**Verschenen in: Europees contractenrecht [= BW-krant Jaarboek 1995], Arnhem 1995, p. 127-143.**

# 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

* Jan Smits was verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden en is thans tydelike junior-lektor aan 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.

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. Daartoe wordt eerst het probleem geschetst waarvoor art. 3.3 UP 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

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.

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 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 UP 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

4.Vgl. art. 6:258 BW, waarover in Europeesrechtelijk perspectief de bijdrage van Jac. Hijma aan deze bundel.

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

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 hypotheekrecht 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

---

casu werd het ontbreken ener oorzaak aangenomen.

7. Barrow, Lane & Ballard Ltd. v. Phillip Phillips & Co., [1929] 1 K.B. 574.

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.

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]

Maar genoeg vooruitgelopen nu: inmiddels is in grote lijnen duidelijk op wat voor soort gevallen art. 3.3 UP 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

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) 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].

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 *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

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.
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.

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 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

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.

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 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

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.
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.

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 oorzaak-leer[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 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

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.

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 al is dat het onmogelijke), daarmee heeft de openbare orde

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'.

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

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.

in Engeland een eventuele niet gewenste leer omtrent `initial impossibility' worden ontweken door gebruik te maken van het `wondermiddel' der uitleg.

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'.

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.

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 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,

36.Zie daartoe Zimmermann, t.a.p.
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.

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]

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

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.

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]

In de tweede plaats is er het punt van de `fictie' die hiermee in het contractenrecht zou worden gebracht. Tegen de veronderstelde partij-bedoeling 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]

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 totstandkoming en uitvoering gescheiden.
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'.

## 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 UP 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'.

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?

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

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 UP 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 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

---

[1992], no. 62.

45. Vgl. art. 4.8 Section 2 sub a UP.

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 UP `do not fulfill any one of the philosophical schools of thought on gap-filling'.

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 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

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.

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.