

DE GOEDE TROUW OF DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID

door

J.M.M. MAEIJER

Hoogleraar Katholieke Universiteit Nijmegen

„*La loi sans l'équité est un corps sans âme*”

Bodin, Six livres de la république, Lyon 1579/1580, blz. 713

1. In mijn Redactie Privaat in dit nummer over het thema: Wil en vertrouwen bij de totstandkoming van verbintenissen, heb ik aangekondigd als Nederlands jurist nader te willen ingaan op het eigenlijke onderwerp: de goede trouw, dat zo uitvoerig aan de orde is geweest tijdens het XXXIVe Rechtscongres van de Vlaamse juristenvereniging op 28 april 1990(1). Ik wil dit doen in het perspectief van het Nederlands N.B.W. dat op 1 januari 1992 goeddeels van kracht zal worden.

Vooraf wil ik een *terminologische* opmerking maken. Het N.B.W. reserveert de term goede trouw voor de subjectieve goede trouw die bijvoorbeeld van oudsher in het zakenrecht een rol speelt. Deze subjectieve goede trouw wordt door de wet zelf geobjectiveerd en wel in artikel 11 van boek 3 (vermogensrecht in het algemeen) dat als volgt luidt: „Goede trouw van een persoon, vereist voor enig rechtsgevolg, ontbreekt niet alleen, indien hij de feiten of het recht, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben, kende, maar ook indien hij ze in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen. Onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden tot twijfel had, aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen”.

Uit de systematiek vloeit voort dat indien in een bepaald geval het louter subjectieve niet-weten voldoende is voor het intreden van het rechtsgevolg, in de betreffende wetsbepalingen niet de term „goede trouw” wordt gebruikt, doch de volgende formuleringen worden gehanteerd: niet weten, onkundig zijn, niet-kennen etc.

Voor de objectieve goede trouw van artikel 1374 lid 3-oud (art. 1134 lid 3 Belgisch B.W.) wordt in het N.B.W. de terminologie „redelijk-

(1) Zie de nummers 2 en 3 van *T.P.R.*, 1990 en *R.W.*, 1989-1990, 1479 e.v.

heid en billijkheid” gebezigd. Het begrip redelijkheid en billijkheid wordt in artikel 12 van boek 3 N.B.W. enigszins ingevuld om te voorkomen dat bij de vaststelling van hetgeen de redelijkheid en billijkheid eisen, deze op te subjectieve wijze zouden worden bepaald. De bepaling luidt: „Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken”.

Het gevolg van het noemen van enkele belangrijke gezichtspunten is dat de rechter enigszins genoopt wordt bij zijn verwijzing naar het ongeschreven recht, „denkluigheid”(2) te overwinnen en aan te geven welke belangen en welke eventuele rechtsbeginselen hij heeft laten meewegen.

Het besef leeft dat een codificatie nimmer de rechtsstof geheel en afdoende kan regelen. Naast de in wetteksten, gewoonten en ook in vaste jurisprudentie neergeslagen en gestolde of uitgekristalliseerde redelijkheid en billijkheid, de *équité fixée* in de taal van DOMAT(3) blijft steeds een hoeveelheid als het ware voorlopig vloeibaar blijvende redelijkheid en billijkheid over. In mijn dissertatie over matiging van schadevergoeding (1962) bepleitte ik dat de *wetgever zelf* bewust zou pogen de overblijvende (functies van de) redelijkheid en billijkheid zoveel mogelijk te *kanaliseren* en aldus in de hand te houden. Opdat deze zich niet als verdrongen maar niet te bedwingen rechtsbron op andere oncontroleerbare wijze bijv. via ficties of ongrijpbare, te vergaande interpretaties, zal uiten. Ook de rechtszekerheid is meer gediend met een openlijk werkende, gelegitimeerde redelijkheid en billijkheid en een daarmee gepaard gaande, inzichtelijke rechtsvinding, dan met een niet-erkende redelijkheid en billijkheid die haar voortdurend belagen en ondermijnen, daarbij gebruik makend van het paard van Troje(4). In het Nederlands N.B.W. ligt zulk een kanalisatie besloten, en zulks juich ik toe.

2. Allereerst is er de *aanvullende* werking van de redelijkheid en billijkheid, neergelegd in artikel 2 lid 1 van boek 6 betreffende verbintenissen in het algemeen. Deze bepaling luidt: „Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeen-

(2) Vgl. STORME, M.E., *T.P.R.*, 1990, 365.

(3) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre pré. I section 2.1.

(4) Zie reeds MEIJERS, E.M., *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring*, Verzamelde privaatrechtelijke opstellen III, Leiden, 1955, 277 e.v. Vgl. ook BAERT, F., *R.W.*, 1990, 1484.

komstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid". Voor overeenkomsten is de regel herhaald in artikel 248 lid 1 van boek 6: „Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien”.

Ingevolge de zogenaamde schakelbepaling van artikel 216 is deze regel van overeenkomstige toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen zoals de verdeling van een gemeenschap. De rechtspraak erkent de werking van de redelijkheid en billijkheid ook in verschillende andere rechtsverhoudingen, bijvoorbeeld in precontractuele verhoudingen. Tenslotte wijs ik op artikel 8 lid 1 boek 2 N.B.W. (betreffende rechtspersonen) dat luidt: „Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd”.

Over deze aanvullende werking wil ik het volgende opmerken. Zij doet zich gevoelen wanneer een al dan niet gewilde leemte in de regels die de rechtsverhouding tussen partijen beheersen, moet worden opgevuld. Als aanvullende rechtsbron geven de redelijkheid en billijkheid de rechtsregels aan waarnaar de betrokken partijen zich jegens elkaar in beginsel (behoudens de mogelijke beperkende werking: zie hierna) mede hebben te gedragen.

De aanvullende werking is het minst omstreden. Zie reeds de gedachte geuit in het oorspronkelijk ontwerp Code Civil, uitgebracht door de commissie die op 24 Thermidor an VIII was benoemd, *Livre prélim. Titre 1, art. 11*: „Dans les matières civiles, le juge à défaut de loi précise est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle ou ... etc.” Zie ook artikel 73 van het ontwerp van 1820, het zg. ontwerp KEMPER, voor een Burgerlijk Wetboek.

Die aanvullende werking zal steeds betrokken zijn op bepaalde rechtsverhoudingen die via de wet of via de door de wet gesanctioneerde wilsopenbaring van partijen (denk bijv. aan de overeenkomst) reeds een zekere vormgeving hebben gekregen. Deze betrokkenheid betekent dat de aanvullende werking ook in haar toepassing op die aan te vullen regeling moet zijn betrokken, dat wil zeggen: dat het bij het oordeel over wat die aanvullende werking inhoudt, zal gaan over een *bepaalde* werking: naar een door die aan te vullen rechtsverhoudingen reeds enigszins bepaalde maatstaf. Bij dit oordeel kunnen dus niet alle mogelijke rechtsbeginselen worden betrokken. Zo zal bij

een contract moeten worden verdisconteerd waartoe partijen zich blijkens hun gegeven woord hebben willen binden: wat, zonder acht te slaan op de op te vullen leemte, reeds hun contractuele bevoegdheden en plichten zijn.

3. Vervolgens is er de *beperkende werking* van de redelijkheid en billijkheid. Deze is neergelegd in artikel 2 lid 2 (verbintenissen in het algemeen) en artikel 248 lid 2 (overeenkomsten, met wederom de schakelbepaling art. 216). De bepalingen bevatten de volgende regel: „Een tussen schuldeiser en schuldenaar krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel (art. 2 lid 2) c.q. een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel (art. 248 lid 2) is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn”.

Eenzelfde regel is opgenomen in artikel 8 lid 2 boek 2 B.W. betreffende het rechtspersonenrecht. Deze bepalingen luiden algemeen; er zijn echter wetsbepalingen (*leges speciales*) waarin deze beperkende werking ten aanzien van een bepaalde materie wat nader wordt geconcretiseerd. Zie bijv. artikel 109 van boek 6 betreffende rechterlijke matiging van schadevergoeding, en artikel 258 van boek 6 betreffende de *imprévision*.

