

MEDEDELINGEN DER KONINKLIJKE NEDERLANDSE  
AKADEMIE VAN WETENSCHAPPEN, AFD. LETTERKUNDE  
NIEUWE REEKS – DEEL 41 – No. 1

---

# REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID IN HET OVEREENKOMSTENRECHT

W. C. L. VAN DER GRINTEN

ISBN 0 7204 8461 8

UITGESPROKEN IN DE VERGADERING  
VAN 9 JANUARI 1978

1. Ongeveer veertig jaar geleden, in 1937, sprak het lid van onze Akademie, Meijers, op een bijeenkomst als deze over goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring<sup>1</sup>. In zijn „mededeling” wees Meijers erop, dat de Hoge Raad in een ganse reeks van arresten, beginnend in 1925, heeft verklaard, dat de rechter nimmer met een beroep op de goede trouw het tussen partijen overeen gekomene mag terzijde stellen of wijzigen. Meijers bestreed deze rechtspraak van de Hoge Raad, omdat men ook in het privaatrecht de gerechtigheid moet erkennen die niet afhankelijk is van een noodzakelijke bekrachtiging door hem op wie zij toegepast zal worden. Hij voerde voorts aan, dat historisch de zin van de bepaling van artikel 1374 lid 3 BW, dat overeenkomsten te goeder trouw moet worden ter uitvoer gelegd, is, dat, zoals de Romeinen het zeggen, de taak van de rechter niet enkel bestaat in het toepassen van het door partijen overeen gekomene, maar dat de rechter op grond van de eisen van goede trouw bepaalde gedragingen van partijen kan verlangen of het tussen partijen overeen gekomene in bijzondere gevallen buiten toepassing kan laten.

In het vervolg van zijn voordracht wees Meijers op de ervaring, die overal te maken is waar rechter of wetgever in beginsel slechts een beperkte werking aan billijkheid of goede trouw toekennen; overal waar men met een groot gebaar goede trouw de voorkeur uitwijst, laat men haar door de achterdeur der stilzwijgende wilsverklaring weer binnen. Tegen dit procédé van de stilzwijgende wilsverklaring ontwikkelde Meijers bezwaren. De stilzwijgende wilsverklaring is een verdrongen billijkheidscomplex, het is een doorzichtige façade waarachter geen andere realiteit dan de billijkheid zich bevindt. Meijers erkende dat de weg van de stilzwijgende wilsverklaring bepaalde praktische voordelen heeft, doch hij betoogde dat de wetenschap niet het hoofd moet buiten voor de praktijk.

Het thema van Meijers zou ik opnieuw aan de orde willen stellen. Ik zou willen nagaan hoe thans in de Nederlandse rechtspraak en de Nederlandse literatuur wordt gedacht over goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring. Een reden om over dit onderwerp te spreken is ook dat de Tweede Kamer in 1977 Boek 6 van het nieuw BW heeft aangenomen, in welk Boek een regeling is gegeven omtrent de redelijkheid en billijkheid – bedoeld als een *hen diaduon* – en datgene

---

<sup>1</sup> E. M. Meijers, Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, afd. letterkunde, deel 84, CB nr. 5, Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen III, p. 277.

wat partijen als inhoud van hun contractuele relatie hebben bepaald <sup>2</sup>.

Over de rol van de goede trouw – over de redelijkheid en billijkheid in het overeenkomstenrecht – is in deze veertig jaar veel geschreven. Ik zal niet pogen een compleet beeld te geven van de uitgebreide literatuur. Een uitvoerig chronologisch overzicht geeft het vrij recente proefschrift van Abas <sup>3</sup>. Ik moge beginnen met een enkele opmerking te maken over de stilzwijgende wilsverklaring.

2. Het procédé van de stilzwijgende wilsverklaring in de door Meijers gewraakte zin – te weten dat de wilsverklaring geen realiteit heeft – wordt naar mijn indruk in de recente Nederlandse rechtspraak veel minder gebruikt dan in de tijd waarover Meijers sprak. In de moderne Nederlandse rechtsliteratuur vindt het procédé geen verdedigers <sup>4</sup>.

Bij het procédé gaat het niet uitsluitend, niet in de eerste plaats, om een grond te geven voor derogatie van hetgeen partijen omtrent hun verhouding – rechten en verplichtingen – hebben verklaard. Zulk een derogatie zal altijd – ik kom hierop nog terug – iets uitzonderlijks zijn. Veel belangrijker is de toepassing van dit procédé in de frequent voorkomende gevallen, waarin partijen hun contractuele verhouding slechts onvolledig hebben geregeld en wettelijke regels geen uitsluitel geven. In de visie dat een contractuele verhouding van partijen in haar geheel en in alle onderdelen afhankelijk is van hun wil, ligt het in de lijn om het procédé van de veronderstelde partijwil te bezigen waar het realiter door partijen bepaalde lacunes vertoont.

Een extreme wilsleer in de zin dat een contractspartij, behoudens wettelijke normen, slechts gebonden kan zijn omdat zij het zelf aldus gewild, wordt in de moderne Nederlandse rechtspraak en doctrine niet gehuldigd. Indien partijen een overeenkomst aangaan, zullen zij veelal – niet eens altijd – de hoofdverplichtingen uit de overeenkomst, bijv. het gekochte object, de koopprijs, min of meer exact vaststellen doch hun contractuele relatie is hiermede niet

<sup>2</sup> De naam van Meijers zal aan de hercodificatie verbonden blijven. Het ontwerp voor het zesde boek is weliswaar niet door Meijers voltooid, doch ook het ontwerp voor dit deel is door de minister van justitie gepubliceerd als ontwerp voor een nieuw burgerlijk wetboek van prof. Mr. E. M. Meijers.

<sup>3</sup> P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, proefschrift Universiteit van Amsterdam, 1972.

<sup>4</sup> Opmerking verdient dat Meijers slechts twee Nederlandse schrijvers – Houwing, *Rechtskundige opstellen*, p. 254 en Suyling, II, 1, p. 278 en 595 – noemt, die – althans tot op zekere hoogte – voorstanders zijn van dit procédé. Wij richten ons bij contracten naar wat de goede trouw en de billijkheid verlangt; wij doen dit, omdat partijen *geacht mogen worden* zich stilzwijgend aan de goede trouw onderworpen te hebben.

volledig bepaald. Vragen over de nadere bepaling van de verhouding van partijen zullen in het bijzonder rijzen, indien de overeenkomst niet naar genoegen van een der partijen wordt afgewikkeld. Algemeen wordt aanvaard, dat een contractspartij zich als behoorlijk, als redelijk contractant behoort te gedragen, niet omdat zij dit gewild heeft, doch omdat het recht haar hiertoe verplicht <sup>5</sup>.

