

Open normen in het huurrecht

Ruimte versus rechtszekerheid

Open norms under tenancy law

Discretion versus legal certainty
(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Universiteit Utrecht
op gezag van de
rector magnificus, prof.dr. H.R.B.M. Kummeling,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen op

dinsdag 3 december 2019 des middags te 4.15 uur

door

Justine Philomène van Lochem

geboren op 8 februari 1981
te Zutphen

Voorwoord

Een property manager in dienst van een middelgrote onderneming stuurt mij een e-mail met als bijlage een huurovereenkomst. Tot zijn taken behoort onder meer het uitonderhandelen van huurovereenkomsten voor nieuwe aan te huren locaties en het beheren van locaties waar zijn werkgever huurder van is. Zijn vraag heeft betrekking op een van die locaties en we bellen daarover. Hij heeft een brief gekregen van de betreffende verhuurder met daarin de mededeling dat de zonwering aan de buitenzijde van het pand dringend moet worden vernieuwd. Het betreft een duur geautomatiseerd systeem – het zijn geen simpele rolluiken –, dat zeer lange tijd meegaat, maar net nu vervangen moet worden. Of de huurder dit maar even wil uitvoeren en betalen. Volgens de algemene bepalingen die in de huurovereenkomst van toepassing zijn verklaard, komen deze werkzaamheden immers voor rekening van de huurder. Het is een fors pand, de kostenpost is substantieel.

Daar had deze property manager geen rekening mee gehouden. De algemene bepaling waar de verhuurder naar verwijst, is een regel tekst in een acht pagina's tellend standaarddocument dat hij nog nooit in zijn geheel heeft doorgelezen. In al zijn jaren als property manager heeft hij ook nog nooit een dergelijk verzoek van een verhuurder gezien. De zonwering maakt toch onderdeel uit van het pand dat zijn werkgever heeft gehuurd? De property manager geeft aan dat de zonwering aanwezig was toen de huurovereenkomst werd gesloten. Het lijkt hem niet eerlijk als het bedrijf waarvoor hij werkt, als huurder voor de vernieuwing moet zorgen c.q. betalen. Zijn bedoeling is nooit geweest om zo'n kostenpost als huurder naar zich toe te trekken. Dit kan de verhuurder in redelijkheid toch niet vragen?

De concrete vraag is hoe ik zijn kansen inschat, als de onderneming waar hij voor werkt weigert de werkzaamheden voor haar rekening te nemen en een procedure bij de rechter het gevolg zou zijn. Zal een rechter het naar maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar achten als de verhuurder zich beroept op het betreffende artikel in de algemene bepalingen? Ik kan hem enkel een inschatting geven. Een zeker antwoord heb ik niet. De rechter zal onder meer kijken naar wat feitelijk in de algemene bepalingen staat, wat de bedoeling van partijen was toen zij de huurovereenkomst aangingen en mogelijk ook naar wat redelijk is in dit geval. Wellicht speelt bij dat laatste ook de omstandigheid een rol dat de regel waar de verhuurder zich op beroept in de latere standaardmodellen is aangepast.

De property manager is teleurgesteld, hij heeft het gevoel dat de onderneming waar hij voor werkt onrecht wordt aangedaan. Er zal een afweging moeten worden gemaakt of ze het op een procedure aan durven laten komen. Ik wijs op het risico dat de contractuele boete wordt verbeurd als zijn baas weigert gehoor te geven aan het verzoek van de verhuurder en een gerechtelijke procedure afwacht. Maar het (eventueel onder voorbehoud van rechten c.q. onder protest) voldoen van de kosten zal een grote aanslag op de liquiditeit van de onderneming betekenen. Kan ik zekerheid geven omtrent de verschuldigdheid van die boete in dit geval? Zal een rechter een dergelijke boete zonder meer geheel toewijzen als achteraf blijkt dat zij inderdaad voor de vernieuwing hadden moeten zorgen? Opnieuw kan ik geen zekerheid geven. Niet iedere boetebepaling houdt stand en soms wordt er gematigd. Ik kan wel een inschatting geven op basis van de jurisprudentie, maar die is niet eenduidig.

We houden beiden een wat ontevreden gevoel over aan het gesprek. Is dat aan de kant van de cliënt wel terecht? Hij heeft een huurovereenkomst ondertekend en daarbij een set algemene bepalingen geaccepteerd. Daarin staat duidelijk dat de kostenpost waar we over spraken voor rekening van de huurder komt. *Pacta sunt servanda*. Maar het kost me weinig inlevingsvermogen om in te zien dat mijn cliënt de desbetreffende bepaling in het contract niet redelijk vindt. Ik kan hem meedelen dat de wet mogelijkheden biedt om de redelijkheid van deze specifieke bepaling in het contract door de rechter te laten beoordelen met het verzoek tot het niet van toepassing verklaren van de bepaling of anderszins¹. Voor de property manager ontvouwt zich nu een dilemma: omdat de wetgever aan de rechter de ruimte geeft om de redelijkheid van de bedoelde bepaling in de gesloten huurovereenkomst te beoordelen, is de huurder geholpen, maar omdat redelijkheid als open norm de rechter veel ruimte geeft, bestaat onzekerheid over de beoordeling door de rechter en kan de property manager dus niet goed inschatten of procederen kansrijk is. Ook kan ik, als zijn advocaat, niet veel onzekerheid wegnemen.

Het geschetste dilemma is in de rechtspraktijk regelmatig onderwerp van gesprek. Ook in de literatuur treft men veel beschouwingen aan over deze spanning tussen ruimte (of flexibiliteit) versus rechtsonzekerheid bij open normen. Mijn onderzoek heb ik gewijd aan enkele open normen in het huurrecht. Allereerst omdat eerder onderzoek naar open normen, zoals het onderzoek van Bakker² en Memelink³, aan het huurrecht (van onroerende zaken) voorbij is gegaan. Daar komt bij dat het huurrecht bij uitstek een interessant terrein is voor een nadere verkenning van de werking van open normen. Het is een rechtsgebied dat zich kenmerkt door bescherming van de huurder en de behoefte rechtsoordelen aan te kunnen passen aan de omstandigheden van het geval, maar tegelijkertijd is van oudsher behoefte aan rechtszekerheid op dit terrein. Een huurder wil weten waar hij aan toe is: ontruiming uit een bedrijfspand kan al gauw het einde van de hu-

1 De rechter kan bijvoorbeeld worden gevraagd de overeenkomst aan te passen, de gemaakte afspraken buiten werking te stellen of deze aan te vullen of te ontbinden, of om de overeenkomst dan wel één of meer bedingen daarin te vernietigen (denk aan rechtsgronden als de redelijkheid en billijkheid, dwaling, onvoorzienne omstandigheden, etc.).

