Koop!

BW-krant jaarboek 14

Redactie

W.H. van Boom
M.E. Franke
J.P. Jordaans
L. Reurich
M.H. Wissink



Gouda Quint — Deventer

1998

Aanbevolen citeerwijze: (naam auteur), (titel bijdrage), BWKJ 14 (1998), blz.

ISBN 90-387-0672-3
NUGI 692

© 1998 Mr. S.E. Bartels, Mr. W.H. van Boom, Mr. B.J. Broekema-Engelen, Prof. mr. Jac. Hijma, Mr. drs. L. Reurich, Mr. J.G.J. Rinkes, Mr. M.M. van Rossum, Mr. C.J. Sander, Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes, Mr. W.L. Valk.

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

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

Voorwoord

Wie denkt aan een rechtshandeling, denkt aan de overeenkomst. En wie denkt aan een overeenkomst, denkt aan de koop. Maar welke koop?

Titel 7.1 noemt er al vier — de consumentenkoop, de koop op proef, de koop van vermogensrechten, de koop van timeshares — naast de 'gewone' koop. Deze moet op zijn beurt plaats bieden aan diverse in de rechtspraktijk onderscheiden koopvormen. De Nederlandse wetgever is bezig met de (huur)koop van onroerende zaken en mag zich opmaken voor de implementatie van EG-richtlijnen die ook voor de koop van belang zijn, zoals de richtlijn betreffende op afstand gesloten overeenkomsten en de voorgestelde richtlijn inzake de verkoop van en de waarborgen voor consumptiegoederen. Op het internationale vlak kan voorts gedacht worden aan het Weens Koopverdrag (CISG). Nu zijn niet al deze regelingen even belangrijk, noch zijn zij alle van recente datum. Desondanks is de trend duidelijk: er komen steeds meer bijzondere koopregimes.

Deze deelregelingen en hun eigenaardigheden zijn wel aanleiding voor BWKJ 14, maar niet het onderwerp ervan. Zij doen namelijk meer algemene vragen rijzen. Wat is het effect ervan op bekende leerstukken, zoals conformiteit en risico? Welke noviteiten bevatten de nieuwe regimes? Wat is de betekenis ervan voor de aansluiting met het algemene verbintenissenrecht?

De redactie neemt afscheid van Paul Jordaans, die sinds 1991 een groot aandeel heeft gehad in de totstandkoming van de verschillende jaarboeken, alleen al door zijn vaardigheden op de computer. Zijn relativerende opmerkingen en prikkelende grappen zullen nog wel klinken op de afdeling burgerlijk recht, maar niet meer in de redactielokalen van het BWKJ. De redactie zal hem missen. Zij verwelkomt Willem van Boom als nieuwe redacteur.

Leiden, september 1998 — De redactie

Inhoud

Koop en contractsevenwicht
W.L. Valk 9

De Parol Evidence Rule; inspiratiebron of afschrikwekkend voorbeeld?
R.P.J.L. Tjittes 25

Risico en proportionaliteit
L. Reurich 49

Koop van vorderingen; over conformiteit, risico en betaling in driepartijenperspectief
W.H. van Boom 65

De bedenktijd in het burgerlijk recht
S.E. Bartels en C.J. Sander 79

Drempels in het kooprecht en effectiviteit van informatieplichten ter bescherming van de consument
J.G.J. Rinkes 99

Acties van de koper bij de niet-nakoming van koopovereenkomsten, mede vanuit een Europeesrechtelijk perspectief
M.M. van Rossum 119

Beschermingsniveaus
B.J. Broekema-Engelen 141

Het 'algemeen deel' van het kooprecht
Jac. Hijma 151

Koop en contractsevenwicht

*W.L. Valk**

INLEIDING

Dat onze economische orde in belangrijke mate bepalend is voor de inhoud van het positieve recht, wordt door wie er oog voor heeft, in het vermogensrecht vrijwel overal opgemerkt. Het spreekt echter wel zeer tot onze verbeelding wanneer de prijs en daarmee het contractsevenwicht in het geding is. De vooral door het natuurrecht gepropageerde opvatting dat de koopprijs in een objectieve zin evenwichtig of rechtvaardig zou moeten zijn (*pretium iustum*),[1] kon in de Middeleeuwse standenmaatschappij — die in overwegende mate een agrarische samenleving was — weerklank vinden, ook al is zij ook destijds nooit algemeen en in haar volle omvang aanvaard. Met onze door de handel gedomineerde economie verdraagt de leer van de rechtvaardige prijs zich echter zeker niet. Op de vrije markt van het economisch liberalisme is een rechtvaardige prijs niets anders dan de overeengekomen prijs. In de woorden van Thomas Hobbes:

'Het is niet onrechtvaardig om iets duurder te verkopen dan we het gekocht hebben, of iemand meer te geven dan hij verdient. De waarde van alle dingen die het onderwerp kunnen zijn van een overeenkomst, wordt bepaald door de begeerte van de

* Mr. W.L. Valk is rechter in de arrondissementsrechtbank te Haarlem.