Voor rechtspraak noch doctrine houdt dit in, dat een overeenkomst niet zou zijn een door partijen krachtens hun autonome beslissing door op rechtsgevolg gerichte wilsverklaringen aangegane rechtsverhouding. Aan deze traditionele opvatting, die berust op de erkenning van de rechtsbepalende bevoegdheid van de persoonlijke mens, wordt – m.i. gelukkig – vastgehouden. Slechts een enkele auteur verdedigt een ander overeenkomstenmodel onder het motto normatieve uitleg van rechtshandelingen <sup>6</sup>.

Redelijkheid en goede trouw bepalen mede de contractuele verhouding. Zij zijn normatief voor partijen, niet omdat zij dit gewild hebben, doch omdat het recht dit medebrengt. Hiermede wordt tevens een belangrijk ethisch element in het recht gebracht. De norm: gij zult te goeder trouw, redelijk en billijk handelen, is, wat Van der Heijden <sup>7</sup> destijds noemde, een „natuurlijke” norm; dit is een blanket-bepaling waarvan de materiële inhoud niet wordt bepaald door de wetgever, doch door de ethische overtuiging omtrent het *honeste vivere*.

De rol van redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht is ongetwijfeld de laatste decennia belangrijk toegenomen. De rechter kent zich grotere vrijheid toe om recht te doen naar redelijkheid. *Jus in causa positum*, doch men versta dit wel. Bij de beoordeling van de causa zal de rechter abstraheren van het strikt individuele van de persoon van de gedingvoerenden; hij zal oordelen zonder *aanzien* des persoons. *Justitia* wordt met een blinddoek afgebeeld en dit beeld heeft diepe zin. De rechter zal voorts oordelen binnen het kader van het rechtssysteem, doch dit rechtssysteem is niet gesloten. Het systeem is open voor nieuwe ontwikkelingen, voor nieuwe rechtsvinding <sup>8</sup>. Rechtspraak vraagt om logische redenering, doch de premissen van deze redenering zijn niet vaste gegevens. Rechtsnormen kunnen extensief en restrictief worden verstaan;

<sup>5</sup> De fictie van de partijwil wordt hiermede overbodig. Vgl. voorts P. Scholten in Asser, Algemeen deel, 2e druk, p. 65. Ficties zijn voor de rechtsontwikkeling van groot belang geweest en zullen dit blijven; zij worden waardeloos zodra zij als zodanig worden ingezien.

<sup>6</sup> Zie J. M. van Dunnée, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, proefschrift Leiden, 1971.

<sup>7</sup> E. J. J. van der Heijden, Natuurlijke normen in het positieve recht, rectorale rede, Nijmegen, 1933.

<sup>8</sup> Vgl. P. Scholten, Asser-Scholten, Algemeen deel, p. 100.

zij kunnen worden verfijnd; zij kunnen als strikte regel, doch ook als beginselverklaring waarop uitzondering mogelijk is, worden begrepen. Wat rechtens relevant is in het feitencomplex voor de vaststelling van de rechtsverhouding, is niet bij voorbaat gegeven. Doet het ter zake of de justiciabele arm of rijk is, of hij al dan niet verzekerd is tegen aansprakelijkheid, of hij een economische machtspositie inneemt?

In de rechtspraak van de laatste decennia worden feiten relevant geacht, die in vroegere jurisprudentie nimmer aan de orde kwamen. Het feit dat een partij beschikt over een economische machtspositie, kan van belang zijn voor het oordeel omtrent het rechtens toelaatbare van haar gedrag<sup>9</sup>. Wie verzekerd is tegen aansprakelijkheid, kan geen beroep doen op financiële onmacht en niet op de omstandigheid dat hem slechts een licht verwijt is te maken.<sup>10</sup> Onervarenheid van een partij, geestelijk overwicht zijn factoren die voor het rechtsoordeel van gewicht kunnen zijn<sup>11</sup>. Ik geef slechts enkele voorbeelden.

Hiermede gaat gepaard, dat juridische begrippen en wettelijke termen anders worden verstaan dan in het verleden het geval was, dat nuanceringen worden aangebracht die voorheen onbekend waren. Een enkel voorbeeld. Voor het civielrechtelijk begrip bedrog werd vroeger – in aansluiting bij het strafrechtelijk begrip – wel nodig geoordeeld een samenweefsel van verdichtfels. In de moderne visie kan van bedrog worden gesproken bij opzettelijke verzwijging van feiten en omstandigheden die voor de wederpartij van belang zijn bij haar beslissing of zij de overeenkomst zal aangaan<sup>12</sup>.

Over de achtergronden van deze rechtsontwikkeling durf ik geen stellige uitspraken te doen. Zij hangt ongetwijfeld samen met algemene ontwikkelingen in onze samenleving. Wellicht mogen wij stellen, dat in onze samenleving het normbesef, en in ieder geval de waardering van de norm als vaste onveranderlijke leefregel is afgenomen. De idee van bescherming van economisch en geestelijk zwakken heeft sterk aan betekenis gewonnen. De gedachte van sociale grondrechten als aanspraken van individuele mensen is opgekomen en de grondrechten worden gezien niet alleen als grens voor bevoegdheid van staat en gemeenschap, doch als aanspraken van individuele mensen tegenover elkander. Van de staat, van de

---

<sup>9</sup> Vgl. Hoge Raad 11 januari 1957, NJ 1959, 37, AA 6, 181; Hoge Raad 24 mei 1968, NJ 1968, 252, AA 18, 133.

<sup>10</sup> Vgl. Hoge Raad 3 december 1971, NJ 1972, 144, AA 1972, 201; Hoge Raad 11 april 1975, NJ 1975, 373.

<sup>11</sup> Vgl. Hoge Raad 29 mei 1964, NJ 1965, 104, AA 14, 235.

<sup>12</sup> Vgl. Hoge Raad 2 mei 1969, NJ 1969, 344, AA 19, 31; Hoge Raad 30 november 1973, NJ 1974, 97; AA 23, 344.

georganiseerde gemeenschap wordt niet alleen verwacht dat hij de openbare orde handhaaft – l'état gendarme –, doch ook dat hij verzorgend optreedt voor het welzijn van allen en van eenieder.

3. De constructie van de stilzwijgende wilsverklaring vindt in de moderne Nederlandse rechtsliteratuur weinig of geen verdedigers meer en in de rechtspraak wordt dit procédé weinig meer toegepast. Redelijkheid en billijkheid beheersen mede contractuele verhoudingen. Uit het recht vloeit voort, dat een contractspartij gehouden is zich te gedragen zoals een goede contractspartij betaamt.

Kan de redelijkheid en billijkheid echter medebrengen, dat een contractspartij de rechten en bevoegdheden welke partijen zelf als hun contractsinhoud hebben bepaald, niet kan uitoefenen? Geldt voor deze rechten en bevoegdheden dat de goede trouw kan medebrengen dat zij rechtens als niet bestaand moeten worden aangemerkt, althans dat zij gemodificeerd moeten worden? Kunnen redelijkheid en billijkheid derogeren aan hetgeen partijen uitdrukkelijk als hun wederzijdse rechten en plichten hebben vastgesteld?

