

Universiteit
Leiden
The Netherlands

Europees contractenrecht

Franke, M.E.; Jordaans, J.P.; Reurich, L.; Smits, J.M.; Valk, W.L.; Wissink, M.H.

Citation
Franke, M. E., Jordaans, J. P., Reurich, L., Smits, J. M., Valk, W. L., & Wissink, M. H. (1995). *Europees contractenrecht*. Kluwer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/36861

Version: Not Applicable (or Unknown)
License:
Downloaded from: https://hdl.handle.net/1887/36861

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

Europees contractenrecht

BW-krant jaarboek 1995

Redactie

M.E. Franke
J.P. Jordaans
L. Reurich
J.M. Smits
W.L. Valk
M.H. Wissink



Gouda Quint — Arnhem

1995

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Europees

Europees contractenrecht / red.: M.E. Franke... [et al.]
Arnhem: Gouda Quint. — (BW-krant jaarboek, ISSN 0924-1345; nr. 11)
ISBN 90-387-0429-1 NUGI 692
Trefw.: contractenrecht; Europees recht

© 1995, Mr. O.A. Haazen, Mr. M.W. Hesselink, Prof. mr. Jac. Hijma, Mr. S.D. Lindenbergh, Mr. M.M. Olthof, Prof. mr. H.C.F. Schoordijk, Mr. J.M. Smits, Mr. W.L. Valk, Mr. M.H. Wissink

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurset 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Voorwoord

Dat Europa gediend zou zijn met een uniformering van het privaatrecht die verder gaat dan een eenmaking op deelterreinen, is een gedachte die de afgelopen jaren veel aanhang heeft verworven. Het Europees Parlement heeft in zijn resolutie van 26 mei 1989 (Pb EG 1989, C 158/400) de wenselijkheid van een uniform Europees privaatrecht onomwonden uitgesproken. Twee nieuwe tijdschriften en een ware stroom van publikaties in binnen- en buitenland zijn er de tastbare bewijzen van dat de gedachte van een Europees privaatrecht ook door vele rechtsgeleerde auteurs omarmd wordt. Verder verscheen dit jaar het eerste deel van 'The Principles of European Contract Law' van een commissie onder voorzitterschap van de Deen professor Ole Lando, die — geïnspireerd door de Amerikaanse *restatements* — een gemeenschappelijk Europees contractenrecht poogt te formuleren.

Het is echter niet de mogelijkheid of onmogelijkheid en de wenselijkheid of onwenselijkheid van een uniform Europees privaatrecht die in dit jaarboek centraal staat. Zoals gezegd, daarover is reeds veel geschreven, ook in ons land. Waar het ons om gaat is diverse leerstukken vanuit Europees perspectief opnieuw te doordenken. Want al kwam er nimmer een uniform Europees privaatrecht in de gebruikelijke zin van het woord, de redactie hoopt dat hetgeen de afgelopen jaren is begonnen, in ieder geval wel zal uitmonden in een *Europese privaatrechtswetenschap* — in een rechtswetenschap die, anders dan sinds het tijdperk van de grote codificaties doorgaans het geval is geweest, over de grenzen wil heenzien, bereid om te leren van wat elders is uitgedacht. Dit jaarboek wil een proeve van zo'n privaatrechtswetenschap-zonder-grenzen zijn. Daarbij is gekozen voor het

contractenrecht in ruime zin, dat wil zeggen met inbegrip van het algemeen deel van het verbintenissenrecht. De publikatie van het eerste deel van het werk van de commissie-Lando was voor die keus de belangrijkste aanleiding, zoals voor de hand ligt. Voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht lijken bovendien van groot gewicht de 'Principles of International Commercial Contracts' van Unidroit, al strekken de pretenties van Unidroit verder dan Europa. Ook de Unidroit Principles zijn eerst onlangs verschenen, zodat ook in dat opzicht 1995 het jaar van het Europese contractenrecht is.

Aan de diverse bijdragen gaat een korte redactionele inleiding vooraf, waarin ten behoeve van de lezer die daar nog niet eerder mee kennis maakte, kort op de totstandkoming, opzet en reikwijdte van de beide sets *principles* wordt ingegaan.

De redactie verwelkomt twee nieuwe redacteuren, namelijk Luuk Reurich en Mark Wissink. Tegelijkertijd neemt zij afscheid van Jan Smits, die sinds 1992 in de redactiewerkzaamheden een groot en buitengewoon waardevol aandeel heeft gehad. Behalve redacteur was en is Jan ook een gewaardeerd auteur van de BW-krant. De redactie hoopt vurig dat hij dat ook na zijn vertrek naar het Tilburgse zal blijven.

Leiden, oktober 1995 De redactie

Inhoud

De principles van Unidroit en van de commissie-Lando 9

The principle of gross disparity en misbruik van omstandigheden
O.A. Haazen 13

Het wijzigingsvoorstel
Martijn Hesselink 39

Imprévision
Jac. Hijma 57

Smartegeld bij tekortkomingen in de nakoming van een verbintenis
S.D. Lindenbergh 71

Causaliteitscriteria bij wanprestatie
M.M. Olthof 83

Enkele opmerkingen over de bronnen van verbintenis en 'European law in the making'
H.C.F. Schoordijk 95

Het vraagstuk van de 'initial impossibility' en de contractsvisie van de Unidroit Principles
J.M. Smits 127

Van Justinianus tot Lando: nakoming door een derde
W.L. Valk 145

Europese uitleg van onduidelijke algemene voorwaarden
M.H. Wissink 155

De *principles* van Unidroit en van de commissie-Lando

Inleiding

Zoals aangekondigd in het voorwoord van dit jaarboek, zal de redactie op deze plaats kort de betekenis uiteenzetten van de recent gepubliceerde *principles* van Unidroit, de 'Unidroit Principles of International Commercial Contracts' (Unidroit Principles), en van de commissie-Lando, de 'Principles of European Contract Law' (PECL).

Totstandkoming; opzet

In 1979 gaf Unidroit, het *International Institute for the Unification of Private Law* van de Verenigde Naties, aan een commissie van vooraanstaande juristen uit een groot aantal landen, de opdracht tot het ontwerpen van een algemeen gedeelte van het contractenrecht. Voorzitter was de Italiaanse hoogleraar M.J. Bonell. Uit ons land had A.S. Hartkamp zitting in de commissie.[1] In mei 1994 is het ontwerp goedgekeurd door de *Governing Council* van Unidroit, waarna het is gepubliceerd.[2] De *articles* gaan vergezeld van *comments*, waaraan bovendien *illustrations* zijn toegevoegd. De *comments* zijn uiterst beknopt; verwijzingen naar nationale rechtsstelsel zijn zeer zeldzaam (en dan bovendien steeds zonder bronvermelding). Wel treft men

1. Behalve Bonell en Hartkamp waren leden van de commissie: P. Brazil (Australië), P.A. Crepeau (Canada), S.K. Date-Bah (Ghana), A. di Majo (Italië), U. Drobnig (Bondsrepubliek Duitsland), E.A. Farnsworth (USA), M. Fontaine (België), M.P. Furmston (Groot-Brittannië), A. Garro (Argentinië), H. Hirose (Japan), Huang D. (China), A.S. Komarov (Rusland), O. Lando (Denemarken), D. Maskow (Bondsrepubliek Duitsland, voorheen DDR), D. Tallon (Frankrijk).
2. Rome 1994. Unidroit heeft de uitgave in eigen beheer verzorgd. Bestelling is mogelijk bij het bureau van Unidroit zelf: Via Panisperna, 28, 00184 Roma, fax: (39-6) 69941394.

diverse verwijzingen naar het Weense Koopverdrag (CISG) aan, dat een grote invloed op de inhoud van de *principles* heeft gehad.

Sinds 1980 is de commissie-Lando — naar de voorzitter, de Deen O. Lando — aan het werk, waarbij de Europese Commissie als de belangrijkste geldschieter optreedt. Uit alle EG-landen kent de commissie een lid, deels dezelfde als van de commissie die de Unidroit Principles voorbereidde. Uit Nederland nam F.J.A. van der Velden en nemen A.S. Hartkamp en E.H. Hondius aan het werk van de commissie deel. De commissie heeft vooralsnog slechts het eerste deel van de PECL gepubliceerd, dat betrekking heeft op nakoming en de gevolgen van niet-nakoming.[3] Aan het tweede gedeelte, dat betrekking zal hebben op de totstandkoming, geldigheid en inhoud van overeenkomsten en op vertegenwoordiging, wordt gewerkt. Ook de *articles* van de PECL, die behalve in het Engels ook in het Frans zijn geformuleerd, zijn voorzien van *comments* en *illustrations,* waaraan echter uitvoerige *notes* zijn toegevoegd. In deze *notes* vindt men zeer vele verwijzingen naar de wetgeving, rechtspraak en literatuur van de diverse Europese landen.

De beide regelingen stemmen inhoudelijk grotendeels met elkaar overeen. Die grote mate van overeenstemming was door de initiatiefnemers destijds niet voorzien.[4]

Reikwijdte

De Unidroit Principles noch de PECL heeft het karakter van een verdrag. Van een onmiddellijke gebondenheid kan bij beide regelingen derhalve geen sprake zijn. Wat had Unidroit respectievelijk de commissie-Lando dan met de *principles* op het oog? Beide regelingen beantwoorden die vraag in hun eerste bepaling:

3. The Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies, Dordrecht/Boston/London 1995. Bij de totstandkoming waren betrokken, behalve de reeds genoemde personen: H. Beale (Engeland; vanaf 1987), A. Bercovitz (Spanje; vanaf 1986), B. Berlioz-Houin (Frankrijk; tot 1986), M. Bianca (Italië), M.J. Bonell (Italië), I. de Magelhães Collaço (Portugal; vanaf 1986), U. Drobnig (Duitsland), A. Elvinger (Luxemburg), D. Evrigenis (Griekenland; tot 1986), R.M. Goode (Engeland), G. Horsmans (België), R. Houin (Frankrijk; tot 1986), K. Kerameus (Griekenland; vanaf 1987), B. McMahon (Ierland), G. Rouhette (Frankrijk; vanaf 1987), D. Tallon (Frankrijk), J.A. Wade (TMC Asser Instituut, Den Haag), W. Wilson (Schotland).
4. Vergelijk A.S. Hartkamp, WPNR 6131 (1994), p. 254.

Preamble Unidroit Principles:
'These Principles set forth general rules for international commercial contracts.
They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.
They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by "general principles of law", the "*lex mercatoria*" or the like.
They may provide a solution to an issue raised when it proves impossible to establish the relevant rule of the applicable law.
They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.
They may serve as a model for national and international legislators.'

Art. 1.101 PECL:
'(1) These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Community.
(2) These Principles will apply when the parties have agreed that their contract is to be governed by them.
(3) These Principles may be applied
  (a) when the parties have agreed that their contract is to be governed by "general principles of law", the "*lex mercatoria*" or the like; or
  (b) when the parties have not chosen any system of rules of law to govern their contract.
(4) These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so.'

Of het toe te passen nationale i.p.r. steeds de geldigheid van een 'rechtskeuze' voor de Unidroit Principles of de PECL zal erkennen, is natuurlijk de vraag. De ruimhartigheid waarmee het Nederlandse i.p.r. de mogelijkheid van rechtskeuze erkent,[5] geeft wat betreft ons land zeker reden tot optimisme. Maar geheel vanzelfsprekend is een erkenning van de 'rechtskeuze' toch niet; het gaat immers niet om een rechtskeuze in traditionele zin (namelijk de keuze voor het recht van een bepaald *land*).

Afgezien van gevallen van 'rechtskeuze' zullen de *principles* echter ook van belang zijn — voor rechtspraak, wetgeving en wetenschap — als een min of meer gezaghebbende formulering van het gemeenschappelijke in de verschillende nationale rechtsstelsels (vergelijk de wijze waarop in de Verenigde Staten de zogenaamde *restatements* functioneren). En wanneer het nog eens tot een uniform Europees contractenrecht komt,[6] dan ligt het voor de hand dat de

5. Sinds HR 13 mei 1966, NJ 1967, 3 m.nt. H.B. (Alnati). Vergelijk art. 3 EVO.
6. Gezien de resolutie van het Europese Parlement van 26 mei 1989 (Pb EG 1989, C 158/400) is een dergelijke unificatie beslist niet uit te sluiten, althans op

Unidroit Principles en de PECL op z'n minst belangrijke bronnen van inspiratie zullen zijn.

Zowel de Unidroit Principles als de PECL beperken zich tot het algemene contractenrecht; bijzondere bepalingen met het oog op consumententransacties ontbreken. Men achtte het consumenrecht te zeer politiek beladen.[7] Dat de Unidroit Principles geschreven zijn voor 'international commercial contracts' behoeft men gezien de *comments* niet al te serieus te nemen. Ook wat betreft de Unidroit Principles bestaat tegen een toepassing op transacties met consumenten geen bezwaar, mits men in het oog houdt dat het algemene contractenrecht van de *principles* door nationaal of Europees consumentenrecht kan worden doorkruist.[8]

termijn. Vergelijk E.H. Hondius, Naar een Europees burgerlijk recht, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht en Nederlandse Vereniging voor Europees Recht 1993.

7. Zie de *Introduction* bij de PECL, op p. xix.
8. Vergelijk comments 2-3 bij de Preamble van de Unidroit Principles.

The principle of gross disparity en misbruik van omstandigheden

*O.A. Haazen**

INLEIDING

'A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage'.

Aldus de eerste zin van art. 3.10 eerste lid van de Unidroit Principles. Het is in zijn kern hetgeen de Unidroit Principles blijkens het kopje van art. 3.10 onder 'gross disparity' verstaan. *Gross disparity* is te vertalen als 'flagrante ongelijkwaardigheid van prestaties' of 'buitensporige onevenwichtigheid', maar wordt wellicht gauwer herkend door verwijzing naar diens equivalenten in het Engelse recht, te weten *undue influence* en in Nederland misbruik van omstandigheden. Zij leggen elk de nadruk op een ander aspect van deze rechtsfiguur: de buitensporige onevenwichtigheid tussen de wederzijdse prestaties van partijen respectievelijk de beïnvloeding van het wilsvormingsproces bij de wederpartij respectievelijk ongeoorloofd gedrag waaraan de misbruiker zich schuldig maakt. Reeds deze constatering geeft stof tot nadenken. Hoewel het te ver zou voeren de Engelse, de Nederlandse en de Unidroit-regels louter op grond van hun benaming te typeren, is het niettemin nuttig deze drie aspecten te onderscheiden.

Het doel van deze verhandeling is tweeërlei. In de eerste plaats wordt een bespreking en bekritisering van de regeling van *gross disparity* in de Unidroit Principles beoogd. Daarnaast is het zinvol te komen tot een reflectie op het eigen leerstuk van misbruik van omstandigheden. Ondertussen zijn deze twee doelstellingen nauw verweven. Beide leerstukken hebben namelijk hun *roots* in het

* Mr. O.A. Haazen is als assistent in opleiding verbonden aan de Katholieke Universiteit Brabant.

Engelse recht, zijn althans voornamelijk daardoor beïnvloed. Bij de behandeling van *gross disparity* en misbruik van omstandigheden is het daarom van belang niet alleen de overeenkomsten en verschillen tussen die twee te onderzoeken, maar in het bijzonder ook de relatie van elk van beide tot hun gemeenschappelijke bron. Naast deze 'wetshistorische' en rechtsvergelijkende interpretatie zal ik een systematische interpretatie van de *gross disparity*-regeling beproeven. Voorwaarde voor uniforme interpretatie van de Principles is in elk geval dat zij passen bij de rechtsgemeenschap en de activiteiten waarvoor zij zijn bestemd alsook dat zij 'internally consistent' zijn.[1] Het is bovendien interessant te bezien wat de onderliggende gedachte of grondslag is van de onderhavige regelingen. Het is in het bijzonder het antwoord op die vraag die in staat stelt de reikwijdte van *gross disparity* vast te stellen.[2]

Er zijn drie grondslagen te onderscheiden: billijkheid, wilsgebrek, onrechtmatigheid. Welke ligt ten grondslag aan de drie genoemde regelingen en is deze wel steeds dezelfde? Welke consequenties heeft het antwoord voor de uitleg van de regels? Terecht wijst Hyland[3] erop dat, wanneer er een tegenspraak bestaat tussen de onderliggende principes en fundamentele premissen in verschillende richtingen wijzen, er geen garantie is voor een uniforme uitleg door rechterlijke instanties van verschillende landen.

In een informatieve bijdrage in 'Towards a European Civil Code' doet Van Rossum een poging de 'overall characteristic (...) which can constitute the underlying conditions towards an unification of European rules'[4] te formuleren. Haar conclusies lijken bovendien relevantie te hebben voor vrijwel de gehele wereld, althans voorzover onder te brengen bij 'the Anglo-American system/the common law tradition, as represented by English law, the civil law tradition, as represented by French law for the Roman law system and German law for the

1. R. Hyland, On Setting Forth the Law of Contract: A Foreword, American Journal of Comparative Law, Vol. 40 (1992), blz. 542.
2. Zulks is in overeenstemming met art. 1.6 Unidroit Principles dat oproept rekening te houden met 'their international character (...), their purposes including the need to promote uniformity in their application' en 'their underlying principles'.
3. A.w. (noot 1), blz. 543.
4. M.M. van Rossum, Defects of Consent and Capacity in Contracts Law, in: A.S. Hartkamp e.a., Towards a European Civil Code, Nijmegen 1994, blz. 135 en 156.

German law system and Dutch law as an illustration of new legislation.'[5] Het illusoire karakter van zulk een unificatie blijkt reeds uit de ongeoorloofdheid van deze generalisatie. De kern van de zaak is volgens haar dat *rescission for undue influence* mogelijk is, indien[6] de ene partij door de andere tot contracteren wordt bewogen, doordat ('because'?) misbruik wordt gemaakt van de uit een vertrouwensrelatie voortvloeiende invloed, danwel sprake is van misbruik van *mental, moral or economic domination*, tenzij de misbruiker alles heeft uitgelegd of heeft aangeraden onafhankelijk advies te vragen.

De door Van Rossum geformuleerde *overall characteristic* is niet overgenomen door de Unidroit-commissie, die zich op in vele (of alle) rechtsstelsels bestaande concepten baseert. In de Principles is echter ook opgenomen wat nog niet algemeen aanvaard is, maar als 'beste oplossing' gezien de behoeften van het internationale handelsverkeer, wordt ervaren.[7] Van dit oordeel zullen de Unidroit Principles het in voorkomend geval dan ook moeten hebben; zij zijn immers geen bindend instrument. Hun aanvaarding is afhankelijk van de huidige consensus omtrent hetgeen waarmee de internationale handel het meest gediend is.[8]

Gross disparity

Een partij bij een overeenkomst kan deze geheel of gedeeltelijk vernietigen, indien de overeenkomst ten tijde van zijn totstandkoming 'unjustifiably gave the other party an excessive advantage'. Van

5. A.w. (noot 4), blz. 135-136 en 156.
6. 'When', maar bedoeld is 'if': vernietiging op het moment van beïnvloeding zelve is uit de aard der zaak een illusie. Vgl. art. 3.15 (1) Unidroit Principles en art. 3:52 lid 1 onder b BW, waarover C.J. van Zeben, De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden, diss. Utrecht, Zwolle 1960, blz. 122 en 123.
7. Unidroit Principles for International Commercial Contracts, Comments, Rome 1994, blz. VIII.
8. Comments, blz. IX; R. Hyland, a.w. (noot 1), blz. 542-543. Voor de vraag of de Unidroit Principles kunnen worden gezien als 'restatement of the common core' van 's werelds contractenrecht of de *lex mercatoria*, zie — in verschillende zin — J.M. Perillo, Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review, Fordham Law Review, 63 (2) 1994, blz. 283, R. Hyland, t.a.p., A.S. Hartkamp, Principles of Contract Law, in: Towards ..., blz. 39.

cruciale betekenis voor de interpretatie van art. 3.10 Unidroit Principles is de vraag wat moet worden verstaan onder *unjustifiably*.

In de eerste plaats is duidelijk dat het loutere bestaan van buitensporig voordeel niet per definitie *unjustifiable* is. Het oordeel omtrent de ongerechtvaardigheid van het voordeel is afhankelijk van de beoordeling 'van alle relevante omstandigheden van het geval'. Dit lijkt nogal ruim omschreven, temeer daar de bestemming van bepaalde factoren tot relevante omstandigheden niet limitatief is omschreven ('among other factors', art. 3.10 (1) Unidroit Principles). De Toelichting noemt als factoren die het *unjustifiable* karakter bepalen *unequal bargaining position,*[9] *nature and purpose of the contract* en andere factoren.[10] Wat dan ongerechtvaardigd is in verband met de eerstgenoemde omstandigheid wordt enigszins verduidelijkt door lid 1 onder (a). Deze alinea noemt *dependence*, *economic distress*, *urgent needs*, *improvidence*, *ignorance*, *inexperience* en *lack of bargaining skill*, doch slechts voorzover de ene partij 'has taken unfair advantage'. Deze opsomming op haar beurt *begs the question*, want kennelijk is gebruikmaking van genoemde omstandigheden op zichzelf nog niet *unfair*.

De ongerechtvaardigdheid van het buitensporig voordeel kan, zelfs zonder dat van de zwakke onderhandelingspositie van de wederpartij misbruik is gemaakt, eveneens blijken uit de aard en het doel van de overeenkomst. Tot de overige factoren behoren bijvoorbeeld 'the ethics prevailing in the business or trade',[11] wellicht in het Nederlands te vertalen als de heersende handelsethiek of de verkeersopvatting.

De benadeelde partij kan de rechter verzoeken de overeenkomst aan te passen, teneinde deze in overeenstemming met 'reasonable commercial standards of fair dealing' te brengen (art. 3.10 (2) Unidroit Principles). Ook de andere partij kan zulk verzoek tot de rechter richten, zelfs na ontvangst van het bericht van vernietiging door de benadeelde partij (art. 3.10 (3) Unidroit Principles). Hoewel dit niet spreekt van *reasonable commercial standards*, moet worden aangenomen dat de bevoordeelde partij zich bereid moet verklaren de overeenkomst in die zin aan te passen of de overeenkomst reeds dienover-

9. Door J.M. Perillo, a.w. (noot 8), blz. 293 aangeduid als *vulnerability*.
10. Comment 2 bij art. 3.10 Unidroit Principles.
11. Comment 2, t.a.p.

eenkomstig moet uitvoeren (artt. 3.10 (3) jo 3.13 (2) jo 3.13 (1) en art. 1.7 Unidroit Principles). Het bericht van vernietiging verliest door zodanige aanpassing of uitvoering zijn werking (art. 3.13 (2) Unidroit Principles). Voorwaarden zijn wel dat het verzoek onverwijld wordt ingediend, de benadeelde meteen van het verzoek op de hoogte wordt gesteld en laatstgenoemde niet reeds vertrouwend op de vernietiging gehandeld heeft.

De weg naar de rechter of arbiter[12] is uiteraard niet de enige mogelijkheid. Beide partijen kunnen ook elkaar verzoeken de overeenkomst aan te passen oftewel te heronderhandelen.[13]

Een overeenkomst is op gelijke voet vernietigbaar, indien de *gross disparity*-situatie is toe te rekenen aan een derde persoon voor wiens handelen de bevoordeelde partij 'responsible' is of indien *deze derde* van zulke *gross disparity*-situatie wist of behoorde te weten (art. 3.11 (1) Unidroit Principles). Is de bevoordeelde partij niet *responsible* voor de derde, dan is de overeenkomst slechts vernietigbaar, indien *gross disparity* aan de derde is toe te rekenen èn *de bevoordeelde partij* òf wist of behoorde te weten van de *disparity* òf ten tijde van de vernietiging nog niet in vertrouwen op de overeenkomst gehandeld heeft (art. 3.11 (2) Unidroit Principles).[14]

Wanneer en voor wie een partij *responsible* is, wordt in de Principles zelf niet geregeld. De toelichting[15] wijst op

'a variety of situations ranging from those in which that person is an agent of the party in question to those where the third person acts for the benefit of that party on its own initiative.'

12. Art. 1.10 Unidroit Principles.
13. Art. 1.3 Unidroit Principles: 'A contract (...) can (...) be modified (...) by agreement.'
14. In tegenstelling tot bijvoorbeeld de Franse en Nederlandse terminologie (*responsable*, aansprakelijk) moet *responsible* worden onderscheiden van *liable*. *Liable (for damages)* is de bevoordeelde partij, wanneer deze wist of behoorde te weten van de grond voor vernietiging, in casu *gross disparity* (art. 3.18 Unidroit Principles), hetgeen in één geval van art. 3.11 (2) per definitie zo is. Zou men *responsible* interpreteren als aansprakelijk in algemene zin (inclusief schadevergoedingsplichtig), dan zou art. 3.11 (2) in dat geval onmogelijk en zinloos zijn. De bevoordeelde partij zou immers tegelijk niet aansprakelijk en aansprakelijk moeten zijn. *Responsible* komt derhalve meer in de richting van 'verantwoordelijk', 'toe te rekenen' of iets dergelijks.
15. Comment 1 bij art. 3.11 Unidroit Principles.

De Principles roepen evenmin als de toelichting aansprakelijkheid (in de zin van verantwoordelijkheid, toerekening) voor vertegenwoordigers en zaakwaarnemers in het leven, laat staan aansprakelijkheid voor een onbestemde *variety of situations* die daartussen zou moeten zitten. De vraag naar *responsibility* moet derhalve aan de diversiteit van nationale rechtsstelsels worden gelaten. Uniforme interpretatie van art. 3.11 Unidroit Principles ligt niet in de lijn der verwachting.

Unjustifiably excessive advantage

Terug naar het eerste lid van art. 3.10 Unidroit Principles. Niet alleen moet het voordeel voor de ene partij *unjustifiable* zijn, vereist is bovendien dat het buitensporig (*excessive*) is. Enkele verstoring van het contractuele evenwicht is niet buitensporig.

'What is required is that the equilibrium of performance is in the circumstances so great as to shock the conscience of a reasonable person'.[16]

Dit is een opvallend punt in het licht van het Nederlands recht dat nu juist blijkens de parlementaire discussie bewust niet alleen de eis van buitensporigheid, maar zelfs het gehele nadeelvereiste in het kader van misbruik van omstandigheden heeft laten vallen.[17] Hoe dit te verklaren, gezien de toch gemeenschappelijke kern en onderliggende principes? *Back to the roots*.

Het Engelse leerstuk van *undue influence* onderscheidt twee categorieën: de (zeldzame) gevallen, waarin *actual undue influence* bewezen wordt[18] en die waarin sprake is van *presumed undue influence*.[19] Bij de laatste gaat het om het bestaan van een vertrouwensrelatie op grond waarvan het redelijk is *prima facie* een vermoeden van misbruik van dat vertrouwen aan te nemen. Dit vermoeden wordt weerlegd door het bewijs dat de partij wel degelijk vrij was in haar beslissingen. De 'presumption cases' worden op hun beurt onderscheiden in bepaalde verhoudingen, waarin van rechtswege het vermoeden rijst en de overige, waarin eerst het bestaan van een vertrouwensband dient te worden bewezen.

16. Comment 1 bij art. 3.10.
17. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 213.
18. Bijv. *CIBC Mortgages plc* v. *Pitt* [1993] 4 All ER, 433.
19. *BCCI* v. *Aboody* [1992] 4 All ER 955; alles helder samengevat in *Barclays Bank plc* v. *O'Brien* [1993] 4 All ER 417, 423, *per* Lord Browne-Wilkinson.

Wat is nu de rol van (buitensporig) nadeel? Dit punt kwam tien jaar geleden in het Engelse recht aan de orde. Slade LJ van het Court of Appeal achtte het mogelijk

'that the relationship and influence arising therefrom has been abused, even though the transaction is, on the face of it, one which, in commercial terms, provides reasonably equal benefits for both parties.'[20]

Deze visie wordt uitdrukkelijk verworpen door de House of Lords. Lord Scarman:

'(T)he Court of Appeal erred in law in holding that the presumption of undue influence can arise from the evidence of the relationship of the parties without also evidence that the transaction itself was wrongful in that it constituted an advantage taken of the person subjected to the influence (...).'[21]

Dit is een interessante uitspraak in drieërlei opzicht.

Ten eerste: een vermoeden van *undue influence* rijst pas bij gebleken misbruik. Terwijl aldus de onredelijke beïnvloeding niet bewezen hoeft te worden, is wel vereist dat komt vast te staan 1. een bepaalde verhouding tussen partijen en 2. dat de contractsluiting zelve *wrongful* (ongeoorloofd, onrechtmatig) was.

Ten tweede: de ongeoorloofdheid zit hem in het voordeel trekken uit een bepaalde (vermoedelijk onredelijk beïnvloede) persoon ('wrongful in that it constituted an advantage'). Lord Scarman[22] vervolgt:

'The wrongfulness of the transaction must, therefore, be shown: it must be one in which an unfair advantage has been taken of another.'

Kortom: een vermoeden van *undue influence*, indien (bewijs van) een vertrouwensrelatie tussen partijen plus (bewijs van) *wrongfulness*, die bestaat in (bewijs van) bevoordeling/benadeling.

Ten derde: hieruit mag slechts worden afgeleid dat benadeling als voorwaarde voor een *vermoeden* van *undue influence* geldt. In gevallen waarin *daadwerkelijk* sprake is van onredelijke beïnvloeding (dus *actual undue influence* is bewezen), is dit gedrag reeds voldoende: bewijs dat de aangegane overeenkomst ook *manifestly disadvan-*

20. *National Westminster Bank Plc.* v. *Morgan* 686, 703.
21. *National Westminster Bank Plc.* v. *Morgan*, 1 A.C. [1985] 686, 704.
22. Blz. 707.

tageous was voor de wederpartij is dan niet vereist en een verweer dat van benadeling geen sprake is, sorteert geen effect.[23]

Wat doet nu art. 3.10 (1) Unidroit Principles? Enerzijds wordt *excessive advantage/manifest disadvantage* als voorwaarde gesteld, ook in geval van *actual undue influence*, waar het Engels recht dat uitdrukkelijk afwijst. Anderzijds worden de *presumption cases*, waar het Engels recht wel deze eis stelt, weggemoffeld. Het artikel noemt immers slechts expliciet 'the *fact* that the other party *has taken* unfair advantage'. Aangezien het een niet-limitatieve opsomming van relevante factoren betreft en deze noch noodzakelijke noch voldoende voorwaarden zijn voor vernietigbaarheid, is het echter geenszins uitgesloten dat rechters in het bewijs van benadeling en van een vertrouwensrelatie tussen partijen het vermoeden van onredelijke beïnvloeding zien en dit, hoewel onredelijke beïnvloeding geen vereiste is, als factor in het oordeel omtrent *unjustifiable* betrekken. Er is geen reden om aan te nemen dat de opstellers van de Principles zulks hebben willen uitsluiten. Is het niet vermelden van de *presumption cases* niet ingegeven door het besef dat bewijsaangelegenheden minder goed in een regeling van materieel recht passen?

Evenmin als in de Principles komt de vermoedens-constructie in het Nederlands wetboek voor, maar ook onredelijke beïnvloeding is geen criterium voor vernietiging. Hoewel Meijers placht te spreken van onredelijke beïnvloeding, is in het Nederlandse recht thans deze aan het Engelse recht ten grondslag liggende gedachte opgegeven. Met de *actual undue influence* verviel uiteraard ook de zin van onevenredige benadeling als voorwaarde voor een vermoeden van zodanige beïnvloeding. Wel is benadeling nog een van de sterkste aanwijzingen waaruit onredelijke invloed is af te leiden, maar niet de enige.[24]

Onder verwijzing naar deze opmerking van Meijers stellen sommige schrijvers dat nadeel een sterke aanwijzing, maar geen vereiste voor *misbruik* is. De strijdvraag zou daarmee voor het geldend recht zijn beslecht.[25] Ik betwijfel of dat terecht is.

Men moet niet vergeten dat voor Meijers misbruik gelijkstond met onredelijke beïnvloeding. Voor dit soort van gevallen achtte Meijers

23. *CIBC Mortgages plc* v. *Pitt* [1993] 4 All ER 433, 434, 439.
24. Aldus Meijers, Hand. II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 207-208. Zie voor de 'Engelse' constructie art. 3.2.10 lid 4 OM.
25. Asser-Schut-Hijma, 1994, nr. 257; eender Asser-Hartkamp II, 1993, nr. 215.

benadeling noodzakelijk.[26] Dit pleit lijkt hij, evenals het Court of Appeal, te hebben verloren. Het is de vraag of met het verdwijnen van onredelijke beïnvloeding niet de bodem onder de discussie is weggevallen. Het PvdA-kamerlid Zeelenberg noemt als voorbeeld van een overeenkomst die ingevolge onervarenheid, *ongeoorloofde pressie* en dus onder misbruik van omstandigheden is totstandgekomen en die in wezen toch niet onereus is 'een onder sterke drang gesloten huurovereenkomst, waarvan de verplichtingen de draagkracht van de huurder niet te boven gaan en waar de huurder, die haar gesloten heeft, toch vanaf wil, wanneer hij later rustig overweegt'.[27] Dit voorbeeld heeft duidelijk betrekking op onredelijke beïnvloeding en reeds daar kan men zich afvragen of vernietigbaarheid in dat geval nu zo rechtvaardig is. 'Dan zou het een dwaas zijn die niet benadeeld is en desniettemin toch een beroep op die omstandigheden zou gaan doen.'[28] Is dan de enige reden om het nadeelvereiste te laten vallen de wens om irrationele en onnavolgbare wilsbesluiten te beschermen?[29]

Zou men dit misschien nog aanvaardbaar achten, het wordt anders als misbruik wordt uitgekleed door het wegvallen van ongeoorloofde pressie/onredelijke beïnvloeding. Opmerkingen als 'nadeel is een aanwijzing, maar geen vereiste voor misbruik' hebben daardoor een andere betekenis dan ten tijde van Meijers. Met het Engelse recht heeft dit misbruik zonder nadeel in elk geval niets meer te maken.

Dit geldt nog sterker als vervolgens in het Gewijzigd Ontwerp misbruik helemaal tot een hol begrip wordt gemaakt. Niet langer gaat het er om dat iemand een ander tot een rechtshandeling heeft bewogen,[30] maar dat deze het totstandkomen van die rechtshandeling heeft bevorderd (art. 3.2.10 lid 4 GO, thans art. 3:44 lid 4 BW). Dit bevorderen kan bestaan in het enkele ontvangen van de verklaring van de wederpartij. Het initiatief hoeft niet van de misbruiker te zijn

26. Hand. II en TM, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 207-209.
27. Idem, blz. 206-207.
28. Meijers, Hand. II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 209.
29. M.i. zou een vordering tot vernietiging in dat geval moeten worden afgewezen wegens gebrek aan belang (art. 3:303 BW). Vgl. A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk wetboek, Deventer 1990, nr. 71.d.
30. Art. 3.2.10 lid 4 OM en RO.

uitgegaan.[31] Daardoor vormt het enkele aangaan van een overeenkomst in bepaalde omstandigheden reeds misbruik.

MISBRUIK

Wat is er dan mis met misbruik? Gelukkig is het mogelijk dit naakte begrip weer aan te kleden.

Wat we hier hebben is het samenvallen van enerzijds bijzondere omstandigheden en anderzijds ongeoorloofd handelen. Zonder bijzondere omstandigheden is het bevorderen van een overeenkomst geen misbruik, zonder bevorderen evenmin.[32]

Art. 3:44 lid 4 BW vereist misbruik, dat wil zeggen het bevorderen van de totstandkoming 'ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden'. Volgens Hartkamp[33] is dat alleen het geval indien de overeenkomst nadelig is. Hiermee ben ik het eens. Een behoren is een ander woord voor een norm. Het feit dat een schending ervan door art. 3:44 lid 1 BW met vernietigbaarheid bedreigd wordt, maakt het tot een rechtsnorm. Wat is de inhoud van die rechtsnorm? In elk geval niet: gij zult geen misbruik maken van omstandigheden of, anders geformuleerd, gij zult iemand die reeds door bepaalde bijzondere omstandigheden tot een rechtshandeling wordt bewogen, niet ook nog eens bevorderen te contracteren; zulks zou immers art. 3:44 lid 4 tot een tautologie maken. De tautologie wordt slechts voorkomen door aan de ene kant van het =-teken ('gij behoort u van contracteren te weerhouden') iets anders te zetten dan aan de andere kant: handel niet in strijd met een wettelijke plicht of met een plicht die door ongeschreven recht wordt opgelegd. De wettelijke plicht is te vinden in bijvoorbeeld artt. 951 e.v. Boek 4 BW. Voor het overige luidt de rechtsplicht naar ongeschreven recht: laat na om iemand die door bepaalde bijzondere omstandigheden daartoe wordt bewogen, te bevorderen om een rechtshandeling te verrichten, *die voor hem (grovelijk) nadelig is*.[34]

31. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 212-213; Asser-Schut-Hijma, nr. 256.
32. Asser-Schut-Hijma, nr. 256.
33. Asser-Hartkamp II, nr. 216.
34. Vgl. HR 24 mei 1968, NJ 1968, 252 en C.J. van Zeben, a.w. (noot 7), blz. 48 en 111: de ongeoorloofdheid uit zich in benadeling. In het bijzonder wanneer het bevorderen volledig passief is en slechts bestaat in het ontvangen van de verklaring van de wederpartij, moet m.i. nadeel als bijkomende omstandigheid worden geëist. Het enkele aangaan van een overeenkomst is uiteraard niet onrechtmatig.

Dit sluit aan bij de Principles en, voorzover mogelijk, bij het Engelse recht. Waar onredelijke beïnvloeding (stellig een onrechtmatige daad) niet bewezen hoeft te worden (in Nederland wegens afschaffing van dit criterium; in Engeland vanwege de vermoedensconstructie) moet (buitensporige) benadeling bewezen worden.[35] Zulk handelen is, als strijdig met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 2 BW).[36] Men vergelijke voor deze gedachte de meest bekende ongelijkheidsrelatie, waarbij de sterkere partij haar wil kan opleggen, namelijk die tussen overheid en burger.[37] Bij de onrechtmatige overheidsdaad maakt eveneens de benadeling door het niet aanbieden van schadevergoeding de gedraging onrechtmatig,[38] terwijl er geen onrechtmatigheid is, wanneer aan de belangen van de benadeelde tegemoet wordt gekomen door enigerlei vorm van vergoeding toe te kennen.[39]

Volgens Hijma en Hartkamp is misbruik van omstandigheden 'vrijwel steeds', 'vrijwel per definitie', 'in de regel', 'onder omstandigheden' een onrechtmatige daad.[40] Bij deze reserves valt wellicht te denken aan het aanbieden van schadevergoeding, derhalve het geval dat de bevoordeelde partij een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze opheft (art. 3:54 lid 1 BW).[41] Ik laat het graag over aan de participanten in de discussie over de (on)rechtmatige overheidsdaad uit te maken of in zodanig geval de wederpartij geen bevoegdheid heeft een beroep op misbruik van omstandigheden te doen, omdat die actie geblokkeerd is, *hoewel* onrechtmatigheid en misbruik aanwezig zijn of *omdat* van onrechtmatigheid en misbruik geen sprake is.

35. Zie hierboven onder 'ten eerste' en 'ten tweede'.
36. Rb Maastricht 11 mei 1989, NJ 1990, 623. Vgl. Asser-Hartkamp II, t.a.p.: 'een onjuiste en laakbare gedraging waarvan de wederpartij zich naar maatstaven van maatschappelijk behoren had moeten weerhouden'; Vermogensrecht (Hijma), art. 44 lid 1, aant. 34. Vgl. *Cornish* v. *Midland Bank plc* [1985] 3 All ER 513 (*negligence*).
37. Die relatie wordt overigens lang niet altijd door ongelijkheid gekenmerkt.
38. Zie jurisprudentie vermeld in Onrechtmatige Daad I (Van Nispen), art. 168, aant. 12.
39. Hof Den Haag 23 maart 1989, NJ 1990, 151.
40. Asser-Schut-Hijma, nrs. 251 en 255; Asser-Hartkamp II, nr. 487. Zie ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 213.
41. Vgl. Vermogensrecht (Hijma), art. 44 lid 1, aant. 35.

Er is steun te vinden voor een dergelijke benadering in de Parlementaire Geschiedenis, waar wordt overwogen dat het oordeel of een partij zich van het sluiten van een overeenkomst had behoren te weerhouden *steeds* mede is gebaseerd op het feit dat die overeenkomst voor de wederpartij nadelig is. Hoeveel nadeel is dan vereist? Zoveel, dat deze de overeenkomst wegens dat nadeel niet zou hebben geaccepteerd zonder de druk van de omstandigheden.[42] De MvA II stelt voorts dat er geen verschil in resultaat bestaat tussen art. 3:44 lid 4 BW en het oude recht. Er wordt onder meer verwezen naar Van Elmbt/Feierabend.[43] In dit arrest overweegt de Hoge Raad, dat

'in zoverre misbruik van omstandigheden (...) steeds benadeling van die wederpartij zal inhouden;

dat echter (...) geenszins noodzakelijk een bepaalde mate of een bepaalde vorm van benadeling aanwezig behoeft te zijn (...)'.

Met andere woorden: enig nadeel is vereist, onevenredig nadeel niet.[44]

Voor vernietiging op grond van misbruik van omstandigheden is een causaal verband tussen de bijzondere omstandigheden en het verrichten van de rechtshandeling nodig. Hoewel het normaliter wel aanwezig zal zijn, zou niet vereist zijn dat tussen het misbruik en de rechtshandeling causaliteit bestaat. Immers, aldus de MvA II,[45] eigen initiatief van de profiteur is niet vereist. Hij kan ook rustig afwachten tot zijn prooi zich tot hem wendt en vervolgens zijn slag

42. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1148.
43. HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104.
44. (Onevenredig) nadeel was aanwezig in HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 (vrijwaringsbeding (Bovag-clausule) onevenredig grote last voor benadeelde partij), Hof Den Haag 22 december 1983, NJ 1985, 860 (bewilliging opmaken van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk), Hof Den Bosch 19 december 1990, NJ 1991, 407 (toestemming aan verhuurder ter uitvoering van werkzaamheden, waartegen huurders bezwaren hadden), Rb Den Bosch 17 februari 1984, NJ 1985, 145 (bezwaarlijke overeenkomsten, t.w. beëindigingsovereenkomst en nieuwe arbeidsovereenkomst met proeftijdbeding) en Rb Utrecht 7 april 1961, NJ 1962, 179 (uitermate nadelige verkoop van huizen, onevenredig grote benadeling). Vgl. ook Hof Amsterdam 24 november 1988, NJ 1989, 907: geen misbruik van omstandigheden, want geen overbelasting van zijn draagkracht (nadeel), zodat niet gezegd kan worden dat appellant zonder de bijzondere omstandigheden de overeenkomst niet zou hebben gesloten.
45. Parl. Gesch. Boek 3, blz. 213.

slaan.[46] Dit argument is onbegrijpelijk, want ook zonder initiatief is 'zijn slag slaan' bevorderen en dus misbruik.[47] Er is dan wel degelijk een causaal verband tussen misbruik en rechtshandeling. Als gezegd, is slechts bevorderen van een nadelige overeenkomst misbruik, zodat de causaliteit betrekking moet hebben op de bijzondere omstandigheden, misbruik en nadeel.[48]

De wilsgebrekgedachte

In het voorafgaande is er voor gepleit in elk geval onrechtmatigheid als grondslag voor misbruik van omstandigheden te aanvaarden. Alvorens dit in het verband van de Principles te bespreken, moeten de concurrerende grondslagen worden bezien. Moet de grondslag voor *undue influence*, *gross disparity* en misbruik van omstandigheden niet veeleer worden gezocht in de omstandigheid dat de wil van de handelende persoon op onzuivere wijze is gevormd, i.e. een wils-(vormings)gebrek? Afgezien van het feit dat de gebrekkige wil niet de onrechtmatigheid als grondslag uitsluit,[49] moet het antwoord genuanceerd zijn. Het Nederlandse misbruik van omstandigheden is onmiskenbaar een wilsgebrek.[50] Dat was het echter niet naar oud recht. Als strijdig met de goede zeden had de overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak (artt. 1371, 1373 BW (oud)) en was (absoluut) nietig.[51]

Toch is ook in het huidige recht de wilsgebrekgedachte niet helemaal doorgevoerd. Als zuiver wilsgebrek zou het immers niet moeten uitmaken *wie* zich aan het misbruik heeft schuldig gemaakt. Lid 5 zondert evenwel het beroep erop uit jegens de wederpartij die geen reden had het bestaan van het gebrek te veronderstellen.[52]

46. Asser-Schut-Hijma, nr. 256; Asser-Hartkamp II, nr. 213.
47. MvA II, t.a.p.
48. Dit is i.o.m. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1148; Hof Amsterdam 24 november 1988, NJ 1989, 907; en R.P.J.L. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, Deventer 1994, blz. 103.
49. Zie art. 3:44 leden 2-3 BW.
50. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1148; Asser-Schut-Hijma, nr. 251, Asser-Hartkamp II, nr. 209, R.P.J.L. Tjittes, a.w. (noot 48), blz. 101, M.H.S. Lebens-de Mug, Het wilsgebrek misbruik van omstandigheden, diss. Nijmegen, Zwolle 1981, blz. 43.
51. HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 (Bovag II); Asser-Hartkamp II, nrs. 209 en 212, M.H.S. Lebens-de Mug, a.w. (noot 50), blz. 80-82, zie echter blz. 123 e.v.
52. Zie Jac. Hijma, Bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden door een

De gedachte in het Engels recht is ook die van de niet-vrije wilsvorming, althans bij *actual undue influence*. Men vergelijke *Williams* v. *Bayley*:[53]

'the security given for the debt of the son by the father under such circumstances, was not the security of a man who acted with that freedom and power of deliberation that must, undoubtedly, be considered as necessary to validate a transaction of such a description.'

Bovendien wordt het vermoeden van *undue influence* weerlegd door aan te tonen dat de benadeelde partij onafhankelijk advies had gekregen, zodat de overeenkomst een *free exercise of independent will* was.[54] Hetzelfde wordt gesuggereerd door de nauwe band van *undue influence* met *duress* ('coercion of the will, so as to vitiate consent').[55] Desalniettemin is de wilsgebrekgedachte in het Engelse recht te impliciet en betwist om echt als grondslag te kunnen worden gezien. Lindley LJ zet de wilsgebrekgedachte af tegen de onrechtmatigheidsgedachte:

'The Principle must be examined. What, then, is the Principle? Is it that it is right and expedient to save persons from the consequences of their own folly? Or is it that it is right and expedient to save them from being victimised by other people?

In my opinion, the doctrine of undue influence is founded upon the second of these principles.'[56]

In de Unidroit Principles is *gross disparity* opgenomen onmiddellijk na de regeling van de wilsgebreken *mistake, fraud* en *threat*. Hartkamp[57] ziet *gross disparity* als een *defect of consent*. Drobnig,[58] ontwerper van *Chapter 3*, onderscheidt *gross disparity* echter duidelijk van de wilsgebreken. Volgens hem vormt *gross disparity* 'redress for substantive injustice'. De titel van zijn artikel ('Substantive validity') wekt bovendien de indruk dat het ten aanzien van de geldigheid gaat om materiële eisen, zoals de billijkheid. Neemt men echter de

derde: art. 3.2.10 lid 5 NBW, in: BW-krant jaarboek, Leiden 1988, blz. 133.

53. (1866) L.R. 1 H.L. 200, *per* Lord Westbury.
54. *Allcard* v. *Skinner* (1887) 36 Ch.D. 145.
55. *Pau On* v. *Lau Yiu Long* [1980] A.C. 614, 636.
56. *Allcard* v. *Skinner* (1887) 36 Ch.D. 145.
57. The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code, in: CJHB, Brunner-Bundel, Deventer 1994, blz. 131.
58. Substantive Validity, American Journal of Comparitive Law, Vol. 40 (1992), blz. 639-640.

billijkheid in plaats van de gebrekkige wilsvorming als grondslag, dan zou *gross disparity* eerder een materieel geldigheidsgebrek dan een totstandkomingsgebrek moeten zijn. Een argument tegen die visie zou dan zijn, dat de Principles voor de geldigheid van de overeenkomst *consideration* (laat staan *adequacy of consideration*) of *causa* niet vereisen.[59]

Art. 1.3 Unidroit Principles luidt:

'A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles.'

In het kader van art. 1.3 Unidroit Principles vormen de artt. 3.4-3.11 Unidroit Principles een uitwerking van de eerste zin ('a contract validly entered into') en niet van de tweede, die onder meer ziet op *termination. Termination* moet worden opgevat in de zin van ontbinding en van beëindiging door wilsovereenstemming. Weliswaar wordt deze term in de Engelse rechtstaal ook in feitelijke zin gebruikt: beëindiging van de overeenkomst op welke wijze dan ook.[60] Blijkens het gebruik van *termination* in sectie 7.3 in de zin van ontbinding wegens niet-nakoming, moet de term worden onderscheiden van *avoidance* (vernietiging). *Avoidance* staat dan in verband met een geldigheidsgebrek, *termination* met nakomingsgebreken. Zie ook de titel van hoofdstuk 3 ('Validity').

