

Het redelijkheidsbeding in commerciële contracten

MR. D.A. VIËTOR EN MR. B.W. WIJNSTEKERS

Commerciële contracten bevatten vaak bedingen waarbij een van de partijen wordt verplicht om een bepaalde handeling na te laten, tenzij de wederpartij daarvoor toestemming geeft. Ook komt het voor dat een van de partijen verplicht is een bepaalde handeling te verrichten op basis van de instructie van de wederpartij. De partij op wie de verplichting rust (en die dus afhankelijk is van de toestemming/instructie van de wederpartij) zou kunnen bedingen dat de wederpartij diens toestemming 'niet op onredelijke gronden zal weerhouden' of dat hij bij de uitoefening van zijn instructiebevoegdheid 'redelijk zal handelen'. Een andere variant is dat partijen afspreken dat de ene partij alleen bepaalde 'redelijke' kosten van de wederpartij zal dragen. Dergelijke bedingen noemen wij in dit artikel redelijkheidsbedingen.

In de praktijk zijn redelijkheidsbedingen weinig controversieel. Onder het mom dat partijen zich hoe dan ook redelijk en billijk moeten gedragen, of dat nu in het contract staat of niet, worden dergelijke bedingen vaak achteloos geaccepteerd door de wederpartij; wat van rechtswege 'al geldt', kan eenvoudig worden weggegeven, is kennelijk de gedachte.

In een uitspraak van het Engelse High Court uit 2011 is richting gegeven aan het gebruik van redelijkheidsbedingen in door Engels recht beheerste contracten tussen professionele of commercieel handelende partijen. Deze uitspraak bespreken we hierna kort in paragraaf 1. Daarna zullen wij nagaan of een Nederlandse rechter tot hetzelfde oordeel als de Engelse rechter zou komen. Wij zijn van mening dat dit niet het geval zal zijn. Sterker nog; wij menen dat het accepteren van een redelijkheidsbeding naar Nederlands recht (in tegenstelling tot Engels recht) een wezenlijke wijziging in de rechten en verplichtingen van partijen teweegbrengt. Het is daarom naar onze mening verstandig een redelijkheidsbeding niet achteloos te accepteren.

In dit artikel beperken wij ons tot wat geldt in contracten tussen professionele of commercieel handelende partijen.

1. Engels recht

Het Engelse High Court heeft in 2011 een uitspraak gedaan over de toepassing van een redelijkheidsbeding in

een commercieel contract.¹ De feiten waren, kort gezegd, als volgt. 3M UK had de aandelen in Acolyte Biomedica gekocht. De koopprijs was deels verschuldigd in cash, deels was een earn-out afgesproken die was gerelateerd aan de 'net sales' van Acolyte Biomedica. In de overnameovereenkomst had 3M UK zich verplicht *'to procure that without the written consent of the vendors, which shall not be unreasonably withheld [...][Acolyte Biomedica] shall not cease to carry on its business or the business of the development and marketing of the [Acolyte products] [...]'*. Bovendien had 3M UK zich verplicht bepaalde inspanningen te verrichten *'in relation to the marketing and sale of [Acolyte products] (intended to protect the sellers' interest in receiving the net sales payment)'*. Uiteindelijk bleek de overname geen succes en 3M UK wilde de onderneming staken. De verkopers weigerden echter daarvoor hun goedkeuring te verlenen en 3M UK was van mening dat zij dat *'unreasonably'* hadden gedaan. De vraag die in de daaropvolgende procedure aan de orde was, was in hoeverre de verkopers die goedkeuring terecht of ten onrechte hadden onthouden. Het Engelse High Court formuleerde de volgende algemene uitgangspunten:

- i) First, the burden is upon 3M to show that the Claimants' refusal to consent to the cessation of the Acolyte business was unreasonable.
- ii) Second, it is not for the Claimants to show that their refusal of consent was right or justified, simply that it was reasonable in the circumstances.
- iii) Third, in determining what is reasonable, the Claimants were enti-

1 Porton Capital Technology Funds and Others vs. 3M UK Holdings Ltd and another 7 November 2011, [2011] EWHC 2895.

ted to have regard to their own interests in earning as large an Earn Out Payment as possible.

iv) Fourth, the Claimants were not required to balance their own interests with those of 3M, or to have any regard to the costs that 3M might be incurring in connection with the ongoing business of Acolyte.'