Op deze beperkende werking wil ik, omdat zij in België het meest omstreden is, wat nader ingaan. De beperkende werking van de goede trouw doet zich voor wanneer i.v.m. de bijzondere omstandigheden van een concreet geval wordt afgeweken van een overigens tussen de betrokken partijen geldende rechtsregel die in haar toepassing dat geval zou bestrijken en die overigens ook (in een eerder stadium van de rechtsvinding) door de (gelegaliseerde) goede trouw als aanvullende rechtsbron kan zijn bepaald. Bij deze beperkende werking werkt de goede trouw niet als bron van waaruit de regels die de rechtsverhouding in beginsel beheersen, worden geput: het gaat veeleer om de toepassing in dit concrete geval van de (reeds gevonden) regels; anders uitgedrukt: om de vraag of de bevoegdheid van de één gebaseerd op de door die eenmaal aanvaarde en ook voortbestaande regels bepaalde rechtsverhouding, wel (volledig) tegenover een bepaalde ander mag worden uitgeoefend. Dat ook bij de beantwoording van deze vraag bepaalde (sub)normen kunnen en moeten worden ontwikkeld, is niet verwonderlijk. Het benadrukt het normatieve element dat ook in deze concrete rechtstoepassing ligt besloten, en verhoogt de controleerbaarheid van de rechterlijke beslissing. Zie

hierna. In zoverre is de goede trouw, ofschoon (anders dan bij haar aanvullende werking) in het bijzonder betrokken op een concreet geval, ook hier „objectief”. De corrigerende werking is gebaseerd op de gedachte van de door ARISTOTELES(5) benadrukte „epieikeia”.

Tegenover die beperkende werking past terughoudendheid. Zij is immers betrokken op de rechtsregels waaraan partijen zich in hun rechtsverhouding in beginsel hebben te houden: slechts op grond van zwaarwegende motieven mag van die rechtsregels worden afgeweken. Het wordt tijd dat ik in navolging van CORNELIS(6) DOMAT ook eens wat uitvoeriger ga citeren. DOMAT schrijft in zijn *Lois civiles*(7) dat ten opzichte van de „loi arbitraire” (welke hij stelt tegenover de „loi naturelle”) het volgende beginsel in aanmerking dient te worden genomen: „les tempéraments de l'équité sont restreints à ce qui peut s'accorder avec l'intention du législateur et ne s'étendent pas à tout ce qui aurait pu paraître équitable avant que la loi arbitraire eût été établie”. Men vergelijk hiermee de passage in de toelichting Meijers ad artikel 6.1.1.2 (het nieuwe art. 2 lid 2 van boek 6)(8): „Het ontwerp verwerpt derhalve de regel dat een schuldenaar zijn gegeven woord slechts gestand hoeft te doen of een wettelijke verbintenis slechts hoeft na te komen, voor zover dit in de gegeven omstandigheden strookt met de eisen van redelijkheid en billijkheid”.

Die terughoudendheid ten aanzien van de beperkende werking heeft van meet af aan het ontwerp N.B.W. beheerst. Vgl. reeds het voorlopig antwoord op vraagpunt 21 dat als enig toelaatbaar criterium voor deze beperkende werking gaf: misbruik van recht (hierop kom ik sub 5 uitvoerig terug). Later luiden de artikelen 6.1.1.2 en 6.5.3.10 (thans art. 2 lid 2 en 248 lid 2) van het ontwerp Meijers: „(geen recht uitoefenen of beroep op overeenkomst) voor zover hij hierdoor in de gegeven omstandigheden onbetamelijk zou handelen c.q. dit *onbetamelijk* zou zijn”. De term „onbetamelijk” heeft men later laten vallen omdat die term ook wordt gebruikt in artikel 162 van boek 6 betreffende onrechtmatige daad en aldus een verband zou worden gesuggereerd dat in werkelijkheid niet bestaat. Zoals wij zagen, is thans voor de formulering gekozen: „voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijk-

(5) *Ethica Nicomachea*, I.10.1137b.

(6) *T.P.R.*, 1990, 547 e.v.

(7) *Livre pré.* I section 2.

(8) VAN ZEBEN, C.S., *Parl. Gesch.*, Boek 6, 62.

heid *onaanvaardbaar* zou zijn''. Maar de grondgedachte die door terughoudendheid wordt gekenmerkt, is gelukkig steeds dezelfde gebleven.

Met de term „marginale toetsing'' in dit verband moeten wij oppassen. Van marginale toetsing door de rechter kan mijns inziens moeilijk worden gesproken; evengoed kan men zeggen dat de rechter door de uitdrukking „onaanvaardbaar'' wordt genoopt tot een verscherpte toetsing. Wel hebben de partijen een marge aan vrijheid zich te bewegen binnen het raam van de gevonden toepasselijke regels; die vrijheid verdwijnt wanneer zij zou leiden tot een onaanvaardbaar handelen op grond van die regels.

Intussen hoede men er zich voor om kost wat kost steeds de puur individueel bepaalde rechtvaardigheid te betrachten. Sommige auteurs geven teveel toe aan deze door ethische overwegingen bepaalde neiging. Maar puur individueel bepaalde rechtvaardigheid ten opzichte van iedere rechtsgenoot is naar menselijke maatstaven niet bereikbaar. DOMAT(9) drukte dit als volgt uit: „Quoique la rigueur du droit semble distinguée de l'équité et qu'elle y paraisse même opposée, il est toujours vrai dans les cas où cette rigueur doit être suivie, qu'une autre vue de l'équité lui donne sa justice''.

Op de verhouding tussen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid enerzijds en rechtsmisbruik en rechtsverwerking anderzijds kom ik in verband met de Belgische rechtsontwikkeling hierna nog terug. Eerst wil ik nog aandacht besteden aan een ander discussiepunt dat in onze beide landen speelt.

4. De redelijkheid en billijkheid hebben ook een *interpretatieve functie*. Zij kunnen de rechter *helpen* bij de uitleg van de tussen de betrokken partijen toepasselijke rechtsregels; bij het opsporen van de gezamenlijke bedoeling van de partijen die een overeenkomst hebben gesloten. Zie de omschrijving die PAPINIANUS(10) gaf van het praetorenrecht: „Ius praetorium est quod praetores introduxerunt juveni vel supplemendi vel corrigendi juris civilis gratia''.

Als richtlijn bij het gebruik en de interpretatie van rechtsregels schreef DOMAT(11): „Il s'ensuit ... qu'on ne peut fixer pour règle générale, ni que la vigueur du droit doive toujours être suivie contre les tempéraments de l'équité, ni qu'elle doive y céder toujours. Mais

(9) DOMAT, *Lois civiles* etc., Livre préliminaire. I section 2.8.

(10) Digesten 1.1.7.1.

(11) DOMAT, *Lois civiles*, Livre préliminaire. I section 2.8.

cette vigueur devient injustice dans les cas où la loi souffre qu'on l'interprète par l'équité; et elle est au contraire une juste règle dans les cas où cette interprétation blesserait la loi. Ainsi, ce mot de rigueur du droit se prend ou pour une dureté injuste et odieuse, et qui n'est pas de *l'esprit des lois*, ou pour une règle inflexible, mais qui a sa justice''.

Matthias E. STORME verdedigt in zijn proefschrift over de invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen (KUL 1989) met verve de stelling dat aan de goede trouw slechts *een enkele normatieve uitlegfunctie* toekomt. Volgens hem is de goede trouw van het handelen die voor de partijen een gedragsnorm is, voor de rechter een uitlegnorm⁽¹²⁾. Het is een stelling die mij als Nederlander bekend voorkomt.

Er zijn immers ook Nederlandse auteurs die menen dat men via deze functie reeds tot het gewenste resultaat kan komen en dat men dan aan een beperkende werking van de goede trouw niet toekomt, en trouwens ook niet aan toe behoort te komen⁽¹³⁾. In dezelfde richting gaan de theorieën die de klemtoon leggen op hetgeen de tussen partijen geldende rechtsregel werkelijk inhoudt: wat zij bijv. betekenen in de relatie tot de voorstelling van partijen. Zie bijv. LÖWENSTEYN, voortbouwend op BREGSTEIN in zijn inaugurale rede 1962: „De relativiteit van de contractuele norm''. Uitgangspunt is dan vaak dat „woorden nooit zonder meer duidelijk zijn'', dat „lettertekens steeds te goeder trouw moeten worden uitgelegd''.