1. Vergelijk voor deze opvatting: Asser-Hartkamp II (1997), nr. 44; Asser-Schut-Hijma (1994), nr. 212-213. Zie bovendien in rechtsvergelijkend respectievelijk rechtshistorisch verband: H. Kötz, Europäisches Vertragsrecht I, Tübingen: Mohr 1996, p. 198-200; R. Zimmermann, The Law of Obligations, Cape Town/Deventer/Boston: Juta/Kluwer 1990, p. 255-270. Lezenswaard zijn bovendien de rechtstheoretisch getinte beschouwingen van F. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien: Springer-Verlag 1967, p. 103-109 en 151-155; K. Larenz, Richtiges Recht, München: Beck 1979, p. 65-79 (zie ook recenter maar beknopter Larenz' Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München: Beck 1988, p. 45-48).

personen die de overeenkomst sluiten; de rechtmatige waarde is daarom de waarde van hetgeen zij bereid zijn af te staan'.[2]

Ook al heeft men oog voor de schaduwkanten van het moderne marktdenken, men zal toch moeten erkennen dat ons contractenrecht in overwegende mate op het economisch liberalisme is georiënteerd. Voor de bescherming van het leefmilieu, onderlinge solidariteit en andere waarden die in een volledige markteconomie spoedig het onderspit delven, komt het contractenrecht — waarbij ik even afzie van de regelingen van arbeidsovereenkomst en huur van woonruimte — niet op. Voor zover de rechtsorde zich die belangen aantrekt, behartigt zij ze door middel van diverse publiekrechtelijke regelingen, en slechts in beperkte mate door het familievermogensrecht (onderhoudsverplichtingen) en het aansprakelijkheidsrecht (milieuaansprakelijkheid).

Tegen deze achtergrond ligt het voor de hand dat men het begrip 'contractsevenwicht' vooral subjectief behoort te duiden: het contractsevenwicht is de samenhang tussen de door partijen in vrijheid overeengekomen prestatie en tegenprestatie. In een beoordeling van de objectieve gelijkwaardigheid van koopwaar en koopprijs, behoort de rechter niet te treden.[3]

Steeds vrij van objectieve *elementen* is het contractsevenwicht intussen niet. Het moderne kooprecht erkent de mogelijkheid dat een bindende koopovereenkomst tot stand komt, zonder dat de prijs door partijen is bepaald, zelfs ook wanneer door partijen in het midden is gelaten op welke wijze de koopprijs bindend zal kunnen worden vastgesteld. In een dergelijk geval geldt een 'redelijke' of — wat doorgaans op hetzelfde zal neerkomen — de 'gebruikelijke' prijs. Zie art. 7:4 BW, 55 CISG, 5.7 (1) Unidroit Principles en 2.101 PECL. Men zij er echter op bedacht dat een redelijke prijs in deze zin slechts dan aan de orde is, wanneer een volwaardig aanbod van de aspirant-koper of -verkoper door de wederpartij is aanvaard. Welnu, een voorstel tot het sluiten van een koopovereenkomst dat de prijs in het midden laat, zal veelal — zo niet doorgaans — geen aanbod zijn (maar een uitnodiging om in onderhandeling te treden), omdat de

2. Leviathan, hoofdstuk 15.
3. Volgens HR 19 september 1997, NJ 1998, 6 (Assoud/SNS) is dit ook de achtergrond van de uitzondering voor 'kernbedingen' in de definitie van het begrip algemene voorwaarden (art. 6:231 onder a BW).

strekking ervan niet is dat voor het tot stand komen van de koopovereenkomst de enkele aanvaarding ervan volstaat.[4] De meeste aspirant-kopers en -verkopers zullen immers — afgezien van het geval dat voor het onderwerp van de koop een min of meer objectieve dagprijs geldt — niet bereid zijn om zich te binden, voordat zij de prijs hebben bepaald. Het komt er derhalve op neer dat de vraag wat een redelijke of gebruikelijke koopprijs is, slechts bij uitzondering aan de orde komt.[5]

Welke rol speelt het contractsevenwicht — in de zo-even bedoelde subjectieve zin — binnen het moderne kooprecht? Een min of meer alomvattende behandeling van die vraag beoog ik met deze bijdrage allerminst. De lezer moet genoegen nemen met een schets van enige grote lijnen wat betreft drie deelterreinen: wilsgebreken, onvoorziene omstandigheden en tekortkoming.[6]

CONTRACTSEVENWICHT EN WILSGEBREKEN

Ontbreken van het evenwicht als vernietigingsgrond?

