



Mr. J.H. Nieuwenhuis*

Vernietigen, ontbinden of aanpassen (II, slot)

Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?

Aanpassen van de overeenkomst, in plaats van vernietigen of ontbinden; recente ontwikkelingen verdienen de aandacht. Een wat langere aanloop kan geen kwaad.

Onvoorziene omstandigheden

'Onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.'

Voor dat geval beschikt de rechter over tal van mogelijkheden. Hij kan de gevolgen van de overeenkomst wijzigen; hij kan haar ontbinden, geheel, dan wel gedeeltelijk. Aan de wijziging of ontbinding kan hij terugwerkende kracht verlenen. Een *embarras du choix*?

Historisch gezien, staat het algeheel vervallen van de contractuele gebondenheid voorop. Dat geldt zowel voor het Europese *ius commune* van de 17e en 18e eeuw als voor de Engelse *common law*. *'Omne pactum, omnis promissio, rebus sic stantibus, intelligenda est, ut Seneca rem clarius explicat'*. De overeenkomst vervalt als de omstandigheden zodanig zijn veranderd dat zij niet langer hun oude, vertrouwde aanblik bieden

en de overeenkomst niet zou zijn gesloten als die verandering was voorzien.

'Si tanta incidat mutatio, ut non amplius pristina rerum facies superit, atque promissor, si eam praevidisset, pacturus non fuisset'¹⁴.

Op het continent wordt voor de ontbindende kracht van onvoorziene omstandigheden steevast een beroep gedaan op het gezag van Seneca. Maar ook de Engelsen kennen hun klassieken. Lord Radcliffe laat zich inspireren door Vergilius. Met betrekking tot het leerstuk *'frustration of contract'*, de Engelse equivalent van de *clausula rebus sic stantibus*, overweegt hij, nadat hij eerst heeft afgerekend met de gedachte dat de *frustration* zou moeten worden herleid tot de stilzwijgende bedoeling van partijen:

'In their place there rises the figure of the fair and reasonable man. And the spokesman of the fair and reasonable man, who represents after all no more than the anthropomorphic conception of justice, is and must be the court

* Raadsheer in de Hoge Raad.
14. Augustin Leyser, geciteerd door R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman foundations of the Civilian Tradition*, blz. 580.

INHOUD

- 37 Mr. J.H. Nieuwenhuis: Vernietigen, ontbinden of aanpassen (II, slot)
- 42 Prof. mr. P. Abas: Boekbespreking
- 43 Prof. mr. G.R. Rutgers en mw. mr. J.E. Bosch-Boesjes: Overzicht der Nederlandse Rechtspraak (II)
- 48 Mw. mr. A.J. van Erk: Recente Rechtspraak
- 49 Mr. R.F.H. Mertens: Bescherming van kopers van timeshares op Europees niveau II
- 51 Mededelingen
- 59 Agenda
- 59 Personalia
- 60 Aanwijzingen voor auteurs
- 60 Vacaturestaat notariaat

WP
NR

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

28 jan. 1995-jrg. 126 - nr. 6165

WPNR – Uitgave van de Koninklijke Notariële Broederschap, 't Hoenstraat 5 2596 HX 's-Gravenhage Postbus 96827 2509 JE 's-Gravenhage Telefoon 070-3307111 Faxnummer 070-3453226

Ere-redacteur
mr. J.M. Polak

Redacteuren
mr. J.H. Linders
prof. mr. P. van Schilfgaarde
mw. mr. I.S. Joppe
prof. mr. M.J.A. van Mourik
prof. mr. A.A. van Velten
prof. mr. J.B.M. Vranken
prof. mr. A.S. Hartkamp
prof. mr. Jac. Hijma
prof. mr. P.J. Wattel

Redactie-secretaris
mw. mr. A.L. Moussault-Jeswiet

Bureau-redacteur
mw. A.E.M. van Dijk
Telefoon 070-3307138

Redactie-adres/Notariële personeelsadvertenties
Postbus 96827, 2509 JE 's-Gravenhage
Telefoon 070-3307138
Faxnummer 070-3307180