In de rechtsliteratuur van de laatste vijftig jaren kunnen wij globaal – waarbij ik geen recht doe aan iedere schrijver – drie stromingen onderscheiden. Een eerste stroming is, dat *in beginsel* het door partijen overeengekomene een absolute waarde heeft. Contractsvrijheid houdt in, dat tot de autonomie van partijen behoort, dat zij wederzijds rechten en verplichtingen kunnen aangaan. In zulk een stelsel past, dat een partij ook autonoom mag beslissen of en in hoeverre zij gebruik zal maken van haar contractuele rechten en bevoegdheden. Deze visie wordt op uiteenlopende wijzen uitgewerkt. Laatstelijk vinden wij haar verdedigd door Eikema Hommes die hiervoor een wijsgerige fundering meent te vinden<sup>13</sup>. De regulatieve beginselen van de juridische billijkheid en goede trouw veronderstellen de constitutieve rechtsprincipes en mogen nimmer ten koste van de laatste gaan. Als constitutief rechtsprincipe geldt de contractuele rechtszekerheid, veelal tot uitdrukking gebracht in het adagium *pacta sunt servanda*.

De tweede stroming. De redelijkheid en billijkheid kunnen niet afdoen aan de door partijen zelf gewilde en door haar uitdrukkelijk vastgelegde rechten en verplichtingen. Redelijkheid en billijkheid spelen een rol, wanneer de overeenkomst lacunes vertoont of onduidelijk is<sup>14</sup>.

Bregstein geeft deze uitwerking, dat partijen gebonden zijn aan

<sup>13</sup> H. J. van Eikema Hommes, De rol van de billijkheid in de rechtspraak, Rechtskundige opstellen Verdam, p. 31.

<sup>14</sup> Vgl. Suyling, Inleiding tot het burgerlijk recht, II, 1, p. 266.

datgene waarover zij het *werkelijk* eens waren<sup>15</sup>. Bij wijziging van omstandigheden is de beslissende vraag of partijen deze wijziging in hun contractuele regeling hebben verdisconteerd. Indien deze verdiscontering niet heeft plaats gevonden, zal naar billijkheid moeten worden beslist of de verandering in omstandigheden de contractsband onverlet laat. Ook Löwenstein kan tot deze stroming worden gerekend. De contractuele norm heeft in zoverre geen absoluut karakter, dat haar gelding wordt bepaald en beperkt door haar relatie tot de voorstelling van partijen<sup>16</sup>. Dit is een variant op de leer van Bregstein.

Overheersend is in de moderne literatuur een derde stroming. De rechtsplicht van partijen om te goeder trouw te handelen, om zich te gedragen naar redelijkheid en billijkheid, *kan* medebrengen dat partijen hun uitdrukkelijk in de overeenkomst gegeven rechten en bevoegdheden niet of niet onverkort kunnen uitoefenen. Dit is de leer die wij in de huidige handboeken over overeenkomstenrecht vinden. Met groot enthousiasme wordt deze leer verdedigd door Abas in zijn bewerking van het boek van Hofmann over het Nederlands verbintenissenrecht<sup>17</sup>. Wat minder enthousiast, wat meer relativerend drukt Rutten zich uit: „Op grond van het derde lid van artikel 1374 kan ook naar geldend recht als regel worden aanvaard, dat de schuldeiser zijn recht niet kan uitoefenen, indien hij daardoor in de gegeven omstandigheden onbetamelijk zou handelen. Deze regel moet echter met gematigdheid worden toegepast”<sup>18</sup>.

4. Abas heeft in zijn proefschrift een zeer uitvoerig en zorgvuldig overzicht gegeven van de rechtspraak. Ik wil mij beperken tot enkele kanttekeningen bij de rechtspraak van de Hoge Raad in de periode van de laatste 50, 60 jaren.

Het is m.i. niet juist om te stellen, dat de Hoge Raad in het eerste decennium van deze periode zou hebben geleerd, dat goede trouw en billijkheid nimmer kunnen medebrengen dat een partij haar contractuele rechten en bevoegdheden niet of niet onverkort mag uitoefenen. Reeds in 1923 leert de Hoge Raad, dat artikel 1374 lid 3 BW „een regel stelt waaraan ten grondslag ligt de onderstelde

<sup>15</sup> M. Bregstein, De betekenis der wilsovereenstemming voor de uitlegging van overeenkomsten, inaugurale rede, Rotterdam, 1935, Verzameld werk I, p. 175; Pre-advies Nederlandse Juristen Vereniging 1936, NJB 1936, p. 421.

<sup>16</sup> F. J. W. Löwenstein, Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap, proefschrift Universiteit van Amsterdam, 1959; Relativiteit van de contractuele norm, inaugurale rede Tilburg, 1967.

<sup>17</sup> Hofmann-Abas, Het Nederlands verbintenissenrecht I, 2, p. 183.

<sup>18</sup> Asser-Rutten II, p. 245.



bedoeling van partijen, dat de uitvoering van het overeengekomene zal plaats hebben naar billijkheid en redelijkheid" waaraan de conclusie wordt verbonden dat onderzocht moet worden of de beslissing van de raad van commissarissen van een verzekeringsmaatschappij die volgens de overeenkomst de verzekerden bindt, wat betreft behandeling en inhoud voldoet aan de eisen van redelijkheid en billijkheid<sup>19</sup>. Op deze leer, dat partijbeslissingen – ook beslissingen van derden bij wege van bindend advies – willen zij bindend zijn, moeten voldoen aan eisen van redelijkheid en billijkheid, is de Hoge Raad nimmer teruggekomen. Wij vinden deze leer, zij het met een zekere nuance en zonder de tournure van de onderstelde bedoeling partijen in een reeks van arresten<sup>20</sup>. De aandacht verdient voorts, dat de Hoge Raad in 1926 overweegt dat de verkoper niet in zijn leveringsplicht tekort schiet, waar hij in verband met de onwillige houding van de koper om tot de hem aangeboden levering mede te werken, is overgegaan tot verkoop van de verkochte wagons en locomotieven als oud ijzer<sup>21</sup>.

Er zijn echter in deze periode aanstootgevende arresten van de Hoge Raad, arresten die door de toenmalige vaste commentatoren van de civiele rechtspraak van de Hoge Raad, Meijers en Scholten, fel zijn bestreden. De kritiek richt zich in de eerste plaats tegen een tweetal in 1926 gewezen arresten. In deze arresten gaat het over koopovereenkomsten die tijdens de eerste wereldoorlog tot stand waren gekomen en die ten gevolge van de oorlogsomstandigheden gedurende een zekere periode niet hadden kunnen worden uitgevoerd. Na het einde van de oorlog werd nakoming gevorderd. De vorderingen tot nakoming werden door de lagere rechter afgewezen. In de eerste zaak werd als cassatiemiddel aangevoerd, dat het Hof niet had mogen aannemen, dat de stijging van produktiekosten in verband met de verder genoemde omstandigheden de toepassing van de artikelen 1374 derde lid en 1375 BW rechtvaardigt in dier voege, dat de nakoming van de overeenkomst te goeder trouw en in billijkheid niet meer kan worden gevorderd. De Hoge Raad verklaart het cassatiemiddel gegrond en overweegt, dat de aangehaalde artikelen niet de strekking hebben om, door de werking der billijkheid, aan het uitdrukkelijk bepaalde zijn kracht te ontnemen en dusdoende de uit de overeenkomst voortspruitende verbintenissen teniet te doen<sup>22</sup>. Het cassatiemiddel in de tweede zaak sluit nauw aan bij dat van de eerste zaak. De Hoge Raad besliste dat de artikelen 1374 en 1375 geenszins de rechter de bevoegdheid geven om

<sup>19</sup> Hoge Raad 9 februari 1923, NJ 1923, 676.