Niettemin moet aan dit systematisch argument niet te veel waarde worden gehecht. Kwalificaties als 'geldigheid' of 'totstandkoming' zijn enigszins arbitrair. Dat de Unidroit-commissie er moeite mee had, blijkt uit het feit dat een aantal bepalingen aangaande vormvereisten (artt. 3.1.(1)-(3) Unidroit Principles versie 1992) zijn overgeplaatst van het hoofdstuk *Validity* naar *Formation* en *General Principles* (artt. 1.2, 2.17, 2.18 Unidroit Principles).

Dat de gebrekkige wil centraal staat, wordt gesuggereerd door art. 3.15, dat de termijn voor vernietiging laat lopen vanaf het moment

59. Comment 1 bij art. 3.2 Unidroit Principles. Zie echter comment bij art. 3.19 Unidroit Principles.
60. Zie bijv. comment 2 bij art. 1.4 Unidroit Principles; P.S. Atiyah, The Sale of Goods, Pitman, Londen 1990, blz. 453 en 520, G.H. Treitel, The Law of Contract, Sweet & Maxwell, Londen 1991, blz. 650 en 807; V.G. Hiemstra en H.L. Gonin, Engels-Afrikaans Regswoordeboek, Kaapstad 1984, blz. 137. Vgl. J.M. Perillo, a.w. (noot 8), blz. 307.

dat de partij op de hoogte moet zijn gekomen van de relevante feiten danwel in staat was om vrij te handelen. Overigens spreekt de toelichting[61] bij art. 3.10 e.v. nergens van een wilsgebrek. Wel worden de woorden *unduly influenced* gebruikt.[62] Voor de betekenis daarvan zij verwezen naar hetgeen hiervoor en hierna over het Engelse recht wordt gezegd.

Wat indien de overeenkomst *niet* tot stand komt en men dus niet toekomt aan vernietiging wegens een wilsgebrek? In het voorafgaande werd voornamelijk gesproken over de vernietiging van een overeenkomst. In de zaak die aanleiding gaf tot HR 24 mei 1968, NJ 1968, 252 was sprake van een monopoliepositie aan de zijde van Buma. Zaalhuurders — niet Buma — drongen aan bij zaalverhuurder Brinkman om tot een door Buma voorgestelde zaalverhuurregeling toe te treden. Brinkman stelde een vordering in op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad wees de vordering af, maar overwoog dat van misbruik sprake zou zijn, indien de gevraagde medewerking aan de regeling zo bezwaarlijk en nadelig was, dat Buma, rekening houdend met alle betrokken belangen, naar redelijkheid niet tot de regeling had kunnen komen. In voorkomend geval, waarin de overeenkomst derhalve nimmer tot standkomt, is sprake van een onrechtmatige daad.

In hoeverre biedt de regeling in de Principles ruimte om tot een vergelijkbare oplossing te komen? Art. 3.10 is zodanig geformuleerd dat die ruimte er niet is. Het ziet immers slechts op totstandgekomen overeenkomsten en gehele of gedeeltelijke vernietiging daarvan. Art. 3.18 Unidroit Principles (*damages*) laat vernietiging in het midden, maar mist toepassing als een overeenkomst of een *ground for avoidance* ontbreekt. Bovendien is de grondslag voor schadevergoeding, dat de benadeelde partij worde geplaatst in dezelfde positie als wanneer deze de overeenkomst niet zou hebben gesloten.

Art. 2.15 Unidroit Principles (*negotiation in bad faith*) kan soelaas bieden. Deze bepaling vestigt aansprakelijkheid van de partij die onderhandelt *in bad faith* (art. 2.15 (2) Unidroit Principles). Blijkens de toelichting[63] moeten de regels voor schadevergoeding wegens niet-nakoming analoog worden toegepast op het recht op schadever-

61. Comments 1-3 bij art. 3.10 Unidroit Principles.
62. Comment 2 bij art. 3.10 Unidroit Principles.
63. Comment 3 bij art. 7.4.1 Unidroit Principles.

goeding in de pre-contractuele fase, zoals dat van art. 2.15. *Section 4* van de Principles ziet op schadevergoeding in geval van niet-nakoming. De partij heeft recht op *full compensation for harm* (art. 7.4.2 (1) Unidroit Principles), met inbegrip van toekomstige schade voorzover deze kan worden vastgesteld met redelijke graad van zekerheid (art. 7.4.3 (1) Unidroit Principles). Voorzover die vaststelling niet mogelijk is, heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid bij de begroting van de schade (art. 7.4.3 (3) Unidroit Principles). Mocht een partij reeds nadeel lijden door misbruik van omstandigheden vóór de totstandkoming van een overeenkomst, dan is dat derhalve reeds in die fase te verhalen op de misbruiker.

Naar Nederlands recht is misbruik het bevorderen van een rechtshandeling, terwijl de partij zich daarvan zou behoren te weerhouden. Laat na om iemand, die door bepaalde bijzondere omstandigheden daartoe wordt bewogen, te bevorderen om een rechtshandeling te verrichten, die voor hem nadelig is. Uit deze formulering blijkt dat denkbaar is dat van misbruik sprake is zonder dat daadwerkelijk een overeenkomst tot stand komt. In tegenstelling tot art. 3.10 (1) Unidroit Principles is de vernietigbaarheid (art. 3:44 lid 1 BW) niet in de misbruikbepaling zelf (lid 4) opgenomen. Hier is echter het probleem dat de misbruikregeling niet, zoals in art. 3.18 Unidroit Principles, een apart recht op schadevergoeding erkent.

Als betoogd is misbruik van omstandigheden evenwel een species van onrechtmatige daad. Schadevergoeding (of een verbod op het verder misbruik maken) zal via die laatste weg moeten worden gerealiseerd. Hierbij is te onderscheiden tussen het dreigend nadeel dat het bevorderen tot een onrechtmatigheid maakt en de overige schade ten gevolge van die *gepleegde* en eventueel voortdurende onrechtmatige daad. Voor vergoeding van die schade is vereist dat zij wordt aangetoond. Hetzelfde geldt voor de onrechtmatigheid en derhalve voor het dreigend nadeel. Duurt het bevorderen voort, dan kan een declaratoire uitspraak (art. 3:302 BW) of een verbod (art. 3:296 BW) worden verzocht, waarvoor de dreiging van nadeel moet vaststaan.

IUSTUM PRETIUM, LAESIO ENORMIS EN BILLIJKHEID

'Hulde aan de Regering, die dit beginsel in ons recht gaat invoeren, en nog meer hulde aan onze canonisten uit de middeleeuwen, die dit rechtsbeginsel tot ontwikke-

ling hebben gebracht en hebben gepuurd uit de meest zuivere en volstrekte Christelijke naastenliefde.'[64]

Is met art. 3:44 lid 4 BW het *iustum pretium*-beginsel inderdaad erkend of heeft het katholieke kamerlid te vroeg gejuicht? *Iustum pretium* heeft betrekking op de aantasting van een overeenkomst op grond van de objectieve omstandigheid dat de vastgestelde prijs onrechtvaardig is. Het leerstuk van misbruik van omstandigheden moge een zekere erkenning van dit beginsel inhouden,[65] als zelfstandige grond voor vernietiging is de eis van een rechtvaardige prijs afgewezen. De enkele wanverhouding tussen wat wederzijds werd bedongen (aanzienlijke ongelijkwaardigheid, onbillijkheid) is op zichzelf niet voldoende.[66] Het beginsel is in de praktijk moeilijk hanteerbaar en zou een onuitputtelijke bron van chicanes vormen, die de zekerheid in het handelsverkeer ondermijnt.[67] In Hof Amsterdam 24 november 1983, NJ 1984, 794 wordt de leer van het *iustum pretium* verworpen. Niettemin diende de kunsthandelaar ten opzichte van zijn onervaren klant in te staan voor een relatie tussen prijs en waarde van het verkochte werk in die zin, dat de 'werkelijke (markt)-waarde' niet onaanvaardbaar veel lager is dan de koopprijs. De casus grensde echter aan misbruik van omstandigheden, daar een zekere vertrouwensrelatie tussen de handelaar en de klant was opgebouwd (r.o. 7.7-7.9).

Evenmin is de leer van de rechtvaardige prijs aanvaard in het Engelse recht. De rechter beoordeelt niet de *adequacy of consideration.*[68]

'No bargain will be upset which is the result of the ordinary interplay of forces. There are many hard cases which are caught by this rule (...) The common law will not interfere.'[69]

De door Lord Denning vervolgens daarop geformuleerde *equity*-uitzondering *unequality of bargaining power* kan niet als aanvaard

64. Van Rijckevorsel, Hand. II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 206.
65. Asser-Schut-Hijma, nrs. 212-213, Asser-Hartkamp II, nr. 44.
66. HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37; Asser-Hartkamp II, nr. 318; C.J. van Zeben, a.w. (noot 7), blz. 1-6.
67. Asser-Hartkamp II, nr. 44.
68. G.H. Treitel, a.w. (noot 60), blz. 70, P.S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, Clarendon, Oxford 1981, blz. 105 e.v. en 236.
69. *Lloyd's Bank Ltd.* v. *Bundy* [1975] QB 326, 336.

worden beschouwd.[70] Daarmee is overigens de rol van de billijkheid niet uitgespeeld.

'It should be noted that the judicial hesitation to accept Lord Denning's suggestion (...) cannot be taken to refute the much more important propositions that in determining contractual validity, fairness is and always has been an important consideration, however well that element has been disguised.'[71]

Echter, ook na deze constatering kan *unfairness* geen grondslag vormen. Een onevenwichtig onderhandelings*resultaat* is een voorwaarde, doch allerminst voldoende grond ter vernietiging van een overeenkomst.[72] Belangrijker is het onbillijke onderhandelings*proces*. Weliswaar vergroot een grovelijk onbillijke uitkomst de waarschijnlijkheid van een onbillijk, voorafgaand totstandkomingsproces, maar dat is niet noodzakelijk zo. Aldus wordt *unfairness* in de Engelse context als *procedural unfairness* uitgelegd en blijft *undue influence* gebaseerd op *impropriety of conduct* in de pre-contractuele fase.[73] Het Engelse recht neemt de verhouding tussen partijen en de middelen die partijen ter beschikking staan in het onderhandelingsproces als basis, in tegenstelling tot het middeleeuwse Canonieke recht dat begint met het resultaat (de inhoud van de overeenkomst).

Hoe staat het met *iustum pretium* en billijkheid in art. 3.10 Unidroit Principles? Ten aanzien van de Principles is het antwoord minder eenvoudig te geven. Van het Engelse recht is bekend[74] dat het over het algemeen weinig op heeft met billijkheidsregels, louter

70. *National Westminster* v. *Morgan* [1985] A.C. 686, 708, *Pau On* v. *Lau Yiu Long* [1980] A.C. 614, 634. Zie G.H. Treitel, a.w. (noot 60), blz. 700-72,371-373; S.N. Thal, The Inequality of Bargaining Power Doctrine: the Problem of Defining Contractual Unfairness, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 8 (1988), blz. 18.
71. S.N. Thal, a.w. (noot 70), blz. 21 en 19; vgl. G.H. Treitel, a.w. (noot 60), blz. 371 en 373.
72. S.N. Thal, a.w. (noot 70), blz. 18, 21 en 26; G.H. Treitel, t.a.p.
73. Hierover S.N. Thal, a.w. (noot 70) blz. 24, 26 en 28 en (kritisch) P.S Atiyah, Contract and Fair Exchange, in: Essays on Contract, Clarendon, Oxford 1986, blz. 333-334 en 347 e.v. Zie ook The Liberal Theory of Contract, o.c., blz. 131-133.
74. B. Nicholas, The Pre-contractual Obligation to Disclose Information, in: D. Harris en D. Tallon, Contract Law Today, Anglo-French Comparisons, blz. 187-188.

op *reasonableness, unfairness* of *good faith*. De Principles daarentegen hebben er minder moeite mee.[75]

'The Unidroit Principles (...) attempt to negotiate between the morality of business and the morality of abnegation, between the strict obligatory promise and equitable flexibility'.[76]

In het bijzonder art. 3.10 Unidroit Principles lijkt het common law concept met de billijkheid te willen combineren. Hyland noemt het 'one astonishing equitable provision'[77] en volgens Drobnig vormt *gross disparity* 'redress for substantive injustice'.[78]

Leerstukken die het evenwicht tussen prestaties als richtsnoer nemen vindt men op verschillende plaatsen in de Principles. Twee bijzondere gevallen van *gross disparity* worden gevormd door *exemption clauses* (art. 7.1.6 Unidroit Principles)[79] en *agreed payment for non-performance* (art. 7.4.13 Unidroit Principles).[80] De laatste is een in de overeenkomst neergelegd vast bedrag dat verschuldigd is in geval van niet-nakoming. Het overeengekomen bedrag komt in de plaats van een schadevergoeding op basis van de werkelijk geleden schade. Beide bedingen kunnen in het concrete geval *grossly unfair* of *grossly excessive* blijken. Men kan raden naar een eventueel misbruik, ongeoorloofde druk, achteloosheid die achter zulke apert onevenwichtige bedingen gelegen heeft, vereist zijn deze omstandigheden niet. De artt. 7.1.6 en 7.4.13 (2) Unidroit Principles geven slechts aan dat in voorkomend geval op de exoneratie geen beroep kan worden gedaan, respectievelijk het vaste schadebedrag tot een *reasonable amount* kan worden teruggebracht. De bedingen blijven derhalve geldig. De Toelichting ontkent met nadruk het bestaan van een 'general principle permitting a court to strike down abusive or unconscionable contract terms.'[81]

75. Ik noem slechts de artt. 1.7, 4.8, 5.2, 7.1.6, 7.2.2 en 7.4.13 Unidroit Principles. Vgl. V. Gaymer, Unidroit Principles of International Commercial Contracts, International Company and Commercial Law Review, 1995 6(3), blz. 83-84.
76. R. Hyland, a.w. (noot 1), blz. 546.
77. R. Hyland, t.a.p.
78. U. Drobnig, a.w. (noot 58), blz. 639-640, zie ook J.M. Perillo, a.w. (noot 8), blz. 293.
79. Vgl. J.M. Perillo, t.a.p. Vgl. ook HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 (Bovag II).
80. Vgl. art. 6:94 lid 1 BW.
81. Comment 1 bij art. 7.1.6 Unidroit Principles; zie ook J.M. Perillo, a.w. (noot 8), blz. 294.

Eveneens dringt zich de vergelijking op met *hardship*.

'There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract (...)'[82]

Gross disparity en *hardship* lijken complementaire bepalingen. *Gross disparity* heeft betrekking op onevenwichtigheid ten tijde van het sluiten van de overeenkomst; bij *hardship* is die onevenwichtigheid eerst *na* sluiting ontstaan.[83] Er is echter een overlapping, aangezien *hardship* niet alleen ziet op gebeurtenissen die later plaatshebben. Ook indien *events* reeds ten tijde van de contractsluiting hadden plaatsgevonden, doch eerst daarna aan de benadeelde partij bekend worden en ook overigens aan de toepassingvereisten is voldaan, kan op grond van *hardship* worden geageerd (art. 6.2.2 onder (a) Unidroit Principles). Tegelijkertijd vereist art. 3.10 niet dat reeds bij sluiting van de overeenkomst wetenschap van buitensporige benadeling bij de benadeelde aanwezig is. Juist bij onervarenheid en onwetendheid zal die afwezig zijn.

Evenals bij *gross disparity* kan de rechter op verzoek van de partijen (art. 6.2.3 (3) Unidroit Principles) de overeenkomst aanpassen (art. 6.2.3 (4)(b) Unidroit Principles). Hier wordt echter niet gesproken van *reasonable standards of commercial dealing*, doch van *restoring its equilibrium* ('fair distribution of the losses'[84]). De verstoring van het contractueel evenwicht 'so great as to shock the conscience of a reasonable person' is in wezen dezelfde als 'fundamental alteration of the equilibrium', waarvoor de toelichting ook aanduidingen als *substantial, dramatic* en *drastic* gebruikt. In dit verband zij er op gewezen dat *gross disparity* oorspronkelijk geformuleerd was als 'gross disparity between the obligations of the parties or (...) contract clauses grossly upsetting the contractual equilibrium.'[85]

Als met het *excessive advantage* hangt de term *fundamental* af van de omstandigheden van het geval. Om toch een vuistregel te geven

82. Art. 6.2.2 Unidroit Principles, zie comments bij artt. 6.2.1 en 6.2.2 Unidroit Principles.
83. Comments 1 bij art. 3.10 en 3 bij art. 6.2.2 Unidroit Principles.
84. Comment 7 bij art. 6.2.3 Unidroit Principles.
85. Art. 7 Ontwerp Drobnig/Lando, Unidroit 1989 Study L — Doc. 43, II, blz. 3 en 11.

stelt de Toelichting[86] dat, voor het geval dat een precieze en in geld uit te drukken waardering van prestaties mogelijk is, een wijziging van 50% of meer in de kosten of in de waarde van de prestatie waarschijnlijk een fundamentele wijziging oplevert. Niets lijkt zich er tegen te verzetten deze vuistregel ook voor *gross disparity* te hanteren, maar dan als slechts een van de voorwaarden. Wat er ook zij van de billijkheid als richtsnoer bij *hardship*,[87] Drobnig en Lando hebben vreemd genoeg nadrukkelijk gesteld dat de billijkheid *niet* als maatstaf voor *gross disparity* moet worden gezien:

'The provision is not a general rule on lésion. (...) *(It) does not aim at introducing the idea of contractual justice into each contract.*'[88]

De belangen van het internationale handelsverkeer worden hoog ingeschat in de Principles. Nu kan men aan de handelsmoraal en de eisen van het handelsverkeer, zoals rechtszekerheid, tegemoet komen door de vernietigingsactie slechts toe te kennen in de meest schrijnende gevallen. Dat gebeurt dan ook in de Principles en in Engelse recht. Hulp in schrijnende gevallen wordt ingegeven door deze overwegingen, niet door billijkheidsoverwegingen. De *laesio enormis* (aantastbaarheid wegens ernstige benadeling bij verkoop van een zaak tegen een prijs, die lager is dan 50% van de waarde) is niet uit den dode opgestaan, hoewel de zekerheidsbehoefte natuurlijk niet met billijkheidsoverwegingen in strijd hoeft te zijn.[89]

AFRONDING

Wat is dan *the underlying principle* van *gross disparity*? De wilsgebrekgedachte is zwak in art. 3.10 Unidroit Principles. Art. 3.15 (aanvang termijn voor vernietiging), de woorden van Commissielid Hartkamp en de plaatsing na de wilsgebreken wijzen wel in die richting. Maar art. 3.11 Unidroit Principles (beperkte vernietigbaarheid in geval van handelen door derde), de woorden van de ontwerper en de kwalificatie als geldigheidsvereiste spreken haar tegen. Boven-

86. Comment 2 bij 6.2.2 Unidroit Principles; idem D. Maskow, Hardship and Force Majeure, American Journal of Comparative Law, Vol. 40 (1992), blz. 662.
87. J.M. Perillo, t.a.p.
88. Unidroit 1989 Study L — Doc. 43, II, blz. 11-12.
89. De 50%-regel vormt een *hard and fast rule*; vgl. art. 1674 Cc (benadeling voor ten minste 7/12 van de waarde) en Req. 28.12.32 D.P. 1933, I, 87.

dien bestaat geen vernietigbaarheid, indien de benadeling groot, maar niet buitensporig is, terwijl de wil dan toch niet minder gebrekkig is.

Belangrijker is echter de concurrentieslag tussen de onrechtmatigheidsgedachte en de billijkheid. Het volgende citaat geeft aan hoe de Unidroit-commissie zich er van af maakt:

'Some members of the Group expressed strong reservations as to the provision on the ground that it confused two different problems, i.e. that of gross disparity (...) resulting from one party's taking unfair advantage of the other's dependence and that of gross disparity or unfairness (...) without any such exploitation. It was suggested that the two problems be treated separately, so as to have one provision dealing with the avoidance of the contract on account of the unfair behaviour of one of the parties and another dealing with the avoidance (...) simply because of their grossly unfair content.

The majority of the Group, however, preferred the present approach (...).'[90]

Dientengevolge is de knoop niet doorgehakt en wordt opengelaten op welke gedachte men moet hinken.

Voor de billijkheid kan men wijzen op de positieve houding van de Principles in hun algemeenheid jegens die gedachte, alsmede op de betiteling als *redress for substantive injustice*, *equitable provision* en geldigheidsgebrek. Daar staat tegenover de afwijzing van *the idea of contractual injustice* in art. 3.10. De Toelichting ontkent een algemene regel tegen onbillijke contractsbepalingen. Er moet in elk geval sprake zijn van méér dan onbillijkheid (onevenwichtigheid). Al zou de billijkheid een rol spelen in termen als *unfair* en *unjustifiable*, dan moet zij, evenals in het Engelse recht, als *procedural unfairness* worden uitgelegd. Het *excessive advantage* lijkt op *laesio enormis*, maar wordt gewoon door praktische overwegingen van zekerheid in het handelsverkeer ingegeven. Zwaar moet ook wegen dat *(adequacy of) consideration* als geldigheidsvereiste is afgewezen in de Principles. En dat is toch waar het billijkheidsoordeel van *unjustifiable advantage* in verband met *nature and purpose* van de overeenkomst op neer zou komen, indien ongeoorloofd handelen niet vereist wordt. Dit tezamen rechtvaardigt mijns inziens de conclusie dat in de billijkheid niet meer dan een inspiratiebron kan worden gezien.

Er moet voorkomen worden dat art. 3.10 Unidroit Principles *principle* ontbeert. De *common core* is meer dan de eenvoudige optelling van nationale regels. De betekenis van *unjustifiable*, waar-

90. Unidroit 1989, C.D. 69 — Doc. 7, 1990 I, blz. 13.

mee *gross disparity* staat of valt, moet worden gezocht in één principe: ongeoorloofd handelen (*impropriety of conduct, wrongfulness*).[91] Men leze *unjustifiable* in art. 3.10 als *wrongful*, dat wil zeggen *actual undue influence* of 'wrongful in that it constituted an excessive advantage taken of the person subjected to the influence.'[92]

Men zou hiertegen in kunnen brengen, dat art. 3.10 Unidroit Principles *unjustifiable* en *excessive advantage* naast elkaar als twee afzonderlijke voorwaarden stelt. Zo staat het inderdaad geschreven. Toch lopen zij in elkaar over. *Unjustifiable* is de bevoordeling bij bewezen misbruik van bijzondere omstandigheden. Op zich is daarvoor *onevenwichtig* voordeel niet vereist (vergelijk *actual undue influence* in het Engelse recht). Maar in het kader van de *nature and purpose of the contract* en de overige factoren ligt het anders. De Toelichting geeft een voorbeeld van een commissietarief van een tussenpersoon dat procentueel gerelateerd is aan de waarde van de bemiddelde transactie. Deze commissie kan, 'although justified' wanneer die waarde laag is, een buitensporige bevoordeling van de tussenpersoon worden ingeval diens inbreng verwaarloosbaar is en de waarde buitengewoon hoog. Het blijkt dat *justified* op *excessive* herleid wordt.[93]

Het voordeel van de visie op *gross disparity* en misbruik van omstandigheden, die de nadruk legt op ongeoorloofd handelen — derhalve minder op het resultaat dan op de weg ernaartoe — is dat zij ruimte biedt om met andere factoren rekening te houden. Allereerst zij genoemd een slechts geringe mate van nood, afhankelijkheid, onervarenheid, enzovoorts, alsmede de geringe mate waarin de bevoordeelde partij druk heeft uitgeoefend op de ander. Een factor als de draagkracht van partijen is uiteraard reeds verdisconteerd in omstandigheden als *economic distress*, *urgent needs* en economische

91. In art. 3.9 (*threat*) betekent *unjustified* eveneens *wrongful*: comment 2 bij art. 3.9 Unidroit Principles. De Engelse rechter spreekt van *wrongful* en *undue*, niet van *tortious*. Door het denken in stricte categorieën in de *law of torts* is een ongeoorloofd handelen immers niet van zelf ook onrechtmatig. Te denken valt aan de *tort of intimidation,* maar die vereist in dit soort gevallen *economic duress*: *Universal Tankship of Monrovia* v. *ITWF* [1983] 1 A.C. 366. Soms is *negligence* mogelijk (*Cornish* v. *Midland Bank plc* [1985] 3 All ER 513). Naar Nederlands recht is zulks een onrechtmatige daad.
92. Vgl. *NatWest* v. *Morgan.*
93. Comment 2 bij art. 3.10 Unidroit Principles; ook in een ander voorbeeld van een uiterst korte kennisgevingstermijn hangt *unjustifiable* van *excessive* af.

afhankelijkheid en in het oordeel of de overeenkomst bezwaarlijk is. Gezien de toch al ruime grenzen getrokken door *unjustifiable* in art. 3.10 Unidroit Principles en 'bevorderen' in art. 3:44 BW, moet ook rekening worden gehouden met omstandigheden die in de sfeer van de eigen schuld liggen. Begeeft de benadeelde zich eigener beweging zonder voorbereiding en zonder advies in een markt, die hem volstrekt onbekend is? Heeft hij zichzelf, ondanks goede raad, in positie van nood of afhankelijkheid gebracht? Is de partij toerekenbaar onervaren door na vele jaren *in business* nog geen spoor van expertise te hebben opgebouwd? Zulks stelt misbruik van *ignorance, inexperience* en *lack of bargaining skill* in een ander daglicht. Heeft de benadeelde, nadat hij weer in vrijheid kon handelen, moeite gedaan het nadeel te beperken? Gaat deze zonder voorbehoud van vernietiging door met nakoming, dan kan *confirmation* (art. 3.12 Unidroit Principles) of bevestiging (art. 3:55 BW) worden aangenomen.[94] Al deze factoren verhinderen niet dat van *gross disparity* of misbruik van omstandigheden sprake is; zij zijn wel relevant met betrekking tot nadeelcompensatie en (overige) schadevergoeding.

Aanpassing van de overeenkomst door de rechter geschiedt aan de hand van *reasonable commercial standards of fair dealing*. Art. 3.10 (2) Unidroit Principles spreekt, in tegenstelling tot art. 6.2.3 (4)(b), niet van herstel van het contractuele evenwicht. Het is allerminst noodzakelijk dat de bevoordeelde partij het nadeel *in zijn geheel opheft*. Wat deze partij (of een derde) verweten wordt, is *niet* benadeling van een ander, doch de buitensporigheid ervan. Bevoordeelt men zich rijkelijk, doch niet buitensporig, dan kan van vernietigbaarheid geen sprake zijn; evenmin is men dan gehouden meer te doen dan de buitensporigheid op te heffen.

Hetzelfde moet mijns inziens gelden ten aanzien van de wijziging van de gevolgen van misbruik van omstandigheden, die het nadeel 'op afdoende wijze' opheft in art. 3:54 BW. 'Afdoende' hoeft niet te betekenen dat alle nadeel wordt weggenomen.[95] 'Afdoende' is niet een *iustum pretium*, doch een zodanige aanpassing tot het nèt geen misbruik meer is. Bij het ideale, geheel in vrijheid genomen wils-

94. Comment bij art. 3.12 Unidroit Principles; Asser-Hartkamp II, nrs. 476-477. Zie voor afstand van het vernietigingsrecht comment bij art. 3.19 Unidroit Principles.
95. Vgl. M.W. Hesselink, Vragen bij toepassing van artikel 6:230 BW (I), WPNR (1995) 6191, blz. 542-543; Verbintenissenrecht (Hesselink), art. 230, aant. 8.2, alwaar ook literatuur.

besluit weegt een rationeel mens simpelweg de plussen en minnen af. Bij het minste of geringste 'overschotje' aan min, komt geen overeenkomst tot stand. Trekt nu de ene partij de ander over de streep, dan is dat niet meteen misbruik. Laten wij eerlijk zijn: in het dagelijkse handelsverkeer is het overhalen van een onervaren handelsrelatie door enige pressie echt niet ongeoorloofd. Onoirbaar wordt zulks eerst door het veroorzaken van nadeel van enige omvang, ook al is het dan niet onevenredig groot.[96]

Nadat aldus de nieuwe verhoudingen zijn bepaald, kunnen de bovengenoemde eigen schuld-factoren tot een vermindering van de 'vergoedingsplicht' leiden (art. 6:101 BW). Waar het nadeel aan beide partijen is te wijten, is het alleszins verdedigbaar dat beide partijen het dragen.[97]

Is schadevergoeding naast nadeelcompensatie mogelijk? Over de verhouding tussen art. 6:101 BW en 7.4.7-8 Unidroit Principles enerzijds en artt. 3:54 BW en 3.10 (2)-(3) Unidroit Principles anderzijds het volgende. Vergoeding van het nadeel dat rest na afdoende aanpassing respectievelijk aanpassing conform *standards of fair dealing* en na weging van elementen van eigen schuld, kan uiteraard niet alsnog worden binnengehaald met een vordering tot schadevergoeding (*damages*). Art. 3.18 Unidroit Principles geeft de benadeelde het recht te worden teruggebracht in de positie alsof de overeenkomst niet zou zijn gesloten. Dit gaat verder dan het enkele wegnemen van de buitensporigheid: aldus wordt immers het gehele nadeel opgeheven. Het artikel geldt onafhankelijk van de vraag of de overeenkomst tevens vernietigd wordt. Het ziet in zijn algemeenheid op *mistake*, *fraud*, *threat* en *gross disparity*. Bij de laatste — de enige die in aanpassing voorziet — sluit het evenwel minder goed aan, omdat het de regeling van art. 3.10 (2)-(3) zou doorkruisen. Bovendien zou onverkorte toepassing van artt. 3.18 tot het vreemde en onredelijke resultaat leiden, dat een buitensporig benadeelde geheel gecompenseerd wordt, terwijl een zwaar, doch niet excessief benadeelde partij (geen *gross disparity*) met haar gehele nadeel blijft zitten. De betekenis van art. 3.18 ten aanzien van *gross disparity* is derhalve waarschijnlijk beperkt tot componenten als rentevergoeding (artt. 3.18 jo 7.4.9 Unidroit Principles, vergelijk art. 6:119 BW).[98]

96. Zie de jurisprudentie in noot 44.
97. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, Vernietigen, ontbinden of aanpassen (II, slot), WPNR 6165 (1995), blz. 41. Vgl. voor de Principles artt. 7.4.7-8 en comments daarbij.
98. Vgl. Rb Utrecht 7 april 1961, NJ 1962, 179.

Het wijzigingsvoorstel

EEN VERGELIJKING TUSSEN ART. 3.13 UNIDROIT PRINCIPLES, ART. 1432 CODICE CIVILE ITALIANO EN ART. 6:230 BURGERLIJK WETBOEK

*Martijn Hesselink**

INLEIDING

De artikelen 3.13 Unidroit Principles, 1432 Codice civile italiano en 6:230 lid 1 BW zijn bepalingen die sterk op elkaar lijken:

Art. 1432 *Mantenimento del contratto rettificato.* — La parte in errore non può domandare l'annulamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere.

Art. 6:230 — 1. De bevoegdheid tot vernietiging op grond van de artikelen 228 en 229 vervalt, wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt, die het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt, op afdoende wijze opheft.
— 2. Bovendien kan de rechter op verlangen van één der partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van dit nadeel wijzigen.

Art. 3.13 *(Loss of right to avoid)* (1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party declares itself willing to perform or performs the contract as it was understood by the party entitled to avoidance, the contract is considered to have been concluded as the latter party understood it. The other party must make such a declaration or render such a performance promptly after having been informed of the manner in which the party entitled to avoidance had understood the contract and before that party has acted in reliance on a notice of avoidance.
(2) After such a declaration or performance the right to avoidance is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.

Deze gelijkenis is geen toeval, want artikel 1432 c.c.i. heeft model gestaan[1] voor art. 15 van het Unidroit-ontwerp voor een uniforme

* Martijn Hesselink is assistent in opleiding bij het Centrum voor Europees Privaatrecht van het Molengraaff Instituut te Utrecht.

1. Zie ook reeds art. 25, lid 2, Schweizerisches Obligationenrecht: 'Insbesondere

wet inzake geldigheid van internationale koopovereenkomsten,[2] een bepaling waardoor art. 6:230 BW is geïnspireerd,[3] en die we terug zien in de Unidroit Principles als art. 3.13.[4] In het onderstaande worden de drie regels met elkaar vergeleken. De vergelijking zal vooral gebaseerd zijn op de tekst, de parlementaire geschiedenis (BW), de authentieke toelichting (Principles) en de commentaren in de doctrine. Rechtspraak is er over de Principles nog niet, over art. 6:230 BW nog nauwelijks[5] en, anders dan men zou verwachten, evenmin over de Italiaanse bepaling, die toch sinds 1942 van kracht is.[6]

Onderzocht zal worden welke overeenkomsten en verschillen er bestaan tussen de bepalingen en in hoeverre het wenselijk is dat de Nederlandse rechter bij interpretatie van art. 6:230 BW acht slaat op de Italiaanse en de Unidroit-regel.[7] Aan de orde komen achtereenvolgens: het fundament van de regel (1); de vraag wie het wijzigings-

muss der Irrende den Vertrag gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hierzu bereit erklärt.'

2. Art. 15 Projet de loi pour l'unification de certaines règles en matière de validité des contrats de vente internationale d'objets mobiliers corporels (Cf. Revue de droit Uniforme, 1973, p. 60): 1. Si le contractant de la partie qui s'est trouvée dans l'erreur se déclare prêt à exécuter le contrat tel que celle-ci l'avait compris, le contrat est considéré comme ayant été conclu à ces termes. Il doit faire cette déclaration dans un bref délai après avoir été informé de la façon dont la partie qui s'est trouvée dans l'erreur avait compris le contrat.
   2. Si une telle déclaration est faite, la partie qui s'est trouvée dans l'erreur perd le droit d'annuler le contrat et tout autre moyen de droit. Toute déclaration de sa part, tendant à l'annulation du contrat pour erreur, devient sans effet.
3. Zie M.v.A. II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 914; Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink), aant. 5.
4. De tekst van het Unidroit-Ontwerp en die van de Unidroit Principles verschillen slechts op een punt. Zie § 6.
5. Zie echter de uitspraken vermeld in Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink).
6. In *Foro italiano* en *Giustizia civile* vindt men twee uitspraken, die aan de orde zullen komen. Dit zijn tevens de enige twee uitspraken die telkens door de auteurs worden aangehaald. Over art. 1450 (zie noot 7) daarentegen is wel veel rechtspraak.
7. De c.c.i. en het B.W. bevatten een soortgelijke regel voor misbruik van omstandigheden (resp. art. 1450 c.c.i. ; art. 3:54 BW). De Italiaanse bepaling is ook van toepassing indien de overeenkomst aantastbaar is wegens *laesio enormis*; ook de Unidroit Principles kennen een regel voor het laatstgenoemde geval (*gross disparity*): art. 3.10 (3). Op deze bepalingen zal hier echter niet worden ingegaan.

voorstel kan doen (2); de vraag of rechterlijke tussenkomst nodig is (3); de eisen aan de inhoud van het wijzigingsvoorstel (4,5); de vraag wanneer het voorstel uiterlijk gedaan moet worden (6,7); de rechtsgevolgen van het wijzigingsvoorstel (8); analogische toepassing (9).

1. *FAVOR CONTRACTUS* EN *BONA FIDES*

Aan de regel dat het vernietigingsrecht van de dwaler geblokkeerd kan worden door een wijzigingsvoorstel van de wederpartij, liggen in alle drie de stelsels dezelfde twee beginselen ten grondslag. In de eerste plaats is de regel gebaseerd op de *favor contractus*.[8] In het moderne contractenrecht wordt aangenomen dat er een algemeen belang mee gediend is (met name dat van de rechtszekerheid) dat overeenkomsten zoveel mogelijk in stand blijven. In de tweede plaats is de regel gebaseerd op de *bona fides*: het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid vernietiging van de overeenkomst te vragen, wanneer de wederpartij aanpassing aanbiedt.[9]

8. Zie voor Italië: C. Massimo Bianca, Diritto Civile, 3 Il contratto, Milano 1992, no. 331 (p. 639); Guido Alpa, Mario Bessone, I contratti in generale - diretto da Guido Alpa e Mario Bessone; Effetti, Invalidità erisoluzione del contratto, secondo tomo, in: Giurisprudenza sistematica dim diritto civile e commerciale-Fondata da Walter Bigiavi, Torino 1992, no. 36 (p. 638); Pietro Perlingieri, Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, 2e ed., Bologna 1991, p. 718.
   Zie voor Nederland: M.v.A. II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 914; J.H. Nieuwenhuis, Vernietigen, ontbinden of aanpassen; Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?, WPNR (1995) nr. 6164 (pp. 23-26); 6165 (pp. 37-41); J.B.M. Vranken, Themis en het vermogensrecht nieuw BW; Naar een inhoudelijke beoordeling van de boeken 3, 5, 6 Nieuw BW, NJB 1988, p. 682; Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink), aant. 2.
   Zie voor de Unidroit Principles: Michael Joachim Bonell, An International Restatement of Contract Law; The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, New York, 1995, p. 74.
9. Zie voor Italië: Bianca a.w., no. 331 (p. 639); Alpa-Bessone a.w., no. 36 (p. 637); Perlingieri, a.w., p. 718. Volgens Bessone en Alpa in het bijzonder op de daarop gebaseerde *exceptio doli* (Alpa, Bessone, a.w., no. 36 (p. 637)).
   Zie voor Nederland: A.C. van Schaick, Wijzigingsbevoegdheden, in: B.W.M. Nieskens-Isphording et. al. (red.), Van nieuw BW naar BW, Zwolle 1993, p. 219; J.B.M. Vranken, Nietige overeenkomsten binden tot wat de goede trouw meebrengt, NJB 1990, p. 489; Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink), aant. 5.

2. Wie kan een wijzigingsvoorstel doen?

Zowel in het Italiaanse recht (*'l'altra offre'*) als in het Nederlandse ('wanneer de wederpartij ... voorstelt') als in de Unidroit Principles (*'the other party declares itself willing to perform or performs'*) ligt het initiatief bij de wederpartij van de vernietigingsbevoegde; noch de dwaler noch de rechter kan het initiatief tot wijziging nemen.[10]

De Nederlandse bepaling wijkt echter van de andere twee af doordat ze in lid twee ook de vernietigingsbevoegde de bevoegdheid geeft de rechter te vragen de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen. Deze bevoegdheid, die wel gekenschetst is als een *actio quanti minoris* bij dwaling,[11] kan, anders dan die van lid 1, slechts door rechterlijke tussenkomst geëffectueerd worden. Noch het Italiaanse wetboek, noch de Principles geeft een *actio quanti minoris* bij dwaling. Het Italiaanse recht kent wel de *actio quanti minoris* bij koop (art. 1492 c.c.i.), maar deze actie wordt gezien als een species van wanprestatie en niet van dwaling,[12] De Unidroit Principles kennen geen actie tot prijsverlaging, ook niet bij wanprestatie, dit laatste in afwijking van de PECL (art. 4.401).

De rechtvaardiging voor art. 6:230 lid 2 is, evenals voor lid 1, de *favor contractus*.[13] Is deze rechtvaardiging voldoende om de rechter toe te staan de wederpartij een contract op te dringen dat hij met deze inhoud nooit gesloten zou hebben? Neen, maar zo ver strekt de rechterlijke bevoegdheid ook niet: het wijzigingsverzoek is in principe slechts toewijsbaar indien het leidt tot een overeenkomst met de inhoud die partijen zonder het wilsgebrek zouden hebben afgesproken.[14] Aldus ingevuld, is de Nederlandse afwijking van het Italiaan-

10. Voor Italië: Alpa, Bessone, a.w., no. 36 (p. 638). Voor Nederland: Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (diss. Leiden), Deventer 1988, p. 179; Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink), aant. 6.
11. J.M. van Dunné, De Misrepresentation Act 1966: In Engeland is het goed dwalen, NJB 1967, p. 998; P. Abas, De 'reductio ad aequitatem' in het nieuw BW, in: In het nu wat worden zal (Schoordijk-bundel), Deventer 1991, p. 2; H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek, Deventer 1979, p. 503; A-G Strikwerda, Conclusie HR 12 mei 1989, NJ, 1989, nr. 235; zie Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink), aant. 18.1.
12. Zie Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto* Civile, 34e ed., Padova, 1993, no. 322 (p. 693).
13. M.v.A. II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 914. Zie Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink), aant. 17.
14. Van Schaick, a.w., p. 235; M.W. Hesselink, Vragen bij de toepassing van artikel

se recht en de Unidroit Principles verdedigbaar. Immers, er wordt geen gerechtvaardigd belang van de wederpartij geschonden indien laatstgenoemde gebonden wordt aan een overeenkomst met de inhoud die deze gehad zou hebben als er geen dwaling in het spel was geweest. Er is niets op tegen dat in deze omstandigheden de wetgever de voorkeur geeft aan geldigheid van de overeenkomst.

3. Is rechterlijke tussenkomst nodig?

Het Italiaanse recht kent geen buitengerechtelijke vernietiging. Dat betekent dat het wijzigingsvoorstel ook pas voor de rechter aan de orde zal komen; de wederpartij voert in rechte aan dat de vernietigingsvordering niet toegewezen dient te worden omdat hij (de wederpartij) de dwaler wijziging van de overeenkomst heeft voorgesteld. Voldoet het voorstel aan de vereisten, dan wijst de rechter de vernietigingsvordering af en constateert hij dat de overeenkomst geldig is en wel met de inhoud van het wijzigingsvoorstel. Deze rechterlijke uitspraak is een declaratoir vonnis.[15]

Naar Nederlands recht vindt vernietiging plaats bij buitengerechtelijke verklaring of door een rechterlijke uitspraak (art. 3:49 BW). Dit geldt ook voor het wijzigingsvoorstel (zie art. 6:230 BW). Indien de wijziging van de rechtsgevolgen van de overeenkomst o.g.v. art. 6:230 lid 1 door rechterlijke uitspraak tot stand komt, dan is deze uitspraak een declaratoir vonnis.[16]

In de Unidroit Principles vindt vernietiging plaats bij buitengerechtelijke verklaring (art. 3.14), dus zonder rechterlijke tussenkomst.[17] Dientengevolge kan ook het wijzigingsvoorstel buitengerechtelijk gedaan worden. Het kan zelfs impliciet geschieden, nl. door uitvoering van de overeenkomst zoals de dwaler die begrepen had (zie nader infra, § 8). Een rechterlijk vonnis zal een declaratoir vonnis zijn, want art. 3.13 bepaalt dat het contract *'is considered to have been concluded as the latter party understood it'*. De rechter constateert dus, als het voorstel aan de eisen voldoet, dat de overeenkomst

6:230 BW, WPNR 6191 (1995), § 2.

15. Rodolfo Sacco, *Il contratto,* II, in; Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco, Torino 1993, p. 561; Bianca, a.w., no. 331 (p. 640); Alpa, Bessone, a.w., no. 36 (p. 638); Perlingieri, a.w., p. 718, Quadri, *La rettifica del contratto*, Milano 1973, p. 38.
16. Zie Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink), aant. 10.
17. Zie *Comment* (p. 83).

geldig is, en wel met de gevolgen zoals bepaald in het wijzigingsvoorstel.

De mogelijkheid van buitengerechtelijke vernietiging, die de vernietiging aanmerkelijk vereenvoudigt, is niet goed te rijmen met de in § 2 besproken *favor contractus*. Indien de wederpartij een wijzigingsvoorstel doet, zal rechterlijke tussenkomst in de praktijk echter veelal noodzakelijk blijken, zeker indien het criterium voor de beoordeling van de toereikendheid van het voorstel een ander is dan de enkele beantwoording aan de (aanvankelijke) wil van de dwaler (zie § 4).

4. Inhoud wijzigingsvoorstel

Wat moet de inhoud van het wijzigingsvoorstel zijn? De Italiaanse wet en de Unidroit Principles zijn op dit punt zeer duidelijk en vrijwel gelijkluidend, resp: 'uitvoering van het contract zoals de dwaler het beoogde te sluiten' en '[uitvoering] van het contract zoals [de wederpartij] het begreep'.[18] De rechter staat niets anders te doen dan te onderzoeken of het wijzigingsvoorstel aan de wil resp. verwachting van de dwaler beantwoordt en aan de overige wettelijke eisen voldoet[19, 20].

De Nederlandse wettekst daarentegen is vrij vaag: 'een wijziging van de gevolgen (...) die het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt, op afdoende wijze opheft'. In de eerste plaats is niet zonder meer duidelijk waarin het nadeel dat de vernietigingsbevoegde lijdt, bestaat. Met name is er in de doctrine getwist over de vraag naar welk moment het nadeel

18. Zowel het Italiaanse als het Unidroit-artikel voor aanpassing van de overeenkomst i.g.v. misbruik van omstandigheden/*laesio enormis* (resp. 1450 c.c.i. en 3.10 Unidroit Principles) heeft een ander criterium dan bij dwaling. De rechter moet resp. *'ricondurre [il contratto] ad equità'* en *'adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing'*. Het criterium in artikel 3:54 BW is echter hetzelfde als dat van art. 6:230 BW.
19. Bianca, a.w., no. 331 (p. 640).
20. Zie echter Cass. civ. , sez. III, 23 februari 1981, n. 1081, Giust. civ. Mass. 1981, fasc. 2, waarin de Cassazione terloops art. 1432 formuleert op een wijze die veel dichter bij de tekst van art. 6:230 BW ligt: '(...) l'art. 1432 c.c. secondo cui non può essere domandato l'annullamento del contratto se l'altra parte elimini ogni possibilità di pregiudizio che possa derivare alla parte il cui consenso è stato viziato.'

bepaald moet worden,[21] naar het moment van totstandkomen van de overeenkomst[22] of naar het moment van het wijzigingsvoorstel.[23] In de tweede plaats laat de formulering toe dat het nadeel niet volledig wordt weggenomen en deze uitleg is dan ook verdedigd.[24] De Nederlandse wetgever heeft willen ontkomen aan een subjectivistische formulering die slecht zou passen bij onze dwalingsregeling, maar is er niet in geslaagd een duidelijk alternatief te formuleren. In de praktijk zal toepassing van de Nederlandse regel erop neerkomen dat de wederpartij 'de hypothetische overeenkomst' moet aanbieden, tenzij er termen zijn om hiervan af te wijken, bijvoorbeeld wegens de mate waarin één van beide partijen aan het ontstaan van de dwaling heeft bijgedragen.[25]

Geen van de drie teksten is werkelijk bevredigend. Het voordeel van de Italiaanse en de Unidroit-bepaling is dat ze niet, zoals de Nederlandse, aanleiding kunnen geven tot de opvatting dat het wijzigingsvoorstel ook het nadeel moet wegnemen dat de dwaler lijdt door verandering van omstandigheden na de sluiting van de overeenkomst. De Nederlandse tekst heeft echter als voordeel dat de dwaler niet noodzakelijkerwijs altijd volledig zijn zin krijgt; de Nederlandse rechter heeft de ruimte ook instandblijving van de overeenkomst te constateren wanneer het wijzigingsvoorstel de dwaler niet volledig in de situatie brengt die hem bij de totstandkoming van de overeenkomst voor ogen stond. In dit verband zij herinnerd aan het fundament van de regel: waar het op aan komt is of het wijzigingsvoorstel in de gegeven omstandigheden maakt dat het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid zou zijn de overeenkomst te vernietigen.

21. Zie Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink), aant. 8.1.
22. In die zin Hijma, a.w., p. 186; T. Hartlief, R.P.J.L. Tjittes, Wijziging van de koopprijs door de rechter?; enige kanttekeningen bij HR 12 mei 1989, RvdW 1989, 129, WPNR 5928 (1989), p. 504; Nieuwenhuis, a.w., p. 26; Hesselink, a.w., p. 542.
23. In die zin Van Schaick, a.w., p. 224.
24. Zie J.L.P. Cahen, Een probleem uit het Algemeen Deel: de lichtval bij de rechtshandeling, NJB, 1983, p. 1219; Nieuwenhuis, a.w., pp. 40-41; Hesselink, a.w., p. 543.
25. Zie Nieuwenhuis, a.w., p. 40; Hesselink, a.w., p. 543.

Een voorbeeld: B koopt van A een machine voor de oogst van asperges. A heeft verklaard dat men met deze machine een hectare per week kan oogsten. De capaciteit blijkt echter maar de helft hiervan te zijn. Doordat B's asperges te lang in de grond staan, gaat de helft ervan verloren. Kan A de vernietiging van de koop voorkomen door B een prijsverlaging aan te bieden of door voor te stellen hem kosteloos een tweede machine te leveren, of dient hij tevens vergoeding van de schade geleden door verlies van de helft van de oogst aan te bieden?

