nemen van krediet door de consument kan leiden tot problematische schuldsituaties (Kamerstukken II 1986/87, 19 785, nr. 3, p. 23-24). De Wet op het consumentenkrediet had dan ook mede ten doel consumenten te beschermen tegen overkreditering’.<sup>36</sup>

Daarnaast acht hij nog drie omstandigheden van belang. Ten eerste was de verstrekking van hypothecair krediet in de relevante periode onderwerp van zelfregulering, primair gericht op informatieverstrekking, ook over de financiële gevolgen en kosten voor de consument.<sup>37</sup> Ten tweede moet het voor banken ook in de periode 1999-2003 duidelijk zijn geweest dat consumenten door onverantwoorde kredietverstrekking in ernstige problemen konden komen, ook in geval van hypothecair krediet. Ten derde is een kredietverlenende bank als ter zake kundige in de regel beter dan een kredietvragende consument in staat de gevolgen van kredietverstrekking te overzien en weer te geven, en om te beoordelen of de consument in staat zal zijn de lasten van de kredietverstrekking te dragen en te blijven dragen. De conclusie luidt:

‘Op grond van het hiervoor overwogene bracht de bijzondere zorgplicht van de bank, ook in de periode 1999-2003, mee dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst tot hypothecair krediet met een consument inlichtingen diende in te winnen over diens inkomens- en vermogenspositie teneinde overkreditering van de consument te voorkomen. Dat deze verplichting pas nadien in regelgeving is vastgelegd, laat onverlet dat de norm al voordien tot ontwikkeling was gekomen. De vastlegging in geschreven recht vormde veeleer de bevestiging daarvan’.<sup>38</sup>

De Hoge Raad ziet dus ruimte voor een betamelijkheidsnorm naast de bestaande wetgeving, met heel wat meer aandacht voor het wettelijk kader dan in De Treek/Dexia. Duidelijk is dat de Hoge Raad zich heeft gebogen over de geldende – volgens het hof Arnhem-Leeuwarden onvoldoende uitgewerkte – wetgeving en de aanloop naar de uitbreiding van de wettelijke plichten van kredietgevers. Hierin past de op de omstandigheden van het geval toegesneden gevonden zorgplicht. Hij heeft klaarblijkelijk geen aanwijzingen gevonden dat de wetgever destijds een verplichting tot onderzoek naar de financiële draagkracht uitdrukkelijk afwees.

---

<sup>36</sup> HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *NJ* 2017/363 m.nt.T.F.E. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P*), r.o. 4.2.3 met verwijzing naar HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477, r.o. 3.4.3.

<sup>37</sup> Zie nader Hoofdstuk 4.

<sup>38</sup> R.o. 4.2.7.

In een recente uitspraak laat de Hoge Raad duidelijk zien hoeveel lagen de zorgplicht van de bank in contractuele rechtsverhoudingen kent. Allereerst zijn er de algemene bankvoorwaarden en de aanvullende wettelijke bepalingen van de boeken 6 en 7 BW:

‘Een van de zorgplichten van een bank jegens haar cliënt is neergelegd in art. 2 van de ABV, die doorgaans van toepassing zijn op de door hen gesloten overeenkomst. Daarnaast kunnen uit verschillende wettelijke bepalingen die deze overeenkomst beheersen, voor een bank jegens haar cliënt verplichtingen voortvloeien, bijvoorbeeld uit art. 6:248 lid 1 BW en (afhankelijk van de rechtsverhouding tussen de bank en de cliënt) art. 7:401 BW’ (r.o. 2.9.1).<sup>39</sup>

Voorts is er de bijzondere zorgplicht die voortvloeit uit de bijzondere maatschappelijke positie van de bank:

‘De maatschappelijke functie van banken brengt daarnaast een bijzondere zorgplicht mee. Het kan daarbij onder meer gaan om onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingsplichten. De inhoud en de reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht hangen mede af van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico’s. In een geval als het onderhavige zijn de inhoud en de reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht beperkt, nu geldlening niet een ingewikkeld product is en de cliënt niet een consument is’ (r.o. 2.9.2).

Tenslotte is er de algemene zorgplicht van artikel 24a Wet financieel toezicht:

‘Voor een bank als financiële dienstverlener gelden voorts de gedragsregels en normen van Deel 4 Wft. Daarbij verdient opmerking dat de in art. 4:24a Wft neergelegde zorgplicht blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling geen andere is dan de uit het privaatrecht voortvloeiende zorgplicht van financiële dienstverleners jegens hun cliënten’ (r.o. 2.9.3).

De verhouding tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke zorgplicht behoeft dus niet – langer – te worden geproblematiseerd, omdat de wetgever de twee inmiddels ziet als synoniemen.

Zo lijkt het erop dat de Hoge Raad meer werk maakt van de samenhang tussen betamelijkheidsnorm en de wet, meer dan in De Treek/Dexia. Hierbij hanteert hij niet met zoveel woorden de maatstaf uit het Bosentan arrest. Zo stelt hij niet de vraag of strikte toepassing van het bestaande wettelijk kader zozeer in strijd is met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, dat een aanvulling noodzakelijk is. Dat heeft er misschien mee te maken dat de Bosentan- maatstaf eigenlijk niet nodig is en dat uitleg van de wettelijke regeling zou kunnen volstaan om ruimte te maken voor een aanvullende zorgplicht.