Het Engelse High Court concludeerde vervolgens op basis van de feiten en omstandigheden dat *'the vendors' consent was not unreasonably withheld*.

Volgens een aantal Engelse praktijkjuristen wordt het laatste vereiste overschreden indien er sprake is van volledige disproportie.

Voor een goed begrip van het voorgaande is van belang dat Engels contractenrecht in principe niet vereist dat partijen jegens elkaar in *'good faith'* handelen.² En verder dat de rechten en verplichtingen van partijen in principe uitsluitend worden bepaald door hetgeen partijen in het contract met elkaar zijn overeengekomen.³ Indien partijen een redelijkheidbeding overeenkomen, betekent dit dat de partij die daaraan gebonden is bij de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid zich in principe door zijn eigen belangen mag laten leiden voor zover die – voor hem – redelijk zijn in de gegeven omstandigheden. Hij hoeft niet aan te tonen dat zijn belangen gerechtvaardigd zijn en hij hoeft ook geen rekening te houden met de belangen van zijn wederpartij. Dit lijkt slechts anders te zijn indien de belangen waardoor hij zich laat leiden geen enkel verband hebben met het contract of sprake zou zijn van volledige disproportie.⁴

In de volgende paragrafen gaan wij na of en in welke gevallen een Nederlandse rechter ten aanzien van een door Nederlands recht beheerst contract tot dezelfde uitkomst zou komen.

2. Nederlands recht: contractsvrijheid en *pacta sunt servanda*

2.1 Uitgangspunt

Uitgangspunt in het Nederlands recht is dat het partijen, in principe, vrijstaat afspraken te maken waarover men wil en met wie men wil. Vervolgens brengt het beginsel *pacta sunt servanda* mee dat deze afspraken door de partijen

moeten worden nagekomen.⁵ Dit betekent dat bedingen waarbij een van de partijen wordt verplicht om bepaalde handelingen na te laten, tenzij de wederpartij daarvoor toestemming geeft, of waarbij een van de partijen verplicht is een bepaalde handeling te verrichten op basis van de instructie van de wederpartij, of waarbij de ene partij bepaalde kosten van de andere partij moet dragen, geldig en afdwingbaar zijn.

2.2 Uitzondering

De belangrijkste uitzondering op het hiervoor beschreven uitgangspunt vormt artikel 6:248 lid 2 BW, welk artikel bepaalt dat een tussen partijen geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven

Als gevolg van het opnemen van een redelijkheidbeding verkeert de partij die zich op een bepaalde contractuele bevoegdheid zou willen beroepen in een slechtere positie dan zonder het beding.

omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit is de zogenaamde beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en dit is de maatstaf die moet worden toegepast op de vraag of een partij rechtmatig van een haar gegeven bevoegdheid gebruikmaakt. Uit zijn arrest van 9 januari 1998 volgt dat de Hoge Raad onverbiddekelijk is ten aanzien van door rechters gebruikte alternatieve formuleringen in het kader van de toetsing aan artikel 6:248 lid 2 BW.⁶ Hij overwoog in dat arrest dat:

'tevens onduidelijk [is] of de Rechtbank uiteindelijk de door haar vooropgestelde maatstaf van art. 6:248 lid 2 heeft gehanteerd, mede omdat zij aan het slot van haar voormelde overweging spreekt van handelen "in strijd met de redelijkheid en billijkheid", wat een andere maatstaf is dan die welke wordt uitgedrukt met de meer terughoudende woorden "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar".'

