



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Artikel 6.5.3.11 NBW en het Engelse recht

Abas, P.

### Citation

Abas, P. (1986). Artikel 6.5.3.11 NBW en het Engelse recht. *Bw-Krant Jaarboek*, 15-27. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36651>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36651>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## ARTIKEL 6.5.3.11 NBW EN HET ENGELSE RECHT

rof. mr P. Abas

*Men hoort wel fluisteren dat ter gelegenheid van een internationale rechtskeuze het Nederlandse recht in toenemende mate buiten de boot valt. Oorzaak van dit verschijnsel zou zijn dat in de toekomst de bepaling van art. 6.5.3.11 aan de Nederlandse rechter de bevoegdheid zal verlenen in contracten in te grijpen op een wijze die zó ver gaat dat dit met name internationale handelspartners zou afschrikken. De fluistercampagne eindigt met de bewering dat uit vrees voor Nederlands recht de keuze uitvalt ten gunste van het Engelse recht. Want wie ergens zekerheid zoekt, doet dat wel aan gene zijde van de Noordzee.*

*Het is mijn bedoeling na te gaan in hoeverre de stand van het Engelse recht overeenkomt met, c.q. afwijkt van het Nederlandse.*

Ter gelegenheid van het schrijven van mijn proefschrift onderzocht ik reeds of in de common law gesproken kan worden van sporen van beperkende werking van de goede trouw.<sup>1)</sup> Ik vond toen enige gevallen van verandering van omstandigheden die naar Nederlands recht ressorteren onder de beperkende werking en die naar NBW zullen worden beheerst door art. 6.5.3.11. Indien niet in de laatste paar jaren een tweetal boeiende nieuwe zaken zou zijn voorgelegd aan de hoogste Engelse rechter, zou het de moeite niet geloofd hebben een hernieuwde studie te wijden aan het Engelse recht op dit stuk.

Ik vang aan met een tweetal casus die ik reeds in mijn proefschrift behandelde en die toen golden als "nieuwste rechtspraak" en maak hoofdmoot van deze bijdrage een beschrijving van de twee meest actuele casus die wat toen nieuw heette maken tot heersende leer.

Terwijl men naar de oude leer in Engeland een soort *clausula rebus sic stantibus* hanteerde om onder gewijzigde omstandigheden een overeenkomst voor ontbonden te houden, de zgn. "implied term", ligt de basis van de nieuwe leer in de zaak die in 1956 werd beslist door de House of Lords.<sup>2)</sup>

In begin 1946 besteedde Fareham Urban District Council de bouw van 78 huizen aan bij Davis Contractors Ltd. Er werd een vaste opleveringsdatum afgesproken, nl. van acht maanden, tegen een vaste prijs van rond de £ 94.000. Door twee oorzaken kon de bouwer de huizen niet op tijd opleveren: slechte weersomstandigheden en een plotselinge krapte op de arbeidsmarkt. Hierdoor was de overeenkomst pas na 22 maanden uitgevoerd. Davis Contractors was niet langer tevreden met de bedongen prijs, aangezien zij in de 14 maanden die de bouw langer duurde maar liefst £ 17.000 meer aan de oplevering van de huizen had moeten uitgeven. Van de zijde van Davis Contractors wordt gesteld dat de afgesproken som niet meer van toepassing is, de overeenkomst "frustrated" is en dat zij dientengevolge de aanbestedster voor een bedrag van £ 17.000 kan aanspreken op grond van "quantum meruit" (ongegrunde verrijking). Het verweer hield in dat het contract niet frustrated was. De Court of Appeal nam geen frustration aan. Davis Contractors komt hiertegen op bij de House of Lords. Vergeefs, want een bouwer die een werk op zich neemt voor een vaste prijs, laadt daarmee het risico op zich dat de kosten stijgen door vertraging in de uitvoering.