<sup>20</sup> Zie voor het overzicht van de rechtspraak Asser-Rutten II, p. 251 e.v.

<sup>21</sup> Hoge Raad 18 juni 1926, NJ 1926, 1078.

<sup>22</sup> Hoge Raad 8 januari 1926, NJ 1926, 203.

op grond van veranderde omstandigheden overeenkomsten in haar wezen te wijzigen of geheel terzijde te stellen<sup>23</sup>. In deze arresten leert de Hoge Raad niet, dat goede trouw en billijkheid niet een modificatie van rechten en verplichtingen van partijen kunnen medebrengen. Het gaat echter de Hoge Raad te ver, om aan te nemen, dat de rechter zou kunnen beslissen dat een partij op grond van strijd met de goede trouw of de billijkheid geen nakoming van het overeengekomene kan vorderen of zich een wijziging van het overeengekomene door de rechter moet laten welgevalven. Hiermede wijkt de Hoge Raad ten principale af van de voordien door Meijers verdedigde stelling, dat verandering van omstandigheden *kan* medebrengen dat de goede trouw zich tegen een vordering tot nakoming verzet<sup>24</sup>.

Er zijn geen latere arresten van de Hoge Raad aan te wijzen, waarin hij is teruggekomen op deze beslissing. Niettemin kan men met Abas een onderscheid maken tussen de arresten van vóór en die van ná de laatste wereldoorlog. In een aantal arresten van vóór de oorlog herhaalt de Hoge Raad zijn beslissing in de arresten van 1926, dat het bepaalde in de artikelen 1374 en 1375 niet veroorlooft om met beroep op de goede trouw of de billijkheid een uitdrukkelijk aangegane verbintenis haar kracht te ontnemen<sup>25</sup>. Deze tournure vinden wij het laatst in arresten van 1936. In de laatste veertig jaren heeft de Hoge Raad dit beroep op de wet niet meer herhaald.

Indien wij nagaan in welke gevallen de Hoge Raad heeft aangenomen, dat goede trouw en billijkheid medebrengen dat een partij haar contractuele rechten en bevoegdheden niet onverkort kan uitoefenen, is de oogst slechts bescheiden. Wij spraken reeds over de constante rechtspraak van de Hoge Raad over de bindende partijbeslissing en het bindend advies. Wij noemden reeds het arrest van 1926, waarin werd beslist dat een verkoper die in verband met de onwillige houding van de koper het verkochte als oud ijzer had verkocht, niet in zijn leveringsplicht tekort schoot. In de lijn van dit arrest ligt een reeks van arresten over rechtsverwerking<sup>26</sup>, over de

<sup>23</sup> Hoge Raad 19 maart 1926, 1926, 441.

<sup>24</sup> E. M. Meijers, Pre-advies, N.J.V. 1918, Behoort verandering in de feitelijke omstandigheden waaronder een overeenkomst is gesloten, invloed te hebben op haar voortbestaan.

<sup>25</sup> Zie Hoge Raad 12 november 1926, 1927, 218; 27 november 1930, 1931, 243 (een weinig duidelijk arrest waarin echter de zinsnede voorkomt, dat de toepassing van artikel 1374 derde lid BW geenszins ten gevolge heeft, dat een zich na het aangaan der overeenkomst voordoend feit de schuldeiser voor goed zou kunnen versteken van het recht nakoming der overeenkomst te vorderen); 26 maart 1931, 1931, 669; 20 maart 1936, 1936, 412; 4 april 1936, 1936, 317.

<sup>26</sup> Hoge Raad 14 november 1952, 1953, 135; 2 november 1956, 1957, 124; 5 april 1968, 1968, 251. Zie ook Ph. A. N. Houwing, Pre-advies Broederschap der Notarissen 1968.

gevolgen van het niet voldoen aan een inlichtingenplicht<sup>27</sup> of aan een betalingsplicht<sup>28</sup>, over het hebben van vertrouwen dat een partij een recht prijs geeft<sup>29</sup>. De vooroorlogse en na-oorlogse rechtspraak van de Hoge Raad vertoont ten aanzien van deze toepassing van de z.g. derogerende werking van de goede trouw geen verschillen van betekenis.

In 1967 worden wij geconfronteerd met een nieuwe toepassing. De Hoge Raad leert in een geval waarin een bank haar aansprakelijkheid voor een aan cliënt gegeven informatie had uitgesloten, dat het onder omstandigheden de bank niet vrij staat een beroep te doen op deze uitsluiting van aansprakelijkheid<sup>30</sup>. Bij dit arrest sluit aan een in 1976 gegeven beslissing, dat onder omstandigheden een verkoper geen beroep kan doen op een beding waarbij hij zijn aansprakelijkheid voor gebreken van het verkochte afwijst<sup>31</sup>; in het laatste arrest wordt anders dan het eerste met zoveel woorden gerefereerd aan de goede trouw.

Over het arrest van 1967 is veel geschreven. Abas noemt het arrest van eminent belang en meent dat de Hoge Raad sinds 1967 toestaat, dat de goede trouw onder omstandigheden het recht op het overeengekomene kan beperken en zelfs kan doen vervallen<sup>32</sup>. Rutten drukt zich veel voorzichtiger uit en stelt dat het arrest een aanwijzing kan zijn dat de Hoge Raad zich gaat distantiëren van zijn oude leer en thans als algemene regel aanvaardt, dat artikel 1374 lid 3 niet alleen een aanvullende doch ook een beperkende werking heeft<sup>33</sup>.

Ik meen dat de arresten van 1967 en 1976 op zichzelf geen aanleiding geven tot vergaande conclusies over de verhouding van goede trouw tot het uitdrukkelijk overeengekomene. Ongetwijfeld ligt in deze arresten een nieuwe gedachte, die in de vroegere literatuur slechts zelden naar voren is gebracht<sup>34</sup>. Het debat over de z.g. beperkende werking van de goede trouw ging vrijwel uitsluitend over de vraag, of en in hoeverre gebeurtenissen en ontwikkelingen die zich na het aangaan van de overeenkomst hebben voorgedaan, kunnen medebrengen dat een partij haar bedongen rechten en bevoegdheden niet of niet integraal kan uitoefenen. In de laatste

<sup>27</sup> Hoge Raad 10 november 1927, 1928, 251.

