

**Het wettelijk stelsel
Lindenbaum/Cohen (1919) contra Artist de Laboureur (1923)**

Mr. W.M.U. van der Blom
Open Access Advocate, mei, 2014

Samenvatting

Door de arresten Lindenbaum/Cohen en Artist de Laboureur tegenover elkaar te stellen, en de uitkomst daarvan te houden tegen een beperkt aantal wettelijke bepaling uit zowel het Oud als het Nieuw BW, wordt gevonden de structuur van het wettelijk stelsel, dat het Recht tot in alle uithoeken aanstuurt. Het resultaat doet concluderen tot een open tevens dynamisch stelsel van het Recht, actueel en dus bij de tijd, zeer wel in staat de maatschappelijke ontwikkelingen te volgen, en onder omstandigheden te beïnvloeden.

De uitkomst levert meteen ook op een aan redelijkheid en billijkheid te relateren tool voor het vinden van het recht onder de open Norm die het recht aanstuurt (= de Norm), telkens te verbijzonderen per rechtsgebied.

Bovendien wordt het begrip titel aangescherpt. Alleen die verbintenissen die op het ogenblik van het uitvoeren de toetsing aan de in casu vigerende zorgvuldigheidsnorm doorstaan, kwalificeren als titel. De eerst na en door die toetsing te verkrijgen titel levert op de als exclusief aan te merken bevoegdheid mutaties teweeg te brengen in het goederenrecht dan wel in de goederenrechtelijke verhoudingen, als bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst.

1. Introductie

De arresten Lindenbaum/Cohen (1919) en Artist de Laboureur (1923) blijken in onderling verband en samenhang op te leveren het raamwerk van het wettelijk stelsel.

In het arrest Lindenbaum/Cohen heeft de Hoge Raad de juridische middeleeuwen achter zich gelaten door onder woorden te brengen de open norm die het rechtsaspect typeert (= de Norm¹). Het criterium van de zorgvuldigheid die in het (betreffend) maatschappelijk verkeer betaamt geeft immers integraal invulling aan artikel 6:2 BW en zijn verbijzonderingen zowel buiten als binnen het burgerlijk recht, en stuurt zo het recht aan, tot in al zijn uithoeken: open, dynamisch, daarmee meteen actueel en dus bij de tijd!

In het arrest Artist de Laboureur heeft de Hoge Raad nog geen vier jaar later de in het burgerlijk recht al eerder in de artikelen 1374 lid 3 en 1375 BW (oud) neergelegde contractuele uitwerking van die open norm van Lindenbaum/Cohen (de Norm) abusievelijk terzijde gesteld. Het normerende van het 'te goeder trouw ten uitvoer brengen' van de overeenkomst is immers opzij gezet door het instrument van 'naar de eisen van redelijkheid en billijkheid', aan welk instrument ten onrechte normerende waarde is toegekend.

In het artikel wordt toegelicht dat en waarom aan het instrument van de eisen van redelijkheid en billijkheid elke normering ontbreekt: het is een vragenmechaniek, en dus anders dan de Norm niet een criterium waaraan de rechtsvinding koers en richting ontleent.

Aansluitend wordt uitgewerkt hoe de open norm van het ten uitvoer brengen te goeder trouw als dé invulling van de Norm binnen het contractenrecht – op vergelijkbare wijze als het criterium van de 'maatschappelijke zorgvuldigheid' op buitencontractueel terrein ten aanzien van het negatief belang – alle ruimte biedt het overeengekomen positief belang aan te vullen dan wel te beperken, uiteraard enkel als de billijkheid dat in casu vergt.

Ten slotte wordt met hulp van het (vragen)mechaniek van redelijkheid en billijkheid geformuleerd de generaal toe te passen vraagstelling op basis waarvan kan worden vastgesteld welke potentiële of overeengekomen verbintenissen in casu op het moment van het ten uitvoer brengen (niet eerder) de kwalificatie titel toekomt, en daarmee de exclusief aan de titel voorbehouden bevoegdheid te muteren in het goederenrecht c.q. de goederenrechtelijke verhoudingen, als bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst.

Een schema verduidelijkt het artikel. Voor het gemak is een overzicht van wetsteksten Oud en Nieuw BW toegevoegd, naar de stand per april 2004.