De Hoge Raad vervolgt met de overweging:

'Bovendien is in het kader van deze laatste maatstaf [art. 6:248 lid 2 BW DV/BW] zonder nadere motivering in zijn algemeenheid niet begrijpelijk het oordeel van de Rechtbank dat de Gemeente schriftelijke toestemming tot het plaatsen van opstallen "slechts mag weigeren als zij daarbij een aanwijsbaar redelijk belang heeft", welke maatstaf de Rechtbank kennelijk onderscheidt van de door de Rechtbank in dezelfde zin eveneens vermelde maatstaf van onaanvaardbaarheid van de weigering wegens onevenredigheid van belangen, welke laatste maatstaf al evenzeer voor rekening van de Rechtbank moet blijven.'

2 J. Cartwright, *Contract Law*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 61-64.

3 J. Cartwright, *Contract Law*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 197-199.

4 Zie in de context van de uitspraak van het High Court:
<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=121ffcc2-5ba5-413f-8dd4-584b99a08bcc>
<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cffa4ac2-06ef-407c-aced-2e1332ff340c>
<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f392ce4a-032b-4858-ba5f-388c5748298f>
<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=57fb965d-fef8-488d-bf79-98dd779c8bf2> (voor het laatst geraadpleegd op 20 oktober 2013).

5 In het oud-BW was dit krachtig neergelegd in artikel 1374 lid 1 OBW: *'Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.'*

6 HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (*Apeldoorn/Kinderdagverblijf Snoopy*).

In het kader van de toetsing van de rechtmatigheid van een contractuele bevoegdheidsuitoefening is de maatstaf dus niet of die bevoegdheidsuitoefening 'in strijd met de redelijkheid en billijkheid' was. Of dat daarvoor 'geen aanwijsbaar redelijk belang' belang bestond of dat sprake was van 'onevenredigheid van belangen'. De enige maatstaf is of de bevoegdheidsuitoefening 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' was.⁷

Over de vraag wanneer een bepaalde bevoegdheidsuitoefening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is betrekkelijk weinig geschreven. Hartkamp en Sieburgh zeggen daarover dat artikel 6:248 lid 2 BW de rechter niet de bevoegdheid geeft een overeenkomst of beding terzijde te stellen op de enkele grond dat hij de inhoud voor een van de partijen onbillijk vindt. Zij vervolgen met de stelling dat het enkele feit dat tussen de prestaties over en weer, eventueel aanzienlijke, ongelijkheid bestaat of dat een beding voor een van de partijen bezwaarlijk is, niet rechtvaardigt dat de rechter het beding buiten werking stelt.⁸ Giesen en Tjong Tjin Tai stellen, met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, dat de term 'onaanvaardbaar' in artikel 6:248 lid 2 BW door de wetgever bewust is gekozen om een subjectieve invulling te vermijden.⁹ Het gaat er volgens hen, onder verwijzing naar Wiarda, om dat geen redelijk denkend mens er anders over kan denken. Zij menen, wederom met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, dat sprake moet zijn van 'ernstige onevenredigheid, buitensporigheid'; dat de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid 'te ver' gaat. Bakker vindt dat 'onaanvaardbaar' vereist dat sprake is van strijdigheid met elementaire maatschappelijke opvattingen over fatsoen en behoren.¹⁰ Bij het voorgaande is van belang dat in het initiële voorstel voor artikel 6:2 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW de relevante maatstaf 'onbetamelijk' was. Later is om redactionele redenen gekozen voor de maatstaf 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar', zonder dat daarmee een inhoudelijke wijziging werd beoogd.¹¹

- 7 Abas heeft o.a. deze uitspraak bekritiseerd met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis waarbij hij stelt dat de aanvullende en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet strikt kunnen worden gescheiden en daarom dezelfde toepassingsmaatstaf zou zijn aangewezen (zie P. Abas, 'Geknoei met beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid', *NTBR* 1998, p. 163-166 en P. Abas, 'Ook in 2000 knoeit de Hoge Raad nog steeds met beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid', *NTBR* 2000, p. 259-260). Hartkamp & Sieburgh menen dat voor deze lezing geen feitelijke grondslag bestaat in de parlementaire geschiedenis (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 412).
- 8 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 421.
- 9 Zie: I. Giesen, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Preadvies voor de Vereniging Burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2008, p. 4 en 5. In dezelfde zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 394. Zie voorts: H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contracten', *NTBR* 2008/4, p. 155 e.v.
- 10 P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2012, p. 40.
- 11 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 412.

