

Zowel de laatste zin van § 11 als de MvT spreekt van 'een bepaalde wettelijke of statutaire verplichting'. De voorgestelde wettekst laat het woord 'bepaalde' weg. Naar de mening van de Commissie vereist de rechtszekerheid dat de statuten precies aangeven op niet-voldoen aan welke wettelijke of statutaire verplichtingen de zware sancties van art. 118/228(1) verbonden worden. De Commissie pleit er derhalve voor het woord 'bepaalde' weer in te voegen vóór 'wettelijke'.

Art. 125/235(2)

De Commissie ziet de zin niet in van handhaving van het preventieve toezicht op akten van statutenwijziging nadat het technisch-juridische toezicht op de statuten is afgeschaft. Dit geldt evenzeer voor de omzetting van enige rechtspersoon in een NV of BV (zie de artt. 72 en 183), de juridische fusie (art. 332) en de splitsing (art. 334gg).

De commissie wijst allereerst op de thans reeds bestaande incongruentie tussen de artt. 68/179(2) en 125/235(2). In art. 68/179(2) kan de weigeringsgrond dat er gevaar bestaat dat de vennootschap gebruikt zal worden voor ongeoorloofde doeleinden slechts worden ingeroepen gelet op de voornemens en antecedenten van de personen die het beleid van de vennootschap zullen bepalen of mede bepalen. In art. 125/235(2) kan dit gevaar slechts als weigeringsgrond worden ingeroepen als de wijziging van de statuten dit gevaar veroorzaakt. Voorts vermeldt art. 125/235(2) als weigeringsgrond dat door de statutenwijziging de vennootschap een verboden karakter zou verkrijgen, terwijl art. 68/179(2) deze grond niet noemt maar wel als grond noemt dat haar werkzaamheid zal leiden tot benadeling van haar schuldeisers. Op deze laatste grond kan echter slechts een beroep worden gedaan 'gelet op de voornemens of de antecedenten [...]'.¹

Met betrekking tot het gebruik voor ongeoorloofde doeleinden merkt de Commissie op dat het moeilijk denkbaar is dat door een statutenwijziging gevaar bestaat dat de vennootschap voor ongeoorloofde doeleinden gebruikt zal worden. Het lijkt naïef te veronderstellen dat aandeelhouders die van plan zijn hun vennootschap te gaan gebruiken voor de handel in drugs of vrouwen hun plan door middel van een statutenwijziging zullen aankondigen. Zelfs dan nog lijkt het moeilijk vol te houden dat het gebruik voor ongeoorloofde doeleinden door de statutenwijziging wordt veroorzaakt. De hier bedoelde weigeringsgrond is wellicht zinvol in het kader van de antecedentencontrole bij de oprichting. Bij statutenwijziging lijkt hij geen praktisch nut te dienen.

Voor wat betreft het krijgen van een verboden karakter geldt in wezen hetzelfde als voor het gebruik voor ongeoorloofde doeleinden: Ook hier zullen de aandeelhouders hun snode plannen niet via een statutenwijziging aankondigen. Het is veelzeggend dat deze weigeringsgrond niet bestaat bij de oprichting. Het komt de Commissie voor dat deze weigeringsgrond niet samenvalt met het wel in art. 68/179(2) voorkomende 'dat haar werkzaamheid zal leiden tot benadeling van haar schuldeisers'. Deze laatste weigeringsgrond is terecht gekoppeld aan de voornemens en antecedenten die evenwel bij statutenwijziging geen rol kunnen spelen (omdat dan slechts geweigerd kan worden op grond van de statutenwijziging).

Als derde en laatste weigeringsgrond bij statutenwijziging laat het wetsvoorstel bestaan strijd met de openbare orde. Het is van belang te constateren dat het wetsvoorstel deze grond bij de oprichting nu juist laat vallen (zie het voorstel tot wijziging van art. 68/179(2)). Deze weigeringsgrond is vaag en staat daardoor op gespannen voet met de rechtszekerheid. De Commissie heeft voorts de indruk dat hij uiterst zelden wordt ingeroepen. Zij wijst voorts op art. 21(2) van de Wet op het Notarisambt dat als volgt luidt:

'De notaris is verplicht zijn dienst te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij gegronde redenen voor weigering heeft.'

Bovendien opent art. 2:20 BW de mogelijkheid dat de vennootschap op vordering van het OM ontbonden wordt indien haar doel of werkzaamheid in strijd is met de openbare orde.

De drie weigeringsgronden komen in feite alle drie neer op strijd met de openbare orde. Daarvoor is art. 20 in Boek 2 opgenomen en bestaat art. 21(2) Wet op het Notarisambt. Het probleem met alle drie weigeringsgronden is dat zij niet zinvol in verband gebracht kunnen worden met een statutenwijziging. Het te bestrijden gevaar zit hem niet in enige statutaire bepaling maar mogelijk in de werkzaamheid van de vennootschap. Waarom zou preventieve controle moeten worden uitgeoefend op een verhoging van het maatschappelijk kapitaal, de wijziging van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, de vervanging van een aanbiedingsverplichting door een goedkeuringsverplichting etc. etc.?

Het is goed zich de vraag te stellen welk belang wordt gediend met behoud van preventieve controle op statutenwijzigingen in de thans voorgestelde vorm. Dat de vennootschap een verboden karakter zou krijgen of voor ongeoorloofde doeleinden zou worden gebruikt kan, zoals betoogd, niet door preventieve controle op statutenwijzigingen voorkomen worden. Voor het uiterst zeldzame geval van strijd met de openbare orde lijkt de repressieve controle van art. 20 voldoende.

Men kan denken aan het belang dat bestaande vennootschappen voortdurend door het departement 'gemonitord' kunnen worden in de strijd tegen het misbruik van vennootschappen. Naast de thans reeds bestaande controle achteraf op de overdracht van aandelen lijkt preventieve controle op statutenwijzigingen daaraan weinig te kunnen bijdragen. Door een waarschijnlijk vrij eenvoudige koppeling van het bestand van het handelsregister aan het systeem Vennot kunnen naamswijzigingen (en met enige verdere regelgeving en technische voorzieningen zo al nodig ook wijzigingen in de doelomschrijving) aan de monitoring door het departement onderworpen worden.

In dit verband merkt de Commissie op dat zij waarde hecht aan het verschaffen van een eigen nummer aan iedere NV en BV. Dit nummer maakt identificatie van de vennootschap ook na soms verwarrende naamswijzigingen mogelijk. Het num-

mer wordt bij het verlenen van de verklaring van geen bezwaar bij de oprichting verstrekt; niet bij een statutenwijziging. Bij oprichting van een nieuwe vennootschap als gevolg van fusie of splitsing of omzetting van een andere rechtsvorm in een NV of BV wordt de verklaring van geen bezwaar volgens de huidige wet echter slechts op de statutenwijziging van de reeds bestaande vennootschappen c.q. andere rechtspersoon verleend. Voor die gevallen zou een procedure in het leven moeten worden volgens welke zonder tijdverlies een nummer aan de nieuwe NV of BV verstrekt wordt. Daartoe kan een simpele bepaling in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen worden.

De Commissie ziet geen reëel belang dat met de preventieve controle op statutenwijzigingen gediend zou kunnen zijn.

Blijken de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel heeft het departement jaarlijks ongeveer 20.000 verzoeken om verklaringen van geen bezwaar voor statutenwijzigingen te verwerken. Dit aantal zal in de toekomst nog slechts groeien. Wie moet al die statuten controleren op mogelijke strijd met de openbare orde of een 'verboden karakter'? Blijft de technisch-juridische toetsing hiermee feitelijk niet in stand?

Gewijzigde omstandigheden en dwaling: enkele rechtsvergelijkende opmerkingen (I)

Reactie naar aanleiding van de bijdrage van prof. mr. P. Abas in WPNR (1998) 6308. Dwaling en onvoorziene omstandigheden zijn, anders dan Abas verdedigt, niet strikt te scheiden. In deel II wordt het grensgebied aan de hand van de common law, met name aan de hand van Amerikaans recht, verkend.

1. Inleiding

In WPNR (1998) 6308 trekt Abas in de rubriek Privaatrecht Actueel van leer tegen een recent arrest van de Hoge Raad, *Luycks - Kroonenberg* (HR 28-11-1997, RvdW 1997, 241).¹ De Hoge Raad is volgens Abas verdwaald tussen de artt. 6:230 en 6:258 BW (Las u ook RvdW 1997, 241², informeert Abas bezorgd). Abas legt uit dat het bij art. 6:230 gaat om de aanpassingsbevoegdheid van de rechter wanneer bij de totstandkoming van een overeenkomst sprake is geweest van dwaling, terwijl het bij art. 6:258 gaat om de aanpassing van de overeenkomst op grond van het later intreden van onvoorziene omstandigheden. Volgens Abas weet de Hoge Raad dwaling en 'onvoorziene omstandigheden' niet meer uit elkaar te houden. Mijs inziens is de Hoge Raad veel minder het spoor bijster dan Abas meent. In deze bijdrage zet ik eerst uiteen waar het in het arrest *Luycks - Kroonenberg* om ging, waarbij ik het arrest kort van commentaar voorzie. Vervolgens ga ik in op het betoog van Abas. Het door Abas verdedigde onderscheid naar Nederlands recht tussen dwaling en gewijzigde

De Memorie van Toelichting rept op pagina 3 van afschaffing van het statutenonderzoek, maar door handhaving van het preventief onderzoek bij statutenwijziging zal van die afschaffing in feite slechts ten dele sprake zijn.

De Commissie is van mening dat de wetgever het departement veel werk en het bedrijfsleven veel tijd en kosten (alleen aan leges al 20.000 x f 200 = f 4.000.000) kan besparen door de preventieve controle op statutenwijzigingen af te schaffen. Hiermee zou logisch aangesloten worden bij de afschaffing van het technisch-juridisch toezicht die het doel van het onderhavige wetsvoorstel is.

Art. 158/268(2)

Het komt de Commissie voor dat de woorden 'onverminderd het bepaalde in art. 160 (resp. 270)' overbodig zijn en tot misverstand kunnen leiden. Art. 160/270 is van dwingend recht. De statuten kunnen daar nooit geldig van afwijken. Het opnemen van dergelijke 'onverminderd-bepalingen' in de wet is ongebruikelijk en zou tot vele overbodige uitwasen kunnen leiden.

Mr. P. Klok LL.M.

Universitair docent capaciteitsgroep Privaatrecht
Erasmus Universiteit Rotterdam.

omstandigheden' is niet zo vanzelfsprekend als Abas wil doen voorkomen. Rechtsvergelijking kan interessant materiaal aandragen: Het Amerikaanse recht op dit punt wordt besproken. Tot slot wordt betoogd dat de Hoge Raad niet verdwaald is, maar terecht de lagere rechter de mogelijkheid biedt aanpassing van de overeenkomst in een breed kader te plaatsen.