De beslissing van de House of Lords is belangwekkend vanwege de speech van Lord Radcliffe. Zijn - nadien vele malen aangehaalde - woorden luiden als volgt: "... frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do".<sup>3)</sup> Het aldus omschreven criterium heeft de naam gekregen van de "test of a radical change in the obligation". Het recept luidt aldus, dat men de aanvankelijk gesloten overeenkomst onderzoekt naar zijn doel, zonder te kijken naar de verandering van de omstandigheden - en die contractsinhoud vergelijkt met de nu aanwezige omstandigheden -. Deze vergelijking dient ertoe om na te gaan of de huidige verplichting uit overeenkomst oplevert "a fundamental or radical change from the obligation originally undertaken".<sup>4)</sup>

Deze - in 1956 nieuwe - beslissing is een aantal jaren later herhaald.<sup>5)</sup>

Tsakiroglou & Co. Ltd. verkoopt aan de Duitse koper Noble & Thorl GmbH 100 ton aardnoten c.i.f. Hamburg. Het vervoer diende te geschieden vanuit Port Sudan in november of december 1956. De normale scheepsroute gaat door het Suez-kanaal. Door de Engels-Franse militaire interventie in de Sinai werd het kanaal op 2 november 1956 gesloten. Het vervoer moest nu plaatsvinden langs een flinke omweg via Kaap de Goede Hoop. Deze reis is

15.000 mijl langer en de vrachtprijs daardoor tweemaal zo hoog. De verkoper weigerde de overeenkomst langer na te komen. Op zijn beurt bericht de Duitse koper op 9 februari 1957 nog steeds prijs te stellen op levering. Tsakiroglou beroept zich op frustration, maar heeft hiermee in geen enkele instantie succes.

Deze keer is de opinie van Lord Reid doorslaggevend. De vraag of de route om Afrika heen "substantially different" is van de normale wordt door hem ontkennend beantwoord. Er is geen "fundamental change", immers de goederen waren niet bederfelijk, er was geen vaste afleveringsdatum bepaald en er was evenmin een tekort aan beschikbare schepen. Zou een van deze omstandigheden zich hebben voorgedaan, dan ware nog aan frustration te denken geweest.

Soortgelijke beslissingen zijn genomen in *Ocean Tramp Tanker Corporation v. V/O Sovfracht (The Eugenia)* (1964) 2 Q.B. 226 (de route om de Kaap is "not fundamentally different") en in *Palmco Shipping Inc. v. Continental Ore Cpn.* (1970) 2 Lloyd's Rep. 21.

Op p. 231 van mijn proefschrift concludeerde ik: "De heersende change in the obligation-leer is een frustration-test en als zodanig alleen toepasbaar, *indien* feitelijke omstandigheden zijn veranderd. Daardoor is de werkingssfeer van deze theorie beperkt tot overmacht en gevallen die daaraan grenzen. Hoe ruim die grenzen rond de overmacht getrokken kunnen worden is verre van duidelijk. Ik zou - de twee door mij behandelde gevallen van 1956 en 1961, waarvan de billijkheid van het eindresultaat voor mij geenszins vanzelf spreekt, in aanmerking genomen - menen, dat bedoelde grenzen toch niet erg ruim zullen mogen worden gedacht".

Het hierboven geciteerde commentaar dateert van 1972.

In de 24e druk van *Anson's Law of Contract*, Oxford 1975, schrijft A.G. Guest op p. 493: "Perhaps the most acceptable of the conservative theories, and the one which has received the warmest commendation, is that which we may call the 'change in the obligation' theory". Hij verwijst daartoe naar Lord Radcliffe in 1956. Letterlijk dezelfde woorden schreef Guest ook al in de druk van 1964, p. 468, welk citaat ik gebruikte in mijn proefschrift op p. 230. In de 10e druk van *Cheshire and Fifoot's Law of Contract*, London 1981, is de bewerker M.P. Furmston juist besprongen met één nieuwe zaak, waarvan hij op p. 524 kort melding maakt, en heeft hij de tweede kennelijk niet meer op tijd kunnen verwerken. Ik ga daarom voorbij aan Cheshire-Fifoot.

De zaak die Furmston nog net kon meenemen is die van *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.*, beslist door de House of Lords op 11 december 1980.<sup>6)</sup>

National Carriers Ltd. is eigenaar en verhuurder van een warenhuis, gelegen te Kingston-upon-Hull aan de English Street nr. 2. Bij de huurovereenkomst wordt het pand verhuurd aan Panalpina (Northern) Ltd. voor een periode van 10 jaar, ingaande per 1 januari 1974, tegen een huurprijs die voor de eerste vijf jaren wordt vastgesteld op £ 6.500 per jaar en daarna op £ 13.300 per jaar. De huurprijs dient telkens per kwartaal te worden voldaan op 1 januari, 1 april, 1 juli en 1 oktober. Per 1 april 1979 weigert de huurder betaling.