¹ De Norm (met hoofdletter) staat voor die norm die koers en richting geeft aan een bepaald normatief terrein als bijv. de ethiek, de moraal of het recht. De centrale norm van dat normatief gebied derhalve. Voor het recht is die centrale norm ontwikkeld in en vanuit het arrest Lindenbaum/Cohen.

2. De noodzaak redelijkheid en billijkheid te relativiseren

In 1919 heeft de Hoge Raad in het arrest Lindenbaum/Cohen² de allesomvattende norm neergelegd waarmee het recht op gepaste afstand de maatschappelijke ontwikkelingen kan volgen en volgt. Die – generaal te respecteren – norm houdt in dat het recht inhoud geeft aan die zorgvuldigheid die in het (betreffend) maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BW, het derde criterium). Een continue uitbouw, verfijning en actualisering van het recht op – voorshands enkel – buitencontractueel terrein is het resultaat.

Zo niet op contractueel gebied. Immers, in 1923 heeft de Hoge Raad in het arrest Artist de Laboureur³ binnen het overeenkomstenrecht de al veel eerder in de wet neergelegde contractuele uitwerking van diezelfde open norm om zeep geholpen. Dat is geschied door aan de in de wet opgenomen opdracht de overeenkomst te goeder trouw ten uitvoer te brengen (art. 1374 lid 3 BW oud) de invulling te geven van ‘naar de eisen van redelijkheid en billijkheid’. Sindsdien mist de rechtsvinding op contractueel terrein de nodige scherpste. Redelijkheid en billijkheid kennen namelijk geen normering. Zij bieden slechts hulp bij het stellen van vragen. Daarom missen zij de voor rechtsvinding vereiste normatieve scherpste. Pas als de gebruiker aan de vraagstelling de norm toevoegt (ethisch, moreel, juridisch, maar bijv. ook economisch) ontstaat een normatieve uitkomst.

In het huurrecht zou de bij elke rechtsvinding te stellen juridisch-normatieve vraag als volgt luiden: Wat vindt u in het licht van de juridische elementen **(a)** ..., **(b)** ..., en **(c)**..., **(d)** naar de norm van het zich hebben te gedragen als ‘goed huurder’, **(e)** in casu redelijk en billijk?⁴ Het criterium **(d)** van het zich hebben te gedragen als ‘goed huurder’⁵ biedt, indien men dat begrip ‘goed + hoedanigheid’ consequent en dus stelselmatig in de bij de rechtsvinding te stellen vragen inpast, juist door de toespitsing op het aan de orde zijnde rechtsgebied (het huurrecht), een praktisch hulpmiddel om invulling te geven aan de naar het rechtsgebied van de casus verbijzonderde uitwerking van de zorgvuldigheid die in het (betreffend) maatschappelijk verkeer betaamt (= de Norm).

Gelet op het ontbreken van enig normerend vermogen aan het vragenmechaniek van (de eisen van) redelijkheid en billijkheid dienen de artikelen 1374 en 1375 BW (oud) in ere te worden hersteld door stelselmatig uit het recht en de rechtsvinding te elimineren de verwijzing naar ‘de eisen van redelijkheid en billijkheid’ zoals inmiddels te vinden onder andere in de voor de rechtsvinding cruciale artikelen 6:2 BW en 6:248 BW.

² HR 31 januari 1919, NJ 1919/161.

³ HR 9 februari 1923, NJ 1923/676.

⁴ De uitwerking van de juridische criteria (a) ..., (b) ..., en (c) ..., vindt u in de vraagstelling aan het slot van par. 4 van dit artikel.

⁵ Als een naar rechtsgebied verbijzonderde uitwerking van de Norm weergevend de in het huurrecht door de huurder rechtens te betrachten zorgvuldigheid.

3. Een en dezelfde norm – zowel buitencontractueel als contractueel

Ook binnen het overeenkomstenrecht heeft het resultaat van de rechtsvinding te voldoen aan de eis/de Norm dat de uitkomst overeenkomt met de zorgvuldigheid die in het (betreffend contractueel) maatschappelijk verkeer betaamt. Contractueel betekent niets anders dan dat er afspraken zijn. Die afspraken moeten te goeder trouw ten uitvoer worden gebracht (art. 1374 lid 3 BW oud). Daarom noemen we op contractueel terrein de rechtens te betrachten zorgvuldigheid dan ook de goede trouw.