2. Luycks - Kroonenberg

In deze procedure gaat het om de verkoop van een bedrijfsterrein van Luycks aan Kroonenberg voor f 4 miljoen. De bodem is vervuild. Alternatieven voor sanering worden door

1. Zie inmiddels NJ 1998, 659 nt WMK onder NJ 1998, 657.
2. De wet spreekt van 'onvoorziene' omstandigheden. Zoals bekend betekent dit 'niet-verdisconteerd', zie de parlementaire geschiedenis en rechtspraak van de Hoge Raad. Crux van het probleem is echter dat de omstandigheden gewijzigd zijn, vandaar het gebruik van de term 'gewijzigde omstandigheden'. In het vervolg van dit artikel wordt echter ook conform de gevestigde terminologie over 'onvoorziene omstandigheden' gesproken.

verkoper Luycks onderzocht en Luycks garandeert in de overeenkomst dat hij zal saneren 'conform alternatief B'.¹ Later blijkt alternatief B niet te realiseren: Het saneren zal 'oneindig lang duren'. De koper begint een procedure en de verkoper vordert in reconventie vernietiging wegens dwaling. De rechtbank honoreert het beroep van de verkoper op dwaling, waarbij de rechtbank (onder verwijzing naar art. 74 Overgangswet) art. 3:53 lid 2 op de gevolgen van de vernietiging van toepassing acht en partijen in de gelegenheid stelt hun stellingen aan te passen. Voor het vonnis van de rechtbank zie Rb. Amsterdam 23-12-1992, M en R Jurisprudentie 1994, nr. 19. Het vonnis is destijds door mij geannoteerd, zie M en R Jurisprudentie 1994, noot onder nr. 20. In mijn annotatie wees ik onder meer op de (uitleg van de) garantie en op art. 6:258 BW:

'Mijns inziens duidelijker is te stellen dat uit de overeenkomst niet valt af te leiden dat partijen het risico van onmogelijke of onevenredig dure sanering verdisconteerd hebben. Zo zou men op het spoor van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258) kunnen komen, op grond waarvan eventueel een aanpassing van de overeenkomst mogelijk is.'

Het leerstuk van de gewijzigde omstandigheden is in de procedure een rol gaan spelen. Het hof is net als de rechtbank van mening dat partijen bij hun afspraken van een onjuiste voorstelling van zaken zijn uitgegaan (dwaling). Een beroep op dwaling heeft echter nog niet automatisch vernietiging tot gevolg.⁴ Voor wat betreft de aanpassing van de overeenkomst overweegt het hof dat wat de verplichting van verkoper in concreto zou moeten inhouden bepaald zou moeten worden 'aan de hand van hetgeen partijen op grond van de garantiebepaling over en weer redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten' en dat nader bepaald zou moeten worden 'hoever – uitgedrukt in tijd en/of geld – de verplichting van (de verkoper) reikt, onder meer gelet op hetgeen partijen bij de overeenkomst voor ogen stond, de na het sluiten van de overeenkomst gebleken (niet voorziene) omstandigheden en de wederzijds kenbare belangen'. Opmerkelijk is de motivering:

'Het hof verwijst in dit verband naar de artt. 6:230, 248 en 258 BW [...], uit welke artikelen in de omstandigheden van dit geval kan volgen dat – in plaats van een vernietiging – een aanpassing van de overeenkomst aangewezen is.'

Het hof komt dus met verwijzing naar leerstukken als garantie, uitleg,⁴ onvoorziene omstandigheden en dwaling zelf tot (richtlijnen voor) een aanpassing van de overeenkomst.

3. Het arrest van de Hoge Raad

De Hoge Raad⁵ geeft de overwegingen van het hof weer en overweegt vervolgens (PK: cursivering van mij):

'Die gedachtengang komt hierop neer dat, indien een overeenkomst is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, verschillende mogelijkheden bestaan om te bereiken dat de rechter in plaats van de vernietiging van de overeenkomst uit te spreken aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot een aanpassing van de overeenkomst komt. Het Hof heeft hier terecht in de eerste plaats gewezen

op art. 6:230 lid 2 BW, dat de mogelijkheid opent dat de rechter op verlangen van een der partijen in plaats van de overeenkomst te vernietigen de gevolgen van die overeenkomst wijzigt ter opheffing van het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde partij bij instandhouding van de overeenkomst zou lijden. Het Hof heeft hieraan een verwijzing naar de artt. 6:248 en 6:258 toegevoegd, kennelijk en terecht ervan uitgaande dat ook dit laatste artikel een grondslag voor wijziging van de gevolgen van een overeenkomst biedt, met name in het door het Hof vermelde geval van onvoorziene omstandigheden, en dat bij dit alles mede de in art. 6:248 vervatte maatstaven een belangrijke rol spelen.'

en ook:

'Voor wat betreft de vraag of art. 6:258 hier daadwerkelijk voor toepassing in aanmerking komt, moet tenslotte nog worden aangetekend dat bij een eventueel beroep na de voormelde verwijzing – welk beroep het Hof in zijn hierna nog aan de orde komende rov. 2.10 voor beide partijen mede mogelijk heeft gemaakt – nog zal moeten worden bezien of, in het licht van de alsdan nader vast te stellen omstandigheden van het geval, één of meer van die omstandigheden kunnen gelden als 'onvoorziene omstandigheden' in de zin van de thans in lid 1 van dit artikel vervatte regel.'

De Hoge Raad zegt dus uitdrukkelijk niet dat er geen verschil is tussen dwaling en gewijzigde omstandigheden. Integendeel, uit de overwegingen, zie met name het laatst geciteerde gedeelte, valt op te maken dat dit onderscheid wel moet worden gemaakt.⁷ Voor wat betreft echter de rechtsgevolgen, aanpassing van de overeenkomst, mocht het hof naast art. 6:230 ook naar art. 6:258 BW verwijzen.⁸

3. De volledige clausule luidde:

'Verkoper garandeert koper, dat hij de bestaande bodemverontreiniging, zoals vermeld in het rapport 'Onderzoek naar bodemverontreiniging en globale uitwerking van mogelijke saneringsmaatregelen ter plaatse van het voormalige Luycks-terrein te Diemen' (maart 1987), opgesteld door DNV raadgevend ingenieursbureau BV te Amersfoort, voor zijn rekening zodanig zal saneren conform in voornoemd rapport omschreven alternatief B (isolatie) dat, bijkens schriftelijke verklaring van de Afdeling Bodemsanering van Provinciale Waterstaat van Noord-Holland of daarvoor in de plaats tredende instantie, de verontreiniging tot aanvaardbare waarde, volgens de huidige normen voor industrieterrein, is gereduceerd.' Zie de weergave in het vonnis van de rechtbank, zie M en R Jurisprudentie 1994, nr. 19.

4. Zie ook mijn annotatie bij het arrest van de Hoge Raad in M en R Jurisprudentie 1998, nr. 108, p. 317.

5. Zie over dit aspect ook M.M. van Rossum in NTBR 1998, p. 290.

6. Zie over het arrest D. van der Meijden, NB 1998/4, p. 58 en M.H. Wissink, NBW 1998/3, p. 33. Zie verder inmiddels de noot van Klein bij NJ 1998, 657 en de uitvoerige annotatie van M.M. van Rossum in NTBR 1998, p. 290. Zie recent in breder verband met veel aandacht voor rechtsvergelijking, J.M. van Dunne, Acts of God, overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht, Preadvis voor de Vereniging voor Bouwrecht 1998, Deventer: Kluwer 1998.

7. Vergelijk in dit verband expliciet HR 20-2-1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders - ANP): 'Van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 kan alleen sprake zijn voor zover het betreft omstandigheden die op het ogenblik van tot stand komen van de overeenkomst nog in de toekomst lagen.' (ov. 4:3-2).

8. Zie over aanpassing recent de monografie van A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, Deventer: Kluwer 1998 (Mon. NW 110), die een horizontale vergelijking van vernietigen, ontbinden opzeggen en wijzigen van overeenkomsten bieden (nr. 5) en in dat kader voor verzuim van wijzigingsbevoegdheden pleiten (nr. 33); zie voor verwijzingen naar Luycks - Kroonenberg nrs. 20, 24, 42, 45.

4. De kritiek van Abas

Abas vraagt aandacht voor de door hof en Hoge Raad gemaakte koppeling tussen enerzijds art. 6:230 en anderzijds de artt. 6:248 en 258 BW.⁹ Abas wijst op een passage in de parlementaire geschiedenis van art. 6:228 waarin blijkt dat de wetgever een grensgebied tussen dwaling en onvoorziene omstandigheden heeft erkend, maar stelt vervolgens dat in de onderhavige casus daarvan geen sprake is.

'Achteraf blijkt sprake te zijn van een gemeenschappelijke dwaling. Daarvoor is art. 258 niet geschikt.'

De crux van zijn betoog ligt verder in het volgende:

'Het beroep op dwaling eenmaal gegrond zijnde, is er geen plaats meer voor een aanpassing op grond van onvoorziene omstandigheden. Het cassatiemiddel had dan ook doel moeten treffen.'

Abas ziet dus een vrij strikte scheiding tussen dwaling en onvoorziene omstandigheden. Hoewel hij erkent dat er een grensgebied is, toont hij zich geen voorstander van een verkenning van dit grensgebied, integendeel. Hij ziet blijkbaar ook in het beperkte kader van de aanpassing van een overeenkomst, en daar gaat het arrest Luycks - Kroonenberg mijns inziens slechts over, geen ruimte voor het tot uitdrukking brengen van een zekere samenhang.¹⁰

Zoals gezegd, heeft de wetgever zelf aangegeven dat er een grensgebied tussen dwaling en onvoorziene omstandigheden is. Zowel bij de behandeling van dwaling als bij onvoorziene omstandigheden is dit naar voren gekomen.¹¹ De door Abas in dit verband geciteerde passage is belangrijk genoeg om ook hier weer te geven:

'Van onvoorziene omstandigheden kan alleen sprake zijn voor zover het betreft omstandigheden die op het ogenblik van tot stand komen van de overeenkomst nog in de toekomst lagen. Misrekening inzake omstandigheden die op dat ogenblik niet meer toekomstig waren, is geregeld in de artt. 6:5, 2:11-12 (PK: zie thans artt. 6:228 en 6:229 BW). Er is evenwel een grensgebied, waarin men beide regelingen kan inroepen, namelijk waar een relevante misrekening heeft plaats gehad in omstandigheden in heden of verleden die juist daarom van belang waren, omdat voor de rechtsverhouding gewichtige feiten in de toekomst ervan afhankelijk waren.'¹²

Abas stelt dat de passage in de literatuur kritiekloos wordt weergegeven. Hij wijst er daarbij niet op dat de samenhang tussen dwaling en onvoorziene omstandigheden al diverse malen is gesignaleerd en al eerder over het (gebrek aan) onderscheid is nagedacht.¹³

Abas is stellig in zijn overtuiging dat in de casus van Luycks - Kroonenberg slechts sprake was van een (gemeenschappelijke) dwaling. Zijn verwijzing naar HR 25-2-1937, NJ 1937, 1058 (Taxatierapport) inzake een verkoop van aandelen op basis van een taxatierapport overtuigt niet.¹⁴ De zaak speelt binnen een familiebedrijf (100% van de aandelen van het bedrijf is in handen van de familie). Een dochter die het financieel minder goed gaat vraagt om een voorschot op de erfenis en verkoopt in dat verband

haar aandelen aan haar zwager (directeur van het bedrijf). Voor de bepaling van de waarde van de aandelen wordt uitgegaan van 60% van de nominale waarde, te weten de waarde van de aandelen bij verkoop per stuk ('de verkoopwaarde van één volmaakt incurant aandeel door makelaars ter beurze'). De Hoge Raad overweegt dat wanneer bij verkoop van een goed waarvan de waarde niet bekend is wordt uitgegaan van een taxatie die op onjuiste grondslag