<sup>28</sup> Hoge Raad 8 maart 1946, 1946, 186; 1 maart 1963, 1963, 126

<sup>29</sup> Hoge Raad 10 februari 1967, 1967, 212.

<sup>30</sup> Hoge Raad 19 mei 1967, 1967, 261; AA 16, 214.

<sup>31</sup> Hoge Raad 20 februari 1976, 1976, 486; AA 25, 467.

<sup>32</sup> Abas, Proefschrift, p. 179-181.

<sup>33</sup> Asser-Rutten II, p. 245.

<sup>34</sup> De constructie dat het beroep op een exoneratiebeding in strijd zou kunnen zijn met de goede trouw wordt reeds verdedigd door H. Drion, Preadvies N.J.V. 1957, p. 236.

arresten is een andere vraag aan de orde. Heeft de algemene uitsluiting van aansprakelijkheid steeds volledig effect? In een reeks van arresten heeft de Hoge Raad geleerd, dat exoneraties in strijd kunnen zijn met de openbare orde en de goede zeden<sup>35</sup>. Bij algemene exoneratieclausules ontstaat een problematiek; zijn zij ongeldig omdat zij mede gevallen omvatten waarin aansprakelijkheid niet kan worden uitgesloten of zijn zij gedeeltelijk ongeldig. Aantrekkelijk is de visie van de Hoge Raad, dat algemene exoneratiebedingen niet ongeldig zijn, doch dat onder omstandigheden geen beroep kan worden gedaan op de clausule.

Opmerking verdient voorts, dat in deze arresten allerminst is uitgesproken, dat de goede trouw of de billijkheid kan medebrengen, dat contractuele rechten en bevoegdheden komen te vervallen of dat de rechter een fundamentele wijziging in het overeengekomene kan brengen.

5. Bij de voorbereiding van het nieuwe BW werd aan de Tweede Kamer een aantal vraagpunten voorgelegd. Vraagpunt 21 luidde: Moet de wet bepalen, dat de goede trouw niet alleen de uit overeenkomst en wet voortvloeiende verbintenissen kan aanvullen, doch ook deze onder bijzondere omstandigheden kan doen vervallen of buiten toepassing stellen? De door de Tweede Kamer aanvaarde conclusie was: De wet bepale, dat de goede trouw de uit overeenkomst en wet voortvloeiende verbintenissen kan aanvullen, kan doen vervallen of buiten toepassing stellen. Het vervallen of buiten toepassing stellen dient echter alleen te kunnen geschieden, wanneer een beroep op het overeen gekomen of op het door de wet bepaalde onder de gegeven omstandigheden onbetamelijk is<sup>36</sup>.

Met deze uitspraak is in het aanvankelijk ontwerp volledig rekening gehouden. In het ontwerp-Meijers en in het oorspronkelijke wetsontwerp werd in artikel 6.1.1.2. de bepaling opgenomen dat de schuldeiser zijn recht niet kan uitoefenen, voorzover hij in de gegeven omstandigheden onbetamelijk zou handelen door de schuldeiser aan diens verplichtingen te houden, en in artikel 6.5.3.10, dat voorzover in de gegeven omstandigheden een beroep op het in de overeenkomst bepaalde onbetamelijk zou zijn, het overeen gekomen buiten toepassing blijft.

Blijkens de toelichting wilden de ontwerpers en de minister dui-

<sup>35</sup> Vgl. Hoge Raad 26 maart 1920, 1920, 476; 3 juni 1938, 1938, 920; 14 april 1950, 1951, 17; 12 maart 1954, 1955, 386, AA 3, 178.

<sup>36</sup> Aanvankelijk was door de regering een restrictiever antwoord voorgesteld. De schuldeiser zal zijn vorderingsrecht niet kunnen uitoefenen, indien een beroep daarop „onder de gegeven omstandigheden als een misbruik van recht moet worden aangemerkt”.

delijk onderscheid maken tussen de aanvullende en de derogerende werking van de goede trouw. Uitdrukkelijk wordt gesteld, dat het ontwerp de regel verwerpt dat een schuldenaar zijn gegeven woord slechts gestand behoeft te doen, voorzover dit in de gegeven omstandigheden strookt met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Deze opvatting, aldus de toelichting, zou de eisen van rechtszekerheid en het beginsel van trouw aan het gegeven woord miskennen en zou een bron van onwenselijke procedures vormen<sup>37</sup>. Gesproken wordt van een tussenstandpunt. Het ontwerp wil niet bij elke onredelijke of onbillijke uitoefening van een vorderingsrecht, dat de schuldenaar het standpunt kan innemen dat de wederpartij hem niet aan zijn verplichting mag houden.

Of dit standpunt is gehandhaafd in de tekst van het ontwerp zoals dit thans door de Tweede Kamer is vastgesteld, is weinig duidelijk. Bij de memorie van antwoord is de wettekst niet onbelangrijk gewijzigd, waarvoor een wat ambivalente toelichting is gegeven. Artikel 6.1.1.2. is komen te luiden: Een tussen hen (schuldeiser en schuldenaar) krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Hierbij aansluitend is in het overeenkomstenrecht in artikel 6.5.3.1. bepaald: Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

In de toelichting wordt opgemerkt, dat het gewijzigde ontwerp geen scherp onderscheid maakt tussen aanvullende en beperkende werking<sup>38</sup>. Als motief wordt gegeven, dat aanvullende en beperkende werking niet duidelijk van elkander zijn af te grenzen. Doch anderzijds wordt gesteld, dat aanvulling en beperking niet op één lijn te stellen zijn. Voor de beperkende werking wordt dan ook een afzonderlijke formule gekozen. Het woord onbetamelijk wordt vervangen door onaanvaardbaar en de redelijkheid en billijkheid wordt met zoveel woorden genoemd. Als bedoeling van de nieuwe redactie wordt in de memorie van antwoord aangegeven, dat zij enerzijds poogt de rechter tot de nodige terughoudendheid bij de toepassing aan te sporen, en anderzijds te doen vaststaan dat de bepaling over de derogerende werking neerkomt op een uitvoering van de algemene regel, dat een overeenkomst ook die rechtsgevolgen heeft, welke uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

---

<sup>37</sup> Toelichting ontwerp-Meijers, p. 461.

<sup>38</sup> Memorie van antwoord wetsontwerp 7729, p. 8.

6. Bij invoering van het nieuwe BW in de huidige gedaante volgt uit de tekst van de wet en uit de wetsgeschiedenis, dat het rechtens tussen partijen overeengekomene niet steeds tussen hen geldt. De eisen van redelijkheid en billijkheid *kunnen* medebrengen dat contractuele rechten en bevoegdheden niet of althans niet integraal kunnen worden uitgeoefend. Als criterium geeft het ontwerp, dat de door partijen gestelde regel in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn.