---

<sup>39</sup> HR 20 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276, RvdW 2020/883 (*Alegre/Promontoria*).



### III.4 Volstaat uitleg van de wettelijke regeling?

Men kan zich afvragen of de bijzondere aandacht voor artikel 120 Gw noodzakelijk is, of het nu om het vinden van een betamelijkheidsnorm gaat in een context die wordt bestreken door publieke regelgeving of om het beoordelen van de onaanvaardbaarheid van een beroep op een dwingende wet. Is er niet een aanlokkelijk alternatief voor handen? Kan de rechter niet volstaan met de inhoud en reikwijdte van die dwingende wet vast te stellen en na te gaan of deze ruimte laat voor een betamelijkheidsnorm naast de wet, zoals hij ook zou kunnen nagaan of die wet verdraagt dat een partij in concrete omstandigheden geen beroep op de wet toekomt? Het kan best zijn dat die ruimte er pas in geval van strijd met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, maar denkbaar is dat er gevallen zijn waarin met minder genoegen kan worden genomen.

Men neme de casus van Lindenbaum/Cohen die tegenwoordig wordt bestreken door richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan. Volgens de preambule van de Richtlijn is de ratio van de regeling gelegen in het feit dat innovatieve bedrijven steeds meer zijn blootgesteld aan oneerlijke praktijken die gericht zijn op het onrechtmatige gebruik van bedrijfsgeheimen, zoals diefstal, kopiëren zonder toestemming, economische spionage of inbreuk op vertrouwelijkheidsvereisten, zowel van binnen als van buiten de Unie. In de Europese Unie is de bescherming van bedrijfsgeheimen divers en versnipperd. De Richtlijn beoogt het recht van de lidstaten op elkaar af te stemmen, zodat er op de gehele interne markt een toereikend en consistent niveau van civielrechtelijke maatregelen is in geval van het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim.

Overweging 10 van de preambule voegt hier aan toe:

‘Deze regels moeten gelden onverminderd de mogelijkheid voor de lidstaten te voorzien in verder reikende bescherming tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van bedrijfsgeheimen, zolang de waarborgen ter bescherming van de belangen van derden die uitdrukkelijk in deze richtlijn zijn vastgesteld, in acht worden genomen’.

Artikel 1 van de Richtlijn bepaalt voorts uitdrukkelijk:

‘De lidstaten kunnen, met inachtneming van de bepalingen van het VWEU, voorzien in een verder reikende bescherming tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van bedrijfsgeheimen dan door deze richtlijn wordt voorgeschreven’.

Er is dus kennelijk ruimte voor verdergaande bescherming dan de bescherming die in Nederland is neergelegd in de Wet bescherming bedrijfsgeheimen.<sup>40</sup> De rechter is hierbij niet per se aangewezen

---

<sup>40</sup> Wet van 17 oktober 2018, houdende regels ter uitvoering van Richtlijn 2016/943/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (PbEU 2016, L157).

op een ingewikkelde zoektocht naar de omstandigheden die zijn verdisconteerd in de wettelijke regeling en op strijd met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, anders dan de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Uitleg van de regeling kan simpelweg uitwijzen dat er ruimte is voor bescherming die verder reikt dan de wet biedt.

### III.5 Afronding

Waarom zou het anders zijn voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid? Ten eerste moet voorop staan dat niet de regeling zelf ter beoordeling staat, maar het beroep erop door een partij, in het licht van de omstandigheden van het geval. Ook daarbij is het zaak oog te houden op de inhoud en reikwijdte van de dwingende wettelijke regeling en zal van belang zijn of die ruimte laten voor de gebruikelijke toepassing van de artikelen 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW. De mogelijkheid van een beroep op die bepalingen behoeft niet per definitie af te hangen van de concrete omstandigheden die de wetgever heeft verdisconteerd en van de eventuele strijdigheid met ongeschreven recht, anders dan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Het is eigenlijk zoals de Hoge Raad het vóór Bosentan en Mathilda deed: nagaan wat de wetgever met de wettelijke regeling voor ogen stond.

Ondertussen zijn de rechters niet te benijden. Vragen als deze, van sociale, economische of technische aard, vergen input die zij niet vanzelfsprekend in huis hebben. Het gaat bovendien om keuzes van maatschappelijk controversiële aard, waarvan de gevolgen in de regel moeilijk zijn te voorspellen. De test van Bosentan en Mathilda scherpt de rechters in te onderzoeken of het wel aangewezen is maatschappelijke knopen door te hakken met gebruikmaking van een betamelijkheidsnorm.

We zouden de rechters de link met artikel 120 Gw kunnen besparen bij het vinden van betamelijkheidsnormen die mogelijk interfereren met een al bestaand wettelijk kader en volstaan met het stellen van 'hoge' of 'zware' eisen aan de omstandigheden waarop een betamelijkheidsnorm wordt gestoeld.

