

ZIJ MOETEN TE GOEDER TROUW WORDEN TEN UITVOER GEBRAGT

Prof.mr. J.H. Nieuwenhuis

INLEIDING

GEEN BEPALING UIT ONS BURGERLIJK WETBOEK heeft zoveel spanning veroorzaakt als art. 1374 lid 3. Die spanning vloeit voort uit de omstandigheid dat de wetgever hier twee, elkaar wederstrevende krachten, tracht te beteugelen. Partijen begeven zich in contractuele verhoudingen ten einde hun eigen belang zo goed mogelijk te behartigen. De behendigheid in het spel van loven en bieden gaat echter noodzakelijkerwijs ten koste van de ander. Niettemin leidt de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten in de regel tot verrijking van beide partijen. Als het anders was dan zou het contract als maatschappelijk verschijnsel niet zo'n eeuwenlang succes beschoren zijn geweest.

De behartiging van het eigen belang brengt mee dat men onderhandelingen mag aanknopen, en ook weer mag afbreken, om zo te ontdekken wie de voordeligste wederpartij is. Worden de onderhandelingen afgebroken, dan draagt elk van beide partijen haar eigen kosten. Uit het feit dat het eigen belang vóórop staat, vloeit ook voort dat men de wederpartij aan de overeenkomst mag houden, ook al zou deze door nakoming een aanzienlijk nadeel lijden.

Spanningen treden op aan de grenzen. De behartiging van het eigen belang is aan beperkingen onderworpen. Partijen moeten hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Ook al mag de ene partij zich op het standpunt stellen dat nog geen overeenkomst was tot stand gekomen en dat zij de onderhandelingen mocht afbreken zonder in strijd te geraken met de goede trouw, diezelfde goede trouw kan onder omstandigheden meebrengen dat de-

geen die de onderhandelingen afbreekt de kosten van de ander geheel of gedeeltelijk voor zijn rekening neemt.¹

112 | Het kan zo zijn, dat de één zich er weliswaar terecht op beroept dat, ondanks de veranderde omstandigheden, de overeenkomst nog steeds van kracht is, maar dat hij 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten'²

In beide gevallen rijst de vraag: wanneer is het punt bereikt dat mag worden afgeweken van de hoofdregel, aldus dat bij afgebroken onderhandelingen de wederpartij *niet* haar eigen kosten draagt en zo, dat in geval van veranderde omstandigheden de wederpartij ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst *niet* mag verwachten?

Een volgende vraag is: wat moet er, als dat punt eenmaal bereikt is, gebeuren? Op welke kostenvergoeding kan de wederpartij dan aanspraak maken? Met welke wijziging van het overeengekomene moet dan worden gerekend?

GOEDE TROUW EN ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING

Een antwoord op de hier aangeroerde vragen is te vinden in een overoud rechtsbeginsel: vermijd ongerechtvaardigde verrijking. Nog steeds geldt wat vele eeuwen geleden werd neergeschreven: '*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioorem*'.³ Het betreft hier een rechtsbeginsel, niet een rechtsregel. Zo min als deze tekst voor het Romeinse recht het bewijs vormt van het bestaan van een *actie* uit ongerechtvaardigde verrijking, gaat het in de navolgende beschouwingen om de *vordering* uit ongerechtvaardigde verrijking, zoals deze naar huidig recht mondjesmaat, en onder het NBW op ruimer schaal, gestalte heeft gekregen, maar om de verrijkingsgedachte die ook bij de vaststelling van hetgeen de goede trouw eist een belangrijke rol speelt. De tegenwerping dat de *vordering* uit ongerechtvaardigde verrijking niet van pas komt binnen contractuele verhoudingen, treft dan ook

1 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723, Plas/Valburg

2 Art 6:53:11 NBW. Op deze bepaling is reeds geanticipeerd door HR 27 april 1984, NJ 1984, 679, NVB/Helder

3 'Naar het natuurrecht is het billijk dat niemand ten koste van een ander en in strijd met diens recht verrijkt wordt.' Digesten 50, 17, 206. Vertaling ontleend aan R. Feenstra en J. Th. de Smidt, Geschiedenis van het vermogensrecht, Tekstenboek, blz. 132

geen doel Het verrijkingsbeginsel wordt hier gehanteerd als inspiratiebron voor de toepassing van art 1374 en zijn nazaten in het NBW

VAN KATWIJK NAAR VALBURG

Westdijk stelt in overleg met de directeur van openbare werken van de gemeente Katwijk een offerte op voor de afgraving van klei uit de Berg-haven In afwachting van de gunning begint Westdijk alvast met de graafwerkzaamheden, wederom met medeweten en instemming van de directeur openbare werken De opdracht wordt door de gemeente aan een andere aannemer gegund op een moment dat nog slechts een klein deel van de af te graven kleilaag was overgebleven