2 Bakker 2012.

3 Memelink 2009.

rende onderneming zijn en uit een woning worden gezet is gewoonlijk traumatisch.

Om te zorgen dat ik de aansluiting hield bij de praktijk, heb ik in de eerste fase van mijn onderzoek een enquête rondgestuurd. Diverse vragen zijn online beantwoord door rechters, advocaten en partijen bij huurovereenkomsten. Verder onderzoek heeft plaatsgevonden aan de hand van literatuur en jurisprudentie.

Het onderzoek heeft veel tijd in beslag genomen. Dat komt goeddeels omdat ik het naast mijn werk heb gedaan. Vanuit mijn kantoor heb ik veel ruimte gekregen om tijd te besteden aan mijn onderzoek, maar soms was het lastig om voldoende aandacht te geven. Dat heeft ertoe geleid dat dit proefschrift soms met lange tussenpozen is geschreven. De kunst is, zo ontdekte ik, om dat niet erg te vinden en gewoon door te gaan zodra het weer kan.

Ik hoop dat mijn proefschrift aanzet tot verdere inhoudelijke discussie over open normen. En dat het ook zorgt voor meer besef over de ruimte die de open normen bieden en de reikwijdte van de aantasting van de rechtszekerheid. Open normen worden door sommigen geduid als een noodzakelijk kwaad. Alleen al vanwege die opvatting lijkt het mij de moeite waard om geregeld de afweging te maken of de positieve aspecten van (wettelijke) open normen opwegen tegen de nadelen ervan. De wetgever heeft hier wat mij betreft een belangrijke rol.

Uit betrouwbare bron heb ik vernomen dat een voorwoord ook een woord van dank hoort te bevatten. Een risicovolle onderneming, omdat de kans bestaat dat je iemand vergeet.

Ik ben veel dank verschuldigd aan mijn kantoor (thans genaamd Dentons Boekel) vanwege de tijd die ik heb gekregen om aan mijn proefschrift te werken. Een gesprek met Cornélie Arnouts halverwege een skipiste over de wens om een promotieonderzoek te doen, leidde tot een gesprek hierover met Paul Wanders in de trein op weg naar een cliënt en uiteindelijk de toestemming bij monde van Sonja van der Kamp om er daadwerkelijk aan te beginnen.

Mijn dank gaat eveneens uit naar mijn promotoren. Ton Jongbloed heeft eendeloos geduld met mij gehad en nooit opgegeven vriendelijke e-mails te sturen met als boodschap dat de aanhouder wint en het doen van wetenschappelijk onderzoek niet te vergelijken is met een sprint, maar met een marathon. In de laatste fase heeft Anne Keirse zich bereid getoond zich eveneens als promotor aan mijn onderzoek te verbinden. Dankzij haar kritische blik en aanwijzingen ligt mijn onderzoek nu in de huidige vorm voor u.

Ik dank ook de leden van de beoordelingscommissie, bestaande uit prof.mr. J. Hijma, prof.mr. F.J.L. Pennings, prof.mr. M.M. van Rossum, prof.mr. H.N. Schelhaas en prof.mr. T.H.M. van Wechem, voor hun bereidheid om mijn proefschrift te beoordelen.

Minstens evenveel dank gaat uit naar de mensen die de moeite hebben willen nemen om (delen van) mijn proefschrift te lezen en te voorzien van commentaar.

Albert Flesseman en Thérèse Fraai hebben zich gewaagd aan het gehele proefschrift. Willemin Jansen en Karen Six-Hummel aan een groot deel daarvan. Individuele hoofdstukken zijn becommentarieerd door Anique Bergers, Liesbeth Mulckhuijse en Sonja van der Kamp. Dat zij hun vrije tijd aan mij hebben gegeven, is mij heel veel waard.

Ook mijn ouders hebben bijgedragen aan het tot stand komen van dit proefschrift. Mijn vader door iedere keer dat ik van gedachten wilde wisselen over ‘hoe het hoort’ bij een proefschrift de telefoon op te nemen en iedere keer dat we samen hebben gegeten de afgelopen twee jaren aan te horen hoeveel langzamer de laatste fase van dit proces ging dan ik vooraf had gedacht. Mijn moeder heeft mijn proefschrift doorgelezen en alle tik- en taalfouten aangevinkt die zij tegenkwam. Mijn dank gaat op dit punt ook uit naar Judith Hooghuis, die met haar taalkritische blik eveneens mijn hele proefschrift heeft doorgenomen. Een aantal herziene teksten zijn tot slot grammaticaal gecontroleerd door Sandy de Kaste. Eventuele fouten die nog terug te vinden zijn heb ik vermoedelijk opgeschreven bij de laatste aanvullingen en verbeteringen die ik niet meer aan hen heb voorgelegd.

Mijn man, Vedran Bilanović, heeft jarenlang alle hoogte- en dieptepunten van het schrijfproces meegekregen. Een deel van het traject was gedeelde smart, totdat hij in juni 2017 als eerste de eindstreep bereikte en zelf promoveerde aan de Universiteit van Amsterdam. Ik kan me geen betere partner in dit avontuur voorstellen. Buiten dit avontuur trouwens ook niet.

Justine

Alphen aan den Rijn, oktober 2019

Inhoudsopgave

VOORWOORD		v
	INLEIDING	1
1.1	Introductie	1
1.2	Wat is een norm?	1
1.3	Het belang van open normen en de bezwaren tegen open normen	2
1.4	De vraag naar het goede van open normen	3
1.5	De werking van open normen in het huurrecht	4
1.6	Het onderzoek	4
1.6.1	De onderzoeksvraag	4
1.6.2	Ruimte en rechts(on)zekerheid	5
1.6.2.1	Ruimte	6
1.6.2.2	Rechts(on)zekerheid	6
1.6.3	De mate van variatie	7
1.6.3.1	‘Mate van variatie’ als reikwijdte	7
1.6.3.2	‘Mate van variatie’ voor de normadressaat	8
1.6.4	Opbouw van dit proefschrift	9
1.7	Gekozen open normen: redelijkheid en billijkheid, goed huurderschap en onredelijk bezwarend beding	10
1.7.1	Redelijkheid en billijkheid	12
1.7.2	Goed huurderschap	12
1.7.3	Onredelijk bezwarend beding	13
1.8	Afbakening	13
1.9	Methode	14
1.9.1	Het juridisch dogmatisch onderzoek	16
1.9.2	Het kwalitatieve indicatieve onderzoek – de enquête	18
1.9.2.1	Vorm van de enquête	19
1.9.2.2	Gekozen doelgroep	19
1.9.2.3	Verspreiding van de enquête	20
1.9.2.4	De vragen	20
1.9.2.5	De respondenten	23
2	OPEN NORMEN: BELANGEN EN BEZWAREN	25
2.1	Inleiding	25
2.2	Het begrip ‘open normen’	27
2.2.1	Tekstuele benadering	27
2.2.2	Benadering vanuit verantwoordelijkheidsoptiek	28
2.2.3	Ruimte tot zelfregulering	28
2.2.4	Tussenconclusie	29
2.3	Het belang van open normen	30
2.3.1	Inleiding	30