In de regeling van het misbruik van omstandigheden van het vierde lid van ons art. 3:44 BW is iedere verwijzing naar het ontbreken van een evenwicht tussen prestatie en contraprestatie zorgvuldig vermeden. Aldus is het eindpunt bereikt van een ontwikkeling waarin de rol van het naar oud recht gestelde nadeelsvereiste gaandeweg werd teruggedrongen.[7] Een en ander past geheel in de hedendaagse subjectieve opvatting van het contractsevenwicht: het gaat er slechts om of de prijs in vrijheid is overeengekomen. Noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid kunnen aanleiding tot vernietiging zijn, een ongewoon hoge of lage

4. Vergelijk de definitie van het aanbod in art. 14 CISG en 2.2 Unidroit Principles.
5. Bij overeenkomsten waarbij persoonlijk dienstbetoon voorop staat, ligt dat anders. Het vertrouwen dat men bijvoorbeeld in de vakbekwaamheid van zijn toekomstige opdrachtnemer heeft, is immers doorgaans belangrijker dan het bedrag van de te zijner tijd verschuldigde tegenprestatie. In de procespraktijk is de bepaling van art. 7:405 lid 2 BW (opdracht) dan ook veelvuldig aan de orde. Dat geldt niet voor art. 7:4.
6. Het 'kooprecht' vat ik dus ruim op; ook de voor de koopovereenkomst van belang zijnde leerstukken van het algemeen deel van het vermogensrecht reken ik ertoe, zoals dat bijvoorbeeld ook gebeurt in Asser-Schut-Hijma (1994).
7. Vergelijk: Asser-Hartkamp II (1997), nr. 214-216; Asser-Schut-Hijma (1994), nr. 257.

prijs niet.[8] Iets anders is dat een voorzienbaar nadeel zoals dat uit een ongebruikelijke prijsstelling voortvloeit, van belang is voor de vraag of de wederpartij het tot stand komen van de rechtshandeling heeft mogen bevorderen of niet.[9] Het ligt bovendien voor de hand dat een ongebruikelijk hoge of lage prijs een belangrijke feitelijke aanwijzing vormt voor de juistheid van de betwiste maar op zichzelf behoorlijk onderbouwde stelling dat men bijvoorbeeld door afhankelijkheid werd bewogen. Het nadeel speelt aldus een rol bij de bewijslevering, dat wil zeggen in elk geval bij de bewijswaardering, maar in sprekende gevallen eventueel ook in de vorm van een bewijslastomkering, naar analogie van hetgeen volgens de tweede volzin van art. 3:34 lid 1 BW in gevallen van geestelijke stoornis geldt.[10]

Het gaat er slechts om of de prijs in vrijheid is overeengekomen. Aldus luidt naar mijn smaak de toonzetting van het moderne vermogensrecht. Voor een opvallende dissonant zorgt de bepaling van art. 3.10 (1) Unidroit Principles met betrekking tot 'gross disparity':

A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to

(a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and

(b) the nature and purpose of the contract.

8. De afhankelijkheid die het gevolg is van een economische machtspositie wordt behalve door art. 3:44 ook door het mededingingsrecht geregeerd. Men vergelijke art. 86 EG-verdrag en art. 24 lid 1 Mededingingswet. Ook hier is het echter nimmer de prijsstelling zelf die tot de ongeldigheid van de koopovereenkomst voert, maar gaat het om het verband tussen economische machtspositie en overeengekomen prijs.
9. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 213.
10. Vergelijk de ontwerpbepaling van art. 7.3.2 uit de gelijktijdig met het nieuwe erfrecht in te voeren regeling van de schenking (titel 3 van Boek 7 BW), die in een omkering van de bewijslast voorziet voor wat betreft de niet in notariële vorm gegoten schenking. Deze bepaling is door de werking van de schakelbepaling van art. 7.3.12 in beginsel ook van toepassing op de gift, en dus bijvoorbeeld ook op de gift die eventueel besloten ligt in de verkoop voor een prijs beneden de marktwaarde. Toepasselijkheid van de bepaling van art. 7.3.2 veronderstelt echter dat de desbetreffende rechtshandeling ertoe strekte om de ene partij ten koste van de andere te verrijken (art. 7.3.12 lid 2) en dus dat uit vrijgevigheid is gehandeld. Ook buiten dat geval acht ik een bewijslastomkering echter denkbaar (analogie met art. 3:34 lid 1).

In het vereiste van een 'excessive advantage' herkent men gemakkelijk het voor het Nederlandse recht verlaten nadeelsvereiste, zij het in een negatieve formulering. Een voordeel voor de ene partij is immers in de regel een nadeel voor de andere. En een 'excessive advantage' laat zich zonder benadeling van de wederpartij niet goed voorstellen. 'Excessive advantage' is voor vernietiging echter op zichzelf niet voldoende, zij moet ook 'unjustifiably' zijn tot stand gebracht. Een variant van de leer van de rechtvaardige prijs is de regeling dan ook niet. Die leer zou in te veel gevallen tot de aantastbaarheid van koopovereenkomsten leiden, namelijk in alle gevallen waarin de prijs in objectieve zin onevenwichtig is. Art. 3.10 verleent daarentegen juist in te weinig gevallen de bevoegdheid tot vernietiging. Wanneer op een onbehoorlijke wijze gebruik is gemaakt van 'dependence, economic distress or urgent needs' of van 'improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill', behoort het — ook wat betreft de internationale handelsovereenkomsten waarvoor de Unidroit Principles zijn geschreven — niet meer ter zake te doen of dit tot een 'excessive advantage' voor de wederpartij leidt of niet. Iets anders dan een misslag kan ik in art. 3.10 dan ook niet zien.[11]