Advertentie exploitatie
Sales & Services in advertising and publicity
Gebouw 'Zaanstaete'
Postbus 60, 1520 AB Wormerveer
Telefoon 075-281081

Abonnementen-administratie en exploitatie
Koninklijke Vermande bv
Postbus 20, 8200 AA Lelystad
Telefoon 03200-22944 Verkoop binnendienst
Postgiro 179350

Jaarabonnement f 249,50 incl. BTW
Stud. abonnement f 161,75 incl. BTW
Abonnementen buitenland f 325,-
Losse nummers f 6,95 incl. BTW
Opzegging van het abonnement kan slechts schriftelijk geschieden voor 1 december van het jaar voorafgaande aan het jaar van de gewenste beëindiging

Lay-out en druk
Joh. Enschedé Amsterdam b.v.
Postbus 8023, 1005 AA Amsterdam
Telefoon 020-6110102

Omslagontwerp:
C. Koevoets, Bloemendaal

ISSN 0165-8476

itself. So perhaps it would be simpler to say at the outset that frustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which it 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 do¹⁵.

Non haec in foedera veni. Deze verbintenis heb ik niet op mijn schouders genomen. Het pijnlijke woord van Aeneas tot Dido, de door liefdessmart verteerde Carthaagse vorstin¹⁶.

De kern van het leerstuk der onvoorziene omstandigheden wordt gevormd door het begrip verandering. Maar verandering van wat? Van de omstandigheden waaronder het contract werd gesloten, zoals naar voren wordt gebracht door de continentale leer van de clausula rebus sic stantibus? Of dient de nadruk te vallen op de verandering van de aard van de verbintenis, zoals thans in het Engelse recht wordt aangenomen? Of gaat het om nog iets anders: een fundamentele verandering van het evenwicht van het contract? Dit laatste is uitgangspunt van de UNIDROIT-principles:

'There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract whether because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished' (...)(art. 6.2.2)

Waarom mag de wederpartij ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet verwachten? Omdat de omstandigheden zijn veranderd? Omdat voor haar contractspartner nakoming iets geheel anders zou betekenen dan datgene waartoe deze zich oorspronkelijk had verbonden? Omdat het contractuele evenwicht fundamenteel is verstoord? Een proef op de som.

De Katoenmaatschappij verbindt zich jegens Stork tot fabricage van een partij sarongs, te leveren in Rangoon. Door belemmering van de scheepvaart tijdens de eerste wereldoorlog is de verplichting van de Katoenmaatschappij tijdelijk geschorst (tijdelijke overmacht). Als nakoming weer mogelijk is, zijn zowel de produktiekosten als de verkoopprijzen van sarongs zodanig gestegen dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst de Katoenmaatschappij zou komen te staan op een verlies van fl 70.000,- en Stork een winst van fl 265.000,- zou opleveren¹⁷. Aangenomen mag worden dat, indien de tijdelijke overmachtssituatie achterwege was gebleven, de nakoming van de overeenkomst voor beide partijen voordeel had opgeleverd. Waarom mag Stork ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet verwachten? Het derde antwoord is het beste. Inderdaad: de omstandigheden zijn veranderd; de produktiekosten en de verkoopprijzen zijn gestegen, maar daarin schuilt niets ongewoons. Stijging van prijzen is zeker niet ongewoner dan prijsstabiliteit.

Wordt van de Katoenmaatschappij de nakoming verlangd van een geheel andere verbintenis dan was voorzien? Ja en nee; het verrichten van de overeengekomen prestatie kost de Katoenmaatschappij veel meer dan

was voorzien, maar in een ander opzicht blijft de prestatie dezelfde: fabricage en levering van het overeengekomen aantal sarongs.

Een fundamentele wijziging van het contractuele evenwicht; daarin is de rechtvaardiging voor rechterlijk ingrijpen gelegen. Let wel, niet het enkele verschil in waarde tussen de wederzijdse prestaties vormt reeds die rechtvaardiging. Het zijn partijen die bepalen wanneer sprake is van contractueel evenwicht. Wie zijn vakantiehuis voor de helft van de gangbare prijs verhuurt aan een vriend, sluit een evenwichtig contract.