Het Hof vindt in een en ander aanleiding om Westdijks vordering uit ongerechtvaardigde verrijking toe te wijzen De gemeente moet de door Westdijk gemaakte kosten vergoeden, echter maximaal ten bedrage van het voordeel dat de gemeente door die werkzaamheden heeft genoten Dit oordeel vindt geen genade in de ogen van de Hoge Raad, die hier geen ruimte ziet voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking Bovendien wordt overwogen

'dat evenmin uit enig ander wettelijk voorschrift of uit het stelsel der wet valt af te leiden dat zodanige prestatie degene die daarvan voordeel geniet, verplicht tot vergoeding van het nadeel dat door hem die de prestatie verrichtte deswege mocht zijn geleden' ⁴

Geen enkel wettelijk voorschrift?

In 1982 werd de Hoge Raad opnieuw geconfronteerd met een gemeente die op de valreep het werk aan een andere aannemer had gegund, ditmaal betrof het de gemeente Valburg In het arrest worden twee mogelijkheden onderscheiden

In de eerste plaats is het denkbaar dat het afbreken van de onderhandelingen in strijd is met de goede trouw In dat geval kan er plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van de gederfde winst

In de tweede plaats is het mogelijk dat het de gemeente vrijstond de onderhandelingen af te breken zonder in strijd te geraken met de eisen van de goede trouw, maar dat zij dan wel de door de wederpartij gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening moet nemen

4 HR 18 april 1969, NJ 1969, 336, Katwijk/De Vroom q q

Uitsluitend de tweede situatie boezemt ons thans belang in, het geval dat een partij weliswaar de onderhandelingen mag afbreken, maar niettemin verplicht is de kosten van de ander geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen.

Drie vragen rijzen in dit verband. Wat is de wettelijke grondslag voor een dergelijke verplichting? Wanneer is er voldoende reden voor het aannemen van een plicht tot schadevergoeding? Welke omvang heeft die verplichting (de kosten geheel of gedeeltelijk)?

Wat de eerste vraag betreft: is het *niet* betalen van schadevergoeding in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 1401 BW), of vloeit de plicht tot schadevergoeding voort uit de eisen van de goede trouw (art. 1374 BW)?

Aangezien de precontractuele fase sedert 15 november 1957 wordt beheerst door de eisen van de goede trouw⁵, ligt het voor de hand art. 1374 als ankerplaats te kiezen en niet een onnodig beroep te doen op buiten-contractuele normen.⁶

Belangrijker zijn de twee volgende vragen. Wanneer is het zo dat de ene partij weliswaar de onderhandelingen mag afbreken, maar zij niettemin gehouden is de kosten van de ander geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen? En vervolgens: welke omvang heeft die verplichting? Voor het antwoord op beide vragen bevat de verrijkingsgedachte een belangrijke aanwijzing. De goede trouw eist dat een partij die de onderhandelingen mocht afbreken niettemin schadevergoeding betaalt aan de ander *indien en voor zover* zij is verrijkt door hetgeen door die ander in het kader van de onderhandelingen is verricht.

Projectontwikkelaar A onderhandelt met de gemeente B over de vestiging van een 'industriepark'. In overleg met de gemeente heeft A een kostbaar bodemonderzoek laten verrichten. Na vier jaar breekt de gemeente de onderhandelingen af.

Er van uitgaande dat het de gemeente vrijstond de onderhandelingen af te breken, rijst de vraag of, en zo ja in welke omvang, de gemeente de door A gemaakte kosten voor haar rekening moet nemen. Aanknoping bij het verrijkingbeginsel leidt tot het volgende. Als de gemeente het industriepark in eigen beheer gaat ontwikkelen en zij zou zich alsdan de kosten van een bodemonderzoek kunnen besparen, aangezien dit reeds

5. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67; Baris/Riezenkamp.

6. Zie Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 166.

is uitgevoerd, is het niet meer dan billijk dat de gemeente, maximaal tot het bedrag van haar verrijking, de kosten van A voor haar rekening neemt.

Zou het echter zo zijn, dat de gemeente van het industriepark afziet, omdat zij bij nader inzien de voorkeur geeft aan de ontwikkeling van toeristische faciliteiten binnen de gemeente, en zouden mitsdien de resultaten van het bodemonderzoek voor haar geen enkel nut opleveren, dan is zij tot generlei schadevergoeding gehouden.

Is dat niet hard?