Het is dan wel raadzaam dat partijen anticiperen op de taak die de rechter heeft te verrichten, nog afgezien van hun betrokkenheid bij de totstandkoming van wetgeving. Zij kunnen de rechter – ook de hoogste rechter – voorzien van de feitelijke achtergrond van hun geschil, van de noodzakelijke expertise met betrekking tot de context en van de mogelijke gevolgen van deze of gene beslissing.<sup>41</sup> Zij zouden het moeten doen, want een in algemene termen vervatte zorgplicht náást een wettelijke regel wordt immers al gauw onderdeel van het algemene juridisch kader. Zo maken partijen deel uit van het proces van rechtsvinding, vanaf het eerste moment waarop hun zaak gestalte krijgt tot en met het vragen van vonnis of arrest.

---

<sup>41</sup> Vergelijk artikel 393 lid 2 Rv voor de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad.

## IV Open normen en soft law

### IV.1 Soft law

De zaak tussen de SNS Bank en de Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P is om nog een andere reden interessant voor de grenzen aan het werken met open normen. In zijn zoektocht naar het bestaan van een zorgplicht van de SNS Bank in een tijd waarin de wet voor het onderhavige geval nog geen bijzondere zorgplicht bevatte met het oog op overkreditering, kende de Hoge Raad gewicht toe aan het bestaan van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen.<sup>42</sup> De kredietgevers waren zelf betrokken bij die code en dat lijkt van belang om hen gebonden te kunnen achten aan wat in de concrete rechtsverhouding – achteraf, maar in lijn met die code – als betamelijk of redelijk en billijk wordt geacht, zo leek de Hoge Raad te willen zeggen. De zorgplicht lag dus niet achter de poort van de rechter verscholen.

Het ligt ook voor de hand dat partijen en rechters in hun zoektocht naar aanwijzingen voor wat wel en niet door de beugel kan kijken naar uitdrukkingen van gewenst gedrag in documenten die in de maatschappelijke kring van de betrokken partijen zijn opgesteld, zeker als een zaak in een hele specifieke context speelt. Dan is er deskundigheid en ervaring nodig om die context te kunnen begrijpen. Als tegelijkertijd specifieke wettelijke regels ontbreken, is het maar de vraag of partijen in staat zijn inzicht te bieden en rechters in staat zijn inzicht te krijgen in wat ter zake als betamelijk of redelijk en billijk heeft te gelden. Er zijn natuurlijk procesrechtelijke mogelijkheden om dat inzicht te verwerven, maar die kunnen tijdrovend en kostbaar zijn. Als een partij zelf, haar brancheorganisatie of een andere instantie in een gedragscode of in een ander document als het ware een voorschot heeft genomen op wat in de relevante kringen als redelijk en billijk of betamelijk zou kunnen worden beschouwd, dan biedt zo'n document een welkom uitgangspunt voor het partijdebat en de beoordeling van de zaak.<sup>43</sup>

In de regel gaat het over documenten die op zichzelf genomen geen afdwingbare rechtsplichten bevatten. Het gaat om *soft law*, in soorten en maten. Er zijn bedrijven, brancheorganisaties, verenigingen, beroepsgroepen, overheden, toezichthouders of particuliere ad-hoc commissies die voor zichzelf, werknemers, groepsondernemingen, handelspartners, burgers, beroepsgroepen en branches documenten opstellen met beginselen, aanbevelingen, *best practices* of gedragsregels.

Die documenten hebben gemeen dat ze op zichzelf geen bron van rechtsplichten zijn. In een concrete zaak zijn het eigenlijk feiten. Tegelijkertijd weten wij dat ze wel van invloed kunnen zijn op

---

<sup>42</sup> HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P), r.o. 4.2.4.

<sup>43</sup> Onder meer I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: W.J. Witteveen, I. Giesen en J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving* (preadvies Nederlandse Juristenvereniging), Kluwer: Deventer, 2007 en zijn Monografie Privaatrecht 8 (2007) over hetzelfde onderwerp; M. Menting en J.B.M. Vranken, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland' en M.W. Scheltema, 'Assessing Effectiveness of International Private Regulation in the CSR Arena', in: *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk recht), Zutphen: Uitgeverij Paris, 2014; H. Swennen en A.G. Castermans, 'Privaatrecht en soft law', *TPR* 2014-2, p. 805-845; M.W. Wallinga, 'De invloed van Europese soft law op privaatrechtelijke normstelling op het gebied van financiële dienstverlening', *NTBR* 2015/40; p. 271-272.

rechtsverhoudingen en een rol kunnen spelen bij het invullen van open normen. Wanneer en hoe, dat verschilt.<sup>44</sup>

## IV.2 De relevantie van soft law

In contractuele rechtsverhoudingen ligt het voor de hand het document te betrekken bij vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen, bij de uitleg van de overeenkomst, bij het vaststellen van de verwachtingen over en weer of bij een beroep op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.<sup>45</sup>

Soms vraagt de ene partij van de andere uitdrukkelijk het commitment aan een gedragscode. Soms kan uit het document een in Nederland levende rechtsovertuiging worden gedestilleerd, die kan worden betrokken bij het vaststellen van wat de redelijkheid en billijkheid vergen (art. 3:12 BW).<sup>46</sup> Soms reflecteert het een gewoonte die de rechtsgevolgen van een overeenkomst bepaalt (art. 6:248 lid 1 BW). Soms kunnen aan ronkende voornemens gerechtvaardigde verwachtingen worden ontleend.