2.3.2	Deregulering	30
2.3.2.1	Opkomst wetgevingsbeleid	30
2.3.2.2	Dereguleren vanwege regelgroei	31
2.3.2.3	Dereguleren vanwege regeldruk	32
2.3.2.4	Dereguleren en open normen	34
2.3.3	Impuls voor communicatieve wetgeving	34
2.3.4	Open normen scheppen ruimte	37
2.3.4.1	Ruimte voor private personen	37
2.3.4.2	Ruimte voor overheidsinstanties	39
2.3.4.3	Ruimte voor de rechter	40
2.3.5	Tussenconclusie	42
2.4	Bezwaren tegen open normen	42
2.4.1	Open normen en de triasleer	43
2.4.2	Open normen en rechtszekerheid	46
2.4.2.1	Inleiding	46
2.4.2.2	Het rechtsonzekerheidsbezwaar tegen open normen	48
2.4.2.3	Historische pleidooien voor rechtszekerheid: Houwing en De Grooth	49
2.4.2.4	Pleidooi van Barendrecht: scherpe normen en autonome rechter	51
2.4.2.5	Relativeringen van het rechtsonzekerheidsbezwaar	54
2.4.2.5.1	Een kwestie van rechtsopvatting	54
2.4.2.5.2	De valse zekerheidssuggestie van precieze normen	55
2.4.2.5.3	Genuanceerde tussenstandpunten	56
2.4.3	Tussenconclusie	59
2.5	Beperking tot materieelrechtelijke open normen	60
2.6	De praktijk	61
2.7	Conclusie	62
3	INTRODUCTIE VAN DE HURBESCHERMINGSGEDACHTEN EN DE OPEN NORMEN ‘REDELIJKHEID’ EN BILLIJKHEID’, ‘GOED HUURDERSCHAP’ EN ‘ONREDELIJK BEZWAREND BEDING’	63
3.1	Huurrecht	63
3.2	Definiëring ‘redelijkheid en billijkheid’	67
3.2.1	Wettelijke basis	68
3.2.2	Taalkundige uitleg van de term ‘redelijkheid en billijkheid’	70
3.2.3	Uitwerking van de redelijkheid en billijkheid in de rechtsliteratuur	71
3.2.4	Algemene toepasselijkheid (civiel recht – verbintenissen)	77
3.2.4.1	De precontractuele fase (totstandkoming)	78
3.2.4.2	De uitleg van een overeenkomst	84
3.2.4.3	Aanvullende werking ten aanzien van een overeenkomst	89
3.2.4.4	Beperkende/derogerende werking	92
3.2.4.5	Tussenconclusie	96
3.3	Definiëring ‘goed huurderschap’	97
3.4	Definiëring onredelijk bezarend beding	102
3.4.1	De wet	102
3.4.2	Lex specialis	103
3.4.3	Terminologie, reikwijdte	107
3.4.4	Artikel 6:236 en 6:237 BW, reflexwerking	109
3.4.5	Europese richtlijn	113
3.4.5.1	Europees recht	113
3.4.5.2	Reikwijdte	113
3.4.5.3	Verschillen tussen de Richtlijn en de Nederlandse wet	115
3.4.5.4	Ambtshalve toetsing	117
3.4.6	Tussenconclusie	120

4	REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID IN HET HUURRECHT	121
4.1	Normerende werking in het huurrecht	121
4.1.1	Redelijkheid en billijkheid bij het sluiten van de huurovereenkomst	122
4.1.2	Redelijkheid en billijkheid gedurende de huurovereenkomst	123
4.1.3	Redelijkheid en billijkheid bij het einde van de huurovereenkomst	127
4.2	Casuïstiek van de redelijkheid en billijkheid in het huurrecht	131
4.2.1	Rol van de wetgever	131
4.2.2	Ruimte voor de (proces)partijen	134
4.2.2.1	Volledige partijautonomie	134
4.2.2.2	Verkleinde partijautonomie	135
4.2.2.3	Niet volledige partijautonomie	135
4.2.3	Tussenconclusie	142
4.2.4	Hoever ruimte neemt de rechter	142
4.2.5	Tussenconclusie	147
4.2.6	Mogelijke rechtszekerheidsproblemen	148
4.2.7	Afweging ruimte versus rechtszekerheid	155
4.3	Werking in de praktijk	157
4.4	Conclusie	159
4.4.1	Juridische analyse redelijkheid en billijkheid	159
4.4.1.1	De geboden ruimte als voordeel	159
4.4.1.2	De beperkte rechtszekerheid als nadeel	160
4.4.1.3	Tussenconclusie	160
4.4.2	Redelijkheid en billijkheid in de praktijk	161
4.4.3	Samenvattend	161
5	GOED HUURDER	163
5.1	Normerende werking in het huurrecht	163
5.1.1	Slecht huurderschap	163
5.1.2	Samenloop open norm en andere (wettelijke) verplichting	165
5.1.3	Gedragsnorm	167
5.1.4	Verplichting tot voortdurend gebruik	169
5.1.5	Tussenconclusie	177
5.2	Casuïstiek van goed huurderschap	177
5.2.1	Rol van de wetgever	177
5.2.2	Ruimte voor de (proces)partijen	179
5.2.3	Tussenconclusie	183
5.2.4	Hoever ruimte neemt de rechter	184
5.2.5	Tussenconclusie	188
5.2.6	Mogelijke rechtszekerheidsproblemen	188
5.2.7	Afweging ruimte versus rechtszekerheid	191
5.3	Werking in de praktijk	192
5.4	Conclusie	193
5.4.1	Juridische analyse goed huurderschap	193
5.4.1.1	De geboden ruimte als voordeel	193
5.4.1.2	De beperkte rechtszekerheid als nadeel	195
5.4.1.3	Tussenconclusie	196
5.4.2	Goed huurderschap in de praktijk	197
5.4.3	Samenvattend	197
6	HET ONREDELIJK BEZWARENDE BEDING IN HET HUURRECHT	199
6.1	Normerende werking in het huurrecht	199
6.2	Casuïstiek van het onredelijk bezwarende beding in het huurrecht	202