In Italië kan de verkoper volstaan met een prijsverlaging of een tweede machine aan te bieden. De werking van het wijzigingsvoorstel staat evenwel niet in de weg aan het recht van de dwaler op vergoeding van eventuele schade.[26] Voor het specieke geval dat de wederpartij de grond voor (ver)nietig(baar)heid kende, geeft de c.c.i een speciale regel (art. 1338).[27] Deze regel is ook op dwaling van toepassing.[28] Daar zal 'kennis van de vernietigbaarheid' betekenen dat de wederpartij wist dat de ander dwaalde. Immers, hoe kan men weten dat een overeenkomst vernietigbaar is wegens dwaling en op welke grond als men niet weet dat de wederpartij dwaalde?

De formulering van de Nederlandse wet en haar parlementaire geschiedenis[29] zou aanleiding kunnen geven aan te nemen dat de schade in het wijzigingsvoorstel moet worden verdisconteerd, of, anders gezegd, dat het wijzigingsvoorstel slechts de vernietiging kan blokkeren indien erin ook wordt voorgesteld de eventueel door de dwaler in verband met de dwaling geleden schade te vergoeden. Een dergelijke interpretatie lijkt echter niet juist te zijn.[30] Weliswaar dient de wederpartij de schade van de dwaler te vergoeden indien de mededeling of het stilzwijgen die de dwaling heeft veroorzaakt een onrechtmatige daad oplevert, maar al dan niet voldoening van deze

26. Bianca, a.w., no. 331 (p. 640). Bianca noemt met name vertragingsschade.
27. Artikel 1338 luidt als volgt: *Conoscenza delle cause d'invalidità.* - La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.
28. Bianca, a.w., p. 174; Giorgio Cian, Alberto Trabucchi; Commentario breve al codice civile, Padova, 1992, p. 1059.
29. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 914-915.
30. Zie Hesselink, a.w., p. 542.

verbintenis uit onrechtmatige daad dient niet bepalend te zijn voor de geldigheid van de overeenkomst en evenmin dient art. 6:230 BW een ruimere schadevergoedingsplicht in het leven te roepen in die zin dat het zou verplichten tot vergoeding van schade die niet veroorzaakt is door een toerekenbare onrechtmatige gedraging.[31]

De *Comment* op art. 3.13 Unidroit Principles stelt dat de aanpassing van de overeenkomst de dwaler niet het recht ontneemt schadevergoeding ex art. 3.18 te vragen, indien deze schade heeft geleden die niet gecompenseerd is door de aanpassing van de overeenkomst.[32] Artikel 3.18 beschermt uitsluitend het negatief belang van de dwaler (hij moet worden gebracht in dezelfde situatie als waarin hij zou verkeren als hij het contract niet gesloten had).[33] Waarschijnlijk dient onder negatief belang ook te worden verstaan de schade die de dwaler lijdt doordat hij een andere overeenkomst niet heeft gesloten of, zoals in het voorbeeld, nalaat andere maatregelen te treffen.[34]

Het meest helder lijkt het om, zoals het Italiaanse recht en de Unidroit-Principles, de geldigheid van de overeenkomst en de schadevergoeding bij vernietigbaarheid duidelijk gescheiden te houden (een aparte bepaling, zoals in de c.c.i en in de Principles, voor aansprakelijkheid bij nulliteit lijkt echter niet nodig): de schade die niet door vernietiging weggenomen had kunnen worden, behoeft niet in het wijzigingsvoorstel verdisconteerd te worden; deze schade dient vergoed te worden indien de dwaler een succesvolle actie uit onrechtmatige daad instelt.

6. Tot wanneer kan het voorstel gedaan worden?

In Italië dient het 'voorstel' gedaan te worden voordat de dwaler door het contract schade lijdt (*'prima che ad essa possa derivarne pregiudizio'*).[35] De vernietiging kan dus niet meer door een wijzigings-

31. Zie Asser-Hartkamp II, no. 481; Hesselink, a.w., p. 542.
32. Zie *Comment*, p. 83.
33. Article 3.18 *(Damages)* luidt: 'Irrespective of whether or not the contract has been avoided, the party who knew or ought to have known of the ground for avoidance is liable for damages so as to put the other party in the same position in which it would have been if it had not concluded the contract.'
34. In die zin voor het Italiaanse recht: Cian-Trabucchi, a.w., p. 1058. Zie voor Nederland Asser-Hartkamp II, no. 487.
35. Bianca (1992), no. 331 (p. 640) gaat ervan uit dat *'ne'* verwijst naar het wijzigingsvoorstel: voordat het wijzigingsvoorstel hem zou schaden. Dit lijkt echter

voorstel geblokkeerd worden indien het contract, zelfs na wijziging overeenkomstig de (oorspronkelijke) wil van de dwaler, inmiddels schadelijk voor de dwaler zou zijn. Dit kan zich voordoen wanneer door gewijzigde omstandigheden de verhouding tussen de prestaties is veranderd[36, 37] of wanneer door tijdsverloop de vernietigingsbevoegde geen belang meer heeft bij de uitvoering van de overeenkomst, ook al zou de prestatie met zijn oorspronkelijke wil overeenstemmen.[38] Artikel 1432 geeft verder geen beperking in de tijd,[39] zodat aangenomen moet worden dat de mogelijkheid een wijzigingsvoorstel te doen in dit opzicht verder slechts wordt beperkt door regels van procesrecht.

De Nederlandse wet is ook op dit punt vrij vaag: de vernietigingsbevoegdheid van de dwaler vervalt wanneer de wederpartij 'tijdig' een wijzigingsvoorstel doet. Hoewel de formulering van de wet in een andere richting wijst, wordt vrij algemeen aangenomen dat de wederpartij nog een wijzigingsvoorstel kan doen onverwijld nadat de vernietigingsverklaring haar (de wederpartij) heeft bereikt.[40] Er is

gingsvoorstel: voordat het wijzigingsvoorstel hem zou schaden. Dit lijkt echter niet juist: het voorstel op zichzelf kan hem niet schaden, het contract (na wijziging) wel.

36. Anders Quadri, a.w., p. 19.
37. Zoals in § 4 bleek, dient het feit dat het contract door verandering van omstandigheden voor de dwalende niet meer aantrekkelijk is, geen rol te spelen bij de beoordeling van het wijzigingsvoorstel; het nadeel dient naar het moment van totstandkomen van de overeenkomst bepaald te worden. Hier blijkt dat naar Italiaans recht deze omstandigheid wel een rol speelt. Echter niet in die zin dat dit 'latere nadeel' in het voorstel verdisconteerd moet worden; inmiddels ingetreden nadeel maakt naar Italiaans recht dat een wijzigingsvoorstel niet meer kan slagen omdat het te laat is. Het is niet duidelijk wat de zin van deze regel is. Wil men rekening houden met een nadeel ten gevolge van een verandering van omstandigheden na de totstandkoming van de overeenkomst, waarom kan een wijzigingsvoorstel waarin dit nadeel verdisconteerd is dan niet slagen?
38. Francesco Galgano, Diritto civile e commerciale, Volume secondo: Le obbligazioni e i contratti; Tomo I: Obbligazioni in generale; Contratti in generale, 2e ed., Padova 1993, no. 75 (p. 332); Sacco a.w., p. 558, 562; Bianca, a.w., no. 331 (p. 640); Cian-Trabucchi, a.w., p. 1155; Alpa, Bessone, a.w., no. 36 (p. 638); Quadri, a.w., p. 26; Pietrobon, a.w., p. 236. Het nadeel moet volgens Pietrobon ruim opgevat worden: het behoeft niet te gaan om vermogensschade. Bovendien kan het ook veroorzaakt worden door het gedrag van de dwaler zelf, zoals in het geval dat hij zich de zaak bij een derde verschaft.
39. Zie over het effect van verjaring van de vernietigingsbevoegdheid § 7.
40. Hijma, a.w., p. 188; C.J.H. Brunner, Boekbespreking van: Jac. Hijma, Nietigheid

echter nog een andere beperking. Het kan zijn dat een wijzigingsvoorstel dat gedaan is onmiddellijk na ontvangst van de vernietigingsverklaring of eerder, de vernietiging niet kan blokkeren, omdat de dwaler geen belang meer heeft bij de overeenkomst, ook niet met de rechtsgevolgen die hem aanvankelijk voor ogen stonden. Een klassiek voorbeeld: B koopt van A een ring om aan C op haar verjaardag cadeau te doen. Een dag voor de verjaardag ondekt B dat de ring niet van goud is zoals hij dacht. B vernietigt de overeenkomst en koopt onmiddellijk bij D een ander cadeau. A kan nu niet meer de vernietiging blokkeren door onmiddellijk aan B aan te bieden hem over een week exact dezelfde ring te leveren in goud, omdat het voorstel niet leidt tot wegname van het nadeel. In een dergelijke situatie zal het wijzigingsvoorstel als te laat gedaan beschouwd moeten worden.[41]

De Unidroit Principles stellen twee beperkingen in de tijd. Ten eerste moet de wederpartij het voorstel doen onmiddellijk nadat zij is geïnformeerd over de wijze waarop de dwaler het contract had begrepen. Dus onmiddellijk nadat haar duidelijk is geworden dat de ander dwaalde en niet pas nadat haar ter kennis is gekomen dat de dwaler wil vernietigen, zoals in Nederland wordt aangenomen.[42] Ten tweede dient het voorstel gedaan te worden voordat de vernietigingsbevoegde heeft gehandeld in vertrouwen op de vernietiging. Niet de enkele vernietiging (of het verstrijken van tijd nadien, zoals in Nederland wordt aangenomen) maakt een einde aan de mogelijkheid tot het doen van een wijzigingsvoorstel, er is nodig dat is *'acted in reliance on a notice of avoidance'*.[43] Hieruit blijkt dat een 'wijzigingsvoorstel' nog na de vernietigingsverklaring mogelijk is. Dat wil dus zeggen dat er enige tijd overheen kan gaan, zolang de dwaler na vernietiging maar niet op zijn vertrouwen heeft voortgebouwd.[44] Er is geen beperking als die in Italië voor de verandering van de waardeverhouding.

Hartlief, Tjittes, a.w., p. 504.; Hesselink, a.w., p. 543. Zie Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink), aant. 9.

41. Zie Hesselink, a.w., p. 543.
42. Een beperking als deze kent het Italiaanse recht niet; de Italiaanse tekst lijkt ervan uit te gaan dat het wijzigingsvoorstel voor de vernietiging gedaan wordt.
43. Zie *Comment*, p. 83. Dit vereiste is nieuw t.o.v. art. 15 Unidroit Ontwerp. Het is de enige verandering.
44. Het is niet helemaal duidelijk hoe deze regel zich verhoudt tot de eerste beperking, dat de wederpartij het voorstel moet doen onmiddelijk nadat hem duidelijk is geworden dat de ander dwaalde.

De drie regels blijken op dit punt nogal te verschillen. De Italiaanse regel dat het wijzigingsvoorstel gedaan moet worden voordat de dwaler nadeel ondervindt door het contract, moet als zodanig worden verworpen. Veranderingen van de omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst zijn niet relevant;[45] indien het voorstel zo laat komt dat het de dwaler niet meer kan baten, omdat het er niet in slaagt het nadeel van de dwaler (bepaald naar het moment van totstandkomen van de overeenkomst) weg te nemen, dan is dit echter wel relevant. Het Italiaanse recht kent niet de regel dat de wederpartij het voorstel moet doen onmiddellijk nadat de vernietigingsverklaring haar heeft bereikt (zoals in het Nederlands recht) of zelfs onmiddellijk nadat ze heeft begrepen dat de wederpartij dwaalde (zoals in de Principles). Dit is deels te verklaren doordat vernietiging in Italië alleen door rechterlijke tussenkomst geschiedt, maar ook voor stelsels waar vernietiging buitengerechtelijk geschiedt, kan men zich afvragen of deze beperking wenselijk is. Immers, ook de dwaler wordt niet aan een andere tijdslimiet dan de verjaringstermijn gebonden. Wellicht is de beste regel, uit een oogpunt van zowel billijkheid als rechtszekerheid, de volgende: een wijzigingsvoorstel kan niet meer gedaan worden als de dwaler heeft gehandeld in vertrouwen op een vernietigingsverklaring of wanneer het zo laat komt dat het de dwaler niet meer kan baten,[46] omdat het er niet in slaagt het nadeel van de dwaler (bepaald naar het moment van totstandkomen van de overeenkomst) weg te nemen.

Tot slot rijst nog de vraag of een wijzigingsvoorstel nog na verjaring van de vernietigingsbevoegdheid kan worden gedaan (zie § 7).

7. Wijzigingsvoorstel en verjaring

In Italië kan het wijzigingsvoorstel gedaan worden zolang de vernietigbaarheid kan worden ingeroepen,[47] d.w.z. ook na de verjaring van

45. Zie § 4; zie Hesselink, a.w., § 1.1.
46. Het feit dat de wederpartij van de dwalende aldus wellicht nog lange tijd na de vernietigingsverklaring ervoor kan zorgen dat de overeenkomst, met terugwerkende kracht, geldig is, kan de belangen van derden schaden. Dit geldt echter ook voor de, niet om deze reden betwiste, mogelijkheid, dat de vernietiging lange tijd na de totstandkoming van de overeenkomst plaats vindt.
47. Bianca, a.w., no. 331 (p. 640); Perlingieri, a.w., p. 719.

de vernietigingsactie, want het voorstel kan ook worden gedaan in reactie op een exceptie van vernietigbaarheid.[48]

Voor het Nederlandse recht geldt waarschijnlijk hetzelfde. Het wijzigingsvoorstel dient gedaan te worden onmiddellijk nadat de wederpartij kennis heeft gekregen van de vernietigingsverklaring (zie § 6). Indien vernietiging bij exceptie na de verjaringstermijn plaatsvindt,[49] zal, indien aan de overige vereisten is voldaan, een wijzigingsvoorstel in beginsel nog mogelijk moeten zijn.

Voor de Unidroit Principles lijkt in principe hetzelfde te gelden, met dien verstande dat als de wederpartij eerder de voorstelling van zaken van de dwaler ter ore is gekomen, hij het wijzigingsvoorstel onverwijld moet doen en hij niet een vernietigingsverklaring mag afwachten. De verjaringstermijn voor de vernietigingsverklaring is 'een redelijke termijn' nadat de dwaler zijn dwaling ontdekt heeft of had moeten ontdekken (art. 3.15).

De Italiaanse (en waarschijnlijk ook Nederlandse) oplossing lijkt de betere, want niet is in te zien waarom, als de vernietigingsbevoegde mag wachten met het inroepen van de vernietigbaarheid, de wederpartij niet evenzeer zou mogen wachten met het doen van het wijzigingsvoorstel.

8. Rechtsgevolg wijzigingsvoorstel

Noch in het Italiaanse recht noch in het Nederlandse recht, noch in de Unidroit Principles is aanvaarding van het 'voorstel' nodig voor het intreden van het rechtsgevolg.[50]

In de Unidroit Principles treedt niet alleen door een 'wijzigingsvoorstel' het rechtsgevolg in, maar ook door het feitelijk uitvoeren van de overeenkomst conform de (oorspronkelijke) verwachting van de wederpartij. Naar Nederlands recht is het resultaat waarschijnlijk

48. Bianca, a.w., no. 331 (p. 640); Perlingieri, a.w., p. 719; Cian-Trabucchi, a.w., p. 1155; Quadri, a.w., p. 151.
49. Zie art. 3:51 lid 3 BW.
50. Voor het Italiaanse recht: Sacco, a.w., p. 561; Galgano, a.w., no. 75 (p. 332); Bianca, a.w., no. 331 (p. 639); Alpa, Bessone, a.w., no. 36 (p. 638); Francesco Gazzoni, Manuale di diritto privato, IV ed. agg., Napoli, p. 936; Perlingieri, a.w., p. 718; Cian-Trabucchi, a.w., p. 1155; Quadri, a.w., p. 43. Voor het Nederlandse recht: Asser-Hartkamp II, nr. 480; Hijma, a.w., p. 181; Van Schaick, a.w., p. 220; Hartlief en Tjittes, a.w., p. 504; zie Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink), aant. 10.

hetzelfde, omdat een dergelijke gedraging als een 'wijzigingsvoorstel' beschouwd kan worden op grond van art. 3:37 BW.

Wat nu is het rechtsgevolg van het wijzigingsvoorstel? Naar Italiaans recht leidt een passend wijzigingsvoorstel in de eerste plaats tot verval van de vernietigingsbevoegdheid.[51] Wat de rechtsgevolgen (en/of de inhoud) van de overeenkomst betreft, uit de formulering van art. 1432 c.c.i. krijgt men de indruk dat deze helemaal niet door het wijzigingsvoorstel veranderen: de wederpartij biedt aan het contract uit te voeren alsof het een andere inhoud had. Dit zou betekenen dat het voorstel geen verbintenis doet onstaan tot uitvoering van het contract overeenkomstig het voorstel, en dat dus geen nakoming van het contract overeenkomstig de wil van de dwaler kan worden afgedwongen. Een arrest van de *Cassazione* gaat er echter vanuit dat door toepassing van art. 1432 de inhoud van de overeenkomst wordt aangepast, en wel *ex tunc*.[52]

Voor het Nederlandse recht is verdedigd dat de overeenkomst weliswaar de overeenkomst blijft (d.w.z. er ontstaat geen nieuwe overeenkomst), maar dat de inhoud en rechtsgevolgen van de overeenkomst wijzigen.[53] Dientengevolge werkt de wijziging *ex tunc*. Verder vervalt door een passend wijzigingsvoorstel de vernietigingsbevoegdheid.

In de Unidroit Principles wordt het contract geacht te zijn gesloten met de inhoud die de dwaler voor ogen stond (wettelijke fictie). Deze formulering wijst op een werking *ex tunc*; de *Comment* spreekt echter van 'aanpassing van de overeenkomst' en niet van 'aanpassing van de rechtsgevolgen van de overeenkomst'. Dat zou meer op werking *ex nunc* wijzen, hoewel dit niet noodzakelijk is. Lid 2 tenslotte, bepaalt dat, evenals in het Italiaanse en het Nederlandse recht, door 'het wijzigingsvoorstel' het recht van de dwaler te vernietigen vervalt en dat een eerdere vernietigingsverklaring krachteloos wordt.[54]

Het spreekt voor zich dat door een toereikend wijzigingsvoorstel de vernietigingsbevoegdheid dient te vervallen. Het meest passend is verder aan te nemen, zoals voor het Nederlandse recht is verdedigd,

51. Zie Sacco, a.w., p. 561; Bianca, a.w., no. 331 (p. 640); Gazzoni, a.w, p. 936; Perlingieri, a.w., p. 718.
52. Cass., Sez. III, 22 april, n. 2347, Giust. Civ. 1981, 1576.
53. Hesselink, a.w., p. 544. Anders H.C.F. Schoordijk, a.w., p. 503.
54. Zie *Comment*, p. 82.

dat slechts de inhoud (en de rechtsgevolgen) van de overeenkomst verandert en wel *ex tunc*, onder andere omdat ook de vernietiging *ex tunc* zou werken.[55]

9. Analogische toepassing

Volgens de meeste auteurs is art. 1432 c.c.i. niet alleen van toepassing op het wilsgebrek dwaling (*errore vizio*), maar ook op oneigenlijke dwaling (*errore ostativo*).[56] Daarnaast heeft de *Cassazione* de regel, op basis van de goede trouw, analogisch toegepast op een eenzijdige gerichte rechtshandeling.[57] Verder is de heersende leer in Italië dat de bepaling alleen van toepassing is op dwaling en niet analogisch toegepast kan worden op andere vernietigbaarheden.[58] Het argument is (naast het feit dat de wetgever de regel uitdrukkelijk alleen voor dwaling heeft gegeven) dat de overeenkomst die de vernietigingsbevoegde had gewild als er geen bedrog of bedreiging of handelingsonbekwaamheid was geweest, moeilijk is vast te stellen.[59] Bij dwaling is dat anders omdat daar het vereiste van de kenbaarheid geldt (naar Italiaans recht: vernietiging is slechts mogelijk indien het de wederpartij duidelijk was of moest zijn dat de wederpartij dwaalde[60]).[61] Bianca bestrijdt deze opvatting.[62] In de

55. Zie Hesselink, a.w., p. 544.
56. Sacco, a.w., p. 560; Bianca, a.w., no. 331 (p. 639); Alpa, Bessone, a.w., no. 37 (p. 639); Cian, Trabucchi, a.w., p. 1155; Perlingieri, a.w., p. 719; Quadri, a.w., p. 71.
57. Cass., Sez. III, 22 april, n. 2347, *loc.cit*. De *Cassazione* besliste dat een eenzijdige gerichte rechtshandeling gerectificeerd kan worden door degene die haar verricht heeft, wanneer de geadresseerde heeft gemerkt of had moeten merken dat de verklarende zich vergiste. De analogie is hier ver te zoeken. Weliswaar is sprake van *rettifica,* maar deze geschiedt door degene die (oneigenlijk) dwaalde. Naar Nederlands recht betreft het hier dan ook een totaal ander leerstuk, nl. de vertrouwensleer.
58. In die zin Sacco, a.w., p. 560; Alpa, Bessone , a.w., no. 37 (p. 640); Quadri, a.w., p. 98. Zie Bianca, a.w., no. 332 (p. 641); Gazzoni, a.w., p. 936; Cian, Trabucchi, a.w., p. 1155. Galgano, a.w., no. 75 (p. 332), is van mening dat analogische toepassing bij andere wilsgebreken niet uitgesloten moet worden, maar een adaequaat wijzigingsvoorstel bij bedrog en bij misbruik van omstandigheden lijkt hem moeilijk voorstelbaar.
59. Bianca, a.w., no. 332 (p. 641); Quadri, a.w., p. 97.
60. Bianca, a.w., no. 310 (pp. 610 e.v.).
61. Alpa, Bessone, a.w., no. 37 (p. 640).
62. Evenzo: Perlingieri, a.w., p. 718.

eerste plaats is een wettelijk fundament niet nodig, aldus Bianca; men kan de regel rechtstreeks op de twee beginselen waaruit art. 1342 is voortgevloeid (*favor contractus* en redelijkheid en billijkheid), baseren.[63] Ten tweede kan, volgens Bianca, de werkelijke wil van de vernietigingsbevoegde ook buiten dwaling veelal wel gereconstrueerd worden. De regel moet daarom waar mogelijk worden toegepast bij bedrog en bij dwang.[64] Bianca is echter tegen analogische toepassing bij handelingsonbekwaamheid, omdat de handelingsonbekwame recht heeft op vernietiging van de overeenkomst, onafhankelijk van de vraag of de inhoud ervan voor hem voordelig is of niet.[65]

In Nederland is art. 6:230 in de eerste plaats tevens (niet analogisch, maar) rechtstreeks van toepassing op de voortbouwende overeenkomst. De Minister heeft zich expliciet tegen een soortgelijke regel voor andere wilsgebreken uitgesproken,[66] maar desalniettemin zijn in de doctrine de meningen verdeeld over de vraag of analogische toepassing op andere wilsgebreken mogelijk is.[67] Bovendien is voorgesteld art. 6:230 ook (analogisch) toe te passen op sommige gevallen van nietigheid (m.n. Bunde-Erckens gevallen).[68]

63. Zie ook Sacco, a.w., p. 560, die zich tegen analogische toepassing uitspreekt, maar vervolgens verklaart: *'Ma le regole generali di equità (art. 1374 c.c.) e buona fede suggeriscono di ammettere che in certi casi limite osti a chi chiede l'annullamento per causa diversa dall'errore, e rifiuti la correzione, l'eccezione generale di dolo.'*
64. Bianca, a.w., no. 332 (p. 641).
65. Bianca, a.w., no. 332 (p. 642).
66. M.v.A. II, Parl. Gesch. Boek 6 p. 914.
67. Voorstanders zijn: Schoordijk, , a.w., pp. 503-504; dezelfde, Enige aspecten van sancties op vernietigbare rechtshandelingen (artt. 3.2.17b en 3.2.17c N.B.W.), WPNR 5737(1985), pp. 305-308; dezelfde, Vermogensrecht in het algemeen; Naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11, Deventer 1986, pp. 182-185); Hijma, a.w., p. 189; C.J.J.C. van Nispen, Sancties in het vermogensrecht, Monografieën Nieuw BW, A-11, Deventer 1988, p. 77; Abas, a.w., p. 3; van Schaick, a.w., p. 233; Asser-Hartkamp II, nr. 481; Jac. Hijma, Nietigheden in het vermogensrecht, RM Themis 1992, p. 410; Vranken, a.w. (1990), p. 488. Tegenstanders zijn: Brunner, a.w., p. 779; Hartlief, Tjittes, a.w., p. 504. Zie Losbladige Verbintenissenrecht, art. 230 (Hesselink), aant. 36.
68. Asser-Hartkamp, II (1993), nrs. 121, 481, 489 (zie reeds dezelfde, Non sine causa, p. 118); Van Schilfgaarde, AA XXVI (1977), p. 663; Vranken, a.w. (1988), p. 683; dezelfde, a.w. (1990), p. 488; W. Snijders, Causale rechtshandelingen in het Nieuw BW, in: Liber amicorum NBW (De Die-bundel), Arnhem/Deventer/Zwolle, 1991, p. 60. De Minister heeft deze opvatting onderschreven (P.G. Inv.w. Boeken 3, 5, 6, p. 1169). Hijma, a.w. (1992), pp. 409-410, pp.

De *Comment* op de Principles sluit analogische toepassing op andere wilsgebreken uit: 'Such regard for the interests of the other party is only justified in the case of mistake and not in other cases of defective consent (threat and fraud) where it would be extremely difficult to expect the parties to keep the contract alive.'

Er is geen goede reden analogische toepassing op andere wilsgebreken, oneigenlijke dwaling en misverstand-situaties uit te sluiten.[69] Wèl is het zo dat het in die gevallen veelal onmogelijk zal zijn een 'hypothetische overeenkomst' die beide partijen gewild zouden hebben, vast te stellen,[70] zodat het in de praktijk zelden tot analogische toepassing zal komen.

Conclusie

De aan de orde gestelde punten nalopend, kan men een aantal conclusies trekken:

1) de regel is in alle drie de stelsels gebaseerd op de *favor contractus* en de redelijkheid en billijkheid;

2) de afwijkende regel in het BW dat ook de dwaler het initiatief tot wijziging mag nemen, is aanvaardbaar nu diens wijzigingsverzoek in principe slechts toewijsbaar is indien het leidt tot een overeenkomst met de inhoud die partijen zonder het wilsgebrek zouden hebben afgesproken;

3) geen van de drie teksten regelt op bevredigende wijze wat de inhoud van het wijzigingsvoorstel moet zijn: de Italiaanse en de Unidroit-tekst stellen buiten twijfel dat het nadeel naar het moment van totstandkomen van de overeenkomst moet worden bepaald, maar de Nederlandse tekst biedt de rechter de ruimte de dwaler niet zonder meer zijn zin te geven;

4) in de twee nieuwere stelsels (BW en Unidroit Principles) is buitengerechtelijke vernietiging en dus ook buitengerechtelijke aanpassing mogelijk;

5) het meest helder lijkt een systeem als dat van de Unidroit Principles, dat vragen betreffende de geldigheid van de overeenkomst en die aangaande schadevergoeding duidelijk gescheiden houdt en

413-415) is het echter met deze opvatting oneens.

69. Hesselink, a.w., p. 566.

70. Hijma, a.w. (1988), p. 189; dezelfde, a.w. (1992), p. 410; Hesselink, a.w., p. 566.

waarin dus een wijzigingsvoorstel niet pas toereikend is indien de door de vernietigingsbevoegde geleden schade erin verdisconteerd is;
6) geen van de drie teksten regelt op bevredigende wijze wanneer de aanpassing uiterlijk voorgesteld moet worden. De beste regel, uit een oogpunt van zowel billijkheid als rechtszekerheid, zou zijn die welke stelt dat een wijzigingsvoorstel niet meer gedaan kan worden als de dwaler heeft gehandeld in vertrouwen op een vernietigingsverklaring of wanneer het zo laat komt dat het de dwaler niet meer kan baten, omdat het er niet in slaagt het nadeel van de dwaler (bepaald naar het moment van totstandkomen van de overeenkomst) weg te nemen;
7) de Italiaanse (en waarschijnlijk ook Nederlandse) regel dat een wijzigingsvoorstel ook na verjaring, in reactie op een vernietiging bij exceptie mogelijk is, is billijk;
8) het wijzigingsvoorstel is een eenzijdige rechtshandeling die niet een nieuwe overeenkomst doet onstaan en *ex tunc* werkt;
9) er is voor de verwerping door de Italiaanse doctrine, de Nederlandse wetgever en de *Comment* van analogische toepassing op andere wilsgebreken geen goede grond. In de praktijk zal het overigens niet vaak tot analogische toepassing komen, omdat het veelal onmogelijk is een 'hypothetische overeenkomst' die beide partijen gewild zouden hebben, vast te stellen.

Hoewel de geschiedenis van de hier besproken drie bepalingen nauw verbonden is en de teksten op elkaar lijken, blijken de regels op een aantal punten belangrijk te verschillen. In zijn algemeenheid kan men zeggen dat de Italiaanse bepaling en die van Unidroit subjectivistischer zijn en, met name de Italiaanse bepaling, nog dichter bij de wilsleer staan dan de Nederlandse, hetgeen als een minpunt gezien moet worden. Daar staat tegenover dat deze beide bepalingen veel duidelijker zijn, dan de vage Nederlandse tekst. Het aantal punten waarop de Nederlandse rechter bij de toepassing van artikel 6:230 lid 1 BW inspiratie zal kunnen putten uit het Italiaanse recht en uit de Unidroit Principles, lijkt vrij beperkt.

Imprévision

*Jac. Hijma**

1. Inleiding

Tot de fundamentele kwesties van het overeenkomstenrecht behoort de vraag in hoeverre het principe der contractuele gebondenheid[1] zich ook doorzet wanneer onvoorziene omstandigheden intreden die de onverkorte doorvoering van het overeengekomene voor een der partijen zeer bezwaarlijk maken. Deze problematiek, die als die der imprévision bekendstaat, heeft zowel in de door UNIDROIT opgestelde Principles of International Commercial Contracts (Unidroit Principles, art. 6.2.1-3) als in de door de commissie-Lando geformuleerde Principles of European Contract Law (PECL, art. 2.117) regeling gevonden. In dit opstel worden de in deze 'Principles' gekozen oplossingen geanalyseerd en — op enige hoofdpunten — afgezet tegen die welke de Nederlandse wetgever heeft aangedragen (art. 6:258 en 6:260 BW).[2]

2. Teksten der Principles

Volledigheidshalve volgt hier eerst een weergave van de bepalingen zoals die in Unidroit Principles en PECL aan het aangesneden onderwerp zijn gewijd.

* Prof. mr. Jac. Hijma is als hoogleraar burgerlijk recht verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Art. 6:248 lid 1 BW; art. 1.3 Unidroit Principles.
2. Enige rechtsvergelijkende gegevens bieden notes 1-2 bij art. 2.117 PECL; M. Sichert, AA 43 (1994), p. 413-417; zie nader de studie van P. Abas, Rebus sic stantibus (1989). Met betrekking tot 'Hardship and Force Majeure' bij Unidroit zij gewezen op D. Maskow, American Journal of Comparative Law 40 (1992), p. 657-669; zie over art. 2.117 PECL nog Sichert, t.a.p.

Unidroit Principles

Art. 6.2.1 (Contract to be observed)
Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

Art. 6.2.2 (Definition of hardship)
There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and
(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

Art. 6.2.3 (Effects of hardship)
(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
  (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
  (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

PECL (Commissie-Lando)

Art. 2.117 (Change of circumstances)
(1) A party is bound to fulfil his obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance he receives has diminished.
(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:
  (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, or had already occurred at that time but was not and could not reasonably have been known to the parties, and
  (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and
  (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.
(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

(a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or
(b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances; and
(c) in either case, award damages for the loss suffered through the other party refusing to negotiate or breaking off negotiations in bad faith.

3. Uitgangspunt

Beide regelingen stellen uitdrukkelijk voorop dat partijen aan hun overeenkomst gebonden zijn en blijven, ook wanneer de uitvoering daarvan voor een van hen meer bezwaarlijk wordt (art. 6.2.1 Unidroit Principles, art. 2.117 (1) PECL). Aldus wordt beklemtoond dat hetgeen volgt een uitzonderingskarakter draagt en niet dan met inachtneming van de nodige voorzichtigheid mag worden toegepast. Ook de begeleidende commentaren ademen deze geest; zij zien het werkterrein van de getroffen regeling beperkt tot 'exceptional cases'.[3] Eenzelfde terughoudend geluid weerklinkt in de Nederlandse jurisprudentie.[4]

Wat betreft de gehanteerde regelgevingstechniek bestaat tussen de beide Principles met name dit verschil, dat Unidroit eerst een centraal begrip 'hardship' introduceert (art. 6.2.1 in fine) hetwelk vervolgens in een aantal vereisten wordt ontleed (art. 6.2.2), terwijl de commissie-Lando rechtstreeks op de te stellen eisen aankoerst. De aanwezigheid van een overkoepelende term, zoals bij Unidroit, heeft als voordeel dat zij een stroomlijning van het woordgebruik mogelijk maakt.

4. De basisvoorwaarde

Ten aanzien van de voor toepassing der imprévisionregeling geldende voorwaarden vertonen de beide sets Principles een grote mate van eensgezindheid.

Als basisvereiste geldt dat de loop der gebeurtenissen het contractuele evenwicht fundamenteel verandert (Unidroit Principles) c.q. nakoming voor een der partijen excessief bezwaarlijk maakt (PECL). Naar luid van de Nederlandse wet moet sprake zijn van onvoorziene omstandigheden van dien aard, dat de wederpartij naar maatstaven

3. Comment 2 bij art. 6.2.1 Unidroit Principles; in dezelfde zin comment A bij art. 2.117 PECL.
4. Zie bijv. HR 19 november 1993, NJ 1994, 156 (Campina/Van Jole).

van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten (art. 6:258 lid 1 BW). Hoe over deze formules te denken?

De in de Unidroit Principles neergelegde keuze voor een fundamentele verandering van het contractsevenwicht als basiscriterium houd ik om twee — samenhangende — redenen voor minder aantrekkelijk. In de eerste plaats kan aan haar worden tegengeworpen dat in geval van een verandering van omstandigheden niet zozeer het contractuele evenwicht wordt gewijzigd of verstoord, maar het juist de *instandhouding* van het door partijen in hun overeenkomst neergelegde — en als gegeven te aanvaarden — evenwicht is dat moeilijkheden oplevert. De gedachte dat het contractsevenwicht min of meer vlottend zou zijn en bij een wezenlijke verandering van omstandigheden zozeer zou zijn verschoven dat het door partijen of eventueel de rechter moet worden 'restored', spreekt (mij) niet aan. Dit lijkt wellicht een woordenspel, maar is m.i. toch méér dan dat. Hiermee samen hangt een tweede bezwaar: men steekt het leerstuk der onvoorziene omstandigheden in een nauwe jas, wanneer men het beperkt houdt tot binnen het contractuele evenwicht gelocaliseerde problemen. De Unidroit Principles werken hun basiscriterium aldus uit dat het evenwicht fundamenteel moet zijn veranderd doordat ofwel de kosten ('the cost') van de prestatie hoger zijn geworden, ofwel de waarde van de tegenprestatie is gedaald[5] (art. 6.2.2). Maar soms zal het om anders geaarde moeilijkheden gaan. Men denke bij voorbeeld aan de — uit de Nederlandse rechtspraak[6] bekende — casuspositie van het grootwinkelbedrijf dat zich jegens een gemeente tot de vestiging (over enige jaren) van een omvangrijk warenhuis verbindt, maar daarmee in de problemen geraakt doordat (na verloop van die jaren) ter plaatse een dermate grote verandering in bevolkingssamenstelling en koopkracht is ingetreden dat het ambitieuze project zwaar verliesgevend zal zijn. Dan te zeggen dat de kosten van de te verrichten prestatie veel hoger zijn geworden, dan wel dat de waarde van de tegenprestatie (in casu het bouwrijp opleveren van de benodigde grond door de gemeente) ernstig is gedaald, is indirect — ja geforceerd — te noemen. Het gaat er hier niet zozeer om dat het bouwen

5. Zie over 'frustration of the purpose of the performance' comment 2 (b) bij art. 6.2.2 Unidroit Principles; D. Maskow, t.a.p., p. 662.
6. Hof Amsterdam 6 mei 1982 (ongepubliceerd), geciteerd door P. Abas, WPNR 5625 (1982); zie tevens Abas' Rebus sic stantibus (1989), p. 202-205.

van het warenhuis duurder zou zijn geworden of dat het te ontvangen stuk bouwrijpe grond in waarde zou zijn verminderd; veeleer moet worden geconstateerd dat om *buiten* het eigenlijke contractsevenwicht gelegen redenen het resultaat waarop de overeenkomst aanstuurt voor een van beide partijen desastreus is geworden.

Op het eerste gezicht kleven de genoemde bezwaren niet aan het in art. 2.117 (2) PECL vervatte criterium dat nakoming 'excessively onerous' moet zijn geworden. Beschouwt men dit vereiste als nader in te vullen aan de hand van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid), dan is het verschil met de Nederlandse oplossing vooral een kwestie van regelgevingstechniek, waarbij uit een oogpunt van tekstefficiency en leesbaarheid voor de PECL-oplossing veel te zeggen zou zijn. Plaatst men evenwel art. 2.117 (2) PECL in het licht van het eraan voorafgaande eerste lid en van het begeleidend commentaar,[7] dan blijkt dat de commissie-Lando — geheel conform Unidroit — in feite slechts het oog heeft op situaties waarin 'a major imbalance in the contract' is ontstaan doordat de kosten van de te verrichten prestatie hoger zijn geworden of de waarde van de te ontvangen prestatie is gedaald. Zo bezien heeft ook art. 2.117 PECL het nadeel dat het exclusief op het evenwicht tussen prestatie en tegenprestatie is georiënteerd, zodat het opener Nederlandse wetsartikel — ook al is het betrekkelijk omstandig geformuleerd — op dit punt van het vergelijkend onderzoek als preferabel uit de bus komt.

5. Concretisering der basisvoorwaarde

De basiscriteria zijn alle drie vaag,[8] maar daaraan is bij een uiterst casusgevoelige materie als de onderhavige ook nauwelijks te ontkomen. Het Unidroit-commentaar bevat echter een concretisering:[9]

'Whether an alteration is "fundamental" in a given case will of course depend upon the circumstances. If, however, the performances are capable of precise measurement in monetary terms, an alteration amounting to 50% or more of the cost or the value of the performance is likely to amount to a "fundamental" alteration'.

7. Comment B (i) bij art. 2.117 PECL.
8. Ik abstraheer hier verder van het feit dat de Unidroit Principles en de PECL een zekere begrenzing (lijken te) kennen in hun concentratie op het contractuele evenwicht; zulk een begrenzing werd in het vorige nummer immers minder gelukkig bevonden.
9. Comment 2 bij art. 6.2.2 Unidroit Principles.

Een dergelijke benadering is ook door enige schrijvers voorgesteld, maar wordt door anderen van de hand gewezen.[10] Naar mijn gevoelen is het imprévisionterrein dermate geschakeerd, dat de waarde van een concretisering als de gebodene als gering is aan te slaan.[11] Ten eerste komt zij, zoals het citaat ook aangeeft, slechts aan de orde in gevallen waarin de prestaties — alsmede de invloed der onvoorziene omstandigheden — precieze financiële waarderingen toelaten. Daarmee vallen al diverse casus af. Maar in de resterende gevallen, waarin nauwkeurige berekeningen op zichzelf denkbaar zijn, zal de 50%-grens als boterzacht dienen te worden beschouwd. Simpele redeneringen van het type 'slechts 45% benadeling, dus geen hardship'[12] of '55% en dus hardship' lijken in deze feitengevoelige materie welhaast uitgesloten.[13] Hooguit kan worden gezegd dat de 50%-aanduiding in die zin betekenis heeft, dat zij geschikt is om de polen van contouren te voorzien: in de regel zal enerzijds een waardewijziging van 10 of 20% onvoldoende zijn, maar anderzijds een naar 100% oplopend verschil niet noodzakelijk.

6. Nadere vereisten

In beide sets Principles wordt aansluitend een aantal nadere vereisten opgesomd (art. 6.2.2 sub a-d Unidroit Principles, art. 2.117 (2) sub a-c PECL). Deze eisen, ten aanzien waarvan de Principles wederom een grote mate van overeenstemming vertonen, passeren thans de revue.[14]

(a) Toekomstigheid. Met deze eerste voorwaarde wordt het leerstuk der imprévision (grotendeels) afgegrendeld van dat der dwaling.[15] De gebeurtenissen die de 'hardship' hebben veroorzaakt moe-

10. Voor een (internationaal) bronnenoverzicht op dit punt moge worden verwezen naar P. Abas, Rebus sic stantibus (1989), p. 234.
11. In dezelfde zin Abas, o.c., p. 226; zie tevens comment B (i) bij art. 2.117 PECL.
12. Strikt genomen zegt de geciteerde passage niets over zulke onder de vijftig blijvende percentages. Maar zie D. Maskow, t.a.p., p. 662: 'as a rule an alteration of at least 50% (...) should be required'.
13. Zo zal m.i. bij voorbeeld relevantie kunnen toekomen aan de vraag of de getroffen partij het voor haar ontstane nadeel behoorlijk kan dragen, dan wel daaraan ten onder dreigt te gaan (faillissement).
14. Het Nederlandse recht wijkt hier per saldo niet wezenlijk van af. Zie Verbintenissenrecht (Valk), art. 6:258, aant. 14-30 (over de toekomstigheidseis handelt aant. 21).
15. Samenloop blijft denkbaar bij een tot het heden herleidbare toekomstdwaling; zie

ten in principe hebben plaatsgevonden nadat de overeenkomst werd gesloten; reeds eerder voorgevallen feiten komen alleen in aanmerking indien zij pas na de contractssluiting ter kennis van de getroffen partij zijn gekomen (Unidroit Principles) c.q. op het moment van de contractssluiting aan de partijen nog niet bekend waren of redelijkerwijs bekend moesten zijn (PECL). Per saldo heeft de toekomstigheidseis dus een subjectief, want op het bewustzijn van betrokkene(n) afstemmend, karakter. Tussen Unidroit Principles en PECL zijn twee verschillen aanwijsbaar: ten eerste ziet de subjectivering bij Unidroit alleen op de getroffen partij terwijl zij in de PECL op beide contractanten is gericht, in de tweede plaats werken de PECL behalve met wetenschap ook met een bekend behoren te zijn. Voor de praktijk zijn deze verschillen te verwaarlozen. Strikt genomen is m.i. de Unidroitformule in beiderlei opzicht verkieslijk, nu bekendheid bij (alleen) de wederpartij een beroep op de imprévisionregel niet zou behoren te frustreren, en een 'behoren te kennen' in wezen op het terrein van het sub b te noemen vereiste is gelegen.

*(b) Onvoorzienbaarheid:*ten tijde van de contractssluiting had de getroffen partij met de verandering in de omstandigheden redelijkerwijs nog geen rekening kunnen houden.

(c) Buiten schuld: het verloop van de gebeurtenissen lag buiten de macht van de getroffene.[16]

(d) Buiten risico: de verandering in de omstandigheden komt niet, gezien de overeenkomst, voor risico van de getroffen partij.[17]

Zeker wanneer men de eisen aldus uitschrijft, valt hun grote verwantschap op met enige andere verbintenisrechtelijke leerstukken, zoals met name dat der overmacht. Het commentaar bij de PECL[18] geeft aan dat 'imprévision' (art. 2.117) en 'impossibility' (art. 3.108) van elkaar moeten worden onderscheiden; bij het laatste is sprake van een onoverkomelijk obstakel, terwijl bij het eerste presteren mogelijk blijft maar dat voor de schuldenaar rampzalig is. Unidroit vaart op dit punt een wat andere koers, stellende dat dezelfde feiten soms zowel

ten onzent TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 969. Zie op dit punt ook A.S. Hartkamp, in CJHB (Brunner-bundel 1994), p. 134.

16. Deze eis wordt alleen in de Unidroit Principles uitdrukkelijk genoemd, maar mag bij de PECL in de sub d te noemen risicoregel besloten worden geacht.
17. Zie over dit risico-element nader comment 3 (d) bij art. 6.2.2 Unidroit Principles en comment B (iv) bij art. 2.117 PECL.
18. Comment A bij art. 2.117 PECL.

'hardship' (art. 6.2.1-3) als 'force majeure' (art. 7.1.7) zullen opleveren. De getroffene moet dan — aldus het Unidroit-commentaar[19] — beslissen welke weg hij wil bewandelen: 'hardship' indien hij heronderhandeling wenst, 'force majeure' als hij zijn tekortkoming als geëxcuseerd wil doen gelden. Naar de theorie voel ik het meest voor het standpunt van de commissie-Lando, maar gezien de relatieve en weinig vastomlijnde inhoud van het verhinderingsbegrip is het goed denkbaar dat de door Unidroit geschetste samenloop — ook al is die theoretisch wellicht niet aan de orde — zich de facto toch zal voordoen.

7. Heronderhandelingsplicht

Zowel Unidroit als de commissie-Lando beklemtoont in tekst en toelichting dat de getroffen regeling er primair toe strekt partijen zelf, in onderling overleg, een voor beiden acceptabele regeling te doen treffen ('amicable agreement').[20] Wanneer aan de gestelde eisen is voldaan, is het rechtsgevolg dan ook een *heronderhandelingsplicht*. De tevens vermelde mogelijkheid tot rechterlijk ingrijpen (waarover punt 10) staat op het tweede plan, en komt eerst aan de orde als de heronderhandelingen om enigerlei reden als niet gelukt zijn te beschouwen.

De verplichting om tot heronderhandeling over te gaan is gebaseerd op en wordt geregeerd door de goede trouw (redelijkheid en billijkheid).[21] Volgens het PECL-commentaar[22] gaat het hier om een 'independent obligation', die in art. 2.117 (3) (c) van een eigen sanctie is voorzien: de rechter kan aan een contractspartij schadevergoeding toekennen voor het verlies dat zij lijdt doordat haar wederpartij weigert te onderhandelen of de onderhandelingen te kwader trouw afbreekt. Unidroit verschaft op het punt der sanctionering geen bijzondere informatie; het commentaar geeft slechts aan dat indien een onderhandelingsverlangen op niets uitloopt, de zaak aan de rechter kan worden voorgelegd.[23] Deze 'nietszeggende' benadering is m.i. de betere. Men bedenke dat het ontbreken van een bijzondere

19. Comment 6 bij art. 6.2.2 Unidroit Principles.
20. Comment C bij art. 2.117 PECL.
21. Comment 5 bij art. 6.2.3 Unidroit Principles (waarin overigens ook naar de 'meewerkplicht' van art. 5.3 wordt verwezen); Comment C bij art. 2.117 PECL.
22. Comment C bij art. 2.117 PECL.
23. Comment 6 bij art. 6.2.3 Unidroit Principles.

schadevergoedingsregel niet betekent dat voor vergoeding van schade geen ruimte zou bestaan; de grondslag daarvoor kan immers in de algemene wanprestatieregelen worden gevonden.[24] Maar bovendien dreigt het centraal stellen van een 'losse' schadevergoeding aan het gezicht te onttrekken dat het effect van het frustreren van heronderhandelingen veelal in aanzienlijke mate verweven zal zijn — en mag zijn — met de houding die de rechter *overigens* ten aanzien van de aan hem voorgelegde situatie inneemt. Constateert de rechter dat van 'hardship' sprake is en dat de wederpartij onvoldoende heeft heronderhandeld, dan zal hij geneigd zijn een door hem uit te spreken ontbinding of aanpassing van de overeenkomst te laten ingaan (niet later dan) op het moment waarop normaliter partijen zelf hun heronderhandelingen zouden hebben afgerond,[25] eventueel in combinatie met zijns inziens passende voorwaarden. Alsdan vindt in feite een automatische schadevergoeding in natura plaats, waarbij een geïsoleerde vergoedingsregel als die van art. 2.117 (3) (c) in de lucht komt te hangen. Het is juist de mogelijkheid dat zij uiteindelijk door de rechter wordt 'gepasseerd' die de wederpartij er veelal toe zal doen besluiten om toch maar aan de heronderhandelingen mee te werken en aldus zelf nog een vinger in de pap te houden, zeker waar zij wellicht vreest dat de rechter de weigerachtige later niet al te gunstig gezind zal zijn.

8. Vervolg; bijzonderheden

Art. 6.2.3 (1) Unidroit Principles geeft aan dat de getroffene zijn verlangen tot heronderhandelingen 'without undue delay' moet uiten en de gronden moet aangeven waarop dit verlangen is gebaseerd. De PECL-tekst noemt deze bijkomende eisen niet; wel meldt het PECL-commentaar[26] dat de onderhandelingen 'within a reasonable time' moeten worden aangevraagd, onder opgave van de gevolgen die de veranderde omstandigheden voor de overeenkomst hebben gehad. De

24. Art. 7.4.1 Unidroit Principles; art. 4.501 PECL.
25. Strikt genomen melden Unidroit Principles en PECL alleen bij de ontbinding dat de rechter de ingangsdatum kan bepalen; ten aanzien van de contractsaanpassing ligt evenwel een parallelle bevoegdheid voor de hand. Vgl. art. 6:258 lid 1 BW: 'Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend'.
26. Comment C bij art. 2.117 PECL.

