

De leer van de redelijke uitkomst

Matthijs de Jongh en Alexander Schild¹

Regels zijn niet van steen. In het overgrote deel van de zaken zullen de toepasselijke regels tot een bevredigende uitkomst leiden. In een zeer klein deel van de zaken zal de Hoge Raad de regel soms iets moeten buigen. De leer van de redelijke uitkomst vormt daarbij het vuur dat het ijzer verhit, waarna de Hoge Raad de hamer op het aambeeld van het recht zodanig tracht te hanteren, dat de regel daarna de schoen net weer iets beter past.

Ooka Echizen no Kami Tadosoeke leefde van 1677 tot 1751 in Japan. Op late-
re leeftijd werd hij aangesteld als magistraat in Edo (het huidige Tokio). Zijn
faam als een wijs rechter leeft voort in vele verhalen. Bertus Aafjes heeft over
hem geschreven in de ‘De Rechter Ooka Mysteries’.

Eén van deze verhalen heeft als titel ‘de zaak van de gestolen geur’.² Het ver-
haal gaat over een arme student die boven een eethuisje woont. De student
kon zich enkel rijst veroorloven maar genoot van de heerlijke geuren die vanuit
het eethuisje onder hem zijn kamer in kwamen. Aan zijn vrienden vertelde de
arme student dat hij dankzij deze geuren toch de ene dag rijst met kreeft en de
andere dag rijst met garnalen at.

De eigenaar van het eethuisje ontstak in woede toen hij hoorde dat de arme
student zo dagelijks genoot van zijn gerechten. Volgens hem was sprake van
diefstal omdat de student profiteerde van zijn kookkunsten zonder ervoor te
betalen. Hij bracht de zaak voor rechter Ooka. Daar pleitte de eigenaar van het
eethuisje dat een geur van hem bleef, ook nadat het zijn pan had verlaten, net
zoals een hond zijn hond bleef, ook al liep deze los.

1 Dit artikel is eerder verschenen in *NJB* 2013/2124, p. 2519-2523.

2 Bertus Aafjes, *Rechter Ooka Mysteries*, Amsterdam: Meulenhoff, Nederland B.V. 1982, p. 63 e.v.

Na de eigenaar van het eethuisje te hebben aangehoord vroeg rechter Ooka de student wat muntstukken uit zijn portemonnee te halen en van zijn ene hand in de andere te laten vallen. De student deed zoals van hem werd gevraagd. 'Zo is recht gedaan', sprak rechter Ooka, 'de geur van eten is nu betaald met de klank van geld.'

De leer van de redelijke uitkomst

Het vonnis van rechter Ooka is een fraai voorbeeld van de toepassing van wat wij zullen noemen 'de leer van de redelijke uitkomst'. Elke jurist wordt in zijn juridische opleiding en loopbaan getraind in het toepassen van de relevante regels op de omstandigheden van het geval, om aldus tot het rechtens juiste antwoord te geraken. Maar in deze benadering blijft soms onderbelicht de opdracht die besloten ligt in elk rechtssysteem: om redelijke en rechtvaardige uitkomsten te genereren. Regels – als zij goed functioneren – zullen doorgaans over het algemeen ook redelijke uitkomsten genereren. Maar zelfs goede regels vormen geen garantie dat de uitkomst in ieder geval ook steeds redelijk is.

198

Wat te doen indien blijkt dat het toepassen van een regel tot een niet aanvaardbare uitkomst leidt? Het is aan de rechter in een dergelijk geval een uitweg te vinden, die naar een redelijk resultaat leidt. Soms bieden de bijzondere omstandigheden van een geval daartoe een mogelijkheid.³ In andere gevallen kan de rechter ervoor kiezen de regel te verfijnen.

In dit artikel willen wij – ter gelegenheid van het 175 jarig bestaan van de Hoge Raad⁴ – aandacht vragen voor de wijze waarop 'de leer van de redelijke uitkomst' een belangrijke (en naar onze mening niet steeds op waarde geschatte) kracht is, die van grote betekenis is voor de uitkomst van geschillen bij de Hoge Raad. Wij zullen daartoe enige jurisprudentie van de civiele kamer van de Hoge Raad 'deconstructiveren'.

3 Zie bijv. HR 13 juli 2007, NJ 2007/504, m.nt. Mok (*Barneveld/Gasunie*).

4 Op 1 oktober 2013.

De innerlijke stem

Rechters als rechter Ooka willen niet louter regels toepassen, maar ook ‘recht doen’. De leer van de redelijke uitkomst is een exponent van deze innerlijke stem van de rechter.