Zouden de Katoenmaatschappij en Stork zijn overeengekomen dat levering zou plaatsvinden twaalf maanden na sluiting van het contract en zouden de katoenprijzen tussentijds zodanig zijn gestegen dat de door de Katoenmaatschappij te ontvangen prijs slechts een fractie zou zijn van de door Stork te incasseren opbrengst bij verkoop van de sarongs, dan zou er toch onvoldoende reden bestaan de contractuele verplichtingen aan te passen. Het contractuele evenwicht had ten tijde van de contractssluiting een speculatief, voor risico van partijen komend karakter. Niet kan worden gezegd dat het evenwicht fundamenteel is veranderd.

Zo lagen de feiten echter niet. Nakoming door de Katoenmaatschappij 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). Na opheffing van de overmachtssituatie is de verhouding tussen de wederzijdse prestaties drastisch gewijzigd ten opzichte van het contractuele evenwicht waarvan sprake zou zijn geweest indien partijen het contract hadden kunnen nakomen zoals was overeengekomen. Daarom kan, in de woorden van de UNIDROIT-principles, worden gezegd dat de tijdelijke overmacht, die dus niet voor risico van de Katoenmaatschappij komt, 'fundamentally alters the equilibrium of the contract'¹⁸.

Aanpassen of ontbinden? De verstoring van het contractuele evenwicht kan allerlei vormen aannemen. Daarin vallen echter twee hoofdtypen te onderscheiden.

In de eerste plaats zijn er de gevallen zoals Katoenmaatschappij/Stork waarin het evenwicht wordt verstoord door een onvoorziene verzwaring van de prestatieplicht. Nakoming blijft evenwel mogelijk en zinvol. Aanpassing ligt dan voor de hand. The court may, if reasonable, adapt the contract with a view to restoring its equilibrium (UNIDROIT-principles art. 6.2.3 lid 4). De opbrengst die Stork zal realiseren bij instandhouding van de overeenkomst maakt het ruimschoots mogelijk de drastisch gestegen produktiekosten van de Katoenmaatschappij te compenseren.

In de tweede plaats kan het evenwicht verstoord zijn, doordat het doel van de overeenkomst wegvalt, althans onbereikbaar wordt. De prestatie is wel mogelijk, maar heeft voor de schuldeiser iedere zin verloren. De do ut des-structuur van de overeenkomst is hier grondig aangetast doordat een partij, in ruil voor een volwaardige prestatie een voor haar waardeloze prestatie ont-

15. Davis Contractors v. Fareham, [1956] A.C. 696.

16. Aeneis, IV, 339.

17. HR 8 januari 1926, NJ 1926, 203.

18. Zie anders en eender J.H. Nieuwenhuis, Recht Vooruit, Deventer 1988, blz. 111 e.v.

vangt. In de terminologie van de UNIDROIT-principles: 'the value of the performance a party receives has diminished', en wel tot nul.

De vereniging 'Zutphen 1000 jaar' is er tijdig bij. In 1996 sluit zij een overeenkomst met een verhuurder van feesttenten, waarbij een aantal tenten wordt gehuurd voor de periode van 1 juli tot 1 september 1998 teneinde dan 1000 jaar Zutphen te vieren. De chiliastische visioenen van de vereniging worden echter ruw verstoord. Bij een geheel onvoorziene gemeentelijke herindeling wordt in 1997 Zutphen opgeheven en ingelijfd bij Deventer. Aanpassing van de overeenkomst, aldus dat tegen de vereniging wordt gezegd: gebruik de gehuurde tenten maar tegen een verlaagde prijs voor de viering van 999 jaar Zutphen, is uiteraard niet een oplossing die strookt met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Slechts ontbinding biedt hier uitkomst.

Tekortkoming

'Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.' (art. 6: 265 lid 1 BW).

In de parlementaire geschiedenis wordt ter toelichting nog onderstreept dat 'in het algemeen een teleurgestelde crediteur erop moet kunnen rekenen dat hij recht op ontbinding heeft'¹⁹.