In het kader van artikel 6:248 lid 2 BW dient een zekere belangenafweging plaats te vinden. Uit de redactie van dit artikellid volgt dat bij de uitoefening van contractuele bevoegdheden van proportionaliteit van belangen geen sprake hoeft te zijn. Een zekere mate van disproportionaliteit is juist toegestaan: slechts indien en voor zover uitoefening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is zij niet toegestaan. Zolang daarvan geen sprake is, mag de belangenafweging dus best disproportioneel zijn.

Ook van belang is dat de Hoge Raad bij herhaling heeft bevestigd dat rechters zich terughoudend moeten opstellen bij toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW.¹² Uit het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2004 kan zelfs worden afgeleid dat bij overeenkomsten tussen professioneel dan wel commercieel handelende grote partijen in de regel zelfs 'extra terughoudendheid' gepast is waar het gaat om toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW.¹³ De toetsing door de rechter dient naar onze mening dus marginaal te zijn.¹⁴

Normaal gesproken zal de rechter pas aan een oordeel over artikel 6:248 lid 2 BW toekomen als daar door een van de contractspartijen een beroep op wordt gedaan.¹⁵ Van belang is dat in dit kader de stelplicht en – bij voldoende betwisting – bewijslast (artikel 150 Rv) rust op degene die een beroep doet op de beperkende van werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁶

Voor de goede orde: in de situatie waarin door partijen geen redelijkheidsbeding is overeengekomen – en de

- 12 Zie bijvoorbeeld HR 19 maart 1993, *NJ* 1994, 92 (*Nederrijn/De Leij*), HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 (*Apeldoorn/Kinderdagverblijf Snoopy*), HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 474 (*FNV/Frans Maas*), HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 59 (*Bouwkamp/Van Dijke*) en HR 8 februari 2002, *NJ* 2002, 284 (*Poelstra/Bettman*).
- 13 HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141 (*GTI/Zürich*).
- 14 W.C.L. van der Grinten, 'Marginale toetsing', in: *Op grenzen van komend recent* (Feestbundel Beekhuis), Deventer: Kluwer 1969, p. 118, GS Verbintenissenrecht, R.M.Ch.M. Koot, Ch. Mak, W.L. Valk en M. Vriend, artikel 6:248 BW, aant. 21 en conclusie A-G Keus voor HR 11 juli 2008, «JIN» 2008/521. Overigens is in recente jurisprudentie en literatuur weinig te vinden over de vraag wat precies wordt bedoeld met 'marginale toetsing'. Volgens Mok, in een wat oudere conclusie, wordt daarmee bedoeld dat de rechter ten eerste kan controleren of degene die het besluit genomen heeft de betrokken belangen heeft afgewogen en ten tweede of hij dat niet op een objectief onredelijke wijze heeft gedaan. Het gaat er daarbij volgens Mok dus niet om of de belangenafweging naar het oordeel van de rechter redelijk was. Zie: conclusie A-G Mok voor HR 7 juli 1982, *NJ* 1983, 35. Volgens Van der Grinten is de vraag die de rechter moet toetsen of een redelijk oordelend persoon tot dezelfde uitoefening zou kunnen komen.
- 15 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 415.
- 16 Vergelijk: HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 553 (*Hooijen/De Tilburgsche Hypotheekbank*), W.L. Valk, 'Serie Monografieën Nieuw BW, Boekbespreking', *WPNR* 6067, p. 781, T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Processuele aspecten van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 6482, p. 262-263 en recentelijk in het kader van artikel 6:248 lid 2 BW, Hof Arnhem 27 januari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH6968 (*Vodafone/ETC*), Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 396 en 415.

bevoegdheden en verplichtingen van partijen helder zijn verwoord en niet voor verkeerde interpretatie vatbaar zijn – is voor artikel 6:248 lid 1 BW (de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid) geen rol weggelegd. Dat artikel is alleen relevant indien de rechtsverhouding tussen partijen niet-uitputtend is geregeld in het contract.