Om recht te kunnen doen in plaats van alleen regels te volgen dient de rechter over een zekere autonomie te beschikken. Deze rechterlijke autonomie heeft zich met regelmaat op een frisse parlementaire tegenwind mogen verheugen. Men denke aan de recente discussie over de invoering van minimumstraffen.

Enige eeuwen terug propageerde de Franse revolutie het ideaal van de rechter als *bouche de la loi*. In dit ideaal heeft de rechter niets te wensen. De wil van de wetgever is zijn wet. Dat ideaal is mede door een exponentiële groei van de hoeveelheid wetgeving in de laatste 175 jaar ook tot op grote hoogte gerealiseerd. Voor verreweg de meeste juridische geschillen geldt dat het toepassen van de relevante regel een zowel juridisch als maatschappelijk juist resultaat genereert.⁵ Dat zijn echter niet de zaken die – om wat contemporain Hoge Raad-jargon te gebruiken – ‘ertoe doen’.

In de zaken waar de Hoge Raad tegenwoordig graag zijn poort voor open doet zit tussen de regel en de (gewenste) uitkomst vaak enige ruimte. Dit kan zijn omdat (i) in een zaak regels kunnen conflicteren,⁶ (ii) de toepassing van een regel tot een onaanvaardbare uitkomst leidt, of (iii) de regel zich op verschillende wijzen laat uitleggen.

Het kan de wetgever niet worden kwalijk genomen dat deze zaken zich voordoen. Regels beogen doorgaans een veelheid aan gevallen te bestrijken en bevatten daarom ‘open normen’. In specifieke gevallen is het aan de rechter om uit te maken wat de norm precies behelst. Soms is dat niet eenvoudig. Art. 6:162 BW schrijft voor dat men zich in het maatschappelijk verkeer zorgvuldig dient te gedragen. Maar wat vergt bijvoorbeeld ‘zorgvuldig gedrag’ van bank naar een cliënt precies?

5 Hetgeen door Wiarda als een ‘heteronome’ wijze van rechtsvinding is getypeerd in: *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 19.

6 Bijv. HR 9 april 2010, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (SGP).

De Hoge Raad heeft hierover eerst overwogen dat op bank een ‘bijzondere zorgplicht’ rust vanwege hun specifieke deskundigheid op het financiële terrein.⁷ De bank heeft dus een verzwaarde zorgplicht. Daarmee is nog niet alles helder. In hoeverre heeft de bank ook bijvoorbeeld een zorgplicht naar de partner van de persoon die een financieringsovereenkomst tekent?⁸

Regels behoeven soms ook aanpassing vanwege nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen. Het recht is steeds een product van het verleden. De wetgever lijkt in zoverre soms op de generaal die zich voorbereidt op de vorige oorlog. Nieuwe ontwikkelingen – zoals de uitvinding van effectenlease-overeenkomsten of het uitbreken van de kredietcrisis – stellen de rechter dan voor vragen die de wetgever niet heeft kunnen voorzien. Ook komt het voor dat de wetgever bewust de rechtsontwikkeling over een bepaalde vraag aan de rechter laat.⁹

Men zou kunnen betogen dat door het voorgaande de Hoge Raad een beperkte ‘wetgevende’ bevoegdheid heeft. Theoretisch zou men hier een spanning kunnen opmerken met de Trias Politica. Praktisch lijkt ons dit bezwaar van geringe betekenis. De ‘wetgevende bevoegdheid’ van de Hoge Raad is immers beperkt tot de enkele witte vlekken op de landkaart waar de grenzen van het recht nog niet helder zijn. De Hoge Raad spreekt in dit verband dan ook over haar taken om de rechtseenheid en rechtsontwikkeling te bevorderen. Tot slot is de belangrijkste reden om niet te hoeven vrezen voor oneigenlijke macht van 's lands hoogste rechtscollege: de wetgever kan de Hoge Raad steeds terugfluiten. Als de Hoge Raad een witte vlek inkleurt op een wijze die de wetgever onwelgevallig is, kan de wetgever de wet daarop aanpassen.¹⁰

Kan de rechter met terugwerkende kracht het recht maken?