Eist de goede trouw niet dat ook zonder een ter zake dienende afspraak de tevergeefs gemaakte kosten bij helfte worden gedeeld? Dat is niet het geval. Het zwaard van Salomo is lang niet altijd het juiste middel om vragen van redelijkheid en billijkheid te beslechten. De verplichting om de kosten van de ander geheel of gedeeltelijk te vergoeden vormt een uitzondering op een overigens zeer gezonde hoofdregel: vóórdat een overeenkomst tot stand is gekomen, staat het partijen vrij de onderhandelingen af te breken, en als dat gebeurt draagt elk van beide partijen haar eigen kosten. Doorbreking van die regel vergt een bijzondere rechtvaardiging. Ongerechtvaardigde verrijking is er één. Wellicht zijn er andere, bijvoorbeeld de situatie dat de wederpartij weliswaar niet mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen, maar er wel op mocht rekenen dat, indien de onderhandelingen zouden afspringen, zij haar kosten (gedeeltelijk) vergoed zou krijgen. Waar het op aankomt is, dat de situaties die een doorbreking van de hoofdregel rechtvaardigen in de rechtspraak worden gearticuleerd.

ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN

De Katoenmaatschappij verbindt zich jegens Stork tot fabricage van een partij sarongs te leveren in Rangoon. Door belemmeringen van de scheepvaart tijdens de eerste wereldoorlog is de verplichting van de Katoenmaatschappij tijdelijk geschorst. Als nakoming weer mogelijk is, zijn de produktiekosten inmiddels zodanig gestegen dat de ongewijzigde instandhouding van het overeengekomene de Katoenmaatschappij op een zeer gevoelig verlies zal komen te staan.

De Hoge Raad is, anders dan het Hof, van oordeel dat art. 1374 lid 3 de rechter niet de mogelijkheid biedt op grond van gewijzigde omstandigheden het overeengekomene terzijde te stellen.⁷ Het arrest heeft

7. HR 8 januari 1926, NJ 1926, 203; E.M.M.

geen gunstig onthaal gevonden. Meijers spreekt in zijn annotatie het scherpe oordeel uit dat de Hoge Raad in dit arrest de *bona fides* zeker heeft miskend. Als reactie op, onder andere, dit arrest is in het NBW de volgende bepaling opgenomen:

'De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten' () (Art 653.11 lid 1)

Door de Hoge Raad⁸ is reeds op deze bepaling geanticipeerd en de formulering vormt thans reeds onderdeel van het arsenaal van art 1374 lid 3.

Een en ander heeft tot gevolg dat het zeker mogelijk is dat de rechter ingrijpt wanneer door onvoorziene omstandigheden het evenwicht tussen prestatie en wederprestatie ten enenmale is verbroken.⁹

Maar moet van die mogelijkheid ook gebruik worden gemaakt? Zou de Katoenmaatschappij thans met een beroep op art. 1374 lid 3 meer kans maken om te ontkomen aan ongewijzigde nakoming?

Hoofregel is dat de nadelen voortvloeiend uit het feit, dat door verandering van omstandigheden, de nakoming van het contract van de schuldenaar een veel groter offer vergt dan viel te voorzien, voor diens rekening komen. Stijging van de produktiekosten komt in beginsel voor risico van de schuldenaar.

Wanneer is er nu plaats voor een uitzondering, aldus dat de rechter het overeengekomene mag wijzigen, en wat is dan de toelaatbare omvang van die wijziging? De wet verwijst op dit punt naar *maatstaven van redelijkheid en billijkheid*. Waar zijn die maatstaven te vinden?

De Parlementaire Geschiedenis vermeldt als voorbeeld van een succesvol beroep op onvoorziene omstandigheden de situatie dat 'de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties in ernstige mate is verstoord'¹⁰

Is het derhalve de *ernst* van de verstoring van het evenwicht die bepalend is voor de vraag of de rechter mag ingrijpen?

8 HR 27 april 1984, NJ 1984, 679, NVB/Helder

9 Zie Asser-Rutten-Hartkamp I, nr 354

10 Parl Gesch boek 6, blz 969

Het Hof had vastgesteld dat ongewijzigde nakoming de Katoenmaatschappij zou komen te staan op een verlies van f 70000 en Stork een winst van f 265000 zou opleveren. Een ruim verschil.

Toch is het niet de *omvang* van deze discrepantie die een rechterlijk ingrijpen rechtvaardigt. Zou de Katoenmaatschappij na afloop van de tijdelijke overmacht de sarongs hebben kunnen vervaardigen zonder dat een noemenswaardige stijging van de produktiekosten had plaatsgevonden en zou vervolgens Stork deze sarongs in Rangoon voor een torenhoge prijs kunnen verkopen, dan zou er niettemin onvoldoende reden zijn de contractuele verplichtingen aan te passen en de Katoenmaatschappij te laten delen in de onverwachte winst van Stork.

Omgekeerd: zou Stork de sarongs reeds vóór de tijdelijke overmachtsituatie hebben doorverkocht voor de dan geldende prijzen, en zou, na afloop van de schorsing van de leveringsplicht, ongewijzigde nakoming de Katoenmaatschappij een zeer zwaar verlies opleveren, dan zou er wederom onvoldoende reden zijn om Stork te laten delen in het onvoorziene verlies van de Katoenmaatschappij.