6.2.1	Rol van de wetgever	203
6.2.2	Ruimte voor de (proces)partijen	206
6.2.3	Tussenconclusie	212
6.2.4	Hoeveel ruimte neemt de rechter	212
6.2.5	Tussenconclusie	216
6.2.6	Mogelijke rechtszekerheidsproblemen	216
6.2.7	Afweging ruimte versus rechtszekerheid	219
6.3	Werking in de praktijk	219
6.4	Conclusie	222
6.4.1	Juridische analyse onredelijk bezwarend beding	222
6.4.1.1	De geboden ruimte als voordeel	222
6.4.1.2	De beperkte rechtszekerheid als nadeel	223
6.4.1.3	Tussenconclusie	223
6.4.2	Onredelijk bezwarende bedingen in de praktijk	224
6.4.3	Samenvattend	224
7	SLOTBESCHOUWING	227
7.1	Waarde van open normen	227
7.1.1	Wat zijn de belangen (functie) en de bezwaren van open normen?	227
7.1.2	Rechtszekerheid	229
7.1.3	Maatwerk/Rechtspraak	231
7.1.4	Objectivering/Concretisering	231
7.2	Antwoord op de onderzoeksvraag	232
7.2.1	Van welke ruimte voor de rechter en voor de partijen is sprake bij open normen in de huurrechtpraktijk?	232
7.2.2	Hoe variëren de ruimte die de open normen bieden en de mate van rechtsonzekerheid die de open normen mogelijk veroorzaken?	235
7.2.3	Tot besluit	239
8	SAMENVATTING	243
8.1	Open normen in de wetgeving	243
8.2	Open normen in de rechtspraak van het huurrecht	243
8.3	Het onderzoek	244
8.4	Redelijkheid en billijkheid in het huurrecht; ruimte versus onzekerheid	245
8.5	Goed huurderschap; ruimte versus onzekerheid	246
8.6	Het onredelijk bezwarende beding in het huurrecht; ruimte versus onzekerheid	247
8.7	Conclusie	248
	Summary	251
	Nawoord	257
	Aangehaalde parlementaire stukken	259
	Aangehaalde literatuur	261
	Jurisprudentieregister	277
	Trefwoordenregister	283
	Bijlage – De enquêtevragen	299

Inleiding

1.1 Introductie

Open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid, zijn van grote invloed op het civiele recht. In dit proefschrift wordt gekeken naar enkele van die open normen tegen de achtergrond van het huurrecht. Aan de hand van literatuur, rechtspraak en antwoorden op enquêtevragen wordt meer vaste vorm gegeven aan die open norm door voor diverse stadia van het huurrecht (van de onderhandelingen over het sluiten van een huurovereenkomst tot aan de beëindiging daarvan) te bezien welke ruimte de open normen scheppen en waar rechtsonzekerheid een factor is. De gestelde onderzoeksvraag komt aan de orde in paragraaf 1.6. De open normen aan de hand waarvan dit onderzoek vorm is gegeven zijn de redelijkheid en billijkheid (als overkoepelende open norm), het goed huurderschap (als huurrecht-specifieke open norm) en het onredelijk bezwarende beding (van toepassing op algemene voorwaarden die een grote rol spelen bij huurovereenkomsten). De keuze voor deze drie open normen wordt nog nader toegelicht in paragraaf 1.7.

Het onderhavige hoofdstuk dient als introductie van het onderzoek, met een toelichting van gemaakte keuzes en de gestelde onderzoeksvraag. Het tweede legt de focus op de open norm in het algemeen en het derde hoofdstuk op het huurrecht. De toepassing van de gekozen open normen op het huurrecht vindt plaats in hoofdstukken 4, 5 en 6, waarna hoofdstuk 7 de conclusie ten aanzien van het onderzoek bevat. Het laatste hoofdstuk betreft een samenvatting van het gehele onderzoek.

1.2 Wat is een norm?

Een ‘norm’ is een brede term, het spectrum reikt van niet gecodificeerde gedragsnormen tot aan wettelijke normen. Een norm kan zowel een richtlijn als een regel betreffen.¹ Richtlijnen en regels komen we op verschillende niveaus tegen. Zo kan een lokale handwerkvereniging interne regels opstellen en kan een ge-

1 Van Dale geeft de definitie ‘maatstaf, regel, richtsnoer’, <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/norm#.W5jg6-gzZPY> (12 september 2018).

meente beleidsregels opstellen ten aanzien van de aanpak van overlast (artikel 1:3 lid 4 Awb).

In het onderhavige proefschrift ligt de nadruk op de open norm. In die context wordt de term ‘norm’ gekoppeld aan een waarde. Bij de open norm ‘goed huurderschap’ is dit bijvoorbeeld de wijze waarop de huurder zich hoort te gedragen.

Een voorbeeld van de wettelijke term ‘norm’ zonder dat hier een waarde of gedragsregel aan is gekoppeld vinden we in de Participatiewet, waar bijvoorbeeld de bijstandsnorm is gedefinieerd (artikel 5 sub c Participatiewet). Deze norm betreft een set van regels die onder meer betrekking heeft op het inkomen van de al dan niet bijstandsgerechtigde.

Kortom, in het onderhavige proefschrift wordt gesproken over open normen, waarbij de term ‘norm’ ziet op een waarde of gedragsregel, zoals ‘(on)redelijk’ of ‘goed’.

1.3 Het belang van open normen en de bezwaren tegen open normen

De wil van de wetgever is zichtbaar in het wetgevingsbeleid, in het kader waarvan de keuze voor open of gesloten normen van de nodige criteria is voorzien. Juist omdat het wetgevingsbeleid een decennialange ontwikkeling achter de rug heeft, liggen de keuzen van de wetgever betrekkelijk vast. Het wetgevingsbeleid bevat daarmee een antwoord op de vraag welke overwegingen ten grondslag liggen aan de keuze voor het opnemen van open normen in de wetgeving. Om die reden wordt in hoofdstuk 2 aandacht gegeven aan het wetgevingsbeleid met betrekking tot open normen en aan de afweging tussen positieve en negatieve aspecten aan open normen die daarop van invloed kunnen zijn. Op basis van een literatuuronderzoek worden de voor- en nadelen van open normen in beeld gebracht. Omdat bij de ontwikkeling van het wetgevingsbeleid wordt gekeken naar de ontwikkelingen binnen de rechtstheorie hierover, wordt ook deze theorie in dit onderzoek betrokken.