Niet iedereen denkt over dit onderwerp zo pragmatisch als wij. De onlangs overleden rechtsfilosoof Dworkin zag in de rechterlijke autonomie een gevaar voor de rechtszekerheid. Partijen die hun geschil voor de rechter brengen worden dan geconfronteerd met een rechter die achteraf gaat vaststellen wat de

7 HR 23 mei 1997, NJ 1998/192 m.nt. Van Zeven (*Rabobank/Everaars*).

8 Een vraag die aan de orde was in HR 12 april 2013, NJ 2013/390 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Pessers/Rabobank*).

9 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, in antwoord op een prejudiciële vraag.

10 Hetgeen vooral naar aanleiding van uitspraken van de belastingkamer van de Hoge Raad met regelmaat gebeurt.

inhoud van de regel was waaraan partijen zich hadden moeten houden. Een probleem dat zich vooral bij open normen voordoet. Om hieraan te kunnen ontsnappen heeft Dworkin verdedigd dat het weliswaar soms *lijkt* alsof de rechter het recht ‘maakt’ maar dat als men hier diep over nadenkt het toch echt ‘law all the way down’ is.¹¹ Voor zover er bij Dworkin ruimte is voor een leer van de redelijke uitkomst, is de redelijke uitkomst gelijk aan de enig juiste uitkomst. In de principes die aan het recht ten grondslag liggen, ligt al het recht – en alle uitkomsten voor alle mogelijke situaties – besloten, aldus Dworkin. Minder praktisch is dat volgens Dworkin de *right answer* alleen te vinden is door de oneindig wijze – en dus ook fictieve – figuur Hercules en wij stervelingen daarover slechts kunnen debatteren.

Dworkin zoekt voor invulling van de open norm in een concreet geval vooral steun bij rechtsbeginselen. In aanvulling daarop zou men voor de invulling van open normen ook kunnen kijken naar het normatieve vermogen van mensen zelf. Open normen veronderstellen dat alle rechtssubjecten in het concrete geval kunnen inzien wat een redelijke handelwijze is en wat niet. Zonder die veronderstelling zouden de mensen niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor een schending van een open norm. De bijzondere zorgplicht die rust op een bank veronderstelt bijvoorbeeld dat een bank zich moet realiseren dat zij haar cliënten in zekere mate heeft te behoeden voor de bijzondere risico’s die kleven aan effectenleaseproducten. Bij een schending van een open norm wordt een (rechts)persoon verweten zich te hebben gedragen op een wijze die, *zoals zij zelf had behoren in te zien*, niet aanvaardbaar is. In deze zienswijze ligt de rechtens te respecteren norm reeds besloten in de omstandigheden van het geval.

Over hetgeen een (rechts)persoon precies had behoren in te zien, zijn soms verschillende opvattingen mogelijk die alle redelijk zijn. Het komt daarbij vaak aan op opvattingen over hetgeen het zwaarst moet wegen. Een dergelijke weging van belangen laat zich wellicht niet altijd helemaal volledig articuleren in taal. Daarom accepteren wij in Nederland sinds Scholten dat we soms ook naar het eindresultaat toe mogen springen.¹²

11 Voor het laatst in *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (MA)/London: The Belknap Press of Harvard University Press 2011.

12 Asser/Scholten, Algemeen deel, 1974, nr. 28.

Het springen van de Hoge Raad

Ook de Hoge Raad zal af en toe een sprong moeten maken om bij de redelijke uitkomst te geraken. De innerlijke stem van de rechter om recht te willen doen, verdraagt zich soms moeizaam met het adagium 'lex dura sed lex'. Soms is het daarom nodig de regel wat bij te vijlen.¹³

In den beginne heeft de Hoge Raad soms opvallend geweigerd naar de redelijke uitkomst te springen. In de *Zutphense waterjuffer*¹⁴ – in de buurt van Zutphen bevindt zich nog steeds camping 'De Waterjuffer' – weigerde een vrouw, die boven een opslagruimte voor leren kleding woonde, de hoofdkraan dicht te draaien nadat de waterleiding in de opslagruimte was gesprongen. De vordering uit onrechtmatige daad van de gedupeerde kledinghandelaar strandde bij de Hoge Raad. Onbetamelijk handelen was volgens de Hoge Raad geen grond voor aansprakelijkheid omdat daarvan volgens de wettekst alleen sprake was bij handelingen die een wettelijke bepaling schonden of inbreuk maakten op iemands rechten. Omdat het resultaat in het geheel niet redelijk was, bereidde de wetgever een wetsaanpassing voor. Zo ver kwam het niet, want bij een volgende gelegenheid ging de Hoge Raad reeds om. In het arrest *Lindenbaum/Cohen*¹⁵ werd in weerwil van de letterlijke wettekst, althans in aanvulling daarop, bepaald dat men ook op grond van een ongeschreven rechtsplicht aansprakelijk kan worden gehouden voor het ontstaan van schade.