Bedenktijd voor de consument

De vrijheid waarin de prijs werd overeengekomen, is niet alleen in gevallen van misbruik van omstandigheden in het geding, maar ook in gevallen van bedreiging, bedrog, dwaling en geestelijke stoornis. Wat betreft bedreiging spreekt dat vanzelf. Bij bedrog en dwaling gaat het erom dat men over de prijs heeft kunnen onderhandelen, zonder dat men ten opzichte van de wederpartij op achterstand stond wat betreft de voor de prijsstelling relevante informatie. Daarnaast voorziet de wet in het geval dat beide partijen zich bij hun onderhandelingen op onjuiste gegevens baseerden (wederzijdse dwaling). Een vrijheid zonder de informatie die nodig is om die vrijheid uit te oefenen, is illusoir. Hetzelfde geldt voor een vrijheid zonder verstand (geestelijke stoornis).

Deze gronden van vernietigbaarheid komen in een enigszins nieuw licht te staan door een methode van consumentenbescherming die

11. Vergelijk O.A. Haazen, The principle of gross disparity en misbruik van omstandigheden, BWKJ 11 (1995), p. 13 e.v., uit wiens bijdrage evenmin enthousiasme voor art. 3.10 spreekt.

steeds vaker opduikt: de consument wordt een bedenktijd gegund; binnen de gegeven termijn kan hij de koopovereenkomst zonder opgave van redenen beëindigen. Zie het vertrouwde art. 25 Colportagewet, het recente art. 7:48c BW (koop van timeshares), art. 7:2 BW volgens wetsontwerp 23 095 (koop van onroerende zaken) en art. 6 van Richtlijn 97/7/EG (op afstand gesloten overeenkomsten).

Welke invloed heeft het bestaan van dergelijke bedenktijdregelingen nu op de toepassing van de diverse vernietigingsgronden? Mij dunkt dat die invloed tweeërlei is. Allereerst is een beroep op een vernietigingsgrond niet verstandig zolang volgens een bedenktijdregeling nog beëindiging van de koopovereenkomst mogelijk is. Zo kan de koper zich bijvoorbeeld het doorgaans complexe debat over de vraag of hij zich op dwaling kan beroepen besparen, door de overeenkomst eenvoudigweg te beëindigen. Voor die beëindiging behoeft hij immers geen redenen aan te voeren, zodat daarover ook geen discussie kan ontstaan.

Een bedenktijdregeling heeft echter ook zijn invloed wanneer de consument haar ongebruikt laat. Wie zich bijvoorbeeld op bedreiging beroept, heeft meer uit te leggen wanneer hij de bedenktijdregeling niet heeft benut, dan degene die een dergelijke mogelijkheid om de koopovereenkomst te beëindigen niet heeft gehad. Ik zeg niet dat een beroep op bedreiging faalt wanneer de bedreiging niet tot het einde van de bedenktijd voortduurde. Maar dat de koper contracteerde *omdat* hij bedreigd werd, zal men in een dergelijk geval toch minder spoedig kunnen aannemen. Ook is het zeer goed voorstelbaar dat een geestelijke stoornis er mogelijk wel aan in de weg heeft gestaan dat men in de korte tijd tot het sluiten van de koopovereenkomst de consequenties van die overeenkomst ten volle overzag, maar dat niet deed gedurende de langere bedenktijd. Het betoog van een verkoper dat de koopovereenkomst kennelijk niet onder invloed van de gestelde geestelijke stoornis tot stand is gekomen, nu de koper gedurende de bedenktijd niet tot andere gedachten is gekomen, lijkt mij dan ook geenszins kansloos.

Dat van het ongebruikt laten van een bedenktijdregeling invloed uitgaat, is echter niet voor alle gronden van vernietiging even vanzelfsprekend. Bij dwaling bijvoorbeeld lijkt de invloed mij marginaal. Op zichzelf is juist dat de koper de bedenktijd voor nader onderzoek kan aanwenden. Maar wanneer voor een dergelijk onderzoek in redelijkheid geen aanleiding was (geen onderzoeksplicht), kan dat aan een

beroep op dwaling niet in de weg staan. En de verkoper die een onjuiste mededeling deed of juist zweeg waar spreken plicht was, zal zich er niet op kunnen beroepen dat de koper tijdens de bedenktijd geen onderzoek deed, net zo min als hij dat volgens vaste rechtspraak kan wat betreft de periode voorafgaand aan de koop.[12]