Ik heb tegenover deze laatste benadering steeds twee bezwaren gehad. Natuurlijk gaat de mogelijkheid tot interpretatie verder dan de letterlijke uitleg van de woorden van de regel: en bij die interpretatie kunnen diverse factoren, ook overwegingen van redelijkheid en billijkheid een rol spelen. Op het eerste gezicht schijnbaar duidelijke bewoordingen kunnen bij nadere beschouwing gelet ook op de gehele context waarin zij worden gebezigd, veel minder duidelijk zijn en vatbaar voor indringende interpretatie met even indringende gevolgen.

Niettemin, en daarom bestrijd ik het hierboven weergegeven uitgangspunt, zijn er, mede blijkens de rechtspraktijk, zeer vele situaties waarin verreweg de meeste rechtsgenoten geen uiteenlopend oordeel zullen hebben over de betekenis van de gebezigde woorden of lettertekens van een regel: die ook in de rechtspraktijk als duidelijk worden

(12) *T.P.R.*, 1990, 359.

(13) Zie SCHOORDIJK, *Algemeen gedeelte Verbintenissenrecht N.B.W.*, 21 e.v.

gepercipieerd, althans met betrekking tot een kern van onder deze regel vallende casusposities. Zijn er gevallen die op de buitenste rand liggen van die kern, dan dringt zich de noodzaak van echte duiding van die regel voor die gevallen weer op(14).

De neiging om nu toch een duidelijke regel juist met betrekking tot de onmiskenbare daaronder vallende kern van gevallen, vaak beperkend te gaan interpreteren om tot redelijke en billijke resultaten te komen, lijkt mij toch in wezen te zijn ingegeven door de gedachte van de „epieikeia”. Alléén, die gedachte moet dan blijkbaar een uitweg vinden in het steeds, ook daar waar het voor de meeste rechtsgenoten niet voor de hand liggend is, „hineininterpreteren” van regels bestaande uit woorden of lettertekens, en mag blijkbaar niet aan de dag treden via het openlijk belijden van een beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid c.q. de goede trouw ten opzichte van een duidelijke regel waarvan men in beginsel de gelding heeft aanvaard. Omdat de redelijkheid en billijkheid c.q. de goede trouw zich niet in beperkende zin kan en mag uiten, worden haar (teveel) kansen geboden via de interpretatieve werking, die dan echter buiten iedere aanvaardbare proportie wordt uitgerekt. De interpretatie kan dan te gemakkelijk gaan berusten op een fictie die zich openbaart als een eerder „verdrongen billijkheidscomplex”. Zie voor deze terminologie: de hierboven onder 3 genoemde verhandeling van MEIJERS over goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring(15).

Mijn tweede bezwaar sluit hierbij aan. Rechtsvinding dient zoveel mogelijk inzichtelijk en controleerbaar te zijn. Bij het rechtsoordeel zal in laatste instantie soms sprake zijn van een sprong. Maar de rechter zal toch steeds moeten pogen op rationele wijze de door de sprong te overbruggen afstand zoveel mogelijk te verkleinen en zo nauwkeurig mogelijk te schatten, opdat die sprong op verantwoorde wijze kan worden gewaagd. SCHOORDIJK(16) betoogt daarom terecht dat ook een interpretatie gemotiveerd behoort te worden(17). Niettemin dreigt hier toch in grote mate het gevaar van een innige verwevenheid van juridische en feitelijke waarderings: zodanig dat de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van de beslissing wordt bemoeilijkt, en de cassatierechter voor grote problemen wordt geplaatst. Dit ligt anders indien de rechter nadat eenmaal de in beginsel

(14) Zie de terminologie van LEIJTEN in: *Theorie en praktijk der rechtsvinding*, 71.

(15) Zie ook BAERT, F., *R.W.*, 1990, 1484.

(16) *a.w.*, 38.

(17) Zie ook STORME, M.E., *T.P.R.*, 1990, 365.

toepasselijke regel is vastgesteld, aan de hand van de gelegaliseerde „norm” van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en op grond hiervan uit te werken subnormen, correcties in een (meer) concreet geval ten opzichte van een bepaalde bij de rechtsverhouding betrokken partij aanbrengt. Het gaat dan uiteindelijk om in beginsel voor cassatie vatbare, te motiveren toepassingen van die gelegaliseerde norm en subnormen, die meer rechtstreeks inzicht zullen geven in de door de rechter gevolgde redenering, en die minder het gevaar zullen oproepen van grote verwevenheid van juridische en feitelijke waarderings(18).

Gelet op het bovenstaande meen ik, mede in het licht van het N.B.W., dat het rechtsvindingsproces grosso modo als volgt dient te zijn gestructureerd. Allereerst: het uitleggen van de tussen de betrokken partijen toepasselijke, reeds verwoorde rechtsregels, waarbij diverse interpretatiemethoden — inclusief de daarbij te hanteren maatstaf van redelijkheid en billijkheid of goede trouw — op gemotiveerde wijze mogen worden gehanteerd, zonder dat die interpretatie oneigenlijk wordt uitgerekt tot gevallen die zich daarvoor in de ogen van de meeste rechtsgenoten niet lenen. Vervolgens: vaststellen of er reden is een al dan niet gewilde leemte in die regels die de rechtsverhouding tussen partijen beheersen, op te vullen naar de eisen van de redelijkheid en billijkheid of goede trouw. Tenslotte: nagaan in hoeverre in het concrete geval ten opzichte van een bepaalde partij een (afgezien van dit geval) tussen partijen op grond van het resultaat van eerdere fasen in het rechtsvindingsproces als tussen hen geldend aanvaarde regel, niettemin niet (volledig) geldt omdat zulks in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid of goede trouw onaanvaardbaar zou zijn. Zodat op grond hiervan deze regel niet mag worden toegepast, en de hierop gebaseerde bevoegdheid niet of niet volledig mag worden gemaakt.

5. In de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie wordt de beperkende werking van de goede trouw of redelijkheid en billijkheid alleen erkend wanneer er sprake is van *rechtsmisbruik*. H. BOCKEN wees hierop reeds(19), zulks vooral naar aanleiding van de arresten van het Hof van Cassatie, 19 september 1983(20), 15 oktober

(18) Zie over dit alles ook de MvA II en het Eindverslag I ad art. 6.1.1.2 (het nieuwe art. 2 lid 2 van boek 6) naar aanleiding van de beschouwingen van resp. LÖWENSTEYN en SCHOORDIJK, bij VAN ZEBEN, C.S., *Parl. Gesch.*, Boek 6, 69 en 74. Zie ook Aaftink naar aanleiding van rechtsverwerking in *T.P.R.*, 1980, 810 e.v.

(19) *R.W.*, 1989-1990, 1044 e.v.

(20) *Arr. Cass.*, 1983-1984, 52.

1987(21) en 20 november 1987(22). Zie ook F. BAERT in zijn feestrede voor de Vlaamse juristenvereniging op 28 april 1990. De pen van BOCKEN was nauwelijks droog en BAERT was nog maar net uitgesproken of op 17 mei 1990 werd een arrest van het Hof van Cassatie uitgesproken waarin met zoveel woorden werd overwogen: „dat een partij noch artikel 1134 lid 3 Belgisch B.W. noch het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten schendt, wanneer zij gebruik maakt van een recht dat voor haar voortvloeit uit een wettig gesloten overeenkomst: zonder dat is vastgesteld dat zij daarvan misbruik heeft gemaakt(23).”

Op de overwegingen in dit arrest betreffende rechtsverwerking kom ik nog terug. Door deze uitspraak lijkt mij definitief achterhaald de mening van R. SOETAERT(24), dat een beroep op rechtsmisbruik terzake van overeenkomsten noodzakelijk werd, o.m. omdat de Belgische rechtspraak het voorschrift van de goede trouw in artikel 1134 lid 3 B.W. niet heeft weten te waarderen. Lid 3 van artikel 1134 en het beginsel van de uitvoering te goeder trouw worden erkend, maar buiten de sfeer van het rechtsmisbruik reikt de beperkende werking van de goede trouw niet. BOCKEN(25) schrijft al: „Om te weten hoever de beperkende werking van de goede trouw in concreto reikt, moet men het begrip rechtsmisbruik verder analyseren.”