Dat er metterdaad rechtsgevolgen worden verbonden aan een document is echter geen wet van meden en perzen. Beginselen, best practices en gedragsregels lenen zich immers niet per se voor de rol van afdwingbare rechtsplichten. Bovendien zijn er zorgen over de ontwikkelingen van soft law, omdat de opstellers van 'soft law documenten' niet noodzakelijkerwijs recht doen aan de belangen van de betrokken partijen en betrokkenen noodzakelijke bescherming onthouden.<sup>47</sup> Rechters zullen in die gevallen niet schromen het soft law document ter zijde te laten.

In de context van buitencontractuele aansprakelijkheid is het op het eerste gezicht minder vanzelfsprekend een relevant soft law document te betrekken bij het invullen van de betamelijkheidsnorm, ervan uitgaande dat de betrokken partijen zich niet jegens elkaar hebben gecommitteerd langs de lijnen van dat document te handelen.

Vanuit het perspectief van de rechter kan zo'n document welkom zijn, omdat het mogelijkwijs belangrijke informatie bevat over wat in een bepaalde context als zorgvuldig of betamelijk heeft te gelden. Daar is meer reden voor naar mate er meer relevante partijen bij zijn betrokken.

Neem de Urgenda uitspraken, waarin een belangrijke rol is ingeruimd voor soft law documenten.<sup>48</sup> Het ging om internationale, niet bindende documenten over klimaatverandering. Bij de

---

<sup>44</sup> M.-C. Menting. *Industry codes of conduct in a multi-layered Dutch private law*(diss. Tilburg), Tilburg: Prisma print 2016, p. 191 e.v.

<sup>45</sup> A.G. Castermans en B. Fauvarque Cosson, 'CSR in contracts', in A.G. Castermans e.a. (red.), *CSR for young business lawyers*, Den Haag: BJU 2017, p. 109 e.v.; M. Scheltema, 'Koop van zaken uit verre landen: hoe om te gaan met contractuele ketens', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluiterij, Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Kluwer, p. 315 e.v.

<sup>46</sup> Zij het 'niet zonder meer': HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1696, NJ 2018/398 r.o. 3.3.3. In vennootschapsrechtelijke verhoudingen onder meer HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, NJ 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABNAMRO*), r.o. 4.4 en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 m.nt. van Schilfgaarde (*ASMI*).

<sup>47</sup> V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2020, hoofdstuk 6.

<sup>48</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier.

totstandkoming ervan was de Staat betrokken. In de procedure zijn deze documenten uit en te na besproken, zo blijkt uit de uitspraken van rechtbank, hof en Hoge Raad. De rechtbank heeft ze gebruikt voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW en het hof om de positieve verplichtingen van de Staat op grond van het EVRM te concretiseren.

Men kan van mening verschillen of de documenten het feitelijk steeds bij het rechte eind hebben. Ook kan men vraagtekens zetten bij de bevoegdheid van de civiele rechter de Staat specifieke klimaatdoelen op te leggen. Van belang in het kader van dit preadvies is dat de documenten met het karakter van soft law in de Urgenda uitspraken onderdeel waren van een nauwgezet proces van waarheidsvinding. Vastgesteld werd dat partijen het in hoge mate eens waren over de feiten, waaronder de inhoud en strekking van de documenten van soft law en daarmee over de mate van urgentie van maatregelen om klimaatverandering tegen te gaan. De feitenrechtters ordenden het door partijen aangedragen feitenmateriaal, stelden op basis daarvan de feiten vast en vulden de open norm – artikel 6:162 BW, artikelen 2 en 8 EVRM – in. Zo was de brug van de feiten naar zorgplicht of positieve verplichting onder het EVRM – procesrechtelijk gezien – betrekkelijk klein.

De Urgenda zaak maakt wat mij betreft inzichtelijk aan welke beperking het werken met soft law bij het invullen van open normen onderhevig is. De rechter moet er niet aan beginnen als niet eerst de inhoud en strekking van de desbetreffende documenten is vastgesteld.

### IV.3 Soft law als feit

Werken met soft law is niet gemakkelijk, juist omdat het om iets feitelijks gaat. Voordat rechters soft law kunnen hanteren om een norm in te vullen, moeten naast de inhoud van het document zelf ook de feiten en omstandigheden worden vastgesteld die aanleiding vormen om het document te hanteren bij het invullen van de open norm. Partijen zouden de rechter de relevante documenten en informatie daarover moeten aanleveren. De betekenis ervan moet worden gesteld en zo nodig bewezen.