Recent zijn twee proefschriften verdedigd waarin met kracht van argumenten wordt gepleit voor het terugdringen van de bevoegdheid tot ontbinding. Bakels heeft zich sterk gemaakt voor een benadering, waarin de aanwezigheid van een "redelijk alternatief" leidt tot een beperking van het recht op ontbinding. De bevoegdheid daartoe wordt 'aan voorwaarden gebonden, beperkt of uitgesloten, indien er voor de schuldeiser andere juridische wegen openstaan dan die van (de gekozen vorm van) ontbinding, terwijl voor de schuldenaar onnodig of anderszins onredelijk nadeel wordt veroorzaakt door de (gekozen vorm van) ontbinding'²⁰. Door Hartlief is voorgesteld de ontbindingsregels beter te laten aansluiten bij de internationale ontwikkelingen. Dat houdt naar zijn oordeel in dat de ontbinding slechts mogelijk is als zij een 'reële optie' vormt en sprake is van een 'wezenlijke tekortkoming'²¹.

Beide auteurs worden op hun wenken bediend door de UNIDROIT-principles: art.7.3.1.

*'(1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance'*²².

(2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether

a. *the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did*

not foresee and could not reasonably have foreseen such result;

b. *strict compliance with the obligation which was not performed is of essence under the contract;*

c. *the non-performance is intentional or reckless;*

d. *the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance;*

e. *the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated(...).'*

Wat opvalt is de 'topische' structuur van deze bepaling; geen vereisten maar 'topoi', gezichtspunten ('regard shall be had'). De hier geformuleerde indicaties wijzen bovendien soms in tegengestelde richting.

Een positieve beantwoording van de in a tot en met d gelegen vragen draagt bij tot de conclusie: ontbinden. Het gezichtspunt e, een onevenredig nadeel voor de tekortschietende partij, biedt uitzicht op een tegengesteld oordeel. Deze topische structuur strookt goed met de 'controversiële' omgeving waarin het ontbindingsrecht is gesitueerd: tegenstrijdige belangen moeten tegen elkaar worden afgewogen. Redelijkheid en billijkheid, good faith and fair dealing in international trade betekenen geenszins dat er geen plaats is voor confrontatie.

Is overbrugging mogelijk van de kloof die er lijkt te bestaan tussen art. 6:265 BW (iedere tekortkoming geeft de wederpartij de bevoegdheid tot ontbinding, tenzij...) en de UNIDROIT-principles (slechts ontbinding indien de tekortkoming fundamenteel is)? Veel zal afhangen van de wijze waarop de 'tenzij'-clause wordt gehanteerd. Deze clause heeft een materieel en een bewijsrechtelijk aspect. De bevoegdheid tot ontbinding vervalt indien 'de bijzondere aard of geringe betekenis' van de tekortkoming deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. De wetstekst laat voldoende speelruimte om een resultaat te bereiken dat inhoudelijk niet afwijkt van de eis dat de tekortkoming wezenlijk (fundamenteel) moet zijn. Enige afstand tot de hiervoor geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis, waarin wordt betoogd dat de teleurgestelde schuldeiser op ontbinding moet kunnen rekenen, is wel gewenst. Maar wat dan nog? Parlementaire geschiedenis is inderdaad geschiedenis; altijd instructief maar nimmer definitief.

Bovendien lijkt het erop dat de Nederlandse rechter reeds is vooruitgelopen op de door de UNIDROIT-principles geformuleerde gezichtspunten.

Simonis verkoopt aan Bugshan 19,5 ton insecticide, te leveren in fiber drums van 40 kg netto, c.i.f. Djeddah. Na aankomst blijkt de insecticide te zijn verpakt in metalen drums. Bugshan vordert ontbinding van de overeenkomst²³.