Contractsevenwichten wijzigingsbevoegdheid

Het moderne contractenrecht biedt soms een alternatief voor vernietiging, namelijk wijziging van de koopovereenkomst. Het voorstel tot wijziging kan door de wederpartij worden gedaan; maar ook de rechter kan op verlangen van een van partijen de gevolgen van de koopovereenkomst wijzigen. Men zie art. 3:54 (misbruik van omstandigheden) en art. 6:230 BW (dwaling). Een dergelijke regeling kennen ook de Unidroit Principles voor het geval van *gross disparity* in art. 3.10 (2) en (3).[13] Aan de hand van welke maatstaf dient nu te worden beoordeeld of een gedaan wijzigingsvoorstel passend was; welke maatstaf moet de leidraad zijn in het geval van wijziging door de rechter? Dat het overeengekomen contractsevenwicht op zichzelf niet meer beslissend kan zijn, ligt voor de hand; wijziging is immers een alternatief voor vernietiging. Maar kan de koper ook verlangen dat hem bij het wijzigingsvoorstel alsnog wordt geboden waarop hij ten tijde van de koop rekende?

Een eenvoudig voorbeeld kan de vraagstelling verhelderen. Onder invloed van een dwaling in de eigenschappen van de zaak heeft de koper voor *f* 3 000 gekocht. De marktwaarde van de zaak bedraagt *f* 2 000, het verschil met de koopprijs dus *f* 1 000. Voor *f* 1 500 kan de zaak zodanig worden aangepast, dat zij alsnog overeenstemt met de voorstellingen van de koper ten tijde van de overeenkomst. Moet de verkoper aan de koper nu een prijsvermindering van *f* 1 000 of van *f* 1 500 bieden? In het tweede geval wordt hetzelfde resultaat bereikt als met een vordering uit wanprestatie, namelijk vergoeding van het positief contractsbelang. Dat de koper in het zojuist gegeven voorbeeld in het kader van art. 6:230 inderdaad aanspraak kan maken

12. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp); HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (Booy/Wisman); HR 20 november 1973, NJ 1974, 97 (Van der Beek/Van Dartel); HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (Van Geest/Nederlof); HR 10 april 1998, RvdW 1998, 84 (Offringa/Vinck).
13. Wat betreft dwaling vergelijke men art. 3.13 Unidroit Principles, dat echter vooral voor het geval van oneigenlijke dwaling lijkt te zijn geschreven.

op *f* 1 500 wordt in de literatuur wel verdedigd, zij het doorgaans impliciet.[14] Deze opvatting lijkt mij echter onjuist.

Vergoeding van het positief contractsbelang past niet goed in het systeem van ons vermogensrecht. Bij vernietiging is het uitgangspunt dat de gevolgen van de rechtshandeling — hier de koopovereenkomst — ongedaan moeten worden gemaakt, herstel in de oude toestand dus. De vereisten die de wet voor het ontstaan van een vernietigingsgrond stelt, zijn daarop afgestemd. Zo geldt bijvoorbeeld geen schuld- of toerekenbaarheidsvereiste. Het geval dat iedere toerekenbaarheid ontbreekt, laat zich met name in gevallen van wederzijdse dwaling denken. Tegen een vordering uit wanprestatie zal de wederpartij zich in zo'n geval op overmacht kunnen beroepen.[15] Het is ongerijmd dat de dwalende via art. 6:230 zou kunnen bereiken, wat hem in het geval van een beroep op non-conformiteit wordt onthouden. De door mij bestreden opvatting spoort bovendien ook niet met de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot schadevergoeding bij dwaling. De dwalende kan aanspraak maken op schadevergoeding in het geval dat sprake is van onrechtmatige daad (toerekenbaarheid vereist!); maar zijn aanspraak beperkt zich in dat geval tot het negatief contractsbelang.[16]

In mijn opvatting kan de dwalende er bij de toepassing van art. 6:230 slechts aanspraak op maken dat hij in de positie wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij niet had gedwaald. Deze maatstaf is bepalend voor het nieuw te creëren contractsevenwicht. Ook hier zal men in het oog moeten houden dat het niet gaat om objectieve gelijkwaardigheid van de wederzijdse prestaties. Uiteraard is het niet mogelijk om met zekerheid vast te stellen hoe de onderhandelingen tussen deze partijen zouden zijn verlopen wanneer van dwaling geen sprake was geweest. Zonder aanwijzingen voor het tegendeel zal men er van uit moeten gaan dat zij zouden hebben gehandeld als doorsnee partijen doen. In het hiervoor gegeven voorbeeld, komt men dus denkelijk uit op terugbetaling van *f* 1 000.