Een beter uitgangspunt wordt gevormd door de verrijkingsgedachte. De schuldeiser mag, na het intreden van onvoorziene omstandigheden, ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet verwachten als ongewijzigde nakoming zou leiden tot een ernstige verarming van de schuldenaar en een ongerechtvaardigde verrijking van de schuldeiser. De verarming en de verrijking bepalen bovendien de grenzen waarbinnen een wijziging van de verplichtingen toelaatbaar is.

Toegepast op het geval van de sarongs brengt dit mee dat op verlangen van de Katoenmaatschappij de rechter de contractuele verplichtingen moet aanpassen en wel zo, dat de door Stork te betalen prijs zodanig wordt verhoogd dat het verlies van de Katoenmaatschappij wordt weggenomen, althans voor zover de door Stork gerealiseerde winst dat toelaat en zij niet in een ongunstiger positie zou geraken dan wanneer de overeenkomst op het door partijen voorziene tijdstip zou zijn nagekomen. Gezien de omvang van de winst die Stork in Rangoon kon boeken was een dergelijke prijsaanpassing alleszins mogelijk en redelijk.

Maar kan de verrijking van Stork wel als 'ongerechtvaardigd' worden aangemerkt? Niet ongerechtvaardigd is immers een verrijking die, uitdrukkelijk of stilzwijgend, wordt gesanctioneerd door de overeenkomst. Van een uitdrukkelijke rechtvaardiging van de verrijking was bijvoorbeeld sprake in het arrest NVB/Helder.¹¹ Partijen hadden op iedere

11. HR 27 april 1984, NJ 1984, 679.

overtreding van de contractuele bepalingen een boete gesteld van f 10 000. In 59 gevallen had de bank jegens Helder de bepaling geschon- den omtrent de uitbetaling van de provisie. Een en ander leidde ertoe dat de bank werd veroordeeld tot betaling van f 590 000 met wettelijke rente; dit terwijl de achterstand in de provisiebetaling slechts f 8000 be- droeg. Deze zeer aanmerkelijke verrijking van Helder is echter niet on- gerechtvaardigd, omdat zij uitdrukkelijk was voorzien in de overeen- komst.

Minder uitdrukkelijk, maar even stellig, wordt de verrijking van de schuldeiser gerechtvaardigd als uit de overeenkomst voortvloeit dat de schuldenaar het risico draagt van prijsfluctuaties. Zouden de Katoen- maatschappij en Stork zijn overeengekomen dat levering zou plaatsvin- den twaalf maanden na de sluiting van het contract en zouden de ka- toenprijzen tussentijds drastisch zijn gestegen, dan zou er niettemin on- voldoende reden zijn de contractuele verplichtingen aan te passen en zou de verrijking van Stork niet als ongerechtvaardigd kunnen worden aangemerkt.

Zo lagen de feiten echter niet. Nakoming door de Katoenmaatschap- pij kon, geheel in strijd met de bedoeling van partijen, pas vele maanden later plaatsvinden als gevolg van omstandigheden die, naar vaststelling door de rechter, niet voor rekening van de Katoenmaatschappij kwamen (tijdelijke overmacht). Aangezien de verrijking van Stork nu juist het resultaat was van een omstandigheid (de tijdelijke onmogelijkheid om katoen te verschepen en de daaruit voortvloeiende stijging van de ka- toenprijzen) die voor de Katoenmaatschappij overmacht opleverde, kan niet worden gezegd dat die verrijking gerechtvaardigd werd door de overeenkomst.

TENSLOTTE

Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet reke- ning worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, aldus het NBW (art. 3.1.1.13). En zo is het. *Ex aequo et bono* moet wat anders betekenen dan uit de losse pols. Een goed voorbeeld van het belang van de verankering in algemeen erkende rechtsbeginselen wordt geleverd door de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot art. 1376 BW (overeenkomsten zijn alleen van kracht tussen de handelende partijen). Er zijn uitzonderingen, gevallen waarin een derde, hoewel geen partij, de contractuele bedingen *in redelijkheid* tegen zich moet laten gelden.

De Hoge Raad verwijst in dit verband enerzijds naar het door de derde gewekte vertrouwen van degeen die zich op het beding beroept (het vertrouwensbeginsel) en anderzijds naar 'de aard van de overeenkomst' en 'de bijzondere relatie' tot de derde.¹² Bij het eerste kan men zich aanmerkelijk meer voorstellen dan bij het tweede. Zo ook ten aanzien van de figuren van redelijkheid en billijkheid die thans werden geschetst, afgebroken onderhandelingen en onvoorziene omstandigheden. Het verrijkingsbeginsel is hier zeker niet de steen der wijzen, maar wel een redelijk betrouwbaar kompas.

| 119

12 HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35, Citronas