De Rechtbank is van oordeel dat Simonis zich heeft schuldig gemaakt aan een wanprestatie die zo ernstig is dat zij moet leiden tot toewijzing van de vordering tot ontbinding. Het Hof is het daarmee eens en gewaagt van 'een wezenlijke tekortkoming in de nakoming der overeenkomst door Simonis'. Het Hof stoelt zijn oordeel op de overweging dat Bugshan de overeenkomst niet zou hebben gesloten, indien zij zou hebben geweten dat in metalen drums zou worden

19. Parl. Gesch. boek 6, blz. 1005.

20. F.B. Bakels, Ontbinding van wederkerige overeenkomsten, Deventer 1993, blz. 260 e.v.

21. T. Hartlief, Ontbinding, 1994, blz. 211 e.v.

22. Onder 'non-performance' is mede begrepen 'defective performance' en 'late performance' (art. 7.1.1).

23. HR 25 juni 1971, NJ 1971, 398.

geleverd, en wel omdat de door Bugshan gewenste insecticide bestemd was om aan het Ministerie van Landbouw van Saoedie-Arabie te worden doorgeleverd en derhalve moest voldoen aan de door dit ministerie gestelde eisen, ook wat de verpakking betreft; dat voorts deze feiten ter kennis van Simonis waren gebracht; dat tenslotte, toen de insecticide toch door Simonis in metalen drums aan Bugshan is geleverd, het ministerie op deze grond heeft geweigerd de insecticide van Bugshan af te nemen.

The sound of distant drums. Het uiteraard niet plezierig voor Simonis te worden geconfronteerd met een groot aantal drums die zich bevinden ergens onder de wijde hemel van Saoedie-Arabie. In cassatie klaagt zij dat Bugshan de insecticide tegen luttele kosten had kunnen ompakken, 'waarbij Bugshan nog de metalen vaten overhield, waarvan Bugshan zeker een profijtelijk gebruik kon maken'. Tevergeefs; 's Hofs oordeel blijkt bestand tegen deze klacht. In de redengeving van het Hof herkent men gemakkelijk verschillende gezichtspunten uit de UNIDROIT-bepaling. Het was voor Bugshan in verband met haar contract met het ministerie van essentiële betekenis dat in fiber drums zou worden geleverd, zodat 'the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what he was entitled to expect under the contract'. Bovendien was dit aan Simonis kenbaar gemaakt, zodat niet kan worden gezegd dat 'the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result'. Tenslotte heeft het Hof nog overwogen dat Simonis herhaalde malen bij Bugshan erop heeft aangedrongen toestemming te verlenen tot levering in metalen drums, waarop telkens door Bugshan is geantwoord dat het ministerie weigerde verpakking in metalen drums te accepteren. Met andere woorden: zo al niet de tekortkoming 'intentional' genoemd kan worden, dan is zij toch in ieder geval 'reckless'.

De bewijsrechtelijke consequentie van de tenzij-clausule in art. 6:265 BW valt moeilijker te harmoniseren met de UNIDROIT-bepaling, die ervan lijkt uit te gaan dat de schuldeiser ter rechtvaardiging van zijn beroep ontbinding moet aantonen dat sprake is van 'fundamental non-performance'. De tenzij-structuur van art. 6:265 brengt mee dat de schuldeiser kan volstaan met het stellen en zonedig bewijzen van de tekortkoming; het is vervolgens aan de schuldenaar om aan te voeren dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. Het is evenwel de vraag welk stelsel op dit punt de voorkeur verdient. Ten voordele van de Nederlandse regel pleit in ieder geval dat het niet onredelijk lijkt van de tekortschietende schuldenaar te verlangen dat hij uiteenzet waarom door de tekortkoming de schuldeiser niet serieus wordt benadeeld, welke alternatieven voor ontbinding voorhanden zijn en wat hij op dat punt wil, en kan, bieden.