9. Klein lijkt in zijn annotatie de kritiek van Abas te delen. Klein spreekt van 'een terecht terugneming van gas ten aanzien van het uitgangspunt van het Hof om alle eventueel in aanmerking komende aanpassingsartikelen (i.a.s. overeenkomsten meten in de strijd te werpen.' (NJ 1998, p. 2988 k. 1) en zie de laatste zin onder nr. 5. Zie ook kritisch W.L. Valk, Koop en contractevenwicht, in: W.H. van Boom e.a. (red.), Koop, BW-krant Jaarboek 14, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 9, op p. 20 noot 26. Vergelijk echter J.M. van Dunne (preadvies 1998) p. 82-84, die het betoog van Abas 'dogmatisch zwaar aangezet' noemt, p. 82 noot 31 en zeer duidelijk A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, Deventer: Kluwer 1998 (Mon. NW 110) op p. 31 (voor een uitgebreidere weergave zie noot 50).
10. Gelet op zijn eerdere publicaties bevreemd dit. Vergelijk bijvoorbeeld zijn bijdrage De 'reductio ad acquitatem' in het nieuw BW, in: In het nu, wat worden zal (Schoondijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 1, waar hij eerst art. 6:230 bespreekt en vervolgens (via een bespreking van Italiaans recht) onder meer aan de orde stelt waarom het wel in art. 6:230 geregelde wijzigingsvoorstel niet in art. 6:258 BW is opgenomen. Vergelijk ook in genoemde bijdrage noot 17, waar hij het betreurt dat Hija in zijn dissertatie niet verder heeft gekeken dan de (vernietigbaar)heid van de rechtshandeling en met name niet naar de onvoorziene omstandigheden.
11. Zie voor art. 228 PG Bock 6, p. 903; zie voor art. 6:258 de in de tekst weergegeven passage uit PG Bock 6, p. 909. Zie echter ook expliciet PG Bock 6, p. 912: 'Het tweede lid van art. 5 (PK: zie thans art. 6:229) bepaalt dat ook voor de in dit artikel geopende mogelijkheid van vernietiging geldt dat de veronderstelde van partijen, die tot grondslag van hun overeenkomst heeft gestrekt, een niet-toekomstige omstandigheid moet hebben betroffen. Voor toekomstige omstandigheden is immers het imprévision-artikel (art. 6:5, 3:11) geschikt.'
12. PG Bock 6, p. 909.
13. Zie over de samenhang tussen dwaling en 'onvoorziene omstandigheden' bijvoorbeeld S. Royer, Pacta sunt servanda en verandering van omstandigheden in het privaatrecht, RM Themis 1972, p. 514 op p. 521 en op p. 542-543; A.W. Hellemans, Dwaling over toekomstverwachtingen, (oratie) Deventer: Kluwer 1972, p. 4; J.L.P. Cahen, Het toekomstaspect bij de dwaling, in: Om wille van de consument (Clousing-duivis), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wllink 1990, p. 25 op p. 32; M.A.B. Chao-Duivis, Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst, (diss. Tilburg) Deventer: Kluwer 1996, p. 220-222, 231-235 (zeer duidelijk stelling nemend, PG Bock 6, p. 903 daarbij betreffende); in: J.L.P. Cahen-bundel (Deventer: Gouda Quint 1997), p. 447. Vergelijk verder over het (gebrek aan) onderscheid Ph.A.N. Houwing, Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek afdeling 6:1.8 De gevolgen van het niet nakemen van een verbintenis De overmacht, VPR 1962 4730 - 4740, p. 438; A.L. de Wolf, Veranderende omstandigheden, Zwolle: Tjeenk Wllink 1979, p. 24; G.J.P. de Vries, 'Onvoorziene omstandigheden' (art. 6:258 Nieuw BW) in het licht van het overmachtsleerstuk, K.W. N. NW 1991, p. 35 op p. 36 noot 21 (verwijzend naar PG Bock 6, p. 903); J.M. van Dunne, Verbintenisrecht deel 1 (1997) p. 603 (2e druk 1993, deel 2, p. 87); J.M. Smits, Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling, RM Themis 1993, p. 499 zie (kort) p. 499 noot 4; Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 249 (verwijzend naar PG Bock 6) maar zie ook nr. 250 (samenloop mogelijk) en J. Hija, Imprévision, BW-krant Jaarboek 1995, Arnhem: Gouda Quint 1997, p. 37, zie p. 62-63 (zie noot 15: 'Samenloop blijft denkbaar [...]'). Zie recent verder A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, Deventer: Kluwer 1998 (Mon. NW 110) nr. 42: 'Dwaling en onvoorziene omstandigheden zijn in beginsel scherp afgekeerd, maar er zijn ook gevallen van volledige inwisselbaarheid', zie ook nr. 28 (waar zij op 'omnisc-verschijnselen' wijzen). Zie ook verder de aan het eind van dit artikel genoemde literatuur.
14. Het is overigens moeilijk rechtspraak aan te wijzen die op deze situatie is toegespitst. Vergelijk wel HR 3-4-1950, NJ 1950, 179 nr. 108 (Hercules Seghers), waarbij moet worden aangetekend dat bij de koop van kunstwerken speciale risicoafwegingen een rol spelen. Zie verder voor bespreking van het Taxatierapport-arrest ook Verbintenisrecht (Hija) Art. 228, aant. 184, zie voor wederzijdse dwaling aant. 117 en 118.

berust, een beroep op dwaling mogelijk is. De zaak zelf lijkt geen voorbeeld van gemeenschappelijke dwaling, maar eerder van misleiding zo niet bedrog.¹⁵ of eventueel (zie ook de noot van Meijers bij het arrest) van misbruik van omstandigheden.¹⁶ Het ging in casu om een berekeningsgrondslag die niets met een 'toekomstverwachting' te maken had.¹⁷ De zaak van *Luycks - Kroonenberg* ligt mijns inziens genuanceerder, met name in de onduidelijkheid of bij het aangaan van de overeenkomst al vastgesteld had kunnen worden dat sanering conform het deskundigenrapport niet tot de beoogde resultaten zou leiden.¹⁸ Daargelaten echter de vraag of in de casus van *Luycks - Kroonenberg* slechts sprake was van een (gemeenschappelijke) dwaling en niet van later gewijzigde omstandigheden, is het grensgebied tussen dwaling en 'onvoorzien omstandigheden' interessant genoeg om aan de hand van een vergelijking met het Amerikaanse recht verder te verkennen.

5. Common law: Onvoorzien, reeds bestaande en toekomstige omstandigheden

De grens tussen reeds bestaande en toekomstige omstandigheden is niet altijd even makkelijk te trekken. Het is zinvol op dit punt naar de common law en meer specifiek het Amerikaanse recht te kijken.¹⁹ De door Abas zo bestreden positie, namelijk dat het bij 'onvoorzien omstandigheden' niet steeds hoeft te gaan om toekomstige omstandigheden, maar dat reeds bestaande omstandigheden hier ook een rol kunnen spelen, wordt met name onderzocht. Voor deze grens tussen dwaling en gewijzigde omstandigheden moet men in het Amerikaanse recht diverse leerstukken in de beschouwing betrekken. Ik ga ervan uit dat ruwweg de leerstukken van 'frustration of purpose' en 'commercial impracticability' vergeleken kunnen worden met 'onvoorzien omstandigheden'.²⁰ Centraal staat de vraag of in het Amerikaanse recht reeds bestaande omstandigheden van belang kunnen zijn bij de toepassing van 'frustration of purpose' en 'commercial impracticability'. Het leerstuk 'mistake' wordt gezien als parallel met dwaling, waarbij niet wordt ingegaan op het onderscheid tussen 'unilateral' en 'bilateral' mistake; door verder 'misrepresentation'²¹ buiten beschouwing te laten komt 'mistake' ruwweg overeen met (gemeenschappelijke) dwaling.

Geheel in de common law traditie begin ik met de bespreking van case law. Als eerste worden twee oudere (Engelse) cases uit 1903 met betrekking tot het niet-doorgaan van de kroning van Edward VII, de zogenaamde 'coronation'-cases behandeld, waarbij met name het trekken van exacte tijdsbepalingen wordt gereflecteerd. Vervolgens komt een spraakmakende case met betrekking tot 'excuse by failure of presupposed conditions' aan de orde, de *alcoa-case*, die door de rechtbank op basis van zowel 'mistake' als 'frustration of purpose' en 'commercial impracticability' is beslist. Vervolgens worden de bepalingen van de Uniform Commercial Code en van de Restatement (second) of Contracts besproken.²²

6. De 'coronation' cases

In de geschiedenis van de ontwikkeling van het leerstuk van gewijzigde omstandigheden in de *common law* is voor wat betreft 'frustration of purpose' *Krell v. Henry*,²³ de 'coronation'-case uit 1903, een van de belangrijkste

15. De rechtbank wees de vordering op grond van dwaling af. Voor bedrog werd eerst getuigenbewijs opgelegd, maar vervolgens werd ook dit afgewezen. Het hof meende dat er wel sprake was van dwaling en verklaarde de verkoop van het erfdeel nietig.

16. Zie ook in die zin M.M. van Rossum in *NTBR* 1998, p. 290 op p. 292. Zie voor een beschrijving van het arrest ook J.M. Smits, *Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling*, *RvT Themis* 1993, p. 499 op p. 513.

17. Een aspect dat verder in de overwegingen van de Hoge Raad geen rol speelt, maar wel uit de feiten blijkt, is dat partijen zelf een regeling voor nadere verrekking waren overeengekomen voor het geval bij de definitieve vaststelling van de erfprijzen de waarde zou blijken af te wijken; op grond hiervan had de zwager later ook bijbetaald. De casus illustreert dus inderdaad wel goed het verschil tussen toekomstige omstandigheden (waarde van het aandeel) en huidige omstandigheden (berekeningsgrondslag waarde aandeel). Zie voor een arrest over waardeverwachtingen ten aanzien van (de koers van) aandelen *HR 28-2-1930*, NJ 1930, p. 1258 in *KRMV*. Zie ook A.W. Hellemans, *Dwaling over toekomstverwachtingen*, (oratie) Deventer: Kluwer 1972, p. 18-19.

18. Het hof gaat er van uit dat partijen voor hun heeft gestaan dat door uitvoering van alternatief B een reductie van de verontreiniging zou worden bereikt, waarbij was ingecalculeerd dat er een 'continue onttrekking van grondwater' nodig zou blijven. Door uitvoering wordt de beoogde reductie (B-waarde) niet bereikt en Luycks moet bij ongewijzigde uitvoering 'aanzienlijk hogere kosten maken'. Is dit een omstandigheid die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst (eind 1987) al vastgesteld had kunnen worden of werd pas gaandeweg duidelijk wat de mogelijkheden voor sanering waren? Pas in februari 1991 ontstond er duidelijkheid, en bij mijn weten is in de procedure niet vastgesteld dat dit ten tijde van de allereerste rapportage al had kunnen worden geconstateerd. De overeengekomen variant bevatte nogal wat onzekerheden, waarbij Luycks blijkbaar alleen onder ogen heeft gezien dat de kosten wellicht zouden meevallen en geen rekening werd gehouden met een mogelijk 'mislukken' van alternatief B. Op de achtergrond speelt mee dat de garantie enerzijds spreekt over sanering conform alternatief B en anderzijds over zodanige sanering dat blijkens schriftelijke verklaring van de overheid de verontreiniging 'tot aanvaardbare waarde, volgens de huidige normen voor industrieterrein, is gereduceerd.' Het hof spreekt zich over dit verschil niet uit.