Als grond voor deze weigering voert Panalpina aan, dat de enige straat die toegang geeft tot het warenhuis, de Kingston Street, door de gemeenteraad met ingang van 16 mei 1979 is afgesloten voor alle verkeer voor een periode van tenminste een jaar. Deze afsluiting vindt plaats vanwege het gevaar van instorting van het tegenoverliggende pand. De huurder houdt het ervoor dat de overeenkomst is ontbonden wegens frustration. In alle instanties wordt dit beroep verworpen.

De House of Lords staat voor een tweetal vragen, waarvan de eerste voor het Engelse recht van principieel belang is en de tweede betrekking heeft op het concrete geval. De vraag of een huurovereenkomst überhaupt vatbaar is voor frustration heeft lang opengelegen na de verdeelde uitspraak van 1945 inzake Cricklewood Property and Investment Trust Ltd. v. Leightons Investment Trust Ltd., (1945) A.C. 221. Pas een bevestigend antwoord op deze vraag stelt de tweede vraag in het daglicht, te weten of in concreto van frustration kan worden gesproken.

De speech van Lord Wilberforce is hier de trendsetter.(7) Hij beantwoordt de eerste vraag bevestigend, hetgeen dadelijk nieuws oplevert. Dat de leer van de frustration van toepassing kan zijn op huur van onroerend goed, was nooit eerder beslist. De feiten van het onderhavige geval wijzen evenwel naar de mening van Lord Wilberforce naar een afwijzing van het beroep op frustration. Bij de sluiting van de Kingston Street zou de huurovereenkomst nog 4 jaar en 6½ maand lopen. Het staat vast dat de heropening langer dan een jaar op zich zou laten wachten, waarbij rekening is gehouden met december 1980/januari 1981. Dit laatste is er van gekomen en de straat is opengesteld in januari 1981. De huurovereenkomst kon toen weer worden voortgezet over de jaren 1981, 1982 en 1983. Kortom: bij een overeenkomst voor de duur van 10 jaren is een onderbreking van nog geen twee jaar (om precies te zijn 18 maanden) niet ernstig genoeg om die aan te merken als een "frustrating event".(8)

Lord Simon of Glaisdale verricht de frustration-test in dezelfde zin, zij het meer toegespitst op de historische speech van Lord Radcliffe uit 1956: "Weighing all the relevant factors, I do not think that the appellants have demonstrated a triable issue that the closure of the road so significantly changed the nature of the outstanding rights and obligations under the lease from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations".(9)

De beslissing van 11 december 1980 is van belang, omdat zij de Davis Contractorsleer van 1956 van een hechter fundament voorziet. De uitspraak bevestigt mijn beschouwing van 1972 in zoverre dat de Engelse rechter wederom een aansprekende theorie omhelst, maar er

in feite weinig spectaculairs mee verricht. Toegegeven moet worden, dat dit laatste niet in de eerste plaats aan die rechter moet worden verweten, maar veeleer aan de hurende partij Panalpina, die een te zwakke zaak voorbracht om definitief bevrijd te raken. Duidelijker dan de Lords Wilberforce en Simon of Glaisdale kan men het moeilijk onder woorden brengen.

Nog aardiger dan de zaak van 1980 is de nieuwste zaak van 1981. De status van "nog aardiger" ontleent deze uitspraak vooral aan het feit dat hierin over de vraag wel of niet frustration verschillend werd geoordeeld en in het bijzonder aan de omstandigheid dat de hoogste rechter deze frustration nu eindelijk eens aannam.<sup>10)</sup>

Op 2 november 1978 stellen de eigenaren van het Griekse schip "Nema", Pioneer Shipping Ltd. en anderen, dit ter beschikking aan bevrachters, B.T.P. Tioxide Ltd., voor het maken van zeven achtereenvolgende reizen naar Sorel in Canada (reisbevrachting) om aldaar metaalslakken te laden en te vervoeren naar Europa, of naar Calais of naar Hartlepool. De reizen dienen plaats te vinden tussen april en december 1979.