Bij het voornoemde onderzoek wordt ervan uitgegaan dat de afweging tussen de belangen en bezwaren van open normen, zoals de wetgever die op diverse terreinen – en dus ook op het terrein van het huurrecht – maakt, voor verandering vatbaar is. Er is geen reden om aan te nemen dat dit niet zo is. Er zijn geen indicaties of regels die erop duiden dat de afweging (bij nieuwe wetgeving) niet telkens opnieuw en volledig wordt gemaakt. Het onderhavige onderzoek is dan ook van belang omdat de werking van de open normen in de praktijk van het huurrecht bepalend zullen zijn voor eventuele wijzigingen ervan in de wetgeving.

1.4 De vraag naar het goede van open normen

“Open normen zijn dus een groot goed”, zo concludeerde Drion.² Dat treft, want ons recht, in het bijzonder ons civiele recht, bevat er veel van. Zij bestrijken soms een groot deel van dit rechtsterrein, terwijl andere open normen tot specifieke rechtsgebieden beperkt blijven. Waar de open norm ‘redelijkheid en billijkheid’ nagenoeg het gehele privaatrecht bestrijkt, is de werking van de open norm dat een huurder het gehuurde object als een goed huurder moet gebruiken³ beperkt tot het huurrecht. De taal van de wetgever bepaalt of we te maken hebben met een open – ook wel aangeduid als vage – norm. Bij een gesloten – ook wel aangeduid als concrete – norm is de invulling bekend en bestaat er weinig ruimte.

In de wet zijn ook normen te vinden die deels open en deels gesloten zijn. Zo is de norm ‘een redelijke termijn’ open, maar wordt deze norm goeddeels gesloten in artikel 7:506 lid 1 BW waar is opgenomen: “Een termijn van zeven dagen voor de aanvang van de reis wordt geacht in ieder geval tijdig te zijn.”

Een open norm kan ook gedeeltelijk worden gesloten door nadere invulling door de rechter, door een toezichthouder of door gewoontevorming. Vaak kunnen ook partijen een nadere invulling van de open norm afspreken. Daarmee blijft de open norm weliswaar bestaan, maar is de norm voor partijen geheel of gedeeltelijk gesloten.

Gesloten regelgeving (iets anders dan een gesloten norm, want niet iedere rechtsregel bevat een norm c.q. een gedragsregel) vormt het grootste deel van onze wetten. Een voorbeeld daarvan is artikel 6:119a BW dat ziet op het verschuldigd zijn van wettelijke rente. Hierin is niet opgenomen dat deze rente verschuldigd is na een ‘redelijke termijn’, maar simpelweg (kort gezegd) na dertig dagen.

Of open normen inderdaad zo’n groot goed zijn als Drion stelt, is afhankelijk van een groot aantal factoren. Het kan afhangen van het desbetreffende terrein waarop de open normen werken.⁴ De opvatting over het goede of kwade van open normen kan ook worden ingegeven door de rol die men vervult.⁵ Naast de aard van het rechtsterrein en de opvatting van partijen, is ook het beleid van de wetgever medebepalend voor het antwoord op de vraag of open normen een groot goed zijn. Gebruik van open normen betekent voor de wetgever dat hij minder hoeft te regelen, maar het betekent ook dat hij in dat geval een goed deel van de uitvoering van zijn beleid niet langer zelf bepaalt, maar aan anderen overlaat.

2 Drion, *NJB* 2017, p. 1979.

3 Artikel 7:213 BW.

4 Zo laat zich de vraag stellen of open normen op het fiscale terrein wel wenselijk zijn, omdat de beide partijen – de fiscus en de belastingbetaler – vaak tegengestelde doelen nastreven en er dus moeilijk toe komen om tot een voor beide partijen aanvaardbare invulling van de open norm te komen. Zie voor een dergelijk standpunt: Meussen, *WFR* 2002, afl. 6479, p. 603-629.

5 Zo is toezichthouder Kockelkoren (van de Autoriteit Financiële Markten) positief over open normering, met als reden dat de toezichthouder dan meer discussieruimte heeft en niet, zoals bij gesloten normen, zich moet beperken tot ambtelijke afvinken: Th. van Vugt 2016 (<http://www.amweb.nl/branche/nieuws/2016/07/interview-theodor-kockelkoren-toezicht-volgens-het-boekje-werkt-niet-1011582>, 11 mei 2018).

1.5 De werking van open normen in het huurrecht

Dit onderzoek gaat over de ruimte die enkele open normen op het terrein van het huurrecht bieden en de rechtsonzekerheid die zij veroorzaken. Daarbij gaat het om de open normen die van toepassing zijn op het huurrecht, niet alleen om die welke slechts op dit terrein werking hebben c.q. daarin hun ontstaansrecht hebben. In de rechtspraktijk zijn immers niet alleen de voor het huurrecht specifieke open normen aan de orde en dus niet alleen bepalend voor de vraag wat het effect van open normen voor dit terrein is. Omdat specifiek voor het huurrecht de werking van open normen niet eerder is onderzocht, is dit onderzoek allereerst gericht op het aanvullen van een kennislacune. Daarnaast is het doel van dit onderzoek om wat meer duiding te geven aan de gekozen open normen en hun werking binnen het huurrecht. Dat wordt onder meer gedaan door in het algemeen na te gaan wat de bedoeling van de wetgever is bij het codificeren van open normen. Diverse factoren zijn bepalend voor de vraag of de wetgever open normen zal willen bevorderen of beperken. Dat zijn allereerst politieke factoren, bijvoorbeeld het bewerkstelligen dat de rechter op basis van open normering de ruimte kan geven aan specifieke bijzondere omstandigheden of dat door beperking van open normering aan bepaalde beoogde doelgroepen meer zekerheid kan worden geboden. Op deze politieke overwegingen wordt in het kader van deze studie niet nader ingegaan. De aan de triasleer verbonden overwegingen, in het bijzonder die van de competentieverdeling tussen wetgever en rechter, worden bondig benoemd, maar een meer diepgaande beschouwing valt buiten het bestek van dit onderzoek. Daarnaast wordt in hoofdstuk 2 nader ingegaan op twee belangrijke factoren die de keuze van de wetgever voor uitbreiding dan wel beperking van open normen bepalen, namelijk het bevorderen van deregulering (paragraaf 2.3.2) en het stimuleren van communicatieve wetgeving (paragraaf 2.3.3).