19. Vergelijk ook de UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts ('Principles') en Principles of European Contract Law (PECL). Zowel in art. 6.2.2 sub a Principles als in art. 2.117 (2) a PECL kan het gaan om omstandigheden waarvan partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst niet bewust waren. Zie verder Principles art. 6.2.2 commentaar onder nr. 3. Zie op dit punt PECL art. 2.117 comment II: 'The rule adopted by (2) also avoids any discussion about the exact date at which the event occurred.' Zie verder in de Principles de bepalingen met betrekking tot 'mistake', zie art. 3.4 en met name art. 3.5. Het deel van PECL met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten is nog niet gepubliceerd, zodat hier geen vergelijking mogelijk is. Het Weens koopverdrag biedt verder geen relevant vergelijkingsmateriaal, gelet op de beperkte strekking van art. 79 (een regeling van 'hardship') en het ontbreken van een regeling voor 'mistake'. Zie voor een vergelijking met Nederlands recht: M. Kuijter, Een vergelijking van 'hardship' uit de UNIDROIT-regeling met de onvoorzien omstandigheden uit art. 6:258 van het BW, AA 1996, p. 16; J. Hijma, *Imprévision*, *BW-krant* Jaarboek 1995, Arnhem: Gouda Quint (1997), p. 57 zie over 'toekomstigheid' met name p. 62-63; A.S. Hartkamp, The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code, in: *CIJIB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 127 kort op p. 134; M.M. van Rossum in annotatie *NTBR* 1998, p. 292 en zie ook in *WPNR* 6322 op p. 660; M. Sichert, *The Legal Effect of Supervening Events* Article 2.117 1P - a European Principle compared with German, English and French Law, AA 1997, p. 413.

20. In de Nederlandse literatuur wordt bij 'onvoorzien omstandigheden' vaak ook onderscheid gemaakt tussen een overeenkomst die haar zin heeft verloren en overeenkomsten waarbij een ernstige verstoring in de waardeverhouding is opgetreden. Dit onderscheid heeft niet geleid tot een gevestigde terminologie zoals 'frustration' en 'impracticability'. Zie voor het onderscheid in de parlementaire geschiedenis *RG Boek 6*, p. 696.

21. Zie § 130 e.v. Restatement (second) of Contracts.

22. Over de Uniform Commercial Code en Restatement (second) of Contracts in algemene zin zie P. Klink, *Onderzoek doen naar Amerikaans recht*, Nijmegen: Ars Aequi 1994.

23. 2 K.B. 740 (1903). Ik heb de case geraadpleegd zoals weergegeven in H.G. Beale, W.D. Bishop en M.P. Furmston, *Contracts Cases and Materials*, London: Butterworths (3rd ed. 1993) p. 415. De case wordt verder in diverse caseboeken weergegeven, zie bijvoorbeeld ook S.J. Burton, *Principles of Contract Law*, St. Paul Minn.: West 1995, p. 570, zie voor een weergave van de case ook F.A. Farnsworth, *Contracts*, Boston: Little Brown (2nd ed. 1992) p. 720. In diverse law review artikelen wordt de case ook uitvoerig weergegeven. Verder is in de Verenigde Staten voorbeeld 1 in de Restatement (second) of Contracts § 265 geïnspireerd op de 'coronation'-cases.

arresten.²⁴ In deze zaak had Henry van Krell een flatje gehuurd, om van daaruit op 26 en 27 juni de festiviteiten in verband met de kroning van koning Edward VII te zien. Toen wegens een 'serious illness' (blindedarmonsteking) de festiviteiten op de dagen in kwestie niet doorgingen, weigerde Henry te betalen,²⁵ zich beroepend op 'a total failure of consideration'. The Court of Appeal was van oordeel dat het verhuren van de kamers met het doel de optocht te kunnen zien de 'foundation' van het contract was en dat 'the object of the contract was frustrated'. The Court of Appeal kwam tot een uitbreiding van eerdere cases, waarin fysiek tenietgaan van zaken aanvaard was als voldoende grond voor 'excuse' (zie met name *Taylor v. Caldwell* waarin een concertgebouw door brand was verwoest en de eigenaar niet schadelijchig werd gehouden jegens de musici die terwijl de concerten konden verzorgen) en breidde het beginsel uit tot:

'cases where the event which renders the contract incapable of performance is the cessation or non-existence of an express condition or state of things, going to the root of the contract, and essential to its performance [...]'²⁶

Het rol van het tijdsverloop komt pregnant tot uiting in de vergelijking met een andere - minder bekende - 'coronation'-case. In *Griffith v. Brymer*²⁷ had Griffith £ 100 betaald aan Brymer voor het gebruik van een kamer om de processie te zien. De overeenkomst was op 24 juni om 11 uur 's ochtends tot stand gekomen, terwijl de beslissing om tot operatie over te gaan, waardoor de festiviteiten uitgesteld moesten worden, al om 10 uur 's ochtends was genomen. Beide partijen waren hiervan om 11 uur niet op de hoogte. Geoordeeld werd als volgt:

'The agreement was made on the supposition by both parties that nothing had happened which made performance impossible. This was a misapprehension of the state of facts which went to the whole root of the matter.'

Het contract werd nietig verklaard en eiser Griffith kreeg zijn £ 100 terug. De case werd beslist op basis van 'mistake' en heeft verder weinig opzien gebaard.²⁸ In *Griffith v. Brymer* ging het dus om een verkeerde voorstelling omtrent een bestaande toestand, een 'misapprehension of the state of facts'. Stel dat Griffith en Brymer de overeenkomst om 9 uur had-

den gesloten in plaats van om 11 uur, zouden zij dan net zo beroemd zijn geworden als Krell en Henry?²⁹ Met andere woorden: Is er zo'n groot verschil tussen 'mistake' en 'frustration', tussen reeds bestaande en toekomstige omstandigheden?³⁰

(wordt vervolgd)

24. Voor een uitvoerige bespreking van de 'coronation'-cases zie R.G. McElroy & G. Williams, *The Coronation Cases* (Parts I and II), 4 Mod. L. Rev. 241 (1940), 5 Mod. L. Rev. 1 (1941), waar vermeld wordt dat er ongeveer 10 'coronation'-cases geweest zijn (zie p. 245); in het artikel ligt de nadruk op *Krell v. Henry* ('the 'key' case of them all', zie p. 246) en *Chandler v. Webster*.
25. Henry had reeds £ 25 van de overeengekomen huur van £ 75 betaald. Henry had zijn claim voor teruggave in de procedure echter reeds laten vallen, zodat dit niet verder uitgewerkt wordt. Voor de vraag naar de rechtsgevolgen is tegenvoerig de in 1943 tot stand gekomen Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 van belang. Zie over deze wet F.E. Rippen, *Verandering van omstandigheden in het Engelse contractenrecht Een vergelijking van de UNIDROIT-Principles en de Principles of European Contract Law*, in: F.W. Groshide en K. Boele-Woelki (red.), *Europees privaatrecht*, Lelystad: Vermaade 1995, p. 1, zie ook E. McKendrick, *The consequences of frustration - The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, in: E. McKendrick (ed.), *Force majeure and frustration of contract*, London: LLP (2nd ed. 1995) p. 223. Zie voor recente toepassing de zaak van een rock-concert van Guns n' Roses dat geen doorgang vond, zie hierover J.W. Carter en G. Tolhurst, *Gigs N' Restitution - Frustration and the Statutory Adjustment of Payments and Expenses*, 10 Journal of Contract Law 264 (1996) en P. Clark, *Frustration, Restitution and the Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, *Lloyds Maritime & Commercial Law Quarterly* 1996, p. 179.
26. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting van Engels recht G.H. Treitel, *Frustration and force majeure*, London: Sweet & Maxwell 1994, zie voor de 'coronation'-cases par. 7-005, voor *Taylor v. Caldwell* par. 2-022 e.v. en voor de relatie met 'mistake' par. 1-005.
27. King's Bench Div., 1903 (19 T.L.R. 434). Ik heb de case geraadpleegd zoals weergegeven in L.L. Fuller en M.A. Eisenberg, *Basic Contract Law*, St. Paul Minn.: West (6th ed. 1996), p. 676.
28. In het artikel van McElroy & Williams worden de zaken waarin de overeenkomst tot stand was gekomen nádat de festiviteiten waren afgelast, waaronder *Griffith v. Brymer*, als weinig problematisch gekenschetst, zie p. 245-246.
29. Zie over de 'willekeur' ook M.A.B. Chao-Duvis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, (diss. Tilburg) Deventer: Kluwer 1996, p. 221, waar deze arresten ook besproken zijn. Zie in dit verband ook de voorbeelden van Smits in verband met 'initial impossibility' en onvoorzien omstandigheden, zie J.M. Smits, *Het vraagstuk van de 'initial impossibility' en de contractvisie van de UNIDROIT Principles*, in: M.E. Franke e.a. (red.), *Europees contractenrecht BW-krant Jaarboek 1995*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 127 op p. 139.
30. Zie ook G.H. Treitel, *Frustration and force majeure*, London: Sweet & Maxwell 1994, par. 1-005. Zie bijvoorbeeld zijn opmerking: 'One can, in relation to these cases, also make the point that the line between antecedent and supervening events is not always easy to draw.' Treitel bepleit overigens wel om het onderscheid te blijven maken, zie 1-006 e.v. Vergelijk ook zijn opmerkingen over Amerikaans recht op p. 8 in noot 34. Zie over *Griffith v. Brymer* ook Treitel op p. 9, waar hij de vraag stelt of de actie uit 'mistake' vandaag de dag nog zou worden toegewezen.

DE STICHTING TOT BEVORDERING DER NOTARIËLE WETENSCHAP



Inhoudelijke toetsing van statuten van NV's en BV's*

1. Inleiding

Thans is bij de Tweede Kamer in behandeling het wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in verband met de herziening van het preventief toezicht bij oprichting en wijziging van statuten van naamloze en

besloten vennootschappen (hierna: NV's en BV's).¹

Het wetsvoorstel houdt in een beperking van het preventieve toezicht tot een controle op de financiële en criminele antecedenten van degenen die het beleid van de vennootschap (mede) gaan bepalen. De preventieve technisch-juridische toetsing van de akte en de statuten door het Ministerie van Justitie komt te

vervallen en hiermede de departementale richtlijnen aan de hand waarvan de

* Over ditzelfde onderwerp is dit WPNR nog een artikel opgenomen: 'Herziening preventief toezicht. Wetsvoorstel 26 277' van de Geconvenieerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.