Het verschil in terminologie hangt samen met het verschil in het te beschermen belang. Voor die situaties waarin geen afspraken zijn gemaakt beschermt het recht *het negatief belang* van het zich van inbreuk hebben te onthouden, of de norm verwoordend de gehoudenheid van (potentieel) schuldeiser en (potentieel) schuldenaar zich over en weer zozeer met inachtneming van de in het (betreffend) maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid te gedragen, dat tussen hen geen tot schadevergoeding verplichtende verbintenis ontstaat.

Dat geldt voor het recht in het algemeen (alle rechtsgebieden) op grond van **artikel 6:2 BW**.

Dat geldt vanuit het recht in het algemeen toegespitst op het burgerlijk recht op grond van **artikel 6:2 BW + artikel 6:162 BW (cumulatief)**.

Wanneer partijen afspraken maken (= een overeenkomst sluiten), dan gaan zij ervan uit en mogen zij ervan uitgaan dat zoals voor iedereen, ook voor hen de bescherming van het negatief belang als basisvoorziening op grond van de artikelen 6:2 + 6:162 BW al voldoende is geborgd. Impliciet uitgaand van die op zich juiste vooronderstelling beperken contractanten zich er dan ook toe, en kunnen zij zich er toe beperken, tot enkel het maken van afspraken met betrekking tot de inhoud van de overeenkomst, tot enkel het vastleggen van *het positief belang* dat hen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen staat.

Dat positief belang brengt met zich dat contractanten zich hebben te houden aan het gegeven woord. Maar ook dat trouw zijn en blijven aan het gegeven woord dient te worden uitgevoerd met inachtneming van de in het (betreffend) maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid (= de Norm), te goeder trouw derhalve.

Dat geldt voor afspraken binnen het burgerlijk recht in het algemeen op grond van **artikel 6:2 BW + artikel 6:162 BW + de artikelen 1374 lid 3 en 1375 BW (oud) (cumulatief)**.

Dat geldt voor afspraken binnen het burgerlijk recht bij bijzondere overeenkomsten op grond van **artikel 6:2 BW + artikel 6:162 BW + de artikelen 1374 lid 3 en 1375 BW (oud) + artikel 7:611 BW⁶ (cumulatief)**.

Dus met inachtneming van die zorgvuldigheidsnorm die de betreffende bijzondere overeenkomst regeert.

⁶ Als voorbeeld voor een van de bijzondere overeenkomsten.

Om een paar van de meest aansprekende bijzondere contractuele zorgvuldigheidsnormen⁷ te noemen:

- het over en weer zijn van goed verhuurder respectievelijk goed huurder (ex art. 7:200 (in spe⁸) en 7:213 BW);
- het over en weer zijn van goed werkgever respectievelijk goed werknemer (ex art. 7:611 BW);
- het over en weer zijn van goed echtgenoot ('jegens elkander') (ex art. 1:81 + 1:82 BW + artikel 1:83 BW (oud) (cumulatief)).

⁷ Verwoordingen van de Norm op het betreffend rechtsterrein.

⁸ De wetgever heeft tot op heden verzuimd de – tegenover de gelijklopende verplichting van de huurder staande – verplichting van de verhuurder zich als 'goed verhuurder' te gedragen in de wet op te nemen. Die beide verplichtingen over en weer (tezamen) leveren op de verwoording van de Norm binnen een wederkerige overeenkomst als de huurovereenkomst.

4. De Norm – voorop te stellen, omdat zij de rechtsvinding koers en richting geeft

Hoe nu om te gaan met de verhouding tussen de het recht koers en richting gevende norm van het in acht nemen van de in het (betreffend) maatschappelijk verkeer te betrachten zorgvuldigheid (= de Norm), en de overige voor de casus relevante normering? Denk bij die overige voor de casus relevante normering aan:

(buitencontractueel)

- het niet maken van een inbreuk op een recht (art. 6:162 lid 2 BW, het eerste criterium) en
- het respecteren van een wettelijke plicht (art. 6:162 lid 2 BW, het tweede criterium);

(buitencontractueel en/of contractueel)

- zaakwaarneming (art. 6:198 e.v. BW),
- onverschuldigde betaling (art. 6:203 e.v. BW) en
- ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW);

(contractueel)

- de gemaakte afspraken/de gesloten overeenkomst (art. 1374 lid 1 BW (oud) – de overeenkomst strekt partijen tot wet (= ‘de kleine wet’).