3. Het effect van opname van een redelijkheidsbeding

3.1 Nadelen van het opnemen van een redelijkheidsbeding

Een partij die bevoegd is een bepaalde toestemming of instructie te geven of bepaalde kostenvergoedingen te vorderen, mag die bevoegdheid dus uitoefenen tenzij dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Tussen professionele of commercieel handelende partijen is daarvan alleen in uitzonderlijke omstandigheden sprake. Hierna bespreken we of het voorgaande anders is indien partijen een redelijkheidsbeding zijn overeengekomen.

Een belangrijke voorvraag daarbij is wat partijen precies met het redelijkheidsbeding hebben bedoeld. Dit is in eerste instantie een kwestie van uitleg van het contract en dit moet van geval tot geval moet worden vastgesteld.¹⁷ Voor die uitleg geldt het Haviltex-criterium.¹⁸ Het gaat, kort gezegd, om de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het redelijkheidsbeding mochten toekennen en om hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Hoewel dit van geval tot geval moet worden vastgesteld, ligt het naar onze mening in zijn algemeenheid niet voor de hand dat partijen enkel hebben beoogd de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW contractueel vast te leggen. Deze geldt immers al van rechtswege en het bedingen ervan voegt voor de partij die verplicht is op een bepaalde manier te handelen of bepaalde kosten te dragen niets toe. Ook op basis van een puur grammaticale uitleg van het redelijkheidsbeding ligt een dergelijke uitleg niet voor de hand. Wat naar onze mening wel voor de hand ligt, is dat partijen door opname van het redelijkheidsbeding hebben beoogd de bevoegdheid van een van de partijen te mitigeren ten opzichte van hetgeen van rechtswege geldt (artikel 6:248 lid 2 BW). Hoever het redelijkheidsbeding die bevoegdheid mitigeert hangt af van de bewoordingen van dat beding. In de meeste gevallen zal het beding erop neerkomen dat de partij die gebruikmaakt van zijn bevoegdheid zich ‘redelijk zal moeten gedragen’. Daarmee blijft echter onduidelijk wat partijen nu precies hebben bedoeld. De term ‘redelijk’ heeft immers geen vastomlijnde betekenis. Het ligt voor de hand aan te haken bij artikel 3:12 BW. In dat artikel is immers een aantal factoren genoemd die voor de invulling

van redelijkheid en billijkheid van belang zijn.¹⁹ Een van de in artikel 3:12 BW genoemde factoren is dat rekening moet worden gehouden met de ‘persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken’. Dit zijn dus naast de belangen van de partij die de bevoegdheid wil uitoefenen, (ook) de belangen van de contractspartij die de bevoegdheid heeft gegeven aan de contractspartij die op de bevoegdheid een beroep kan doen. Hierbij lijkt – in tegenstelling tot de beperkte belangenafweging die plaats moet vinden in het kader van artikel 6:248 lid 2 BW (zie paragraaf 2.2) – te gelden dat de belangen van beide contractspartijen min of meer gelijkwaardig zijn.²⁰

Aangezien het voor de vaststelling van wat met de term ‘redelijk’ is bedoeld, aankomt op uitleg, kan het naar onze mening helpen om in een redelijkheidsbeding uit te schrijven wanneer een bepaalde handelwijze geacht moet worden redelijk te zijn. Bij een beding waarbij door een partij ‘redelijke kosten’ in rekening mogen worden gebracht, kan bijvoorbeeld worden opgenomen dat kosten tot een bepaalde hoogte geacht worden redelijk te zijn. Of dat kosten die zijn getoetst door een externe onafhankelijke derde geacht worden redelijk te zijn. Voor een beding waarbij een partij bij de uitoefening van een bevoegdheid de ‘redelijke zorg’ in acht moet nemen, kan daaraan een bepaling worden toegevoegd waarin (limitatief) wordt vermeld onder welke omstandigheden is voldaan aan de plicht om redelijke zorg te betrachten. Dit heeft volgens ons tot gevolg dat het daardoor minder onzeker wordt wat met ‘redelijk’ is bedoeld, omdat partijen dit bij het aangaan van de overeenkomst verder overeen zijn gekomen en er dus minder ruimte is voor uitlegdisputen.

