

#### IV.110. Risico en schuld bij contractuele verhoudingen

110. RISICO EN SCHULD BIJ CONTRACTUEELE  
VERHOUDINGEN. \*

I

In de leer der schadevergoeding buiten contract staat tegenwoordig vrij wel vast, dat de voorkomende gevallen tot twee groepen kunnen worden gebracht: die waar een verplichting tot vergoeding gegrond is op het onbehoorlijke, het afkeurenswaardige van het gedrag van den aansprakelijke en die, waar zonder dat dezen van zijn handelen eenig verwijt kan worden gemaakt, hij niettemin voor een bepaald gebeuren moet instaan en de gevolgen daarvan dragen. Naast de schuldgedachte staat die van het risico.

Bij contractueele verhoudingen is het niet anders. In de verplichting die de schuldenaar op zich heeft genomen, kan tweeërlei zitten: in de eerste plaats een belofte tot inspanning om het beloofde resultaat te bereiken, tot het aanwenden van de noodige zorg en moeite, maar in de tweede plaats ook een belofte in te zullen staan, dat het resultaat ook bereikt wordt, het op zich nemen van bepaalde risico's. Van de persoonlijke zijde bezien is de verbintenis niet dan een plicht tot handelen of laten, van den vermogenskant is zij ook een verdeling van goederen en van risico's. Omtrent die risicogedachte vinden we in de wet weinig. Wel regelt zij — hier en daar, ook niet algemeen — de vraag of bij bevrijding van den schuldenaar uit een wederkeerige overeenkomst ook het recht op de contra-praestatie vervalt, maar de vraag, óf de schuldenaar bevrijd is, wordt zoo goed als geheel als een vraag van overmacht beschouwd. Gelukkig kunnen bepalingen als die van de artt. 1746—1749 B. W. over de aansprakelijkheid van herbergiers, hoe gering hare practische beteekenis ook zijn moge, dienst doen om te bewijzen dat de wetgever ook bij contractueele verhouding de gedachte niet heeft miskend, dat een verplichting tot schadevergoeding kan bestaan, ook al valt den aansprakelijke ten aanzien der door hem op zich genomen zorg niets te verwijten. Van meer beteekenis is, dat al heeft de wet nergens in het algemeen den schuldenaar aansprakelijk gesteld voor handelingen van personen die hij in zijn dienst heeft, toch zulk een verantwoordelijkheid uit een combinatie van verscheidene wetsvoorschriften als de artt. 1427, 1403, 1649, 1602 B. W. met voldoende zekerheid is af te leiden.

Maar overigens? Het zal mijns inziens een vraag van uitlegging, van toepassing ook der artt. 1383 en 1375 B. W. zijn uit te maken, of in het aangaan van eenige contractsverhouding het aanvaarden van een bepaald risico ligt opgesloten.

Hierover uit te weiden, is thans mijne bedoeling niet. Ik wilde

\* Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, nos. 2373—2374 (19 en 26 Juni 1915).

slechts even op bestaan en beteekenis der risicogedachte ook bij contractueele verhoudingen wijzen, omdat het mij voorkomt dat deze bij de bespreking der overmachtskwesties, waarvan de rechtsgeleerde wereld thans vol is, wel wat veel wordt verwaarloosd.

Overmacht, zegt men, is aanwezig als de debiteur al datgene heeft gedaan wat redelijkerwijze van hem kan worden geëischt — de praestatie kan niet meer worden verlangd, indien de schuldenaar bewijst alles gedaan te hebben wat men billijkerwijze mocht verwachten. Ik heb hier niets tegen, als men daarmee te kennen geeft, dat wie zekere inspanning belooft, tot niet meer gehouden is dan redelijkerwijze van hem kan worden gevraagd. Een andere maatstaf dan het redelijke, het billijke is niet te vinden. Minder goed kan ik mij met deze uitspraak vereenigen, als men daarmee nu ook iedere vraag van al of niet bevrijd zijn van de praestatie beslist acht. Men vergeet dan, dat het inderdaad zeer goed het geval kan zijn, dat den schuldenaar niets valt te verwijten, dat hij heeft gedaan wat redelijkerwijze van hem kan worden gevergd om zijn praestatie te verrichten en dat niettemin die niet vervulling voor zijne rekening is en hij tot schadevergoeding verplicht is.