Unidroit-toelichting[27] ontdoet beide voorwaarden echter goeddeels van hun potentiële angel:

'The disadvantaged party does not lose its right to request renegotiations simply because it fails to act without undue delay. The delay in making the request may however affect the finding as to whether hardship actually existed and, if so, its consequences for the contract. (...) Failure to set forth the grounds on which the request for renegotiations is based may have similar effects (...)'.

Een verschil tussen Unidroit Principles en PECL is hierin gelegen, dat volgens Unidroit alleen de getroffen partij heronderhandeling kan verlangen, terwijl naar de PECL beide partijen zulks kunnen eisen. In de toelichting gaat Unidroit op dit punt niet nader in, terwijl de commissie-Lando betoogt dat de andere partij ongerust kan zijn over de voortzetting van de contractuele relatie en daarom ook zelf de heronderhandelingen mag nastreven.[28] In de praktijk zal dit laatste niet zo snel gebeuren, aangezien de wederpartij die op heronderhandelen aanstuurt daarmee lijkt toe te geven dat er harerzijds water in de wijn zal (moeten) worden gedaan, en zij daarmee in feite het aantrekkelijker standpunt laat varen dat het contract onverkort dient te worden nagekomen. Maar met name in situaties waarin — bij voorbeeld aan de hand van jurisprudentie in vergelijkbare gevallen — duidelijk is dat zich inderdaad 'hardship' voordoet, is het denkbaar dat een wederpartij op een bepaald moment zekerheid wil hebben en dus de ander maar aan de onderhandelingstafel nodigt. Weigert dan die ander te heronderhandelen, dan zal daaruit in de regel een afstand van een (eventueel) recht op contractsaanpassing of -beëindiging mogen worden afgeleid, zodat voor de wederpartij zekerheid — in een voor haar gunstige vorm — ontstaat. In dit licht zal de wederpartij niet veel behoefte hebben aan de regel dat ook de getroffene zelf tot het voeren van heronderhandelingen is gehouden.

9. Heronderhandelen naar Nederlands recht

Wanneer men de regeling van ons artikel 6:258 BW met die van de Unidroit Principles en de PECL vergelijkt, valt op dat de in ons land gevolgde route rechtstreeks naar de rechter leidt. Een verbintenis tot

27. Comment 2-3 bij art. 6.2.3 Unidroit Principles; voor de PECL, waarin bedoelde eisen al niet in de tekst tot uitdrukking worden gebracht, zal hetzelfde gelden.
28. Comment C bij art. 2.117 PECL.

het voeren van heronderhandelingen wordt in het Nederlandse wetsartikel niet genoemd en kan er dan ook bezwaarlijk op worden gebaseerd. Indien men enigerlei heronderhandelingsplicht zou willen aanvaarden, dan komt ter fundering daarvan hooguit art. 6:248 (lid 1 en/of 2) BW in aanmerking, gewijd aan — onder meer — de algemene werking van redelijkheid en billijkheid. Hoewel sommigen het aannemen van verbintenissen tot heronderhandelen op de grondslag van die redelijkheid en billijkheid hebben bepleit,[29] kan niet worden gezegd dat deze opvatting het ten onzent tot heersende leer heeft gebracht. Veeleer valt te constateren dat de centrale positie die de wetgever aan de rechter en diens vonnis heeft toebedeeld, een zware schaduw werpt over gedachten aan eventuele buitengerechtelijke opties. De — bij de toelichtende stukken aanknopende — opvatting dat art. 6:258 BW voor situaties van onvoorziene omstandigheden als lex specialis aan het meer algemene art. 6:248 (met name lid 2) derogeert,[30] heeft aan die overschaduwing stellig bijgedragen.

Zelf zie ik veel in het naar voren schuiven van een heronderhandelingsfase en het daaraan inherente naar de achtergrond dringen van het rechterlijk ingrijpen. In mijn oratie heb ik de wenselijkheid van een dergelijk model verdedigd,[31] en daartoe betoogd dat art. 6:258 BW niet als een aan art. 6:248 derogerende lex specialis behoort te worden beschouwd, maar als een *lex suppleta*, die aan het gewone redelijkheid-en-billijkheidsrecht de mogelijkheid van een (constitutief) rechterlijk ingrijpen toevoegt. De aanwezigheid van deze lex suppleta nu staat er niet aan in de weg:

— dat partijen zelf tot heronderhandelingen, uitmondend in een aanpassing of beëindiging van hun overeenkomst, kunnen overgaan (contractsvrijheid);
— dat wordt aangenomen dat partijen tot heronderhandelen 'gehouden' kunnen (en zullen) zijn in die zin, dat wanneer een der

29. Zie met name J.H. Dalhuisen, in 't Exempel dwinght (Kisch-bundel 1975), p. 49-67; dezelfde, NJB 1976, p. 181-183; J.M. van Dunné, in bundel Iustitia et Amicitia (1985), p. 126-136; dezelfde, Verbintenissenrecht 2 (1993), p. 96-109.
30. Zie met name W.L. Valk, in Eruditia Ignorantia (Grotius-bundel 1989), p. 161-167, met vermelding van de relevante passages in de parlementaire geschiedenis; zie voorts Verbintenissenrecht (Valk), art. 6:258, aant. 9, met vermelding van nog enige vindplaatsen.
31. En wel in de vorm van (een stelsel van) Obliegenheiten: Jac. Hijma, Het constitutieve wijzigingsvonnis, oratie Leiden 1989, p. 14-17. Zie ook hierna, tweede liggende streepje.

partijen zich onvoldoende inspant om via heronderhandelen uit de impasse te geraken, zij het oorspronkelijke contract gewoon zal moeten nakomen (de getroffene) c.q. zij daarvan geen nakoming meer zal kunnen verlangen (de wederpartij) ('Obliegenheiten' in verband met art. 6:248 lid 2);
— dat wordt aangenomen dat partijen krachtens redelijkheid en billijkheid jegens elkaar tot heronderhandelen *verplicht* kunnen zijn (incidentele verbintenissen ex art. 6:248 lid 1);
— dat — in het voetspoor van Unidroit Principles en PECL — als regel wordt aangenomen dat partijen krachtens redelijkheid en billijkheid jegens elkaar tot heronderhandelen verplicht *zullen* zijn (structurele verbintenissen ex art. 6:248 lid 1).

Een 'zelfregulering' door de contractanten, op welke der genoemde bases zij ook geschiedt, heeft niet te onderschatten voordelen. Partijen zijn zelf het beste met hun moeilijkheden en mogelijkheden op de hoogte. Zij blijven met elkaar in gesprek, houden direct invloed op de ontwikkelingen, en blijven bij de contractuele relatie betrokken op een minder conflictueuze wijze dan in een proces het geval is. De kosten en het tijdsverlies van een procedure blijven bespaard, hetgeen niet alleen gunstig is voor partijen maar ook voor het rechterlijk apparaat.[32] Het moge duidelijk zijn dat ik het accent op heronderhandelingen in geval van onvoorziene omstandigheden, zoals dat zowel in de Unidroit Principles als in de PECL wordt gelegd, gaarne toejuich.

10. Rechterlijk ingrijpen

Indien de heronderhandelingen niet binnen een redelijke termijn succes hebben, kan ieder der partijen de zaak in rechte aanhangig maken (art. 6.2.3 (3) Unidroit Principles, art. 2.117 (3) PECL). De rechter heeft dan, om met het PECL-commentaar te spreken,[33] 'wide powers'. Partijen kunnen nog worden teruggestuurd naar de onderhandelingstafel, eventueel kan een bemiddelaar worden aangesteld. Als ultimum remedium kan het tot een rechterlijk ingrijpen komen, waartoe dan twee mogelijkheden bestaan: (a) *beëindiging* van een overeenkomst (ontbinding), met ingang van een door de rechter

32. Niet voor niets komt elders in de wet een streven naar zelfregulering tot uitdrukking; zie met name art. 6:240 BW (abstracte toetsing algemene voorwaarden).
33. Comment D bij art. 2.117 PECL.

te bepalen datum en op door de rechter te bepalen voorwaarden; (b) *wijziging* van de overeenkomst teneinde het contractuele evenwicht te herstellen (Unidroit Principles) c.q. teineinde de gevolgen van de verandering der omstandigheden tussen partijen naar redelijkheid en billijkheid te verdelen (PECL).[34] Beide mogelijkheden liggen ook in ons art. 6:258 (jo. 6:260) BW besloten.

Unidroit Principles noch PECL bepalen dat de rechter alleen *op verlangen* van een der partijen tot een ontbinding of wijziging van de overeenkomst mag overgaan; de discretionaire rechterlijke bevoegdheid lijkt daarmee wat verder te gaan dan naar Nederlands recht het geval is.[35] Op zichzelf lijkt mij het Nederlandse uitgangspunt correct dat de rechter met zijn uitspraak zal moeten blijven binnen de hem door de partijen gestelde kaders; wordt van hem bij voorbeeld uitsluitend een prijsaanpassing verlangd, dan zal hij niet eigener beweging tot een volledige ontbinding van de overeenkomst mogen besluiten.

11. Besluit

De Principles van Unidroit en de commissie-Lando boeien ten zeerste, niet alleen op het hier besproken gebied der imprévision (waarop ik de centrale positie van de heronderhandelingen als duidelijke winst beschouw), maar zeker ook in een meer algemene zin. Dat er buiten Nederland over het privaatrecht zinnige dingen gedacht en gezegd worden, is uiteraard geen nieuws. Wel nieuw — althans op algemeen-contractenrechtelijk terrein — is dat die zinnige dingen door gezaghebbende instanties bij elkaar worden gebracht, met elkaar verstrengeld raken en aldus een 'standaard' gaan vormen waaraan de diverse nationale rechtsstelsels zich kunnen spiegelen. Vrijblijvend weliswaar, maar toch: wie zich tijdig aan anderen spiegelt, spiegelt zich zacht...

34. De verschillende formulering van de sub b genoemde mogelijkheid staat in direct verband met de gekozen basiscriteria; zie daarover punt 4.
35. Vgl. de aanhef van art. 6:258 lid 1 BW. Deze kwestie zal overigens ook invloed (kunnen) ondergaan van het in een bepaald geval toepasselijke procesrecht.

Smartegeld bij tekortkomingen in de nakoming van een verbintenis

*S.D. Lindenbergh**

1. Inleiding

Art. 7.4.2 (2) Unidroit Principles[1] en art. 4.501 (2) PECL[2] erkennen ieder een recht op vergoeding van 'non-pecuniary damages' bij 'non-performance' van een overeenkomst. In de comments op de Lando Principles wordt zeer beknopt weergegeven wat de stand van zaken is met betrekking tot, kort gezegd, het smartegeld bij wanprestatie[3] in een aantal Europese landen.[4] Met betrekking tot het Nederlandse recht wordt opgemerkt:

'(...) Dutch law will only allow damages for non-pecuniary loss if it is provided for by statute. (...) In (...) the Netherlands non-pecuniary damages are mostly available in tort but the rules such as BW art. 6:106 (...) may in certain cases also apply to contracts, see on Dutch law BW art. 6:95 and 6:106 (...)'.[5]

Deze weergave van de stand van zaken met betrekking tot het smartegeld bij wanprestatie in Nederland blinkt uit in beknoptheid en zet aan tot nieuwsgierigheid. In deze bijdrage zal meer uitgebreid worden

* Mr. S.D. Lindenbergh is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. De bepaling luidt: 'Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, pain and suffering or emotional distress'.
2. De bepaling luidt: 'The loss for which damages are recoverable includes:
   (a) non-pecuniary loss; and
   (b) future loss which is reasonably likely to occur'.
3. In aansluiting op het (juridisch) spraakgebruik wordt steeds van wanprestatie gesproken, wanneer een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst wordt bedoeld.
4. De comments op de Unidroit Principles bevatten geen nadere gegevens over het smartegeld in nationale rechtsstelsels.
5. Ole Lando and Hugh Beale, The Principles of European Contract Law, p. 233.

ingegaan op die stand van zaken. Daartoe zal achtereenvolgens aandacht worden besteed aan de wettelijke regeling, aan de verhouding tussen wanprestatie en onrechtmatige daad in dit verband en aan enkele bijzondere contracten. Maar eerst is er enige aandacht voor het oude recht.

2. Het oude recht

Onder het oude recht werd de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade als gevolg van een onrechtmatige daad op betrekkelijk ruime schaal erkend.[6] Over de vraag onder welke omstandigheden die mogelijkheid bij wanprestatie bestond, heerste verschil van mening.[7] De jurisprudentie vertoonde een ongeordend beeld. Zo werd bijvoorbeeld een vergoeding voor immateriële schade toegekend bij het zoekraken van een huwelijksreportage,[8] maar werd een dergelijke vergoeding afgewezen in een geval waarin tijdens een crematieplechtigheid een verkeerde kist en bloemen voor een andere overledene aanwezig bleken.[9]

In enkele gevallen werd het recht op vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie door de wet expliciet erkend. Zo heeft in het arbeidsrecht artikel 1637w BW (oud), waarin een recht op smartegeld werd toegekend wanneer opzettelijk of door schuld was gehandeld in strijd met een contractuele verplichting, aanleiding gegeven tot een gevarieerde jurisprudentie.[10] Daarnaast valt nog te denken aan toekenning van vergoedingen voor 'niet op geld waardeerbare schade' op grond van art. 16 WCAO, art. 3 lid 4 van de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten en art. 10 van de Wet op de ondernemingsovereenkomsten.[11]

6. Sinds HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455 (Van Kreuningen/Bessem). Vgl. ook de door Bloembergen in Onrechtmatige Daad (oud) IIA aant. 13 e.v. vermelde literatuur en jurisprudentie.
7. Vgl. de door G.J. de Groot, Contractenrecht (oud), nrs 945 e.v. vermelde literatuur.
8. Ktg. Rotterdam 28 december 1977, Prg. 1978, 1307.
9. Rb. Haarlem, 14 december 1982, NJ 1983, 395.
10. Vgl. voor een onderzoek naar die jurisprudentie: L. Schreuders, Smartegeld bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst, Sociaal Recht 1992-1, p. 4 e.v.
11. Van de genoemde bepalingen is alleen art. 1637w BW (oud) bij de invoering van het NBW geschrapt.

3. Huidig recht

a. Uitgangspunten

In het huidige recht is in art. 6:95 BW voor alle schadevergoedingsverplichtingen, ongeacht hun ontstaansgrond, bepaald dat vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade plaatsvindt, voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft. Dit betekent in de eerste plaats dat gekozen is voor vergoeding van immateriële schade op (wettelijk) beperkte schaal, hetgeen ertoe leidt dat vele soorten immateriële schade onvergoed zullen blijven. In de tweede plaats is fundamenteel de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie erkend en lijkt de onder het oude recht levende strijdvraag of, en zo ja onder welke omstandigheden, bij wanprestatie recht op een dergelijke vergoeding bestaat, te zijn beslecht. Het is echter de vraag of met deze royaal ogende methode op het punt van het smartegeld 'winst is geboekt', nu de gevallen waarin de wet vergoeding van immateriële schade mogelijk maakt zijn beperkt tot enkele specifiek omschreven categorieën.

b. Gevallen waarin een recht op vergoeding bestaat

Art. 6:106 BW bepaalt in zijn algemeenheid in welke gevallen ander nadeel dan vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt. In dit kader is vooral het bepaalde onder a en b van art. 6:106 lid 1 BW van belang:[12]

'Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding:
a. indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen;
b. indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast'.

In het onder a beschreven geval is het oog vooral gericht op de intentie waarmee het nadeel wordt toegebracht. Van het opzettelijk toebrengen van immaterieel nadeel mag men m.i. in het algemeen aannemen dat het behoort tot de 'schrijnende gevallen' waarin (ook) van het schadevergoedingsrecht een reactie niet kan worden gemist. De bepaling zal echter niet vaak kunnen worden toegepast, omdat zij

12. Het bepaalde onder c betreft de aantasting van de nagedachtenis van een overledene, hetgeen moeilijk is voor te stellen als gevolg van een tekortkoming in de nakoming.

vergt dat het opzet is gericht op het toebrengen van immateriële schade, hetgeen een vordering veelal op bewijsproblemen zal doen stranden.[13] Niettemin moet toepassing van deze bepaling ook mogelijk worden geacht bij opzettelijke wanprestatie, gericht op het toebrengen van immateriële schade.[14]

Veruit de belangrijkste categorie van gevallen is in het artikel onder b beschreven. Het betreft daar steeds aantastingen van de persoon. Deze kunnen bestaan uit toegebracht lichamelijk letsel, aantasting van eer en goede naam of uit andersoortige persoonsaantastingen. De 'open' geformuleerde restcategorie 'aantasting in de persoon op andere wijze' mag volgens de parlementaire geschiedenis bij art. 6:106 BW niet te ruim worden opgevat: het kan gaan om het toebrengen van ernstige psychische storingen,[15] maar ook inbreuken op de privacy zijn er onder te brengen.[16] Vele soorten nadelen als gevolg van wanprestatie, zoals ergernis of verdriet wegens ondeugdelijke of vertraagde nakoming, kunnen hier naar alle waarschijnlijkheid niet onder gebracht worden.

Recentelijk oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat aan de ouders van een jong kind een bedrag aan smartegeld toekwam in verband met de gevolgen voor hen van een ernstige verwonding van hun kind als gevolg van een medische fout.[17] Toewijzing van het bedrag werd gebaseerd op wanprestatie van het ziekenhuis en de artsen jegens de ouders. Met betrekking tot het smartegeld overwoog de rechtbank dat wanprestatie naar oud recht en naar huidig recht een recht op vergoeding van immateriële schade geeft.[18] Naar huidig recht is het echter de vraag of het betreffende geval kan wrden gebracht onder één van de omschrijvingen van artl. 106 BW. Vooral nu in de parlementaire geschiedenis na rijp beraad op zowel 'technische' als meer 'beleidsmatige' gronden ervoor is gekozen een recht op smartegeld wegens

13. Vgl. ook: MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380 en Eindverslag I, p. 389.
14. Zie in dezelfde zin: Bouman en Van Wassenaer van Catwijck, Mon. Nieuw BW B-37, p. 94.
15. Eindverslag I Parl. Gesch. Boek 6, p. 389: '... ook aantasting van de persoon door het toebrengen van psychische storingen, mits deze ernstig genoeg zijn om van "aantasting" van de persoon te spreken.'
16. MvA II Parl. Gesch. Boek 6, p. 380. Vgl. over dit begrip ook H.J. Vetter, Aantasting in de persoon volgens art. 6:106. Welke persoon? Te PAS-bundel, 1992, p. 147-152 en HR 13 januari 1995, RvdW 1995, 29C (Ontvanger/Bos).
17. Rb. Amsterdam 5 juli 1995, NJkort 1995, 35).
18. Vgl. r.o. 16 van het vonnis.

'affectieschade' — dat wil zeggen verdriet door verwonding of overlijden van naasten — te verwerpen.[19]

4. Wanprestatie en onrechtmatige daad

In artikel 6:106 BW wordt niet aangegeven waaruit het nadeel bestaat, maar wordt volstaan met een limitatieve opsomming van gevallen waarin het nadeel voor vergoeding in aanmerking komt. Aldus biedt de door art. 6:95 BW geopende poort naar de vergoeding van immateriële schade slechts toegang aan die gevallen die voldoen aan de omschrijving van art. 6:106 BW.[20] Dit betekent in de praktijk dat de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie weinig 'zelfstandige betekenis' toekomt, omdat zij door de werking van art. 6:106 BW grotendeels[21] wordt beperkt tot gevallen waarin tevens sprake is van onrechtmatig handelen.[22] Bij lichamelijk letsel zal immers steeds sprake zijn van inbreuk op het recht op lichamelijke integriteit, terwijl bij schending van eer en goede naam en aantastingen in de persoon op andere wijze ook steeds tevens zal zijn gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Wil zijn voldaan aan één der in art. 6:106 lid 1 sub b BW genoemde omschrijvingen, dan zal de schadeveroorzakende gedraging derhalve tevens voldoende grond opleveren voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. In die gevallen zal immers ook onafhankelijk van de tussen partijen bestaande contractuele verhouding het toebrengen van letsel of andersoortige persoonsaantastingen onrechtmatig zijn.[23]

19. Vgl. Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 388-389 en MvA I Inv. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 1273-1277.
20. Of aan die van een van de (weinige) andere wetsbepalingen die een recht op vergoeding van immateriële schade toekennen, zie daarover hierna onder 5.
21. Afgezien van het praktisch minder relevante geval van opzettelijk toegebrachte immateriële schade.
22. Men zij er overigens op bedacht dat dit de mogelijkheid om langs contractuele weg buiten de in art. 6:106 BW omschreven gevallen een recht op smartegeld te creëren onverlet laat, vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 332-333. Dit betekent ook dat men door een contractuele rechtskeuze voor de 'principles' de daarin ruimer geformuleerde mogelijkheid tot vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie van toepassing kan verklaren.
23. Vgl. het door de Hoge Raad geformuleerde criterium voor samenloop van aansprakelijkheid uit wanprestatie en onrechtmatige daad, waarbij het gaat om de vraag of een handeling 'onafhankelijk van een tussen partijen bestaande con-

5. Eén uitzondering

Het burgerlijk wetboek biedt naast art. 6:106 BW nog op één andere plaats een opening naar de vergoeding van immateriële schade. Het betreft art. 7:510 BW dat zelfs expliciet voor wanprestatie is geschreven:

'Een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die hem kan worden toegerekend, verplicht de reisorganisator mede tot vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, voor zover door die tekortkoming derving van reisgenot is veroorzaakt'.[24]

In de Memorie van Toelichting wordt het bestaan van dit artikel als volgt gemotiveerd:

'Allerlei ongerief — lawaai, stank, een alternatief onderkomen, enz. — waarmee de reiziger redelijkerwijs niet behoeft rekening te houden, kan het reisgenot ernstig bederven. Het is op zijn minst twijfelachtig of dit zou zijn te brengen onder «aantasting van de persoon» als bedoeld in artikel 106 lid 1 onder b. Het is evenwel billijk en het wordt in de praktijk ook als zodanig ervaren, dat zulke immateriële schade aan de reiziger wordt vergoed, indien zij aan de reisorganisator moet worden toegerekend (...)'.[25]

Het artikel biedt derhalve ook een recht op vergoeding van immateriële schade in gevallen die niet voldoen aan de omschrijvingen van art. 6:106 BW. Waar het artikel en de toelichting spreken van derving van reisgenot, valt te betwijfelen of het wel gaat om ander nadeel dan vermogensschade. Het reisgenot kan immers worden gezien als tegenprestatie voor de reissom en kan derhalve heel wel in geld worden uitgedrukt.[26] Met de terugbetaalde reissom kan de reiziger zich bovendien opnieuw reisgenot verwerven. Ook de schade die bijvoorbeeld ontstaat door vermindering van huurgenot door een wanprestatie van de verhuurder wordt wel aangemerkt als vermogensschade, juist omdat de waarde van het gederfde huurgenot zich laat

tractuele verhouding — hetgeen wil zeggen onafhankelijk van een schending van contractuele normen — onrechtmatig is', HR 9 december 1955, NJ 1956, 157 (Boogaard/Vesta).

24. De omvang van de vergoeding is krachtens art. 7:511 BW beperkt tot ten hoogste eenmaal de reissom.
25. MvT TK 22 506, nr. 3, p. 17/18.
26. Zie ook: R. Overeem, Smartegeld, p. 20, A.R. Bloembergen, Monografie NBW, B-34, p. 62 en L.G. Eykman, Smartegeld, WPNR 5572, 462.

uitdrukken in de huurprijs.[27] De 'extra' ergernis die een wanprestatie door de reisorganisator kan meebrengen,[28] kan weliswaar worden aangemerkt als ander nadeel dan vermogensschade, maar onderscheidt zich niet wezenlijk van het nadeel dat door andersoortige wanprestaties wordt geleden[29] en niet onder één van de omschrijvingen van art. 6:106 zal kunnen worden gebracht. De bevoorrechte positie van de reiziger in dit opzicht laat zich derhalve 'dogmatisch' niet goed verklaren. Daar komt nog bij dat onder het oude recht in dergelijke gevallen slechts op beperkte schaal vergoedingen zijn toegekend, zodat de noodzaak van deze bijzondere behandeling in twijfel kan worden getrokken. Het hangt ongetwijfeld samen met de hoge waardering die vrijetijdsbesteding en reizen in onze maatschappij genieten, dat juist bij de reisovereenkomst een dergelijke vergoeding 'in de praktijk als billijk wordt ervaren',[30] maar het wringt toch dat aan de reiziger wordt gegeven, wat aan andere (en vaak veel ernstiger) gedupeerde contractspartijen wordt onthouden.

6. Géén uitzondering

a. Smartegeld en arbeidsovereenkomst

Onder het oude recht werd het bestaan van een (algemeen) recht op vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie wel beargumenteerd met een verwijzing naar art. 1637w BW (oud).[31] Dat artikel bood een recht op vergoeding van immateriële schade wanneer opzettelijk of door schuld was gehandeld in strijd met een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting. Met de invoering van art. 6:106 BW is dat artikel evenwel vervallen,[32] omdat er 'geen reden' was een bijzondere regel over immateriële schade bij de arbeidsovereenkomst op te nemen naast art. 6:106 BW. De Sociaal

27. Vgl. bijvoorbeeld A-G Leijten in zijn conclusie bij HR 17 juni 1994, NJ 1994, 670, p. 3226 l.k.
28. Overeem, t.a.p., spreekt in dit verband van 'reisverdriet'.
29. Men denke bijvoorbeeld aan een huwelijksdiner dat door de erbarmelijke kwaliteit van het voedsel of van de bediening op een fiasco uitloopt, aan de levering van een ondeugdelijk filmrolletje, etc.
30. De vergoeding op grond van art. 7:510 kan er bovendien toe bijdragen de beperkingen in de vergoeding van vermogensschade te 'verzachten'. Deze zal immers veelal tot driemaal de reissom zijn beperkt (vgl. art. 7:509).
31. Vgl. bijvoorbeeld Overeem, t.a.p. p. 58.
32. Bij wet van 28 december 1989, Stb. 616.

Economische Raad had nog in overweging gegeven de in art. 1637w BW (oud) neergelegde norm te handhaven, omdat zij niet uitgesloten achtte dat art. 6:106 BW van een beperkter strekking was dan art. 1637w BW (oud) en omdat de bepaling van 1637w BW (oud) in de praktijk een nuttige functie vervulde.[33] In de memorie van toelichting bij de vaststelling van titel 7.10 wordt deze suggestie als volgt gepasseerd:

'Nu zal in het algemeen immateriële schade die door de werknemer wordt geleden als gevolg van een schending door de werkgever van diens verplichtingen voor vergoeding in aanmerking komen wanneer het aantasting van de persoon betreft. Voor zover dat niet het geval is, rijst de vraag waarom werknemers meer behoefte zouden hebben aan vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade dan andere slachtoffers die niet iets hebben ondergaan als «aantasting van de persoon». Het begrip is ruim. Inbreuk op de persoonlijke levenssfeer kan eronder vallen. Evenmin verzet de wet zich er bijvoorbeeld tegen dat een werknemer voor schadevergoeding op grond van artikel 106 in aanmerking komt omdat hij nadeel lijdt als gevolg van een ten onrechte opgelegde schorsing. Ook is er geen grond om voor de enkele overtreding van een veiligheidsvoorschrift vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade toe te kennen zolang niet het daardoor opgeroepen gevaar zich heeft verwezenlijkt. De gronden voor schrapping van het artikel zijn daarom nog steeds geldig'.[34]

Met betrekking tot (immaterieel) nadeel ontstaan door schending van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst is derhalve gekozen voor de exclusieve werking van art. 6:106 BW. Opvallend is dat in de memorie van toelichting op dit punt ineens vrij ruimhartig wordt omgegaan met het begrip 'aantasting in de persoon'. Dat staat in schril contrast met hetgeen in de parlementaire geschiedenis omtrent art. 6:106 BW met betrekking tot dat begrip werd opgemerkt.[35] Het is m.i. ook zeer de vraag of die gevallen daar onder zijn te brengen die onder het oude recht leidden tot vergoedingen op basis van art. 1637w BW (oud).[36] Die jurisprudentie wekt de indruk dat de ver-

33. SER-advies titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst, 1991, nr 20, p. 18.
34. MvT TK 23 438, nr. 3 p. 10.
35. Zie hiervoor onder 2b.
36. Men denke aan: het onthouden van vakantie (Ktg. Haarlem, NJ 1940, 692), van een getuigschrift (Ktg. Amsterdam 18 september 1919, RBA IX 1 en 2), van een dienstwoning (Rb. Middelburg 27 oktober 1943, NJ 1944, 82) of van wachtgeld (Ktg. Rotterdam, 31 mei 1990, Prg. 1990, 3575). Vgl. ook: Ktg. Sneek 24 oktober 1979, Prg. 1981, p. 537 (vergoeding van immateriële schade wegens schrik, ondervonden door de dreiging als strafbaar deviezensmokkelaar te worden misbruikt) en Ktg. Amsterdam 6 augustus 1981, Prg. 1982, p. 287 (vergoeding

plichting tot vergoeding van immateriële schade nogal eens werd opgelegd om de ernst van de normschending te benadrukken. Dan ligt de nadruk echter meer op normhandhaving dan op herstel van schade.[37]

De opmerking in de memorie van antwoord dat de wet zich niet verzet tegen vergoeding van nadeel als gevolg van een ten onrechte opgelegde schorsing, komt merkwaardig voor. Het gaat er immers niet om of de wet zich tegen een dergelijke vergoeding *verzet*, maar juist om de vraag of de wet op vergoeding van immateriële schade in dat geval *recht geeft*.[38] Leidt de schorsing niet tot een aantasting in de persoon, dan is vergoeding van immateriële schade uitgesloten.[39] Het vervallen van art. 1637w BW (oud) pleegt dan ook te worden gezien als een beperking van de mogelijkheden tot vergoeding van immateriële schade.[40] Ik acht deze beperking niet onterecht. In de eerste plaats heeft de wetgever gekozen voor een beperkte mogelijkheid tot vergoeding van immateriële schade. Dit uitgangspunt heeft nu eenmaal als consequentie dat in vele gevallen immateriële schade onvergoed blijft. Bij de keuze van de omschrijvingen van art. 6:106 BW is m.i. in het algemeen de ernst van de gevolgen voor de gelaedeerde richtinggevend geweest en gelden lichamelijk letsel en andere (ernstige) persoonsaantastingen terecht als uitgangspunt. In de tweede plaats bestaat er — buiten een 'wetshistorisch' argument — m.i. geen goede grond om voor de arbeidsovereenkomst een ander regime te laten gelden dan voor andere overeenkomsten. Schending van verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst is m.i. niet op voorhand ernstiger dan schending van andersoortige contractuele verplichtingen en wie een aparte smartegeldbepaling in het arbeidsrecht wil handhaven ter versterking van de positie van de werknemer, heeft m.i. evenmin sterke argumenten. Voorzover het smartegeld kan dienen als sanctie tegen schendingen van persoonlijkheidsrechten, biedt ook art.

van immateriële schade wegens het 'afdanken' van een trouwe werknemer).

37. Met betrekking tot art. 16 WCAO komt men dezelfde gedachte wel tegen. Vgl. Asser-Kortmann-De Leede-Thunissen, 1994, p. 330.
38. Vgl. art. 6:95.
39. Tenzij werd geschorst met het oogmerk immateriële schade toe te brengen, vgl. art. 106 lid 1 sub a.
40. Vgl. Schadevergoeding (Deurvorst) art. 106 aant. 37 en de daar vermelde literatuur.

106 lid 1 sub b daartoe mogelijkheden. Voor het overige is het smartegeld als sanctiemiddel m.i. niet geschikt.

b. De belastingrechter bewaakt de grenzen van art. 6:106 BW

Naast vergoedingen op grond van art. 1637w BW (oud) zijn (en worden) nog al eens tamelijk forse vergoedingen voor immateriële schade toegekend op grond van art. 7A:1639w BW.[41] De groei van dit terrein is vooral gevoed door de gedachte dat het vanuit fiscaal oogpunt aantrekkelijk zou zijn een groot bedrag onder de vlag van 'immateriële schade' toe te kennen,[42] terwijl kantonrechters deze praktijk ook niet plegen af te keuren. Niettemin bestaat er in het licht van art. 6:95 BW slechts recht op deze vergoedingen voorzover zij voldoen aan één der omschrijvingen van art. 6:106 BW, nu art. 7A:1639w BW zelf geen recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade biedt. Het wekt dan ook weinig verbazing dat deze praktijk door de belastingrechter steeds meer aan banden wordt gelegd. Deze hoeft zich volgens de Hoge Raad zich niet gebonden te achten aan de kwalificatie van de vergoeding door de kantonrechter als 'vergoeding voor immateriële schade'.[43] Daarnaast dient hij volgens de Hoge Raad steeds te toetsen of het nadeel verband houdt met de dienstbetrekking. Slechts wanneer het nadeel 'geen of onvoldoende verband houdt met de dienstbetrekking' is de vergoeding onbelast. Zo betekent het feit dat iemand door een onvrijwillig ontslag 'psychisch leed' ondervindt nog niet dat een vergoeding daarvoor onbelast is.[44]

De vraag of (on)voldoende verband met de dienstbetrekking aanwezig is, wordt wel beantwoord aan de hand van het criterium of het schadeveroorzakend handelen van de werkgever ook buiten de sfeer van de arbeidsverhouding als onrechtmatig jegens de belanghebbende is aan te merken.[45] Hier valt op dat met behulp van een sa-

41. Het betreft hier geen vergoeding op grond van wanprestatie, maar op grond van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden.
42. In 1987 sanctioneerde de Hoge Raad een uitspraak van het hof dat een vergoeding 'ter betering van eer en goede naam' van de werknemer onvoldoende verband houdt met de dienstbetrekking om die vergoeding aan te merken als te zijn genoten uit dienstbetrekking (HR 24 juni 1987, BNB 1987, 248).
43. Aldus de Hoge Raad in HR 26 mei 1993, BNB 1993, 233.
44. Vgl. HR 14 april 1993, BNB 1993, 210.
45. Vgl. onder meer Hof 's-Gravenhage 29 september 1992, V-N 1993, p. 299 e.v.

menloopcriterium wordt getoetst of een bepaald nadeel voldoende verband houdt met een bepaalde bron om belast te worden. Dit heeft tot gevolg dat het enthousiasme om royale vergoedingen voor 'immateriële schade' overeen te komen of toe te kennen zienderogen afneemt,[46] waardoor ook hier het smartegeld de facto tot binnen de grenzen van art. 6:106 BW wordt teruggebracht. Over het algemeen kan immers worden gezegd dat vergoedingen voor immateriële schade die voldoen aan de eisen van art. 6:106 BW voortvloeien uit normschendingen die steeds tevens als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt.[47] Zo zouden de criteria van art. 6:106 BW ook kunnen dienen ter oriëntatie voor de belastingrechter die zich buigt over de vraag of een onder de vlag van 'smartegeld' toegekende vergoeding voor belasting in aanmerking komt. Daarbij kunnen m.i. niet alleen de criteria van art. 6:106 BW richtinggevend zijn,[48] maar ook de op grond van dat artikel toegekende bedragen. Wel moet worden aangetekend dat het hier slechts kan gaan om een (globale) oriëntatie, omdat zowel de uitleg van die criteria als de omvang van de op basis van artikel 6:106 BW toegekende bedragen slechts énig, doch niet veel houvast bieden.

7. Tot besluit

Doorgaans is niemand blij met een wanprestatie. Vaak leidt zij zelfs tot grote ergernis en woede, soms tot nog ernstiger gevolgen. Naar Nederlands recht is het recht op vergoeding voor dergelijke nadelen sterk beperkt.

Volgens het Nederlandse recht is er — naast de praktisch weinig relevante gevallen van opzettelijk toegebrachte immateriële schade — slechts plaats voor smartegeld wanneer een wanprestatie leidt tot schrijnende gevolgen in de vorm van lichamelijk letsel of andersoortige persoonsaantastingen. Slechts de gedupeerde reiziger wordt — merkwaardig genoeg — door art. 7:510 BW iets genereuzer behandeld. In de overige gevallen zal er steeds tevens sprake zijn van

alsmede J. Rensema, Schadevergoeding en afkoopsom, Fiscale monografieën nr. 13, Deventer 1994, p. 114.

46. Vgl. 'De gouden handdruk garandeert nog geen geluk.' Account, maart 1995, p. 24-25.
47. Zie hiervóór onder 3.
48. Een voorzichtige aanzet hiertoe lijkt te worden gegeven door J. Rensema, In eer en goede naam geleden schade, WFR 1995, 6134, p. 82.

onrechtmatig handelen. De vraag of er naar Nederlands recht bij wanprestatie een recht op smartegeld bestaat, kan derhalve worden beantwoord met een volmondig ja *en* nee.

De Unidroit Principles en de PECL lijken met de algemene erkenning van een recht op vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie wat royaler. Zij kennen geen algemene grens zoals art. 6:95 BW en beperken het recht op vergoeding niet met behulp van bepaalde 'delictsomschrijvingen' zoals art. 6:106 BW dat doet, maar volstaan met het erkennen van een recht op vergoeding en een enuntiatieve opsomming van vormen van immateriële nadelen.

Causaliteitscriteria bij wanprestatie

*M.M. Olthof**

1. Inleiding

De vraag welk verband is vereist tussen een gebeurtenis en de door die gebeurtenis geleden schade heeft tot vele theorieën geleid, die zich vrijwel alle concentreren op de onrechtmatige daad als schadeveroorzakende gebeurtenis. Op het terrein van de toerekenbare tekortkoming, of wanprestatie zoals ik haar hierna gemakshalve wel zal aanduiden, heerst nog immer windstilte,[1] hoewel de losbladige Schadevergoeding[2] sinds 1987[3] een voor dit gebied groot aantal uitspraken van de Hoge Raad, te weten drie,[4] vermeldt.

Aan de invloedrijke publicaties over het causale verband bij wanprestatie kunnen thans de Unidroit Principles en de Principles of European Contract Law (PECL) worden toegevoegd. Zij wijden aan het vereiste welgeteld één artikel. De bepalingen vertonen een opvallende gelijkenis.

Artikel 7.4.4 van de Unidroit Principles luidt:

The non-performing party is liable only for harm which it forsaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.

* Mevr. mr. M.M. Olthof is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, Studiepockets privaatrecht, blz. 127, noemt als oorzaken onder andere het meer voorkomen van schadebeperking en abstracte schadeberekening.
2. Schadevergoeding (Boonekamp), Art. 98, aant. 36.
3. In 1987 aanvaardde de Hoge Raad, naar algemeen wordt aangenomen, de leer van de toerekening naar redelijkheid ook voor wanprestatie (HR 13 november 1987, NJ 1988, 210).
4. HR 10 augustus 1988, NJ 1989,157, HR 1 juli 1992, NJ 1992, 711 en HR 18 december 1992, NJ 1994, 91.

Artikel 4.503 PECL volgt vrij getrouw:

The non-performing party is liable only for loss which he forsaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of his non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.

Het kosmetische verschil in formulering neemt niet weg dat de bepalingen eensgezind zijn in hun keuze van de te hanteren leer: de voorzienbaarheidseis ten tijde van de totstandkoming van het contract. Voor de PECL is dit het enige criterium. Het commentaar op de Unidroit Principles voegt daaraan toe dat de eis van voorzienbaarheid moet worden gelezen in samenhang met de eis van de 'certainty of harm' in artikel 7.4.3.[5] Aangezien bij dat laatste artikel wordt opgemerkt dat indirecte schade gewoonlijk ook onvoorzienbaar is,[6] zal artikel 7.4.3 in het navolgende buiten beschouwing worden gelaten.

Een inhoudelijk verschil bestaat verder nog met betrekking tot wat in artikel 1284 BW (oud) de arglistige schuldenaar werd genoemd: krachtens het slot van artikel 4.503 PECL is deze schuldenaar verscherpt aansprakelijk. De Unidroit Principles willen daarentegen van een dergelijke verscherping niet weten.

Is het door de internationale ontwerpers gekozen stelsel verkieslijker dan het Nederlandse? Daartoe zal eerst moeten worden vastgesteld wat het Nederlandse systeem van toerekening naar redelijkheid bij wanprestatie precies inhoudt.

2. Het Nederlandse criterium

Gelijk bekend heeft Nederland, daarin voorgegaan door Köster[7] en Bloembergen,[8] gebroken met de voorzienbaarheidseis omdat, in de woorden van de ontwerper van artikel 6.1.9.4, het huidige artikel 6:98, 'de voorzienbaarheidseis slechts in schijn houvast vermag te geven',[9] hetgeen met voorbeelden, alle gesitueerd op het terrein van de onrechtmatige daad, wordt toegelicht. Hoe de 'imputability', zoals de Nederlandse toerekeningsleer in de PECL wordt aangeduid, op het

5. Comment bij art. 7.4.4 Unidroit Principles.
6. Comment 3 bij art. 7.4.3 Unidroit Principles.
7. H.K. Köster, Causaliteit en voorzienbaarheid, oratie UvA, 1963.
8. A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Utrecht, nr. 126 e.v.
9. MvA II bij art. 6.1.9.4, Parl. Gesch Boek 6, blz. 344.

gebied van de contractuele aansprakelijkheid werkt, werd door de ontwerpers echter niet aangegeven, hoewel een handreiking bepaald niet overbodig was. Artikel 1283 BW (oud) gaf immers op dat terrein als criterium de voorzienbaarheid ten tijde van het ontstaan van de verbintenis. Daarmee leek artikel 6:98 met zijn redelijke toerekening, bezien vanuit de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, de wanprestatie, een groot contrast te vormen.

Verschillende schrijvers hebben vervolgens veldwerk verricht op het door de Memorie van Antwoord onontgonnen gelaten terrein. Als eerste moet hier Schut genoemd worden. Zijn 'proeve van onbekwaamheid' zoals hij zijn artikel over 'De aard van de aansprakelijkheid en van de schade'[10] destijds zelf kenschetste, vormt op het terrein van de causaliteit bij wanprestatie nog steeds verplichte literatuur. Hij komt tot de conclusie dat de eis van voorzienbaarheid ten tijde van contractssluiting is verwerkt in het voorschrift dat mede op de aard van de aansprakelijkheid en van de schade moet worden gelet. Bij een contract brengt die aard mee dat terughoudendheid wordt betracht in het toerekenen van niet-verdisconteerde schade. Bloembergen sluit zich bij deze visie aan.[11]

Ook Hartkamp,[12] als hoofdregel aannemend dat onder vigeur van artikel 6:98 het tijdstip van wanprestatie beslissend is, acht het mogelijk om gezien de aard van de aansprakelijkheid rekening te houden met omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, met name met hetgeen partijen aan contractuele risico's hebben verdisconteerd.

Van Schellen, wiens studiepocket over causaliteit zich als ontspanningslectuur laat lezen, heeft een afwijkende visie. Hij vindt het 'eigenaardig' dat de meeste schrijvers denken dat alleen voorzienbare en rechtstreekse schade bij wanprestatie voor vergoeding in aanmerking komt, terwijl niemand uitlegt waarom die beperking nodig is.[13] Hij komt tot de conclusie dat (ook) op dit terrein beslissend behoort te zijn of door de wanprestatie de kans op schade achteraf bezien is

10. RM Themis 1978, blz. 380-403, Bundel De Iure, blz. 158-183.
11. Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen), nr. 19, blz. 45.
12. Asser-Hartkamp I, nr. 435.
13. J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, blz. 128.

vergroot,[14] een theorie waarvan hij elders[15] aangeeft dat zij geen beperking van de schadevergoedingsplicht oplevert.

Tot slot is nog vermeldenswaard dat verschillende schrijvers[16] de aandacht hebben gevestigd op het aspect van verzekeringen — waaronder met name Schoordijk[17] zowel het verzekerd zijn als ook de mogelijkheid van verzekeren, de verzekerbaarheid, verstaat — als belangrijke factor voor toerekening.

Samenvattend kan worden gesteld dat de meerderheid van de Nederlandse schrijvers conform artikel 6:98 aanneemt dat voor toerekening het tijdstip van de wanprestatie beslissend is, maar niettemin in het kader van de aard der aansprakelijkheid rekening wil houden met de risico's die door partijen bij het sluiten van de overeenkomst zijn voorzien ofwel verdisconteerd.

Aldus kan de voorzienbaarheid tot beperking van de schadevergoedingsplicht leiden. Dat maakt de door Van Schellen[18] opgeworpen vraag — waarom is beperking nodig? — actueel. Het is wellicht juist het aspect van verzekering, en in het verlengde daarvan de verzekerbaarheid van risico's, dat de hiervoor genoemde schrijvers ertoe brengt de wegens wanprestatie te vergoeden schade te beperken tot voorziene of verdisconteerde schade. Wie een contract sluit, overziet zijn risico's, bepaalt aan de hand daarvan zijn prijs, maar stelt ook zijn exoneratiebedingen op en sluit een verzekering (of behoorde dat te doen). Het geheel vormt de contractuele verhouding waarmee in het kader van de aard der aansprakelijkheid rekening moet worden gehouden, ook in die zin dat de door prijs of verzekering gedekte schadeposten als verdisconteerde risico's op grond van de aard van de aansprakelijkheid in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen.

Werkt het Nederlandse systeem, uitgelegd in de hiervoor aangegeven zin, beter dan de 'kale' voorzienbaarheidseis die de internationale regelingen voorstaan? De beste manier om dat te bepalen is wellicht een vergelijking van de uitkomst van de bij de internationale

14. A.w. blz. 142.
15. A.w. blz. 39, nog explicieter in NJB 1985, blz. 1118.
16. Asser-Hartkamp I, nr. 433, slot, J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, blz. 18-22, H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw BW, blz. 242.
17. H.C.F. Schoordijk, a.w., blz. 242.
18. Toerekening naar redelijkheid, blz. 128.

regelingen gegeven voorbeelden. Zij zijn waarschijnlijk meer dan theoretische bespiegelingen in staat ons aan te geven hoe beide systemen werken. Uiteindelijk is causaliteit *case-law*.

3. Schade door winstderving

De Unidroit Principles geven ter toelichting op artikel 7.4.4 het volgende voorbeeld:[19]

Een schoonmaakbedrijf bestelt een machine die vijf maanden te laat wordt afgeleverd. De leverancier is verplicht het bedrijf de gederfde winst te vergoeden die is veroorzaakt door de te late levering, aangezien hij kon hebben voorzien dat de machine was bestemd voor onmiddellijk gebruik. Aan de andere kant omvat de schade niet het verlies van een waardevol overheidscontract dat gesloten had kunnen worden als de machine tijdig was afgeleverd, omdat een dergelijk soort schade niet voorzienbaar was.

Het voorbeeld is, naar ik aanneem, ontleend aan de Engelse rechtspraak en wel aan de Victoria Laundry case,[20] na Hadley vs Baxendale[21] — in de tijd gezien — de tweede leading case op het terrein van het causaal verband bij wanprestatie. Beide cases vormen de ruggegraat voor de bij 'breach of contract' aan te leggen maatstaf. In Hadley vs Baxendale waren daartoe twee regels geformuleerd,[22] die in de Victoria Laundry case door Lord Justice Asquith zijn samengevat in één criterium: de voorzienbaarheid op het moment van het aangaan van de overeenkomst. Toepassing van deze maatstaf bracht mee dat de winstderving van Victoria Laundry door het missen van contracten met het Ministry of Supply niet voor vergoeding in aanmerking kwam.

Zou de Nederlandse rechter met artikel 6:98 als leidraad anders beslissen? Instructief is de uitspraak van de Hoge Raad[23] in de volgende zaak:

Haxe heeft aan Esve opdracht gegeven een twee-assig chassis voor een aanhangwagen

19. Illustration 1 bij art. 7.4.4 Unidroit Principles.
20. Victoria Laundry (Windsor) Ltd vs Newman Industries Ltd (1949) 2 KB 528.
21. (1854) 9 Exch 341.
22. I: de schade is van een soort dat 'would arise according to the usual course of things; of
    II: de schade 'may resonably be supposed to have been in the contemplation of both parties at the time they made the contract as probable result of the breach of it'.
23. HR 1 juli 1992, NJ 1992, 711.

te vervaardigen. Esve pleegt wanprestatie. Haxe vordert — naast ontbinding — gederfde winst onder meer hierin bestaande dat hij het te vervaardigen chassis niet als prototype heeft of zal kunnen verkopen. Het Hof oordeelt dat 'ten processe niet is gebleken dat dit oogmerk onderdeel uitmaakte van de gesloten overeenkomst'.

De Hoge Raad sanctioneert dit oordeel na een 'vertaling' van 's Hofs bewoordingen in een causaliteitsmaatstaf: 'het hof heeft hiermee tot uitdrukking gebracht dat hier niet is voldaan aan de in art. 1283 BW (oud) met betrekking tot de schadeomvang neergelegde eis dat in geval van een niet arglistige wanprestatie, zoals zich hier voordoet, slechts de schade behoeft te worden vergoed die men ten tijde van het aangaan van de overeenkomst heeft of heeft kunnen voorzien'.