Herstel van verbroken evenwicht

Dwaling, onvoorziene omstandigheden en tekortkoming leiden tot een verstoring van het contractuele evenwicht. De verhouding tussen prestatie en wederprestatie raakt uit balans. Vernietiging en ontbinding

van de overeenkomst zijn pogingen tot herstel van het verbroken evenwicht. Herstel in de oude toestand zoals die was voorafgaande aan de overeenkomst, is het oogmerk. Maar het zijn ruwe vormen van evenwichtsherstel. Niet zelden leiden zij tot ernstig kapitaalverlies. De verkoper van de bomen van een bos dat, anders dan partijen dachten, niet 40.000 bomen telt, doch slechts 23.000, krijgt na vernietiging van de overeenkomst de bomen terug, maar moet zijnerzijds de ontvangen koopprijs teruggeven. Had hij dat geld reeds geïnvesteerd, dan kan hij hierdoor licht in een benarde situatie geraken. Bij ontbinding spreekt de wetgever eufemistisch van 'ongedaanmaking'(art. 6:271 BW). In de wereld van de feiten valt echter niets 'ongedaan' te maken. Gebeurd is gebeurd. De zeereis van de metalen drums van Rotterdam naar Djeddah valt niet ongedaan te maken. Zij kan wel opnieuw worden gemaakt, nu in omgekeerde richting, maar dat is tijdrovend en kostbaar.

Ook indien wordt gekozen voor aanpassing van de overeenkomst als alternatief voor vernietiging of ontbinding, is herstel van evenwicht het doel. Hoe moeten de tegenvallers tussen partijen worden verdeeld? Op dit punt moet onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds gevallen waarin de tegenvaller is veroorzaakt door de wederpartij en anderzijds de situatie dat beide partijen evenveel hebben bijgedragen aan het ontstaan van de tegenvaller. Voor de eerst groep valt te denken aan dwaling veroorzaakt door een inlichting of ongeoorloofd zwijgen van de wederpartij en aan nadeel veroorzaakt doordat de wederpartij is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis. De tweede groep wordt gevormd door gevallen van wederzijdse dwaling en onvoorziene omstandigheden.

Suum cuique tribuere. Met betrekking tot de eerst rubriek ligt het in de rede dat het nadeel in volle omvang ten laste van de wederpartij wordt gebracht. Art. 6:230 spreekt van een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst die het nadeel van de dwalende partij op afdoende wijze opheft. Als de mobiele kraan wel in Nederland aan het verkeer mag deelnemen, maar niet in België, ondanks de mededeling van de verkoper dat dit wel zou zijn toegestaan, en de kraan daardoor voor de dwalende koper slechts de helft waard is, zal die waardevermindering volledig voor rekening moeten komen van de verkoper.

Hetzelfde geldt ten aanzien van een tekortkoming. Is een kraan geleverd van een kleiner type en met een geringer hefvermogen dan was overeengekomen, en is de kraan daardoor voor de koper slechts beperkt bruikbaar, dan zal, zo wordt gekozen voor een 'evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties'(art. 6:270), de waardevermindering volledig ten laste komen van de tekortschietende verkoper.

Wat nu met betrekking tot de tweede groep: beide partijen hebben evenveel bijgedragen aan het ontstaan van de tegenvaller.

A verkoopt aan B een bos dat mag worden gekapt. De grond is niet in de koop begrepen. A en B hebben zich omtrent de kwantiteit en de kwaliteit van het hout laten voorlichten door C. Deze heeft als zijn mening te

kennen gegeven: dennehout en tenminste 40.000 bomen. Het eerste is juist, het tweede niet. Er blijken slechts 30.000 dennen aanwezig²⁴. Aangenomen dat hier sprake is van het geval dat beide partijen zijn uitgegaan van dezelfde onjuiste veronderstelling, dan rijst de vraag hoe de tegenvaller tussen partijen moet worden verdeeld, indien vernietiging van de koop onaantrekkelijk is. Men zou kunnen volhouden dat A dan het nadeel dat B bij instandhouding van de overeenkomst lijdt, slechts op afdoende wijze opheft door bijlevering van het hout van 10.000 dennen (of vergoeding van de waarde daarvan). Maar is dat redelijk? In dat geval wordt de tegenvaller in volle omvang afgewenteld op A. De dwaling is echter even weinig, en dus even veel, te wijten aan beide partijen. Een verdeling van de tegenvaller gelijkelijk over beide partijen, aldus dat A het hout van 5000 bomen moet bijleveren (of de waarde daarvan vergoeden), lijkt dan ook alleszins verdedigbaar. De tegenwerping dat partijen bij de bepaling van de koopprijs zijn uitgegaan van de aanwezigheid van 40.000 bomen, en dat de verkoper op deze wijze die koopprijs in de wacht sleept in ruil voor slechts 35.000 bomen, treft geen doel. Er zijn geen 40.000 bomen verkocht; een bos met 30.000 bomen is verkocht.