Het ontwerp is nog geen wet. Te verwachten valt dat binnenkort het ontwerp zal worden aangenomen door de Eerste Kamer en als wet in het Staatsblad zal worden afgekondigd. De invoering van de nieuwe wetgeving is echter niet op korte termijn te verwachten. De voorbereiding en de parlementaire behandeling van de Invoeringswet zal een aantal jaren kosten. Bij de Invoeringswet zal waarschijnlijk nog een aantal niet onbelangrijke wijzigingen in de wet worden gebracht. Een aanwijzing dat ook in de onderhavige materie nog verandering zal worden gebracht, is er echter niet.

Hoe moeten wij naar huidig, naar geldend recht oordelen over onze vraag? Of beter is een andere vraagstelling: welke verwachtingen mogen wij hebben omtrent de rechtspraak van de Hoge Raad. Niet de wetenschap, doch slechts de rechter kan stellige uitspraken doen over de vraag wat rechtens is. De rechtspraak van de lagere rechter heeft in deze slechts een zeer betrekkelijke waarde. Van een precedent-werking van beslissingen van de lagere rechter is nauwelijks sprake. Hoogstens is dit het geval bij een reeks van beslissingen waarbij over dezelfde rechtsvraag steeds een gelijk oordeel wordt gegeven. De rechtspraak van de Hoge Raad over rechtsvragen heeft echter een veel verdere betekenis dan een beslissing van het concrete rechtsgeschil van partijen. In het algemeen zal de lagere rechtspraak zich conformeren aan beslissingen van de Hoge Raad en de Hoge Raad is niet licht geneigd op vroegere beslissingen terug te komen. Hiermede wordt niet alleen de rechtszekerheid gediend, doch zonderdien zou van een rechtsvormende functie van de rechtspraak nauwelijks kunnen worden gesproken.

Juist de precedent-werking, juist het *stare decisis* doet de rechtspraak voor de rechtsvorming van eminente betekenis zijn. Aan de beslissing van de Hoge Raad over een rechtsvraag in een geding van – toevallig – procederende partijen zou weinig waarde kunnen worden gehecht, indien zij slechts zou worden verstaan als een – eventueel bij meerderheid van stemmen vastgesteld – oordeel van vijf leden van ons hoogste rechtscollege die – toevallig – voor dit bepaalde geval met de beslissing zijn belast. In de voorstelling van zaken van de positieve rechtswetenschap worden de beslissingen begrepen als oordelen van het hoogste orgaan met rechtspraak

belast. De beslissingen verkrijgen iets onpersoonlijks. Zij gelden niet als een uitspraak van bepaalde mensen – zoals wanneer de beoefenaar van wetenschap iets poneert – doch als „decises van een ambt”, die ook gezag hebben voor andere dragers van het ambt.

Hoe zal de Hoge Raad gaan oordelen? Vooreerst mogen wij verwachten dat de Hoge Raad niet meer zal teruggrijpen op zijn rechtspraak in de periode 1926 tot 1936, volgens welke de bepalingen van artikelen 1374 lid 3 en 1375 BW nimmer kunnen medebrengen, dat aan het uitdrukkelijk tussen partijen overeengekomene zijn kracht wordt ontnomen. Voor deze verwachting zijn belangrijke argumenten aan te voeren. Slechts in een korte periode van tien jaren heeft de Hoge Raad deze uitleg aan de artikelen 1374 lid 3 en 1375 gegeven; deze periode ligt reeds lang achter ons; de Hoge Raad heeft zijn toenmalige leer nimmer meer herhaald. In de literatuur is de leer van de Hoge Raad vrij algemeen bestreden; wellicht kan men zelfs stellen algemeen, indien de leer aldus wordt verstaan, dat *wettelijke* bepalingen zich zouden verzetten tegen de mogelijkheid van derogerende werking van goede trouw en billijkheid. Terecht wordt voorts m.i. opgemerkt, dat de argumentatie zich ook niet verdraagt met beslissingen in andere arresten waarin de Hoge Raad de derogerende werking wel aanvaardt.

Goede trouw en billijkheid kunnen medebrengen, dat een contractspartij haar in de overeenkomst bedongen rechten en bevoegdheden niet – integraal – kan uitoefenen. Of zoals het nieuw BW het uitdrukt een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel kan niet van toepassing zijn omdat redelijkheid en billijkheid zich daartegen verzetten. Verdedigbaar is, dat dit bij voortduring sedert 1923 de leer van de Hoge Raad is geweest en dat de kern van de door Meijers en vele andere auteurs bestreden arresten niet is, dat de *wet* zich verzet tegen de toetsing van de aanspraken op nakoming van contractuele rechten en bevoegdheden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, doch dat de Hoge Raad in de hem voorgelegde gevallen van oordeel was, dat aan de partij die zich op haar contractuele rechten beriep niet het verwijt kan worden gemaakt dat zij onredelijk handelde.

De crux van ons vraagstuk is niet gelegen in de aanvaardbaarheid van de derogerende werking van de goede trouw en billijkheid. De crux ligt in de vraag, in welke gevallen, onder welke omstandigheden, redelijkheid en billijkheid medebrengen dat contractuele rechten en bevoegdheden niet of niet volledig kunnen en mogen worden geldend gemaakt.

In de literatuur is wel gepoogd hiervoor inhoudelijk formules te geven. Wij spraken reeds over de formules van Bregstein en Löwenstein. Geen van hen heeft een formule weten te vinden die aanhang

van betekenis heeft gekregen. Iedere formule vond bestrijding. Ook de laatste schrijver die zich uitvoerig met ons vraagstuk heeft beziggehouden, Abas, heeft na grondige kritiek op alle voor hem gegeven formules gepoogd een formule te vinden. Zijn formule luidt: Het objectieve recht – de goede trouw – kan met zich mee brengen, dat de rechter de bevoegdheid heeft de overeengekomen rechten en verplichtingen te wijzigen of op te heffen, telkens wanneer de crediteur ongewijzigde nakoming van de overeenkomst niet van zijn wederpartij mag verlangen, aangezien aannemelijk is, dat de debiteur de overeenkomst in kwestie, indien zij zou dienen te worden uitgevoerd zoals overeengekomen was, om een gegronde reden niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten<sup>39</sup>. Tegen deze formule kunnen vele bezwaren worden ingebracht. De formule vangt aan met de woorden dat het objectief recht *kan* medebrengen; de vraag is echter wanneer het objectieve recht de derogerende werking medebrengt. Met de woorden *kan* medebrengen geeft de formule hoogstens een minimumvoorwaarde waaraan voldaan moet zijn. Een verder bezwaar is dat een aantal van de gevallen waarin de Hoge Raad derogerende werking heeft aangenomen – partijbeslissing, bindend advies, rechtsverwerking – niet door de formule wordt gedekt. Verder kan als bedenking worden aangevoerd, dat de formule, zij het in verholde vorm, de stilzwijgende wilsverklaring herintroduceert; aannemelijk zou moeten zijn, dat de debiteur de overeenkomst niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, dus dat hij de bedongen voorwaarden niet realiter heeft gewild. Wellicht mogen wij aannemen, dat ook Abas zelf niet meer in zijn formule gelooft. In zijn bewerking van het verbintenissenrecht van Hofmann vinden wij haar niet meer terug.