De A-G Asser brengt in zijn conclusie deze uitkomst in verband met de aard van de aansprakelijkheid en van de onderhavige schade.

Het arrest is gewezen nadat de Hoge Raad op het terrein van de contractuele aansprakelijkheid de leer van de redelijke toerekening had aanvaard.[24] Aangenomen kan dus worden dat de Hoge Raad bij rechtstreekse toepassing van artikel 6:98 tot dezelfde uitkomst zou zijn geraakt, onder verwijzing naar de aard van de aansprakelijkheid, die meebrengt dat rekening moet worden gehouden met de verdisconteerde risico's. Gezien de verwantschap van deze uitspraak met de 'Victoria Laundry case' mag vervolgens worden aangenomen, dat in die zaak en in het daarop gebaseerde voorbeeld van de Unidroit Principles door de Nederlandse rechter op gelijke wijze zou worden beslist.

De hiervoor beschreven problematiek komt ook aan de orde in een door PECL gegeven voorbeeld:[25]

B, een postzegelhandelaar, koopt van S een set postzegels voor £10,000, te leveren op 1 juni. S levert de set postzegels niet op 1 juni. De postzegels hebben op dat moment een marktwaarde van £12,000. Door de wanprestatie van S is B niet in staat zijn verbintenis na te komen om de collectie aan T te verkopen voor £25,000. S was er weliswaar van op de hoogte dat B de zegels nodig had voor verkoop, maar niet dat B deze als een collectie wilde verkopen.
B heeft recht op vergoeding van £2,000, maar niet op vergoeding van de resterende £13,000 verlies, aangezien S dit niet kon hebben voorzien.

De uitkomst bevredigt mij niet. Dat komt voor een groot deel doordat

24. Zie noot 3.
25. Illustration 1 bij art. 4.503 PECL.

het voorbeeld vragen openlaat. Was de set een kleine aanvulling op de collectie of juist een voornaam deel daarvan? In het eerste geval is niet te begrijpen hoe dat kleine deel plotseling £13,000 meer waard kan worden, in het laatste geval moet ook de losse marktwaarde hoger zijn geweest. Bij dergelijke fundamentele onduidelijkheden wordt vergelijking met de Nederlandse oplossing een hachelijke zaak. In het algemeen zal toerekening gezien de aard van de aansprakelijkheid — voor zover uit de casus valt op te maken bestaat de tekortkoming in te laat of niet nakomen, waarbij in beginsel wel winstderving in het kader van doorverkoop is verdisconteerd, maar niet een dergelijke buitenproportionele winst — niet voor de hand liggen.

Overigens heb ik de indruk dat op grond van artikel 7.4.4 Unidroit Principles in een dergelijk geval wel voldoende causaal verband wordt aangenomen. In het commentaar op dat artikel[26] wordt namelijk gesteld dat de voorzienbaarheid alleen wordt betrokken op de aard of het type schade — hier winstderving — niet op de omvang daarvan, tenzij de omvang zodanig is dat de schade daardoor in een ander soort overgaat, hetgeen in dit geval niet aannemelijk is.

4. Letsel en zaakschade.

Het volgende voorbeeld is eveneens afkomstig uit de PECL:[27]

S verkoopt aan B een veevoedermengsel voor varkens. B vertelt S niet voor welk soort varkens het voer nodig is. Het mengsel bevat een mild vergif waarvan bekend is dat het ongemak bij varkens kan veroorzaken, maar geen ernstige schade. B's varkens zijn echter van een ongewone soort dat bijzonder gevoelig is voor het vergif en vele van hen sterven nadat zij met het mengsel zijn gevoerd.

De door de PECL gegeven oplossing doet de lezer opschrikken: S is niet aansprakelijk; dit kon hij redelijkerwijze niet hebben voorzien.

Een vergelijkbare Engelse case is Parsons (Livestock) v Uttley Ingham.[28] Deze gaat van iets andere feiten uit: de verkoop betrof een silo (hopper) om varkensvoer in te bewaren en de verkopers hadden ten onrechte niet voor goede ventilatie zorggedragen. Opvallender is echter dat ook de uitkomst verschilt. Alle Law Lords achtten, weliswaar met uiteenlopende motiveringen, de schade een niet te ver ver-

26. Comment bij art. 7.4.4 Unidroit Principles.
27. Illustration 2 bij art. 4.503 PECL.
28. 1978 (1) All ER 525.

wijderd gevolg van de wanprestatie en kenden schadevergoeding aan Parsons toe.

Nu zou men kunnen betogen dat het verschil in uitkomst wordt veroorzaakt doordat in het PECL-voorbeeld de koper niet heeft medegedeeld voor welk — bijzonder — soort varkens het voer was bestemd, hetgeen naar Engels recht van belang is in het kader van de voorzienbaarheid.[29] Zolang het gebruik 'sufficiently common' is, wordt de schade echter vergoed, Dit was niet alleen het geval in de case van Ashington Piggeries Ltd vs Christopher Hill Ltd,[30] waar vergiftigd dierenvoer aan 'minks' werd gevoerd, maar ook in Hardwick Game Farm vs Suffolk Agricultural Poultry Producers Association,[31] waar besmet aardnootconcentraat was geleverd ter toevoeging aan kippenvoer, waarna het mengsel aan fazanten en patrijzen werd voorgezet. Gezien deze voorbeelden zal ook het gebruik van varkensvoer voor (bijzondere) varkens binnen het raam van 'sufficiently common' vallen.

Belangwekkend in de Parsonszaak is de minderheidsopinie van Lord Denning.[32] Hij maakt onderscheid naar de aard van de schade. Bij winstderving wil hij de zogenoemde 'contracttest', dat wil zeggen de Hadley vs Baxendale- en Victoria Laundry-rule, toepassen: de schade die de tekortschietende partij ten tijde van de contractssluiting als serieuze mogelijkheid kon voorzien. Maar bij fysieke schade — letsel of schade aan eigendommen — opteert hij voor de minder strenge 'torttest': de schade die voorzienbaar was op het moment van de 'breach', zelfs al was de kans maar klein.

De meerderheid, de Lord Justices Scarman en Orr, kiest voor een andere benadering: het gaat bij de door hen toepasselijk geachte 'contracttest' niet om de voorzienbaarheid van het specifieke gevolg, maar om de voorzienbaarheid van het type gevolg. In dit geval was ziekte te voorzien, alleen niet de ernst daarvan, het overlijden.

Op grond van deze laatste redenering zou Parsons ook krachtens artikel 7.4.4 van de Unidroit Principles recht hebben op schadever-

29. Zie McGregor on Damages, 15e druk, London 1988, nr. 807 en 808: het gebruik dat de koper van de zaken maakt, dient zodanig te zijn dat de verkoper dit overzag of behoorde te overzien.
30. 1971 (1) All ER 847.
31. 1969 (2) A.C. 31.
32. Zie McGregor on Damages, a.w., nr. 254 en Andrew Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, London, Dublin, Edinburgh 1994, blz. 48 e.v.

goeding. Dat artikel betrekt de voorzienbaarheid immers slechts op het type schade.[33] Men zou hier echter ook aldus kunnen redeneren dat de in het commentaar genoemde uitzondering zich voordoet, waarbij het type schade door de omvang wijziging ondergaat. Dat beide redeneringen mogelijk zijn, toont aan dat een dergelijke regeling geen aanbeveling verdient.

Voor de Nederlandse benadering is de bespreking door Schut van deze case instructief.[34] Hij wijst er, conform Lord Denning, op dat bij de aard van de aansprakelijkheid en van de schade juist ook aan produktenaansprakelijkheid en produktschade moet worden gedacht. Produktenaansprakelijkheid is meer delictueel dan contractueel van aard, zodat ook vergoeding van produktschade min of meer los van het contract en het bestaan van een contractsband moet worden beoordeeld. Zijn opvatting gaat zover dat hij in deze gevallen alleen het onrechtmatige daadsleerstuk wil toepassen.

Zo ver wil ik niet gaan, maar wel meen ik dat gezien de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade een ruimere toerekening op haar plaats is. Wat betreft de aard van de aansprakelijkheid valt in dit geval niet langer het accent op de contractuele band, maar op de schending van de zorgplicht die naast de contractuele verplichtingen op de schuldenaar rust. Schending van die zorgplicht, gericht als zij is op het beschermen van de schuldeiser tegen risico's als zaaksbeschadiging en letsel, vormt in het kader van de aard van de aansprakelijkheid een factor voor ruimere toerekening.[35] Ook de aard van de schade, letsel of zaakschade, brengt mee dat eerder wordt toegerekend. In dat verband kan nog worden opgemerkt dat Van Schellen zijn hiervoor genoemde voorstel voor vèrgaande aansprakelijkheid[36] vooral baseert op gevallen van wanprestatie die tot letsel of zaakschade hebben geleid.[37]

33. Zie nr. 3, slot.
34. G.H.A.Schut, De aard van de aansprakelijkheid en van de schade, Bundel De iure, blz. 177 e.v.
35. HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 volgt een vergelijkbare redenering met betrekking tot de verplichting van een notaris zijn cliënt te beschermen tegen het risico van een vordering op een dubieuze schuldenaar.
36. Zie onder 2.
37. J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, blz. 126 e.v. Hij bespreekt onder meer huurzaken (zenuwinstorting door onrechtmatige ontruiming), beroepsaansprakelijkheid (Vader Versluis, flauwvallen na bloedprik), vervoerscontracten (letsel van buspassagiers) en veiligheidscontracten (schade door diefstal).

Toepassing van de Nederlandse toerekeningsleer kan dus tot een resultaat leiden dat ook in het Engelse rechtssysteem als juist wordt ervaren, terwijl de gronden die men in Nederland aan dat resultaat ten grondslag legt, de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, ook daar de meningsvorming blijken te beïnvloeden. Het voordeel van het Nederlandse systeem is dat die overwegingen rechtstreeks aan de uitspraak ten gronde worden gelegd. Dat de PECL hiertegen ongunstig afsteken, behoeft na het bovenstaande geen nader betoog. Maar ook de Unidroit Principles verdienen geen navolging. Waar met de wanprestatie in veel gevallen ook de soort schade is gegeven zodat slechts omvangsproblemen resteren,[38] heeft een concentratie op het type schade weinig nut.

5. Arglist

Alleen de PECL kiest voor verlichting van de causaliteitseis bij arglist van de schuldenaar, in de slotzinsnede van artikel 4.503 omschreven als opzet of grove schuld. Ook onvoorzienbare schade komt in dat geval voor vergoeding in aanmerking. Het Unidroit kent deze regel, in navolging van het Weense koopverdrag,[39] niet.[40]
Ook in Nederland verschillen de opvattingen over de invloed van arglist. Van Schellen[41] en Hartkamp[42] beschouwen opzet als een factor die, volgens Hartkamp in het kader van de aard van de aansprakelijkheid, leidt tot ruimere toerekening. Schoordijk[43] daarentegen meent dat meer 'ethisch-indifferent' geredeneerd moet worden.
De PECL geeft het volgende voorbeeld:[44]

A sluit met B een overeenkomst tot vervaardiging en opstelling van stands voor een belangrijke beurs. Vooraanstaande electronicabedrijven zullen op die beurs hun stands van B huren om hun materiaal ten toon te stellen. Een week voor de opening van de beurs vraagt A een substantiële verhoging van de prijs. B weigert betaling. Hij wijst erop dat hij door A's tekortkoming in het afmaken van de stands niet alleen inkomsten zal derven, maar ook bloot wordt gesteld aan een grote schadeclaim van beursdeelnemer C die de beurs wilde benutten om een belangrijk nieuw produkt te lanceren.

38. Aldus J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, blz. 127.
39. Art. 75 CISG.
40. Comment bij art. 7.4.4 Unidroit Principles.
41. J. Van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, blz. 47 e.v.
42. Asser-Hartkamp I, nr. 435 en 436.
43. H.C.F. Schoordijk, a.w. blz. 242.
44. Illustration 3 bij art. 4.503 PECL.

Desondanks trekt A zijn werkkrachten terug. C's stand is niet op tijd klaar en hij vordert schadevergoeding van B.

De oplossing van de PECL is dat A ook de ten gevolge van C's vordering door B geleden schade moet vergoeden, hoewel hij die schade niet kon voorzien tijdens het sluiten van het contract. Wanneer de schuldeiser de schuldenaar waarschuwt voor de ernstige gevolgen die zijn welbewuste wanprestatie zal hebben, zal, zo is mijn indruk, ook naar Nederlands recht op grond van de aard van de aansprakelijkheid, doelbewuste wanprestatie, zeker die schade moeten worden toegerekend die direct samenhangt met de risico's die de schuldenaar op dat moment kent en op de koop toe heeft genomen. In die lijn denkt naar het mij voorkomt, ook de Hoge Raad[45] wanneer hij arglist omschrijft als het zich bewust zijn dat een gedraging wanprestatie oplevert en derhalve bewust het risico nemen dat men schadeplichtig zal zijn.

De PECL nemen blijkbaar aan dat een 'kale' voorzienbaarheidstest in dit geval geen oplossing biedt. Anderzijds kan men zich voorstellen dat binnen het raam van de Unidroit Principles, die voor arglist geen uitzondering maken, een striktere uitleg van het contract, het vervaardigen van stands *ter verhuur aan derden*, meebrengt dat wel degelijk aan de voorzienbaarheidseis is voldaan.

In zoverre biedt de toerekeningsleer, die in het kader van de aard van de aansprakelijkheid zowel de doelbewuste schending van de verbintenis en de daarbij doelbewust genomen risico's als de bij contract verdisconteerde risico's kan meewegen, meer mogelijkheden voor nuancering, maar ook voor controle op de aangelegde maatstaven.

6. Conclusie

Voor het Nederlandse recht kan uit de voorbeeldentest het volgende worden afgeleid:

a. wanneer de schade bestaat in puur economisch verlies, winstderving en andere typische wanprestatieschade[46] worden strenge

45. HR 10 augustus 1988, NJ 1989, 157.

46. Voor de vraag welke schade in deze categorie valt en welke schade onder b thuishoort, zou kunnen worden aangesloten bij het in art. 7:24 gemaakte onderscheid tussen gevolgschade (categorie b) en andere schade dan gevolgschade (categorie a). Zie voor het onderscheid T&C (Castermans), aant. 3 bij art. 24 Boek 7 BW.

toerekeningseisen gesteld. Op grond van de aard van de schade en de aard van de aansprakelijkheid, worden in principe alleen de bij contract verdisconteerde risico's vergoed, waarbij onder meer de gesloten verzekeringen instructiemateriaal kunnen vormen;

b. gaat het om letsel of zaakschade dan kan op grond van de aard van de aansprakelijkheid, bestaande in schending van een zorgplicht, en de aard van de schade die schade in beginsel worden toegerekend;

c. bij doelbewuste wanprestatie zal op grond van de aard der aansprakelijkheid, het desbewust het risico nemen dat men ten gevolge van de wanprestatie schadeplichtig wordt, de schade die binnen de genoemde risicosfeer ligt volledig moeten worden vergoed.

De Unidroit Principles en de PECL steken hier ongunstig bij af, met name nu de 'kale' voorzienbaarheidseis geen ruimte biedt om te differentiëren naar soort schade en soort aansprakelijkheid. Hoewel het soms inspanning kost om onze — nog in de ontwikkelingsfase verkerende — causaliteitsleer handen en voeten te geven, lijkt doorvoering van de toerekening naar redelijkheid dan ook de moeite te lonen.

Enkele opmerkingen over de bronnen van verbintenis en 'European law in the making'

*H.C.F. Schoordijk**

I. INLEIDING

Wij spreken van een Europese beschaving. Zulks duidt op gemeenschappelijke trekken die staten verbindt. Welke zijn die? Grote delen van het continent, alsook geheel Engeland en Schotland maakten deel uit van het Romeinse Rijk. De invloed van het Romeinse recht heeft zich hier dan ook doen gelden. De mate waarin verschilt. Na de val van het Romeinse Rijk wordt de invloed van het Romeinse recht minder duidelijk. Dan volgen de Middeleeuwen. In de loop daarvan en ook daarna is het Romeinse recht naar tijd en plaats onderscheiden in meerdere of mindere mate gerecipieerd en heeft tezamen met het lokale recht over onderscheiden 'gemeenschappen' geheerst.

Het woord 'gemeenschap' wordt gebezigd, omdat oorlogen dikwijls een wisseling van de macht te zien geven, waarbij komt dat tijdens de feodaliteit ook zonder oorlog, maar door erfopvolging of huwelijken wisseling van heersers zich aandiende. Aan het einde van de zeventiende eeuw gaat staatvorming meestal gepaard met een roep om wetgeving. De (verbintenisrechtelijke) geschiedenis hiervan is te boek gesteld in verschillende boeken. Vermelding verdienen de stuk voor stuk schitterende werken van Koschacker ('Europa und das Römische Recht'), Wieacker ('Privatrecht der Neuzeit') en Coing ('Europäisches Privatrecht'). Deze boeken geven alle inzicht zowel in de *historia externa*, alsook de 'Dogmengeschichte'. Zij zijn niet geschreven met een uitgesproken rechtspolitieke achtergrond in die zin dat zij aandringen op de totstandkoming van een Europees pri-

* Prof. mr. H.C.F. Schoordijk is emeritus hoogleraar (Anglo-Amerikaans) privaatrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant en de Universiteit van Amsterdam. Thans is hij hoogleraar methodologie van het privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

vaatrecht. Zulks geldt wel voor een van de meest fascinerende boeken die ik ken, Zimmermanns 'Law of Obligations', dat in 1990 verscheen. Het boek geeft een schets van de ontwikkeling van de bronnen van verbintenis vanaf het ontstaan van het Romeinse recht tot en met de Iustiniaanse wetgeving, de herontdekking van de digesten in de 12e eeuw, hoe dit leidde tot een revival van romeinsrechtelijke studies aan de Universiteit van Bologna en de receptie van het Romeinse recht in continentaal Europa en Engeland. Het Romeinse recht trof het lokale recht steeds op zijn weg en kon dit min of meer integreren.

Een scheiding der geesten voltrok zich aan het einde van de achttiende, begin van de negentiende eeuw. Frankrijk of beter Napoleon wilde door een wetboek zijn macht onderstrepen. Anders dan velen denken, bemoeide hij zich door vele commissievergaderingen bij te wonen, intens met zijn 'project'.

Luid waren ook de stemmen die in Duitsland vóór een wetboek pleitten en in Thibaut's 'Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland' (1814) hun woordvoerder vonden. Politiek had hij de wind niet mee. Daarenboven vond hij in Von Savigny — de woordvoerder van de historische school — in diens 'Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft' een geduchte tegenstander. De roep om wetgeving is begrijpelijk. Staatvorming begunstigt het totstandkomen van wetten. Een aansporing daartoe vormt ook het ontdekken van natuurkundige wetten in de 17e en 18e eeuw. Waarom wel dit soort wetten, maar geen juridische? Grote stukken van het burgerlijke recht zijn 'nur eine Art juristischer Mathematik', zo werd betoogd.

II. Wetgeving en/of case law?

Privaatrecht zonder enige wetgeving is ondenkbaar, althans in een moderne staat. Zelfs het Engelse recht kent een uitvoerige regeling op het stuk van onroerend goed (Charges act, Property act, 1925). Regeling van onroerend goed is voor iedere Staat een 'must'. Engeland heeft ook uitvoerige wetgeving op het stuk van het erfrecht en de verhouding 'husband and wife' bij echtscheiding. Het conflict 'wetgeving en/of case law' gaat hier niet over. Inzet bij de beantwoording van de vraag 'wetgeving of case law' is steeds: *loont het om een geschreven verbintenissenrecht te hebben?* Het verbintenissenrecht vormt de dynamica van het privaatrecht staande tegenover

de statica van het zakenrecht, dat zijn uitwaaiering kent in het huwelijksgoederen- en erfrecht. Ondenkbaar nu is een moderne staat zonder een behoorlijke codificatie van de statica. Op het stuk van het verbintenissenrecht ligt dit anders. Het Engelse verbintenissenrecht is goeddeels ongeschreven (*common law* en *equity*), zulks in tegenstelling tot bijv. het Duitse, Franse, Belgische en Nederlandse recht, het recht van landen die op een geschreven privaatrecht kunnen wijzen. Toch is de tegenstelling — verbintenissenrecht krachtens *case law* of *statute law* — een uiterst betrekkelijke. Hierover het volgende.

III. Geschreven of ongeschreven verbintenissenrecht?

Bij de beantwoording van de onder bovenstaand hoofd gestelde vraag, kan men uit denkluiheid de schouders ophalen door de vraag te stellen: waarom geen codificatie? Anders uitgedrukt: geschreven verbintenissenrecht levert toch meer rechtszekerheid op dan het niet-geschreven, zou het antwoord zijn. Maar dat is nu juist de vraag. Daar komt bij dat een ietwat gedetailleerder verbintenissenrecht van kwaliteit niet mogelijk is. Wat valt er eigenlijk te codificeren? Hebben wij zulk een gedetailleerde wetgeving nodig als welke wij aantreffen in Boek 6 van ons BW? Zonder een regeling van voorwaarde en tijdsbepaling redt de praktijk zich best. Is het niet opmerkelijk dat in de Nederlandse rechtspraak beslissingen over overmacht ontbreken? Vormt dit geen teken aan de wand? Een denken in termen van overmacht is toch overbodig voor al diegenen die het overmachtsvraagstuk als een uitlegvraagstuk onderkennen. Een gedetailleerde regeling van crediteurs- en debiteursverzuim had ook best kunnen ontbreken, evenals afd. 2 van titel 5, het tot stand komen van overeenkomsten. De dwalingsregeling die een uitdrukking dient te vormen van wat naar goede trouw past, had wat mij betreft ook ongeschreven kunnen blijven. Procederen in het verbintenissenrecht heeft altijd betrekking op overeenkomsten, afgebroken onderhandelingen, onrechtmatige daad, zaakwaarneming, ongegronde verrijking. Alle figuren met veel ongeschreven recht. Voeg daaraan toe dat — naar de praktijk leert — de bronnen van verbintenissen uitwisselbaar zijn! Zuid-Afrika biedt in dat opzicht opvallend materiaal. Het kent geen verrijkingsrecht, maar wel kunnen over de band van de oneigenlijke zaakwaarneming verrijkingsacties gevoerd worden.[1] Verrijkingsrecht

1. Zie in dit verband D.H. van Zijl, Die saakwaarnemingsaksie as verrijkingsaksie in die Suid/Afrikaanse reg, diss. Leiden, 1970. Zie ook Zwalve, NTBR 1995, 157.

en onrechtmatige daad vertonen ook weer samenhang. Het begrip overeenkomst staat de jurist steeds minder helder voor ogen.

Als verbintenissenrecht gecodificeerd wordt, dan kan dat — zo wordt (althans mij) steeds duidelijker — slechts impressionistisch geschieden. Het impressionisme van een wetgever zal goeddeels moeten bestaan uit een wetgeving, die in 'Generalklauseln' vlucht en daardoor de winst, die geschreven normen zouden kunnen opleveren, goeddeels te niet doet. Von Savigny had dit door. Het Duitse burgerlijk wetboek moest dan ook wachten tot voor wetgeving van de soort als het BGB politiek gunstiger tijden. Eerst in 1900 kwam een Duits burgerlijk wetboek tot stand, symbool van de Duitse eenheidsstaat. De vraag laat zich stellen, of de Duitsers hiermee verbintenisrechtelijk zo blij moeten zijn. De regeling van de onrechtmatige daad (par. 823 e.v.) schoot tekort. De praktijk is dan ook na enkele jaren gevlucht in vorderingen steunend op goede trouw en openbare orde. Als nationaal het 'of' en 'hoe' van *verbintenisrechtelijke* wetgeving zoveel vraagtekens oproept, laat staan een verbintenisrechtelijke codificatie in een Europeesrechtelijke context.

IV. Het gelijk van Von Savigny?

Met het oog op het werk aan Europese burgerlijke wetgeving laat zich dan ook de vraag stellen, of Von Savigny niet gelijk had toen hij zich tegen een wetboek uitsprak, omdat een wetboek de wetenschap op achterstand zou zetten. Zou deze vraag bevestigend moeten worden beantwoord, dan kan de argumentatie van dat antwoord ook een leidraad vormen bij de kwestie die ons bezig houdt: wel of geen geschreven Europees verbintenissenrecht.

Eén ding staat vast. Het negentiende-eeuwse Duitsland heeft zeker in verhouding tot Frankrijk belangrijke bijdragen geleverd aan de rechtswetenschap. De historische school stond zowel voor een rechtsbeoefening, waarbij het recht in het perspectief van het verleden gezien werd, alsook voor systematisering daarvan. Vervreemd van de toenmalige maatschappij kan men deze wijze van rechtsbeoefening overigens niet noemen. Wel was dit het geval toen de historische school terrein begon te verliezen aan de Pandektenwetenschap, hetgeen de aansluiting bij de toenmalige praktijk niet ten goede kwam. Windscheid, de Duitse rechtswetenschap en Frankrijk met zijn Code vergelijkend, merkt op:[2]

2. In zijn Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte,

'Das Mass unserer Kräfte ist grösser, nicht durch unser Verdienst, sondern weil uns eine Wissenschaft ganz anderen Rechtstums und ganz anderer Tiefe erzogen hat.'

Deze zin is polyinterpretabel. Het houdt de constatering in dat de Fransen over een Code beschikten en een weinig inspirerende 'école de l' exégèse'. Of te wel, het zingt de lof der Duitse rechtswetenschap, maar de betekenis van deze zin kan ook zijn dat wetgeving minder loont dan men veelal denkt. Terecht merkt Coing op:[3]

'Die historische Rechtsschule entwickelt also ein Bild vom Wesen des Rechts, daß der Eigenart des älteren gemeinen Rechts auf dem Kontinent, und in mancher Hinsicht dem des Anglo-Amerikanschen Common Law entspricht, nicht aber den Vorstellungen des 18. Jahrhunderts.'

De conclusie *post hoc* (de niet-invoering van een code) *ergo propter hoc* is gevaarlijk. Anderzijds pleit voor de gedachte: geen code maar rechtswetenschap, dat Von Savigny duidelijk brak met de periode van daarvoor en werkte vanuit het concept: terug naar de bronnen, naar het 'zuivere recht', omdat dit de praktijk ten goede komt. Vandaar dan ook de grote bewondering voor Cujacius en Donellus, met hun praktische instelling.

De Duitse rechtswetenschap van na 1850 heeft twijfelloos een enorme bijdrage aan de ontwikkeling van de rechtswetenschap geleverd. Van de pandektenwetenschap moge soms — terecht — een karikaturaal beeld geschetst zijn, het werk van een geleerde als Von Jhering in zijn 'Pandektistische' periode is ook in onze dagen nog altijd lezenswaardiger dan men denkt. Men behoeft Scholtens 'Algemeen Deel' maar na te kijken om te zien, welke invloed hij op het moderne rechtsdenken gehad heeft. Hij moge — ten onrechte — de constructie lange tijd als waardenvrij hebben aangemerkt, uiteindelijk heeft hij toch doorzien dat aan iedere constructie een plan ten grondslag ligt 'der sich nicht aus der Begrifflogik selbst, sondern nur aus bestimmten Gerechtigkeits- und Zweckmässigkeitsvorstellungen erbigt', om Schröder te citeren.[4] In 'Der Zweck im Recht' (1877-1883) ruimt hij duidelijk plaats in voor het ongeschreven recht. Hierin lag hij ver vóór net als te onzent Molengraaff, die enkele jaren later in zijn beroemde artikel 'De oneerlijke concurrentie voor het

Düsseldorf 1847, p. 10.

3. Europäisches Privatrecht II, p. 42.
4. Kleinheyer/Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, p. 135.

forum van de Nederlandse rechter' niet slechts de open norm van de maatschappelijke betamelijkheid aanprijst, maar heel in het algemeen pleit voor de uiteindelijke almacht van een alles beheersende goede trouw, waarbij de wet geldt als een 'starting of legal reasoning', oftewel als een reisgids.[5]

Uiteindelijk is het Duitse Burgerlijk Wetboek in 1900 er toch gekomen. Kan men spreken van een beter wetboek dan de Code Napoleon? Het is een geleerden-wetboek met alle negativa van dien, maar wel een wetboek waarin over de rechtsingrediënten, die het recht van de twintigste (en eenentwintigste!) eeuw uitmaken, grondig is nagedacht. Een ereplaats voor de goede trouw, een plaats voor het verrijkingsrecht, maar daarentegen ook concepten (de wil!) waarmede wij moeten afrekenen.

En wat heeft de Franse en Nederlandse rechtswetenschap en rechtspraak in de negentiende eeuw opgeleverd? Behalve een opleving, die bij de tachtigers onder de Nederlanders en de Fransen te onderkennen valt, wordt het recht onder de vigeur van de 19e eeuw gekenmerkt door een positivisme, waarvan overigens toch ook weer niet gezegd kan worden dat de Nederlander en de Fransman hieronder geleden hebben. Een eeuw lang zat er weinig beweging in de rechtsontwikkeling. De Code valt op Pothier's 'restatement' van het oud-Franse recht goeddeels terug; ook een gezaghebbende schrijver als Laurent valt in zijn 'Principes de droit civil' in 32 delen nog heel veel op hem terug. Hoogte- of dieptepunten zijn niet aanwijsbaar. De exegetische school die in Europa zo wijd verbreid was,[6] heeft al met al geen aantoonbare schade toegebracht, of het moest zijn dat zij wel weinig oog had voor de zwakkere in de samenleving. Ieder volk krijgt uiteindelijk het recht dat hem toekomt! Een rechtscultuur, gekenmerkt door weinig oog voor de zwakken — het wilsbeginsel heerst nog volop, grote groepen in de samenleving hadden maar te willen — gekenmerkt ook door een laisser-faire, laisser-aller — waar de kleine (zaken)man veel last van had, maar waarover hij geleerd had niet te klagen — beheerst de 19e eeuw en ook de rechtswetenschap. Eerst aan het eind van de 19e eeuw melden zich in West-Europa de tachtigers, alsook rechtssociologen, waarvan de oudere Von Jhering een der eersten was. Oog begint er te komen voor de nadelen van een laisser-

5. RM 1887.
6. Zie Coing, Europäisches Privatrecht II, p. 37.

faire, laisser-aller. De Freirechtsschule (Kantorowicz-Ehrlich-Fuchs) krijgt gestalte en wordt misverstaan. Niet de 'maar wat aanrommelende' rechter staan hen voor ogen, maar een rechter die bij 'Lücken' in de wet kan teruggrijpen op de waardevoorstellingen die in de maatschappij leven en deze zo nodig kunnen corrigeren.

Concluderend kan gesteld worden dat Frankrijk, België en Nederland met hun wetboek aan het einde van de 19e eeuw er niet beter of slechter voor stonden dan de Duitsers die zich aan het Romeinse recht op dezelfde wijze vastklampten als de Fransen, enz. aan hun wet. Ook niet op het stuk van het verbintenissenrecht. De Code wordt nog altijd geprezen om zijn taal en bruikbaarheid. Steeds meer dringt echter tot mij door dat de Code Civil verbintenisrechtelijk zo bruikbaar was en is, omdat het algemeen gedeelte niet veel inhoudt: summiere regelingen van de open norm van de goede trouw die het contract beheerst en die van de onrechtmatige daad. Wel hadden de Duitsers, omdat zij geen wetboek gekend hadden, een in die tijd voorlijke rechtswetenschap waarvan met name Nederland tot op de dag van vandaag nog steeds profiteert. Alles afwegend meen ik te moeten blijven hameren op het volgende: wetgeving op het stuk van de statica (zakenrecht, etc.) was toen en nu in een moderne staat een must; *verbintenissenrecht laat zich moeilijk codificeren* en als wij dat doen dan is voorzichtigheid de moeder van de porceleinkast. *Een waarschuwing tegen codificatie van het Europese verbintenissenrecht.*

V. De Nederlandse rechtscultuur op het stuk van het verbintenissenrecht

A. De stand van zaken tot 1957

In Scholtens 'Algemeen Deel' treffen wij een opvallende zin aan.[7]

'Doch had art. 1374 het beginsel der goede trouw niet vermeld, dan was het zeer de vraag of het zich in onze nieuwe rechtspraak wel zo baan had gebroken als thans.'

In Scholtens 'Algemeen Deel' verbaast het dat de goede trouw (lees het ongeschreven recht) voor hem minder vanzelfsprekend was dan voor Molengraaff. Dit valt ook op in de rechtspraak.

Wie kennis neemt van de jurisprudentie tot 1957 zal tot de conclusie moeten komen dat de goede trouw een zeer geringe rol speelde in de jurisprudentie van de Hoge Raad. De goede trouw vervult een

7. Op p. 86.

aanvullende rol in het contract. En verder beheerst de goede trouw de scheiding van een nalatenschap, de huwelijksgemeenschap en dan houdt het zo ongeveer op. Meer jurisprudentie vinden wij over de onrechtmatige daad. Aan de maatschappelijke betamelijkheid werd wel meer en meer inhoud gegeven. Vooral na 1945 zien wij een uitbouw van het leerstuk van de onrechtmatige daad. Dit loopt door tot begin jaren zestig als door het werk van Köster en in iets mindere mate van Bloembergen de rechtspolitieke component, die van het onrechtmatige daadsrecht een substantieel bestanddeel gaat uitmaken, meer en meer nadruk kreeg. Leerstukken als de relativiteitsleer, de belangen die door art. 1401 BW beschermd worden en de causaliteit, winnen aan betekenis en blijken ten dele weer overbodig.

B. De stand van zaken na 1957

In 1957 (Baris-Riezenkamp[8]) overweegt de Hoge Raad dat partijen, die met elkander onderhandelen, tot elkander staan in een door de goede trouw beheerste rechtsbetrekking. Een open systeem van verbintenissen is geboren, maar voorlopig mondjesmaat. In 1959 overweegt de Hoge Raad (Quint-te-Poel[9]) immers dat verrijkingsacties aanvaard kunnen worden, maar slechts in aansluiting op het systeem. Later is gebleken (men denke aan de aansprakelijkheid uit afgebroken onderhandelen, de aansprakelijkheid uit zgn. geruststellende verklaringen, zie het Securicor-arrest van november 1994,[10] als ook de talloze overal opdoemende ongeschreven informatieplichten), hoe ongeschreven ons verbintenissenrecht in wezen is, en hoe het BW van 1992 hier weinig verandering in brengt.

In 1919 wees de Hoge Raad zijn baanbrekende arrest over de onrechtmatige daad. Kennisneming van bijv. het verouderde, maar door zijn strijdbare toon nog steeds boeiende boek van A. Wolfsbergen, dat ik in de naoorlogse jaren bij mijn studie raadpleegde — andere boeken over de onrechtmatige daad waren er niet —, alsook de prachtige bijdrage over de onrechtmatige daad van Hofmann-Drion-Wiersma van 1969 leren ons, als wij de periode tot 1960 vergelijken met daarna, dat na 1960 niet slechts de kennis van het — wat ik nu maar noem het klassieke — onrechtmatige daadsrecht sterk is toege-

8. NJ 1958, 67.
9. NJ 1959, 548.
10. RvdW 1994, 251.

nomen, maar ook *dat de functie van het onrechtmatige daadsrecht* fors veranderd is. Steeds weer dienen wij *alle* gedrag af te meten aan de normen van maatschappelijke betamelijkheid. De onrechtmatige daad blijkt — en in dat opzicht lijkt de onrechtmatige daad op of is gelijk aan de goede trouw — de norm der normen. Voorbeelden: een moedermaatschappij legt een geruststellende verklaring af omtrent de solvabiliteit van een dochtermaatschappij. Achteraf blijkt de dochter niet solvent. De Hoge Raad neemt in het zgn. Securicor-arrest[11] aansprakelijkheid aan op grond van onrechtmatige daad. Men zou verwachten dat zulk een patronaatsverklaring aanleiding zou geven tot wanprestatie. Omdat iedere overeenkomst geduid kan worden als een geruststellende verklaring, rijst de vraag of het niet-nakomen van een overeenkomst ook als een onrechtmatige daad geduid kan worden, alsook of het begrip overeenkomst als aparte bron van verbintenissen nog wel bestaansrecht heeft.

VI. Nederlands verrijkingsrecht mede in internationaal perspectief

Zoals bekend verscheen in 1927 Bregsteins proefschrift over de ongegronde vermogensvermeerdering. Een teken aan de wand van de opmars van open normen? Te constateren valt slechts dat deze opmars wel zeer langzaam verlopen is. Significant in dit verband is een artikel van H. Drion in het WPNR 4606 nà Quint-te-Poel, maar vóór het verschijnen van het Ontwerp-Meijers. Het is goed, zo betoogt hij, dat de Hoge Raad geen algemene verrijkingsactie heeft aanvaard. Zouden alle rechters de kwaliteiten hebben van een Meijers en een Bregstein, tegen de aanvaarding van een verrijkingsactie zou weinig bezwaar zijn in te brengen. Voorts voegt hij hieraan toe, dat voor een verrijkingsactie nauwelijks plaats kan zijn, nu Bregstein in zijn dissertatie aan de Franse rechtspraak slechts een achttal voorbeelden weet te ontrukken, waaronder een aantal die verre van overtuigend zijn. Hier verbaast dat H. Drion, die zulke grote verdiensten heeft op het stuk van de onrechtmatige daad, duidelijk geen affiniteit met het verrijkingsrecht had. Het verrijkingsrecht was toen reeds naar Duits recht zeer ontwikkeld en zou zich nog meer ontwikkelen. Gezegd moet worden dat Frankrijk en België wel een algemene verrijkingsactie kennen, maar dat dan ook in tegenstelling tot Duits-

11. Zie de vorige noot.

land het verrijkingsrecht nog steeds niet ver ontwikkeld was en is.

Internationaal gezien is deze langzame opmars zeer wel te begrijpen. Ook naar Engels en Amerikaans recht is zij traag verlopen. Het Anglo-Amerikaanse recht laat thans een omvang van het verrijkingsrecht zien, die zelfs de kenners uit de jaren vijftig niet voor mogelijk hebben gehouden. Het eerste omvangrijke boek over 'Restitution', dat van Goff en Jones, stamt van 1966. De eerste omvangrijke parawetgeving, de Amerikaanse restatement on restitution, reeds van 1937. Toch kan Peter Birks in het voorwoord van zijn buitengewoon overzichtelijk, studentvriendelijke — en blijven wij niet allen studenten? — maar tegelijk diepgaande boek 'Introduction to the law of restitution' (1985), dat goed bezien een introductie vormt op Goff & Jones, opmerken:

'An unintended conjuring trick made restitution disappear from the common law map. It still has no place in the typical undergraduate curriculum. One aim of this book is to make plain that its absence is no less remarkable than if one of the other core subjects has been omitted, say Contract or Tort. Of course, a gap of that kind tends to be self-perpetuating since teachers and books are not called forthwhere there is no learning; but the supply of cases never dries up, because the lives of litigants are not controlled by law school categories (though even litigants suffer when their lawyers have a blind spot).'

Zijn boek is geschreven om orde in een chaos te scheppen. 'That is what this book tries to do. It is not a textbook but a prolegomenon to a textbook'. Het citaat is boeiend. Onderwijs en onderzoek moeten samengaan. Omdat het verrijkingsrecht niet — *as such* — onderwezen wordt, blijkt menig advocaat een blinde vlek te hebben.

Intussen breidt naar Anglo-Amerikaans recht de law of restitution zich ongekend uit. De grote kenners in de V.S. waren Saivey, de reporter van de restatement on restitution, Palmer, die een vierdelige encyclopedie over het verrijkingsrecht schreef, en John P. Dawson,[12] met vele baanbrekende studies over de ongerechtvaardigde verrijking.

In Duitsland dijt het verrijkingsrecht nog steeds uit. Het handboek van Reuter en Martinek 'Ungerechtfertigte Bereicherung' is er om dit te bewijzen.

De Nederlandse stand van zaken op het stuk van open normen anno 1995 samenvattend: een grote rol is weggelegd voor de norm van de goede trouw en die der maatschappelijke betamelijkheid. Het verrijkingsrecht komt nog slechts zeer langzaam uit de verf.

12. Harvard, 1983.

VII. Wat heeft dit alles nu van doen met Europees privaatrecht?

A. Erkenning van samenloop, een probleem bij invoering van een Europees contractenrecht?

Te onzent geldt de regel, dat wanneer een gebeurtenis in een contractuele zetting los gedacht van het contract een onrechtmatige daad of ongegronde verrijking oplevert, zowel uit contract als uit onrechtmatige daad geageerd kan worden. Ik heb deze mening in WPNR 4810 bestreden en kan alleen maar constateren dat de literatuur wel heel weinig tegengas heeft gegeven. Mede hierom blijf ik bij mijn mening dat wij nooit van feiten (i.c. een contract) mogen abstraheren. Het is het contract en het contract alleen, dat de maatstaf voor het al dan niet onbetamelijke van bepaald gedrag is. Aan het geval dat aanleiding gaf tot Boogaard/Vesta[13] valt dit goed te demonstreren. Een verzekeringsagent verstoutte zich om na ontslag door hem aangebrachte klanten 'uit te spannen', d.w.z. over te sluiten bij een nieuwe verzekeringsmaatschappij, waarbij hij in dienst was getreden. Of en in hoeverre dit onbetamelijk is, hangt altijd mede af van het contract. Anders uitgedrukt: de norm van betamelijkheid dient gekleurd te worden door het contract.

Rechtsvergelijkend gezien ligt dit ten dele anders. Frankrijk en België aanvaarden geen cumulatie (samenloop) van contract en onrechtmatige daad.[14]

Naar Engels recht ligt dit weer gecompliceerder. In Johnstone v. Bloombury Health Authority overwoog Nicolas Browne-Wilkinson J:[15]

'that where there is a contractual relationship between the parties their respective rights and duties have to be analysed wholly in contractual relationship terms and not as a mixture of duties in tort and contract'.

Duidelijke taal, dus geen samenloop, zou men zeggen. Markesinis and Deakin[16] betogen echter — voor zover ik kan beoordelen terecht — dat het zeer de vraag is of dit niet louter geldt voor *commercial transactions*, en bijv. bij arbeidscontracten anders ligt.

13. NJ 1956, 157.
14. Zie Jacques Herbot, Contract law in Belgium, 1995, p. 56, die Belgisch recht voortreffelijk vergelijkt met Engels recht.
15. 1992, 1 QB 333.
16. Tort Law, 3e druk, 1994.

Duitsland kent sinds de dissertatie van Rolf Dietz ('Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung') samenloop. Peter Schlechtriem heeft in zijn dissertatie ('Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung'[17]) in een sterk inductief opgebouwd betoog de opvattingen van Dietz, daarbij geïnspireerd door Franse en Amerikaanse opvattingen sterk gemoduleerd.

Bij ongegronde verrijking houd ik het er naar Nederlands recht op[18] dat verrijkingsrecht in een contractuele zetting geen toepassing kan vinden. Naar Nederlands recht wordt de verrijkingsactie niet als een subsidiaire aangemerkt. Een heldere, goed onderbouwde uiteenzetting, met dit resultaat biedt Peter Birks naar Engels recht; in noot 34 op p. 47 verwijst hij naar jurisprudentie, waarvan Richmond Gate Property[19] mijns inziens het beste inzicht geeft. Belgisch en Frans recht wijzen in dezelfde richting.[20]

Duidelijk is het dat wanneer wij afstevenen op een eenvormig Europees contractenrecht en nalaten vragen van samenloop te regelen, het twee-wegen-denken van Nederland en Duitsland allerlei onzekerheid kan opleveren, waarbij de problematiek van verschillen in verjaringstermijnen in en buiten contract niet de geringste is.

B. Verschil in rechtscultuur, een sta-in-de-weg voor een eenvormig Europees privaatrecht

Een grote sta-in-de-weg voor de eenmaking van het Europees recht is ook het verschil in rechtscultuur tussen Duitsland en Nederland enerzijds en België en Frankrijk anderzijds. Eerst na hierover enige kanttekeningen gemaakt te hebben, kunnen wij toekomen aan de verhouding van de continentale stelsels ten opzichte van de common law.

Naar Duits recht neemt par. 242 BGB een wel zeer centrale plaats in. De paragraaf is opgenomen in Boek 2 (verbintenissenrecht). Afgaande op de tekst lijkt deze niets bijzonders in te houden.

'Der Schuldner ist verpflichtet die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.'

17. Freiburg im Breisgau, 1972, Frankfurt am Main.
18. Zie mijn bijdrage in WPNR 5356 [1976].
19. [1965] 1 WLR 335.
20. Zie Herbots, t.a.p. p. 203.

De bepaling lijkt uit te gaan van het *bestaan* van een verbintenis en een antwoord te geven hoe deze ten uitvoer gebracht moet worden. Uit deze paragraaf vloeit naar de letter echter niet voort, dat de goede trouw een bron van verbintenissen kan vormen. Ook volgt uit deze wetsbepaling niet dat rechtsmisbruik of rechtsverwerking hun grondslag in de wet hebben. Toch wordt dit alles door de Duitse rechter ten volle aanvaard. Het Bundesgerichtshof ging heel ver toen het kort na de oorlog in par. 242 een aanknopingspunt zag voor de regel dat *de gehele rechtsordening* onderworpen is aan het beginsel van de goede trouw.[21] Anders uitgedrukt: de goede trouw, die wij afgaande op Molengraaff ook kunnen vervangen door het beginsel van maatschappelijke betamelijkheid, beheerst alle verhoudingen.

Hoe geheel anders ligt dit naar Belgisch recht! Het wordt helder verwoord door Herbots,[22] waar deze opmerkt dat zulk een 'general principle contrary to the Belgian legal tradition' is en verwijst naar een artikel van J. van Rijn en X. Dreuse onder de titel 'La bonne foi dans le droit des obligations'.[23] Tegenstand heeft deze tendens ondervonden bij jongeren van vooral Vlaamse huize. Ook hier speelt de talenstrijd weer.

Hetgeen voor Belgisch recht geldt, geldt ook voor Frans recht. Zo ziet de Franse rechter er geen been in om de woorden van een akte tot een valkuil voor partijen te maken en aanvaardt hij bijv. niet dat bij 'imprévision' van niet-verdisconteerde omstandigheden het contract niet meer bindt. Zouden de Europese 'Principles' gelden, dan zou dit voor het Franse en Belgische recht winst opleveren. Art. 2.117 van de Europese 'Principles' geeft een regeling te zien die evenwichtig weergeeft, waar het om gaat. Veranderde omstandigheden zijn die, welke — aldus lid 2 b — partijen niet in 'contemplatie' hebben genomen en welke een partij 'n' a pas à supporter le risque', aldus dit artikel. Er zou een regime gaan heersen in overeenstemming met het Griekse recht sinds 1940 (art. 388 BW), het Italiaanse recht (artt. 1467 en 1468) sinds 1942, het Egyptische recht (art. 147) sinds 1948 en het Portugese recht (art. 437).

Men zou bijna zeggen: eind goed, al goed. Zo eenvoudig liggen de kaarten niet. Als op één terrein winst geboekt wordt, dan wil dat

21. Leitsatzen, E 12, 154, 157.
22. T.a.p. no. 109.
23. J.T. 1991, 289.

nog niet zeggen dat daarmede de denkhouding van de Franse rechter verandert. Aan een alomvattende goede trouw komen de Belgische en Franse rechter niet toe. De rechter blijft — zo ben ik bang — consensualistisch denken, d.w.z. de wil blijft centraal staan. Aan gehoudenheden tegen de veronderstelde bedoelingen van partijen in komt de rechter nauwelijks toe. Een boek als dat van Ghestin-Billiau[24] is daarmee volledig doortrokken. Het ontbreekt de Franse rechter aan vernieuwingsdrift, en de Belgen, zij volgen. Het wachten is op een nieuwe Demogue.

Dit voert mij tot de volgende opmerking. Zolang aan de rechtscultuur van een land de interpretatieve denkmethode van een Eggens niet eigen is, zolang aan woorden nog sacrale betekenis toekomt, zolang zal Europese unificatie van privaatrecht op papier een succes, maar in wezen een mislukking zijn.

VIII. Angst voor een 'gouvernement des juges'?

Zowel naar Frans, als naar Belgisch recht[25] is de angst voor een 'gouvernement des juges' diep geworteld. Eén van de redenen van de revolutie was immers juist dit *gouvernement des juges.* Onder het Ancien Régime had de rechter (het *Parlement*) dikwijls bij wege van 'arrêt de règlement' macht uitgeoefend en daarbij niet zozeer de belangen van de koning nagestreefd, maar vooral de belangen van de adel. Deze angst is in Nederland minder aantoonbaar.