Aanpassing van de overeenkomst in geval van onvoorziene omstandigheden dient te geschieden 'with a view to restoring its equilibrium'. Ook hier zal dat evenwicht het best worden bereikt door een verdeling van de tegenvaller gelijkelijk over beide partijen. De Duitse rechtspraak biedt een leerzaam voorbeeld.

Een Duitse brouwerij verkoopt aan een Iraanse importeur een partij bier in blik, c.i.f. Teheran. Bij aankomst blijkt een deel van de blikjes beschadigd. Met betrekking tot de door de brouwerij verschuldigde schadevergoeding, komen partijen in november 1978 een schikking overeen, die erop neerkomt dat de importeur het recht krijgt tot 31 mei 1980 bier af te nemen tegen een verlaagde prijs. Daarvan komt echter niet veel terecht. In januari 1979 grijpt Ayatollah Khomeini de macht. Sedertdien geldt in Iran een onvoorwaardelijk verbod om alcoholhoudende dranken te importeren. Op overtreding staat de doodstraf.

Het BGH is van oordeel dat de appelrechter terecht heeft geconstateerd dat de onvoorziene gebeurtenissen in Iran hebben geleid tot een 'Wegfall der Geschäftsgrundlage'. Wat is daarvan het gevolg?

'Die Anwendung der Grundsätze über den Geschäftsgrundlage-Wegfall führt nur ausnahmsweise zur völligen Beseitigung des Vertragsverhältnisses; in aller Regel ist der Vertrag nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten und lediglich in einer den berechtigten Interessen beider Parteien Rechnung tragenden Form der veränderten Sachlage anzupassen.'

Anders dan de rechter in eerste instantie, die het nadeel van de importeur volledig voor rekening van de brouwerij had gebracht, was de appelrechter van oordeel dat de winst die de importeur vermoedelijk zou hebben gemaakt, indien de schikking normaal zou zijn uitgevoerd, slechts voor de helft door de brouwerij moest worden vergoed. Dit oordeel vindt genade in de ogen van het BGH:

'Diese Aufteilung bietet sich bei Fehlen von Anhaltspunkten, die für eine andere Verteilung sprechen könnten, an, wenn die Folgen der Grundlagenstörung nicht einer Partei allein zugewiesen werden können²⁵.'

Het ei van Columbus

De geestelijke ontwikkeling van Christoffel Columbus heeft een merkwaardig verloop gehad. Aanvankelijk een toonbeeld van sociale subtiliteit. Geen brandstapel en worgpaal om de indianen te winnen voor het H. Geloof, maar rode mutsen en glazen kralen. Zijn latere jaren getuigen van krachtdadiger optreden. Hoe blijft een ei overeind? Precies: door het met een ferme klap stuk te slaan. Een oplossing in de stijl van Alexander te Gordium.

De ontwikkeling van het contractenrecht is in omgekeerde richting verlopen. Wat is het lot van een teleurstellende overeenkomst, temidden van de verbindende en ontbindende krachten die dit rechtsgebied beheersen? Hoe moet het evenwicht tussen partijen worden hersteld? Door de overeenkomst te vernietigen of te ontbinden. Het recht was daarbij niet wars van oplossingen in de trant van Alexander en Columbus: de clausula rebus sic stantibus en de stilzwijgende ontbindende voorwaarde. Later heeft het minder ruwe vormen geïntroduceerd voor de omgang met zijn kostbaarste, maar ook meest breekbare produkt: de wederkerige overeenkomst. Het ei van Columbus komt daarbij steeds minder van pas.

Mr. J.H. Nieuwenhuis

²⁴. Een zekere verwantschap met het geval berecht in HR 17 maart 1921, NJ 1921, blz. 675 valt niet te ontkennen.
²⁵. BGH, NJW 1984, 1748.