Welke feiten zijn relevant? Er is aandacht voor de representativiteit van de opstellers, transparantie ter zake van de totstandkoming, de wijze waarop verantwoording wordt afgelegd en de handhaafbaarheid.<sup>49</sup> Voorts wordt van belang geacht de aard van de materie, de inhoudelijke kwaliteit van de opgenomen regels, de betrokkenheid van de overheid en het procedurele kader.<sup>50</sup> Met het oog hierop ligt het voor de hand een aantal vragen te stellen. Wie heeft het document opgesteld? Zijn partijen betrokken bij het document; is die betrokkenheid relevant voor het doorwerken van het document?<sup>51</sup> Welke omstandigheden maken dat het document in meer of mindere mate effect heeft op de open norm? Waarom leent de inhoud en strekking van de

---

<sup>49</sup> M. Menting en J.B.M. Vranken, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland', in: *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht), Zutphen: Uitgeverij Paris, 2014, p. 40.

<sup>50</sup> M. Menting en J.B.M. Vranken (2014), p. 41.

<sup>51</sup> Zo is de Hoge Raad kritisch op het één op één toekennen van betekenis aan de bedoeling van de opstellers van de NVM-standaardakte; het moet immers gaan om de bedoeling van de contracterende partijen. Zie HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414, NJ 2010/62 m.nt. M.H. Wissink (*De Rooij/Van Olphen*), r.o. 3.6.

verschillende onderdelen van het document zich in meer of mindere mate voor invulling van de open norm? Waarom is meer of minder relevant wat de opstellers voor ogen hadden? Met de antwoorden op deze vragen kan de rechter beoordelen of er aanleiding is er betekenis aan toe te kennen bij het formuleren van maatstaven van redelijkheid en billijkheid, betamelijkheidsnormen of zorgplichten.

Enkele zaken, naast de uitspraken in Urgenda, laten zien hoeveel werk partijen en rechters ervan maken. Een voorbeeld is de zaak waarin de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek van het Verbond van Verzekeraars een belangrijke rol speelt. Partijen deden in feitelijke instanties een beroep op deze code.<sup>52</sup> Het hof legde de relevante bepalingen van de code uit en paste deze toe in de context van het partijdebat.<sup>53</sup> In cassatie werden tegen de desbetreffende overwegingen geen rechtsklachten maar motiveringsklachten gericht, en terecht, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad:

‘Opmerking verdient nog dat de Gedragscode berust op zelfregulering en niet kan worden aangemerkt als ‘recht’ in de zin van art. 79 RO, zodat de uitleg daarvan in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht’.<sup>54</sup>

In een andere zaak, waarin de meetinstructies van de Nederlandse Vereniging van Makelaars worden gehanteerd om de zorgplicht van de verkopende makelaar jegens de koper in te vullen, stelt de feitenrechter nauwkeurig vast dát de makelaar lid was van die vereniging en waarom die meetinstructie tot stand is gekomen en wat die behelst:

‘Het hof heeft vastgesteld dat de NVM toepassing van de meetinstructie voor de bij haar aangesloten makelaars verplicht heeft gesteld omdat derden erop moeten kunnen vertrouwen dat het woonoppervlak dat bij verkoop wordt vermeld niet de bruto maar de netto (gebruiks)oppervlakte betreft, bepaald volgens de zogenoemde NEN-2580 (rov. 3.7; zie ook rov. 3.13). Mede in het licht van de diverse uitspraken van de Raden van Toezicht en de Centrale Raad van Toezicht van de NVM die [verweerder] c.s. hebben overgelegd en waarop zij zich hebben beroepen, is die vaststelling geenszins onbegrijpelijk. Zo overwoog de Centrale Raad van Toezicht van de NVM in onder meer de — door het hof in rov. 3.9 genoemde — uitspraak van 6 juni 2013 (nr. 13-2442 CRvT):

“Uitgangspunt is dat derden in beginsel op de inhoud van de in de verkoopdocumentatie opgenomen eigenschappen van het aangeboden object moeten kunnen afgaan bij het nemen van een aankoopbeslissing.

Het behoort tot de taak van de verkopend makelaar om te vermijden dat op grond van de inhoud van de verkoopdocumentatie bij derden verwachtingen worden gewekt waarvan later blijkt dat daarvoor geen of onvoldoende grond bestaat. Dat geldt in het bijzonder voor de in de verkoopdocumentatie opgenomen gebruiksoppervlakte omdat de gegevens daarover voor potentiële kopers in het algemeen een belangrijk aspect vormen bij het nemen van een aankoopbeslissing.”

---

<sup>52</sup> Onderdeel 20 van de conclusie van P-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Interpolis*).

<sup>53</sup> R.o. 6-8 en 34- 36.

<sup>54</sup> HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Interpolis*), r.o. 5.2.1.

De meetinstructie strekt derhalve tot bescherming van de belangen van de aspirant-kopers' (r.o. 3.4.4).