1. Kamerstuknummer 26277.

Gewijzigde omstandigheden en dwaling: enkele rechtsvergelijkende opmerkingen (II, slot)

Reactie naar aanleiding van de bijdrage van prof. mr. P. Abas in WPNR (1998) 6308. In deel I is uiteengezet dat dwaling en onvoorzien omstandigheden niet strikt te scheiden zijn. Het grensgebied wordt aan de hand van de common law, met name aan de hand van Amerikaans recht, verkend.

Geheel in de *common law* traditie zal ik met de bespreking van *case law* beginnen. Als eerste worden twee oudere (Engelse) cases uit 1903 met betrekking tot het niet-doorgaan van de kroning van Edward VII, de zogenaamde 'coronation'-cases behandeld, waarbij met name het trekken van exacte tijdsbepalingen wordt gerelativeerd. Vervolgens komt een spraakmakende case met betrekking tot 'excuse by failure of presupposed conditions' aan de orde, de ALCOA-case, die door de rechtbank op basis van zowel 'mistake' als 'frustration of purpose' en 'commercial impracticability' is beslist. Vervolgens worden de bepalingen van de Uniform Commercial Code en van de Restatement (second) of Contracts besproken.

7. De ALCOA-case

Een van de meest beruchte cases tot dusver³¹ met betrekking tot Uniform Commercial Code (UCC) § 2-615 (§ 2-615 zelf komt hierna nog aan de orde) is *Aluminium Company of America v. Essex Group Inc.*, 499 F. Supp. 53, 29 UCC 1 (W.D. Pa. 1980). De ALCOA-case is in law review artikelen zeer uitgebreid besproken en in het handboek van White & Summers wordt de case apart vermeld en behandeld. In deze zaak ging het om een contract daterend uit 1967, dat zou lopen tot 1983 met optie voor verlenging tot 1988. Krachtens het contract moest ALCOA door Essex te leveren grondstoffen bewerken³² en weer terugleveren aan Essex. Partijen hadden voor de door ALCOA te hanteren prijzen een uitgebreide indexerings-clausule ontworpen, waarbij kosten voor 'labor' en voor 'non-labor' apart waren geïndexeerd en onder andere een maximum was ingebouwd. ALCOA werd geadviseerd door Alan Greenspan, thans voorzitter van de Federal Reserve Board en soms aangeduid als de 'machtigste man in Amerika'. [...] merke White & Summers op.³³ Door middel van toepassing van de indexering op gegevens van vóór 1967 hadden partijen gecontroleerd hoe de indexering zou werken. Als gevolg van de olie-crisis van de jaren '70 en aangescherpte milieu-normen werd het contract voor ALCOA echter verliesgevend: Zij beweerde \$ 75 miljoen verlies te zullen lijden. Op het oog een duidelijke situatie van gewijzigde omstandigheden.³⁴ Desondanks werd het argument van 'mistake' door ALCOA in stelling gebracht. ALCOA betoogde dat bij de keuze van de 'Wholesale Price Index of Industrial Commodities' (WPI) als indexingsnorm voor de 'non-labor'-cost was uitgegaan van de veronderstelling dat 'it would yield a return of around 4 cents a pound'.³⁵ Gedaagde Essex bestreed dat sprake was van 'mistake':

Mr. P. Klik LL.M.

Universitair docent capaciteitsgroep Privaatrecht
Erasmus Universiteit Rotterdam.

'Essex first argues that the asserted mistake is legally insufficient because it is essentially a mistake as to future economic events rather than a mistake of fact.'

De rechtbank kwam tot een aanpassing van de door ALCOA te berekenen prijzen, daarbij zich in de eerste plaats basierend op 'mistake'. De kern van het oordeel van de rechtbank is te vinden in de volgende overweging:

'The Court finds the parties' mistake in this case to be one of fact rather than one of simple prediction of future events. Plainly the mistake is not wholly isolated from predictions of the future or from the searching illuminations of painful hindsight. But this is not the legal test. At the time the contract was made both parties were aware that the future was unknown, and their agreed contract was intended to bind them for many years to come. Both knew that Essex sought an objective pricing formula and that ALCOA sought a formula which would cover its out of pocket costs over the years and which would yield it a return of around four cents a pound. Both parties to the contract carefully examined the past performance of the WPI-IC before agreeing to its use. The testimony was clear that each assumed the Index was adequate to fulfill its purpose. This mistaken assumption was essentially a present actuarial error.'

Eiser ALCOA had aan de vordering tot aanpassing van de overeenkomst behalve 'mistake' ook 'frustration' ten grondslag gelegd. De mogelijkheid de zaak als een zaak van 'gewijzigde omstandigheden' te zien wordt door de rechtbank erkend. Met het oog op hoger beroep gaat de rechtbank vervolgens hier uitgebreid op in. De rechtbank begint met de constatering dat de leerstukken veel gemeen hebben:

31. Zie voor andere bekende cases met name de *Westinghouse*-cases, uitvoerig beschreven in de Amerikaanse literatuur, in Nederland beschreven door J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht* deel 1 (1997) p.623-624.
32. In feite ging het om een 'a contract for the furnishing of services', niet om 'a contract for the sale of goods'. Partijen trachtten juist te voorkomen dat het contract als een 'contract for the sale of goods' zou worden gezien in verband met mogelijke complicaties in verband met de Robinson-Patman Act (mededingingswet). De rechtbank past echter gewoon de Uniform Commercial Code toe.
33. White & Summers (4th ed. 1995) vol 1, p. 173.
34. Ik neem aan dat Abas dit zou onderschrijven en gelet op de omstandigheden, het uit 1967 daterende contract wordt onrendabel door de olie-crisis van de jaren '70 en aangescherpte milieu-normen, dit een situatie zou vinden waarin art. 6:258 BW van toepassing is.
35. Een rol in de beslissing van de rechtbank lijkt verder te spelen dat partijen uitgingen van een 'minimum return of one cent per pound'.

'In broad outline the doctrines of impracticability and of frustration of purpose resemble the doctrine of mistake. All three doctrines discharge an obligor from his duty to perform a contract where a failure of a basic assumption of the parties produces a grave failure of the equivalence of value of the exchange to the parties. And all three are qualified by the same notions of risk assumption and allocation. The doctrine of mistake of fact requires that the mistake relate to a basic assumption on which the contract was made. The doctrine of impracticability requires that the non-occurrence of the 'event' or the non-existence of the 'fact' causing the impracticability be a basic assumption on which the contract is made. The doctrine of frustration of purpose similarly rests on the same 'non-occurrence' or 'non-existence', 'basic assumption' equation.'

Het argument dat het om leerstukken gaat die betrekking hebben op verschillende tijdsperiodes wordt expliciet weerlegd:

'The three doctrines further overlap in time. There may be some residual notion that the doctrine of frustration and impracticability relate to occurrences after the execution of the contract while the doctrine of mistake relates to facts as they stand at the time of execution. But that view has never been general acceptance [...]' (PK: mijn cursivering)

De rechtbank besluit dit deel van het betoog met de constatering dat de toepassing van 'frustration and impracticability' op gebeurtenissen ontstaan na de totstandkoming van de overeenkomst meer berust op 'common experience with their application' dan op beperkingen in de doctrines zelf, en dat in de Restatement (second) of Contracts omstandigheden ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst kunnen leiden tot toepassing van de leerstukken van 'impracticability' of 'frustration of purpose'. Tot slot wijdt de rechtbank uit over het verschil tussen 'impracticability' of 'frustration of purpose':

'The doctrine of impracticability and of frustration focus on different kinds of disappointment of a contracting party. Impracticability focuses on occurrences which greatly increase the costs, difficulty, or risk of the party's performance. Restatement 2d of Contracts § 281. The doctrine of frustration, on the other hand, focuses on a party's severe disappointment which is caused by circumstances which frustrate his principal purpose for entering the contract. Restatement 2d of Contracts § 285. The doctrine of frustration often applies to relieve a party of a contract which could be performed without impediment; relief is allowed because the performance would be of little value to the frustrated party.'

De rechtbank acht aan de vereisten voor beide leerstukken voldaan; met name de vraag of of stijgende marktprijzen een beroep op 'impracticability' rechtvaardigt wordt uitgebreid behandeld, met bespreking van veel rechtspraak.³⁶ De ALCOA-case lijkt een klassieker die in geen (rechtsvergelijkend) boek over contractenrecht mag ontbreken. In de openhartige stijl die zo typisch Amerikaans is gaat de rechter uitgebreid in op de aanpassing van de overeenkomst, daarbij

aan het eind van het vonnis onder meer aandacht schenkend aan de vraag of de rechter de aangewezen persoon/instantie is om een contract te herschrijven. Ik kan de verleiding niet weerstaan wat uitvoerig te citeren. In een duidelijke *policy* overweging stelt Judge Teitelbaum:

'This case is novel. The sums of money involved are huge. [...] One of the principal themes in the development of commercial contract doctrines since the 1920's has been the need for a body of law compatible with responsible commercial practices and understandings. The old spirit of the law manifest in *Parradine v. Jane*, supra, is gone.' The new spirit of commercial law in Indiana and elsewhere appears in the Uniform Commercial Code, in new developments of implied covenants, and in the new Restatement. At stake in this suit is the future of a commercially important device – the long term contract. Such contracts are common in many fields of commerce. Mineral leases, building and ground leases, and long term coal sales agreements are just three examples of such contracts. If the law refused an appropriate remedy when a prudently drafted long term contract goes badly awry, the risks attending such contracts would increase. Prudent business people would avoid using this sensible business tool. Or they would needlessly suffer the delay and expense of ever more detailed and sophisticated drafting in an attempt to approximate by agreement what the law could readily furnish by general rule.'