Op dit punt aangekomen, wend ik mij tot het Nederlandse N.B.W. en de wordingsgeschiedenis daarvan, omdat zal blijken hoe men ook hier met de verhouding tussen rechtsmisbruik en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid heeft geworsteld en in wezen dezelfde denklijn heeft gevolgd(26).

Artikel 13 van boek 3 (vermogensrecht in het algemeen) N.B.W. luidt:

„1. Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voor zover hij haar misbruikt.

2. Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend, of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoeffe-

(21) *R.W.*, 1987-1988, 1506.

(22) *Arr. Cass.*, 1987-1988, 358.

(23) Zie over dit arrest o.m. *J.T.*, 5567, 24 november 1990 met noot STIJNS, S.

(24) *Liber Amicorum Jan Ronse*, 57 en 58.

(25) *t.a.p.*, 1045.

(26) Zie meer uitvoerig: VAN DER GRINTEN, J.W.M., in *Bundel Goed en Trouw, opstellen voor W.C.L. van der Grinten*, 1984, 367 e.v.

ning en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

3. Uit de aard van een bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt”.

Ik geef eerst bij dit artikel enig commentaar dat is geïnspireerd door de parlementaire geschiedenis(27). Er wordt gesproken van misbruik van bevoegdheid. Dit omvat meer dan misbruik van recht zoals wij dat vanouds, vooral in het zakenrecht, tegenkomen, en dat handelen als een subjectief gerechtigde (wat dit voorts ook moge inhouden) veronderstelt. Men denke bijv. aan misbruik van bevoegdheden die aan iemand als bewindvoerder of als voogd toekomen. In dit verband verdient aandacht dat krachtens artikel 15 van boek 3 (schakelbepaling) de artikelen 11-14 (dus ook art. 13) buiten het vermogensrecht toepassing vinden, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

Misbruik van bevoegdheid bepaalt in wezen de grenzen van de bevoegdheid zelf. Degene aan wie de bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen en de uitoefening ervan niet afdwingen, voor zover hij die bevoegdheid misbruikt (zie lid 1).

Daarnaast kan degene die zich schuldig maakt aan misbruik van bevoegdheid, indien hierdoor schade ontstaat, op grond van artikel 162 boek 6 (onrechtmatige daad) tot vergoeding hiervan door de gelaedeerde worden aangesproken. Een bevoegdheid die naar haar aard niet kan worden misbruikt (zie lid 3) is bijv. de bevoegdheid om legaten te maken of de bevoegdheid om een erfenis te aanvaarden.

Lid 2 geeft een niet-limitatieve opsomming van de gevallen waarin in ieder geval sprake is van misbruik van bevoegdheid; de bepaling sluit niet uit dat de rechtspraak misbruik ook nog in andere gevallen gaat aannemen. De voornaamste bedoeling van lid 2 is duidelijk te maken dat het domein van misbruik niet beperkt is tot de eerste twee genoemde gevallen (die door de huidige rechtspraak en literatuur ook onbetwist als misbruik worden aanvaard), maar zich ook uitstrekt tot het derde geval: dat men in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Er staat niet: had mogen komen; er is een marge aan vrijheid om van de bevoegdheid die men nu eenmaal heeft, gebruik te maken.

In de parlementaire geschiedenis komt uitdrukkelijk naar voren dat

(27) Zie *Parl. Gesch.* N.B.W. boek 3, 1037 e.v.

bij rechtsverhoudingen die worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid, in het bijzonder de beperkende werking daarvan zoals die is neergelegd in de hierboven sub 3 geduide artikelen 2 lid 2 en 248 lid 2 (met schakelbepaling in art. 216) van boek 6, met het daar gehanteerde criterium: „naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar”, ongeveer hetzelfde kan worden bereikt als daarbuiten (wanneer van dergelijke rechtsverhoudingen geen sprake is) met behulp van dit derde criterium van artikel 13 boek 3. Op contractueel terrein komt men door de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid aan de figuur van misbruik van bevoegdheid als bedoeld in artikel 13 niet toe. En juist omdat ook die beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid terughoudend, maar overigens vrij open is geformuleerd, is in artikel 13 eveneens gekozen voor een niet-limitatieve opsomming van gevallen waarin in ieder geval sprake is van misbruik. Er was overigens rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad waarin de goede trouw en rechtsmisbruik in één adem werden genoemd, hoewel niet met elkaar vereenzelvigd(28).

De verwevenheid tussen beide leerstukken blijkt ook uit het volgende. Aan de totstandkoming van de genoemde artikelen 2 lid 2 en 248 lid 2 betreffende de beperkende werking van de goede trouw ging vooraf de behandeling van het door MEIJERS opgestelde en aan de Tweede Kamer voorgelegde vraagpunt 21 betreffende deze materie(29). Dit vraagpunt luidde: moet de wet bepalen dat de goede trouw niet alleen de uit de overeenkomst en wet voortvloeiende verbintenissen kan aanvullen, maar ook deze onder bijzondere omstandigheden kan doen vervallen of buiten toepassing stellen? Het door MEIJERS geformuleerde voorlopig antwoord van de Minister van Justitie luidde: „Ja, echter alleen voor het geval dat een beroep op het overeengekomene of op het door de wet bepaalde onder de gegeven omstandigheden als een misbruik van recht moet worden aangemerkt!” Zou het Belgische Hof van Cassatie zich bij de ontwikkeling van zijn leer mede door dit voorlopig antwoord van MEIJERS hebben laten beïnvloeden? Tijdens het mondeling overleg in de Kamer is toen de vrees uitgesproken dat de term misbruik van recht eng zou worden uitgelegd en alleen het geval zou gelden dat de bedoeling om te benadelen voorzit. Omdat MEIJERS erkende dat de

(28) Zie H.R. 20 april 1951, *N.J.*, 1952, 65 en H.R. 8 oktober 1976, *N.J.*, 1977, 284: ... tenzij (de betreffende handeling) misbruik van recht zou opleveren of in strijd zou zijn met de goede trouw.

(29) Vgl. *Parl. Gesch. boek 6 N.B.W.*, 43 e.v.

uitdrukking „misbruik van recht” (toen) nog een enigszins onzekere was, werd in een gewijzigd voorlopig antwoord van de Minister van Justitie de beperkende werking van de goede trouw aanvaard, wanneer een beroep op het overeengekomene of op het door de wet bepaalde onder de gegeven omstandigheden onbetamelijk is. De term „onbetamelijk” is later weer vervangen door de term „onaanvaardbaar”. Zie hierboven sub 3.

In het licht van het bovenstaande krijgt de soms op grond van de Nederlandse rechtsontwikkelingen betwiste leer van het Belgische Hof van Cassatie wel een bijzonder reliëf. Want zou er indertijd zekerheid hebben bestaan omtrent de derde categorie van misbruik van bevoegdheid zoals thans in artikel 13 lid 2 Nederlands N.B.W. aanvaard (in andere woorden: de onevenredigheid van belangen is kennelijk te zeer uit het oog verloren), dan zou de kans groot zijn geweest dat ook in Nederland de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of goede trouw zou zijn gekoppeld aan misbruik van recht.

Indien het criterium rechtsmisbruik niet al te eng wordt opgevat, zullen de praktische resultaten waartoe een dergelijke benadering kan leiden, naar mijn inzicht niet ver uiteen lopen met hetgeen kan voortvloeien uit de beperkende werking van de goede trouw zoals thans aangeduid in het Nederlands N.B.W. Waarbij ik erop wijs dat zeker niet als te eng is te beschouwen de aanduiding van rechtsmisbruik in het arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 20 november 1987(30): het uitoefenen van een recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bedachtzaam mens.

6. Tenslotte nog iets over de *rechtsverwerking*. In het hierboven onder 5 aangeduide arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 17 mei 1990(31) is ook beslist dat er geen algemeen rechtsbeginsel is volgens hetwelk een subjectief recht tenietgaat of in ieder geval niet meer kan worden ingeroepen, wanneer de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die objectief gezien onverenigbaar is met dit recht en hij aldus het gerechtvaardigd vertrouwen heeft beschaamd van zijn schuldeiser en van derden. Ook rechtsverwerking, aldus begrijp ik het Hof van Cassatie, kan slechts via de beperkende werking van de goede trouw worden ingeroepen, maar dat kan

(30) *Arr. Cass.*, 1987-1988, 258.