Na die eerste reis keert de "Nema" terug in Sorel op 20 juni 1979. Zij kan daar niet laden wegens een staking, die was uitgelopen op 6 juni 1979. In deze stakingssituatie leidt nader overleg tussen partijen tot de afspraak dat de eigenaren het schip terugnemen voor een tussentijdse transatlantische vaart en dat het daarna zal terugkeren naar Sorel om de volgende lading in te nemen. Aldus geschiedde, maar terug in Sorel duurt de staking voort.

Op 20 juli 1979 wordt de "Nema" weer ter beschikking gesteld van eigenaren voor een volgende tocht over de oceaan die op 10 augustus 1979 eindigt in Glasgow. De charterers, Tioxide, eisen het schip op naar Sorel, maar Pioneer c.s. bestemmen de "Nema" voor een andere tussentijdse reis die niet voor september 1979 zou eindigen. Medio augustus 1979 besluiten partijen tot arbitrage. Op 28 september 1979 - het schip was juist terug van de reis waartegen Tioxide bezwaar had gemaakt en zonodig beschikbaar om te vertrekken naar Canada - houdt de arbiter het contract van 2 november 1978 voor ontbonden wegens frustration. De rechter bij wie beroep wordt ingesteld tegen deze arbitrale uitspraak, Robert Goff J., wil van frustration niet horen en beslist dat de "Nema" op 10 augustus 1979 had moeten terugkeren naar Canada. De eigenaren gaan in hoger beroep bij de Court of Appeal. Dit college herstelt de uitspraak van de arbiter (dus wel frustration). Tioxide wendt zich daarop tot de House of Lords. Zonder succes, want bij beslissing van 16 juli 1981 wordt het beroep verworpen.

Ook in deze zaak speelt een naar Engels recht principiële punt en daarnaast fungeert de frustration-kwestie als een bijkomend punt. Het eerste en principiële punt is of de gewone rechter rechtsmacht heeft met betrekking tot appellaten van arbitrale uitspraken overeenkomstig de Arbitration Act 1979. Aan dit onderwerp is in het bijzonder de speech gewijd van Lord Diplock.<sup>(11)</sup> De frustration-aspecten van deze zaak komen vooral aan de orde in de speech van Lord Roskill.<sup>(12)</sup> Bij zijn inleidende opmerkingen over

dit rechtspunt blikt hij terug op de beslissing inzake *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.* van 1980. Hierover zegt hij dat het duidelijk is dat de *House of Lords* instemde met de "now classic statement of the doctrine by Lord Radcliffe in *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*" van 1956.(13)

Daarom moet in het onderhavige geval die frustration-test opnieuw worden toegepast. In gevallen van vertraging, zoals hier, is dat moeilijk, want "it is often necessary to wait upon events in order to see whether the delay already suffered and the prospects of further delay from that cause will make any ultimate performance of the relevant contractual obligations 'radically different', to borrow Lord Radcliffe's phrase, from that which was undertaken by the contract".(14) Over de vraag of in een concreet geval aan dit criterium is voldaan, kan men verschillend denken. De rechter, een oordeel gevend over een arbitrale beslissing, moet nagaan of die arbiter de juiste test heeft toegepast en pas in de uitkomst van die beslissing ingrijpen, wanneer geen redelijk handelend arbiter tot die slotsom had kunnen komen. De rechter - aldus Lord Roskill - "ought not to interfere merely because the court thinks that upon those facts and applying that test, it would not or might not itself have reached the same conclusion, for to do that would be for the court to usurp what is the sole function of the tribunal of fact".(15)

In de speech van Lord Roskill komt duidelijk naar voren, dat het hier niet een gewone zaak betreft die langs reguliere kanalen tot de hoogste rechter komt, maar pas dat hoogste niveau bereikt in het kader van een beroepsprocedure tegen een arbitrale uitspraak. En hoewel het woord niet valt, denken wij in Nederlandse termen toch al snel aan het begrip "marginale toetsing". Het principiële dat Lord Roskill ten aanzien van de frustration opmerkt is dat hij in beginsel geen reden kan zien "why a strike should not be capable of causing frustration of any adventure by delay".(16) Uitgaande van een marginale toetsing had de arbiter het bij het juiste eind.