Daar komt het volgende bij. Wie geregeld Franse en Belgische bladen leest, staat verbaasd dat, terwijl in beide landen de politieke stabiliteit niet groter is dan in Nederland en de kabinetten komen en gaan, desondanks het kritiekloze geloof in de politiek groter is dan te onzent. Opmerkelijk in dat verband is ook dat de geloofsafvalligheid in België en Frankrijk veel minder grote vormen aangenomen heeft dan in Nederland. Mede uit gesprekken is bij mij dan ook de veronderstelling post gaan vatten dat een zekere ingeboren gezagsgetrouwheid in Frankrijk en België groter is dan bijv. in Nederland. Deze landen zijn de trias van Montesquieu, als door hem begrepen, dan ook veel meer trouw gebleven. Heb ik het mis als ik veronderstel dat, terwijl de Nederlander zich meer en meer 'uneasy' voelt bij het legislatieve werk van het parlement, de Fransen en Belgen de theorie van

24. Traité de Droit Civil, les obligations, 1992.
25. Zie Hulde aan Kruithof, 1992, p. 17 e.v.

Montesquieu voor werkelijkheid houden. Het vertrouwen van de Nederlander in de rechter lijkt nog steeds te groeien. Theoretisch is dit niet zonder gevaren. Zolang de Nederlander (en de Duitser?) zich hier maar prettig bij voelen, behoeven wij ons geen zorgen te maken. Iedere machtshebber is tot machtsmisbruik geneigd. Montesquieu gaf een controlemodel voor zijn tijd. Mij alleen beperkend tot Nederland houd ik het er op dat andere evenwichtsmodellen, t.w. dat waaronder de rechter door de overheid gekweekte onrust matigt en de wet meer een 'symboolwerking heeft', evenzeer denkbaar zijn.[26]

Daar komt het volgende bij. De grondwet van Frankrijk (1945) gaat uit van het bestaan van een verzorgingsstaat. Ook in Nederland is dit besef levendig (geweest). Bijna alle politieke partijen gaan uit van sociale premissen. De verwezenlijking van deze premissen zou — zo dacht men — slechts mogelijk zijn door een *avalanche* van wetgeving. Menig minister meent zich te moeten bewijzen door een grote wetgevingsproduktie. Aan de uitvoerbaarheid wordt anders dan in Frankrijk weinig aandacht besteed. Met het minder worden van de welvaart leidt dit tot *impromptue* wetgeving. Burgers voelden zich daardoor in hun bestaan bedreigd. In grote lagen van de bevolking leeft de indruk dat de overheid grossiert in niet-nagekomen toezeggingen. Ook enquêtes hebben bewezen dat het vertrouwen in de politiek zeer gering is, daarentegen het vertrouwen in de rechterlijke macht buitengewoon groot. Het gezag van de Hoge Raad is intussen nog meer gegroeid dan in 1988, toen dit college 150 jaar bestond.

Een van de grote problemen die wij bij een eenmaking van het Europese privaatrecht ontmoeten is dan ook dat de rechters dit recht volkomen anders zullen uitleggen. Een Fransman in Nederland procederend zal tot zijn schrik bemerken dat de rechter met meer vrijmoedigheid interpreteert, derogeert, en waarschuwingsplichten aanneemt. Ook zal hij al dan niet tot zijn vreugde kunnen onderkennen dat in Nederland het 'ben ik mijn broeders hoeder' ernstig genomen wordt. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Als een Fransman bij een Nederlandse bank informeert of hij verwachten mag dat een cheque van f 100 000 gehonoreerd zal worden, en hij een positief antwoord krijgt, dan kan een Nederlands advocaat die zijn vak verstaat, hem voorhouden dat na zulk een inlichting van een bank verwacht mag worden dat zij de rekening voor dit bedrag blokkeert.

26. Zie in dit verband W.J. Witteveen, Evenwicht van machten, rede 1991.

Een Franse rechter zal in het omgekeerde geval zulk een blokkeringsverplichting niet snel aanvaarden. De Zwitserse rechter daarentegen heeft een dergelijke verplichting wel aanvaard. Een cheque gaat zo bezien de trekken aannemen van een wissel. Wat van dit alles in concreto zij, met zekerheid kan gezegd, dat de denkstijlen van Europese rechters fors verschillen.

IX. De opmars van open normen in het Continentale privaatrecht volgens John P. Dawson's 'Oracles of the law'

A. De Franse scène

In Nederland zij wij zozeer gewend aan open normen dat wij ons niet kunnen voorstellen dat de integratie van open normen als vervat in art. 1.106 ('Good faith and dealing') en art. 1:108 ('Reasonableness') ooit een probleem zou kunnen opleveren. Wie in den brede hiervan studie wil maken, kan ik het beste verwijzen naar John P. Dawson, The oracles of the law.[27]

Met betrekking tot de ontwikkeling van het Franse recht vanaf de Revolutie merkt Dawson op,[28] dat één van de grote opgaven die de Franse Revolutie zich stelde, bestond uit het zoveel mogelijk 'ausradieren' van de rechterlijke macht. Natuurlijk — aldus de filosofie van de revolutie — kan een volk niet zonder rechters, maar het scheppen van *recht* behoort aan het volk en kan niet worden toevertrouwd aan rechters, die onder het 'Ancien régime' met name de adel zo hadden bevoordeeld. Een van de eerste taken die de leiders van de Revolutie zich stelden, was de rechterlijke macht aan banden te leggen. Op 24 maart 1790 zette de Assemblée zich tot deze taak, die vijf maanden in beslag zou nemen. De tekst van de wet, waarop een rechter zijn beslissing deed steunen, moest vermeld worden. Omdat — zo bedacht men — de wet nog wel eens hiaten kon vertonen, werd met het oog hierop gekozen voor het woord 'motives', die voor de rechter leidinggevend waren geweest. Dit was op zich al in Franse ogen een verwonderlijke zaak, omdat zelfs geen verlicht revolutionair eeuwenlang ooit op het idee gekomen was, dat een beslissing met redenen omkleed diende te zijn. De Franse 'Cour de Cassation', die zich enerzijds loyaal diende te tonen tegenover de nieuwe machtshebbers,

27. Ann Harbor, 1968.
28. T.a.p. p. 374.

anderzijds zo min mogelijk bloot wilde geven, hield de motivering dan ook zo kort mogelijk. Dit kenmerkte de korte stijl van motiveren, waarin zoveel mogelijk op wetsbepalingen teruggevallen werd. De Franse rechter is ook na de Revolutie tot op heden zijn trouw aan de wet blijven bewijzen. Zeker in de 19e eeuw, maar ook — zij het in mindere mate — in de 20e eeuw.

Wat is — zo kunnen wij ons afvragen — onder een (Frans) regime van betrekkelijk positivisme zoals dat na de revolutie had te gelden de rol van de wetenschap? In hoeverre kan zij zich vrij achten een — aan het positivisme — eigen vijandig denken te ontwikkelen? Reeds onder het ancien régime waren de zogenaamde 'repertoires' populair. De Duitsers noemen ze 'Leitsatzen'. Merlin, de president van de Cour de cassation, bracht ze reeds tijdens de revolutie tot glorie. Ze bevatten veel observaties over het recht van vóór de revolutie. In nog sterker mate zien wij dit omstreeks 1830 bij Toullier. Een eigen geluid laat Proudhon horen; in 1819 richtte hij het blad 'La Themis' op dat de Franse juristen vertrouwd zou moeten maken met de vruchten van de Duitse historische school en het Duitse juridische onderwijs!

Kort nà invoering van de Code (1804) verschenen er ook Duitse commentaren op de Franse Code. De naam van de Heidelbergse hoogleraar Zachariae is hieraan verbonden. Welke was de bijdrage van de Fransen zelf? In 1825 verscheen Delvincourt ('Cours de Code Civil'); hij haast zich te onderstrepen dat hij een onafhankelijke mening verkondigt! Vanaf 1830 prevaleert de *exegetische* school — zij zou vijftig jaren het wetenschappelijk werk beheersen. *More geometrico* werden de wet en de uitspraken van de Cour de Cassation geanalyseerd. Studies over de bronnen van verbintenissen ontbreken totaal. De Franse rechtswetenschap was statisch; het recht van het recht, het recht achter het recht kwam niet aan de orde. Aandacht hiervoor ontstond eerst in 1899 toen Gény zijn 'Méthode d'interprétation' het licht deed zien, waarin duidelijk wordt gemaakt hoezeer waarde-oordelen van de rechter aan iedere interpretatie ten grondslag liggen. Het tijdperk van de exegetische commentaren van Aubry en Rau (in 8 delen, begonnen in 1838), Demolombe (31 delen) en Laurent (33 delen) was voorbij.

Dawson merkt op dat eerst aan het einde van de 19e eeuw de doctrine middels noten meer aandacht gaat krijgen voor de rechtspraak. Het was de historicus Esmein, die aandacht vroeg van de

privaatrechtelijke auteurs, hoe in de negentiende eeuw onder het motto 'wij passen de wet toe', de rechters toch een behoorlijke afstand hadden weten te nemen van de opvattingen, die aan de Code in 1804 ten grondslag lagen. Gény heeft zeker ten volle bijgedragen tot het inzicht dat onder het motto 'wetstoepassing' maar al te vaak praetorische rechtsvinding schuil gaat.

Tussen 1900 en 1960 — aldus Dawson[29] — zien wij een heen en weer discussieren tussen verschillende gezaghebbende auteurs. Gény[30] die enerzijds de rechtsscheppende kracht van de rechtspraak onderkent, anderzijds de grootst mogelijke moeite heeft dit in de trias van Montesquieu in te passen. Daartegenover Waline, de grote kenner van het administratieve recht, die de macht van de rechters verklaart door uit de gaan van een stilzwijgende delegatie door de wetgever aan de rechterlijke macht.[31] J. Boulanger[32] wijst op het opvallende feit dat de Franse en Belgische hoogste rechters, uitgaande van dezelfde wetstekst, tot verschillende oplossingen komen. Hij benadrukt het keuze-element dat een rechter heeft, maar met veel minder nadruk dan J.B.M. Vranken in zijn zojuist verschenen 'Algemeen Deel' en ikzelf. In 1960 nog spreekt O. Dupreyroux over 'La Jurisprudence, Source Abusive de Droit'.[33]

Concluderend kan gezegd worden dat naar mijn stellige indruk de Franse burgerlijke rechter — anders dan de administratieve rechter — veel minder ver gaat dan de Duitse en de Nederlandse rechter, waar het betreft het werken met open normen. De Franse rechter en de Franse civiele doctrine zijn nog ver verwijderd van de gedachte, als zou de wet slechts een een 'starting point of legal reasoning' zijn. Daar komt bij dat de Fransen met hun voorkeur voor abstracte gedachtengangen weinig ontvankelijk zullen zijn voor een Europees recht dat oproept tot een interpretatie overeenkomstig de *bona fides*, althans bij gevallen in een buiten-contractuele zetting.

Van de goede trouw als uitdrukking van een de wet omspannende leidraad voor de interpretatie van wet of overeenkomst, moet de Franse rechter weinig hebben. Op grond van de goede trouw mag

29. T.a.p. p. 422.
30. Méthodes d'Interprétation et Sources II, 1948.
31. L'Honneur Normatif de la Jurisprudence, Etudes en Honneur Georges Scelle [Paris 1950] II, p. 13.
32. Notion sur le Pouvoir Créateur de la Jurisprudence Civile, Rev. Trim. 1961, 417.
33. In 'Mélanges Maury' [1960] II, 349.

naar Franse rechtspraak nooit opzij gezet worden, datgene wat partijen overeengekomen zijn.

Het 'pacta sunt servanda' heeft nog steeds een eerbiedwaardige traditie. Toegegeven zij, dat hier sprake is van handelsbelang van hoge orde. Hiermee is echter nog weinig gezegd. Natuurlijk, een man een man, een woord een woord, maar eerst moet bezien worden wat die mannen over en weer nu echt hebben willen betogen, en vooral de context waarin dit gezegd is. Nu weten wij van de Fransen dat zij grote taalwetenschappers in hun midden hebben, die — om het zacht uit te drukken — van de betrekkelijke waarde van een woord diep doordrongen zijn. Toch krijgen wij de indruk dat de juristen van die taalkundigen niet veel geleerd hebben. Met sombere gevolgen. De Franse rechter ontpopt zich te veel als 'bouche de la lettre', om dan vervolgens nog te zeggen dat de harde overeenkomst niet opzij gezet kan worden.

Het meest recente commentaar, geschreven door een van de meest leidinggevende kenners van het contractenrecht, Ghestin,[34] geeft geen hoge dunk van het Franse rechtsleven. De doctrine en rechtspraak lijken niet verder te komen dan de gedachte dat interpretatie bestaat uit het opsporen van de wil van partijen. De natuur is overigens (gelukkig) soms sterker dan de leer. Ondanks het ontbreken van de 'Haviltex'-formule komt de Franse rechter er met noodgrepen meestal wel uit. Hun trucendoos blijkt soms niet gering. Jammer genoeg zijn er geen schrijvers die het voor een geobjectiveerde uitleg opnemen. Al met al denk ik niet dat de justiciabelen als contractsuitleg aan de orde is, beter of slechter uit zijn dan in Nederland. Wel wreekt zich het niet-willen toekomen aan een normatieve uitleg, indien niet verdisconteerde veranderde omstandigheden zich aandienen.

Voor de geschiedenis van de opmars van open normen in Duitsland moge ik verwijzen naar J.P. Dawson[35] schrijvend onder de titel 'Germany's Case-Law Revolution'. Hij beschrijft dat Duitsland — anders dan Frankrijk — terug kan grijpen op een lange traditie van vonnissen, *die met redenen omkleed dienden te zijn* en terug gaat op het 'Reichskammergericht' (1654!). Op p. 441-422 schetst hij de invloed van Von Savigny op onderwijs en onderzoek. Hoe reeds

34. Traité de droit civil, les obligations, les effets du contrat, 1992.
35. T.a.p. p. 432-433.

vroeg geleerde belangstelling bestond voor rechtersrecht. Hij merkt in dit verband op:

'In the past courts of one kind or another contributed much more than legislation to the creation and development.'

B. Over de ontwikkeling van case law in Duitsland tussen 1800 en 1900

In de 19e eeuw werd grondig afgerekend met het natuurrecht, even-zeer met Von Savigny's gedachte, dat de ontwikkeling van het recht een organisch verloop zou hebben. Wat had de ontwikkeling van het Duitse recht in de 19e eeuw dan wel te bieden? Dawson[36] vat het als volgt samen:

'What was occurring in fact was another reception of Roman law, the last in the series that had occurred in Germany during the previous 500 years. But the wheel had not come back to its starting point. The Roman law now being received was a nineteenth century reconstruction. It was filled with new content, some of which was borrowed from Germany's own past.'

Zelf heb ik het altijd iets anders geformuleerd. Onder het motto van toepassing van het Romeinse recht werd in wezen recht ontwikkeld, dat nogal eens van de verkeerseisen afstond met elementen van Romeins, Germaans en kanoniek recht overgoten, met elementen ontleend aan het natuurrecht, of — om het in de woorden van Dawson te zeggen —:

'The pandectists then, to an important degree were 'crypto-natural-lawyers', who carried forward without interruption the prolonged German striving for system.'

En wat voor een systeem.

'The system purported to be drawn from Justinians Pandects. But the aim, as its authors themselves declared, was a *modern* legal science. They wanted a system perfectly suited to resolving all problems that a mature society could present.'

De rechtssocioloog Ehrlich merkt in zijn 'Principles of the sociology of law' op[37] dat de pandektistiek een systeem opleverde dat niet een historische weergave van het Justiniaanse recht, was.

36. T.a.p. p. 454.
37. P. 338-339.

'But a picture, dumsy, schematic of the legal organisation of a modern society. At the same time, thanks to their systematik they arrived at a system of doctrine that was utterly foreign to the doctrine of the Romans.'

C. Wat te zeggen van de case law nà 1900

Pitlo's opmerking, als zou iedere codificatie gevolgd worden door een periode van legistische toepassing, blijkt niet juist. Ik heb hier overigens nooit enig geloof in gehad. Evenmin in zijn algemene opmerkingen over de latijnse geest, zo in de trant van 'de noorderling denkt te veel en leeft te weinig, de zuiderling leeft te veel en denkt te weinig'. Mij valt altijd op hoezeer de Duitsers graag in concepten denken, maar toch ook — zeker wanneer ik afga op de denkstijl van het Bundesgerichtshof — sterk inductief denken en — niet misleid door een onmiskenbare hang naar systematiek — niet vergeten de vraag te stellen naar de policy, naar 'wat doen wij hiermee'. De Fransman daarentegen blijft te veel hangen bij de fraai gebeitelde volzinnen, die altijd een abstract karakter ademen. De Duitse rechters en rechtswetenschappers zijn veel meer georienteerd op het Engelse en Amerikaanse recht. Een boek als dat van Köndgen ('Selbstbindung ohne Vertrag'[38]), die Amerikaanse vertrouwensrechtspraak tracht te integreren in het Duitse recht, vindt zijn evenknie niet in de Franse literatuur. De Duitse afgestudeerde maakt zich blijkens mijn ervaringen in Harvard, de Amerikaanse denktrant dan ook sneller eigen dan zijn Franse evenknie.

Wat hiervan zij. Na invoering van het BGB aarzelde het Reichsgericht niet de eerste 15 jaren over de boeg van de goede zeden en gedurende — maar vooral na — de eerste wereldoorlog met behulp van de goede trouw toe te werken naar een verfijnd systeem van normen dat het gesloten systeem van belangen, waarvan par. 823 BGB uitgaat, volkomen op losse schroeven zette. Dawson[39] merkt voorts op dat — ofschoon de geest van de grote pandectist Windscheid er bepaald niet op gericht was het wettelijk systeem onderuit te halen — op gronden ontleend aan diezelfde Windscheid de goede trouw steeds weer triomfeerde boven de stricte regels van de wet, als een norm niet meer voldeed.

Wie ernst maakt van de toepassing van een wereld, die achter de woorden 'goede trouw' schuil gaat en tevens ernst wil maken met de

38. Tübingen, 1981.
39. T.a.p. p. 467.

orde, die een wet geacht wordt te regelen, moet feiten leren aftasten. Dawson[40] legt in verband daarmee de liaison 'equity' en 'goede trouw'.

'Like the 'conscience' of the early English chancellors, 'good faith' could be only partly subordinated to rule.'

Het soort Duits 'equity'recht van vóór het aantreden van Hitler kan natuurlijk misbruikt worden. Zoals alle recht is ook equity-recht — in naam van de Führer — misbruikt, maar dit pleit niet tegen dat recht, zo benadrukt Rüthers in zijn 'Unbegrenzte Auslegung' (1972). Twaalf jaren Hitler hebben in ieder geval niet kunnen verhinderen dat de naoorlogse Duitse rechters de draad van de traditie weer hebben opgepakt, zodat de druk van Staudinger (anno 1961) wel 1388 nauw bedrukte pagina's moest bevatten om par. 242 (de goede trouw) te classificeren en te analyseren.

Een en ander samenvattend: open Europese normen zullen — tengevolge van een lange traditie — veel eerder weerklank vinden in Duitsland dan in Frankrijk of België.

X. Open normen in het Europese recht

A. 'Unidroit principles' en open normen

1. Uit de praeambule blijkt dat het subsidiair recht is en t.z.t. als model kan dienen voor wetgevers. De kans op aanvaarding acht ik uiterst gering. Er zijn te veel concept-verdragen van goede kwaliteit, waaraan soms jaren gewerkt is, die nimmer zijn ingevoerd. De Haagse Convention betrekkelijk 'Agency', waarover de zeer fraaie dissertatie van H.L.E. Verhagen,[41] is ondanks de grondige voorstudies en het enorm maatschappelijk belang door wel heel weinig landen geratificeerd. Zo kennen wij het Uncitral Ontwerp, dat voorziet in een wissel, met regels van zakenrechtelijke en verbintenisrechtelijke aard, die alleen gelden als de uitgever van de wissel zulks bepaalt.[42] Mensen van nabij gerandeerden dat wel snel door belangrijke handelsnaties ondertekend zou worden. Wij zijn al jaren wach-

40. T.a.p. p. 474.
41. Agency in private international law, Nijmegen 1995.
42. Zie hierover mijn Verweermiddelen en derdenbescherming onder de United Nations Convention on International Bills of Exchange, Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus, reeks Handelsrecht nr. 21, Deventer 1989.

tende, maar slechts enkele landen tekenden. De internationale belangstelling blijkt nihil.

2. Hieraan voorafgaand ging ik min of meer breed in op onder meer de Nederlandse, de Franse en de Duitse rechtscultuur. Eerst zo kan duidelijk worden hoe verwacht mag worden dat de Unidroit 'principles', vooral die welke open normen inhouden, in de praktijk gaan uitpakken. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel, dat een Duitser (D) met een Fransman (F) een overeenkomst van koop sluit en de Unidroit regels zijn ingeschakeld, opdat de Franse rechter dan tenminste weet, wat rechtens is. F (koper) klaagt over het feit dat de geleverde goederen (bouwmaterialen) niet monster-conform zijn. De verkoper meent dat het — zo dit al het geval is — op de weg van de koper gelegen zou hebben hem tijdig, alvorens het bouwmateriaal voor de bouw aan te wenden, te waarschuwen. Wie garandeert hem dat de Franse rechter zo over de goede trouw als bedoeld in art. 1.7 denkt? Hoe zal de Franse rechter over goede trouw denken als onderhandelingen in het geding zijn en de *duty of confidentiality* van art. 2.15 aan de orde komt, of klaagt over *surprising-terms* als vermeld in art. 2.19? De verkoper kan geconfronteerd worden met interpretatievragen, hoe zal de Franse rechter de artt. 4.7 en 4.8 uitleggen? Zo kan ik doorgaan. *Mijn indruk is dat door het verschil in rechtscultuur de inschakeling van de 'Unidroit principles' te weinig vruchten afwerpt.* Zoals hiervoor betoogd, kan de Franse rechter, gezien het verschil in rechtscultuur, hele andere noties hebben over wat redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen. Zijn *approach* is — zoals ik hierboven onder IX heb uiteengezet — zo niet volmaakt, dan wel behoorlijk anders.

B. Principles of contract law en open normen

Om redenen, die met mijn betoog samenhangen, ga ik uit van dezelfde casus als onder A, maar nu *met een Engelse koper en bevoegdheid van de Engelse rechter.* Ook hier dienen zich principles aan die uitgaan van een optie door partijen. Ook echter valt op, dat de principles *kunnen* worden toegepast in de gevallen, genoemd onder art. 1.101. Vergelijk art. 3(b) en (4), luidend:

3(b) when the parties have not chosen any system or rules of law to govern their contract;
4(b) these principles *may* provide a solution to the issue raised where the system or rule of law applicable do not do so.

The principles kunnen dus aldus 4(b) toegepast worden als het 'system' of de 'rule of law' zwijgen. Het staat er zo vanzelfsprekend. Voor iemand echter die opgevoed is en zich wel voelt bij schrijvers als Bregstein, Eggens en Scholten, rijst de vraag: wanneer zijn er leemtes? Wie iets van het Engelse recht weet, zal beseffen dat de Engelse rechter snel in de *lex fori* zal vluchten. Alleen reeds hierdoor wordt het voor een advocaat moeilijk te voorspellen, welke regels en met name welke 'remedies' zich aandienen. In de praktijk *kan* dit meevallen, *mits* tenminste de rechter geneigd is in de eerste plaats los van enige heteronome regel naar een oplossing met werfkracht te streven. Maar daar kan nu juist de schoen wringen. Zulks veronderstelt een sterk inductieve denktrant en die maakt de Franse rechter zich nu juist niet gemakkelijk eigen.

Laat ons, om zicht te krijgen op de toepassing van open normen als vervat in de principles, uitgaan van het geval dat een *Duitse* verkoper en een *Engelse* koper uitdrukkelijk gekozen hebben voor de principles maar bovenstaand geval zich voor de Engelse rechter afspeelt. Speciale aandacht verdienen dan de artt. 1.106 en 1.108: *good faith* and *reasonableness*. De sfeer en de context, waarin procedures in Engeland gevoerd worden, zijn bepaald anders dan wanneer een zaak voor de Duitse rechter speelde. Ik sluit niet uit dat de inhoud die de Engelse rechter aan de goede trouw zal geven, best eens buiten het verwachtingspatroon van de Duitse verkoper zou kunnen vallen. In beginsel is nl. het beginsel van 'good faith' in Engeland minder — of wellicht voor een rechter met weinig rechtsvergelijkende kennis — onbekend, althans terminologisch. Natuurlijk zijn er wel regels, waarvan wij zouden zeggen dat ze uiting zijn van redelijkheid, billijkheid en goede trouw. Wij mogen echter niet uit het oog verliezen dat de *aanvullende werking* van redelijkheid en billijkheid naar Engels recht toch nog altijd geringer is dan bijv. naar Duits en Nederlands recht. Wel is duidelijk dat 'good faith' een erkend grote rol speelt als het 'pacta sunt servanda' aan de orde komt.

Minder duidelijk — althans voor de Engelsen zelf — is in hoeverre de goede trouw ter aanvulling van een contract een functie dient te vervullen. Zij werken met *implied conditions*, die een vehikel vormen om contracten naar redelijkheid aan te vullen of uit te leggen. Aan 'implied conditions' komt de Engelse rechter langzamer toe dan de Duitse of Nederlandse rechter aan de al dan niet aanvullende werking van de goede trouw. De Engelse rechter zal moeite hebben zich de

continentale stijl van het denken in termen van goede trouw eigen te maken. Ik wil dit demonstreren aan een geval, na eerst geciteerd te hebben uit J.F. O'Connor's beknopte, maar inhoudrijke monografie.[43] Op p. 23 lezen wij:

'It seems that the technical and schematic approach in the English law of contract, in contrast to the use of 'general clauses' of good faith in civil law systems and now also in the USA, has not helped to produce a very coherent perception of good faith in the English law of contract. However, even this brief outline conspectus of an area which is central in English law confirms that the basic obligation of good faith — *pacta sunt servanda* — and other generally accepted perceptions of good faith, such as its association with honesty, fair dealing and reasonableness, are also present in English law'.

Art. 1.106 zal, indien bijv. een Duitse verkoper van bouwmaterialen aan een Engelse aannemer levert, naar mijn inschatting qua resultaat een zelfde beslissing opleveren als wanneer de Duitse rechter bevoegd is, indien bijv. bouwmaterialen niet monster-conform zijn. De Engelse rechter komt als de principles of contract law niet van toepassing zijn, zonder aan de woorden 'goede trouw' toe te komen, langs de weg van 'collateral warranties' — zoals wij die in Esso Petroleum v. Mardon,[44] waarover Lord Dening 'The Discipline of law' (1979), aantreffen — toch wel aan zijn trekken.

C. Enkele korte kanttekeningen bij 'the principles of European contract law'

Tot dusverre plaatste ik enige vraagtekens bij de implementering van open normen, als goede trouw, gegeven de rechtscultuur in landen als Duitsland, Engeland en Frankrijk.

Onder de Europese 'principles' vallen enkele regelingen op. Zo bijv. art. 2.117 dat de 'change of circumstances', 'imprévision' betreft. Een niet-aanvaarding van 'imprévision' in bepaalde landen kan wijzen op een gebrekkige interpretatie-techniek. Ter verduidelijking een voorbeeld: wie — nu het inflatiepercentage in Nederland op bijna nihil uitkomt — bij zijn autodealer een Engelse auto bestelt, te leveren over drie maanden, heeft — als de gulden over drie maanden fors, bijv. 30 procent, devalueert, ofschoon noch hij, noch de verkoper hier mee bewust rekening gehouden heeft — desniettemin recht

43. Good faith in English law, 1990, Dartmouth.
44. [1976] J.1 QB 801. [1976] All ER 5.

op levering. Wij nemen aan dat inflatie niet de inzet van enig gesprek tussen verkoper en koper heeft gevormd en aan dit feit door partijen zelfs niet eens gedacht is. Het contract vertoont een leemte. De aard van de handel brengt met zich mee dat — naar mijn inschatting — een inflatie van deze hoogte voor rekening van de verkoper komt. Niet echter een geldontwaarding, zoals Duitsland die nà de eerste wereldoorlog gekend heeft en tot ingrijpen door het Reichsgericht geleid heeft, daarin gevolgd door de wetgever. Het Reichsgericht deed zijn vele beslissingen toen steunen op par. 242 BGB.

De Fransen kennen in het privaatrecht — anders dan in het administratief recht[45] — geen gevolgen toe aan veranderde omstandigheden.[46]

Ook de Belgische rechter verzet zich tegen ingrijpen.[47] De aanvaarding op Europese schaal is dan ook een goede zaak. Zij kan met name de Franse en Belgische rechter, die de gedachte dat een schuldenaar bij niet verdisconteerde veranderde omstandigheden niet meer gebonden is, niet aanvaarden, in de pas doen lopen. Ook hier geldt dat de maatstaf die bijv. het Bundesgerichtshof — als het gaat om verdiscontering van omstandigheden — aanlegt.

In art. 2.117 lid 1 van de Principles ('change of circumstances') lezen wij:

'(1) A party is bound to fulfil his obligations even if performance has become more onerous, whether *because the cost of performance has increased or because the value of performance he received has diminished.*
(2) If, however, performance of the contract becomes *excessively* onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:'

en dan volgen de voorwaarden waaronder, die ongeveer gelijk liggen aan de welke naar Nederlands recht opgeld doen. De nadruk in the 'principles' valt op 'increasing of performance' en 'diminishing of value'. In dit verband is het goed op te merken dat onder dit artikel twee type figuren vallen, t.w. het geval dat A een B een onroerend goed verkoopt tegen een bedrag van X Sur. guldens. Deze gulden zal vervolgens fors in waarde dalen waardoor de contraprestatie wel heel

45. Zie de Bordeaux case, Conseil d'Etat 30 mars 1916, D.P. 1916, 3:25.
46. Zie Ghestin Billiau, Traité de droit civil, les obligations. Les effets du contrat, hoofdstuk III.
47. Zie J. Herbots, Contract law in Belgium [1995], no. 355.

weinig waard wordt. Gevallen dus van het type 'mark-mark-arrest'. Tevens vallen hieronder gevallen die vóór de invoering van het BW te boek stonden als 'onmogelijkheid van rechtsuitoefening', waarvan het AKU-Stalen Steiger-arrest,[48] een voorbeeld biedt. Een crediteur heeft niets aan een bepaalde prestatie, als gevolg van omstandigheden die — anders dan in het AKU-arrest — niet voor rekening van de crediteur komen.

Het Engels recht maakt in wezen dezelfde onderscheiding. Men kent 1. *impractibility* (voorbeeld: een aannemer verbindt zich om een huis te bouwen, de bouwkosten stijgen tot het honderdvoudige ten gevolge van bijv. enorme inflatie) en 2. *frustration by purpose.* Van dit laatste een voorbeeld: A, eigenaar van een Rolls Royce, bestelt bij de dealer B een nieuwe airconditioning. Nog voor de geplande aflevering heeft A aan de prestatie niets, omdat de Rolls gestolen is. Het laatste geval betreft de zgn. onmogelijkheid van rechtsuitoefening.[49] Het rapport van de commissie-Lando[50] valt wel heel mager uit waar het betoogt, als zou 'change of position' naar Engels recht nauwelijks relevant zijn. In het rapport lezen wij:

'English law seems to reject any notion of relief for changed circumstances not amounting to impossibility (Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC [1956] A.C.696 [H.L.]). The only possible exception, frustrated of the venture, may follow from the isolated decision in Krell v. Henry [1903] 2 K.B. 740 (C.A.), where a change of circumstances rendered the contract pointless.'

Bestudering van de fraaie monografie van Treitel[51] leert ons met betrekking tot figuur 2:

'that the doctrine of discharge by frustration of a purpose is recognised both in England and in the United States, but that the courts in both countries are aware of the danger that the doctrine could undermine the principle of contract.'

Duidelijk is dat de Toelichting van de commissie-Lando hier fors tekort schiet. 'Impractibility' wordt wel degelijk erkend, althans de doctrine is in beweging. In dit verband valt te verwijzen naar Treitel. Hij verwijst naar de case British Movietonenews:

48. NJ 1949, 544.
49. Te onzent aan de orde gesteld door Cavadino, Onmogelijkheid van Rechtsuitoefening, diss. Amsterdam 1919.
50. T.a.p. p. 119.
51. Frustration and Force Majeure, Londen 1994, p. 316, 7.032.

'If, on the other hand, a consideration of the terms of the contract in the light of the circumstances when it was made, shows that [the parties] never agreed to be bound in the fundamentally different situation which has now emerged, the contract ceases to bind at the point. ...'[52]

en merkt hierover op:[53]

'This could be interpreted to refer back to the types of events previously listed, including inflation.'

Door invoering van de 'principles' kan de geconstateerde ontwikkeling versneld worden.

Treitel komt tot de conclusie dat de rechtsinstituten *force majeur* en *frustration* betrekking hebben op uitleg-vragen en in elkaars verlengde liggen, een standpunt reeds eerder verdedigd door Bregstein,[54] een gedachte waarbij ik mij in verschillende studies heb aangesloten.[55]

XI. Vertegenwoordiging en derdenbeding

Een korte verwijzing lijkt op haar plaats naar de regeling van het derdenbeding. De *common law* erkent het derdenbeding vanwege de leer van de zgn. *privity of contract* niet. Ook naar Frans en Belgisch recht (1165 CC) wordt het derdenbeding verworpen. Een merkwaardige zaak. Met een voorbeeld valt dit verduidelijken. Stel, A verkoopt een renpaard aan B. B zegt 3 miljoen pond Sterling toe aan C. Drie mogelijkheden dienen zich aan.

1. C is bij het sluiten van de overeenkomst aanwezig. Wij spreken dan van een drie-partijen-overeenkomst.
2. C is bij het sluiten van de overeenkomst niet lijfelijk aanwezig en wordt vertegenwoordigd door C', die — het ligt naar Nederlands recht daarin opgesloten — namens C — al dan niet bevoegd — C vertegenwoordigt. In geval van onbevoegdheid kan C bekrachtigen. Ook dan is sprake van een drie-partijen-overeenkomst.
3. C is bij het sluiten van de overeenkomst niet lijfelijk aanwezig. A treedt *expressis verbis* namens C — al dan niet met een volmacht — op. C kan in geval van onbevoegdheid van A bekrachtigen. Ook dan

52. [1952] A.C.166, 185.
53. T.a.p. p. 275, onder 6-040.
54. Praeadvies NJV 1936.
55. Zie o.m. mijn Verbintenissenrecht naar nieuw BW, 1979.

is sprake van een drie-partijen-overeenkomst.
4. C is bij het sluiten van de overeenkomst niet lijfelijk aanwezig. A bedingt t.b.v. C, maar laat na *expressis verbis* te vermelden of hij al dan niet met medeweten van C handelt. Wij spreken in dat geval van een derdenbeding. Maar wat verhindert ons om het handelen van de stipulator A *te duiden* (interpreteren) als een handelen *namens* C. Anders uitgedrukt: als dat van een (al dan) niet bevoegd vertegenwoordiger. A wil rechtsgevolgen voor C bewerkstelligen.

Omdat vanaf het Romeins recht tot Von Savigny (eerste helft 19e eeuw) figuur 4 niet rechtsgeldig was, trad de notaris (C') als vertegenwoordigier van C — dus namens C — op (figuur 2). In geval van onbevoegdheid kan A bekrachtigen. Waarom — zo vragen wij ons tegenwoordig af — is het nu nodig dat een vreemde (C') als vertegenwoordiger van C optreedt (figuur 2) en waarom zou A niet in plaats van C' (al dan niet bevoegd) C kunnen vertegenwoordigen.

Het inzicht in de constructie van het derdenbeding wordt zo geboren. Ik verdedigde de constructie in mijn dissertatie.[56] In een binnenkort te verschijnen mede rechtsvergelijkende bijdrage zal ik deze gedachten die thans — anders dan in 1958 — hier te lande meer werfkracht blijkt te hebben,[57] verder worden uitgewerkt.

Wat hiervan zij. Dit obstakel voor het derdenbeding dat internationaal steeds knellender wordt, gaat bij invoering van de principles gelukkig verdwijnen.

XII. Overall-conclusie

A. De 'principles of European contract law'

1. Grote aarzeling bestaat of de 'principles of European contract law' ooit ingevoerd zullen worden. Te veel zijn ontwerp-verdragen nooit ingevoerd, dan dat het vertrouwen kan bestaan dat deze principles wel ingevoerd zouden worden.

2. Een aanwijzing voor mijn aarzeling onder 1 is gelegen, dat tot het Weense koopverdrag van 1980 Engeland en België nog steeds niet zijn toegetreden. Nu is het Weense koopverdrag niet zo maar een verdrag. Het vindt zijn voorgangers in Luf en Luvi. Decennia lang

56. Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard, Amsterdam 1958.
57. Zie Van Schilfgaarde in Schoordijk-bundel, Deventer 1991, en Verhagen, Agency in private international law, diss. Nijmegen 1995.

hebben belanghebbende landen in internationaal verband zitten schaven, maar ook langs elkaar zitten werken. Het Nederlands–Belgische eenvormige koopverdrag is nooit ingevoerd. Ook in Europees verband is het Weense koopverdrag van primordiale betekenis, omdat koop nu eenmaal een zeer veel voorkomend contract is. Zitten wij nu echt om eenvormige regels te springen? En wat voor regels?

3. De meeste regels zijn van een internationaal gezien grote vanzelfsprekendheid. De 'principles' zijn geschreven voor in beginsel alle contracten. De meeste regels geven echter de indruk voornamelijk geschreven te zijn voor koopcontracten. Nuttig is natuurlijk een bepaling als art. 2.115, waarin het derdenbeding aanvaard wordt en art. 2.116 dat een antwoord geeft op de vraag of en in hoeverre een derde (C) een schuld van B aan A kan nakomen. Bepalingen als 2.101, houdende 'terms and performance of the contract' kunnen goeddeels gemist worden, gegeven art. 1.103 dat (lid 1) een vroegere 'course of dealing' (gebruik tussen partijen) en (lid 2) het gebruik in het algemeen, de voorrang geeft boven de 'principles'.

4. Te betreuren valt dat de samenloopproblematiek in de 'principles' niet aangepakt is.

B. Unidroit principles for commercial contracts

1. In het handzame boek 'Towards a European Civil Code' vinden wij de tekst en de preambule. De Unidroit Principles hebben een grotere actieradius. Wie de bepalingen *à tête reposée* leest, zal snel tot de overtuiging komen dat de ontwerpers er goed in geslaagd zijn de grootste gemene deler van het contractenrecht van de voornaamste handelsnaties met elkander te verenigen.

2. Een goede zaak is het dat de Unidroit principles regelingen te zien geeft op terreinen, waar nog geen common law bestaat. Zo houdt art. 2.14 de regel in dat onderhandelingen te goeder trouw moeten worden gevoerd. Het artikel sluit niet uit dat ook het positief contractsbelang in overeenstemming met 's Hogen Raads arrest inzake Plas/Valburg, maar in afwijking van het Duitse recht, voor vergoeding in aanmerking kan komen. Maar wel mag verwacht worden dat de bevoegde rechter geroepen tot toepassing van een open norm volgens welke te goeder trouw onderhandeld moet worden, de *lex fori* zal gaan toepassen.

3. Toe te juichen valt dat art. 6.2.3 aansluiting zoekt bij de internationale tendens om bij nietigheid of gebrekkige afspraken *renogatia-*

tion steeds meer geboden te achten.

Tenslotte houd ik het erop dat de Unidroit principles in kwaliteit de 'principles of European Contract law' overtreffen.

XIII. SLOTOPMERKINGEN

1. Wij beschikken thans over twee conceptregelingen van het Europese contractenrecht: de Unidroit-regeling en de 'principles'. Is dit niet een beetje te veel van het goede, zo kan men zich afvragen. Het antwoord moet ontkennend luiden, nu het rapport van de E.C. ontsproten is aan particulier initiatief.

2. Merkwaardig is het te constateren dat, terwijl continentaal-Europese juristen hun Engelse collega's over de continentale streep trachten te trekken, het Britse parlement bij monde van de 'Law commission' door het doen van concessies een 'tunnel' tracht aan te leggen, die de 'afkeer' van continentale juristen van de common law zal moeten beteugelen. McGregor (Oxford) presenteerde in 1993 in opdracht van de 'Law Commission' zijn 'Contract Code', die een restatement geeft van het Engelse contractenrecht, maar ook zoveel afwijkingen van 'heilige' noties als de 'privity of contract' van het derdenbeding bevat, dat het lijkt of de Engelsen van hun geloof zijn afgevallen. Dit is ten dele schijn. Het betreft particulariteiten, waar de Engelsen zelf ook reeds in de geest afscheid van genomen hadden. De Amerikaanse rechter was in Lawrence Fox[58] reeds lang voorgegaan. Een schot voor de boeg was reeds gegeven door de House of Lords inzake Woodar Investment v. Wimpey Construction U.K.[59] Australië volgde, zij het dat het een tentative overweging gold in Trident Insurance Co. v. Ma Niece Bros Pty.[60]

Een slechte zaak is het echter als Engelsen afscheid gaan nemen van een eerbiedwaardig instituut als de 'Undisclosed Principal', dat op het continent nu juist bewonderd wordt door bijv. een op het stuk van het vertegenwoordigingsrecht uiterst gezaghebbend jurist als Wolfgang Müller-Freienfels. McGregor wijst op ongelukkige beslissingen als Keighly Maxsted and Co.[61] en Armstrong v. Stokes.[62]

58. 20 NY 268.
59. [1980] 1 WLR 277 (HL).
60. [1988] 165 C.L.R. 107.
61. [1901] AC 240.
62. [1892] LR 7 QB 598.

McGregor laat na te berichten dat de beide cases in de literatuur zowel als gedateerd als a-typisch worden aangemerkt.

Belangrijker is echter dat Müller-Freienfels[63] duidelijk aantoont dat een berust artikel als dat van Hamson en Goodhart over de 'Undisclosed principal' in de Cambridge Law Journal[64] te veel *chapeau bas* speelt aan het continentale recht en tal van denkfouten laboreert. Een voorbeeld: als A (agent) voor P (principal) met een derde (T) handelt, *undisclosed* optreedt, dan kan T, die bijv. verkocht heeft, P voor de koopprijs aanspreken. In Armstrong v. Stokes is echter beslist dat als P aan T betaald heeft, P niet meer aangesproken kan worden. Hamson en Goodhart trekken hier de conclusie uit dat de consequentie moet zijn dat het leerstuk van de Undisclosed Principal als een *anomaly* dan ook maar terzijde moet worden geschoven, in plaats van te overwegen dat Armstrong v. Stokes slecht recht oplevert. Als P aan A (agent) betaalt om het in staat te stellen tegenover T na te komen, en P niet aan T doorbetaalt, dan dient P het gedrag van zijn met een middellijk vertegewoordiger te vergelijken *undisclosed agent* voor zijn rekening te nemen, evenals het geval is indien A *disclosed* zou zijn opgetreden. Daar komt bij dat als iemand (P) opdracht geeft aan een ander (A) om bijv. een antieke kast te kopen bij een antiquair (T), het veelal bloot toevallig is of de lasthebber A al dan niet op naam van P optreedt en P dit laatste veelal niet eens weet.

3. De tijd is *niet* rijp voor een Europees geschreven verbintenissenrecht. Bregstein placht aan zijn studenten voor te houden dat aan het toenmalige nieuw BW — wij leven dan circa 1955 — wel moest worden gewerkt, maar dat het niet moest worden ingevoerd. Een goede zaak zou het zijn indien de Europese Commissie diepte-investeringen zou verrichten, door aan begaafde beoefenaars van wetenschap met gevoel voor de praktijk, opdrachten te verlenen diepgaand studie te maken van leerstukken die door hun verschillende ontwikkeling een Europese sta-in-de-weg vormen. De vertegenwoordiging, het derdenbeding, de verhouding goede trouw–stilzwijgende wilsverklaring, zij vormen van die leerstukken.

63. Stellvertetungsregelung in Einheit und Vielfalt, 1982, p. 157 e.v.
64. 4 [1932] 320-356.

Het vraagstuk van de 'initial impossibility' en de contractsvisie van de Unidroit Principles

*J.M. Smits**

1. INLEIDING

Wie zich gesteld ziet voor de taak een leerstuk van Europees of mondiaal contractenrecht te bespreken, dient zich in de eerste plaats af te vragen voor welk lezerspubliek hij een dergelijke, in meer dan één opzicht hachelijke, exercitie onderneemt. Schrijft hij voor de geïnteresseerde prakticus, die wil weten hoe een zeker 'internationaal' leerstuk zich verhoudt tot een of meer nationale instituten of beoogt hij iets te zeggen over de Europese 'Lando Principles' of over de mondiale 'Unidroit Principles' *op zichzelf?* In dat laatste geval schrijft men voor de *louter* juridisch geïnteresseerde en kan dus bijvoorbeeld ook de vraag aan de orde komen hoe deze 'Principles' passen in rechtsfilosofische stromingen omtrent de grondslag van de contractuele gebondenheid.[1]

Nu behoeft het weinig betoog dat de meest vruchtbare benadering van een Europeesrechtelijk of mondiaal leerstuk er een is waarbij men juist *dankzij* een meer praktische beschouwing omtrent de plaats van een leerstuk tot ook theoretische inzichten komt. Niet ieder vraagstuk leent zich daarvoor, maar de bedoeling van deze bijdrage is om aan de hand van het leerstuk der 'initial impossibility' na te gaan welke contractsopvatting aan de Unidroit Principles ten grondslag ligt.

* Jan Smits was ten tijde van het schrijven van dit artikel respectievelijk AIO bij de afdeling Burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden en tydelike junior-lektor bij het departement Privaatreg en Romeinse reg van de Universiteit van Stellenbosch, Zuid-Afrika. Hij stelt er prijs op zijn Leidse Practicum-groepen uit het studiejaar 1994-1995 te bedanken voor de discussie die hij met hen mocht voeren omtrent het thema van dit artikel.

1. Men zie voor dit zinvolle onderscheid op ander terrein bijv. ook Jo Tollebeek en Tom Verschaffel, De vreugden van Houssaye; apologie van de historische interesse, Amsterdam 1992.

Daartoe wordt eerst het probleem geschetst waarvoor art. 3.3 Unidroit Principles een oplossing beoogt te bieden om vervolgens nadere aandacht te besteden aan de in principe lijnrecht tegenover elkaar staande stelsels van continentaal-Europees en Anglo-Amerikaans recht. Na een omweg langs wat filosofisch gedachtengoed inzake de wilsleer, worden uiteindelijk zowel meer specifiek de regeling van de 'initial impossibility' als algemeen de Unidroit Principles bekritiseerd.

2. 'Initial impossibility'

Dat het burgerlijk recht het niet kan stellen zonder een leerstuk dat de verhouding tussen pacta sunt servanda en veranderde omstandigheden regelt, is genoegzaam bekend.[2] Dat contracten moeten worden nagekomen, kan immers niet onbeperkt gelden.[3] Dit vraagstuk wordt traditioneel behandeld onder het kopje van de onvoorziene omstandigheden en de vraag is dan of de overeenkomst met een bepaalde, reeds vastgestelde, inhoud de partijen nog altijd bindt nu zich zodanige omstandigheden hebben voorgedaan dat dit van één van hen in redelijkheid niet langer kan worden gevergd.[4] Het is dan wel dienstig er reeds nu op te wijzen dat de imprévision als zelfstandig leerstuk slechts kan bestaan bij de gratie van de wilsleer, op grond waarvan de inhoud van de overeenkomst *eerder* werd vastgesteld. Een beroep op onvoorziene omstandigheden zal immers slechts opgaan indien moet worden aangenomen dat partijen (althans één van hen) *deze* overeenkomst niet gewild zouden hebben, hadden zij in de toekomst kunnen kijken, en dan is een overeenkomst met bepaalde inhoud nooit

2. Vgl. Hartwin Bungert in zijn bespreking van Günther Treitel, Unmöglichkeit, 'Impracticability' und 'Frustration' im anglo-amerikanischen Recht, Baden-Baden 1991, RabelsZ 58 (1994), p. 101 v. Men zie ook de overview bij de Lando-Principles, Chapter 2, sub (e), alwaar minder juist tegenover elkaar worden gesteld 'pacta sunt servanda' en 'rebus sic stantibus': de 'rebus' vormen immers slechts een middel om om te gaan met de tegengestelde bindende kracht (t.t.v. het sluiten van de overeenkomst) en de eventuele wijziging van omstandigheden (daarna). Zie ook Markus Sichert, The Legal Effect of Supervening Events, AA 43 (1994), p. 413 v.
3. Vgl. recent het belangrijke boek van G.H. Treitel, Frustration and Force Majeure, London 1994, die al zijn beschouwingen in het teken van deze tegenstelling plaatst.
4. Vgl. art. 6:258 BW, waarover in Europeesrechtelijk perspectief de bijdrage van Jac. Hijma aan deze bundel.

totstandgekomen en een beroep op onvoorziene omstandigheden zinloos.

Zoveel aandacht nu als doorgaans wordt geschonken aan het vraagstuk van ná de contractssluiting opkomende onvoorziene omstandigheden, zo weinig interesse bestaat voor de casus waarin de omstandigheden reeds *ten tijde van* de contractssluiting anders blijken te zijn geweest dan partijen zich voorstelden. In een species hiervan, namelijk de overeenkomst die verplicht tot een onmogelijke prestatie, zijn wij hier geïnteresseerd.[5] Het is lid 1 van art. 3.3 Unidroit Principles dat deze casus beoogt te regelen. De bepaling luidt:

'The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract'.