Artikel 1374 lid 3 BW (oud) jo. de artikelen 6:2 en 6:248 BW, telkens lid 2, wijzen hier de weg. Partijen hebben al die (andere) normering zonder meer te respecteren, zo leert ons in alle helderheid de gestrengheid van het begrip ‘de kleine wet’ in artikel 1374 lid 1 BW (oud).

Zonder iets af te doen aan die gestrengheid van het eerste lid bepaalt vervolgens het derde lid van artikel 1374 BW (oud), dat de conform het eerste lid te respecteren verbintenis – om tot titel te worden bevorderd – nog wel te goeder trouw ten uitvoer moet worden gebracht. Dat brengt met zich de gehoudenheid de verbintenis ofwel ongewijzigd executoriaal te verklaren, ofwel aan te vullen, ofwel te beperken, al naar gelang dat in casu wordt geleverd door de koers en richting gevende norm van de zorgvuldigheid die in het betreffend maatschappelijk verkeer betaamt (= de Norm).

Het uitvoering geven aan die gehoudenheid⁹ kan onder omstandigheden zelfs leiden tot het inperken van de wet en dus evenzo tot het inperken van ‘de kleine wet’ (= de overeenkomst), zo leert ons telkens lid 2 van de artikelen 6:2 en 6:248 BW. Die bevoegdheid de verbintenis zowel aan te vullen als te beperken al naar gelang de billijkheid (= de in casu te betrachten zorgvuldigheid) dat vergt, is in het huidige Burgerlijk Wetboek uitgewerkt in het eerste lid (de aanvullende werking) en het tweede lid (de beperkende werking) van zowel artikel 6:2 als artikel 6:248 BW. Daarbij vestigt het in het tweede lid opgenomen begrip van ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ er op weinig heldere, en daarom ongelukkige wijze¹⁰ de aandacht op dat je bij het vinden van het recht de overige voor de casus relevante normering, al dan niet contractueel van aard, zo veel mogelijk dient te respecteren, letterlijk als ware zij wet (art. 1374 lid 1 BW (oud)) tot op het moment dat de zorgvuldigheid die in het betreffend maatschappelijk verkeer betaamt en daarom de rechtsverhouding regeert (= de Norm), anders vergt.¹¹

⁹ Dat is niets anders dan het bij de uitvoering (bij het ten uitvoer leggen, niet eerder) conform art. 1374 lid 3 BW (oud) invulling geven aan het geheel van de op dat moment te stellen vragen, op grond van de uitkomst waarvan de verbintenis – al dan niet na aanvulling en/of beperking – eerst de status van titel verkrijgt.

¹⁰ Redelijkheid en billijkheid ontberen immers normering, en kunnen dan ook geen maatstaf opleveren.

¹¹ Zie voor de onderbouwing van deze interpretatie de parlementaire geschiedenis (art. 6.1.1.2 – MvA II), besproken onder punt 8 (p. 22) van het aan het slot onder Verantwoording genoemd artikel, te vinden op de website www.metrechtanders.nl.

Daarom maakt die generaal te respecteren zorgvuldigheid via het criterium **(d)** een essentieel, in wezen het doorslaggevend criterium uit¹² van het strak schema van vragen dat men bij het vinden van het recht heeft te beantwoorden:¹³

Welke uitkomst vindt u, rekening houdend met de juridische elementen **(a)** ..., **(b)** ... en **(c)** ..., **(d)** in het licht van de op dit rechtsgebied te betrachten zorgvuldigheidsnorm, verwoord via het begrip 'goed + hoedanigheid', **(e)** in casu redelijk en billijk?

Het stelselmatig nalopen van die vragen die juist door te toetsen aan een viertal elementen van juridische aard de juridische kleur toevoegen aan het op zich neutraal vragenmechaniek van redelijkheid en billijkheid,¹⁴ biedt de mogelijkheid op eenvoudige wijze het voorlopig resultaat van de rechtsvinding aan de normering van het recht te toetsen, waardoor dat resultaat de status van (executoriale) titel verkrijgt. Daarmee wordt consistente rechtsvinding en consistente rechtspraak bevorderd.