Een voorbeeld uit de rechtspraak. De verkooper van een onroerend goed is tegenover den koper bevrijd, leert het Hof te Amsterdam, indien een notaris door hem met het transport belast, bij vergissing aan een derde heeft overgedragen<sup>1</sup>). Het is immers gebruikelijk om dergelijke verrichtingen aan notarissen over te laten; wie een notaris, nog wel uit de streek waar het verkochte ligt, opdraagt voor het transport te zorgen, heeft het zijne gedaan. Maakt de notaris een fout — het is een voor den verkooper „vreemde oorzaak". De redeneering schijnt mij juist — maar het Hof vergeet één ding: dat het niet alleen te onderzoeken had of de verkooper gedaan heeft wat hij behoorde, of hij schuld had, maar ook, of er niet, geheel afgezien daarvan, reden kan zijn hem voor de fouten van den door hem gekozen en voor hem werkzamen notaris aansprakelijk te stellen. Ik heb in een aantekening op het arrest getracht aan te toonen, dat die gronden er werkelijk zijn. Wie bij de nakoming zijner verbintenissen van de diensten van een ander gebruik maakt, behoort voor de fouten van dien ander in te staan, dit is, dunkt mij, een regel die bij analogie uit de aansprakelijkheid voor ondergeschikten mag worden afgeleid. Het Hof heeft de zaak van deze kant in het geheel niet gezien, het ziet enkel maar de overmacht, de schuldvraag.

Eenzelfde verwaarloozing van de risico-gedachte vind ik in de besprekingen over de kwestie of werkstaking overmacht is. Ik denk nu niet aan de verhouding tusschen werkgever en arbeider, maar aan het dikwijls voorkomende verweer, dat de praestatie achterwege gebleven is omdat de debiteur door werkstaking in de nakoming

») 10 Januari 1913, W. P. N. R. 2279.

zijner verbintenissen is verhinderd. Ook daar zoekt men het ant woord enkel in de overmacht-leer. Men vraagt alleen, of de debi teur alles gedaan heeft wat redelijkerwijze van hem kan worden gevegd om de praestatie ondanks de werkstaking toch te verrich ten, of van hem had kunnen worden geëischt dat hij de stakers zou toegeven, en zoo meer. Men verzuimt echter de vraag te stellen, die toch aan deze zou moeten voorafgaan, of niet reeds enkel krachtens de contractueele verhouding het risico voor de staking voor een der partijen behoorde te komen. Dit is een vraag van uit legging en er valt *in het algemeen* dus weinig over te zeggen, maar dit wil ik toch wel opmerken dat er m.i. veel voor pleit om bij een overeenkomst tusschen een fabrikant en een afnemer tot levering van zekere naar de soort bepaalde waren, den eerste een beroep op werkstaking — ook al mag niemand hem er een verwijt van maken dat hij haar niet wist te vermijden — te ontzeggen. Niet om het argument, dat door zulk een overmacht-beroep de werk geveger sterker komt te staan in zijn strijd tegen den arbeider<sup>1)</sup>, dit is een pure *petitio principii*, het is immers de vraag of de fabrikant sterker zal zijn dan *behoorlijk* is en om die vraag uit te maken, moet eerst beslist zijn, of de staking voor zijne rekening behoort te blijven. Maar de staking is, dunkt mij, een bedrijfsschade, die als partijen niet anders hebben geregeld, voor rekening van den bedrijfsleider, niet voor die van derden behoort te komen. Hij al leen kan haar voorkomen, hij kan haar bestrijden, weet, in hoe verre hij de staking moet ondergaan om erger kwaad te weren — alles, dunkt mij, redenen genoeg hem niet toe te staan dit risico op anderen af te wentelen. Ik mag in dit verband ook wijzen op een merkwaardige overweging uit een vonnis der Rotterdamsche rechtbank<sup>2)</sup>. Het is een vonnis, waarbij de rechtbank zich geheel stelt op het standpunt der heerschende leer, zij onderzoekt of de ged. die zich op werkstaking beroept, gedaan heeft wat hij krach tens zijn contractueele verhouding verplicht was — het antwoord waartoe een goed in elkaar gezet en fraai sluitend betoog leidt, luidt ontkennend. Maar aan dat betoog gaat een overweging voor af van den volgenden inhoud:..... aan den anderen kant niet mag worden voorbijgezien, dat het in een geding als het onderhavige, niet gaat om het aanwijzen aan partijen bij de staking van haar juiste houding in den economischen strijd, doch uitsluitend hierom, of een der partijen bij die staking, i.e. de werkgever of wel een geheel daarbuiten staande derde het risico moet dragen van het geldelijk nadeel ten opzichte van dien derde door de staking veroorzaakt, zoodat het door dit verschil van gezichtspunt zeer goed mogelijk is dat bij den economischen strijd om de machtspositie een afwijzende houding van den werkgever in socialen zin niet valt te