De ontwerpers van het nieuwe BW hebben niet getracht de gevallen waarin rechtens op grond van redelijkheid en billijkheid zou moeten worden aangenomen dat contractuele rechten en bevoegdheden niet of niet integraal kunnen worden uitgeoefend, in een inhoudelijke formule te vangen. Zij hebben niet gepoogd een materieel criterium te geven, doch hebben naar een formeel criterium gezocht. Aanvankelijk – in het ontwerp voor het antwoord op het vraagpunt - werd gesproken over misbruik van recht, in het ontwerp-Meijers en in het oorspronkelijke regeringsontwerp van onbetamelijk, in het huidige ontwerp van naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Met de term onbetamelijk was blijkens de toelichting op het ontwerp bedoeld, dat het ontwerp niet bij elke onredelijke of onbillijke uitoefening van een vorderingsrecht aannam dat de schuldenaar het standpunt kon innemen dat de wederpartij

<sup>39</sup> Abas, t.a.p., p. 266.



hem niet aan zijn verplichting mocht houden. Met het vervangen van onbetamelijk door onaanvaardbaar is de minister teruggekomen op deze aanvankelijke gedachte; het gewijzigde ontwerp gaat er van uit, dat de goede trouw – de redelijkheid en billijkheid – beperkende werking kan hebben. Het woord onaanvaardbaar heeft de betekenis, dat het de rechter tot terughoudendheid maant <sup>40</sup>.

Ik herhaal, in welke gevallen, onder welke omstandigheden kunnen redelijkheid en billijkheid medebrengen, dat contractuele rechten en bevoegdheden niet of niet volledig kunnen – mogen – worden geldend gemaakt. De Hoge Raad heeft nimmer gepoogd deze gevallen of deze omstandigheden in een formule te vatten. Wil men openheid in het rechtssysteem, wil men ruimte laten aan redelijkheid en billijkheid ook in casusposities die men niet heeft voorzien, dan is een materiële formule uit den boze. Het karakteristieke van de bona fides, schreef Meijers, is niet alleen gelegen in gconsolideerde regels – de materiële formule – doch in het beginsel dat aan deze regels het aanzijn heeft gegeven. De eisen van goede trouw, van redelijkheid en billijkheid zijn niet uitputtend in materiële rechtsregels te verwoorden. Uit de arresten van 1967 en 1976 blijkt, dat de Hoge Raad niet schroomt om derogerende werking van de goede trouw te aanvaarden in gevallen die anders liggen dan die waarbij in vroegere rechtspraak was aangenomen dat de goede trouw corrigerende werking heeft.

De gevallen, de omstandigheden zijn niet in een formule te omschrijven. Doch wellicht is het mogelijk hierover toch iets zinnigs te zeggen. Bij de vraag van de derogerende werking van de goede trouw gaat het over de verzoening van twee beginselen van ons overeenkomstenrecht, het beginsel van de contractsvrijheid en het beginsel dat een contractant te goeder trouw, naar redelijkheid en billijkheid behoort te handelen. De contractsvrijheid houdt in, dat partijen vrij zijn naar eigen inzicht, naar eigen verstand en onverstand, hun contractuele verhouding te bepalen. Het recht geeft partijen in deze geen ongelimiteerde vrijheid. De vrijheid wordt beperkt door geschreven en ook door ongeschreven recht. Deze beperking laat ik echter buiten beschouwing. Wij gaan er van uit, dat de contractuele rechtsband die partijen tot stand hebben gebracht, in overeenstemming is met het recht en hen dus rechtens bindt.

In het stelsel van ons recht, zoals dit in de heersende doctrine en rechtspraak wordt verstaan, past niet, dat de contractuele rechten en bevoegdheden op zichzelf zouden worden getoetst aan eisen van redelijkheid en billijkheid. Een overeenkomst kan voor de ene partij

<sup>40</sup> Memorie van antwoord wetsontwerp 7729, p. 8 en 9.

nadelig, voor de andere voordelig zijn; de leer van *justum pretium* wordt in onze rechtspraak niet aanvaard. Overigens zou het dan gaan over de geldigheid van de overeenkomst van partijen.

Partijen hebben elkander rechten en bevoegdheden gegeven, rechtsaanspraken en rechtsplichten bedongen en aanvaard. De intrinsieke billijkheid van deze rechten en plichten in hun onderlinge verhouding behoort, uitgaande van het geldend en verbindend zijn van de overeenkomst, niet meer aan de orde te komen.

Een partij die integrale nakoming vraagt van hetgeen partijen zelf als contractsinhoud hebben bepaald, zal *in het algemeen* niet in strijd handelen met redelijkheid en billijkheid. Slechts bijzondere omstandigheden kunnen dit anders doen zijn. Uitgangspunt zal zijn, dat partijen gehouden zijn aan hun woord.

Ik meen dat dit de benadering is in de rechtspraak van de Hoge Raad van de laatste zestig jaren en dat dit ook is de benadering in het nieuwe BW. Het tussen partijen overeengekomene is tussen hen recht en op zichzelf niet aan nadere toetsing aan redelijkheid en billijkheid onderworpen. Er kunnen zich echter bijzondere omstandigheden voordoen, die – integrale – uitoefening van bepaalde rechten en bevoegdheden onredelijk en daarmee onrechtmatig doen zijn.

Welke bijzondere omstandigheden zijn relevant voor het oordeel dat een contractspartij die op haar strepen staat, in strijd handelt met redelijkheid en billijkheid? Een limitatieve opsomming hiervan is niet te geven. De Hoge Raad heeft aanvaard, dat een partij die de bevoegdheid heeft de contractuele relatie nader te bepalen, dat moet doen in overeenstemming met de redelijkheid<sup>41</sup>, dat een partij in strijd handelt met de goede trouw indien zij haar wederpartij houdt aan een onredelijk bindend advies, dat eigen tekortkomingen van een partij in de nakoming van haar contractuele verplichtingen kunnen medebrengen dat zij harerzijds – voorshands – geen nakoming kan vorderen, dat een partij door haar eigen gedragingen haar rechten kan verwerken, dat niet onder alle omstandigheden een beroep kan worden gedaan op de algemene clausules tot uitsluiting van aansprakelijkheid.

Indien wij de rechtspraak van de Hoge Raad overzien geeft deze als beeld vrij duidelijk omliggende categorieën van gevallen en omstandigheden waarin wordt geoordeeld dat op grond van redelijkheid en billijkheid een partij niet integrale nakoming van het overeen gekomen mag vorderen. Ik hoop en verwacht ook, dat dit zo zal blijven. Hiermede bedoel ik niet, dat de rechter niet nog een

---

<sup>41</sup> Op de nuances die kunnen worden aangebracht, ga ik niet in. Zie mijn opstel in de Beekhuis-bundel, p. 119.

andere categorie van omstandigheden zou kunnen aanvaarden waarin redelijkheid en billijkheid invloed doen gelden op overeengekomen rechten en bevoegdheden. Wat ik wel bedoel, is het volgende.