(31) *J.T.*, 5567.

wederom alleen wanneer er sprake is van rechtsmisbruik: zie voorts hierboven onder 5.

In het Nederlands N.B.W. is geen aparte bepaling gewijd aan rechtsverwerking. Werd aanvankelijk in de rechtspraak van de Hoge Raad nog gewerkt met de constructie van stilzwijgende afstand van recht, sinds de jaren '50-'60 werd op grond van het fictieve karakter van deze constructie daarvan afstand genomen, en baseerde de H.R. zich voortaan op de goede trouw als grondslag van rechtsverwerking. Ik teken hierbij aan dat een echte afstand van recht, waarbij de wilsverklaring tot afstand geen onzekerheid laat, m.i. niet te maken heeft met de figuur van rechtsverwerking.

Rechtsverwerking houdt dan in dat het beroep van een contractspartij op een haar toekomend contractueel recht gelet op haar eigen voorafgaande houding of gedraging, als in strijd met de redelijkheid en billijkheid of goede trouw moet worden beschouwd, en dat zulk een beroep haar derhalve niet vrijstaat(32). Wij zagen hierboven onder 4 dat in artikel 248 lid 2 boek 6 N.B.W. de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is neergelegd in deze zin, dat de tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel (bijv. de regel dat hij krachtens deze overeenkomst recht heeft op een bepaalde prestatie) niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De literatuur acht het geval van rechtsverwerking onder deze nieuwe bepaling begrepen; de rechtspraak tot nu toe formuleerde rechtsverwerking (rechtstreeks) als de verwerking van een *recht* dat aan de ene partij jegens de andere toekomt. In de literatuur wordt wel betoogd dat de gedraging van de rechtsverwerkende partij steeds in enig nadeel van de wederpartij moet hebben geresulteerd, zij het dat dit nadeel niet financieel behoeft te zijn maar ook kan liggen in een verzwaring van bijv. zijn bewijspositie(33). ASSER-HARTKAMP(34) is echter van mening dat bij rechtsverwerking die is gebaseerd op artikel 248 lid 2, beter van geval tot geval kan worden geoordeeld waartoe deze bepaling alle ruimte geeft.

Is hiermee alles gezegd? Neen, de vraag rijst nog hoe rechtsverwerking zich verhoudt tot de leer van de schijn waarop de wederpartij heeft vertrouwd, een vraag die ook opkomt in het licht van het zojuist

(32) Zie ASSER-HARTKAMP, II, nr. 320 e.v.

(33) Zie Aaftink, *T.P.R.*, 1980, 801.

(34) ASSER-HARTKAMP, II, nr. 322.

genoemde arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 17 mei 1990(35).

In Nederland is wel betoogd dat in het kader van de vorming van deelregels bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen de gevallen dat vertrouwen wordt gewekt dat een recht niet of niet meer bestaat, en de gevallen dat los van het gewekte vertrouwen, op grond van de redelijkheid en billijkheid wegens voorafgaand gedrag van de rechthebbende een recht niet meer (ten volle) kan worden uitgeoefend, in het bijzonder omdat de positie van de verplichte onredelijk is bezwaard(36).

In ieder geval achten de Nederlandse rechtsleer en rechtspraak de schijnleer niet een *noodzakelijk* element van rechtsverwerking. Dit lijkt mij voor Nederland onder vigeur van het N.B.W. ook juist. In mijn Redactie Privaat in dit nummer van het T.P.R. heb ik artikel 35 boek 3 N.B.W. weergegeven waarin de vertrouwensleer is neergelegd als correctie op de wilsleer, welke laatste is verankerd in artikel 33. Bescherming wordt verleend aan degene die eens anders verklaring of gedraging redelijkerwijze mocht opvatten als een door die ander tot hem gerichte *verklaring* van een bepaalde strekking. Dan kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring ontbrekende wil. De gedachte van de vertrouwensleer als een correctie op de wilsleer komt ook naar voren in enige oudere arresten van de Hoge Raad, van 10 februari 1967(37) en 12 mei 1972(38), waarin rechtsverwerking, hoewel uiteindelijk gebaseerd op de beperkende werking van de goede trouw, in het bijzonder werd aangenomen vanwege het opwekken van de schijn van afstand van recht waarop de wederpartij had vertrouwd. Bij rechtsverwerking gaat het echter in wezen niet om het door de wederpartij mogen afgaan op de opgewekte schijn van een tegen hem gerichte (wils)verklaring, maar meer in het algemeen om een houding of gedraging van de rechthebbende waardoor het uitoefenen van het recht (gelet op art. 248 lid 2 meer precies: het toepassen van een regel die tussen de contractspartijen geldt) *hierna* onaanvaardbaar voorkomt op grond van de objectieve redelijkheid en billijkheid. Dat een dergelijke houding of gedraging ook vertrouwen *kan* opwekken en dat zulks

(35) Zie over de schijnleer in dit verband in België: VAN OMMESLAGHE, P., *T.P.R.*, 1980, 37 e.v.

(36) Zie Aaftink, *T.P.R.*, 1980, 800 e.v.; en Houwing, *Preadvies Broederschap Kandidaat-Notarissen*, 1968, 49 en 68.

(37) *N.J.*, 1967, 212.

(38) *N.J.*, 1973, 53.

meegewogen kan worden bij de vraag of er plaats is voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of goede trouw, is een andere zaak. Een voordeel van deze benadering is dat met behulp van de goede trouw (de beperkende werking is er slechts: „voor zover ... etc.”) meer genuanceerde resultaten kunnen worden bereikt dan met behulp van de schijnleer.

Mij dunkt dat het Belgische Hof van Cassatie in zijn arrest van 17 mei 1990 *evenmin* de schijnleer als noodzakelijk element van rechtsverwerking beschouwt. In het cassatiemiddel werd het (beschamen van het) gerechtvaardigd vertrouwen weliswaar als element van rechtsverwerking, geponeerd als algemeen rechtsbeginsel, opgevoerd. Maar het Hof van Cassatie zet de rechtsverwerking in een andere sleutel: die van de (beperkende werking van de) goede trouw waarbij er rechtsmisbruik moet zijn. Daarmee is naar mijn inzicht de schijnleer als enige grondslag voor rechtsverwerking van de baan. Ik keer nog even terug naar Nederland. Aaftink(39) vroeg zich af of het zinvol is voor rechtsverwerking en misbruik van recht een verschillende grondslag aan te nemen. Het gaat z.i. om de toepassing van dezelfde normen. Het leek hem in ieder geval niet juist een beroep op misbruik van recht op een andere wijze te beoordelen (via marginale toetsing) dan rechtsverwerking (via volledige toetsing). Het Belgische Hof van Cassatie denkt voor wat het eerste betreft, blijkbaar in dezelfde richting. Per saldo betekent zijn uitspraak in het licht van het arrest van 20 november 1987(40) omtrent rechtsmisbruik: dat rechtsverwerking aanwezig is in die gevallen waarin de rechthebbende zich gelet op zijn voorafgaande houding of gedraging, bij de uitoefening van zijn recht zou gedragen op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bedachtzaam persoon.

Deze benadering laat, dunkt mij, alle deuren open voor een rechtsontwikkeling die wat de praktische resultaten betreft, wederom geen grote verschillen zal opleveren met de jurisprudentiële hantering van het begrip rechtsverwerking in Nederland.

Waarbij ik voor wat betreft Nederland, nog op het volgende wil wijzen. Juist in verband met de figuur van de op de redelijkheid en billijkheid of goede trouw gebaseerde rechtsverwerking, valt op dat de Hoge Raad aan de wijze van beoordeling van de omstandigheden door de lagere rechter en aan de vermelding daarvan strenge eisen

(39) Aaftink, *T.P.R.*, 1980, 812 e.v.