De spanning tussen ruimte en rechts(on)zekerheid zal zich het sterkst doen voelen op praktijkvelden waar niet alleen behoefte is aan flexibiliteit van het recht (die door de ruimte geboden wordt), maar waar mede door de machtsongelijkheid van partijen behoefte bestaat om aan de zwakkere partij de nodige bescherming te bieden. De praktijk van het huurrecht kent (evenals bijvoorbeeld het arbeidsrecht en consumentenrecht) een dergelijke bescherming aan de zwakkere partij, te weten de huurder. De combinatie tussen het uitgangspunt dat huurders (met name wanneer dit particulieren en kleine ondernemers zijn) bescherming behoeven en de ruimte die rechters (in de ogen van de partijen) wordt gegund door toepassing van open normen, leidt in de dagelijkse rechtspraktijk tot geluiden van onzekerheid. Het is interessant om te bezien of die spanning met rechtszekerheid gegrond is.

1.6 Het onderzoek

1.6.1 De onderzoeksvraag

De centrale onderzoeksvraag in dit proefschrift ziet op het functioneren van open normen op het terrein van het huurrecht. In het bijzonder ligt de focus op de mo-

gelijke spanning tussen de ruimte die deze normen bieden en de rechtsonzekerheid die daarmee gepaard kan gaan. Daarbij wordt verondersteld dat die ruimte en die eventuele rechtsonzekerheid niet voor elke open norm gelijk is en overigens binnen eenzelfde norm per geval kan verschillen. Dit onderzoek naar de bedoelde ruimte en rechtsonzekerheid impliceert daarom ook een onderzoek naar de variatie ervan. Dat resulteert in de volgende onderzoeksvraag:

In welke mate variëren de ruimte die de open normen bieden en de rechtsonzekerheid die de open normen mogelijk veroorzaken?

Het onderzoek richt zich in het bijzonder op de normen ‘redelijkheid en billijkheid’, ‘goed huurderschap’ en ‘het onredelijk bezwarend beding’ binnen de huurrechtpraktijk.

Ten behoeve van de beantwoording van de onderzoeksvraag wordt onderzocht wat de ruimte is die de wetgever met de voor dit onderzoek gekozen open normen biedt aan de huurrechtpraktijk. Ten behoeve van de huurrechtpraktijk wordt de (in bepaalde mate) variërende ruimte voor de rechter en voor de (proces)partijen onderzocht, evenals de mate van rechtsonzekerheid die open normen kunnen veroorzaken.

Het doel van dit onderzoek is het verschaffen van meer inzicht in de werking van open normen in de rechtspraktijk van het huurrecht door een verkennend onderzoek naar de effecten van drie van deze normen. Die werking wordt onderzocht aan de hand van twee belangrijke en min of meer tegengestelde effecten van open normen: ruimte en onzekerheid. Deze verkenning richt zich op de overwegingen van de wetgever bij het opnemen van open normen in de wetgeving. Ook wordt gezien hoe de rechter in de rechtspraak – weliswaar per geval, maar ook door herhaling en accentuering – een nadere invulling geeft aan die normen. Daarnaast is er aandacht voor het (mogelijke) handelen van (proces)partijen van wie de contractuele relatie mede wordt bepaald door de (interpretatie van) open normen en ten slotte wordt een indruk gegeven van de perceptie die rechters en partijen hebben van de werking van open normen in de huurrechtpraktijk.

Inzicht verschaffen op de vorenbedoelde werking van open normen kan uiteindelijk ook van invloed zijn op die werking. In de eerste plaats zou de opbrengst van deze verkenning kunnen zijn dat rechtsonzekerheid wordt gereduceerd. De opvatting in dit proefschrift is dat een zekere invulling van de open norm, die het gevolg kan zijn van dit verkennende onderzoek, het (positieve) effect van de met de open norm gegeven ruimte niet in de weg hoeft te staan.

Concretisering van de onderzoeksvraag vergt concretisering van de begrippen ‘ruimte’ en ‘rechts(on)zekerheid’ en van wat wordt bedoeld met ‘de mate waarin’. Deze concretisering komt in de beide volgende paragrafen aan de orde.

1.6.2 *Ruimte en rechts(on)zekerheid*

Het onderhavige proefschrift richt zich op het variëren van de ruimte die de open normen bieden en de mate van rechtsonzekerheid die de open normen mogelijk

veroorzaken. Daarvoor is het van belang een goed begrip te hebben van de begrippen ‘ruimte’ en ‘rechtsonzekerheid’. Dit wordt in het navolgende toegelicht.

1.6.2.1 RUIMTE

Zowel de rechter als de (proces)partijen kunnen – in bepaalde mate – beschikken over de ruimte die open normen bieden. Het betreft voor beide een ander soort ruimte. In dit onderzoek is relevant hoe het gesteld is met die ruimte.

Ruimte voor de rechter betekent dat de rechter de vrijheid heeft te oordelen zoals hij in het voorgelegde geval geraden acht. De wetgever geeft die ruimte door geen specifieke regels te stellen.

De ruimte voor de partijen bij een (beoogde of tot stand gekomen) huurovereenkomst bevindt zich op een ander vlak. De ruimte die de wetgever aan partijen biedt door het opnemen van een open normering bestaat uit de vrijheid om de open norm zelf in te vullen en daarmee invulling te geven aan hun huurrelatie. De mate van ruimte voor partijen is hier dus de mate van partijautonomie.

In dit proefschrift wordt partijautonomie gezien als de mogelijkheid voor partijen om gezamenlijk in vrijheid tot afspraken te komen. En als die autonomie onaangetast blijft (de afspraken in stand blijven), wordt dat in dit onderzoek gedefinieerd als ruimte.

1.6.2.2 RECHTS(ON)ZEKERHEID

Rechtszekerheid ziet met name op zekerheid voor een partij over diens rechtspositie, over het weten waar men rechtens aan toe is.⁶

Vranken geeft een opsomming van de termen waarmee naar rechtszekerheid wordt verwezen:

*“duidelijkheid, voorspelbaarheid, berekenbaarheid, afdwingbaarheid, verbod van willekeur, eerbiedigen van verkregen rechten, honoreren van gewekte verwachtingen en systeemconsistentie, mét overgangsregels, bij verandering of aanvulling van wetgeving en rechtspraak”.*⁷

In dit proefschrift wordt met name de term ‘rechtsonzekerheid’ gebruikt, als het nadeel dat kleeft aan een open norm. Met die rechtsonzekerheid wordt dan in dit proefschrift (waarin veelvuldig naar rechtspraak wordt verwezen) met name bedoeld dat een (proces)partij niet zeker is over zijn rechtspositie, omdat hij niet goed kan inschatten hoe een rechter zal oordelen over zijn geschil met zijn contractspartij.