<sup>1)</sup> Zoo Mr. Mendels ter vergadering van de Jur.-vereeniging in 1914.

<sup>2)</sup> 26 Maart 1913, N. J. 1913, 438

laken doch die werkgever desniettemin de financiële gevolgen zijner houding zal hebben te dragen, zonder deze op een buiten de staking staanden derde te kunnen afwentelen". Dit schijnt me geheel juist gedacht, ik vind het alleen maar jammer, dat de rechtbank niet duidelijk laat uitkomen dat dit argument geheel onafhankelijk staat naast haar onderzoek naar de tekortkomingen van den gedaagde en dat het wellicht, ook al ware dat onderzoek anders uitgevallen en al ware het niet gebleken dat ged. tegenover eischer te kort was geschoten, voldoende zou zijn geweest om het beroep op overmacht te verwerpen.

Eindelijk is, meen ik, ook bij bespreking van den oorlogsovermacht te weinig met de risico-verdeeling rekening gehouden.

## II

Wie over de overmacht schrijft, stuit te eeniger tijd op de geldschulden. Bij geldschulden is een beroep op overmacht niet toegelaten, dat staat vrij wel vast. En toch, wanneer men bevrijd wordt van een schuld, als men alles heeft gedaan ter uitvoering der overeenkomst, wat redelijkerwijze, kan worden geëischt, moet dan ook niet den debiteur van een geldschuld het verweer vrij staan, dat hij heeft gedaan wat men mocht verwachten, maar dat het hem niettemin niet is gelukt het noodige bedrag tijdig bij elkaar te krijgen? Moet hij in zulk een geval niet een recht op uitstel hebben? Als men den debiteur bevrijd acht omdat de opoffering die nakoming van hem zou eischen te groot is in verhouding tot de waarde der praestatie voor den schuldeischer, moet men dan ook den schuldenaar eener geldschuld die niet dan tegen allerbezwarende voorwaarden geld kan opnemen, van zijn verplichtingen ontheven achten? Weinigen zullen het toegeven. Maar hoe rijmt men dat dan met de subjectieve overmachtsleer? Het antwoord luidt gewoonlijk<sup>1)</sup>, dat geld de meest vervangbare zaak is en dat het dus door ruil, arbeid of crediet voor iedereen verkrijgbaar is. Ik moet bekennen dat ik dit antwoord altijd weinig bevredigend heb gevonden. Den debiteur, die op een gegeven moment niet dan tegen de allerzwaarste offers of zelfs in het geheel geen geld kan krijgen, zal het bittere ironie schijnen, als hem wordt meegedeeld dat geld voor een ieder verkrijgbaar is. Voor de subjectieve overmachtsleer is het niet de vraag wat de man kón doen, maar wat hij behoorde te verrichten, voor haar komt het er voor alles op aan of den debiteur eenige schuld is te wijten. Hoe kan men nu a priori zeggen, dat wie geld betalen moet, altijd schuld zal hebben, als hij in gebreke blijft? Op een waardeeren, een afwegen van wat naar omstandigheden kan worden verlangd, komt alles aan, maar