De voor het afronden van de rechtsvinding te stellen vraag uitwerkend:

Wat vindt u

(a) in het licht van de maatschappelijke appreciatie van het voorliggend rechtsterrein in het algemeen, zoals daarvan mede kan blijken uit een eventuele wettelijke en/of jurisprudentiële regeling,

(b) gelet op de inhoud die partijen al dan niet aan juist hun relatie in concreto hebben gegeven, zoals daarvan mede kan blijken uit de eventueel tussen hen gemaakte afspraken, **(c)** mede gelet op relevante noties te ontleen aan het stelsel van de Wet (= het stelsel van de zorgvuldigheid aan het rechtsaspect eigen – de reeds gerealiseerde invulling van art. 6:2 BW en haar verbijzonderingen dus),

(d) naar de het betreffend rechtsterrein regerende gehoudenheid zich (over en weer) als 'goed + hoedanigheid' te gedragen (= de Norm)

(e) in casu
redelijk en billijk?

¹² Meteen de discussie beslechtend omdat het primaat van de open norm nu eenmaal te allen tijde de doorslag behoort te geven!

¹³ Het vinden van het recht is niets anders dan het met toepassing van de Norm formuleren van de/die titel die de bevoegdheid oplevert om de goederenrechtelijke verhoudingen aan te passen aan wat het verbintenissenrecht in casu vergt, aan wat de intermenselijke (= relationele) verhoudingen in casu rechtens vergen.

¹⁴ En aldus niet een ethisch, moreel, economisch, natuurwetenschappelijk enz., maar een specifiek juridisch antwoord uitlokken op de vraag wat men in casu redelijk en billijk oordeelt.

5. Het herpositioneren van redelijkheid en billijkheid

Dit artikel had ook als titel kunnen hebben de vraag of redelijkheid en billijkheid dienstbaar hebben te zijn aan de Norm die de te regelen verhoudingen aanstuurt. Het antwoord op die vraag kan niet anders dan bevestigend luiden: dienstbaar zijn is nu eenmaal eigen aan een tool die geen ander doel heeft dan de relevante vragen te stellen.

Als we nu de balans opmaken van een kleine honderd jaar rechtsontwikkeling dan is de uitkomst per saldo (zeer) positief.

Onderkend kunnen worden de volgende negatieve en positieve ontwikkelingen:

- Negatief: Gelet op de relatief beperkte functie van tool om de juiste vragen te stellen en te beantwoorden kan er van een zelfstandige rol van (de eisen van) redelijkheid en billijkheid geen sprake zijn. Niet binnen het geloofsaspect, niet binnen de ethiek, niet binnen de moraal, niet binnen het recht, niet binnen de economie, niet binnen enig ander aspect van het menselijk bestaan.
- Positief: Als tool om de juiste vragen te stellen en te beantwoorden vormt het achter het begrip redelijkheid en billijkheid schuilgaand geheel van vragen het middel bij uitstek om de feiten te toetsen aan de norm die het gebied aanstuurt waarop de vraagstelling zich richt, op weg naar een normatieve uitkomst. Binnen het geloof, binnen de ethiek, binnen de moraal, binnen het recht, binnen de economie, en binnen alle andere aspecten van het menselijk bestaan.
- In rechte negatief: Een negentigtal jaren geleden heeft het door de Hoge Raad geïntroduceerde begrip van ‘de eisen van redelijkheid en billijkheid’ de rechtsvinding op contractueel terrein de vereiste normatieve scherpte doen ontberen omdat door het toekennen van normatieve waarde aan redelijkheid en billijkheid het zicht op de uiteindelijk te respecteren norm (de Norm) is versluierd.
- In rechte positief: Nu blijkt dat redelijkheid en billijkheid uit hun aard geen andere functie vervullen dan die van tool om de juiste vragen te stellen en te beantwoorden zodat (opnieuw) de Norm centraal komt te staan waaraan men bij de rechtsvinding koers en richting ontleent, blijkt niet alleen van een de redelijkheid en billijkheid passende herpositionering maar tevens – als bijvangst van negentig jaar rechtsontwikkeling – van een zich helder aftekenen van het stelsel van het recht, reeds in de wetgeving neergelegd.