De ALCOA-case is hier vanwege de interessante beschouwingen die in het vonnis te vinden zijn uitvoerig weergegeven. Nu echter terug naar de hoofdlijn van het betoog: Het verschil tussen dwaling en gewijzigde omstandigheden, het verschil tussen 'mistake' en 'impracticability'. In ALCOA werd het verschil vergaand gerelativeerd en de zaak, die wij als een zaak van gewijzigde omstandigheden zouden zien, werd op grond van 'mistake' beslist.³⁷ Uiteraard kan men betogen dat de rechtbank gewoon fout was en de zaak puur en alleen had

36. De rechtbank gaat op dit punt uitgebreid in op de Restatement of Contracts, zie over de Restatement later in dit artikel.
37. De rechtbank merkt op: 'The doctrine of impracticability of the new Restatement is one of recent evolution in the law. The first Restatement used the term as part of the definition of 'impossibility'. The interesting legal evolution from the strict standards of impossibility, evident at least by dictum in *Parradine v. Jane*, Alyn, 26 (1647, K.B.), to modern standards of impracticability is traced in Professor Gilmore's *The Death of Contract* 35-90 (1974). The drafters of the Uniform Commercial Code adopted this line of development, particularly in § 2-615. The new Restatement expressly draws upon § 2-615 in defining the scope of the doctrine.'
38. O.a. de bekende 'Suez canal'-cases komen ter sprake. Verder gaat de rechtbank in op andere onderwerpen, zoals inflatie, waarbij ook aandacht voor buitenlandse rechtstelsels.
39. *Parradine v. Jane*, Alyn 26, 82 Eng. Rep. 897 (1647, K.B.), ook in *Style* 47, 82 Eng. Rep. 519 is een van de klassieke arresten. Het ging om een boer die door de invasie van Prince Rupert niet kon oogsten maar desondanks wel aan zijn landheer pacht schuldig bleef.
40. Vergelijk ook over mogelijke samenloop de *McGinnis*-case, 312 S.E.2d 765 (W.Va. 1984), zoals besproken door S.W. Halpern, *Application of the Doctrine of Commercial Impracticability. Searching for 'The Wisdom of Solomon'*, 135 University of Pennsylvania Law Review 1123 (1987) op p. 1166-1167.

moeten beslissen op basis van gewijzigde omstandigheden;⁴¹) dergelijke kritiek is – afgezien van alle kritiek op andere punten⁴² – in de Verenigde Staten ook geuit.⁴³ Daar gaat het hier echter niet om: Van belang is aan te tonen dat de door Abas zo streng getrokken grens in de praktijk minder makkelijk te trekken blijkt. Hoe zijn in de Uniform Commercial Code en Restatement (second) of Contracts de leerstukken van elkaar afgebakend?⁴⁴

8. Uniform Commercial Code § 2-615 en Restatement (second) of Contracts § 261

Voor het leerstuk van 'onvoorziene omstandigheden' zijn in het Amerikaanse recht met name de artt. 2-615 van de UCC en 261 van de Restatement (second) of Contracts van belang.⁴⁵ § 2-615 van de Uniform Commercial Code (UCC) geeft een regeling voor 'Excuse by Failure of Presupposed Conditions', waarin het belangrijke criterium is of de overeengekomen prestatie door omstandigheden 'impracticable' is geworden.⁴⁶ Op grond van § 2-615 is er geen sprake van tekortkoming

'if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made'.

De bedoeling van het artikel blijkt uit de korte en kernachtige toelichting (comment 1):

'This section excuses a seller from timely delivery of goods contracted for, where his performance has become commercially impracticable because of unforeseen supervening circumstances not within the contemplation of the parties at the time of contracting.'

§ 2-615 van de UCC heeft duidelijk model gestaan voor § 261 van de Restatement (second) of Contracts betreffende 'Discharge by Supervening Impracticability', dat als volgt luidt:

'Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.'

Het criterium in zowel de UCC als in de Restatement is dus 'the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made'.⁴⁷ In de UCC vindt geen duidelijk afbakening naar tijd plaats: Er wordt niet expliciet bepaald dat de gebeurtenis plaats moet vinden na de totstandkoming van het contract. Een afbakening met 'mistake' is in de UCC niet te vinden; 'mistake' is een van de leerstukken waarvan UCC § 1-103 uitdrukkelijk bepaalt dat de gewone rechtsregels van toepassing blijven. In de Restatement (second) of Contracts zijn echter wel duidelijke aanwijzingen te vinden over wat naar Amerikaans recht de betekenis is van de vraag of sprake is van reeds bestaande of later intredende omstandigheden.

9. Restatement (second) of Contracts § 266
Een bepaling waarin de samenhang tussen de diverse leerstukken duidelijk tot uitdrukking komt is Restatement (second) of Contracts § 266⁴⁸, met als kopje 'Existing Impracticability or Frustration'.⁴⁹ Dit artikel is te vinden in hetzelfde hoofdstuk als het zojuist besproken § 261 ('Discharge by Supervening Impracticability') van de

41. Vergelijk bijvoorbeeld echter *Mineral Park Land Co. v. Howard*, 172 Cal.2d 89, 156 P. 458 (California 1916), waar de leer van 'commercial impracticability' werd geïntroduceerd. Overeengekomen was dat al het benodigde grondmateriaal ten behoeve van de aanleg van een brug van een bepaald stuk land afgegraven zou worden. Slechts ongeveer de helft bleek echter op normale manier afgegraven te kunnen worden, voor het meerdere zouden speciale werktuigen gebruikt moeten worden en zou de bewerking veel duurder zijn. In deze zaak werd in het kader van 'impossibility' door de rechtbank het 'impracticability'-criterium geïntroduceerd, en werd niet over 'mistake' gesproken. De zaak is mijns inziens te vergelijken met *Luyckx - Kroonenberg*.

42. Zie voor kritiek op het feit dat de rechter het op zich nam het contract aan te passen bijvoorbeeld White & Summers (4th ed. 1995), vol 1, p. 181-182 (in 3rd ed. p. 167-168): 'At page 80 of the ALCOA opinion, one comes upon a detailed set of price terms that look as though they belong in an elaborate contract, not in a court's opinion. Apparently without consulting the parties, and clearly without their consent, Judge Teitelbaum wrote a seven-year contract for the parties.' Zie voor uitvoeriger verwijzingen S.W. Halpern, Application of the Doctrine of Commercial Impracticability Searching for 'The Wisdom of Solomon', 135 University of Pennsylvania Law Review 1123 (1987) op p. 1126 noot 10-12. Zie ook Halpern op p. 1176: 'Judge Teitelbaum simply went too far, too soon, and with too little, laying no solid conceptual groundwork to support his fragile structure.' Zie ook kritisch op diverse punten S.J. Sirianni, The Developing Law of Contractual Impracticability and Impossibility Part I, 14 Uniform Commercial Code Law Journal 30 (1981), Part II, 14 Uniform Commercial Code Law Journal 146 (1981), zie p. 37 noot 28. Zie positiever Mark P. Gergen, A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts, 71 Indiana Law Journal 45 (1995) p. 57-58. Zie voor verdere literatuur ook E.A. Farnsworth, Contracts, Boston: Little Brown (2nd ed. 1992) § 9.9 p. 736 noot 32-33.

43. Zie heel duidelijk White & Summers: 'The court is wrong in concluding that the contract should be avoided or modified because of mistake', zie (4th ed. 1995), vol 1, p. 173-174 (in 3rd ed. p. 163). Zie positiever Michael N. Zundel, Equitable reformation of long-term contracts – The 'new spirit' of ALCOA, 4 Utah Law Review 985, p. 1004-1007 (1982).

44. In de literatuur vindt men 'mistake', 'impracticability' en 'frustration' in elkaars verlengde behandeld, zie bijvoorbeeld E.A. Farnsworth, Contracts, Boston: Little Brown (2nd ed. 1992), de titel van Chapter 9: Failure of a basic assumption: Mistake, Impracticability and Frustration, en zie in de tekst op p. 679. Vergelijk voor Engels recht P.S. Atiyah, An introduction to the law of contract, Oxford: Clarendon (5th ed. 1995), Chapter 12 (The Construction of the Contract) waar in 12.2 Common Mistake and Pre-existing Facts wordt behandeld, in 12.3 onmiddellijk gevolgd door de bespreking van Frustration and Subsequent Occurrences, zie ook in de tekst op p. 218-219.

45. Zie ook Restatement (second) of Contracts § 265 met betrekking tot 'frustration', dat ik echter verder niet afzonderlijk bespreek.

46. Niet duidelijk is of § 2-615 ook 'frustration of purpose' regelt, zie hierover bijvoorbeeld R.W. Duesenberg, Exiting from Bad Bargains via UCC Section 2-615: An Impractical Dream, 13 Uniform Commercial Code Law Journal 32 (1980) p. 33-34, die wijst op UCC § 1-103, op grond waarvan *common law* principes van toepassing blijven, tenzij uitdrukkelijk anders blijkt. Zie in dezelfde zin E.A. Farnsworth, Contracts, Boston: Little Brown (2nd ed. 1992) § 9.7 p. 721-722 die ook naar UCC § 1-103 verwijst, maar vervolgens wijst op het feit dat de regeling van 'frustration of purpose' in de Restatement 'strikingly similar' is vergeleken met de regeling van commercial impracticability in de UCC.

47. Zie ook in de Restatement expliciet de Reporter's Note op p. 312: 'This Chapter consolidates the subjects of impracticability of performance (former Chapter 14, comprising § 454-69), frustration of purpose (former § 288), the effect of impracticability or frustration on a failure of performance (former § 281, 282 and 286), and impracticability as an excuse for non-occurrence of a condition (former § 301). It adopts the central notion of Uniform commercial code § 2-615 of 'a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made' in dealing both with impracticability and frustration.'

48. Zoals gezegd, bespreek ik Restatement (second) of Contracts § 265 met betrekking tot 'frustration' niet afzonderlijk.

49. Zie over 'existing impracticability and frustration' E.A. Farnsworth, Contracts, Boston: Little Brown (2nd ed. 1992) § 9.8. Zie voor een verwijzing naar *Griffith v. Brymer* p. 727-728.

Restatement. In § 266 wordt voor zowel 'impracticable performance' als 'frustration of purpose' bepaald dat wanneer dit zich voordoet als gevolg van een omstandigheid⁵⁰ die reeds aanwezig is bij de totstandkoming van de overeenkomst, niet hoeft te worden gepresteerd. In het commentaar wordt de relatie met andere regels uiteen gezet:

'A party's performance may be as easily affected by impracticability existing at the time the contract was made, because of some fact of which he was ignorant, as by supervening impracticability. Indeed, it is sometimes difficult to characterize a situation as involving either existing or changed circumstances [...] The rules stated in this Section for cases of existing impracticability and frustration therefore parallel those for supervening impracticability and frustration (§ 261, 265).'⁵¹

De discussie of een omstandigheid, die het wegvallen van de verplichting te presteren tot gevolg heeft, te herleiden is tot een bij de totstandkoming van de overeenkomst reeds bestaande omstandigheid of een latere omstandigheid wordt hier dus irrelevant geacht, in de zin dat expliciet de regels voor beide situaties gelijk worden gesteld. Maar hoe ziet men dan de relatie met 'mistake'? Het commentaar geeft daarover ook uitsluitsel:

'In many of the cases that come under this Section, relief based on the rules relating to mistake stated in Chapter 6 will also be appropriate.'