Dit betekent voor de zorgplicht van de makelaar-verkoper jegens de koper:

'Aldus bepaalt de meetinstructie in belangrijke mate het vertrouwen dat kopers van woningen die worden aangeboden door NVM-makelaars, mogen ontlenen aan de in de verkoopinformatie genoemde woon- of gebruiksoppervlakte: in beginsel mogen zij ervan uitgaan dat de vermelde oppervlakte is gemeten met inachtneming van de meetinstructie en dus — afgezien van de in de meetinstructie zelf genoemde ondergeschikte afwijkingen ten gevolge van bijvoorbeeld interpretatieverschillen, afrondingen of beperkingen bij het uitvoeren van de meting — overeenkomt met het netto woonoppervlak van de woning. Dat kan anders zijn indien de aspirant-koper uit verklaringen of gedragingen van de zijde van de verkopend makelaar, eventueel in samenhang met andere omstandigheden van het geval, heeft moeten begrijpen dat de in de verkoopinformatie vermelde oppervlakte van de woning volgens een andere methode dan de door de meetinstructie voorgeschreven methode is gemeten (zie hiervoor in 3.1 onder (ii), slot), of indien de omstandigheden van het geval anderszins de koper aanleiding hadden moeten geven tot twijfel over de juistheid van de opgegeven oppervlakte. Stelplicht en bewijslast ter zake van dergelijke, aan het vertrouwen van de aspirant-koper afbreuk doende, verklaringen, gedragingen of andere omstandigheden, rusten op de betrokken NVM-makelaar' (r.o. 3.4.5).<sup>55</sup>

De meetinstructie is derhalve een feit en kan als zodanig van invloed zijn op de van de makelaar te vergen betamelijkheid, net als de betekenis die kopers in een concrete zaak wel of niet toekennen aan de opgave van de oppervlakte van perceel of een woning. Als er feiten en omstandigheden zijn waaruit is af te leiden dat de kopers zich niet bekreunden over het precieze aantal vierkante meters, dan is het aan de makelaar-verkoper de rechter ervan te doordringen dat er geen aanleiding is in deze zaak aan te nemen dat er een zorgplicht is geschonden, de meetinstructie ten spijt.

Zo precies en transparant gaat het niet altijd. Het gebruik van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen in de SNS zaak biedt nagenoeg geen inzicht in de betekenis van die code. Het hof refereert aan de Gedragscode Hypothecaire Financieringen en overweegt dat volgens de SNS Bank uit die code was af te leiden dat de bank niet veel anders kon of behoorde te doen:

'SNS Bank betwist, samengevat, primair dat er destijds op haar een zorgplicht rustte om overkreditering te voorkomen. In die tijd bestond er geen maatschappelijke- of rechtsnorm om consumenten te behoeden voor overkreditering. Toetsing vond in die tijd plaats op basis van een normatief, dus geobjectiveerd, kader, zoals destijds vastgelegd in de Gedragscode Hypothecaire Financieringen 2001. Bij de toetsing mag SNS Bank geen willekeurige rente hanteren, maar dient zij zich te houden aan de toetsrente, zoals vastgelegd in genoemde gedragscode. De voorwaarde dat de inkomstenbron niet mag worden aangetast is eerst in 2007 opgenomen in de Gedragscode Hypothecaire Financieringen. Die regel is niet in wettelijke normen herhaald. Thans is de norm dat rekening moet worden gehouden met het redelijkerwijs te verwachten rendement. Op grond van de destijds geldende

---

<sup>55</sup> HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen onder NJ 2020/8.

rendementsverwachtingen was er geen reden om de door [X.] gehanteerde rendementen in twijfel te trekken. Een rendementsverwachting van 8% was destijds reëel'.<sup>56</sup>

Het hof bespreekt vervolgens dit verweer niet. Het legt de Gedragscode ook niet aan zijn beslissing ten grondslag. In cassatie zijn op dit punt geen klachten geformuleerd. De advocaat-generaal rept niet over de gedragscode.

De Hoge Raad verwijst niettemin bij het invullen van de zorgplicht van de bank uitdrukkelijk naar de Gedragscode:

'De verstrekking van hypothecair krediet was in de periode 1999-2003 onderwerp van zelfregulering. In die periode bestond er een Gedragscode Hypothecaire Financieringen die primair was gericht op informatieverstrekking. Uit de versie van 2001 ([...] blijkt dat de hypothecair financier aan de consument onder meer een globale aanduiding diende te geven van de financiële consequenties en kosten die verbonden waren aan of samenhangen met de verkrijging van een hypothecaire financiering. Ook diende de hypothecair financier aan de consument bepaalde meer specifieke informatie te verschaffen, waaronder (onder omstandigheden) een hypotheeklastenberekening. Begin 2007 is de Gedragscode aangescherpt ter invulling van de open wettelijke norm over verantwoorde kredietverstrekking'.<sup>57</sup>

Hij acht zich klaarblijkelijk vrij op grond van het bestaan van de Gedragscode in de relevante periode en de daarin bestede aandacht voor de wenselijkheid van het verstrekken van bepaalde informatie door de kredietverstrekker aan de consument te concluderen dat de SNS Bank zich het belang van de consument bij de in de code genoemde informatie dient aan te trekken. Het kan heel wel zijn dat uit het procesdossier blijkt dat partijen zo met elkaar hebben gedebatteerd en dat de betekenis die de Hoge Raad aan de Gedragscode toekent wordt gedragen door dat partijdebat. Dat blijkt echter niet uit het arrest. Daarbij komt dat de Hoge Raad geen feitenrechter is. De vraag is dus op welke feiten de Hoge Raad zich heeft gebaseerd en hoe hij de stap van feit – gedragscode – naar zorgplicht heeft kunnen maken. Dat maakt de referentie aan de Gedragscode weinig overtuigend. De zorgplicht lijkt zich op dit punt dus werkelijk achter de poorten van de wet te bevinden.