Dat wettelijk stelsel vindt u terug in de volgende artikelen – om integraal recht te doen aan eerder resultaat van rechtsvinding cumulatief te benutten (zie ook het schema in bijlage 1):

Artikel 6:2 BW

voor het recht in het algemeen (alle rechtsgebieden)

Artikel 6:2 BW + artikel 6:162 BW

voor het burgerlijk recht (buitencontractueel)

Artikel 6:2 BW + artikel 6:162 BW + de artikelen 1374 lid 3 en 1375 BW (oud)

voor het burgerlijk recht (contractueel algemeen)

Artikel 6:2 BW + artikel 6:162 BW + de artikelen 1374 lid 3 en 1375 BW (oud) + bijvoorbeeld artikel 7:611 BW

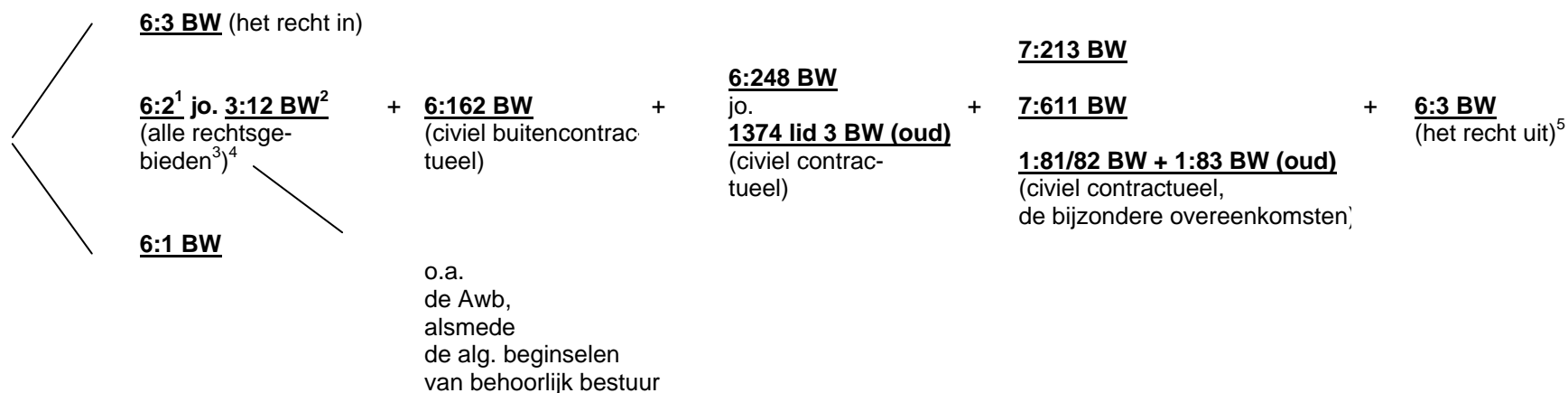
voor het burgerlijk recht (contractueel – de bijzondere overeenkomsten).

Verantwoording

In het op de website www.metrechtanders.nl gepubliceerde artikel 'Ontslag terecht? Toets het aan de billijkheid!' zijn de recente arresten van de Hoge Raad inzake het kennelijk onredelijk ontslag getoetst aan het hiervoor uitgewerkt algemeen deel van het wettelijk stelsel. Het stuk dateert al uit 2010 en ligt daarom ten grondslag aan dit artikel.¹⁵

¹⁵ Voor wie met het arbeidsrecht te maken heeft, anders dan de Hoge Raad leert blijkt de grondslag voor de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag geen andere dan die bij de ontbinding gewichtige redenen. In beide gevallen gaat het om de aanvullende werking van de goede trouw. Schadevergoeding met alle narigheid van afdeling 10 van titel 1 van Boek 6 BW is niet aan de orde. Voor het vaststellen van de billijke vergoeding kan dan ook worden volstaan met het systematisch nalopen van de hiervoor ontwikkelde vraagstelling. Dat levert u meteen de uitkomst (= de titel) op. Maar het zou wel handig als daar nog bijkomt een lijstje met in de afweging te betrekken punten (gelet op de open norm uiteraard enuntiatief, niet imperatief).

Bijlage 1. Het wettelijk stelsel [schema]



¹ Art. 6:2 BW ziet op elke verbintenis, want wanneer er sprake is van schuldeiser en schuldenaar is er sprake van een verbintenis. In het recht gaat het – de volontaire jurisdictie en vergelijkbare vormen van ordening even daargelaten – in essentie enkel om het vaststellen van verbintenissen (= tot datgene waartoe de een jegens de ander rechtens is verplicht). Daarom vormt de open norm van art. 6:2 BW de centrale norm van het recht (= de Norm).