Het enige handboek dat beide nieuwe zaken reeds vermeldt en bespreekt is *Chitty on Contracts, Volume 1, General Principles*, 25e druk, London 1983. Bij Chitty vindt men in nr. 1525 de volgende regel van geldend recht: "If the literal words of the contractual promise were to be enforced in the changed circumstances, would performance involve a fundamental or radical change from the obligation originally undertaken?" Zo ja, dan wordt het contract ontbonden wegens frustration.

Chitty verwijst ter plaatse naar de herformulering van de test door Lord Simon of Glaisdale inzake *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.*, omdat deze nog iets scherper en gedetailleerder is dan de klassieke woorden van Lord Radcliffe uit 1956: "Frustration of a contract takes place when there supervenes an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient

provision) which so significantly changes the nature (not merely the expense or onerousness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations in the new circumstances; in such case the law declares both parties to be discharged from further performance".<sup>17)</sup>

In nr. 1526 zet Chitty uiteen op wat dit alles nu neerkomt.

Ten eerste is vereist "construction of the contract". Dit betekent dat de rechter zich een beeld moet vormen van het doel van de oorspronkelijk gesloten overeenkomst en wat die van partijen zou hebben geveerd aan tijd, inspanning, werk en geld, indien geen verandering van omstandigheden zou hebben plaatsgevonden. Vervolgens moet de rechter de omvang van de nieuwe verplichting in ogenschouw nemen, nadat het voorval zich heeft voorgedaan waarop de frustration kan worden gebaseerd. De laatste stap is een vergelijking van de "oude" met de "nieuwe" overeenkomst om aldus te komen tot het oordeel dat de nieuwe verplichting al dan niet een fundamentele afwijking betekent van de oude. Wat Chitty noemt "construction of the contract" heet in de continentale rechtstaal interpretatie of uitleg. De rechter moet het contract uitleggen en vervolgens *bekijken of de verandering van de omstandigheden het contract heeft mismaakt tot een nieuw iets dat in wezenlijke opzichten verschilt van het oorspronkelijke.*

Is daarvan sprake, wanneer:

- a) door slechte weersomstandigheden en plotselinge krapte op de arbeidsmarkt de bouw van een complex woningen later dan afgesproken, gereed komt, terwijl een vaste datum en een vaste som bij overeenkomst bepaald waren?
- b) door oorlogshandelingen de scheepvaartroute door het Suez-kanaal versperd is, de reis langer wordt en de kosten van vervoer hoger, terwijl de goederen niet bederfelijk zijn en niet een vaste datum voor aflevering was gecontracteerd?
- c) de uitvoering van een langjarig huurcontract ten aanzien van een warenhuis voor de huurder gedurende een relatief korte tijd waarde-loos wordt, terwijl het contract na de storing weer gewoon doorloopt?
- d) een overeenkomst van reisbevrachting voor zeven reizen na één reis reeds onuitvoerbaar wordt door continue stakingen in de vertrekhaven, terwijl de eigenaar het schip intussen kan gebruiken voor

andere reizen en het ogenblik nadert waarop de vertrekhaven door ijsvorming voor maanden onbereikbaar zal zijn?

Deze vragen beantwoordde de hoogste Engelse rechter slechts in het laatste geval met "ja". En in de andere gevallen met "neen", echter niet of nauwelijks op grond dat van frustration nimmer sprake zal kunnen zijn, maar steeds onder verwijzing naar de concrete omstandigheden. De beslissing in de recente huurzaak onder c) is hiervan een sprekend voorbeeld.

Mijn conclusie in 1972 was wat zuur. Niettemin is mijn prognose dat de grenzen van de frustration zich niet ver zullen verwijderen van de overmacht, blijktens de "Nema"-zaak, juist gebleken. Deze levert immers een zuiver geval van overmacht op. Toch ben ik geneigd mijn huidig oordeel - na de uitspraken van 1980 en 1981 - wat bij te stellen, in dier voege dat de Engelse rechter niet onwelwillend staat tegenover het toepassen van de frustration-test, maar dan wèl verlangt, wil hij het contract als gefrustreerd kunnen aanmerken, dat hem een harde zaak wordt voorgeschoteld. Deze zaak moet inderdaad behoorlijk hard zijn, omdat het eindoordeel, inhoudend dat het contract "frustrated" is, neerkomt op een *ontbinding* van de overeenkomst *met bevrijding van partijen voor het overige*. Dit vast te stellen is van eminent belang voor een vergelijking van de Engelse resultaten met de Nederlandse, aangenomen dat die hier te lande zouden hebben gediend.