<sup>1)</sup> Men vindt her b.v. bij Hartmann, Die Obligation, biz. 256 en bij Houwing, R.M. 1904, blz. 305.

hoe dan hier een absolute regel die met omstandigheden geen rekening **houdt**, opgesteld? Ik wil hiermee niet zeggen, dat met die omstandigheden wèl rekening moet worden gehouden, ik erken, dat men terecht den debiteur van een geldschuld onvoorwaardelijk gebonden acht, maar ik meen dat de verklaring daarvan anders gevonden moet worden dan men gewoonlijk doet. Wird hier de schuld-gedachte doorgevoerd, ze zou inderdaad ook hier een beroep op: alles gedaan hebben wat redelijkerwijze geëischt kan worden, moeten toelaten. Maar hier staat de gedachte van het „instaan" op den voorgrond. Wie belooft / 100 te betalen, belooft niet alleen alle mogelijke moeite te zullen doen om die *f* 100 te verschaffen, maar hij staat er voor in dat ze er zijn zullen, hij stelt zich er voor aansprakelijk, hij garandeert het. Ook Houwing wijst hier op. Er is hier niet een aanvaarden van bepaalde risico's, maar er is een onvoorwaardelijk op zich nemen van ieder risico. Het persoonlijke wordt geheel uitgeschakeld, het komt er enkel op aan, dat het resultaat der verbintenis bereikt wordt. Hoezeer dit denkbeeld de geld-schuld beheerscht, blijkt wel hieruit, dat als de schuld of overmacht-gedachte zich toch weer ook hier baan breekt, dit altijd als een hooge uitzondering is beschouwd, een uitzondering, waarvoor ook daar, waar de rechter overigens vrij is als be-vrijdenden grond te accepteren wat hem goedgeeft, een uitdrukkelijke uitspraak van den wetgever noodig is. Men lette er maar eens op, wat Fransche schrijvers zeggen over de bepaling van art. 1244 Code, in zijn redactie zelve al een bewijs voor onze bewering. Het luidt: „Les juges peuvent en considération de la position du débiteur et en usant ce pouvoir avec une grande réserve accorder des délais modérés pour le paiement et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état." En nu de schrijvers. Planiol<sup>1</sup>): „cette faculté, concédée aux tribunaux, est exorbitante du droit commun; elle viole les lois des contrats. Aussi l'art. 1244 recommande-t-il aux juges d'user de leur pouvoir avec une grande réserve." Deze aanmaning wordt nog eens onderstreept. Hue<sup>2</sup>) gaat zoo ver te spreken van: disposer du droit des créanciers, wat hier den rechter veroorloofd zou worden. En toen ten onzent in Augustus j.l. ook voor geldschulden het beroep op oorlogsovermacht werd gehoord, was er niemand, die er aan twijfelde, dat enkel de wetgever aan dit beroep gehoor kon geven. De rechter had die macht niet.

Let men op deze verhouding van risico- en schuldgedachte, van instaan en inspannen bij de geldschuld, dan is het, dunkt me, gemakkelijker in zake de aansprakelijkheid voor oorlogs-overmacht bij andere generieke verbintenissen het juiste standpunt te vinden. Hoe algemeener deze zijn gehouden, hoe meer zij geldschulden

\*) II, no. 369.

2) VIII, no. 38, vgl. ook Baudry-Barde, XIII, no. 1483.