202

De redelijkheid en billijkheid (p)revisited?

De 'leer van de redelijke uitkomst' en de redelijkheid en billijkheid zijn uiteraard nauw verwant. Men zou zelfs kunnen zeggen twee kanten van dezelfde munt. Toch zijn beide te onderscheiden. De redelijkheid en billijkheid hebben vooral een 'noodrem-functie'. Met behulp van de redelijkheid en billijkheid kan de rechter in het concrete geval voorkomen dat een specifiek recht wordt uitgeoefend op een wijze die leidt tot een onaanvaardbaar resultaat. De inzet van de redelijkheid en billijkheid als correctiemechanisme in een uitspraak geschiedt steeds expliciet.

13 Een recent voorbeeld biedt HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:847, rov. 3.5.2.

14 HR 10 juni 1910, W 9038.

15 HR 31 januari 1919, NJ 1919/161.

Waar met behulp van de redelijkheid en billijkheid kan worden gederogerd aan een specifiek recht in een concreet geval, kan met behulp van de ‘leer van de redelijke uitkomst’ de rechtsregel worden gebogen. Is bij inzet van de redelijkheid en billijkheid het effect in beginsel beperkt tot het concrete geval, bij inzet van de ‘leer van de redelijke uitkomst’ wordt een regel verfijnd om ook juist in de toekomst meer nauwkeurig redelijke resultaten te kunnen generen.

Een ander verschil is dat de toepassing van de ‘leer van de redelijke uitkomst’ steeds impliciet geschiedt. De wens om tot een bepaalde uitkomst te komen beïnvloedt met name de wijze waarop teksten – regels, de wetsgeschiedenis¹⁶ etc. – worden geïnterpreteerd.

Dit proces laat zich goed illustreren aan de hand van de ontwikkeling van de ‘omkeringsregel’ in de jurisprudentie van de Hoge Raad. De omkeringsregel is voor het eerst geformuleerd door de Hoge Raad in het *Dicky Trading II*-arrest.¹⁷ Een notaris had in verdachte omstandigheden verzuimd voldoende achtergrondinformatie op te vragen, waardoor iemand werd opgelicht voor € 500.000 bij de verkoop van zijn huis. Het slachtoffer vorderde schadevergoeding. In cassatie ging het om de vraag of het aan het slachtoffer was om te bewijzen dat indien de notaris wel nadere informatie had opgevraagd, hij de transactie niet zou hebben verricht. Zou aannemelijk zijn dat het slachtoffer ook wanneer de notaris aan zijn zorgplicht had voldaan, de transactie zou hebben laten doorgaan, dan zou het causaal verband ontbreken tussen de fout van de notaris en het ontstaan van de schade.

In beginsel berust de bewijslast van het causaal verband bij de persoon die zich beroept op onrechtmatig handelen.¹⁸ In dit geval was die bewijsopdracht echter moeilijk te vervullen. Daarom verfijnde de Hoge Raad in *Dicky Trading II* de ‘wie stelt bewijst’-regel met de overweging dat indien door een (onrechtmatige) gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het

16 Vgl. HR 13 april 2007, NJ 2008/576 m.nt. Vranken (*Iraanse Asielzoeker*) waarin op grond van een uitleg van de wetsgeschiedenis werd geoordeeld dat het relativiteitsvereiste verhindert dat een vluchteling, die ten onrechte gedurende enige jaren de vluchtelingenstatus was onthouden, een vordering tot schadevergoeding wegens tijdelijke onmogelijkheid inkomen uit arbeid te verwerven kan instellen. Over de vraag of deze uitkomst ook werkelijk redelijk is kan men twisten.

17 HR 26 januari 1996, NJ 1996/607 m.nt. WMK (*Dicky Trading II*).

18 Conform de hoofdregel van art. 150 Rv.

causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven.