Om de overstap van Engels recht naar art. 6.5.3.11 te kunnen maken, geef ik de regel van Lord Simon of Glaisdale weer in eigen juridisch Nederlands: ontbinding van de overeenkomst vindt plaats, wanneer zich na de contractssluiting een gebeurtenis voordoet (zonder dat partijen aan het intreden daarvan schuld hebben en zonder dat het contract daarvoor een afdoende regeling inhoudt), die op zodanig ingrijpende wijze de strekking van de bestaande contractuele rechten en/of verplichtingen wijzigt ten opzichte van wat partijen redelijkerwijs hebben kunnen voorzien voor het tijdstip van zijn uitvoering, dat het in strijd met redelijkheid en billijkheid zou zijn om hen in de gewijzigde omstandigheden te houden aan de letter van de contractuele bedingen; het rechtsgevolg is dat beide partijen zijn ontslagen van de verplichting tot uitvoering van de overeenkomst.

Hiernaast wordt gesteld het voorschrift van lid 1 van art. 6.5.3.11: de rechter kan op vordering van een der partijen een

overeenkomst wijzigen of 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. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.

Welk(e) verschil(len) valt (vallen) te bespeuren tussen de Engelse en de toekomstige Nederlandse regel? Ten eerste dat de Engelse regel ruimer is, in zoverre dat niet het onvoorzien zijn van de na de contractssluiting optredende gebeurtenis doorslaggevend is, maar het onvoorzienbare en uitzonderlijke karakter van die gebeurtenis. Tegen dit gebrek in de regel van art. 6.5.3.11 heb ik mij reeds meermalen, zij het zonder succes, gekeerd. Ik ga hier thans aan voorbij.<sup>18)</sup> Ten tweede dat de Nederlandse rechter aanzienlijk *meer armslag* heeft dan zijn Engelse collega. De laatste kan slechts de frustration aannemen en het contract voor ontbonden verklaren, zonder middenweg. Juist de beschikbaarheid van een middenweg is voor het Nederlandse recht het grote winstpunt, verkregen als het wordt door de casus te kunnen toetsen aan de beginselen van goede trouw, van redelijkheid en billijkheid.

Dit laatste komt te spreken, wanneer ik een poging onderneem om de vier Engelse zaken op te lossen naar de regeling van art. 6.5.3.11.

*a) Davis Contractors (1956)*

De aannemingsovereenkomst zal op grond van de verandering van omstandigheden niet zodanig in haar wezen zijn aangetast, dat zij behoort te worden ontbonden. Hooguit ware te denken aan een verhoging van de prestatie die de aanbesteder moet verrichten. Dit hangt af van de aard van de later ingetreden omstandigheden. Het lijkt duidelijk dat een aannemer bij zijn prijsstelling rekening houdt met slecht werkweer. Is het ook zo duidelijk dat hij in 1946 moet instaan voor een onvoorzien tekort aan werkkrachten, te wijten aan het feit dat de troependemobilisatie na de oorlog trager verliep dan was verwacht? Dat de aannemer daarvoor moet instaan, is voor mij niet zonder meer een gegeven, maar ook indien hij daarvoor niet behoeft op te komen, kan hem dit hoogstens recht geven op betaling van een hoger bedrag dan oorspronkelijk was afgesproken.