Aan een openlijke, in de wet vastgelegde beperkende of deroegerende werking van redelijkheid en billijkheid, is het gevaar van een kassianrechtspraak verbonden. Men *kan* dit aldus verstaan, dat partijen het met het tussen hen overeengekomene niet zo nauw behoeven te nemen. Voor alle bedongen rechten en bevoegdheden zou gelden, dat wanneer de uitoefening aan de orde komt, de redelijkheid van deze uitoefening moet worden beoordeeld. In een dergelijke benadering wordt de verbindende kracht van hetgeen partijen als hun contractuele relatie hebben bepaald, op de tocht gezet, wordt het vertrouwen in het gegeven woord aangetast, wordt de zekerheid omtrent verkregen rechten en bevoegdheden ondermijnd. Zulk een ontwikkeling hebben de ontwerpers van het nieuwe BW willen voorkomen. Dit is de zin van het woord „onaanvaardbaar” in de nieuwe wetsbepalingen.

7. Tot slot een enkel woord over de arresten van de Hoge Raad, die door de annotatoren fel zijn bestreden. Het zijn alle arresten uit lang vervlogen dagen.

Aanstoot hebben vooreerst gegeven de twee reeds genoemde arresten van 1926. Volgens deze arresten moet worden aangenomen dat de verkopers van soya resp. van weefgetouwen gehouden waren tot nakoming van de koopovereenkomsten, hoewel zij gedurende een zekere tijd ten gevolge van de eerste wereldoorlog niet aan hun leveringsplichten hadden kunnen voldoen en de prijzen inmiddels extreem waren gestegen. Meijers had in 1918 met grote verve en overtuigingskracht in zijn prae-advies voor de Nederlandse Juristen Vereniging verdedigd, dat verandering in de omstandigheden waaronder een overeenkomst is gesloten kan medebrengen dat op grond van de goede trouw – artikel 1374 lid 3 BW – geen nakoming kan worden gevorderd. De Hoge Raad leert, naar men uit deze arresten pleegt te lezen, fundamenteel anders. Ik heb er reeds op gewezen, dat de Hoge Raad thans vermoedelijk zijn motivering niet zou herhalen. Aanstoot aan de motivering kan ik delen. Doch is het zo duidelijk, dat – om de woorden van het nieuwe BW te gebruiken – het in de gegeven omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de koper nakoming vraagt? Het gaat over professionele verkopers die *tijdens* de oorlog goederen verkopen. Indien men onredelijkheid van de vorderingseis van de koper wil aannemen, moet men dit niet zoeken in de prijsstijging op zichzelf doch in de omstandigheid dat de overeenkomsten door niet

voorzien overmacht gedurende geruime tijd niet konden worden nagekomen. De uitvoering van de overeenkomst kwam aan de orde in een sterk gewijzigde economische situatie. Dit kan de conclusie rechtvaardigen dat naar redelijkheid geen nakoming kan worden gevorderd.

Scherp bestreden zijn voorts twee arresten van 1931. Het eerste arrest gaat over een vordering van Duitse marken die bij de geldontwaarding waardeloos waren geworden<sup>42</sup>. De crediteur had ondanks de voortdurende depreciatie van de mark nimmer betaling gevraagd hoewel hij daartoe bevoegd was. Nadat de mark waardeloos was geworden, vorderde hij betaling in Nederlands geld op basis van de oude koers van f. 0,60. De beslissing van de Hoge Raad berust op uitleg van de wetsbepaling van artikel 1793 BW. De Hoge Raad overweegt, dat de rechter niet op grond van billijkheid en goede trouw kan afwijken van de wettelijke regel. Het arrest betreft dus niet rechtstreeks onze vraag. Meijers schreef in zijn noot in de N.J. dat de uitspraak het rechtsgevoel kwetst en slechts kan dienen om onze rechtspraak impopulair te maken. *Mijn* rechtsgevoel is door deze uitspraak niet gekwetst. Men bedenke dat de crediteur het aan zijn eigen houding – het niet opzeggen – te wijten had dat hij met een waardeloze markenvordering bleef zitten.

Het tweede arrest heeft betrekking op een beding in een huurkoopovereenkomst dat de huurverkoper bij in gebreke blijven van de koper gerechtigd is het produkt terug te vorderen, terwijl de huurkoper gehouden is de inmiddels verschenen termijnbetalingen te voldoen<sup>43</sup>. Zoals Meijers in zijn noot opmerkt, geeft het arrest geen duidelijk uitsluitsel over de vraag of goede trouw en redelijkheid kunnen medebrengen dat de verkoper die na wanprestatie van de huurkoper het object terug ontvangt, aanspraak kan maken op de integrale inmiddels verschenen huurkooptermijnen. Naar de mening van Meijers maakt de motivering van de Hoge Raad de indruk, dat de Hoge Raad de vraag bevestigend zou willen beantwoorden. Inmiddels heeft de wetgever in dit onderwerp voorzien. De wet (artikel 1576t BW) schrijft thans volledige verrekening voor. De oplossing door middel van een wetsbepaling verdient m.i. in een materie als deze verre de voorkeur boven die van een redelijkheidsbeslissing van de rechter.

Sedert 1931 heeft de Hoge Raad ten aanzien van de derogerende werking van de goede trouw geen arresten gewezen, die in de literatuur ernstig zijn bestreden. De Hoge Raad heeft sedertdien op dit

<sup>42</sup> Hoge Raad 2 januari 1931, 1931, 274.

<sup>43</sup> Hoge Raad 26 maart 1931, 1931, 669. Zie ook Hoge Raad 21 januari 1926, 1926, 445 en de noot van Scholten.

stuk geen aanstoot meer gegeven. Ik meen dat de concrete beslissing in de bestreden arresten niet zo onredelijk was als in de literatuur wel is voorgesteld. Het punt waartegen men vooral ten strijde trekt was echter, dat in deze arresten werd geleerd dat het tussen partijen overeengekomene als absolute norm zou gelden. De door de Hoge Raad gebezigde formuleringen wezen in deze richting. Doch in dezelfde tijd reeds wees de Hoge Raad een aantal arresten waarin een zekere derogerende werking van de goede trouw werd erkend. Terecht is in de literatuur opgemerkt, dat de *motivering* in de afwijkende arresten zich niet verdraagt met de beslissing in de arresten waarin beperkende werking van de goede trouw wordt aangenomen. Een verklaring van de motivering zou hierin kunnen worden gezocht, dat de Hoge Raad de lagere rechter wil aansporen tot de nodige terughoudendheid bij de erkenning van de corrigerende werking van redelijkheid en billijkheid. Dit aansporen tot terughoudendheid zagen wij ook in de memorie van antwoord van het nieuwe BW. Men kan stellen dat de Hoge Raad dit destijds op een minder gelukkige wijze heeft gedaan.