Maar wat te denken van het volgende geval? Een tweedehands auto wordt verkocht voor *f* 18 000. Achteraf bemerkt de koper dat hij met betrekking tot het aantal met de auto gereden kilometers heeft ge-

14. Zie de in Verbintenissenrecht (Hesselink), art. 230, aant. 8.2 genoemde auteurs.
15. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (Brok/Huberts). Vergelijk hierna.
16. Laatstelijk HR 9 juni 1995, NJ 1995, 534 (Visser/Ridderkerk).

dwaald. Dat is niet de 90 000 km. die de teller aangeeft, maar een slordige 180 000 km. Kan nu de verkoper er zich op beroepen dat de koper geen nadeel heeft geleden — zodat prijsverlaging ex art. 6:230 niet aan de orde is — omdat de overeengekomen prijs volgens de bekende koerslijst van de ANWB ook bij een kilometerstand van 180 000 ruim beneden de marktwaarde van de auto ligt? Ik zou denken van niet. Kennelijk waren er destijds behalve de veronderstelde marktwaarde nog andere factoren die de koopprijs beïnvloedden. Die factoren kunnen min of meer objectief van aard zijn (de staat van de auto), maar ook geheel subjectief. Het valt niet in te zien waarom deze andere factoren geen rol zouden hebben gespeeld, wanneer de koper de juiste kilometerstand zou hebben gekend. Een cijfermatige benadering van het contractsevenwicht dat alsdan het resultaat van de onderhandelingen zou zijn geweest, wordt bereikt door de overeengekomen koopprijs te delen door de koerswaarde bij 90 000 km. en het aldus verkregen breukdeel te vermenigvuldigen met de koerswaarde bij 180 000 km. De omstandigheid dat de overeengekomen koopprijs naar objectieve maatstaven laag was, leidt er dus niet toe dat voor prijsvermindering geen plaats is; wel behoort ook het bedrag van de prijsvermindering verhoudingsgewijs laag te zijn (zoals zij verhoudingsgewijs hoog zou moeten zijn, bij een objectief hoge koopprijs).

Contractsevenwicht en onvoorziene omstandigheden

Verstoring van het evenwicht als onvoorziene omstandigheid

Onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW kunnen zich in diverse vormen voordoen. De toelichting van het driemanschap op art. 6.5.3.11 Ontwerp-Meijers noemt drie categorieën van gevallen: een ernstige verstoring in de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties bij wederkerige overeenkomsten, de overeenkomst heeft haar zin verloren doordat het doel dat partijen ermee hadden, bereikt is of onbereikbaar is geworden en het aan overmacht grenzende geval dat nakoming van een verbintenis uit overeenkomst uitermate bezwaarlijk is geworden.[17] Met het oog op het onderwerp van deze bijdrage, is de eerste categorie ongetwijfeld de meest belangwekkende: 'een ernstige verstoring in de waardeverhouding'.

Een verstoring van het contractsevenwicht kan allerlei oorzaken hebben, zoals geldontwaarding, de inwerkingtreding van bepaalde

17. Parl. Gesch. Boek 6, p. 969.

nieuwe wetgeving, enzovoort. Doorgaans zullen wijzigingen in de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties geen aanleiding kunnen geven tot toepassing van art. 258, omdat dergelijke omstandigheden — veelal stilzwijgend — in de overeenkomst verdisconteerd zijn. Contracteren doet men nu eenmaal in een veranderende wereld. Partijen weten dat en mogen elkaars verklaringen in dat licht begrijpen. In iedere overeenkomst is derhalve verdisconteerd dat de omstandigheden zullen wijzigen. Wie meent dat het risico dat de omstandigheden hem ten nadele zullen wijzigen, niet opweegt tegen de kansen die de te sluiten overeenkomst hem zal bieden, moet niet contracteren. Slechts een verstoring in de waardeverhouding die werkelijk (uitzonderlijk) ernstig is, zal daarom 'onvoorzien' kunnen heten.

Van diverse zijden is gepoogd een criterium te formuleren, dat op bruikbare wijze kan onderscheiden tussen 'gewone' en voldoende ernstige verstoringen in de waardeverhouding.[18] De laatste jaren gaat de aandacht vooral uit naar een kwantitatieve maatstaf. Volgens het officiële commentaar op de Unidroit Principles zou de grens liggen bij een stijging in de kosten voor de schuldenaar van 50% of meer, respectievelijk een daling in de waarde van de tegenprestatie met eenzelfde percentage.[19] Een dergelijke maatstaf is ook voor het Duitse recht verdedigd.[20] Met enige voorzichtigheid heeft onlangs Abas het 50%-criterium ook voor het Nederlandse recht verdedigd. Abas ziet in het criterium niet meer dan een uitgangs- of gezichtspunt, dat met de nodige voorzichtigheid moet worden geformuleerd.[21]

Ik voel er weinig voor.[22] Het 50%-criterium — of het nu met meer of minder voorzichtigheid wordt gehanteerd — suggereert een exactheid die de rechter slechts kan misleiden. Bij de toepassing van art. 6:258 is de aard van de overeenkomst van doorslaggevend belang, zoals ook blijkt uit lid 2 van die bepaling. Bij de koop van aandelen behoort de grens geheel anders te worden getrokken dan bij de koop van de veel meer waardevaste obligaties. Bij het aangaan van de

18. Vergelijk Verbintenissenrecht (Valk), art. 258, aant. 34.
19. Comment 2 bij art. 6.2.2.
20. Zie het hierna bedoelde artikel van Abas.
21. P. Abas, Enige gedachten over de gedeeltelijke ontbinding (aanpassing) in de zin van art. 6:258 BW, WPNR 6307 (1998), p. 211 e.v.
22. Kritisch is ook Jac. Hijma, Imprévision, BWKJ 11 (1995), p. 62.