6 Zie in deze termen het proefschrift van Oldenziel over rechtszekerheid en wetgeving (Oldenziel 1998). Het proefschrift is overigens met name gericht op het bestuursrecht, waarbij het dan vooral gaat over de juridische positie ten opzichte van de overheid.

7 Vranken 2013, p. 137.

1.6.3 *De mate van variatie*

De in paragraaf 1.6 geformuleerde onderzoeksvraag luidt: in welke mate variëren de ruimte die de open normen bieden en de rechtsonzekerheid die de open normen mogelijk veroorzaken?

De onderzoeksvraag vergt in eerste instantie dat de ruimte en rechtsonzekerheid, zoals in de vorige paragraaf nader geconcretiseerd, worden geanalyseerd als resultaat van open normen in het huurrecht. Daarbij is aangenomen dat beide – ruimte en rechtsonzekerheid – zullen variëren. Vervolgens impliceert de onderzoeksvraag dat het navolgende onderzoek ook wordt gericht op de mate van variatie waarin ruimte en rechtsonzekerheid zich voordoen. In deze paragraaf wordt een nadere concretisering gegeven van dit element (mate van variatie) van de onderzoeksvraag. De ‘mate van variatie’ verwijst hier naar de reikwijdte van de ruimte. Ook is van belang dat wordt gekeken naar de mate van variatie per normadessaat (derhalve de ruimte voor de rechter en de ruimte voor de (proces)partijen).

1.6.3.1 ‘MATE VAN VARIATIE’ ALS REIKWIJDTE

De mate van de variatie in de betekenis van (normatieve) reikwijdte speelt zich af binnen de maximale en minimale ruimte die aan de rechter en aan (proces)partijen geboden wordt.

Een open norm biedt de rechter maximale ruimte wanneer de rechter rekening kan houden met alle individuele en zakelijke aspecten die op het geschil tussen partijen van toepassing kunnen zijn en vervolgens in vrijheid kan oordelen wat hij in het voorgelegde geval geraden acht. ‘In vrijheid’ betekent dat de rechter bijvoorbeeld niet beperkt is door gestelde kaders. Voorbeelden van de genoemde individuele en zakelijke aspecten in de huurrechtpraktijk zijn omstandigheden waarin de verhuurder of de huurder verkeert of eventuele gebreken aan het gehuurde. Het andere uiterste van de variatiereikwijdte is de minimale ruimte, waarbij de rechter geen vrijheid heeft om in vrijheid te oordelen wat hij geraden acht.

Daar waar de rechter zelf kan oordelen wat in het voorliggende geval redelijk en billijk is, zeker als de rechter daarbij rekening mag houden met alle omstandigheden van het geval, wordt aan de rechter een grote mate van beoordelingsvrijheid gegeven. Zoals uit het voorgaande blijkt, wordt die mate van beoordelingsvrijheid in dit proefschrift aangeduid als ‘maximale ruimte voor de rechter’.

Van ‘minimale ruimte aan de zijde van de rechter’ is sprake wanneer de rechter zich moet beperken tot de interpretatie van het begrip dat met de open norm is uitgedrukt, zonder hier een eigen redelijkheidstoets (beoordelingstoets) te kunnen toepassen.

Artikel 7:296 BW bevat bijvoorbeeld minimale ruimte voor de rechter zodra zijn/haar bevinding is dat sprake is van dringend eigen gebruik en de huurovereenkomst op die grond op correcte wijze door de verhuurder is opgezegd. Dan moet

de rechter in beginsel de gevorderde beëindiging uitspreken. Het arrest van de Hoge Raad inzake de werking van de redelijkheid en billijkheid bij de opzegging van duurovereenkomsten biedt hier mogelijk weer enige ruimte (zie paragraaf 5.1.1).

Volledige autonomie van de partijen, zonder dat de wet (inclusief een open norm) af kan doen aan gemaakte afspraken, biedt de meeste ruimte aan partijen. Ofwel: zelf afspraken kunnen maken, zelf invulling kunnen geven aan die afspraken en terug kunnen vallen op de gemaakte afspraken. Dit wordt in dit proefschrift gezien als maximale ruimte voor de (proces)partijen.

(Semi)dwingend recht, veelvoorkomend binnen het huurrecht, kan afbreuk doen aan de partijautonomie en daarmee aan de ruimte van partijen.

In de literatuur is aan de orde gesteld dat rechtsbescherming nodig kan zijn ter ondersteuning van de (individuele) partijautonomie. In dat geval wordt gekeken vanuit het perspectief van een van beide partijen. Zonder de wettelijke bescherming die aan een (zwakke) partij, zoals een particuliere huurder, wordt geboden, zou hij wellicht niet de afspraken kunnen maken die hij wenst dan wel die in zijn voordeel zijn. Met betrekking tot financiële beslissingen duiden Keirse en Bouwman dit als dat de autonomie die verondersteld wordt bij een partij aanwezig te zijn, niet overeenkomt met diens daadwerkelijke capaciteit om autonoom te handelen.⁸

Minimale ruimte aan de zijde van de (proces)partijen doet zich voor als door hen gemaakte afspraken opzij worden gezet en partijbedoelingen geen rol spelen.

Er is niet altijd sprake van minimale of maximale ruimte. De tussenliggende varianten worden aangeduid met ‘weinig’, ‘gemiddeld’ en ‘veel’ ruimte.

Het aspect ‘rechtsonzekerheid’ ziet uitsluitend op de (proces)partijen, niet op de wetgever en de rechter. Van maximale rechtsonzekerheid is sprake als een (proces)partij geen zekerheid heeft over zijn rechtspositie, omdat er geen kaders bestaan waarbinnen de rechter hoeft te oordelen over zijn geschil met zijn contractspartij. Indien er enige kaders bestaan (maar de rechter binnen die kaders wel ruimte heeft) neemt de rechtsonzekerheid af. Minimale rechtsonzekerheid bestaat daar, waar de uitkomst van een gerechtelijke procedure met zekerheid te voorspellen is. Ook hier zijn uiteraard tussenvarianten mogelijk.