Naast de onzekerheid over de vraag wat in een concrete situatie redelijk of onredelijk zou kunnen zijn, heeft het overeenkomen van een redelijkheidsbeding nog een tweetal nadelen die deels in het verlengde van het voorgaande en elkaar liggen. Als gevolg hiervan verkeert de partij die zich op een bepaalde contractuele bevoegdheid zou willen beroepen in een slechtere positie dan waarin hij zou hebben verkeerd indien hij het redelijkheidsbeding niet zou hebben aanvaard. Wij lichten dit als volgt toe.

Ten eerste is de vraag of een bepaalde bevoegdheidsuitoefening redelijk of onredelijk een wezenlijk andere vraag is dan de vraag of een bepaalde bevoegdheidsuitoefening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zie de hiervoor in paragraaf 2.2 genoemde jurisprudentie. Een bevoegdheidsuitoefening kan best onredelijk zijn, maar dat maakt deze nog niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Als gevolg van het redelijkheidsbeding is de lat verlaagd ten nadele van degene die de contractuele bevoegdheid is gegeven.

17 P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, p. 24-26.]

18 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Ermes/Haviltex*).

19 GS Vermogensrecht, P.A. Stein, aant. 11 bij artikel 3:12 BW.

20 P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2012, p. 6 en 7 en W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 256.

Ten tweede geldt dat de vraag of de bevoegdheidsuitoefening redelijk of onredelijk is door een rechter volledig kan worden getoetst. Er geldt geen (extra) terughoudendheid en van marginale toetsing is dus ook geen sprake.

3.2 Het redelijkheidsbeding in de jurisprudentie

Ons is maar een beperkt aantal uitspraken bekend waarin een redelijkheidsbeding aan de orde is geweest. We bespreken die uitspraken hierna kort.

Eerst een tweetal huurrechtelijke uitspraken. In een kortgedingprocedure komt aan de orde een beding op grond waarvan een verhuurder alleen bevoegd is onderverhuur

De Hoge Raad is onverbiddelijk ten aanzien van door rechters gebruikte alternatieve formuleringen in het kader van de toetsing aan artikel 6:248 lid 2 BW.

door zijn huurder op redelijke gronden te weigeren.²¹ De Kantonrechter Apeldoorn toetst het niet-geven van de toestemming voor onderverhuur 'vol' en gaat na in hoeverre de verhuurder in dit geval op redelijke gronden diens toestemming heeft kunnen onthouden. In een kortgedingprocedure voor de Kantonrechter Maastricht was ook sprake van onderverhuur.²² Het niet-geven van toestemming kon enkel op niet onredelijke gronden geschieden. De kantonrechter overweegt dat in dit geval de toestemming tot weigeren vooropstaat waarbij de grens is dat deze weigering op onredelijke gronden geschiedt. Degene die een vordering instelt en een beroep doet op het beding dient aannemelijk te maken dat sprake is van op onredelijke gronden weigeren tot het geven van toestemming. Volgens de kantonrechter is de weigering pas dan onredelijk als de verhuurder bij die weigering geen aanwijsbaar, redelijk belang heeft, ongeacht het belang van de huurder/toekomstige onderverhuurder bij de totstandkoming van de onderverhuur.²³