overeenkomst zullen partijen in het eerste geval immers veel grotere variaties binnen het contractsevenwicht hebben voorzien, dan in het laatste.[23] En de koop van bouwgrond door een projectontwikkelaar die daartoe door de gemeente is benaderd in verband met de wens om een nieuwbouwwijk van een winkelcentrum te voorzien, is van geheel andere orde dan de koop door een speculant van in de nabijheid van de bebouwde kom gelegen grond met een vooralsnog agrarische bestemming. Kortom, waar de maatlat met 50% voor de ene overeenkomst veel te hoog komt te liggen, ligt zij voor de andere weer veel te laag. Wie per se een kwantitatieve maatstaf wenst, zal eerst een deugdelijke typologie van (koop)overeenkomsten moeten ontwikkelen — of dat mogelijk is, betwijfel ik — om vervolgens voor elk type een percentage vast te stellen.

De vraag of zich een voldoende ernstige verstoring van de waardeverhouding voordoet, laat zich naar mijn smaak slechts van geval tot geval beantwoorden. Eén aanwijzing wil ik echter niet achterwege laten. Ook binnen het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden moet het contractsevenwicht subjectief worden opgevat. In dat opzicht is het begrip 'waardeverhouding' minder gelukkig. Het suggereert een beoordeling van de evenwichtigheid van de wederzijdse prestaties louter aan de hand van de objectieve waarde ervan. Uiteraard is de marktwaarde van belang. De vergelijking behoort echter niet plaats te vinden tussen — in het geval van koop — de actuele marktwaarde van de koopwaar en de overeengekomen prijs, maar tussen de marktwaarde van de koopwaar ten tijde van het aangaan van de overeenkomst en die marktwaarde nu.

Het contractsevenwichten de inhoud van de constitutievebeslissing
Wanneer een verstoring van het contractsevenwicht zodanig ernstig is dat zij tot toepassing van art. 6:258 moet leiden, wat is dan de maatstaf die bepalend behoort te zijn voor de constitutieve beslissing van de rechter? Art. 6:258 laat die vraag onbeantwoord.[24] Uit de wet volgt slechts welke mogelijkheden de rechter heeft: wijziging in verschillende zin, algehele ontbinding, verschillende vormen van

23. Voor het verband tussen wat partijen ten tijde van de overeenkomst konden voorzien en het criterium van 'onvoorziene omstandigheden' zoals dat door de wetgever is bedoeld, zie mijn bijdrage in Rechtshandeling en overeenkomst, Deventer 1998, nr. 288.
24. Dat geldt ook voor de Unidroit Principles, zie art. 6.2.3.

gedeeltelijke ontbinding en dat alles eventueel onder bepaalde voorwaarden (art. 6:260 BW). De Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer geeft ons wel een aanwijzing: de rechter zal met zijn beslissing zoveel mogelijk moeten aansluiten bij hetgeen partijen reeds aan rechtsgevolgen hebben geregeld of in de overeenkomst opgesloten lag.[25]

Waartoe leidt die aanwijzing ons? In de eerste plaats is algehele ontbinding zonder meer, geen passende beslissing in gevallen van verstoring van het contractsevenwicht. Zo'n beslissing zou er immers toe leiden dat nu de andere partij geheel het nadeel van de verstoring van het contractsevenwicht zou krijgen te dragen.[26] Ontbinding leidt immers tot bevrijding van de wederzijdse verbintenissen, met ongedaanmaking van hetgeen reeds op grond van de overeenkomst is gepresteerd. En zoals er geen evenwicht meer bestaat tussen de wederzijdse verbintenissen, bestaat er ook geen evenwicht tussen de wederzijdse bevrijding van die verbintenissen. In het geval van verstoring van het contractsevenwicht behoort de beslissing van de rechter ertoe te leiden dat het nadeel dat van die verstoring het gevolg is, door beide partijen wordt gedragen. Dat kan zowel met wijziging van de gevolgen van de overeenkomst als met een gedeeltelijke ontbinding worden bereikt. Eventueel is ook een algehele ontbinding denkbaar, mits onder de voorwaarde dat de partij die daardoor onevenredig zou worden bevoordeeld, aan de wederpartij een vergoeding betaalt.