(40) *Arr. Cass.*, 1987-1988, 258.

is gaan stellen. Zie Aaftink(41) en hetgeen ik hierboven onder 4 in verband met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid opmerkte over de gewenste inzichtelijkheid en controleerbaarheid van de rechtsvinding. De stelling van Aaftink dat misbruik van recht marginaal zou worden getoetst en rechtsverwerking volledig, berust m.i. op een misverstand. Hierboven onder 4 heb ik reeds opgemerkt dat men met deze terminologie moet oppassen. Zowel bij misbruik van bevoegdheid (zie hierboven onder 5) als bij rechtsverwerking gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid, hebben partijen een marge aan vrijheid om zich te bewegen binnen het raam van de toepasselijke regels respectievelijk om van een bevoegdheid die men eenmaal heeft, gebruik te maken. Eerst wanneer de grens van het (in verband met de onevenredigheid van belangen) kennelijk onredelijke (art. 13 boek 3) of van het onaanvaardbare (art. 248 boek 6) wordt gepasseerd, bestaat die vrijheid niet meer. Door het nagaan en beoordelen van de relevante omstandigheden en de eis dat deze omstandigheden door de feitenrechter ook concreet worden aangeduid, houdt de Hoge Raad in het oog of de lagere rechter niet te vlug concludeert dat die grens is overschreden. In die zin is van marginale toetsing geen sprake.

7. Uit het bovenstaande moge zijn gebleken dat Nederland niet kan worden beschouwd als een land waarin de goede trouw zich ontwikkelt als een grijze, ongrijpbare nevel die het rechtsverkeer gebaseerd op door de Natie bepaalde en opgelegde rechtsregels(42) zou ontworpen. Natuurlijk is waar wat Merlin schreef in zijn „Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence”: „L'équité sans loi: ce n'est souvent qu'un nuage très obscur”. Maar evenzeer geldt hetgeen ik aan Bodin ontleende en als aanhef bezigde van deze bijdrage: „La loi sans l'équité est un corps sans âme”. Zowel in België als in Nederland wordt in deze materie bewust gestreefd naar een harmonie tussen lichaam en geest. De benaderingswijze is in wezen dezelfde, ook al gebruikt men soms andere woorden, ook al gebruikt men andere technieken.

(41) Aaftink, *T.P.R.*, 1980, 810 e.v.

(42) Cornelis, *T.P.R.*, 1990, 638.

SOMMAIRE

LA BONNE FOI OU LA RAISON ET L'ÉQUITÉ

1. Dans le présent article, l'auteur analyse, dans la perspective du NBW (*Nieuw Burgerlijk Wetboek* ou nouveau Code civil) des Pays-Bas, qui doit pour une large part entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1992, la question qui a déjà été très amplement abordée au XXXIV^{ème} Congrès de la *Vlaamse Juristenvereniging* (Association des juristes flamands — voir *T.P.R.*, 1990, n^{os} 2 et 3). Il s'attache à comparer, en plusieurs points, les règles applicables avec la jurisprudence de la Cour de Cassation belge. Des traductions anglaise et française de l'ensemble de NBW concernant le droit patrimonial (livres 3, 5 et 6) ont été établies par P.P.C. Haanappel et Ejan Mackaaij, Kluwer Law & Taxation — Deventer/Boston 1990.

A l'art. 11 du livre 3 NBW, la loi elle-même formule une définition objective de la bonne foi dite subjective qui s'applique depuis toujours en droit des biens. Elle ne présuppose pas seulement la connaissance des faits ou du droit mais également le fait de devoir les connaître. La bonne foi objective (art. 1134 al. 1 C.c. belge) recourt à la terminologie „raisonnable et équitable” ou „raison et équité”. L'art. 12 du livre 3 NBW énonce quelques éléments dont il doit être tenu compte dans ce qu'exigent raison et équité: les principes de droit généralement reconnus, les convictions juridiques admises aux Pays-Bas de même que les intérêts sociaux et personnels en cause dans le cas envisagé.

Dans le NBW, le législateur se propose de canaliser et maîtriser autant que faire se peut, à côté des préoccupations de raison et d'équité déjà figées ou cristallisées dans la loi, celles qui demeurent encore latentes afin d'éviter qu'elles ne trouvent une expression incontrôlable dans une forme juridique refoulée mais impossible à maîtriser, par ex. par le biais de fictions ou d'interprétations excessives incontrôlables. L'auteur applaudit à cette évolution.

2. Aux art. 2, al. 1 et 248, al. 1 du livre 6 et à l'art. 8, al. 1 du livre 2 NBW (en ce qui concerne les personnes morales), des dispositions règlent l'effet supplétif de la raison et l'équité. Cet effet supplétif doit intervenir dans l'application aux règles à compléter, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'un effet déterminé: suivant une mesure en quelque sorte déjà définie par les rapports juridiques appelés à être suppléés.

3. L'effet limitatif de la raison et l'équité se trouve inscrit aux alinéas 2 des art. 2 et 248 et à l'art. 8, al. 2 (en ce qui concerne les personnes morales). A l'endroit de cet effet limitatif, le NBW se montre plutôt réticent. En fin de compte, le choix s'est porté sur la formule selon laquelle l'exercice d'un droit ou l'invocation d'un contrat ne peut être écarté que dans le (seul) cas où, compte tenu des circonstances données, une telle chose serait inadmissible sur base de la raison et l'équité. *Le Hoge Raad* est ainsi contraint de vérifier rigoureusement si les juridictions inférieures n'ont pas jugé trop hâtivement qu'a été franchie la limite de ce qui est admissible.

4. A propos de la fonction interprétative de la raison et l'équité, l'auteur se prononce contre la thèse selon laquelle la bonne foi objective ou la raison et l'équité ne peuvent avoir qu'une simple fonction interprétative normative, celle-ci excluant l'effet limitatif de la bonne foi. Nombre de situations ne laissent aucun doute sur la signification des termes utilisés. La théorie de la simple fonction interprétative augmente à l'excès le danger d'une étroite imbrication des appréciations de droit et de fait, ceci compromettant la possibilité de comprendre et contrôler le processus de découverte du droit.

5. A propos de la jurisprudence de la Cour de Cassation belge qui ne reconnaît l'effet limitatif de la bonne foi qu'en cas d'abus de droit, l'auteur souligne qu'à l'origine, Meijers avait prévu la même règle lors de la préparation du NBW néerlandais. Cette idée a été abandonnée en raison de la crainte d'une conception par trop restrictive de l'abus de droit. En fin de compte, le choix s'est porté sur le mot „inadmissible“: voir sous 3. ci-dessus.

L'art. 13 du livre 3 NBW règle l'abus de pouvoir en général. Il peut notamment être question d'abus de pouvoir lorsque, compte tenu de la disproportion entre l'intérêt à exercer ce pouvoir et l'intérêt susceptible d'être compromis par cet exercice, il aurait raisonnablement fallu renoncer à cet exercice. La conception restrictive de l'abus de droit n'a finalement pas été retenue par le NBW. Notamment parce que la Cour de Cassation belge n'adopte pas une conception restrictive de l'abus de droit, l'auteur conclut que les résultats pratiques auxquels peut conduire l'approche belge ne s'écartent guère de ceux qui peuvent découler de l'effet limitatif de la raison et l'équité.

6. De même, selon la Cour de Cassation belge, la „*rechtsverwerking*“ (ou extinction d'un droit par suite de sa non-utilisation) ne peut être invoquée que par le biais de l'effet limitatif de la bonne foi, et une fois encore uniquement en cas d'abus de droit. Dans le NBW néerlandais, la „*rechtsverwerking*“ ne fait pas l'objet de règles distinctes mais se trouve abordée sur base de l'effet limitatif de la raison et l'équité. Selon l'auteur, la théorie de l'apparence à laquelle s'est fiée l'autre partie ne constitue ni en Belgique ni aux Pays-Bas, un élément indispensable de la „*rechtsverwerking*“. Sur ce point aussi, l'auteur conclut que l'évolution du droit en Belgique et aux Pays-Bas conduira à des résultats pratiques quasi identiques, même si l'on utilise d'autres expressions et d'autres techniques.

ZUSAMMENFASSUNG

DER GUTE GLAUBE ODER DIE REDLICHKEIT UND BILLIGKEIT

1. In diesem Artikel wird das auf der XXXIV. Rechtstagung des Flämischen Juristenvereins ausführlich behandelte Thema — siehe die Nummern 2 und 3 der *T.P.R.* 1990 — aus der Perspektive des neuen niederländischen bürgerlichen Gesetzbuches (NBW) das am 1. Januar 1992 großenteils in Kraft tritt, betrachtet. Die Regelung wird in einigen Punkten mit der Rechtspflege des belgischen Kassationsgerichts verglichen. Die englische und französische Übersetzung des vollständigen neuen niederländischen bürgerlichen Gesetzbuches hinsichtlich des Vermögensrechtes (die Bücher 3, 5 und 6) ist von P.P.C. Haanappel und Ejan Mackaaij, Kluwer Law & Taxation — Deventer/Boston 1990, ausgeführt worden.