Deze regel bleek echter ook niet altijd het gewenste resultaat op te leveren. In de zaak *Ingenhut/Stichting Gezondheidszorg Oostelijk Zuid-Limburg*¹⁹ stelde een patiënte een arts aansprakelijk voor de gevolgen van een zenuwbeschadiging bij een operatie aan haar pols. Volgens de patiënte was zij voor de operatie niet geïnformeerd over het risico van deze complicatie en zou zij zich wanneer zij wel voldoende was geïnformeerd niet hebben laten opereren. De patiënte deed een beroep op de omkeringsregel. Volgens de Hoge Raad ten onrechte, omdat – zoals het in latere arresten is geformuleerd²⁰ – er weliswaar sprake was van de schending van een zorgvuldigheidsnorm, maar geen sprake was van een schending van een *specifieke* zorgvuldigheidsnorm. Daarmee werd de reikwijdte van de omkeringsregel weer aanmerkelijk beperkt, met als doel te voorkomen dat het effect van de omkeringsregel uit de hand zou lopen.

De aldus aangepaste regel – waarin zogenoemde ‘informed consent’ gevallen zijn uitgezonderd van de omkeringsregel – maakt het evenwel weer lastig om het bestaan van een *condicio sine qua non*-verband te aanvaarden in gevallen van het schenden van de bijzondere zorgplicht door banken in bijvoorbeeld effectenleasegeschillen. Het is aan de leasebelegger – die zich niet op de omkeringsregel kan beroepen – om aannemelijk te maken dat indien hij wél voldoende was gewaarschuwd voor het risico op een restschuld na afloop van zijn contract, hij het contract niet zou hebben gesloten. Dat is niet eenvoudig. Indien het bewijsrisico ter zake bij de leasebelegger wordt gelaten, ontstaat daardoor het probleem dat het praktisch heel moeilijk wordt om een bank aan te spreken vanwege een tekortschieten in het waarschuwen voor specifieke risico’s van een bepaald financieel product. Het nog verder verfijnen van de omkeringsregel lijkt niet tot de mogelijkheden te behoren. Om toch tot een redelijk resultaat te komen, eist de Hoge Raad daarom van de bank dat deze een ‘u had het anders ook gedaan’-verweer nader onderbouwt. De facto betekent dit dat een voorshands vermoeden van het bestaan van causaal verband ten gunste van de benadeelde cliënt van de bank wordt aangenomen. Soms is enige rechterlijke autonomie en creativiteit nodig om de rechtsregels zo genuanceerd als mogelijk in verschillende gevallen een evenwichtige uitkomst te

19 HR 23 november 2001, NJ 2002/386.

20 In de zogenoemde ‘november-arresten’, zie o.a. HR 29 november 2002, NJ 2004/304 m.nt. DA onder NJ 2004/305, waarin ‘informed consent’ gevallen van de toepassing van de omkeringsregel zijn uitgezonderd.

laten genereren. Het voorgaande laat ook zien dat soms niet direct alle gevolgen duidelijk zullen zijn wanneer een regel wordt bijgesteld. Dat noopt tot een behoedzame toepassing van het leerstuk van de redelijke uitkomst.

Andere gebieden waarop zich in de afgelopen jaren ontwikkelingen zoals hier voor geschetst hebben voorgedaan – waarbij een regel aan de hand van een nieuw geval steeds verder is aangepast om de wenselijke resultaten te genereren – zijn bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van werkgevers op grond van de artikelen 7:658 en 7:611 BW²¹ en de regels die gelden voor de uitleg van overeenkomsten.²²

Tot besluit

De moraal van dit verhaal is dat regels niet van steen zijn. In het overgrote deel van de zaken zullen de toepasselijke regels tot een bevredigende uitkomst leiden. In een zeer klein deel van de zaken zal de Hoge Raad de regel soms iets moeten buigen. De leer van de redelijke uitkomst vormt daarbij het vuur dat het ijzer verhit, waarna de Hoge Raad de hamer op het aambeeld van het recht zodanig tracht te hanteren, dat de regel daarna de schoen net weer iets beter past. Aldus het recht smedend heeft de Hoge Raad in haar 175-jarig bestaan een belangrijke bedrage geleverd aan de rechtsontwikkeling. Een groot aantal met behulp van de leer van de redelijke uitkomst door de Hoge Raad ontwikkelde regels zijn na verloop van tijd door de wetgever verankerd in de wet. Men leze de parlementaire geschiedenis van het nieuwe BW er maar op na. Wij zijn zeer benieuwd naar hetgeen de leer van de redelijke uitkomst voor ons in petto heeft in de volgende 175 jaar.

²¹ Zie bijv. HR 12 december 2008, NJ 2009/332 (*Stichting Maatzorg De Werven*).

²² Zie bijv. recent HR 5 april 2013, *RvdW* 2013/947, rov. 3.5.3.