In de beperking zou zich de meester moeten laten zien. Juist op het punt van gedragscodes lijkt de Hoge Raad zijn rol als rechtsontwikkelaar en zijn – beperkte – rol als vaststeller van feiten moeilijk uit elkaar te houden, toen de rechtbank Den Haag een prejudiciële vraag over de eerlijkheid van een beding in een arbeidsongeschiktheidsverzekering van Nationale Nederlanden uit 2001. Het beding luidde:

'Zolang verzekerde arbeidsongeschikt is, zullen de mate van arbeidsongeschiktheid, de omvang van de uitkering en de periode waarvoor deze zal gelden, worden vastgesteld door de maatschappij aan de hand van gegevens van door de maatschappij aan te wijzen medische en andere deskundigen. [...] Indien verzekeringnemer niet binnen 30 dagen zijn

---

<sup>56</sup> R.o. 4.22 arrest van het hof, te kennen uit HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P*).

<sup>57</sup> HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P*), r.o. 4.2.4 met verwijzing naar de antwoorden van de minister van Financiën van 18 september 2008 op Kamervragen, *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, 133-134.



bezwaar heeft kenbaar gemaakt, wordt hij geacht het standpunt van de maatschappij te aanvaarden’.

Een verzekerde deed een beroep op de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Hij was het niet eens met de mate van arbeidsongeschiktheid zoals vastgesteld door Nationale Nederlanden op basis van de rapportage van de deskundige. Nationale Nederlanden verweerde zich met de stelling dat de bezwaartermijn van 30 dagen ongebruikt was verstreken, wat mee zou brengen dat de verzekerde geacht moet worden akkoord te zijn met de inhoud van de rapportages. De rechtbank leest het verweer van Nationale-Nederlanden zo dat de verzekerde reeds gebonden is aan de eenzijdig opgemaakte rapportages, omdat de bezwaartermijn ongebruikt is verstreken.<sup>58</sup> Zij gaat hierin niet mee en stelt de Hoge Raad vragen over de eerlijkheid van het beding.

De Hoge Raad ziet zich genoodzaakt het beding uit te leggen voordat hij antwoord kan geven op de gestelde vragen. Voor de uitleg van het beding knoopt hij aan bij het Protocol bij claims op Individuele Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (Protocol 2016) van het verbond van Verzekeraars. De Hoge Raad overweegt:

‘Als de verzekerde het niet eens is met het besluit van de verzekeraar heeft hij de mogelijkheid om hernieuwd (medisch of arbeidskundig) onderzoek te laten doen (een second opinion). [...] In het Protocol is geen termijn vermeld die de verzekerde bij het maken van bezwaar, het indienen van een klacht, of het starten van een procedure, op straffe van verval van het recht daartoe in acht dient te nemen. Eerdere versies wijken op deze punten niet substantieel af van het Protocol’ (r.o. 3.7.6).

De Hoge Raad komt zo tot een consumentvriendelijke uitleg van de voorwaarde: er is geen sprake van een vervaltermijn. De verzekerde kan ook na ommekomst van de termijn de bestreden rapportage ontkrachten, met als resultaat dat het beding niet oneerlijk wordt geacht.

Annotator Lindenbergh acht het markant dat de Hoge Raad zo uitvoerig ingaat op de vraag naar de meest aannemelijke uitleg, die door de rechtbank niet is gesteld en waarover mogelijk door partijen nog onvoldoende debat is gevoerd. Ik deel deze kwalificatie, zeker omdat Nationale Nederlanden zich voor de rechtbank nog had beroepen op de stelling dat de verzekerde al was gebonden aan de eenzijdig opgemaakte rapportages, omdat de bezwaartermijn ongebruikt was verstreken. Voorts deel ik de twijfel dat het debat over de feiten en omstandigheden die nodig zijn om het beding uit te leggen, voldoende is gevoerd. Alleen al gegeven het verweer van Nationale Nederlanden voor de rechtbank, zoals gelezen door de rechtbank, is het zeer wel denkbaar dat consumenten het beding anders ervaren dan hoe de Hoge Raad het uitlegt.<sup>59</sup>

Annotator Van Boom heeft bezwaar tegen het gebruik van het protocol van 2016.<sup>60</sup> Het is hem een raadsel hoe het mogelijk is dat polisvoorwaarden die in 2001 werden overeengekomen, moeten worden uitgelegd en op hun eerlijkheid beoordeeld aan de hand van het protocol uit 2016. Hij tekent hierbij aan dat die regels dateren van ná het moment van afwijzing van de claim. Bovendien wijken

---

<sup>58</sup> R.o. 4.14 en 4.15 van het vonnis van de rechtbank Den Haag in HR 28 September 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, NJ 2020/68 m.nt. S.D. Lindenbergh

<sup>59</sup> In deze zin ook H.B. Krans, ‘Een oordeel over een beding in polisvoorwaarden: een ongelukkige uitkomst’, *NTBR* 2019, p. 59-60.