*b) Tsakiroglou (1961)*

Bij een overeenkomst van zeevervoer van goederen vanuit Port Sudan

aan de opening van de Rode Zee naar Hamburg alsook bij een reis van Genua naar India (de al genoemde Eugenia-case van 1964), is het volmaakt voor de hand liggend dat die tocht wordt gemaakt via het Suez-kanaal en niet langs de Kaap. Sterker nog: daartoe is juist dat kanaal gegraven! Als de rechter beslist dat de vaart om de Kaap niet "fundamenteel verschillend" is, omdat men zeer wel ook om de Kaap kan varen, de goederen niet aan bederf onderhevig zijn en er voldoende boten beschikbaar zijn, heeft hij daarmee volkomen gelijk. Toch wordt hier de kern van de zaak niet geraakt, want niets is redelijker dan dat de vervoerder om de Kaap vaart en zijn extra kosten mag declareren.

c) *Panalpina (1980)*

Bij een huurovereenkomst betaalt de huurder een prijs voor het genot dat hij van de zaak mag verwachten. Kan hij dat door overheidsingrijpen dat hem in dat genot stoort niet verkrijgen, dan moet de oplossing niet zijn dat het contract wordt ontbonden, maar dat hij voor de duur van de belemmering geen huurprijs behoeft te voldoen en daarna weer wél. Ik merk op - en volsta daarmee zonder verdere beschouwing - dat deze Panalpina-zaak opvallende gelijkenis vertoont met Rb. Amsterdam 24 juni 1918, NJ 1918-865 (pacht van de tolweg Hilversum-Soestdijk), HR 17 juni 1949, NJ 1949-544 inzake AKU-Stalen Steiger en het leerstuk van de onmogelijkheid van rechtsuitoefening.<sup>19)</sup>

d) *De "Nema" (1981)*

Deze zaak bracht de Engelse rechter tot het oordeel dat de overeenkomst van reisbevrachting behoort te worden beëindigd. Wanneer er tussen april en december tot zeven maal toe van Canada naar Europa moet worden gevaren en terug en aan gene zijde van de oceaan gestaakt wordt van 6 juni tot 5 oktober en na december de haven niet meer bereikbaar is wegens ijsvorming, tenzij het schip ijsbestendig is, hetgeen de "Nema" niet was, ja, wat wil men dan nog? Partijen kunnen het er dan inderdaad maar beter bij laten zitten. Een middenweg ontbreekt in dit geval letterlijk, want Sorel is alleen maar bereikbaar via de St. Lawrence rivier.

De *vergelijking* tussen de uitkomsten van deze Engelse zaken, berecht naar Engels recht en naar NBW valt m.i. in alle gevallen in het voordeel van het NBW uit. Dit ligt in zekere zin voor de hand, wanneer in aanmerking wordt genomen, dat de Nederlandse rechter

meer instrumenten tot zijn beschikking heeft dan de Engelse die slechts kan ontbinden of dit kan nalaten. Vandaar dat de beslissing om partijen van elke verdere gehoudenheid tegenover elkander te ontslaan, zwaarder valt.

Met een volgende opmerking kunnen deze verschillen weer naar elkaar worden toegebogen.

Tijdens de Tweede Wereldoorlog kwam tot stand de Law Reform (Frustrated Contracts) Acts 1943.<sup>20)</sup> Deze wet laat het begrip "frustration" en de uitwerking ervan over aan de rechtspraak en geeft uitsluitend een regeling van de rechtsgevolgen van frustration op een manier die afwijkt van de common law. Zo maakt de wet het mogelijk om tevoren gedane betalingen terug te vorderen, om vergoeding te eisen voor een tevoren reeds geleverde prestatie alsmede om de rechter een geleverde prestatie te laten taxeren op een "just sum". Geheel bevredigend functioneert het palet aan mogelijkheden dat de wet de rechter biedt niet.

In zijn speech inzake National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd. legt Lord Simon of Glaisdale, in de passage die dadelijk volgt op het stuk dat ik tevoren aanhaalde en waarin de Lord zijn afweging van die zaak samenvat, haarscherp uit wat de Engelse rechter mist. Hij merkt op: "I would, however, presume to suggest that consideration should be given to whether the English doctrine of frustration could be made more flexible in relation to leases. The Act of 1943 seems unlikely to vouchsafe justice in all cases. As often as not there will be an all-or-nothing situation, the entire loss caused by the frustration event falling exclusively on one party, whereas justice might require the burden to be shared. Nor is this situation confined to leases".<sup>21)</sup>

Lord Simon of Glaisdale ziet in dat de frustration-leer te star is en dat de wet van 1943 aardig wat soulaas biedt, maar niet genoeg. Immers, te vaak doet zich een alles-of-niets-situatie voor, waarbij de schade van de gewijzigde omstandigheid op één partij neerkomt, terwijl het redelijk en billijk zou zijn die te delen. Een verdeling naar dat model zou de aangewezen oplossing zijn in de behandelde standaardgevallen van 1956, 1961 en 1980. Tot een zodanige verdeling biedt het Nederlandse recht de gelegenheid, het geldende met behulp van de beperkende werking van de goede trouw en het komende door middel van art. 6.5.3.11.