Onlangs is ook een arrest van het Hof Amsterdam verschenen waarin een met een redelijkheidsbeding gelijkstaand beding aan de orde kwam.²⁴ In dat arrest ging het over de toetsing van de rechtmatigheid van een kredietopzegging. Het hof nam de opzegbevoegdheid (terecht)

als uitgangspunt en overwoog vervolgens (terecht) dat de vraag naar de rechtmatigheid van de beëindiging van een kredietfaciliteit moet worden beantwoord op basis van artikel 6:248 lid 2 BW. Het hof vond echter ook van belang dat in artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV) is vastgelegd (en dus tussen partijen was afgesproken) dat de bank bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht moet nemen en daarbij naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening moet houden; er was sprake van een contractuele' zorgplicht. Het hof overweegt – naar onze mening terecht – niet dat sprake zou zijn van een van rechtswege geldende algemene bijzondere zorgplicht voor banken. Een dergelijke algemene bijzondere zorgplicht bestaat namelijk niet in het kader van de beëindiging door een bank van een kredietrelatie met commercieel handelende partijen.²⁵ Het hof kwam vervolgens tot de slotsom dat de bank onvoldoende oog had gehad voor de belangen van de kredietnemer en oordeelde dat de kredietopzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het van toepassing zijn van artikel 2 ABV, dat een met een redelijkheidsbeding vergelijkbaar beding betreft (vergelijk met name de tweede zin van het artikel), leidde dus tot een beperking van de rechten (de opzegbevoegdheid) van de bank. Naar onze mening zou hiervan geen sprake zijn geweest indien artikel 2 ABV niet van toepassing zou zijn geweest.²⁶ Het hof toetste weliswaar aan de norm van artikel 6:248 lid 2 BW, maar kwam door het van toepassing zijn van artikel 2 ABV tot de conclusie dat in

25 Zie hierover bijvoorbeeld AG Wuisman voor het arrest HR 13 mei 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP6921: 'Bij de bestrijding van 's hofs oordeel [...] wordt tot uitgangspunt genomen [...] dat banken een bijzondere zorgplicht ten opzichte van hun cliënten hebben en uit dien hoofde ervoor hebben te zorgen dat een cliënt niet in grote(re) financiële problemen komt te verkeren. [...] Het komt mij voor, dat bij cassatiemiddel 2 een te vergaand en daarmee onjuist uitgangspunt wordt aangehouden. Er rust op banken niet in algemene zin een bijzondere zorgplicht ten opzichte van cliënten. De plicht om een verhoogde zorg tegenover een cliënt te betrachten is gekoppeld aan bijzondere situaties. Het gaat om situaties waarin een cliënt tegen vergoeding de medewerking van een bank inroept voor een aangelegenheid waarvoor geldt enerzijds dat de cliënt daarbij, voor de bank kenbaar, gezien zijn inkomen en/of vermogen grote financiële risico's loopt en hij vanwege zijn gebrek aan kennis en inzicht en/of zijn lichtzinnigheid bescherming tegen zichzelf behoeft, en anderzijds dat de bank ter zake over de benodigde deskundigheid en ervaring beschikt. Voor zover de te betrachten zorg niet uit de toepasselijke regelgeving volgt, zal de aard en omvang ervan dienen te worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het betrokken geval', waarover: D.A. Viëtor, 'Toetsing van de rechtmatigheid van opzegging van krediet door een bank', *FR* 2011, p. 347 en B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *NTBR* 2013/3.

26 Deze conclusie roept natuurlijk de vraag op of banken er in kredietrelaties met professionele of commercieel handelende partijen wel verstandig aan doen de ABV van toepassing te laten zijn. De ABV zijn tot stand gekomen in overleg tussen de Nederlandse Vereniging van Banken en de Consumentenbond. Hoewel zij gelden voor alle cliënten, zowel particuliere als zakelijke, van de bank, zijn zij wellicht het meest relevant voor relaties met particuliere cliënten. Wat ons betreft, is daar geen behoefte aan indien sprake is van een uitgebreide kredietovereenkomst met een professionele of commercieel handelende wederpartij. Zie over kredietopzegging: D.A. Viëtor, 'Opeising of weigering van krediet en uitwinning van zekerheden door een bank', *FR* 2009, 7/8, en D.A. Viëtor, 'Toetsing van de rechtmatigheid van opzegging van krediet door een bank', *FR* 2011, nr. 11.

21 Ktr. Apeldoorn 25 juni 1998, *PRG* 1998, 5058 (*Free Record Shop/WE vastgoed*) waarover: A. Kemp, 'Toestemming voor onderverhuur geweigerd?', *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2013, nr. 1, p. 8.