Een voorbeeld gunt de toelichting op de Unidroit Principles ons niet. Duidelijk is echter op wat voor soort situaties het artikel doelt: het geval dat bepaalde goederen, object van de overeenkomst, reeds teniet zijn gegaan op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten, is het meest voor de hand liggend. Wanneer A aan B afgravingsrechten verkoopt, hoewel deze achteraf niet langer blijken te bestaan, is dat een geval van 'initial impossibility'.[6] En wanneer de ene partij aan de andere 700 specifieke zakken met noten verkoopt en onbekend aan hen is dat deze noten reeds gestolen zijn, heeft men geen wezenlijk andere situatie.[7] Men kan hier spreken van een fysieke onmogelijkheid van nakoming, daarin gelegen dat aanvankelijk bestaande goederen niet langer bestaan.

Uiteraard is ook denkbaar dat de zaak waaromtrent is gecontracteerd zelfs in het geheel nooit aanwezig is geweest zodat de nakoming reeds op die grond onmogelijk is. Het voorbeeld van de overeenkomst van bruikleen ten aanzien van een boek van Hugo de Groot over de zekerheidsrechten op onroerende zaken — dat hij helaas nooit schreef — behoeft men dan niet te gebruiken, evenmin als dat van het hypo-

5. Vgl. de korte weergave bij Zweigert/Kötz/Weir, An Introduction to Comparative Law, 2nd. ed., Oxford 1992, p. 544 v., alsmede de meer uitgebreide behandeling bij Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town etc. 1990, p. 686 v.
6. Het voorbeeld is afkomstig uit Rb. Haarlem 9 nov. 1943, NJ 44/45, 309. In casu werd het ontbreken ener oorzaak aangenomen.
7. Barrow, Lane & Ballard Ltd. v. Phillip Phillips & Co., [1929] 1 K.B. 574.

theekrecht op een zg. *lap top*.[8] Reeds de Romeinen hadden aansprekender voorbeelden: Gaius spreekt in zijn Instituten van de verkoop van een hippocentaur. Tot de levering van een dergelijk fabeldier is men niet in staat.[9] Ook in deze categorie van fysieke onmogelijkheid van nakoming omdat goederen onbestaanbaar zijn valt de aannemingsovereenkomst tot de bouw van een perpetuum mobile: ook volgens de meest moderne natuurkundige opvattingen behoort de vervaardiging van een dergelijk apparaat niet tot de reële mogelijkheden.

Een derde en laatste categorie[10] die men zou kunnen onderscheiden, is die van de prestatie die weliswaar strikt genomen niet onmogelijk is, doch naar verkeersopvatting slechts kan worden verricht met bijzonder veel moeite. Wie, aan boord van het m.s. Delftdijk onderweg van Rotterdam naar New York, over de reling leunt en zijn zg. promotiering van de vinger ziet glijden, kan deze weliswaar doen opduiken, maar deze berging zal zoveel geld en moeite kosten dat geen redelijk denkend mens er over zou piekeren om deze opdracht aan een berger te gunnen.[11] In dit voorbeeld is dat natuurlijk duidelijk, maar er zijn andere gevallen denkbaar. Men zou die kunnen schetsen, maar dan dringt zich onmiddellijk een vraag op, waarvan we de beantwoording nog liever even uitstellen. Het is de vraag of de 'initial impossibility' hier niet overgaat in die naar wat van partijen mag worden gevergd en of dan niet ook de beruchte 'economische onmogelijkheid' in zicht komt als mogelijke reden om partijen te ontslaan van hun verplichtingen uit de overeenkomst. Daarmee zou — indien men aanneemt dat nietigheid het juiste rechtsgevolg is — langs de weg van de 'initial impossibility' een bom zijn gelegd onder het beginsel van pacta sunt servanda. Vooralsnog gaan wij er bij wijze van voorlopig vermoeden van uit dat het leerstuk alleen ziet op een geval waarin de prestatie redelijkerwijze door niemand (en niet alleen niet door de debiteur) kan worden verricht.[12]

8. Een ander geval van deze 'juridische onmogelijkheid' is bijv. het overdragen van een zaak waarvan men reeds eigenaar is.
9. De zg. stipulatio hippocentaurum dari, Gai.Inst. III, 97 ('qui esse non possit').
10. Deze indeling wijkt ietwat af van, maar is in hoofdzaak gebaseerd op, die bij Torsten Arp, Anfängliche Unmöglichkeit, Paderborn etc. 1988, p. 160 v.
11. Dit, uiteraard aangepaste, voorbeeld is afkomstig uit de Duitse literatuur. Zie bijv. Erhard Berghoff, Die Unmöglichkeit und ihre Rechtsfolgen nach dem BGB und dem einheitlichen Kaufrecht, diss. Münster 1980, p. 8.
12. In overeenstemming met de heersende (op de Pandektenwetenschap gebaseerde)

Maar genoeg vooruitgelopen nu: inmiddels is in grote lijnen duidelijk op wat voor soort gevallen art. 3.3 Unidroit Principles doelt. Het is thans eerst zaak twee opvattingen omtrent de juridische duiding van 'initial impossibility' voor het voetlicht te brengen. We verkeren dan in de gelukkige omstandigheid dat de beide uiterste standpunten ten aanzien van het rechtsgevolg, namelijk nietigheid en geldigheid van de gesloten overeenkomst, worden vertegenwoordigd door respectievelijk het continentaal-Europese en het Anglo-Amerikaanse recht.[13] Dat staat er niet aan in de weg dat binnen deze beide rechtsfamilies nog wel verschillende wegen bestaan om dit resultaat te bereiken. Het paradijs dat daarmee voor de rechtsvergelijker is geschapen, wordt thans betreden.

3. Continentaal recht: impossibilium nulla obligatio est. Of toch niet?

Het is de continentaal-Europese rechtswetenschap geweest die zich het meest heeft laten beïnvloeden door de welbekende klassiek-Romeinsrechtelijke regel, afkomstig van Celsus,[14] dat in geval van een onmogelijke prestatie geen verbintenis ontstaat: 'impossibilium nulla obligatio est'.[15] Dit betekent, omgezet in moderne termen, nietigheid van de overeenkomst en dat is dan ook precies wat men bijvoorbeeld in het BW van 1838 voor de koop als hoofdregel terugvindt. In art. 1508 was de regel neergelegd dat indien een reeds ten tijde van de koop vergane zaak wordt verkocht, de koop nietig is. Deze regel gold niet alleen voor koop, maar werd gezien als een betrekkelijk toevallige toepassing bij *die* overeenkomst van de eis dat

leer in Duitsland. Zie bijv. Palandt, BGB, 54. Aufl., München 1995, § 306 Rn. 4.

13. In dit artikel wordt zonder meer gesproken van 'het' continentale recht en 'het' Anglo-Amerikaanse recht. Recente beweringen als zou dit onderscheid niet langer waarde hebben miskennen mijns inziens dat het zinvol kan zijn de kloof tussen beide stelsels te vergroten, *juist* om binnen het Europees-continentale recht tot meer eenheid te komen. Zie recent diverse bijdragen aan Reinhard Zimmermann (ed.), Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht, Tübingen [1995].
14. In het onlangs door Michael Stolleis uitgegeven Juristen; ein biographisches Lexikon, München [1995] wordt door de bewerker van het lemma Celsus filius (nl. B. Kupisch) deze regel zelfs genoemd als belangrijk voorbeeld van Celsus' invloed.
15. D. 50, 17, 185. Zie hierover vooral Arp, o.c., p. 63 v.

iedere overeenkomst een bepaald onderwerp moest hebben (zoals neergelegd was in art. 1356, 3°). Opzoomer stelt onomwonden over het geval waarin het voorwerp ontbreekt:[16]

'Wat de partijen over haar afspraken brengt niets tot stand; er is geen contract en dus ook geen verbintenis noch aan de ene noch aan de andere zijde; er is noch kooper noch verkooper; er is eenvoudig niets'.

Het niet bestaan van de zaak belet het bestaan ener overeenkomst. Hoogstens is denkbaar dat in geval van 'kwade trouw' van een van beide partijen deze op grond van onrechtmatig handelen kan worden aangesproken indien zijn wederpartij daadwerkelijk schade lijdt, maar een vorderen van het positieve contractsbelang, gelegen in een de prestatie vervangende schadevergoeding, is uitgesloten.[17]

Nu is opmerkelijk dat deze oplossing voor het Nederlandse recht nooit veel kritiek heeft ondervonden.[18] Ten aanzien van het — eveneens op het Romeinse recht gebaseerde — Duitse tweelingzusje van art. 1508 BW, namelijk § 306 BGB[19], heeft men wel opgemerkt dat geen bepaling uit het BGB zo is bekritiseerd als juist dit artikel.[20] Aan de hand van deze kritiek — die zich toespitst op drie verschillende punten — kan de Duitse regeling voor het voetlicht worden gebracht.

In de eerste plaats heeft men in Duitsland het rechtsgevolg zelf dat aan de onmogelijke prestatie is verbonden bekritiseerd.[21] In § 306

16. C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard, dl. 8, 2e dr., 's-Gravenhage 1892, p. 67 v. Over dit standpunt bestond weinig twijfel. G. Diephuis, Het Nederlandsch burgerlijk regt, dl. 11, Groningen 1888, p. 177 v. meldt opvallenderwijs precies hetzelfde.
17. Zie hiertoe vooral ook N.K.F. Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, deel 5 — eerste stuk, 2e dr. door C.W. Star Busmann, Haarlem 1915, p. 20: 'doch al zijn de partijen niet verbonden wegens koop, zij kunnen aansprakelijk zijn hiervoor, dat de een den ander in den waan bracht dat er eene geldige overeenkomst tot stand was gekomen, bepaaldelijk in geval van bedrog'.
18. Bij de samenstelling van Boek 7 van het nieuwe BW zag men echter wel reden de bepaling te schrappen. Vgl. Asser-Schut-Hijma, Koop en ruil, 5de dr., Zwolle 1994, no. 204.
19. 'Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig'.
20. Arp, o.c., p. 37 v. Vgl. MünchKomm (Thode), § 306, Rd.Nr. 2. Bij de herziening van het Duitse verbintenissenrecht is dan ook de bedoeling dat de §§ 306-309 zullen verdwijnen. Zie het Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, p. 145.
21. Vgl. Arp, o.c., p. 37.

zelf is bepaald dat nietigheid het gevolg is, maar dat lijkt geen passende sanctie waar in geval van een onmogelijke nakoming toch nog altijd (vervangende) schadevergoeding mogelijk is. Het geheel laten vervallen van de wederzijdse verplichtingen is dan onzinnig.

Met deze uitsluiting van de contractuele actie, is echter nog niet gegeven dat geen schadevergoeding op grond van onrechtmatig handelen zou kunnen worden gevorderd. Expliciet is deze mogelijkheid geopend door § 307. Waar de nietigheid op grond van § 306 intreedt, geheel onafhankelijk van de vraag of partijen de onmogelijkheid ten tijde van de contractssluiting kenden, kan het negatief belang — net als naar het Nederlandse oude BW — wel degelijk worden gevorderd in geval van 'kwade trouw'.[22] In de tweede plaats richt een deel van de kritiek, in het verlengde van de zojuist genoemde, zich nu tegen deze beperking tot slechts schadevergoeding, waar — zoals we zojuist al zagen — de contractuele actie ten onrechte is uitgesloten.

In de derde plaats ten slotte ontlenen de Duitsers aan hun drang tot systeembouw het argument dat met een toepassing van § 306 ten onrechte een aparte regeling wordt getroffen voor de 'anfängliche objektive Unmöglichkeit', waar een vordering tot schadevergoeding wel degelijk mogelijk is indien slechts sprake is van een onvermogen van *deze* debiteur.[23] Dit verschil in uitkomst lijkt niet te worden gerechtvaardigd door de verschillen in casuspositie: het geval dat de debiteur niet kan presteren omdat geen enkele debiteur dat in een soortgelijk geval zou kunnen, behoort op dezelfde wijze te worden behandeld als dat waarin deze debiteur 'toevalligerwijze' niet in staat is tot nakoming.[24]

Het doel van het bovenstaande was duidelijk te maken wat de houding is van het continentale recht ten aanzien van de 'initial impossibility'. Men zou nog voorbeelden van andere landen kunnen

22. Vgl. MünchKomm (Thode), § 306, Rd.Nr. 11. § 307 abs. 1 luidt: 'Wer bei der Schließung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut (...).
23. Zie Arp, o.c., p. 38 v.
24. Zo merkt Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 1: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, p. 99, bijv. op: 'eine völlig befriedigende Antwort läßt sich kaum geben.

toevoegen, maar dat zou slechts meer van hetzelfde zijn.[25] Wat onthouden moet worden, is dat het rechtsgevolg van nietigheid in elk geval in Duitsland zeer is bekritiseerd. Voor Nederland mag het vermoeden worden uitgesproken dat de weinige kritiek die de bepaling daar heeft ondervonden, wordt veroorzaakt door het eenvoudigweg niet toepassen van de regel, maar in plaats daarvan gebruiken van andere bepalingen.

Men is aldus namelijk in staat geweest de consequenties van art. 1508 BW voor het Nederlandse recht te temperen. Enerzijds heeft men de 'initial impossibility' weliswaar doen opgaan in andere, tevens nietigheid met zich brengende, leerstukken als de oorzaakleer[26] en de leer van het 'bepaald onderwerp', anderzijds heeft men een instandhouding van de overeenkomst weten te bereiken door casus van non-existente zaken onder de niet-nakoming te brengen: het niet kunnen leveren van de afgesproken zaak (om ons tot het gemakkelijkste voorbeeld te beperken) levert dan een al dan niet toerekenbare tekortkoming op. Ten slotte bood een afweging van de wederzijdse belangen van partijen in het kader van de (wederzijdse) dwaling eveneens de mogelijkheid om tot een meer genuanceerd resultaat te komen dan het botte oordeel dat nietigheid bestaat.

Naar het BW van 1992 geldt dat — met het verdwijnen van art. 1508 BW — geen speciale regeling is getroffen voor het geval dat ons interesseert. In de toelichtende stukken valt te lezen: 'Boek 6 biedt voor het gestelde geval (bedoeld is dat, geregeld door art. 1508, JMS) al naar de omstandigheden verschillende oplossingen'.[27] Met name is hier gedacht aan art. 6:74 BW en aan de regeling van de voortbouwende overeenkomst in art. 6:229 BW.

Als conclusie ten aanzien van het continentale recht mag gelden dat de verwarring welhaast compleet is. Hoewel de praktijk zich ongetwijfeld zal redden, kan het rechtswetenschappelijk echter toch

25. Men zie bijv. nog art. 1601 van de Franse code civil, waarover Encyclopédie Dalloz; répertoire de droit civil; t. VIII: Vente, no. 239 v.
26. Zo bijv. in HR 30 nov. 1979, NJ 1980, 281 m.nt. GJS: partijen sloten een overeenkomst van huurkoop ten aanzien van een motorkruiser, maar bleken al aan elkaar gebonden. Men zie ook Rb. Arnhem 20 december 1956, NJ 1957, 255, waarin een particulier jegens een gemeente niet uitvoerbare voorwaarden had bedongen omtrent het onderhoud van een weg. Zie ook S. van Brakel, Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, dl. 2, 2e dr., Zwolle s.a., no. 8
27. Reehuis/Slob (red.), PG Boek 7 (Inv.), Deventer 1991, p. 15.

niet zo zijn dat de precieze plaats van de 'initial impossibility' zo onduidelijk is als thans het geval schijnt. Wij zullen straks trachten om een alternatieve benadering te beproeven en bezien in hoeverre deze valt in te passen in de Unidroit Principles. Eerst is het echter zaak de Anglo-Amerikaanse visie op de 'initial impossibility' uit de doeken te doen.

4. Anglo-Amerikaanse recht: Paradine v. Jane tegenover Couturier v. Hastie

Voor een aan de hand van een civil law-stelsel opgeleid jurist, is het moeilijk te vatten dat in het Engels contractenrecht de nadruk niet ligt op de vordering tot nakoming van de overeengekomen prestatie (de zg. 'specific performance'), maar op die tot schadevergoeding.[28] Voor iemand van het continent lijkt daarmee immers het wezen van de overeenkomst — doorgaans bestaande in een verplichting tot het verrichten van een handeling — te worden ontkend. Dat andere uitgangspunt heeft vele consequenties voor de juridische duiding van de fase, gelegen ná de totstandkoming van de overeenkomst en dus ook voor de onmogelijke prestatie. Wanneer schadevergoeding immers de primaire remedie is, dan zal juist *dankzij* het feit dat een contractspartij niet in staat is haar verplichtingen na te komen, schadevergoeding kunnen worden gevorderd en komt een eventuele nietigheid vanwege onmogelijke nakoming in het geheel niet in zicht.

Het verbaast dan ook niet dat dit laatste exact de consequentie is die men in Engeland oorspronkelijk voor de 'initial impossibility' heeft getrokken.[29] De doctrine van de 'absolute contracts', afkomstig uit de beroemde *case* Paradine v. Jane (1647), impliceerde dat de onmogelijkheid van de prestatie geen enkele invloed heeft op de geldigheid van de overeenkomst. Men zou dit wellicht kunnen begrijpen als een uiting van de Engelse neiging zich afzijdig te willen houden van wat anderen doen: waartoe partijen zich verplichten (zelfs

28. Vgl. G.H. Treitel, Frustration and Force Majeure, London 1994, p. 1 v. R.C. van Caenegem, Het Common Law herbezocht [Thorbecke-college 1983], Leiden 1983, p. 1 drukt het meer algemeen zo uit: 'Wie het rijk van het *common law* betreedt mag al zijn romanistische bagage wel vergeten'.
29. Hoewel dit een weinig Engelse redenering is, nl. alsof uit een hoofdregel een logisch gevolg kan worden afgeleid. In die zin is deze formulering nog te 'continentaal'.

al is dat het onmogelijke), daarmee heeft de openbare orde niets te maken en nietigheid is dus geen passende sanctie.[30]

Zo eenduidig als deze regel lijkt, zo omstreden is de juridische duiding van de onmogelijke nakoming echter sinds de negentiende eeuw ook in het Anglo-Amerikaanse recht geworden. Dit heeft zelfs geleid tot ook het rechtsgevolg van nietigheid in stelsels van Anglo-Amerikaans recht. Zo ging het in de bekende zaak Couturier v. Hastie[31] om de koop en verkoop van een specifieke partij graan, aan boord van een schip, terwijl onbekend aan partijen was dat de kapitein de graan inmiddels had verkocht aan een derde nu deze door oververhitting was bedorven. Het House of Lords achtte de koper niet gehouden tot het betalen van de koopprijs; men neemt aan dat de koper ook geen levering (of een deze vervangende schadevergoeding) had kunnen vorderen. Op grond daarvan zou men kunnen concluderen dat in het huidige Engelse recht nietigheid het enige juiste rechtsgevolg is in geval van 'mutual mistake' ten aanzien van de 'subject-matter of the contract', maar ook dit is echter omstreden.[32] De Amerikaanse Uniform Commercial Code kiest eveneens voor deze meer Romanistisch geörienteerde benadering.[33]

Nu geldt ook voor het Anglo-Amerikaanse recht dat de doctrine zoals die met de mond wordt beleden, niet zelden langs andere weg wordt omzeild. Zoals in de Nederlandse praktijk werd ontkomen aan de toepassing van rigide wetsartikelen door toepassing van andere bepalingen, zo kan in Engeland een eventuele niet gewenste leer omtrent 'initial impossibility' worden ontweken door gebruik te maken van het 'wondermiddel' der uitleg.

30. Dezelfde reden dus waarom men in het Engelse recht geen uitgebreid leerstuk van negotiorum gestio kent. Vgl. Zimmermann, o.c., p. 448, die Dawson citeert: de Common Law-stelsels 'have done their best to discourage good Samaritans'.
31. (1856) 5 HLC 673. Zie ook Bell v. Lever Bros. [1932] AC 161.
32. Vgl. P.S. Atiyah, The Law of Contract, 4th. ed., Oxford [1989], p. 240. In de Sale of Goods Act 1979 is in Section 6 de regel opgenomen: 'Where there is a contract for the sale of specific goods, and the goods without the knowledge of the seller have perished at the time when the contract is made, the contract is void'.
33. Art. 2-613: 'Where the contract requires for its performance goods identified when the contract is made, and the goods suffer casualty without fault of either party before the risk of loss passes to the buyer (...) then: (a) if the loss is total the contract is avoided (...)'. Men merke op dat de bepaling ook van toepassing is indien de zaak *na* het sluiten van de overeenkomst is tenietgegaan.

Dit valt toe te lichten aan de hand van de zojuist genoemde zaak van Couturier v. Hastie. Indien men niet wenst dat nietigheid aldaar het rechtsgevolg is, dan kan men de 'truk' toepassen, hetzij dat de verkoper het bestaan van de zaak (impliciet) heeft gegarandeerd, zodat deze kan worden aangesproken tot schadevergoeding, hetzij dat de koper het risico op zich genomen heeft van het niet (langer) bestaan van de zaak, zodat hij kan worden verplicht tot betalen van de prijs. We betreden hiermee het terrein van de wilsleer, want bij deze 'construction' van de overeenkomst is de eigenlijke vraag welke 'promises' 'implied' (lees: impliciet overeengekomen) zijn.[34] Deze benadering — die in het Engelse recht een grote rol speelt — is belangrijk genoeg om er in een aparte paragraaf nader op in te gaan.

5. De 'implied promise' en de wilsleer

Tot nu toe is de rol die de wil van contractspartijen speelt bij het vraagstuk van de 'initial impossibility' nog niet thematisch voor het voetlicht gebracht. Toch lijken beide vraagstukken zeer nauw aan elkaar verwant: de vraag wat partijen hebben *willen* overeenkomen heeft immers alles te maken met die of wat zij overeengekomen zijn wel *mogelijk* is. Indien men al te strikt zou redeneren, zou men kunnen zeggen dat de mens slechts kan willen wat hij kan doen. Hoe zou men immers het onmogelijke kunnen willen? Hugo de Groot zelve zegt er van:[35]

'zoo en kan oock nae 't aengebooren recht niemand hem zelve verbinden tot zaken die alle menschen, ofte hem in 't byzonder, zijn onmoghelijck ofte ongeoorloft'.

Men kan nu volhouden dat — via de beoefenaars van het natuurrecht en, later, de Pandektistiek[36] — het rechtsgevolg van de nietigheid in geval van de onmogelijke nakoming hiermee rechtstreeks valt terug te voeren op de wilsleer. En, belangrijker, men kan tevens stellen dat dit verband tussen wilsleer en onmogelijke nakoming in continentaal Europa uit het oog is verloren in die zin dat men een strikte regel van

34. Atiyah, The Law of Contract, o.c., p. 236 betreurt dan ook dat de Sale of Goods Act Section 6 de overeenkomst nietig verklaart. Duidelijk is echter dat en welwillende lezer nooit aan deze bepaling behoeft toe te komen.
35. Inleidinge, III, I, 19. Zie ook Zimmermann, o.c., p. 692 v. over de benadering van de natuurrechtsgeleerden.
36. Zie daartoe Zimmermann, t.a.p.

nietigheid heeft opgesteld, waar de reden *waarom* de nietigheid moest intreden, niet langer op de achtergrond als *legitimator* van dat rechtsgevolg bleef meespelen.

Het is echter heel goed mogelijk dat men, uitgaande van de wilsleer, wel degelijk tot een meer flexibele benadering kan komen. Wat Hugo de Groot en zij die na hem kwamen immers uit het oog verloren, is dat men misschien niet een onmogelijke prestatie kan verrichten, maar dat men wel degelijk *gebondenheid* kan willen. Voor het meer pragmatisch ingestelde Engelse recht is dat goed uiteengezet in een opinion van Sir John Donaldson voor een betrekkelijk recente uitspraak van het Engelse Court of Appeal.[37] De feiten zijn minder relevant dan wat Donaldson zegt: hij grijpt terug op de doctrine van Paradine v. Jane, maar met een belangrijk amendement: hij geeft ook aan *waarom* deze heeft te gelden:[38]

'parties to any contract are free to agree upon terms which they consider appropriate, including a term requiring one of the parties to do the impossible, although it would be highly unusual for parties knowingly so to agree'.

Het onmogelijke kan wel degelijk zijn gewild en tot gebondenheid leiden, maar dat partijen willens en wetens een dergelijke overeenkomst sluiten is wel hoogst ongebruikelijk. Daarmee lijkt de 'initial impossibility' te zijn opgegaan in de vraag naar de *inhoud* van de overeenkomst: de vraag is slechts of één van beide partijen kan worden geacht het risico van het niet bestaan van de zaak te hebben aanvaard. Is dat het geval, dan staat deze in voor de nakoming van de (dan geldige) overeenkomst. Indien geen risico op één partij kan worden 'opgelegd', hetzij omdat *beide* partijen het risico moeten delen, hetzij omdat *geen* van hen dat draagt, dan is de overeenkomst alsnog nietig.[39]

37. Eurico S.p.A. v. Phillip Brothers, [1987] 2 Lloyd's LR, 215 v. De zaak staat ook wel bekend als die van 'The Epaphus'.
38. p. 218.
39. Het vraagstuk beschouwen als één van 'risico' is nuttig; zie daartoe ook mijn Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling, RMTh. 1993, p. 499 v. Uiteraard is ook denkbaar dat één van beide partijen verwijtbaar gedrag ten toon spreidt nu deze weet of moet weten van het niet bestaan der zaak. Dit is echter een betrekkelijk oninteressant geval, dat direct in de sfeer van de onrechtmatige daad kan worden opgelost (vgl. genoemd artikel). Men zie ook Atiyah, The Law of Contract, o.c., p. 235.

Op twee punten moet hier nog worden gewezen. In de eerste plaats zij opgemerkt dat in een benadering waarbij de uitleg van de overeenkomst voorop staat, wordt afgerekend met de kwestieuze rol van de verschillende leerstukken waarover de 'initial impossibility' nu is verdeeld. Het gebruik van de oorzaak-leer, de leer van het bepaald onderwerp of die van de dwaling is slechts een techniek om aan te geven dat men de contractspartij niet aansprakelijk wil houden voor het positief contractsbelang. Het zijn wegen naar een resultaat dat logischer kan worden bereikt via de uitleg van door partijen gedane verklaringen.

Maar bovendien is hiermee de mogelijkheid geschapen dat ongeacht het moment waarop de onmogelijkheid van nakoming is ontstaan, eenzelfde juridisch regime in werking treedt. Men onderscheide bijvoorbeeld de volgende twee situaties:

1. A verkoopt zijn huis te Chalon-sur-Saône aan B. Onbekend aan partijen (A woont in Leiden, B in Tilburg) is dat de brandweer van de Franse stad juist vijf minuten voor het sluiten van de koop met het nablussen van de thans geheel verwoeste woning is gereed gekomen.

En:

2. De casus is exact dezelfde, zij het dat nu vijf minuten ná de koop de het pand verwoestende brand uitbreekt.

Indien men zou redeneren zoals dat zou moeten, dan dient het eerste geval te worden opgelost aan de hand van de 'initial impossibility' (met eventueel een nietigheid ten gevolge), het tweede aan de hand van het leerstuk der onvoorziene omstandigheden, waarbij bijv. in Nederland de genuanceerde afweging van art. 6:258 BW in zicht komt. Aan die genuanceerde afweging heeft men echter ook in het eerste geval behoefte. En wat is er nu logischer dan dat men vraagt: heeft A of B misschien het bestaan van het huis gegarandeerd en is die garantie daarmee deel van de overeenkomst geworden? Aldus wordt de stilzwijgende voorwaarde ook voor de imprévision bepalend.[40]

40. Men vgl. recent minder vergaand J.H. Nieuwenhuis, Vernietigen, ontbinden of aanpassen, WPNR 6164 (1995), p. 24 v., die de stilzwijgende voorwaarde betrekt op imprévision en ontbinding zoals dat doorgaans geschiedt: 'Zijn de omstandigheden nog steeds zoals ze waren ten tijde van de contractssluiting (rebus sic stantibus)? Neen, dan vervalt het contract. Is sprake van een tekortkoming? Ja, dan wordt de overeenkomst ontbonden (...)'. Maar zo blijven de fasen van

In de tweede plaats is er het punt van de 'fictie' die hiermee in het contractenrecht zou worden gebracht. Tegen de veronderstelde partijbedoeling is door Lord Denning bijvoorbeeld ingebracht:[41]

'the theory of an implied term has been discarded by everyone, or nearly everyone, for the simple reason that it does not represent the truth'.

Het is niet *waar* dat partijen de overeenkomst niet zouden hebben gesloten indien zij van het niet bestaan van de zaak hadden geweten. Het is evenwel eenvoudig dit argument te ontzenuwen: wat partijen *sowieso* hebben gewild is eveneens twijfelachtig: ook de 'echte' contractsvoorwaarden zullen immers in geval van betwisting van de gebondenheid slechts bij wijze van fictie kunnen worden vastgesteld: het is daarmee de objectief vast te stellen wil die in de heersende leer bepalend is, ongeacht of partijen die wil daadwerkelijk hebben gehad.[42]

6. De Unidroit-regeling herbezocht

Het is inmiddels hoog tijd om terug te keren naar de regeling die in de Unidroit Principles ten aanzien van de 'initial impossibility' is neergelegd. Zoals wij in paragraaf 2 zagen, verbindt lid 1 van art. 3.3 Unidroit Principles aan de onmogelijke nakoming niet het rechtsgevolg van nietigheid. Hoe deze *wel* te duiden, geeft de bepaling echter ook niet aan. Daartoe moet men te rade gaan bij Comment 1, waarin wordt gezegd dat de 'initial impossibility' gelijk staat aan onmogelijkheid van nakoming, opgetreden ná het sluiten van de overeenkomst:

'The rights and duties of the parties arising from one party's (...) inability to perform are to be determined according to the rules on non-performance. Under these rules appropriate weight may be attached, for example, to the fact that the obligor (or the obligee) already knew of the impossibility of performance at the time of contracting'.

totstandkoming en uitvoering gescheiden. Zie nog Reinhard Zimmermann, 'Heard Melodies are sweet, but those unheard are sweeter...', AcP 193 (1993), p. 121 v.

41. The Eugenia, [1964] 2 Q.B. 226 op p. 238. Ik dank deze vindplaats aan lezing van het wat dit aangaat met mijn betoog deels parallel lopende artikel van J.C. Smith, Contracts — mistake, frustration and implied terms, LQR 110 (1994), p. 400 v.
42. Vgl. Smith, o.c., p. 402: 'Both types of conditions are, in a sense, fictions'.

Hiermee sluit de Unidroit-regeling aan bij de opvatting die door ons zojuist werd verwoord: de inhoud van de overeenkomst en de al dan niet-nakoming daarvan staan centraal, niet een scheiding van eerdere totstandkoming en latere uitvoering van de overeenkomst.[43]

Dit roept de uiterst interessante vraag op van welk contractsbegrip de Unidroit Principles eigenlijk uitgaan. Want wanneer men — zoals wij deden en waartoe de Unidroit-regeling ook nodigt — de stilzwijgende voorwaarde een centrale plaats geeft, heeft men het niet langer over de wilsleer als uitdrukking van een negentiende-eeuws aandoende autonomie van partijen, maar over een manier om tot een in casu gewenst resultaat te komen aan de hand van uitleg. Gaan de Unidroit-ontwerpers dan misschien uit van een 'modern' contractsbegrip, dat de behoefte aan zg. 'contractuele rechtvaardigheid'[44] in nieuwe conceptuele banen leidt?

Te dien aanzien zij gezegd dat een project als Unidroit (of Lando) een unieke kans was geweest om de overeenkomst opnieuw in te bedden in het overige verbintenissenrecht en eindelijk af te rekenen met de restanten van een op verouderd gedachtengoed gebaseerde wilsleer, die met zijn noodzakelijke correcties en aanvullingen het contractenrecht een weinig systematisch aanzien heeft gegeven. Nadere bestudering van de Unidroit Principles leert echter dat die kans niet is benut en dat de welwillende lezing van art. 3.3 lid 1 Unidroit Principles eerder een toevalstreffer blootlegt dan dat de daar gehanteerde formulering past in een groter systematisch verband.

Zo valt bij de bestudering van de indeling van de Unidroit Principles onmiddellijk op dat daarin Formation enerzijds (Chapter 1) en Interpretation en Content anderzijds (Chapter 4 en 5) gescheiden gebieden zijn. Met name voor ons is van belang dat het probleem van de 'omitted terms' in art. 4.8 wordt geregeld (indien partijen een kwestie, van belang voor het vaststellen van hun rechten en verplichtingen, niet hebben geregeld, wordt een passende bepaling toegevoegd), waar de 'implied terms' in art. 5.1 jo. 5.2 zijn behandeld. Hieraan ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat de omitted terms

43. In de Lando-Principles is dit niet anders. Hoewel geen afzonderlijke bepaling is gewijd aan de initial impossibility, leest men in Comment B bij art. 3:108 dat de overeenkomst dan niet nietig is, doch moet worden behandeld in het kader van de 'non-performance'.

44. Zie bijv. Arthur von Mehren, *IECL*, dl. VII-9: The Formation of Contracts [1992], no. 62.

vooral aan de hand van de (kenbare) partij-bedoeling moeten worden ingevuld,[45] waar de implied terms 'echt' moeten worden gefingeerd. Dat dit geen valide onderscheid is, kwam al eerder aan de orde.[46]

Bovendien blijkt dat zowel de contractsvrijheid als de partij-autonomie — traditioneel de beginselen die in meer moderne contractsopvattingen worden aangevallen — door de ontwerpers van de Unidroit Principles nog altijd als zaligmakend worden beschouwd. Zo bepaalt art. 1.1 zonder enig voorbehoud dat partijen vrij zijn een overeenkomst aan te gaan en zijn inhoud te bepalen.[47] Uiteraard is een dergelijke opvatting denkbaar, maar men dient zich dan wel te realiseren dat men uitgaat van een contractsopvatting die in een maatschappij waarin ongelijkheid van de contractspartners eerder regel dan uitzondering is, slechts met behulp van correctiemechanismen kan worden gehandhaafd. Die vinden we dan ook wel in de Unidroit-regeling,[48] maar daarmee is een kans gemist om het contractenrecht op vernieuwde grondslagen te baseren.

Toch moet niet al te hard worden geoordeeld over de Unidroit Principles. De vraag die zich namelijk opdringt, is of niet juist voor de contracten waarvoor zij bestemd zijn te gelden, immers 'international commercial contracts', de zojuist als verouderd gekwalificeerde beginselen nog altijd opgaan. Dáár bestaan doorgaans wel gelijkwaardige partijen, dáár is men doorgaans vrij al dan niet te contracteren en dáár is de eis van 'pacta sunt servanda' dus niet *passé*. Dat kan ook zo worden gezegd:[49]

'The drafters of Principles are not philosophers (...). They are lawyers who are aware

45. Vgl. art. 4.8 Section 2 sub a Unidroit Principles.
46. Men vgl. ook Joseph M. Perillo, Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and A Review, Fordham Law Review LXIV (1994), p. 316, die er op wijst dat de criteria van art. 4.8 en 5.2 Unidroit Principles 'do not fulfill any one of the philosophical schools of thought on gap-filling'.
47. Daarmee hangen bijv. samen de artikelen 1.3 (inzake de bindende kracht), 1.5 (partij-autonomie t.a.v. de toepasselijkheid van de Principles), 2.1 (bedoeling aanbieder bepalend voor aanbod), 3.2 (partij-overeenstemming alleszins bepalend) en 4.1 (gemeenschappelijke partij-bedoeling leidraad voor uitleg).
48. Ik denk aan de contra proferentem-regel (neergelegd in art. 4.6) en aan de bepalingen inzake wilsgebreken (art. 3.4 e.v.), gross disparity (art. 3.10), hardship (art. 6.2.1 e.v.) en exoneratieclausules (art. 7.1.6).
49. Perillo, o.c., p. 315.

of the practices of the market and who have respect for party autonomy and a vision of what is efficient, fair and healthy in a commercial relationship'.

'Unidroit' gaat uit van begrippen waarmee practici kunnen werken omdat zij daarmee nu eenmaal zijn opgeleid. Van zo'n regeling mag geen revolutie worden verwacht; de voorbereiding *daarvan* — en we zijn weer terug bij de in het begin van deze bijdrage gemaakte onderscheiding — is overgelaten aan de wetenschap. Die zal moeten aangeven hoe binnen een vernieuwd contractenrecht *alle* soorten overeenkomsten in één gemeenschappelijk kader kunnen worden gebracht. En of de barricaden van het juridisch establishment worden bestormd met een aanval op één enkele toevallige toepassing als de 'initial impossibility' of, meer fundamenteel, met een offensief op de aan Unidroit ten grondslag liggende beginselen, doet dan minder terzake. Als zij maar worden bestormd.

Van Justinianus tot Lando: nakoming door een derde

*W.L. Valk**

HET RAADSEL VAN ARTIKEL 2.116 PECL

Wanneer vooraanstaande juristen uit diverse Europese landen bijeenkomen om een Europees contractenrecht te formuleren, verwacht men van zo'n gezelschap niet dat het een regel opstelt die in strijd is met wat in verreweg de meeste of zelfs in alle Europese landen geldt. Het is immers al moeilijk genoeg de traditionele tegenstellingen tussen de verschillende binnen Europa vertegenwoordigde rechtsfamilies te overwinnen; aan nieuwlichterij zal men daarnaast geen behoefte hebben. Wie met dergelijke verwachtingen het werk van de commissie-Lando bestudeert, staat echter meer dan eens voor een raadsel. Zo ook in het geval van art. 2.116 PECL, dat betrekking heeft op de nakoming van een verbintenis door een derde. De bepaling luidt:

'(1) Except where the contract requires personal performance the obligee cannot refuse performance by a third person if:
(a) the third person acts with the assent of the obligor; or
(b) the third person has a legitimate interest in performance and the obligor has failed to perform or it is clear that he will not perform at the time performance is due.
(2) Performance by the third person in accordance with paragraph (1) discharges the obligor.'

Een vergelijkbare regel ontbreekt in de Unidroit Principles; daar heeft men de kwestie van nakoming door een derde ongeregeld gelaten.

Het contrast tussen deze moderne regel uit de PECL en hetgeen volgens Romeins recht gold, is groot. In de vertaling van Spruit en Bongenaar heet het in de Instituten van Justinianus:

* Mr. W.L. Valk is als universitair hoofddocent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

'Het is... niet van belang wie betaalt: degene die de schuld heeft zelf of een ander ten behoeve van hem. Hij wordt namelijk ook bevrijd door de betaling van een derde, ongeacht of de betaling geschiedt met of zonder medeweten van de schuldenaar of zelfs tegen diens wil'.[1]

Weliswaar neemt men aan dat ook het Romeinse recht reeds een uitzondering maakte voor het geval dat een verbintenis juist met het oog op de persoonlijke kwaliteiten van de schuldenaar is aangegaan[2] — een nuancering die met de aanhef van art. 2.116 PECL overeenstemt — maar voor het overige stonden de Romeinse juristen nakoming door een derde ruimhartig toe, zélfs, zoals de Instituten het op de aangehaalde plaats zeggen, tegen de wil van de schuldenaar.[3]

Met een enkele nuance vindt men hetzelfde in alle Europese codificaties die ik, al dan niet in vertaling, raadpleegde.

Geheel en al in overeenstemming met wat ik hierna maar als de 'Justiniaanse regel' zal aanduiden, zijn de wetboeken van de Franse rechtsfamilie. De redactie van art. 1236 en 1237 van de Franse Code civil is weliswaar in meerdere opzichten duister, maar men neemt aan dat de ontwerpers van de code niets anders hebben willen doen dan Pothier overschrijven, die in zijn *Obligations* de Romeinse opvatting op dit punt zonder enige kritiek tot de zijne had gemaakt.[4] Art. 1236 en 1237 Cc zijn op hun beurt weer getrouw gekopieerd door de Belgische wetgever (art. 1236 en 1237 Belgisch BW); en ook art. 1418-1419 van ons wetboek van 1838 waren een min of meer letterlijke vertaling van de Franse bepalingen.

Ook het Spaanse wetboek volgt in art. 1158 Cc de Justiniaanse regel geheel. En de Zwitserse literatuur vat de weinig expliciete bepaling van art. 68 OR al evenzeer geheel in de geest van het Romeinse recht op.[5]

De nuancering waarop ik doelde, vindt men in het Duitse wet-

1. 3,29. De bedoelde vertaling is het eerste deel van J.E. Spruit, R. Feenstra en K.E.M. Bongenaar (red.), Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, Zutphen/'s-Gravenhage 1993.
2. Bijv. Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town/Deventer/Boston, p. 752. Zimmermann beroept zich op Ulpianus, D. 46,3,31.
3. Hetzelfde vindt men ook in de Digesten. Vergelijk bijvoorbeeld Gaius, D. 3,5,38.
4. Obligations, no. 499. Vergelijk de noot van H. Kingma Boltjes onder HR 21 juni 1957, NJ 1959, 91.
5. Vergelijk Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1988, p. 294-295.

boek. § 267 BGB houdt in dat voor nakoming door een derde weliswaar de toestemming van de schuldenaar niet nodig is, maar dat de schuldeiser de door de derde aangeboden prestatie wel mag weigeren, wanneer de schuldenaar zich tegen de nakoming door de derde verzet; de schuldeiser raakt in dat geval niet in schuldeisersverzuim. Maar voor het overige blijft de Justiniaanse regel geheel overeind, met alle daaraan verbonden consequenties. De schuldeiser die zich niets van het protest van de schuldenaar wenst aan te trekken, kan dus zijn gang gaan. En wanneer de schuldenaar zich niet tegen de nakoming door de derde verzet, kan de schuldeiser de aangeboden prestatie niet weigeren zonder in schuldeisersverzuim te geraken.[6] Dezelfde regel vindt men in het Italiaanse en het Oostenrijkse wetboek (resp. art. 1180 Cc en art. 1423 ABGB) en in ons art. 6:30 BW.[7]

Bij zoveel overeenstemming op het continent zal de regel van art. 2.116 wel aan de invloed van de Common Law moeten worden toegeschreven, en wel met name aan die van het Engelse recht — dat zou men althans veronderstellen. Dat het zo eenvoudig niet ligt, blijkt reeds uit de *notes* bij art. 2.116. Weliswaar haalt men daar slechts Engelse auteurs aan die opvattingen verdedigen die met de inhoud van art. 2.116 min of meer in overeenstemming zijn, namelijk *Chitty* en *Goff & Jones*, maar hun opinies worden uiterst voorzichtig gepresenteerd, namelijk als datgene wat slechts volgens Engels recht juist *lijkt* te zijn, respectievelijk *mogelijk* de heersende leer is.[8] Daaruit spreekt reeds dat naar Engels recht de kwestie min of meer omstreden moet zijn. En inderdaad is het niet moeilijk om een Engels handboek te vinden waarin een opvatting wordt verdedigd die met die van de continentale rechtsstelsels geheel en al spoort. Zie bijvoorbeeld *Treitel*.[9] Het lijkt me in dat licht onaannemelijk dat art. 2.116 een compromis tussen continentaal en Anglo-Amerikaans recht zou zijn. Wanneer men voor de continentale opvatting zou hebben gekozen, had men met even veel recht — of zo men wil: even weinig — overeenstemming met het Engelse recht kunnen suggereren als nu.

6. Afgezien van het geval dat de schuldenaar persoonlijk moet nakomen, omdat de overeenkomst juist met het oog op zijn bijzondere kwaliteiten was aangegaan. Dat geval wordt door de aanhef van § 267 reeds uitgezonderd.
7. Uit *note* 2 (a) bij art. 2.116 PECL leid ik af dat ook het Griekse wetboek in art. 318 de 'Duitse' regel hanteert. Ik heb dat echter niet kunnen verifiëren.
8. Note 2 (b): 'The same seems... to hold true... (...) It is probably now settled...'.
9. G.H. Treitel, The Law of Contract, London 1995, p. 672 e.v.

Kortom, de continentale rechtsstelsels zijn — met de genoemde nuance — eenstemmig, en aan het Engelse recht behoeft men geen aan die van het continent tegengestelde opvatting toe te schrijven. Niets anders dan 'nieuwlichterij' kan de inhoud van art. 2.116 PECL derhalve verklaren. 'Lando' meende het gewoon beter te weten dan 'Justinianus'.

De comments en notes bij art. 2.116

Wie op zoek is naar de motieven van de opstellers van de PECL, gaat daarvoor uiteraard te rade bij de *comments*. De bepaling van art. 2.116 wordt daar echter slechts toegelicht zoals zij luidt; waarom zij niet anders is geformuleerd, daarover wordt niets gezegd. Men heeft de tegenstelling met de diverse nationale rechtsstelsels niet onnodig willen benadrukken. Uit hetgeen door de opstellers van de PECL tot toelichting van art. 2.116 wordt aangevoerd, kan men derhalve slechts indirect afleiden, waarom men de klassieke opvatting heeft verlaten.

Voordat ik echter een poging doe om de argumenten van de commissie-Lando te achterhalen en te beoordelen, moet mij iets van het hart. Dat de commissie de verschillen niet onnodig heeft willen benadrukken, moet uiteraard worden gerespecteerd. Moeite heb ik echter met de *notes* bij art. 2.116. Daar wordt beslist meer overeenstemming met de diverse nationale rechtsstelsels gesuggereerd, dan objectief verdedigbaar is. Note (1) begint met de opmerking:

> 'The legal systems all seem to agree that performance by a third person which is agreed to by the obligor before or after it is made (vicarious performance) is, in principle, admitted. However, it may not be permitted if it is against the interests of the obligee. This idea is expressed differently in the legal systems.'

Deze algemeenheid — uiteraard is nakoming door een derde met toestemming van de schuldenaar mogelijk, zeker in beginsel, en uiteraard behoort met de belangen van de schuldeiser rekening te worden gehouden — zou men de opstellers gaarne vergeven, wanneer vervolgens de verschillen in uitwerking die aan deze 'idea' binnen de nationale rechtsstelsels is gegeven, evenwichtig zouden worden beschreven. Maar dat is helaas lang niet steeds het geval. Ik sprak reeds over de selectieve weergave van de Engelse literatuur. Een ander voorbeeld van een beslist te gunstige voorstelling die van een nationaal rechtsstelsel wordt gegeven — te gunstig in die zin dat overeenstemming met art. 2.116 wordt gesuggereerd waar die over-

eenstemming er niet is — is de tweede alinea van note 2 (a), die op het Nederlandse recht betrekking heeft. Onder het kopje 'Performance without the consent of the obligor', heet het daar:

'Under BW art. 6:73 the obligee may refuse performance, but if the third party has a legitimate interest in performance the rules on the obligee's *mora creditoris* will apply.'

Aldus lijkt het of naar Nederlands recht geen schuldeisersverzuim intreedt wanneer de derde zelf er geen gerechtvaardigd belang bij heeft om jegens de schuldeiser na te komen. Dat is echter zonder meer onjuist. *Iedere* weigering van de schuldeiser de aangeboden nakoming door een derde te aanvaarden, brengt op grond van art. 6:58 BW de schuldeiser in verzuim; dat is slechts anders indien de weigering met toestemming van de schuldenaar geschiedt (art. 6:30 lid 2). De door de *note* aangehaalde bepaling van art. 6:73 ziet uitsluitend op de verhouding tussen derde en schuldeiser (onder andere met het oog op de vraag of de derde een aangeboden maar geweigerde zaak in bewaring kan laten stellen), zoals uit de tekst van de bepaling trouwens duidelijk blijkt. Door de tendentieuze toon van de *notes* bemerkt men bij zichzelf de neiging hier opzet te veronderstellen. Hoe dan ook treft de commissie-Lando het verwijt het Nederlandse recht kenbaar onjuist te hebben weergegeven.