Im Art. 11 des Buches 3 des NBW wird der sogenannte subjektive gute Glaube, der seit jeher im Sachenrecht gilt, auf objektivierte Weise vom Gesetz selbst definiert. Nicht nur das Wissen um die Tatsachen oder das Recht, sondern auch das „zu wissen brauchen“ ist erforderlich. Für den objektiven guten Glauben (Art. 1134 Abschnitt 3 des belgischen BGB) wird die Terminologie „Redlichkeit und Billigkeit“ angewendet. Im Art. 11 des Buches 3 des NBW werden einige Gesichtspunkte angedeutet die bei den Anforderungen der Redlichkeit und Billigkeit berücksichtigt werden müssen: die allgemein anerkannten Rechtsprinzipien, die in den Niederlanden

geltenden Rechtsüberzeugungen und die einschlägigen gesellschaftlichen und persönlichen Belange.

Im NBW versucht der Gesetzgeber neben der im Gesetz erfaßten oder auskristallisierten Redlichkeit und Billigkeit die restliche flottende Redlichkeit und Billigkeit zu kanalisieren und im Griff zu haben, damit letztere sich nicht als verdrängte oder nicht zu bezwingende Rechtsform auf unkontrollierbare Weise äußern würde, etwa über Fiktionen oder ungreifbare, zu weit getriebene Hineininterpretierungen. Dies wird vom Verfasser begrüßt.

2. In den Art. 2 Abschnitt 1 und 248 Abschnitt 1 des Buches 6, und im Art. 8 Abschnitt 1 des Buches 2 des NBW (hinsichtlich des Rechtspersonenrechtes) ist die ergänzende Wirkung der Redlichkeit und Billigkeit festgelegt worden. Diese ergänzende Wirkung muß bei der Anwendung an der zu ergänzenden Regelung beteiligt sein, d.h. es muß sich um eine bestimmte Wirkung handeln: nach einem von diesen zu ergänzenden Rechtsverhältnissen schon einigermaßen definierten Maßstab.

3. Die beschränkende Wirkung der Redlichkeit und Billigkeit ist im Abschnitt 2 der Art. 2 und 248, und im Art. 8 Abschnitt 2 (hinsichtlich des Rechtspersonenrechtes) festgelegt worden. Angesichts dieser beschränkenden Wirkung zeigt das NBW Zurückhaltung. Schließlich kam es zu der Formulierung, daß ein Recht (nur) nicht ausgeübt werden kann, oder daß eine Berufung auf die Vereinbarung (nur) nicht gemacht werden kann, soweit dies in den gegebenen Umständen nach den Maßstäben der Redlichkeit und Billigkeit *unakzeptabel* wäre. Der Oberste Gerichtshof der Niederlande wird dadurch zu einer schärferen Überprüfung gezwungen, ob der niedere Richter nicht allzusehr urteilt, daß die Grenze des Unakzeptablen überschritten worden ist.

4. Anlässlich der interpretativen Funktion der Redlichkeit und Billigkeit wird gegen die Auffassung Stellung genommen daß zu dieser Redlichkeit und Billigkeit oder dem objektiven guten Glauben nur eine einzige normative Erklärungsfunktion gehöre, wodurch die beschränkende Wirkung des guten Glaubens nicht mehr gilt. Es gibt eine Fülle von Situationen in denen die Bedeutung der verwendeten Wörter nicht angezweifelt werden können. Durch die Lehre der einzigen normativen Erklärungsfunktion ist die Gefahr einer engen Verwobenheit juristischer und faktischer Wertungen zu groß, wodurch die Einsichtigkeit und Kontrollierbarkeit des Rechtsfindungsvorgangs zu sehr beschwert wird.

5. Anlässlich der Rechtsprechung des belgischen Kassationsgerichts, in der die beschränkende Wirkung des guten Glaubens nur anerkannt wird, falls von einem Rechtsmißbrauch die Rede ist, wird darauf hingewiesen, daß zunächst von Meijers während der Vorbereitung des neuen niederländischen bürgerlichen Gesetzbuches dieselbe Regel vorgesehen wurde. Davon ist man abgekommen, weil man eine zu enge Auffassung des Rechtsmißbrauchs befürchtete. Schließlich wurde der Terminus *unakzeptabel* gewählt: siehe oben unter 3.

Art. 13 des Buches 3 des NBW regelt im allgemeinen den Mißbrauch der Befugnis. Davon ist u.a. die Rede, falls man, unter Berücksichtigung der Unverhältnismäßigkeit zwischen dem Belang bei der Ausübung und dem dadurch beeinträchtigten Belang, nach Redlichkeit und Billigkeit nicht zu dieser Ausübung kommen können hat. Die enge Auffassung des Rechtsmißbrauchs ist vom NBW schließlich abgelehnt worden. Auch weil das belgische Kassationsgericht ebenfalls keine enge Auffassung des Rechtsmißbrauchs zeigt, kommt es zu den Schlußfolgerungen, daß die praktischen Ergebnisse die sich bei der belgischen Verhaltensweise herausstellen, sich von demjenigen was sich in den Niederlanden aus der beschränkenden Wirkung der Redlichkeit und Billigkeit ergibt, kaum unterscheiden.

6. Auch auf Rechtsverwirkung kann man sich nach dem belgischen Kassationsgericht nur berufen über die beschränkende Wirkung des guten Glaubens, und auch wiederum nur wenn es sich um Rechtsmißbrauch handelt. Die Rechtsverwirkung ist im niederländischen NBW nicht separat geregelt und wird über die beschränkende Wirkung der Redlichkeit und Billigkeit behandelt. Der Verfasser kommt zum Urteil, daß die Lehre des Scheins, worauf sich die Gegenpartei verlassen hat, weder in Belgien noch in den Niederlanden für die Rechtsverwirkung ein erforderliches Element darstellt. Auch hier folgert der Verfasser, daß die Rechtsentwicklung in Belgien und in den Niederlanden hinsichtlich der Rechtsverwirkung zu ungefähr denselben Ergebnissen führen wird, auch wenn dabei andere Wörter und andere Techniken verwendet werden.

SUMMARY

BONA FIDES, REASONABLENESS AND FAIRNESS

1. In this article, a subject which was extensively discussed during the 34th Legal Conference of the Flemish Association of lawyers (cf. issues 2 and 3 of *T.P.R.* 1990) is viewed in the light of the new Netherlands Civil Code (NBW), most of which will enter into effect on 1/1/1992. The rules on this topic are compared on certain issues with the case law of the Belgian *Cour de Cassation*. The translation into English and into French of that part of the new Netherlands Civil Code which deals with property law (books 3, 5 and 6) has been attended to by P.P.C. Haanappel and Ejan Mackaaij, Kluwer Law and Taxation, Deventer-Boston 1990.

In Article 11 of Part 3 of the NBW, the notion of the so-called „subjective bona fides”, which has for some time now played an important part in the law of property, is defined in an objective manner by the statute law itself. Not only is it necessary to know the relevant facts of the law; the duty to know is also a requirement. In relation to „objective bona fides” (article 1134 (3) of the Belgian Civil Code) the term „reasonableness and fairness” is applied. In Article 12 of Part III of the NBW, a number of criteria are listed which must be taken into account in relation to the standards required by the notions of reasonableness and fairness, i.e. the accepted general principles of law, the general approach towards the law in the Netherlands, and the social and individual interests involved in a particular case.

In the NBW, the legislator seeks to channel and to maintain those areas of legislation in which reasonableness and fairness remain healthy concepts, in addition to the stagnant notions of reasonableness and fairness as they appear in certain other statutes, so that there is no mercurial application of these healthy concepts as a suppressed but uncontrollable legal notion, such as legal fictions or elusive and fanciful interpretations. This trend is welcomed by the author.

2. Articles 2 (1) and 248 (1) of Chapter 8, and in Article 8 (1) of part 2 of the NBW (which concern the law relating to legal persons) provide for the complementary nature of the rules relating to reasonableness and fairness. This complementary nature must be related to the rules which are to be complemented, i.e. they must concern a certain effect, to be determined in accordance with a criterion established by the legal relations which are to be complemented.