22 Ktr. Maastricht 20 oktober 1998, *WR* 1999, 72 (*Argos Distributors/MBO-Ruijters*) waarover: A. Kemp, 'Toestemming voor onderverhuur geweigerd?', *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2013, nr. 1, p. 8.

23 Het viel ons op dat de kantonrechter een andere maatstaf aanlegt dan de maatstaf zoals neergelegd in artikel 6:248 lid 2 BW en zoals is bevestigd in HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 (*Apeldoorn/Kinderdagverblijf Snoopy*). De toets die de kantonrechter aanlegt, is in onze ogen daarmee in strijd. Of van de zaak hoger beroep (en cassatie) is ingesteld is ons niet bekend.

24 Hof Amsterdam 12 februari 2013, «JOR» 2013/109 (*De Keijzer/ING*).

dat geval de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Wij zien het zo dat door het van toepassing zijn van artikel 2 ABV de onaanvaardbaarheidstoets wordt ingevuld en dat door het van toepassing zijn van artikel 2 ABV in deze rechtsverhouding eerder sprake is van onaanvaardbaarheid (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid) dan in geval artikel 2 ABV niet van toepassing zou zijn geweest.

3.3 *Vergelijking met Engels recht*

Het opnemen van een redelijkheidsbeding heeft in een contract dat wordt beheerst door Engels recht (zie paragraaf 1) naar onze mening andere gevolgen dan indien het contract wordt beheerst door Nederlands recht. Naar Engels recht geldt in het kort dat de partij die gebonden is door het redelijkheidsbeding zich bij de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid in principe door zijn eigen belangen mag laten leiden voor zover die – voor hem – maar redelijk zijn in de gegeven omstandigheden.

Zoals hiervoor besproken heeft naar Nederlands recht het opnemen van een redelijkheidsbeding naar onze mening een ander gevolg. Zonder een redelijkheidsbeding geldt de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW. De wederpartij moet stellen en zo nodig bewijzen dat de bevoegdheidsuitoefening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Deze situatie (geen redelijkheidsbeding) lijkt naar onze mening op de situatie naar Engels waarin wel een redelijkheidsbeding is overeengekomen. De rechter kan slechts marginaal toetsen of sprake is van onaanvaardbaarheid. Indien een redelijkheidsbeding wordt overeengekomen is van marginale toetsing geen sprake

meer. De toetsing door de Nederlandse rechter van het al dan niet voldaan hebben aan het redelijkheidsbeding is een ‘volle toetsing’. Naar Nederlands en Engels recht lijkt overigens allebei te gelden dat een partij die meent dat de partij die aan het redelijkheidsbeding is gebonden daar niet mee in overeenstemming heeft gehandeld, dat in een juridische procedure zal moeten stellen en zo nodig bewijzen.

4. Conclusie

Als gevolg van het opnemen van een redelijkheidsbeding in een commercieel contract dat wordt beheerst door Nederlands recht verkeert degene die daaraan gebonden is naar onze mening in een slechtere positie dan waarin hij zou hebben verkeerd indien hij het redelijkheidsbeding niet zou hebben aanvaard. Ten eerste, omdat onduidelijk is wat partijen met een redelijkheidsbeding hebben bedoeld. Ten tweede, omdat als gevolg van het redelijkheidsbeding er een lichtere toets geldt dan die van artikel 6:248 lid 2 BW. Verder toetst de rechter of er redelijk is gehandeld ‘vol’, daar waar de toets van artikel 6:248 lid 2 BW slechts marginaal is. Het opnemen van een redelijkheidsbeding in een Engelsrechtelijk contract heeft een ander (minder ongunstig) rechtsgevolg dan het opnemen van een dergelijk beding in een Nederlandsrechtelijk contract. Bij het beoordelen van contractdocumentatie dient dit naar onze mening in gedachten te worden gehouden.

Over de auteurs

Mr. David Viëtor en mr. Bart Wijnstekers zijn beiden advocaat bij NautaDutilh N.V. in Amsterdam.