Wanneer men vervolgens in de Restatement bij 'mistake' (§ 151 e.v.) kijkt, is in de inleidende toelichting hetzelfde besef van de gelijkenis van deze figuren te vinden:

'The situations to which this rule (PK: 'avoidance' op basis van mutual mistake) is applicable are often similar to those governed by § 266 on existing impracticability or frustration, since those latter also situations involve mistake.'⁵²

Het commentaar vervolgt dan met uit te leggen dat de achterliggende gedachte wel geheel anders is: Bij § 266 (impracticability and frustration) gaat het om 'the notion of unexpected extreme hardship', terwijl het bij 'mistake' (§ 152; mutual mistake) gaat om 'an unexpected material imbalance in the exchange'. Volgens de toelichting kan men in de situatie van 'unexpected extreme hardship' slechts bij hoge uitzondering geacht worden dit risico op zich genomen te hebben,⁵³ terwijl bij een 'mistake' veel eerder mag worden aangenomen dat een partij dit risico zou dragen.⁵⁴ Hiermee wil niet gezegd zijn dat 'mistake' ook van toepassing is op 'toekomstverwachtingen'. Weliswaar zegt de definitie van 'mistake' (§ 151: A mistake is a belief that is not in accord with the facts) hier niets over, maar in comment a wordt op dit punt duidelijkheid verschaft:

'The erroneous belief must relate to the facts as they exist at the time of the making of the contract. A party's prediction or judgment as to events to occur in the future, even if erroneous, is not a 'mistake' as that word is defined here.'⁵⁵

Samenvattend kan echter worden geconcludeerd dat hoewel

in het Amerikaanse recht bij 'impracticability or frustration' wellicht ook de nadruk ligt op de later intredende gewijzigde omstandigheden, een strikte scheiding tussen bestaande omstandigheden en later intredende omstandigheden niet wordt gemaakt.⁵⁶

10. Conclusies

De door Abas verdedigde grens blijkt dus in het Amerikaanse recht niet zo sterk getrokken te worden. Het is mijns inziens duidelijk dat ook naar Nederlands recht de regeling van de 'onvoorziene omstandigheden' raakvlakken vertoont met de regeling van de (gemeenschappelijke) dwaling.⁵⁷ In beide situaties gaat het om een 'voorstelling van zaken'. Het traditionele beeld is dat het verschil tussen de regeling van de 'onvoorziene omstandigheden' en de dwaling hierin is gelegen dat het bij dwaling niet om een 'toekomstverwachting' mag gaan en dat het bij onvoorziene omstandigheden moet gaan om omstandigheden die zijn ingetreden na het sluiten van de overeenkomst.⁵⁸ Hoe men de casus van *Luyckx* -

50. 'a fact of which he has no reason to know and the non-existence of which is a basic assumption on which the contract is made'

51. Zie p. 339 (onder a). Zie ook het commentaar in de inleiding vóór § 261, zie met name p. 310.

52. Chapter 6, p. 380.

53. Zie ook § 261 comment c.

54. Chapter 6, p. 380. Zie in dezelfde zin J.M. van Durné, Verbintenissenrecht deel 1 (1997) p. 477 en 483.

55. De Restatement of Contract kwam ook uitgebreid aan de orde in de ALCOA-casus. Uitgebreid werd ingegaan op de totstandkoming van de tekst van de tweede Restatement, waarbij de diverse concepten besproken werden en de Reporter, professor Farnsworth, als getuige voor eiser ALCOA optrad. Ten aanzien van comment a stelt de rechtbank: 'This declaration is anomalous and unexplained. The Court believes the definition rather than the comment expresses the better rule. The denial of relief for mistakes of future facts is better understood to rest on policies of risk allocation discussed above than to rest on the definition of mistake.'

56. Zie voor Amerikaanse literatuur, naast de handboeken, onder meer: R.W. Duesenberg, Exiting from Bad Bargains via UCC Section 2-615: An Impractical Dream, 13 Uniform Commercial Code Law Journal 32 (1980); S.J. Sirianni, The Developing Law of Contractual Impracticability and Impossibility Part I, 14 Uniform Commercial Code Law Journal 30 (1981), Part II, 14 Uniform Commercial Code Law Journal 146 (1981); E. Allan Farnsworth, Julia L. Brickell and Stephen P. Chawaga, Relief for mutual mistake and impracticability, 1 University of Pittsburgh Law & Commerce Journal 1 (1981); John E. Murray Jr., A postscript: Rumination and presentations about impracticability and mistake, 1 University of Pittsburgh Law & Commerce Journal 59 (1981); S.W. Halpern, Application of the Doctrine of Commercial Impracticability Searching for 'The Wisdom of Solomon', 135 University of Pennsylvania Law Review 1123 (1987); zie ook uitvoerige verwijzingen in E.A. Farnsworth, Contracts, Boston: Little Brown (2nd ed. 1992) p. 736 noot 32 en 33. Zie meer recent Mark P. Gergen, A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts, 71 Indiana Law Journal 45 (1995) en Joseph M. Perillo, Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis, Rome: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero 1996. Zie voor een rechtseconomische benadering Anthony T. Kronman en Richard A. Posner, The economics of contract law, Boston: Little Brown (1979), hoofdstuk 5 'Mistake and Impossibility', met name p. 149 e.v., zie ook Richard A. Posner, Economic analysis of law, Boston: Little Brown (4th ed. 1992) § 4.4 en 4.5 en eerder uitgebreider over impossibility in Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfeld, Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis, 6 Journal of Legal Studies 83 (1977), zie ook R. Craswell en A. Schwartz, Foundations of Contract Law, Oxford: Oxford University Press (1994) § 3.1.1. Zie ook voor verdere verwijzingen Van Durné (preadvies 1998) p. 14.

57. Raakvlakken met andere kwesties, bijvoorbeeld de reeds bestaande 'verhindering' als overmacht ('initial impossibility'), waarover J.M. Smits, Het vraagstuk van de 'initial impossibility' en de contractvisie van de UNIDROIT Principles, in: M.E. Franke e.a. (red.), Europees contractenrecht BW-krant Jaarboek 1995, Arnhem: Gouda Quint (1995), p. 127 op p. 139 en zie art. 3.3 UNIDROIT Principles) blijven verder buiten beschouwing.

58. Zie Asser-Hartkamp 4-II (1997) nr. 341.

Kroonenberg ook construeert, met name in welke tijdsperiode men de 'omstandigheden' situeert, duidelijk is dat het contract – althans dat was de uitleg van rechtbank en hof – niet voorzorg in het risico van onmogelijke of onevenredig dure sanering. Is het dan vreemd om niet alleen aan dwaling maar ook aan 'onvoorziene omstandigheden' (art. 6:258) te denken?

Abas heeft dit in duidelijke taal bestreden. Met name ook maakt hij bezwaar tegen de door het hof gehanteerde formule, aan de hand waarvan nu in lagere instantie aanpassing van de overeenkomst zal moeten plaatsvinden: Bepaald moet worden wat partijen gelet op de garantiebepaling van elkaar mochten verwachten en volgens het hof zal nader bepaald moeten worden

'hoever – uitgedrukt in tijd en/of geld – de verplichting van (de verkoper) reikt, onder meer gelet op hetgeen partijen bij de overeenkomst voor ogen stond, de na het sluiten van de overeenkomst gebleken (niet voorziene) omstandigheden en de wederzijds kenbare belangen'.

Abas stelt een andere formulering in de plaats, waarin de verwijzing naar 'de na het sluiten van de overeenkomst gebleken (niet voorziene) omstandigheden' vervalt. Hier blijkt mijns inziens het krampachtige van Abas' benadering.⁵⁹ De na het sluiten van de overeenkomst gebleken omstandigheid dat sanering volgens variant B geheel andere financiële consequenties heeft moet door de rechter worden genegeerd? Daarmee is de vraag aan de orde gesteld hoe men tot aanpassing van de overeenkomst moet komen. Algemeen wordt de mening gedeeld dat partijen zelf zoveel mogelijk, onder 'supervisie' van de rechtbank, tot een oplossing moeten kunnen komen.⁶⁰ Dit neemt niet weg dat de rechter soms niet aan het doorhakken van knopen ontkomt. In dit verband nog een laatste citaat uit de ALCOA-case, waarbij de rechtbank ingaat op de vraag of de rechtbank het contract wel kan herschrijven:

'This attitude toward contract law and toward the work of the courts will disturb some people even at this late date. It strains against half-remembered truths and remembered half-truths from the venerated first year course in Contract Law. The core of the trouble lies in the hoary maxim that the courts will not make a contract for the parties. [...] The parties have made their own contract. The Court's role here is limited to framing a remedy for a problem they did not foresee and provide for.' And while the Court willingly concedes that the managements of ALCOA and Essex are better able to conduct their business than is the Court, in this dispute the Court has information from hindsight far superior to that which the parties had when they made their contract. The parties may both be better served by an informed judicial decision based on the known circumstances than by a decision wrenched from words of the contract which were not chosen with a prevision of today's circumstances. The Court gladly concedes that the parties might today evolve a better working arrangement by negotiation than the Court can impose. But they have not done so, and a rule that the Court may not act would have the perverse effect of discouraging the parties from resolving this dispute or future disputes on their own. Only a rule which permits judicial action of the

kind the Court has taken in this case will provide a desirable practical incentive for businessmen to negotiate their own resolution to problems which arise in the life of long term contracts.' (PK: mijn cursivering)

De rechtbank gaat hier dus weloverwogen te werk. Wie niet wil schikken, loopt het risico dat de rechter het contract aanpast (overigens is de ALCOA-zaak uiteindelijk wel degelijk door partijen geschikt).⁶¹ Zoals uit het cursiverende in het citaat blijkt, moet het gaan om een aanpassing op basis van thans bekende omstandigheden, met gebruikmaking van 'hindsight'-information. Uiteraard moet de oorspronkelijke risico-verdeling (in *Luycks* – *Kroonenberg*: door verkoper gegeven garantie)⁶² tussen partijen centraal staan,⁶³ maar partijen zijn gebaat bij een oplossing die recht doet aan de huidige situatie.⁶⁴

In mijn beschouwingen is de *common law*, en met name Amerikaans recht, uitgebreid aan de orde gekomen. Centraal in het Amerikaanse recht staat de 'basic assumption' waar

59. Zie in dezelfde zin A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (1998) (Mon. NBW A 10) op p. 51: 'Wij zijn het niet met Abas eens. Hij gaat uit van de veronderstelling dat in casu niet het grensgebied was betreden van dwaling en onvoorziene omstandigheden, maar dat het geval een 'zuivere' dwaling betrof. Die veronderstelling delen wij niet, maar zelfs als wij dat wel zouden doen, is het in het kader van de vraag of reden is voor aanpassing of wijziging van de overeenkomst goed om daarbij meteen rekening te houden met eventuele onvoorziene omstandigheden als bedoeld in art. 6:258. Wat heeft hier voor zin om hier een soort tweetrapsraket te hanteren?'

60. Zie J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht* deel 1 (1997) p. 608 en over 'hardship'-clausules en heronderhandelingsplicht op p. 614 e.v. (2e druk 1993, deel 2, p. 92 en 96 e.v.) Zie in dit verband ook Articles 6.2.1 - 6.2.3 van de UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts. Zie over de rol van de rechter ook J. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvoornemen in het licht van de algemene werking van redelijkheid en billijkheid*, (oratie) Deventer: Kluwer (1989) p. 11-18; P. Abas, *De 'reductio ad aquitatem' in het nieuw BW*, in: in het nu, wat worden zal (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer (1991), p. 1; M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijk ingrijpen in onevenredigheid. Over de keuze van correctie-mechanismen bij imprévision*, RM Themis 1995, p. 423 op p. 428-433; zie ook R.P.J.L. Tjittes, *Aanpassing en heronderhandeling bij duurcontracten*, in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem (red.), *Contracten in de internationale praktijk* deel II, Deventer: Kluwer 1995, p. 9 die op p. 14 stelt dat de rechter verplicht is terug te koppelen naar partijen; A.A. van Rossum, *Imprévision en de hardship-clausule*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: Tjeenk Willink (1997), p. 427 op p. 433 e.v. Zie recent A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (1998) (Mon. NBW A 10), die in nr. 45 in dit verband op het coöperatiebeginsel wijzen, zie ook nr. 53 op p. 58, aanbeveling 2. Zie ook expliciet de parlementaire geschiedenis bij art. 6:260 BW. Zie over art. 6:230 BW verder uitvoerig M.W. Hesselink, *Vragen bij de toepassing van art. 6:230 BW*, WPNR (1993) 6191 - 6192, p. 541, p. 653 en in de losbladige *Verbintenissenrecht* boek 6 Art. 230. Zie in meer algemene zin J.H. Nieuwenhuis, *Vernietigen, ontbinden of aanpassen*, WPNR (1995) 6164 - 6165 p. 23, p. 37.