² Alle bijzondere rechtsgebieden zijn in wezen aan de eisen van de tijd tegemoet komende verbijzonderingen/afsplittingsen vanuit het burgerlijk recht zoals dat al ten tijde van Adam en Eva bestond. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de algemene zorgvuldigheidsnorm van het recht zich in het Burgerlijk Wetboek bevindt (art. 6:2 BW), noch dat de burgerlijke rechter zich binnen het rechtstelsel opstelt als 'restrechter' (rechtstreeks ex art. 6:2 BW, of – als tot op heden in de praktijk aangenomen – ex art. 6:2 BW jo. art. 6:162 BW?).

³ Ook op andere (niet tot het burgerlijk recht te rekenen) rechtsgebieden geeft de generale norm van art. 6:2 BW koers en richting aan de rechtsvinding,

a. ofwel door de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:2 BW binnen dat specifiek rechtsgebied te herhalen, met als resultaat dat de generale zorgvuldigheid wordt verbijzonderd tot de zorgvuldigheid te betrachten binnen het betreffend rechtsgebied,
b. ofwel door het resultaat van de rechtsvinding op zo'n specifiek rechtsgebied direct aan de generale zorgvuldigheidsnorm van art. 6:2 BW te ijken, bijv. via de beginselen van behoorlijk bestuur.

⁴ De pijl symboliseert de dynamiek/het actueel zijn van het recht. Die dynamiek/dat actueel zijn en blijven van het recht spruit voort uit het normatief karakter van het recht. De open zorgvuldigheidsnorm van het geheel van art. 6:2 BW en zijn verbijzonderingen (het 'goed + hoedanigheid') (de Norm) biedt immers juist door dat open karakter volop ruimte actuele maatschappelijke opvattingen in rechtsaanspraken te vertalen.

⁵ Via de natuurlijke verbintenis komen normen van allerlei aard geleidelijk aan het recht in, doordat aan hen in het kader van de rechtsvinding onder de Norm (= de open norm van het recht) afdwingbaarheid wordt verleend. En via de natuurlijke verbintenis verlaten normen die niet langer worden gehandhaafd het recht, om onder omstandigheden wellicht nog een enkele keer te herleven.

Bijlage 2. Wetsteksten (april 2004¹⁶)

- Art. 1269 OBW Alle verbindtenissen ontstaan of uit overeenkomst, of uit de wet.
juncto
- Art. 6:1 BW Verbindtenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.
- Art. 6:3 BW 1. Een natuurlijke verbintenis is een rechtens niet afdwingbare verbintenis.
2. Een natuurlijke verbintenis bestaat:
a. wanneer de wet of een rechtshandeling aan een verbintenis de afdwingbaarheid onthoudt;
b. wanneer iemand jegens een ander een dringende morele verplichting heeft van zodanige aard dat naleving daarvan, ofschoon rechtens niet afdwingbaar, naar maatschappelijke opvattingen als voldoening van een aan die ander toekomende prestatie moet worden aangemerkt.
- Art. 1374 OBW 1. Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.
2. Zij kunnen niet herroepen worden, dan met wederzijdsche toestemming of uit hoofde der redenen welke de wet daartoe voldoende verklaart.
3. Zij moeten (wel) te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht.
- Art. 1375 OBW Overeenkomsten verbinden niet alleen tot datgene hetwelk uitdrukkelijk bij dezelve bepaald is, maar ook tot al hetgeen dat, naar den aard van dezelve overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik, of de wet, wordt gevorderd.
juncto
- Art. 6:2 BW 1. Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid
2. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.
- Art. 6:162 BW 1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.
- Art. 6:248 BW 1. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte, of de eisen van redelijkheid of billijkheid voortvloeien.
2. Een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

¹⁶ Nog steeds actueel, met uitzondering evenwel van het nieuwe art. 1:83 BW waarvan de inhoud niet constitutief is voor de inhoud van de huwelijksovereenkomst