Ik kom tot een afronding.

In NJB 1984, p. 164 schrijft Schoordijk - in het bekende artikel "Naar een spoedige invoering van het Nieuw BW" - het volgende: "De angst die ik veel bedrijfsjuristen heb horen uitspreken, lijkt zich op art. 6.5.3.11 te concentreren. De idee, dat een rechter in een contract zou kunnen inbreken, vervult velen met schrik, zodat - naar ik mij heb laten vertellen - een gezaghebbend advocaat de cliënten aanraadt Engels recht te kiezen. Hier is - om het met H. Drion te zeggen - sprake van plankenkoorts. Ook naar Engels recht is het leerstuk van de frustration in beweging (zie *National Carriers Ltd. v. Panalpina* (1981) 2 WLR dat duidelijk maakt hoe dicht Engels recht en art. 6.5.3.11 bij elkaar liggen); ...".

Schoordijk betoogt dat een keuze ten gunste voor de rechtszekerheid uitgebracht op het Engelse recht zijn oorzaak vindt in plankenkoorts voor art. 6.5.3.11, omdat die bepaling en het Engelse recht dicht bij elkaar liggen.<sup>22)</sup> Door aan *Panalpina* een verwijzing toe te voegen naar de "Nema"-zaak komen beide in wezen nog dichter bij elkaar te liggen.

Het zou evenwel onjuist zijn om aan de actuele nabijheid de gevolgtrekking te verbinden dat het lood om oud ijzer zou zijn of men kiest voor Engels of Nederlands (huidig of toekomstig) recht. Er zijn namelijk wel degelijk verschillen aanwijsbaar, in het bijzonder op het stuk van de rechtsgevolgen. Dat verschil is op onnavolgbaar duidelijke manier onder woorden gebracht door Lord Simon of Glaisdale, wanneer hij signaleert dat alles-of-niets niet het hoogste goed is, "whereas justice might require the burdens to be shared". De Lord kiest daarmee overduidelijk voor het Nederlands recht.

#### Noten

- 1) P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, diss. Amsterdam 1972, p. 228 e.v.
- 2) *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.*, (1956) A.C. 696.
- 3) Geciteerd door Lord Hailsham of St. Marleybone, *The Weekly Law Reports (WLR) 1981, Volume 2*, p. 52 ofwel naar de Engelse citeerwijze die ik verder zal aanhouden: (1981) 2 WLR 52.
- 4) *Chitty on Contracts, Volume I, General Principles*, London 1983, nr. 1525.

- 5) Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GmbH (1961) 2 WLR 633.
- 6) (1981) 2 WLR 45.
- 7) Ibidem, p. 56 e.v.
- 8) Ibidem, p. 60-61.
- 9) Ibidem, p. 70.
- 10) Pioneer Shipping Ltd. v. B.T.P. Tioxide Ltd., (1981) 3 WLR 292.
- 11) Ibidem, p. 295 e.v.
- 12) Ibidem, p. 305 e.v.
- 13) Ibidem, p. 311.
- 14) Ibidem, p. 312.
- 15) Ibidem, p. 312-313.
- 16) Ibidem, p. 314.
- 17) (1981) 2 WLR 63.
- 18) Uitvoerig bij P. Abas, Onvoorziene omstandigheden, Alphen aan den Rijn 1978.
- 19) Vgl. Hofmann-Abas, Het Nederlands verbintenissenrecht, deel 1, tweede gedeelte, Groningen 1977, p. 218-221.
- 20) Zie Chitty, nrs. 1570 e.v.
- 21) (1981) 2 WLR 70.
- 22) Evenzo nadien Schoordijk, NJB 1984, p. 727 ter gelegenheid van een recensie van de nieuwste druk van Chitty.