3. The restrictive effect of the notions of reasonableness and of fairness is laid down in Article 2 (2), Article 248 (2) and Article 8 (2) in relation to legal persons. In relation to this restrictive effect, the NBW adopts a rather reticent approach. In the final analysis, the form of words chosen was that a right could not be exercised or that an agreement could not be relied upon (only) to the extent to which to do so would, in the given circumstances, be unacceptable. The *Hoge Raad* (Netherlands Supreme Court) was thus compelled to increase its vigilance over the lower courts in assessing whether the latter had not been over-hasty in deciding that the limit of acceptability had been infringed.

4. In relation to reasonableness and fairness as tools of interpretation, the author opposes the view that these concepts of reasonableness and fairness are only worthy of normative interpretation, which would not enable the restrictive effect of *bona fides* to come into its own. There are many situations in which the meaning of the words used admits of no doubt. By applying the theory of normative interpretation, the danger of too intimate a connection between legal and factual value judgments becomes all too real; as a result, the process of creating law becomes very difficult to understand and to control.

5. In the light of the case law of the Belgian Cour de Cassation, in which the restrictive effect of „*bona fides*” is only recognized in cases of abuse of legal rules, the author draws attention to the fact that the same rule was initially proposed by Meijers for inclusion in the Netherlands NBW during its preparatory stages. This proposal was not followed because of the fear that too restrictive a meaning would be conferred on the term abuse of legal rules. In the event, the term „unacceptable” was opted for (cf. *supra*, under 3).

Article 13 of Part 3 of the NBW contains general rules governing misuse of powers. This term can also be applied when, *inter alia*, taking account of the disparity between the interest served by exercising the power in question and the interest which is thereby infringed, the conclusion is reached that the consideration of fairness militate against the exercise of that power. The narrow interpretation of the notion of abuse of legal rules was ultimately not followed by the NBW. Because, *inter alia*, the Belgian Cour de Cassation does not interpret abuse of legal rules in a restrictive manner either, the conclusion was reached that the practical outcome of applying the Belgian theory will be virtually identical to that which would result in the Netherlands from interpreting strictly the notions of reasonableness and fairness.

6. According to the Belgian Cour de Cassation, distortion of law can only be relied upon by applying the restrictive effect of the *bona fides* rule, and, here too, only where there has been a question of abuse of legal rules. Distortion of law is not regulated in the Netherlands NBW, and is approached with the assistance of the restrictive effect of the notions of reasonableness and fairness. The author considers that the theory of the appearance on which the other party relied does not, either in Belgium or in the Netherlands, constitute a necessary element of distortion of law. Here too, the author concludes that legal trends in Belgium and in the Netherlands will lead to the same results in practice, even if different words are used and different theories applied.

RESUMEN

LA BUENA FE O LA RAZÓN Y LA EQUIDAD

1. En este artículo, el tema que fue la clave de bóveda en el XXXIV Congreso jurídico de la „Vlaamse Juristenvereniging” (Asociación flamenca de juristas), véase los números 2 y 3 del *T.P.R.* 1990, está enfocado desde la perspectiva del Nuevo Código Civil Neerlandés (NBW) que entrará en vigor en gran parte el 1 de enero de 1992. Se comparan las leyes formales en algunos puntos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo belga. Una traducción inglesa y francesa del totalmente Nuevo Código Civil Neerlandés acerca del derecho patrimonial (libros 3, 5 y 6) estuvo a cargo de P.P.C. Haanappel y Ejan Mackaaij, Kluwer Law & Taxation — Deventer/Boston 1990.

En el art. 11 del libro 3 del NBW, la llamada buena fe subjetiva, que incide desde muy antiguo en los derechos reales, está definida por la ley misma de acuerdo con una concepción objetiva. No sólo se requiere el conocimiento de los hechos o del derecho, sino también la obligación de conocimiento. Para la buena fe objetiva (art. 1134, apartado 3 del Código Civil belga) se utiliza la terminología „razón y equidad”. En el art. 12 del libro 3 del NBW se indican algunos puntos de vista que hay que tener en cuenta en lo requerido por la razón y la equidad: los principios del derecho generalmente reconocidos, las convicciones jurídicas existentes en los Países Bajos y los intereses sociales y personales implicados en el caso dado.

En el NBW, el legislador intenta, junto a la razón y equidad definidas o cristalizadas en la ley, articular y encauzar en la medida de lo posible lo que queda de la razón y equidad abstractas, para que no se manifieste de manera incontrolable como una forma jurídica reprimida pero indomitable, por ejemplo a través de ficciones o interpretaciones exageradas e incorpóreas. El autor aplaude esto.

2. En los artículos 2, apartado 1 y 248, apartado 1 del libro 6, y en el art. 8, apartado 1 del libro 2 del NBW (en cuanto al derecho de las personas jurídicas), está expresada la función complementaria de la razón y equidad. Esta función complementaria tiene que llevar consigo una aplicación supletoria, es decir que se tratará de una función determinada: según un criterio ya parcialmente determinado por esas relaciones jurídicas a suplir.

3. El efecto restrictivo de la razón y equidad está expresado en el apartado 2 de los artículos 2 y 248, y en el art. 8, apartado 2 (en cuanto a las personas jurídicas). Respecto de ese efecto restrictivo, el NBW adopta una postura reservada. Finalmente, se ha optado por la fórmula de que un derecho (solamente) no puede ser ejercitado o que (solamente) no se puede recurrir al contrato en lo que esto fuera *inacceptable* en las circunstancias dadas de acuerdo con los criterios de lo razonable y de lo equitativo. Así, el Tribunal Supremo de los Países Bajos está obligado a intensificar su control para ver si el juez inferior no juzga demasiado rápidamente que está traspasado ese límite de lo inaceptable.

4. Con motivo de la función interpretativa de la razón y equidad, se impugna la idea de que sólo correspondiera una sola función interpretativa normativa a esa razón y equidad o buena fe objetiva, lo que impide el efecto restrictivo de la buena fe. Hay muchas situaciones en que no cabe duda acerca del significado de las palabras utilizadas. A causa de la doctrina de la función interpretativa normativa única, el peligro de un entrelazamiento estrecho de apreciaciones jurídicas y factuales se hace demasiado grande, lo que dificulta demasiado la comprensión y el control del proceso de encontrar reglas jurídicas supletorias.

5. Con motivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo belga, donde el efecto restrictivo de la buena fe sólo se reconoce si se trata de un abuso del derecho, se hace observar que la misma regla había sido prevista en un principio por Meijers durante la preparación del NBW Neerlandés. En esta evolución, se ha hecho marcha atrás, puesto que se temía que el abuso del derecho fuera entendido de manera restrictiva. Finalmente, se ha optado por el término „inaceptable”: véase arriba, bajo el punto 3.

El art. 13 del libro 3 del NBW regula en general el abuso de poder. Entre otros supuestos, también se puede hablar de abuso de poder si, teniendo en cuenta la desproporción entre el interés en el ejercicio y el interés legítimo lesionado por eso, no hubieran podido ejercitarse razonablemente las prerrogativas de poder. Finalmente, el NBW no ha seguido la concepción restrictiva para la regulación del abuso del derecho. También el hecho de que el Tribunal Supremo belga tampoco considere el abuso del derecho de manera restrictiva, supone que los resultados prácticos a los cuales se puede llegar con el enfoque belga no distan mucho de lo que puede resultar del efecto restrictivo de la razón y equidad en los Países Bajos.

6. Según el Tribunal Supremo belga, también la renuncia tácita sólo puede ser invocada a través del efecto restrictivo de la buena fe, y otra vez únicamente si se trata de abuso del derecho. La renuncia tácita no está regulada separadamente en el NBW Neerlandés aunque se enfoque a través del efecto restrictivo de la razón y equidad. El autor opina que la doctrina de la apariencia en la que ha confiado la parte contraria, no es un elemento necesario de la renuncia tácita ni en Bélgica ni en los Países Bajos. Aquí también, el autor llega a la conclusión de que la evolución del derecho en Bélgica y en los Países Bajos acerca de la renuncia tácita conducirá aproximadamente a los mismos resultados prácticos, aunque se utilicen otros términos y otras técnicas.