naderen, zooveel te meer reden is er den debiteur het risico te doen dragen. Over de vraag of prijsverhooging bij een leveringsovereenkomst als overmacht kan gelden, zijn onlangs interessante beschouwingen gepubliceerd. Mr. Molengraaff ontkent het, Mr. H. M. A. Schadee meent dat ook hier de redelijkheid tot een tegengestelde conclusie dwingt. Met den laatste zou ik willen aannemen dat, als men eenmaal de vraag gaat stellen of hij, die tot levering van zeker quantum van de een of andere waar gehouden is, alles gedaan heeft, wat redelijkerwijze van hem kan worden gevergd, er geen reden is a priori het beroep op overmacht, in prijsstijging gelegen, uit te sluiten. Maar de vraag is, of de rechter wel aan die vraag toekomt, of hij niet door uitlegging der overeenkomst tot de conclusie moet komen dat, wat er van die vraag zijn moge, in ieder geval de verkoper met het risico voor de gevolgen van niet-levering moet worden belast. Hetzij omdat hij ieder risico moet dragen, hetzij omdat hij in ieder geval zoodanige risico's op zich heeft genomen, dat er alle reden is, hem ook met het instaan voor de gevolgen die de oorlog op de overeenkomst heeft te belasten. De graanhandel toont de onderscheidingen, waar het hier om gaat, zoo in de formuleeringen van zijn contracten als ook in de arbitrale uitspraken naar aanleiding daarvan gegeven, zeer goed te beseffen. Men maakt verschil tusschen het contract „op levering" en dat „op aflading". Bij het laatste contract neemt de verkoper wèl de verplichting op zich tot levering, maar als hij een partij heeft verscheept en den naam van de boot aan den koper opgegeven, dan is van dat oogenblik het risico voor den koper. Vergaat het schip, dan is de verkoper van zijn verbintenis ontheven, ook die van den koper vervalt. Bij het leverings-cohtract daarentegen blijft de verkoper gebonden, ook al is de boot vergaan en heeft de aanzegging van den naam van het schip plaats gehad. Met andere woorden: het risico van het vervoer is in het eene geval voor den koper, in het andere voor den verkoper. Onverschillig is het tengevolge van welke ramp het schip onder gaat, is dit gevolg van den oorlogstoestand, de regel blijft gelden. Hieruit kunnen we deze conclusie trekken dat bij het leverings-contract neiging bestaat de schuld-gedachte naar achteren te dringen, die van het risico naar voren te halen, de verkoper staat voor meer in dan enkel maar voor een normale zorg voor de levering. Of daarmee nu gezegd is dat hij evenals de debiteur van een geldschuld voor ieder risico moet opkomen, wil ik niet uitmaken. Om dat te beslissen zou men steeds het concrete geval met al zijn nuances voor zich moeten hebben, rekening moeten houden met de bijzonderheden der regeling, met gebruik enz. Maar wel meen ik in wat ik van arbitrale beslissingen in deze las en hoorde, een opvatting van de bij dezen handel betrokkenen gevonden te hebben, die van een dergelijke onvoorwaardelijke aansprakelijkheid niet ver afstaat. De argumenten, waarmee de nalatige verkoper zijn beroep op overmacht uit handen wordt

geslagen, zijn niet altijd even sterk. Als men hem voorhoudt dat hij in plaats van gezonde wel ongezonde maïs had kunnen leveren, is het begrijpelijk, dat hij antwoordt, dat als hij daarmee was aangekomen, de koper eerst recht ontevreden geweest zou zijn. Maar juist de gebrekkigheid der argumenten wijst er op, dat de handel de aansprakelijkheid van den verkooper als billijk gevoelt. En deze beslissing kan ten slotte nergens anders op steunen dan op de overweging dat het billijk is hem met dit risico te belasten. Of die aansprakelijkheid dan in het geheel geen grens heeft? Of wie moet leveren nu ook als hij niet leveren kan, als de waar niet te vinden is, toch tot schadevergoeding gebonden is? Dit zijn vragen die ik thans niet wensch te onderzoeken. Gaat men er zich mee bezighouden dan zal misschien blijken dat hier, maar enkel ook hier, de leer van het à l'impossible nul n'est tenu nog niet zoo heel gek is.

Voor het oogenblik was het enkel mijn doel, aan te geven, hoe het ook in overmachtsvragen, voor men het thans normaal geworden onderzoek naar de redelijkheid van wat van den debiteur gevegd wordt, naar zijn schuld dus, instelt, goed kan zijn, uit te maken, welke risico's hij uitdrukkelijk heeft aanvaard, of krachtens uitlegging der overeenkomst geacht moet worden te hebben aanvaard. Risico staat naast schuld, instaan naast inspanning, ook in vragen van overmacht moet dat in het oog gehouden worden. Dit wilde ik even aanstippen. Een nadere uitwerking blijft voor later bewaard.