1.6.3.2 ‘MATE VAN VARIATIE’ VOOR DE NORMADRESSAAT

De geboden ruimte varieert ook naar gelang wie de normadressaat is. Heeft de wetgever met de open normen de geboden ruimte vooral toebedeeld aan de rechter of aan de partijen? Ofwel: is vooral de rechter te beschouwen als de normadressaat van de door de wetgever geboden ruimte of zijn dat de partijen? Zoals in hoofdstuk 2 verduidelijkt wordt, kan het doel van de wetgever zijn om partijen

de ruimte te bieden, maar het is denkbaar dat in de praktijk de rechter die ruimte invult.

Gelet op de keuzemogelijkheid voor een normadressaat, is de hypothese dat de toedeling van ruimte aan de rechter spiegelbeeldig is aan de ruimte die partijen wordt geboden. De veronderstelling is dan dat maximale respectievelijk minimale ruimte voor de rechter correspondeert met minimale respectievelijk maximale ruimte voor partijen. Een vergelijkbaar spiegelbeeldige relatie kan bestaan tussen de ruimte die de rechter wordt gelaten en de rechtsonzekerheid voor partijen die daarvan het gevolg is.

1.6.4 Opbouw van dit proefschrift

Voor het onderzoek naar de ruimte en rechtsonzekerheid wordt eerst de inhoud van de desbetreffende norm geanalyseerd (hoofdstuk 3, paragraaf 2, 3 en 4). Vervolgens wordt gekeken naar de normerende werking ervan op het terrein van het huurrecht (paragraaf 1 van hoofdstuk 4, 5 en 6). De basis voor deze fase wordt gevormd door een wetgevings- en literatuurstudie. De volgende fase richt zich op de belangen en bezwaren die aan open normen in het huurrecht verbonden zijn (hoofdstuk 4, 5 en 6).

Zoals in hoofdstuk 2 nader uiteengezet wordt, zijn de belangen in hoofdzaak geduid in termen van ruimte die de actoren geboden wordt. Het bezwaar dat de actoren (op basis van de verkenning in hoofdstuk 2) verondersteld worden te kunnen hebben is met name dat van rechtsonzekerheid. Deze beide aspecten worden om die reden separaat voor iedere open norm die in dit proefschrift aan bod komt op het gebied van het huurrecht onderzocht.

In paragraaf 4.2, 5.2 en 6.2 is dit terug te vinden onder (a) de rol van de wetgever, (b) de ruimte voor de (proces)partijen, (c) de ruimte die de rechter neemt, (d) mogelijke rechtszekerheidsproblemen en tot slot (e) de afweging van de ruimte versus de rechtsonzekerheid. Deze onderwerpen zullen worden behandeld op basis van literatuurstudie en jurisprudentieanalyse.

In laatste instantie wordt nagegaan (door middel van een enquête) welke oordelen rechters, advocaten en (proces)partijen hebben over de werking van open normen in de praktijk van het huurrecht. Het gaat daarbij niet om een opinieonderzoek naar opvattingen over de vraag of open normen ruimte bieden dan wel rechtsonzekerheid bewerkstelligen. In het algemeen weten we dat dit het geval is: een norm die open is, geeft per definitie meer ruimte dan een gesloten norm, maar de keerzijde van die ruimte is onzekerheid over wat wel en niet binnen het bereik van de open norm valt.

Het gaat hier om de werking van open normen in de praktijk; om de opvatting van actoren uit de rechtspraktijk (rechter, partijen en advocaat), over de betekenis van de open norm in kwestie, over de (frequentie van de) toepassing van de norm en de mogelijke invulling ervan. Hieruit kunnen ook opvattingen over de ruimte en rechtszekerheid van de desbetreffende open norm duidelijk worden, maar komt de betekenis van de open norm in de praktijk in bredere zin in perspectief.

Voor het verschaffen van een oordeel over open normen in de praktijk van het huurrecht, volstaat niet te weten of de actoren uit de rechtspraktijk het in algemene zin goed vinden dat een open norm ruimte dan wel onzekerheid biedt. Er is ook gevraagd of deze actoren de open norm van betekenis, hanteerbaar en invulbaar vinden.

De slotbeschouwing wordt weergegeven in hoofdstuk 7 en de samenvatting in hoofdstuk 8.

1.7 **Gekozen open normen: redelijkheid en billijkheid, goed huurderschap en onredelijk bezwarend beding**

In het Burgerlijk Wetboek zijn diverse open normen te vinden, zoals:

- goede zeden (bijvoorbeeld artikel 3:40 BW: “Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.”);
- goede trouw (bijvoorbeeld artikel 7:954 BW: “[...] Niettemin blijft de verzekeraar die, onbekend met het bestaan van vorderingen van andere benadeelden, te goeder trouw aan een benadeelde of de verzekerde een groter bedrag dan het aan deze toekomstige deel heeft uitgekeerd, jegens de andere benadeelden slechts gehouden tot het beloop van het overblijvende gedeelte van de verzekerde som. [...]”);
- de gedragsnorm, ook wel genaamd de ‘maatman’ (bijvoorbeeld een ‘goed werkgever’ en ‘goed werknemer’ in artikel 7:611 BW of een ‘zorgvuldig schuldenaar’ in artikel 7:29 lid 1 BW);
- onredelijk bezwarend beding (artikel 6:233 BW, deels ingevuld door artikel 6:236 en 6:237 BW);
- redelijkheid en billijkheid (soms ook separaat gehanteerd, bijvoorbeeld ‘naar billijkheid te berekenen vergoeding’ in artikel 7:308 lid 1 BW).

Open normen moeten onderscheiden worden van de beoordelingsruimte die de wetgever de rechter in sommige gevallen geeft. Zo bevat de wet in diverse artikelen de richtlijn dat een rechter bij het oordelen over een kwestie ‘alle omstandigheden van het geval’ in acht moet nemen. Een voorbeeld is artikel 7:429 lid 3 BW (inzake de overeenkomst van opdracht), dat luidt:

“Indien er een kennelijke wanverhouding is tussen het risico dat de handelsagent op zich heeft genomen, en de bedongen provisie, kan de rechter het bedrag waarvoor de handelsagent aansprakelijk is, matigen, voor zover dit bedrag de provisie te boven gaat. De rechter houdt met alle omstandigheden rekening, in het bijzonder met de wijze waarop de handelsagent de belangen van de principaal heeft behartigd.”

Het begrip ‘alle omstandigheden van het geval’ geeft de rechter veel vrijheid bij beslissingen, zij het dat de wetgever in voornoemd voorbeeld de rechter nog een op te volgen aanwijzing geeft (namelijk met welke omstandigheid in het bijzonder rekening moet worden gehouden). De wetgever geeft aan dat de rechter niet gebonden is aan een beperkt kader bij het geven van zijn oordeel. Ook in het