Ondeugdelijke nakoming door de derde

Wanneer men de *comment* bij art. 2.116 bestudeert, valt het op dat vrij uitvoerig aandacht wordt besteed aan een aspect dat in de Nederlandse literatuur — en niet alleen in de Nederlandse — geheel en al onbesproken blijft, namelijk de mogelijkheid dat de door de derde verrichte prestatie ondeugdelijk is. Ik citeer:

'It follows from Article 3.107 that the obligor remains responsible if a third person who has promised to perform and who has got the obligor's assent to performance fails to perform or makes a defective tender. Where performance has been undertaken or carried out by a third person who has a legitimate interest in performance the obligor will also remain responsible, if the third person fails to tender performance when it is due, or if his tender is refused because it is defective. The obligor will not be excused under Article 3.108 for a failure to perform by a third person unless the third person's non-performance was due to an impediment which would also have excused the obligor. Whether the obligor is responsible for a defective performance

by the third party which has caused a greater loss to the obligee than the expected non-performance by the obligor is to be decided by the applicable law'.[10]

Uit het citaat is met enige moeite af te leiden welk bezwaar men had tegen de opvatting die nakoming door een derde zo ruim mogelijk acht, dat zij ook zonder de instemming van de schuldenaar kan geschieden — dus tegen de Justiniaanse regel (met of zonder de nuance van § 267 BGB). Zij houdt geen rekening met het geval dat de derde ondeugdelijk nakomt. De schuldeiser die met de gevolgen van een dergelijke ondeugdelijke nakoming wordt geconfronteerd, zal lang niet altijd de schuldenaar voor zijn schade aansprakelijk kunnen houden. In de derde zal men immers alleen een hulppersoon van de schuldenaar mogen zien, voor zover hij door toedoen van de schuldenaar tegenover de schuldeiser heeft gepresteerd. Het gaat niet aan de schuldenaar aansprakelijk te houden voor het handelen van een bemoeial, die nog brokken maakt bovendien. En weliswaar zal de schuldeiser wel de derde tot schadevergoeding kunnen aanspreken — indien men althans bereid is in zijn handelen een onrechtmatige daad te zien — maar wanneer de derde geen verhaal biedt, staat de schuldeiser met lege handen. Zijn wederpartij heeft hij mede met het oog op diens reputatie en financiële betrouwbaarheid kunnen uitzoeken, de derde niet. En de door de derde aangeboden prestatie weigeren, mocht de schuldeiser niet, wilde hij niet in schuldeisersverzuim geraken. Kortom, de schuldeiser die geconfronteerd wordt met een derde die voor de schuldenaar wil nakomen, zonder dat blijkt dat deze met de instemming van de schuldenaar handelt — en dus als hulppersoon — moet de aangeboden prestatie kunnen weigeren. Een uitzondering behoort slechts te gelden voor de derde die bijvoorbeeld als borg een eigen belang bij nakoming heeft en dan alleen nog in het geval dat duidelijk is dat de (hoofd)schuldenaar zelf te kort schiet of te kort zal schieten.

Aan de overtuigingskracht van de door mij aan de commissie-Lando toegeschreven redenering, kan ik eigenlijk nauwelijks twijfelen. Er is werkelijk geen speld tussen te krijgen. Maar tegelijk bekruipt mij toch het ongeloof: hoe is het mogelijk dat een commissie van zo'n twintig rechtsgeleerden — ook al hebben zij allen hun

10. Comment C. De aangehaalde bepalingen art. 3.107 en 3.108 hebben betrekking op de aansprakelijkheid van de schuldenaar voor hulppersonen, respectievelijk overmacht.

sporen ruimschoots verdiend — in hooguit even zoveel bijeenkomsten[11] verbetert hetgeen waarin de gehele Romeinsrechtelijke traditie te kort is geschoten? Ik zet mijn speurtocht derhalve nog even voort.

De Duitse literatuur; geldschulden

Konden wellicht een of meer leden van de commissie aan hun nationale literatuur de wijsheid ontlenen die aan art. 2.116 ten grondslag ligt? Het Duitse lid Drobnig kon dat inderdaad, zo bleek mij. In de Duitse literatuur is aan de mogelijkheid dat de derde ondeugdelijk presteert, wel aandacht besteed, het uitvoerigst door Volker Rieble in een opstel uit 1989,[12] dus op een moment dat de commissie-Lando reeds volop aan het werk was. Het dunkt mij niet al te gewaagd om te veronderstellen dat het de invloed van Drobnig geweest zal zijn, dat de commissie — onder de indruk van de onder andere door Rieble aangevoerde argumenten — bereid is geweest de eeuwenoude Justiniaanse regel te verlaten.

Ook afgezien van deze veronderstelling omtrent hetgeen zich in de keuken van de commissie zal hebben voorgedaan, brengt de Duitse literatuur ons verder. Men vindt er namelijk ook een alleszins aannemelijke verklaring voor de eeuwenlange veronachtzaming van de problematiek van ondeugdelijk presterende derden. In getalsmatig verreweg de meeste gevallen van nakoming door een derde gaat het om geldschulden. Ook gevoelsmatig denken wij bij nakoming door derden aan de betaling van een geldsom. Welnu, alle problemen die zich kunnen voordoen bij de nakoming van andere verbintenissen om te geven en verbintenissen om te doen, laten zich bij verbintenissen tot betaling van een geldsom nu juist niet denken. Bij geldschulden is een ondeugdelijke nakoming immers niets anders dan géén nakoming. Wanneer met vervalst geld wordt betaald, is slechts in schijn sprake van nakoming. Ondeugdelijk geld is geen geld. De schuldenaar blijft derhalve tegenover de schuldeiser verbonden, precies zoals hij dat voorheen ook was. En gevolgschade — anders dan die reeds het gevolg is van de vertraging die in de nakoming van de verbintenis

11. Zie het voorwoord bij de *principles* op p. ix e.v.
12. Die schlechte Drittleistung, JZ 1989, p. 830 e.v. Blijkens Riebles opstel is de eerste bijdrage waarin de problematiek grondig aan de orde is gesteld afkomstig van Kretzschmar (1935). Wat betreft de moderne literatuur zie behalve Rieble: Joachim Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, Tübingen 1983, p. 418 e.v.; Dieter Medicus, Schuldrecht I (Allgemeiner Teil), München 1995, p. 78.

optreedt — laat zich in een dergelijk geval niet of nauwelijks denken.[13]

De derde als indringer; opgedrongen verrijking

Het inzicht dat de problematiek van ondeugdelijk presterende derden voor geldschulden zonder relevantie is, dringt ons echter als vanzelf de vraag op waarom art. 2.116 voor de verbintenis tot betaling van een geldsom geen bijzonder regime inhoudt. Wanneer men voor geldschulden de Justiniaanse regel had gehandhaafd, was het verschil met het nationale recht van de diverse Europese landen, althans de continentale, immers kleiner geweest dan bij de huidige redactie van art. 2.116. Er moet derhalve voor de commissie — behalve het gezichtspunt dat de derde ondeugdelijk kan nakomen en aldus schade kan veroorzaken — nóg een reden geweest zijn om het roer om te gooien.

Het slot van de toelichting bij art. 2.116 bevestigt die gedachte:

'Where the third person cannot show any assent by the obligor or any legitimate interest the obligee is entitled to refuse his tender of performance. Thus he can refuse payment from a person who attempts to collect claims against the debtor. If the obligor has not assented to the performance the obligee may also refuse performance by a friend of the obligor whose motive is unselfish'.[14]

De derde die in plaats van de schuldenaar nakomt, zal in het algemeen vervolgens verhaal kunnen nemen op de schuldenaar, of de verbintenis nu tot betaling van een geldsom strekte of niet. In het geval dat de derde hoofdelijk verbonden medeschuldenaar of borg is, volgt dat ten onzent uit bijzondere wettelijke bepalingen (art. 6:10-12 BW, voor borgtocht mede in verband met art. 7:850 lid 3); in de overige gevallen vloeit het voort uit het beginsel dat een ongerechtvaardigde verrijking ongedaan behoort te worden gemaakt (art. 6:212 BW). Met betaling tegenover de schuldeiser verschaft de derde zich dus een vordering op de schuldenaar. Voor zover hij een gerechtvaardigd belang bij nakoming heeft en de schuldenaar zelf in gebreke blijft, kan hem dat uiteraard niet kwalijk worden genomen, maar overigens behoort hij — zo begrijp ik de commissie-Lando — als een onbeleefde indringer te worden geweerd, uiteraard met uitzondering

13. Rieble, t.a.p.
14. Comment D.

van het geval dat de schuldenaar met de nakoming door de derde instemt.

Op dit punt kan de commissie mij niet overtuigen. Ook wanneer een derde de schuldeiser beweegt zijn vorderingsrecht aan hem over te dragen, wordt de schuldenaar met een nieuwe schuldeiser geconfronteerd, zonder dat de schuldenaar daartegen iets kan ondernemen. Daar bestaat ook geen bezwaar tegen, nu de schuldenaar tegen de nieuwe schuldeiser dezelfde verweermiddelen kan inroepen als tegen de oorspronkelijke, zoals dat voor ons land volgt uit art. 6:145 BW. Welnu, ik zou menen dat men ook in het geval van betaling van een geldschuld door een derde, reeds voldoende aan de belangen van de schuldenaar tegemoet komt, wanneer men hem zijn verweermiddelen laat behouden. Had de commissie aldus bepaald, dan had zij wat betreft geldschulden zonder bezwaar de Justiniaanse regel kunnen volgen (mits men een uitzondering had gemaakt voor het geval dat de derde uit bevoordelingsbedoeling handelt, waarover de volgende alinea).

Meer overtuigingskracht bezit in mijn ogen het slot van de aangehaalde passage. Denkbaar is dat de derde helemaal niet in de mogelijkheid van verhaal op de schuldenaar geïnteresseerd is, maar de bedoeling heeft de schuldenaar te bevoordelen (uit welk motief dan ook). Ook in dat geval acht de commissie-Lando de toestemming van de schuldenaar essentieel, naar ik veronderstel omdat men het onjuist zou vinden wanneer de derde de schuldenaar buiten en dus mogelijk ook tegen zijn wil een verrijking zou kunnen opdringen. Die gedachte spoort zeer goed met wat elders binnen het verbintenissenrecht wordt aangenomen, althans naar Nederlands recht. Overtuigend is in mijn ogen vooral de analogie met kwijtschelding. Zoals bekend ziet ons art. 6:160 BW in kwijtschelding een tweezijdige rechtshandeling. De schuldenaar die om hem moverende redenen niet door zijn schuldeiser wil worden bevoordeeld, kan diens aanbod afwijzen. Het is ongerijmd dat diezelfde schuldenaar, wanneer in plaats van de schuldeiser een derde hem wil bevoordelen, daartegen — bij toepassing van de Justiniaanse regel — niets kan ondernemen.[15]

15. Het beginsel dat een verrijking niet mag worden opgedrongen, vindt men behalve in art. 6:160 ook terug in onder andere art. 6:5 en 6:253 lid 3 BW.

Wat hebben mijn omzwervingen ons gebracht? Mij dunkt vooral respect voor het werk dat door de commissie-Lando tot stand is gebracht. Art. 2.116 PECL is beslist meer dan de grootst gemene deler van het recht van de verschillende Europese landen. Waar de commissie meent dat de in de diverse rechtsstelsels geldende regelingen alle te kort schieten, steekt zij haar nek uit voor een nieuwe. Dat bewijst moed.

Europese uitleg van onduidelijke algemene voorwaarden

*M.H. Wissink**

1. Inleiding

Volgens het Europese gemeenschapsrecht moeten onduidelijke algemene voorwaarden ten gunste van de consument worden uitgelegd. Deze regel is opgenomen in de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.[1] Wat betekent deze regel voor het Nederlandse recht? Om die vraag te kunnen beantwoorden wordt eerst de werkingssfeer van de richtlijn geschetst (2). Onder (3) wordt ingegaan op de implementatie van de richtlijnregel in het Nederlandse recht: moet hij afzonderlijk in het BW worden opgenomen? Aansluitend wordt onderzocht of de wijze van implementatie gevolgen heeft voor het effect van de regel in het Nederlandse recht (4). Wat dit effect vermoedelijk zal zijn, wordt onder (5) besproken.

Het gaat hierna over het geval dat tussen een professionele partij en een consument één of meer onduidelijke algemene voorwaarden gelden, die afkomstig zijn van de professionele partij. Ik spreek voor dit geval van de contra proferentem-regel. Die term wordt ook wel gebruikt om aan te geven dat bij onduidelijke bedingen uitleg ten nadele van de opsteller voor de hand ligt, dus ongeacht de (professionele) hoedanigheid van partijen of het (standaard) karakter van het beding.[2] Een voorbeeld hiervan is artikel 4.6 Unidroit Principles. De

* Mr. M.H. Wissink is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, PB EG L95/29 d.d. 21 april 1993, ook opgenomen in S&J, BW Internationale regelingen, Deel I Materieel Privaatrecht, eerste aanvulling (1994), blz. 706.
2. Vgl. M.M. Mendel, noot onder HR 9 september 1994, NJ 1995, 285 (MMM); S&S 1995, 22; AA 1995, katern 53, blz. 2495 (J.A.J. Peter) (Trouwborst/Tollenaar & Wegener).

PECL bevatten thans geen uitlegvoorschriften, maar daar wordt aan gewerkt.[3]

2. Artikel 5 van de richtlijn oneerlijke bedingen

Artikel 5 bevat in de eerste volzin het zogenaamde Transparenzgebot, dat vooral ziet op de begrijpelijkheid van bedingen.[4] De contra proferentem-regel over onduidelijke bedingen is neergelegd in de tweede volzin. Het artikel luidt:

'In het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. *In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie.* Deze uitleggingsregel is niet van toepassing in het kader van de in art. 7, lid 2, bedoelde procedures.' (cursivering toegevoegd-mw).

Dit uitlegvoorschrift ziet onder meer op algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 sub a BW: schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van de kernbedingen. De werkingssfeer van de richtlijn is overigens ruimer, omdat zij elk beding omvat waarover niet afzonderlijk is onderhandeld (artikel 3).[5] De contra proferentem-regel ziet niet op alle algemene voorwaarden. Het toepassingsbereik van de regel is in de eerste plaats beperkt tot de onder de richtlijn vallende transacties tussen een 'verkoper' — in beginsel elke professioneel handelende leverancier of dienstverlener[6] — en een 'consu-

3. Zie O. Lando, Is codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the relationship to Dutch law, European Review of Private Law 1, 1993, blz. 162.
4. Zie daarover o.a. Jac. Hijma, Onheldere algemene voorwaarden, WPNR 6173 (1995), blz. 193-194.
5. Dus ook individuele bedingen. Zie bijvoorbeeld J.H.M. Van Erp, Van onredelijk bezwarend naar oneerlijk, of: van Nederzwart en Nedergrijs naar Euro-blauw, WPNR 6079 (1993), blz. 83; H.-W. Micklitz, AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträge, ZEuP 1993, blz. 522; O. Remien, AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäische Umfeld, ZEuP 1994, blz. 47-49. Anders R.H.C. Jongeneel/B. Wessels, Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, NJB 1993, blz. 897.
6. Een verkoper is 'iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit' (artikel 2 sub c). In de considerans wordt

ment'[7] (artikel 1 lid 1). Blijkens de considerans is de richtlijn met name niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten, overeenkomsten met betrekking tot de oprichting of statuten van een vennootschap en overeenkomsten betreffende het erfrecht of de gezinssituatie. Voorts zijn van het toepassingsbereik van de richtlijn uitgesloten contractuele bedingen waarin wettelijke[8] of verdragsrechtelijke bepalingen zijn overgenomen (artikel 2). Met deze uitsluiting wordt voorkomen dat het Europese recht indirect een uitspraak zou kunnen doen over het 'oneerlijke' karakter van een bepaling uit een nationale wet of een verdrag.[9] De richtlijn verlangt dus niet dat de rechter in algemene voorwaarden overgenomen wettelijke bepalingen op de voor de consument gunstigste wijze uitlegt. Een derde beperking ligt in artikel 5 zelf. Het uitlegvoorschrift geldt niet in procedures als bedoeld in artikel 7 lid 2. Dit zijn de collectieve acties die door consumentenorganisaties en dergelijke worden gevoerd tegen algemene voorwaarden.[10]

Ondanks deze beperkingen wordt het gros van de algemene voorwaarden in overeenkomsten met consumenten door de contra proferentem-regel van de richtlijn bestreken. Denk bijvoorbeeld aan (algemene voorwaarden bij) koop van roerende zaken, koop van onroerend goed (inclusief gronduitgifte in eigendom of erfpacht door gemeenten), aanneming van werk, huur, opdracht, verzekering en andere overeenkomsten met financiële instellingen. De richtlijn geldt voor deze overeenkomsten als zij zijn gesloten na 1994 (artikel 10 lid 1).

regelmatig verwezen naar verkopers (van goederen) en dienstverrichters.

7. In artikel 2 sub b van de richtlijn omschreven als 'iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen'.
8. Artikel 2 spreekt van dwingende wettelijke bepalingen, maar omvat volgens de considerans ook bepalingen van aanvullend recht. Van Erp, a.w. (nt. 5), blz. 81 noot 4, verwijt de considerans een onbegrijpelijke uitleg van de tekst van artikel 2. Zie nader O. Remien, a.w. (nt. 5), blz. 45-46.
9. Zij heeft wel tot gevolg dat de toepasselijkheid van de richtlijn op een bepaald beding in algemene voorwaarden kan afhangen van de vraag door welk nationaal recht die voorwaarden worden beheerst. Zie O. Remien, a.w. (nt. 5), blz. 59.
10. Artikelen 6:241-244 BW. Zie over de verhouding tot artikel 3:305a BW o.a. L.J.H. Möhlenberg, De Wet vorderingsrecht belangenorganisaties in werking getreden, TvC 1994, blz. 284-287.

3. Opneming in het Burgerlijk Wetboek?

In de Nederlandse literatuur wordt geconcludeerd dat het Nederlandse recht in hoofdlijnen voldoet aan de door de richtlijn gestelde eisen. Slechts een paar wetswijzigingen worden nodig geacht, waaronder opneming van de contra proferentem-regel in het BW.[11] Hieraan ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat in ons recht een contra proferentem-*regel*, zoals door de richtlijn voorgeschreven,[12] onbekend is en dat deze in het BW moet worden opgenomen om te voldoen aan de eisen van de richtlijn.

De in artikel 5 verwoorde regel, dat in geval van twijfel over de uitleg van een beding de voor de consument gunstigste uitleg prevaleert, heeft in de jurisprudentie van de Hoge Raad de status van een gezichtspunt. Het ligt in het algemeen voor de hand om een onduidelijk geredigeerd beding ten gunste van de niet-professionele wederpartij uit te leggen, maar het hangt van de omstandigheden van het geval af in hoeverre dit algemene gezichtspunt bij de uitleg van de overeenkomst mag meewegen.[13] In zoverre bestaat er een verschil in uitgangspunt tussen het Nederlandse recht en de richtlijn.

Op 31 december 1994 verstreek de implementatietermijn van de richtlijn. Door het Ministerie van Justitie is geen aanpassing van de

11. Zie R.H.C. Jongeneel/ B. Wessels, a.w. (nt. 5), blz. 898; R.H.C. Jongeneel, Een richtlijn die weinig schade aanricht, TvC 1993, blz. 130, die opneming als artikel 6:232a voorstelt; E.H. Hondius, Naar een Europees contractenrecht: de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, NTBR 1993, blz. 111-112; dezelfde in M. van Delft-Baas en E.H. Hondius (red.), Jaarboek Consumentenrecht 1994, blz. 41; P.E.M. Bank, De richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en de artt. 6:231-248 BW, NbBW 1993, blz. 90. Zo ook R.P.J.L. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, diss. Groningen 1994, blz. 139-140 en De (on)vrijheid van de rechter bij de uitleg van contracten, in: CJHB (Brunner-bundel), 1994, blz. 411.
12. Volgens Jongeneel kent de Nederlandse rechtspraak wel een contra proferentem-regel, maar zijn daar door de Hoge Raad in Liszkay/Harman (zie nt. 13) ten onrechte beperkingen op aangebracht. Ook hij acht codificatie van artikel 5 nodig. Zie o.a. TvC 1993, blz. 123.
13. Zie o.a. HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 (MMM) (Liszkay/Harman) en 24 september 1993, NJ 1993, 760 (Brackel/Atlantische Unie). Vergelijk voorts Verbintenissenrecht 2 (Hondius), Afd. 6.5.3, Inleiding, aant. 8; Asser-Hartkamp II, 1993, nr. 287. Zie over contra proferentem in het algemeen o.a. E.H. Hondius, Standaardvoorwaarden, diss. Leiden, 1978, nrs. 253-257, 332; Jongeneel, De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz, diss. VU 1991, nrs. 218-237; Tjittes, diss., blz. 138-150.

Nederlandse wetgeving geëntameerd, omdat de bestaande regelingen geacht worden aan de door de richtlijn gestelde minimum-eisen te voldoen.[14] Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de wettelijke regelingen over algemene voorwaarden (artikelen 6:231-247 BW) en consumentenkoop (artikel 7:6 BW) en voorts de algemene bepalingen inzake redelijkheid en billijkheid (artikelen 6:2 en 6:248 BW). Afzonderlijke regels omtrent de uitleg van algemene voorwaarden kent de wet niet.[15] In het licht van de in de literatuur steeds geopperde noodzaak van codificatie van de contra proferentem-regel is de beslissing om dat na te laten opmerkelijk. Zij is echter wel verklaarbaar.

In het nieuw BW zijn geen uitlegregels opgenomen. Zij worden overbodig geacht en sommige door hun algemeenheid ook nog onjuist. Evenmin vond de wetgever het nodig om specifiek voor algemene voorwaarden uitlegregels, zoals de contra proferentem-regel, op te nemen.[16] De ontwikkeling van uitlegcriteria is daarmee overgelaten aan de rechtspraak en de wetenschap. Het opnemen van een met artikel 5 van de richtlijn overeenstemmende bepaling in afdeling 6.5.3 of elders zou niet met dit uitgangspunt stroken. Nu kan een dergelijke overweging niet rechtvaardigen dat een richtlijnvoorschrift niet wordt geïmplementeerd. Artikel 189 lid 3 EG-Verdrag legt op de Lid-Staten immers de verplichting om het door een richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken. De Lid-Staten hebben in beginsel wel de vrijheid om te bepalen op welke manier zij een richtlijn in hun nationale rechtsorde implementeren. Het is denkbaar dat aan de verplichting tot implementatie van de contra proferentem-regel kan worden voldaan doordat daarmee voldoende rekening wordt gehouden in de jurisprudentie over uitleg van algemene voorwaarden. Deze jurisprudentie vindt plaats binnen een bestaand wettelijk kader, namelijk de artikelen 6:248 j° 3:33-35BW.[17] In deze optiek fungeert artikel 5 van de richtlijn als een subregel van deze bepalingen uit het BW en is codificatie als afzonderlijk artikel niet nodig.

14. Zie M.H. Wissink, Algemene voorwaarden en de richtlijn oneerlijke bedingen, Bb 1995, blz. 3.
15. Vgl. Verbintenissenrecht 2 (Hondius), Afd. 6.5.3, Inleiding, aant. 8; Jac. Hijma, a.w. (nt. 4), blz. 194.
16. TM, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 916; VV II en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1461-1462.
17. Vgl. Asser-Hartkamp II, nr. 279-283.

De contra proferentem-regel van artikel 5, tweede volzin, wordt aldus op een vergelijkbare manier als het Transparenzgebot van artikel 5, eerste volzin, in het Nederlandse recht verweven. Ten aanzien van het Transparenzgebot wordt immers verdedigd dat het niet tot wetswijziging noopt. Het komt reeds tot uitdrukking in de toepassing van de artikelen 6:233 sub b j° 234 (informatieplicht) respectievelijk de toetsing aan de open norm van 233 sub a.[18]

Nu is het nog maar de vraag of een dergelijke vorm van implementatie gemeenschapsrechtelijk door de beugel kan. Blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie is niet altijd vereist dat implementatie plaatsvindt door specifieke wetgeving.[19] Wellicht dient juist in het kader van richtlijnen die in het (algemene) vermogensrecht hun effect dienen te sorteren, te worden aanvaard dat implementatie kan geschieden doordat met een richtlijnvoorschrift rekening wordt gehouden binnen het kader van een bestaande wettelijke open norm teneinde het vermogensrechtelijk systeem zo min mogelijk aan te tasten. Een dergelijke overweging vanuit het nationale recht bepaalt uiteindelijk niet de toelaatbaarheid van een bepaalde vorm van implementatie. Dat doet het gemeenschapsrecht. Maar het nationale recht kan wel zodanig gestructureerd zijn, dat de wijze van implementatie geen verschil uitmaakt voor het effect van een richtlijnbepaling.

4. Richtlijnconforme interpretatie[20]

De contra proferentem-regel van artikel 5 is niet afzonderlijk in het BW opgenomen. Zelfs als het gemeenschapsrecht dat wel zou vereisen, dan zou dat mijns inziens geen verschil uitmaken voor het effect

18. Zie Jongeneel, diss., nr 193 e.v. en TvC 1993, blz. 123; Hijma, a.w. (nt. 4), blz.194. In vergelijkbare zin wordt ook in de Duitse literatuur geoordeeld naar aanleiding van het door de rechtspraak uit de open norm van par. 9 AGBG ontwikkelde Transparenzgebot. Zie o.a. H.-W. Micklitz, a.w. (nt. 5), blz. 528.
19. Vgl. R.H. Lauwaars/C.W.A. Timmermans, Europees gemeenschapsrecht in kort bestek, blz. 96; Micklitz, a.w. (nt. 5), blz. 528.
20. De vraag of directe inroepbaarheid van artikel 5 van de richtlijn tegen de overheid als gebruiker van onduidelijke algemene voorwaarden mogelijk zou kunnen zijn, blijft hier buiten beschouwing. Directe inroepbaarheid is in horizontale verhoudingen niet mogelijk. Zie HvJ, zaak 152/84, *Marshall I*, Jur. 1986, blz. 723, en zaak C-91/92, *Dori/Recreb*, Jur. 1994, blz. I-3325; JEG 1994/3, blz. 18; AA 1994/12, blz. 845 (K.J.M. Mortelmans/H.A.G. Temmink); A&V 1994/6, blz. 156 (L.A.D. Keus).

van artikel 5 op de uitleg van algemene voorwaarden naar Nederlands recht.

Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de nationale rechter krachtens het gemeenschapsrecht verplicht is om zijn eigen recht zo veel mogelijk uit te leggen conform de bepalingen van toepasselijke richtlijnen[21] of ander gemeenschapsrecht.[22] De plicht tot richtlijnconforme interpretatie geldt voor wetgeving die speciaal ter uitvoering van de richtlijn is opgesteld, maar ook voor reeds bestaand recht. Het Hof overwoog in de zaak *Marleasing*:

'Bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, moet de nationale rechter dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan art. 189 derde alinea EEG-Verdrag te voldoen.'

Het 'zoveel mogelijk' verwijst naar de omstandigheid dat de nationale rechter beoordeelt in hoeverre een uitleg van zijn nationale recht conform de richtlijn ook inderdaad mogelijk is. Richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht veronderstelt in ieder geval dat er in het nationale recht een regel is die in aanmerking komt om conform de richtlijn te worden uitgelegd. Timmermans noemt deze regel de opvangnorm.[23] In het vermogensrecht kunnen verschillende opvangnormen worden onderscheiden.

(1) De speciaal geschreven opvangnorm. Als de bestaande nationale wet afwijkt van hetgeen de richtlijn voorschrijft, moet zij daaraan worden aangepast. De richtlijn wordt in het nationale recht omgezet

21. Zie o.a. HvJ 10 april 1984, zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, Jur. 1984, blz. 1891; SEW 1985, blz. 216 (A.Th.S. Leenen); HvJ 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Kolpinghuis*, Jur. 1987, blz. 3969; AA 1988, blz. 329 (C.W.A. Timmermans) en HvJ 13 november 1990, zaak C-106/89, *Marleasing/La Comercial*, Jur. 1990, blz. I-4325; NJ 1993, 163; SEW 1992, blz. 816 (C.W.A. Timmermans).
22. In de jurisprudentie van het Hof wordt ook van verdragsconforme uitleg gerept. Zie T. Heukels, Van Munster: een opmerkelijke uitspraak van het EG-Hof inzake het vrij verkeer van werknemers met potentieel verstrekkende implicaties, AA 1995, blz. 303. In de literatuur wordt ook wel van de plicht tot 'gemeenschapsconforme interpretatie' gesproken. Zie o.a. M. Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, blz. 607; W. van Gerven, Bescherming van individuele rechten op basis van normatieve aansprakelijkheid in het Europese gemeenschapsrecht, TPR 1993, p. 9; S. Prechal, Kroniek van het Europees recht, NJB 1995, blz. 366.
23. C.W.A. Timmermans, SEW 1992/11-12, blz. 819.

door speciaal daartoe opgestelde nieuwe wetgeving. Dergelijke speciaal geschreven opvangnormen treft men bijvoorbeeld aan in artikel 6:185 e.v. BW inzake de produktenaansprakelijkheid en artikel 7:500 e.v. BW inzake de reisovereenkomst.
(2) De alsnog aangewezen opvangnorm. Als het nationale recht al voldoet aan de bepalingen van de richtlijn is aanpassing niet nodig. Reeds bestaande nationale bepalingen worden aangewezen om alsnog als opvangnorm van de bepalingen van de latere richtlijn te fungeren. In deze categorie vallen onder meer de hierboven onder 3 genoemde bepalingen van het BW die thans mede uiting geven aan de richtlijn oneerlijke bedingen.
(3) De toevallig aanwezige opvangnorm. Het is mogelijk dat een richtlijn aanpassing van het nationale recht nodig maakt, maar deze aanpassing niet (tijdig of correct) plaatsvindt. Het nationale recht kent dan wellicht bepalingen die bij gebrek aan beter vooralsnog als opvangnorm kunnen dienen. Er is toevallig een opvangnorm aanwezig. In het burgerlijk recht kan met name gedacht worden aan open geformuleerde bepalingen die in een sanctie voorzien, zoals artikel 3:40 of 6:162 BW.
(4) Geen opvangnorm. Tot slot is denkbaar dat de richtlijn aanpassing van het nationale recht nodig maakt, maar deze aanpassing niet plaatsvindt en er ook geen toevallig aanwezige opvangnorm is.

In de eerste drie gevallen bestaat er een gemeenschapsrechtelijke verplichting de norm zoveel als mogelijk is richtlijnconform uit te leggen; in het vierde geval is dat niet mogelijk. Vanuit het gemeenschapsrecht bezien, moeten met name opvangnormen uit de categorieën (1) en (2) richtlijnconform worden geïnterpreteerd.[24] Het Hof van Justitie verwacht kennelijk dat de nationale rechter juist in deze gevallen de ruimte zal vinden om zijn eigen recht 'zoveel mogelijk' in het licht van de bewoordingen en doel van de richtlijn uit te leggen.[25] Dat ligt in de regel ook voor de hand. Zo zal de uitleg van artikel 6:185 BW vanzelfsprekend sterk worden bepaald door de

24. Zie t.a.v. categorie (1) *Von Colson en Kamann*, supra noot 21, ('met name') en t.a.v. categorie (2) HvJ 16 december 1993, zaak C-334/92, *Wagner Miret/Fondo de Garantía Salarial*, Jur. 1993, blz. I-6911,; SEW 1994, blz. 756 (F. Rijsbergen), ('tout spécialement').
25. Vgl. S. Prechal, Directives in European Community Law, diss. UvA 1995, blz. 215; G. Betlem, Richtlijnconforme uitleg: interpretatieve doorwerking van EG-recht, IER 1994, blz. 110.

uitleg die het Hof van Justitie zal geven aan de achterliggende richtlijn produktenaansprakelijkheid. Dit artikel is immers in de wet opgenomen om de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige produkten te vestigen, die door het gemeenschapsrecht is voorgeschreven. Bij gebreke van een bepaling als artikel 6:185 BW kan in het Nederlandse recht geen regel worden gevonden, waarin een wettelijke risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige produkten zou kunnen worden gelezen.[26] Maar er zijn ook gevallen denkbaar waarin het nationale recht in dezelfde mate richtlijnconform geïnterpreteerd kan worden, ongeacht de aard van de daartoe gehanteerde opvangnorm.

Maakt het voor het effect van de contra proferentem-regel verschil uit of hij wordt geïmplementeerd als een afzonderlijke wetsbepaling ('artikel 6:232a') of geacht wordt reeds te vallen onder de paraplu van de artikelen 6:248 j° 3:33-35? Met andere woorden, maakt het hier verschil uit of we te maken hebben met een opvangnorm uit categorie (1) of uit categorie (2)? Zoals gezegd, moeten volgens het Hof met name opvangnormen uit deze twee categorieën richtlijnconform worden geïnterpreteerd. In zoverre is er geen verschil. Als beide implementatietechnieken al tot verschillende uitkomsten zouden leiden, dan zou dat dus veroorzaakt moeten worden doordat de Nederlandse rechter een specifiek in de wet opgenomen contra proferentem-regel anders zou benaderen dan een niet afzonderlijk opgenomen uitlegvoorschrift. De ervaring met de uitlegartikelen in het oude BW leert, dat dit niet zal gebeuren. De uitleg van overeenkomsten is door de rechter losgemaakt van deze wetsartikelen. Op zijn best behielden zij de status van gezichtspunt.[27] Het ligt in de rede dat een afzonderlijke wettelijke contra proferentem-bepaling eenzelfde lot zou zijn beschoren. Het Nederlandse recht biedt evenveel ruimte voor interpretatie conform artikel 5 van de richtlijn of deze nu als aparte regel wordt opgenomen of niet. Als de situatie naar nationaal recht zo ligt, dan maakt het voor de uitleg van dat recht ook niet uit of het gemeenschapsrecht al dan niet implementatie door opneming van een specifieke wetsbepaling eist. De nationale rechter zal steeds op dezelfde wijze met de richtlijnregel omgaan, of deze nu apart behoort te worden opgenomen of (vooralsnog) onder bestaande

26. Vgl. echter A.J.O. Van Wassenaer van Catwijck, VR 1994, blz. 107 en Bb 1989, blz. 34, met een verwijzing naar artikel 1403 BW (oud).
27. Zie bijvoorbeeld Tjittes, diss., blz. 138-139, ten aanzien van de artikelen 1385 en 1509 BW (oud).

bepalingen kan worden gebracht. Voor het effect van de contra proferentem-regel van artikel 5 van de richtlijn op het Nederlandse recht is daarom irrelevant of en, zo ja, hoe zij wordt geïmplementeerd.

5. Het effect van de regel

Naast de implementatievraag staat de inhoudelijke vraag. Wat is het effect van de richtlijn[28]? Vereist artikel 5 dat uitleg ten gunste van de consument de regel is of is er nog ruimte voor de benadering van de Hoge Raad? En gaat het dan om een vaste regel of een met veel uitzonderingen? Als de richtlijn tot gevolg zou hebben dat onduidelijke clausules steeds ten gunste van de consument uitgelegd moeten worden, dan zou dat bepaald afwijken van de benadering van de Hoge Raad. Die benadering komt duidelijk tot uiting in de kernoverweging van het arrest Liszkay/Harman[29]:

'Weliswaar ligt in het algemeen voor de hand dat, wanneer een dergelijk beding voor meer dan één uitleg vatbaar schijnt, wordt gekozen voor de uitleg die het minst bezwarend is voor de niet professionele verzekerde, maar het hangt van alle omstandigheden van het geval af of die keuze gerechtvaardigd is. Tot die relevante omstandigheden behoren o.m. de aard van de verzekering en het verzekerde risico en de eventuele begeleiding door een deskundige tussenpersoon bij het tot stand komen van de verzekering.'

Artikel 5 van de richtlijn kan zo gelezen worden, dat deze omzichtige benadering thans verleden tijd is. Als een beding onduidelijk is, dan wórdt het ten gunste van de consument uitgelegd. Andere omstandigheden, zoals eventuele deskundige begeleiding van de consument,[30] blijven buiten beschouwing. De tekst van het artikel stelt immers zonder voorbehoud dat in geval van twijfel de voor de consument

28. Volgens Hijma, a.w. (nt. 4), blz. 194, wordt de Nederlandse rechtspraak door artikel 5 'tot een principiëler koers genoopt'. Een aanscherping wordt ook verwacht door W.L. Valk, De grenzen van de Haviltexformule en de uitleg van algemene voorwaarden, NTBR 1994, blz. 112, Tjittes, CJHB, blz. 411 en A.C. van Schaick, Massacontracten. Een nieuwe maatvoering in het contractenrecht? NJB 1995, blz. 960. Remien, a.w. (nt. 5), blz. 63, en Micklitz, a.w. (nt. 5), blz. 528, lijken er impliciet van uit te gaan, dat artikel 5 van de richtlijn niets anders inhoudt dan de Unklarheitenregel van par. 5 AGBG.
29. Zie noot 13.
30. In hoeverre deze omstandigheid behoort mee te wegen, is in de literatuur betwist. Zie Jongeneel, diss., nr. 220-221; Tjittes, diss., blz. 148-150.

gunstigste interpretatie prevaleert.[31] En de consument is natuurlijk het beste af als die regel strikt in zijn voordeel wordt toegepast. Een letterlijke lezing past dus ook nog bij het doel van de richtlijn de consument te beschermen. Het Hof van Justitie heeft bovendien de bescherming van de rechten die de burger aan richtlijnen en ander gemeenschapsrecht kan ontlenen hoog in het vaandel. Als het gemeenschapsrecht daartoe wettelijke beroepstermijnen[32] of voorwaarden voor aansprakelijkheid opzij schuift,[33] dan behoort het vervangen van een gezichtspunt door een vaste regel vanzelfsprekend ook tot de mogelijkheden.

Nu geloof ik niet dat het zo ver zal komen. Er zijn namelijk ook argumenten die krachtig(er) de andere kant op wijzen. Zowel het uitlegvoorschrift van artikel 5 als de inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden heeft tot doel de consument te beschermen, waarbij het zwaartepunt van de richtlijn overigens bij de inhoudelijke toetsing ligt. Als het nationale recht door middel van de controle op de inhoud van bedingen al voldoende bescherming biedt, valt niet goed in te zien waarom de richtlijn daarnaast zou vereisen dat een harde contra proferentem-uitlegregel wordt gehanteerd.[34] Daar komt bij, dat beide methoden ook inhoudelijk samenhangen en de richtlijn deze samenhang ook erkent. Zij doet dat onder meer[35] doordat artikel 5 de contra proferentem-uitleg niet van toepassing verklaart op collectieve acties die door consumentenorganisaties tegen algemene voorwaarden worden gevoerd. In collectieve acties wordt de consu-

31. Vergelijk de terughoudender formulering van artikel 4.6 Unidroit Principles: 'If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred'.
32. HvJ 25 juli 1991, zaak C-208/90, *Emmott*, Jur. 1991, blz. I-4269; NJ 1994, 186; TVVS 1993/5, blz. 134 (M.R.M.); SEW 1992/10, blz. 784 (I. Sewandono); CMLRev 1992, blz. 604 (Szyszczak); AB 1992, 1 (A.W.H. Meij); Nemesis katern 1992, blz. 7 (S. Prechal).
33. HvJ 8 november 1990, zaak C-177/88, *Dekker*, Jur. 1990, blz. I-3941 en HR 13 september 1991, NJ 1992, 225.
34. Ter vergelijking: in Engeland wordt sinds de invoering van de Unfair Contract Terms Act de contra proferentem-regel niet meer gebruikt bij voorwaarden die door die wet worden bestreken. Zie Tjittes, diss., blz. 158. Voordien werd de regel juist ruimhartig toegepast. Zie Hondius, diss., nrs. 253 en 257.
35. Zie ook artikel 4 lid 2, slot: de beoordeling van het oneerlijke karakter geldt niet voor kernbedingen, voor zover zij duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn. De oneerlijkheidsmaatstaf zelf houdt o.m. rekening met alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst (artikel 4 lid 1).

ment juist het meest beschermd door een beding ten gunste van de gebruiker te interpreteren, omdat dan de kans het grootst is dat het (*pro* proferentem geïnterpreteerde) beding onredelijk bezwarend is en dus door de rechter buiten werking gesteld kan worden.[36] Ook buiten het kader van collectieve acties kan een consument soms meer gebaat zijn bij een uitleg van een algemene voorwaarde die vernietigbaarheid tot gevolg heeft, dan met een weliswaar contra proferentem uitgelegd, maar nog steeds geldig beding dat een voor hem onaantrekkelijke inhoud heeft.[37] Zo beschouwd, kan de door artikel 5 van de richtlijn voorgeschreven 'voor de consument gunstigste interpretatie' zelfs een pro proferentem-uitleg zijn. Een en ander pleit tegen de gedachte dat artikel 5 een vaste regel inhoudt.

Uitleg ten gunste van de consument leidt bovendien niet per definitie tot een redelijk resultaat. Een andere benadering is goed denkbaar als er aan de kant van de consument deskundigheid is ten aanzien van de betekenis van de voorwaarden. Zo wordt in het Duitse recht een beding in algemene voorwaarden in eerste instantie objectief uitgelegd door te kijken naar het normale begrip van de doorsnee-wederpartij met inachtneming van de bij het soort transactie normaliter betrokken belangen.[38] Is een aldus uitgelegd beding onduidelijk, dan wordt het krachtens de contra proferentem-regel van par. 5 AGBG in tweede instantie ten gunste van de wederpartij uitgelegd. Als een individuele wederpartij echter bijzondere kennis over de voorwaarden heeft, kan worden afgeweken van de objectieve uitleg om zodoende het beding toch als duidelijk aan te merken.[39] In de Nederlandse benadering is, zoals bleek, de deskundigheid bij de wederpartij een omstandigheid die mede bepaalt of het gepast is contra proferentem-uitleg te kiezen. Als in nationale stelsels (althans in enige mate) met de omstandigheden van het geval rekening wordt gehouden, ligt het voor de hand dat ook de richtlijn dat doet. Aan de

36. Zie R.H.C. Jongeneel, diss., nrs. 229 en 237, die dit in navolging van het Duitse recht ook voor het Nederlandse recht verdedigt; E.H. Hondius, NTBR 1993, blz. 111. Omgekeerd kan ook een zoveel mogelijk ten gunste van de consument uitgelegd beding nog onredelijk bezwarend zijn. Zie Hijma, a.w. (nt. 4), blz. 194.
37. In het Duitse recht wordt deze (niet onomstreden) methode inmiddels wel gehanteerd. Zie bijvoorbeeld Palandt-Heinrichs (1995), AGBG par. 5, nr. 9; Erman-Hefermehl (1993), AGBG par. 5, nr. 22.
38. Jongeneel, diss., nr. 225.
39. Jongeneel, diss., nr. 227.

richtlijn hebben de nationale stelsels ten grondslag gelegen.[40] De rechter moet rekening kunnen houden met de omstandigheden van het geval. En de vraag hoe daar rekening mee wordt gehouden, door middel van een benadering als gezichtspunt of anderszins, kan dan gezien worden als een kwestie van nationale rechtstechniek waar de richtlijn buiten kan blijven.

Bij de beantwoording van de vraag òf een beding onduidelijk is, spelen de omstandigheden van het geval eveneens een rol, evenals de uitlegmethode die door de nationale rechter wordt gehanteerd. Contra proferentem-uitleg vindt plaats in wisselwerking met een voorlopig uitlegresultaat. Die tussenstand wordt bedoeld met de constatering dat er twijfel is over de betekenis van een beding (artikel 5) of, anders gezegd, het beding voor meer dan één uitleg vatbaar schijnt (Lisz-kay/Harman). De nationale rechter beoordeelt de (on)duidelijkheid van een beding in algemene voorwaarden met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Sommige omstandigheden zullen steeds een rol spelen, bijvoorbeeld de gebruikte taal, het toepasselijke recht en de nationaliteit van partijen. Zo is voor de uitleg van het beding 'time is of the essence' relevant of het gaat om Engelse contractspartijen die naar Engels recht contracteren dan wel om Nederlandse partijen die een in het Engels opgestelde maar door het Nederlandse recht beheerste overeenkomst sluiten.[41] De selectie en het gewicht van bepaalde omstandigheden worden nader bepaald door het criterium voor de uitleg van algemene voorwaarden dat de nationale rechter hanteert. Naar Nederlands recht speelt thans de vraag in hoeverre het Haviltex-criterium kan worden toegepast.[42] De Engelse rechter let sterk op de normale betekenis van de bewoordingen van het contract.[43] De Duitse rechter gaat op zoek naar het begrip van de doorsnee-wederpartij en de typische bij de soort transactie betrokken belangen. Een dergelijk verschil in methode kan tot een ander oordeel

40. Zie de technische bijlage bij de toelichting op het oorspronkelijke voorstel van de Commissie, COM (90) 322 def. - SYN 285 d.d. 3-9-1990.
41. Zie C.E. Drion, 'Subject to the laws of the Netherlands', Reeks Studiekring Drion no. 10, 1994, nr. 5.8.
42. Zie recentelijk o.a. A-G Strikwerda, concl. sub 10-11 voor HR 9 september 1994, NJ 1995, 285 (MMM); S&S 1995, 22; AA 1995, katern 53, blz. 2495 (J.A.J. Peter) (Trouwborst/Tollenaar & Wegener); Valk, a.w. (nt. 28); Tjittes, CJHB, blz. 410-412.
43. Tjittes, diss., blz. 156-157.

over de duidelijkheid van het beding leiden. Maar dat kan ook als twee nationale stelsels hetzelfde criterium gebruiken. Zo worden bijvoorbeeld de aard en het gewicht van de belangen die typisch bij een transactie betrokken zijn mede bepaald door maatschappelijke omstandigheden die per land kunnen verschillen. Dit wijst er op dat de toets of een beding onduidelijk is in beginsel aan het nationale recht moet worden overgelaten. Dat betekent tevens, dat de rechter zijn nationale uitlegmethode kan blijven hanteren. Als het Hof van Justitie die toets niet aan het nationale recht zou willen overlaten, dan moet het ook aangeven welke uitlegmethode[44] de nationale rechter daarbij volgens het gemeenschapsrecht moet hanteren. Ik betwijfel of dat de bedoeling van de richtlijn is.[45] Het nut van een gemeenschapsrechtelijk uitlegcriterium zou vanwege het feitelijke karakter van uitleg van contractuele bepalingen overigens beperkt zijn. Het gemeenschapsrecht zou zich daarom moeten beperken tot de toets of nationale uitlegregels non-discriminatoir worden toegepast en het effect van de richtlijn niet frustreren.[46]

Dat artikel 5 van de richtlijn geen harde regel geeft en de Nederlandse benadering toelaat, wil niet zeggen dat er geen enkel effect van uitgaat. Door de richtlijn is de materie van de bescherming van consumenten tegen oneerlijke respectievelijk onduidelijke voorwaarden immers mede een kwestie van gemeenschapsrecht geworden. Als het Hof van Jusititie concrete inhoud geeft aan de door de richtlijn geboden minimumbescherming dan dient het nationale recht daar rekening mee te houden. Stel: volgens het Hof is deskundige begeleiding van de consument alleen relevant voor de beoordeling van het onduidelijke of oneerlijke karakter van een beding als de consument door de deskundige ook echt over de betekenis en gevolgen van dat beding is voorgelicht. De Nederlandse rechter geeft zich daar rekenschap van door alleen *daadwerkelijke* deskundige voorlichting als

44. Theoretisch zou dit ook gevolgen op procesrechtelijk vlak (artikel 48 Rv) kunnen hebben.
45. Vgl. het advies van het Sociaal Economisch Comité d.d. 24 april 1991, Pb EG, C 159/35: 'In feite zullen nationale rechtbanken, zelfs op basis van geharmoniseerde wettelijke bepalingen, afhankelijk van de ontwikkeling van het verbintenissen- en consumentenrecht in hun respectieve lid-staten en, meer in het algemeen, hun eigen rechtscultuur en juridische tradities, identieke bepalingen op verschillende wijze uitwerken (interpreteren)'.
46. Vgl. o.a. HvJ 16 december 1976, zaak 33-76, *Rewe*, Jur. 1976, blz. 1989; HvJ 16 december 1976, zaak 45-76, *Comet*, Jur. 1976, blz. 2043.

omstandigheid ten grondslag te leggen aan zijn beslissing een beding niet ten voordele van de consument uit te leggen. Anders zou zijn uitspraak het gemeenschapsrecht miskennen. Het effect van de richtlijn op de beoordeling van het karakter van algemene voorwaarden zal mijns inziens met name bestaan uit het aanreiken van dergelijke concrete ijkpunten die de nationale rechter in acht moet nemen. Uit antwoorden van het Hof op prejudiciële vragen op de voet van artikel 177 EG-Verdrag zal moeten blijken hoe ver het gemeenschapsrecht zal doordringen in de uitleg van algemene voorwaarden. In ieder geval wordt dat terrein nu ook gemeenschapsrechtelijk genormeerd.

6. Conclusie

Evenals de inhoudelijke toetsing is ook de uitleg van algemene voorwaarden thans verweven met het gemeenschapsrecht. Artikel 5 van de richtlijn ziet op veel, maar niet alle algemene voorwaarden (2). Anders dan in de literatuur is verdedigd, is het niet nodig de contra proferentem-regel in het BW op te nemen (3). De Nederlandse rechter zal met artikel 5 van de richtlijn rekening (moeten) houden, ongeacht of deze in de wet wordt opgenomen, of slechts in de jurisprudentie tot uitdrukking komt (4). Volgens het Nederlandse recht hangt het af van de omstandigheden van het geval of contra proferentem wordt uitgelegd. De richtlijn laat die benadering naar mijn mening toe, maar het gemeenschapsrecht kan wel beïnvloeden welke omstandigheden mogen meewegen (5). Een vergaande gemeenschapsrechtelijke controle ligt daarbij niet voor de hand. Richtlijnen alleen zijn immers niet in staat de verschillende nationale rechtsstelsels in voldoende mate op één lijn te brengen als het gaat om onderwerpen als de uitleg van overeenkomsten. Daarvoor is meer eenheid in rechtscultuur nodig. Daartoe dragen ook initiatieven als de Principles of European Contract Law en de Unidroit Principles het hunne bij.