- Art. 1596 OBW De huurder is tot twee hoofdverplichtingen gehouden:
1° om het gehuurde als een goed huisvader te gebruiken (...)
2° (...)
- juncto**
- Art. 7A:1596 BW De huurder is tot twee hoofdverplichtingen gehouden:
1° om het gehuurde als een goede huurder te gebruiken (...)
2° (...)
- Art. 7:611 BW De werkgever en de werknemer zijn verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen.
- Art. 1:81 BW Echtgenoten zijn elkander getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd. Zij zijn verplicht elkander het nodige te verschaffen.
- Art. 1:82 BW Echtgenoten zijn jegens elkander verplicht hun kinderen te verzorgen en op te voeden.¹⁷
- Art. 1:83 BW 1. Echtgenoten zijn jegens elkander tot samenwoning verplicht, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten.
2.-3. (...)¹⁸
- Art. 1:100 BW 1. De echtgenoten hebben een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap tenzij anders is bepaald bij huwelijkse voorwaarden of bij een overeenkomst die tussen de echtgenoten bij geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding der gemeenschap anders dan door de dood of ten gevolge van opheffing bij huwelijkse voorwaarden.
2. (...)
- Art. 3:11 BW Goede trouw van een persoon, vereist voor enig rechtsgevolg, ontbreekt niet alleen, indien hij de feiten of het recht, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben, kende, maar ook indien hij ze in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen. Onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden tot twijfel had, aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen.¹⁹
- Art. 3:12 BW Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval betrokken zijn.²⁰

¹⁷ De tekst van art. 1:82 BW is gewijzigd met ingang van 22 juni 2001.

¹⁸ Art. 1:83 BW is vervallen met ingang van 22 juni 2001.

¹⁹ 'Goede trouw van een persoon' of subjectieve goede trouw.

²⁰ 'Redelijkheid en billijkheid' of objectieve goede trouw (= 'goed' in de zin van 'goed + hoedanigheid': 'goed crediteur/debiteur', 'goed werkgever/werknemer', 'goed verhuurder/huurder', 'goed echtgenoot', enz.).

Art. 7 lid 1 Weens koopverdrag	<p>Bij de uitleg van dit Verdrag dient rekening te worden gehouden met het internationaal karakter ervan en met de noodzaak eenvormigheid in de toepassing ervan en naleving van de goede trouw in de internationale handel te bevorderen.</p> <p>In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.</p> <p>Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.)</p>
Art. 3:84 BW	<p>1. Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken.</p> <p>2.-4. (...)</p>
Art. 3:186 BW	<p>1. Voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde is een levering vereist op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven.</p> <p>2. (...)</p>
Art. 3:276 BW	Tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt, kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen.
Art. 6:212 BW	<p>Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.</p> <p>2.-3. (...)²¹</p>
Art. 7:658 BW	<p>1.-2. (...) (zorgplicht/aansprakelijkheid werkgever)</p> <p>3. Van de leden 1 en 2 en van hetgeen titel 3 van Boek 6 bepaalt over de aansprakelijkheid van de werkgever kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.</p> <p>4. (...)</p>
Art. 4 EVRM	<p>1. Niemand mag in slavernij of dienstbaarheid worden gehouden.</p> <p>2.-3. (...)</p>
Art. 7A:1672 BW	<p>1. Het beding, waarbij aan een (of meer) der vennoten alle de voordelen mogten toegezegd zijn, is nietig.</p> <p>2. Maar het is geoorloofd te bedingen, dat alle de verliezen bij uitsluiting door een of meer vennoten zullen gedragen worden.</p>

²¹ In feite is dit de normering op basis waarvan tot het bestaan van een verbintenis vanuit het goederenrecht wordt geconcludeerd, o.a. bij spontane goederenrechtelijk mutaties als toe-eigening, schatvinding, natrekking, vermenging en/of zaaksvorming.

Commentaar

De behoefte tot het invoeren van het begrip redelijkheid en billijkheid – eerst in de jurisprudentie, vervolgens in de wet – is voortgekomen uit het verlangen helderder te kunnen onderscheiden tussen ‘goede trouw in subjectieve zin’, en ‘goede trouw in objectieve zin’.

Met het badwater heeft men evenwel het kind weggegooid: het normerende van ‘goede trouw’ in de zin van ‘goed + hoedanigheid’ (vgl. art. 1374 lid 3 OBW) is immers uit de tekst geëlimineerd.

Dat deze insteek onjuist is kan blijken uit het later tot stand gekomen artikel 7 lid 1 van het Weens Koopverdrag, dat niet hanteert het normloos begrip ‘redelijkheid en billijkheid’, maar heel helder het normerend begrip ‘goede trouw in de internationale handel’ – ‘good faith in international trade’ – ‘le respect de la bonne foi dans le commerce international’.