61. Vergelijk mijn opmerkingen destijds bij het vonnis van de rechtbank, in R. Jurisprudentie 1994, noot onder nr. 20.

62. Zie L.L. Fuller en M.A. Eisenberg, *Basic Contract Law*, St Paul Minn.: West (6th ed. 1996) p. 654-655, verwijzend naar *Wladis*, 22 Georgia L. Rev. 503 op p. 586 noot 333 (1988). Zij tekenen hierbij aan: 'Wladis reports that on the basis of this procedural history, the ALCOA opinion was characterized to him by judges of the Third circuit as having only the precedential value of a law review article.' (p. 655).

63. Een garantie moet echter worden uitgelegd, zie het *Hong Catharine*-arrest (HR 22-12-1995, NJ 1996, 300).

64. Zie ook PG Boek 6, p. 970: 'De rechter moet concretiseren wat goede trouw en billijkheid van partijen in hun verhouding eisen. Een van de gewichtigste gegevens blijft daarbij, dat partijen een overeenkomst met bepaalde inhoud hebben gesloten. Met de bedoeling van partijen en de strekking van de overeenkomst moet zoveel mogelijk rekening worden gehouden.' Zie ook in dezelfde zin op p. 974.

65. Vergelijk ook S. Royer, *Pacta sunt servanda en verandering van omstandigheden in het privaatrecht*, RM Themis 1972, p. 514 op p. 547.

partijen bij het sluiten van de overeenkomst van uitgingen. Dit criterium roept onmiddellijk associaties op met de bekende constructie van J.F. Houwing bij dwaling. Houwing vereiste voor een beroep op dwaling dat de overeenkomst afhankelijk, als een 'voorwaarde', was van de juistheid van de voorstelling van zaken.⁶⁶ Dit roept weer associaties op met de 'Geschäftsgrundlage', van belang voor wederzijdse dwaling en onvoorziene omstandigheden.⁶⁷ De 'Geschäftsgrundlage' speelde een rol bij het eerste ontwerp van (thans) art. 6:229 BW en de gemeenschappelijke dwaling, zie art. 6:228 lid 1 sub c.⁶⁸ Hierbij moet wel vermeld worden dat de leer van de 'Geschäftsgrundlage' in Nederland niet onverdeeld gunstig ontvangen is;⁶⁹ ik noem deze figuur slechts om de samenhang te illustreren. Bij de oplossing van problemen van gewijzigde omstandigheden komt het uiteindelijk neer op een risicoafweging en risicotoeedeling.⁷⁰ Deze gedachte is te vinden in het tweede lid van zowel art. 6:228 als art. 6:258 BW, hetgeen weer wijst op de samenhang tussen de leerstukken. In lid 2 wordt aan 'de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen' (waaraan in art. 6:228 wordt toegevoegd: de omstandigheden van het geval) beslissende betekenis toegekend.

De gemeenschappelijke dwaling is in ons recht nà de invoering van het nieuwe BW onderbelicht gebleven.⁷¹ Een verschil in benadering bestaat bijvoorbeeld tussen Hijma, die een 'ruime' benadering voorstaat,⁷² en Van Dunné, die voor de gemeenschappelijke dwaling nauwelijks plaats ziet.⁷³ Gelet op de vele raakvlakken met 'onvoorziene omstandigheden' kan bij het trekken van de grenzen voor wederzijdse dwaling een vergelijking met 'onvoorziene omstandigheden' mijns inziens niet uit de weg worden gegaan.⁷⁴

Voor het Nederlandse recht relateert Asser-Hartkamp het onderscheid tussen dwaling en gewijzigde omstandigheden in zoverre, dat hij wijst op redelijkheid en billijkheid als gemeenschappelijke afstemming:

'Het feit dat zij na een soms lange historische ontwikkeling als afzonderlijke regels in het wetboek zijn uitgekristalliseerd, mag deze gemeenschappelijke afstemming niet doen vergeten, noch de mening doen postvatten dat de feitelijke situaties waarop zij betrekking hebben, steeds haarlijn van elkaar te onderscheiden zouden zijn.'⁷⁵

Een principieel onderscheid wordt door Chao-Duvis in haar dissertatie zelfs van de hand gewezen.⁷⁶ Van Dunné constateert ook de samenhang en merkt in dit verband op: 'Het trekken van de grens is – zoals wel meer in het leven – de kunst.'⁷⁷ Als een grens in de praktijk moeilijk te trekken valt, is het misschien tijd de grens niet meer (of anders) te trekken, of in ieder geval te overwegen of rechtsgevolgen niet meer op elkaar kunnen worden afgestemd. De Hoge Raad heeft het laatste al gedaan en Abas heeft naar mijn mening niet aangetoond dat het eerste zo'n slechte zaak zou zijn.

66. Zie J.F. Houwing, *Dwaling bij overeenkomsten Naar Nederlandsch recht*, Eerste gedeelte (art. 1358 BW), (diss. Leiden) Leiden: S.C. van Doesburgh (1888) p. 118:

'Zoo komen wij, aan de hand van Pothier's beginsel, tot den algemeenen regel, dat de valsche voorstelling, die een der partijen tot het sluiten der overeenkomst bewoog, op het rechtsgevolg van deze eerst dan van invloed is, wanneer men, onder inachtname van alle omstandigheden, naar objectieven maatstaf, mocht aannemen, dat beide partijen hunne overeenkomst van de waarheid dier voorstelling, als van eenne voorwaarde, hadden afhankelijk gesteld.'

Zie ook p. 150-167 voor de verdere uitwerking.

67. Zie hierover J.M. van Dunné, *Annotatie bij het Slooppand-arrest*, AA 1981, p. 133 (ook in: J.M. van Dunné, *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming* 1b, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 82); Zie voor een beknopte weergave van de leer van Houwing p. 135-136, zie over het verband met onvoorziene omstandigheden p. 140-141; vergelijk *Verbintenissenrecht* deel 1 (1997) p. 478 (2e druk 1993, deel 1, p. 369-370). Zie ook Asser-Hartkamp 4-II (1997) nr. 341.

68. Zie PG Boek 6, p. 911-912 waar expliciet aansluiting wordt gezocht bij de leer van de 'Geschäftsgrundlage' en de Engelse doctrine van 'common mistake' te beperkt wordt geacht. Zie voor de toelichting op het uiteindelijk art. 6:228 lid 1 sub c. PG Boek 6, p. 909-910 waar de maatstaf van het oorspronkelijke art. 6.5.2.12 'vaag' genoemd wordt. Zie voor verwijzingen in het kader van art. 6:258 BW naar de 'Geschäftsgrundlage' PG Boek 6, p. 969 noot 2. Zie ook op p. 969 de passage dat niet vereist wordt dat aan de gehele overeenkomst de grondslag komt te ontvallen, met in noot 3 de opmerking dat hier een verschil ligt met het vereiste van het wegvallen van de 'Geschäftsgrundlage' of van de 'basis of contract'.

69. Zie – slechts bij wijze van illustratie en zonder streven naar volledigheid – de volgende auteurs: Zeer kritisch al in 1923 is M.G. Levenbach, *De spanning van de contractband*, (diss. UVa) Amsterdam: H.J. Paris (1923), p. 5-8, die de leer afwijst, onder meer om dezelfde reden waarom hij de leer van het 'stilzwijgend vervalbeding' afwijst, namelijk het uitgaan van partijbedoelingen. Zie ook S. Royer, *Pacta sunt servanda en verandering van omstandigheden in het privaatrecht*, RM Themis 1972, p. 514 op p. 528-529 en op p. 547. Zie sterk rechtsvergelijkend R. Kruijthof, *Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering*, in: Dekkers-bundel, Brussel: Bruylant (1982), p. 281 die de Geschäftsgrundlage diverse malen noemt, zie over het 'fictie'-gehalte op p. 307, zie ook p. 309 over het wegvallen van de grondslag van de overeenkomst. Zie verder C. Bierhuizen, *Ontwikkeling van de Geschäftsgrundlage in Duitsland en ons nieuw BW*, AA 1977, p. 79 met name p. 88. Vergelijk ook M.A.B. Chao-Duvis, *Schadevergoeding bij dwaling: de veroorzaker betaalt*, RM Themis 1990, p. 243 op p. 249-250; M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijk ingrijpen in onevenredigheid. Over de keuze van correctie-mechanismen bij imprevisie*, RM Themis 1995, p. 423 op p. 425-426.

70. Ik wijs er op dat in het Amerikaanse recht de 'implied term' als constructie ter verklaring van frustration en impracticability is afgewezen, zie *Restatement (second) of Contracts* (1981) p. 310-311 (zie ook literatuur vermeld op p. 312) en gekozen is, in navolging van de UCC, voor 'basic assumption on which the contract was made'. De vervolgvraag is uiteraard voor wiens risico de gewijzigde omstandigheid is, een gedachte die niet expliciet in de UCC is te vinden, zie E.A. Farnsworth, *Contracts*, Boston: Little Brown (2nd ed. 1992) p. 707-708. In de Amerikaanse literatuur is hieraan wel uitgebreid aandacht besteed. Zie voor Duits recht W. Lorenz, *Contract modification as a result of change of circumstances*, in: J. Beatson & D. Friedmann (eds.), *Good faith and fault in contract law*, Oxford: Clarendon (1995), p. 357 op p. 376.

71. Literatuur is schaars, zie wel bijvoorbeeld J.M. Smits, *Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling*, RM Themis 1993, p. 499.

72. Zie J. Hijma, *Dwaling bij beide partijen*, in: *Vermogensrecht Aktueel*, WPNR (1992) 6072, p. 887, met een reactie van M.A.B. Chao-Duvis, *Reactie naar aanleiding van prof. mr. Jac. Hijma*, WPNR (1992) 6072, WPNR (1993) 6080, p. 105.

73. Zie J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht* deel 1 (1997) p. 473 e.v., met name p. 484-485, waar ook kritiek op Smits. Van Dunné wijst expliciet op de mogelijkheid in plaats van de figuur van gemeenschappelijke dwaling te hanteren gevallen waarin de verplichtingen uit het contract een geheel andere inhoud of strekking hebben gekregen onder te brengen bij art. 6:258, zie *Verbintenissenrecht* deel 1 (1997) p. 484 (2e druk 1993, p. 372).

74. Vergelijk J.M. van Dunné, *De herorientatie bij dwaling*, WPNR (1968) 4978 - 4981, p. 13, 25, 37, 49 (ook in: J.M. van Dunné, *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming* 1b, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 70), met name p. 50-51.

75. Asser-Hartkamp 4-II (1997) nr. 340, p. 332. Vergelijk echter A.S. Hartkamp, *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code*, in: (JHB) *Brunner-bundel*, Deventer: Kluwer (1994), p. 127 op p. 134 waar hij de 'overlap' problematisch noemt.

76. M.A.B. Chao-Duvis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, (diss. Tilburg) Deventer: Kluwer 1996, p. 231 e.v.

77. J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht* deel 1 (1997) p. 471.