<sup>60</sup> W.H. van Boom in zijn noot onder HR 28 September 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, AA 2020, p. 64.

de regels van 2016 anders dan de Hoge Raad overweegt, af van de versie van 2011. Het Protocol 2016 vermeldt metterdaad het recht op een second opinion. In de versie uit 2011 staat alleen maar dat de verzekerde moet klagen bij de directie of dat hij naar het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening of de rechter moet stappen.

Men zou zijn schouders kunnen ophalen over zoveel bezwaren. De feitenrechter zou zonder blozen mogen afwijken van het antwoord van de Hoge Raad, als hij op basis van de feiten tot het oordeel zou komen dat die afwijken van de feiten waarop de Hoge Raad het antwoord heeft gebaseerd.<sup>61</sup>

De Hoge Raad had er echter goed aan gedaan af te zien van het beantwoorden van de gestelde vragen, met als motivering dat de prejudiciële procedure niet is gegeven voor de beoordeling van een overeenkomst uit 2001, zeker niet nu – anders dan hij zelf heeft aangenomen – de context van het geschil met de introductie van de second opinion in het Protocol 2016 zo is gewijzigd. Gelet op die wijziging kan moeilijk worden volgehouden dat het antwoord op de door de rechtbank gestelde vragen over een zaak uit 2001 nu nog van belang is voor (a) een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of (b) voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.

Als alternatief had de Hoge Raad zijn antwoord – in lijn met zijn eigen uitlegjurisprudentie – wat genuanceerder kunnen formuleren en de rechtspraak enkele handreikingen kunnen doen voor de uitleg van het beding en de beoordeling van de eerlijkheid, rekening houdend met de verschillende situaties die zich hebben voorgedaan, zoals de verschillen tussen de in de loop der tijd gehanteerde protocollen en de wijze waarop verzekeraars het beding hebben tegengeworpen aan verzekerden.<sup>62</sup>

Voor het thema van dit preadvies was het mooi geweest als hij de gelegenheid te baat had genomen te leren dat de eigen regels van het Verbond van Verzekeraars weliswaar een rol kunnen spelen bij de uitleg van de verzekeringsvoorwaarden, maar dat het feitelijk karakter van die zelfregulering het gebruik van het werken met open normen – in casu uitlegnormen – begrenst. Het vergt feitelijke vaststelling; zonder dat blijft invulling van open normen aan de hand van soft law achterwege.

#### IV.4 Afronding

Soft law kan niet zó maar worden omgezet in betamelijkheidsnormen. Daar komt meer bij kijken. Het enkele feit dat bijvoorbeeld een gedragscode wordt gehanteerd bij de invulling van een open norm,

---

<sup>61</sup> Afwijken in verband met afwijkende feitelijke context is zonder meer toegestaan; lees MvT, *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 9; MvA I, *Kamerstukken I*, 2011/12, 32 612, C p. 5-6. Denk aan de vele situaties waarin de aansprakelijkheid van de bezitter van een huisdier zich kan voordoen, die HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, NJ 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*Imagine*) in een ander daglicht stellen; zie C.G. Breedveld-de Voogd en P.W. den Hollander, 'Het Imagine-arrest en het voorstellingsvermogen van de Hoge Raad', *NTBR* 2016, p. 353.

<sup>62</sup> Vergelijk MvT *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, 3, p. 8-10 en MvA I, *Kamerstukken I* 2011/12, 32612, C, p. 5-6.

moet daarom niet zonder meer als het zoveelste bewijs voor de doorwerking van gedragscodes in open normen worden gezien.<sup>63</sup>

## V Slot

Misschien is het allemaal toch niet zo gemakkelijk met de vrijheid die civilisten genieten, met de ruimte voor creativiteit die zij hebben bij het invullen van open normen. Het gaat uiteindelijk ook om de vrijheid van de burger, die meebrengt dat civilisten op zoek moeten gaan naar zijn betrokkenheid bij de te vinden betamelijkheidsnormen en zorgplichten.

Daarom verdienen de in het democratisch proces vastgestelde regels respect. Indien een open norm moet worden ingevuld in de context die valt onder een wettelijk regime, is er alle reden met eenzelfde soort precisie te werk te gaan als de Hoge Raad voorschrijft bij het derogeren aan wettelijke regels. Voor beide situaties geldt dat mogelijk kan worden volstaan met wetsuitleg, in plaats van zoveel betekenis toe te kennen aan de vraag of bepaalde feiten en omstandigheden in de wet zijn verdisconteerd en te toetsen aan algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht.

Daarom ook moet grote betekenis toekomen aan de feiten en omstandigheden van het concrete geval, inclusief soft law dat – anders dan het recht zelf – in een procedure door de partijen moet worden aangeleverd en door de rechter moeten worden vastgesteld.

Leiden/Florence, 8 november 2020

---

<sup>63</sup> Vergelijk J.L. Smeehuijzen in zijn noot onder HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, *NJ* 2020/8 die enerzijds geneigd is betekenis toe te kennen aan het aantal uitspraken waarin gedragscodes de betamelijkheidsnorm beïnvloeden, maar anderzijds – wat mij betreft terecht – oproept tot een feitelijke analyse van die uitspraken (onder 18 van zijn noot).