Dat de rechter moet aansluiten bij de rechtsgevolgen waarin de overeenkomst wel voorziet, betekent ook dat het risico van het intreden van de onvoorziene omstandigheden in gevallen van een verstoring van het contractsevenwicht niet door beide partijen gelijkelijk behoort te worden gedragen. Wanneer het zo is — volgens hetgeen (stilzwijgend) in de overeenkomst was verdisconteerd — dat bijvoorbeeld een verstoring in het contractsevenwicht tot 35% geheel voor rekening van een van partijen zou zijn gekomen, valt niet in te

25. Parl. Gesch. Boek 6, p. 974.
26. Hierin is een wezenlijk verschil gelegen tussen wijziging op grond van art. 6:230 en toepassing van art. 6:258. Het is weinig gelukkig dat beide regelingen in HR 18 november 1997, RvdW 1997, 241 (Luycks/Kroonenberg) in één adem worden genoemd, als ware het van weinig belang welke van beide van toepassing is. Vergelijk ook de kritische opmerkingen bij het arrest van P. Abas, WPNR 6308 (1998), p. 221 e.v.

zien waarom bij een ernstige verstoring de wederpartij meer zou moeten bijdragen dan *voorzover* de verstoring de 35% te boven gaat. En waarom die bijdrage groter zou moeten zijn dan die van de andere partij, valt evenmin in te zien.[27] Kortom, ik zou in het gegeven voorbeeld de verstoring van het contractsevenwicht slechts voor rekening van de wederpartij willen brengen voor de helft van het deel dat de 35% te boven gaat.[28]

CONTRACTSEVENWICHT EN TEKORTKOMING

Contractsevenwichten wanprestatie

Het contractsevenwicht zoals dat besloten ligt in de koopovereenkomst gaat in de uitvoeringsfase over op de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen. In de nakoming van de wederzijdse verbintenissen krijgt het contractsevenwicht gestalte zoals dat partijen bij het aangaan van de koopovereenkomst voor ogen stond.

Schiet een van partijen tekort, dan zal men veelal met een surrogaat genoegen moeten nemen, zoals schadevergoeding of prijsvermindering. Ook dan mag de rechter de verhouding tussen de overeengekomen wederzijdse prestaties niet beoordelen, ook dan moet hij het subjectieve contractsevenwicht respecteren. Hij kan een vordering tot schadevergoeding dus niet afwijzen op de grond dat eiser reeds voldoende aan de koopovereenkomst heeft verdiend. Ook matiging op die grond lijkt mij uitgesloten. En bij prijsvermindering — naar Nederlands recht niet afzonderlijk in de wet geregeld, maar niettemin mogelijk in de vorm van gedeeltelijke ontbinding[29] — behoort men het bedrag van de vermindering te relateren aan de overeengekomen koopprijs en niet aan de objectieve waarde van de overeengekomen prestatie. Wie tien gelijke gouden ringen koopt voor *f* 10 000, maar er slechts negen ontvangt, kan aanspraak maken op vermindering van de prijs met *f* 1 000, ook al is de marktwaarde van de ring niet meer dan *f* 850, zodat de koper in staat moet worden geacht zich voor dat bedrag elders alsnog eenzelfde ring te verwerven (in dit geval is

27. Daarbij ga ik ervan uit dat de onvoorziene omstandigheden geheel zonder toedoen van partijen zijn ingetreden.
28. In vergelijkbare zin: M.G. Levenbach, Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden, diss. UvA, Amsterdam 1923, p. 291; J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht, Deel 1, Deventer 1997, p. 606 e.v.
29. Asser-Schut-Hijma (1994), nr. 528 e.v.; een afzonderlijke regeling voor prijsvermindering vindt men wel in art. 4.401 PECL.

prijsvermindering voor de koper derhalve voordeliger dan schadevergoeding).

Contractsevenwichten overmacht

De zojuist besproken prijsvermindering is ook in geval van overmacht mogelijk (overmacht staat aan ontbinding immers niet in de weg); maar wat betreft een vordering tot schadevergoeding ligt dat geheel anders. Ik beperk mij in dit verband tot de vorm van een ten achter blijven bij de contractuele verbintenis, die ongetwijfeld tot de meeste vragen aanleiding geeft, namelijk de non-conformiteit. De verkoper beroept zich er dan op dat hij het gebrek niet heeft gekend en redelijkerwijs ook niet heeft behoeven te vermoeden.

Een dergelijk overmachtsberoep genoot in de rechtspraktijk tot nu toe nauwelijks enige populariteit. Men leek er — doorgaans stilzwijgend — van uit te gaan dat de verplichting van art. 7:17 BW een 'wettelijke garantie' inhoudt, in welke opvatting een beroep op overmacht steeds zonder gevolg moet blijven. Nu de opvatting van de wettelijke garantie onlangs door de Hoge Raad is verworpen,[30] kan het niet anders dan dat de betekenis van het overmachtsleerstuk in gevallen van non-conformiteit alsnog door de rechtspraktijk zal worden ontdekt.

Wat bekent overmacht voor het contractsevenwicht? Die vraag is niet zozeer aan de orde in het door de Hoge Raad besliste geval, waarin het overmachtsberoep in stelling werd gebracht tegen een vordering tot vergoeding van de 'herstelkosten' (in het gegeven geval bedroegen die kosten een veelvoud van de koopprijs). Wat echter wanneer de koper naast of in plaats van de door hem in verband met de non-conformiteit gemaakte kosten het verschil in waarde als schade opvoert?

Zoals reeds gememoreerd is in gevallen van overmacht prijsvermindering gewoon mogelijk. Anders dan in het geval van een proportionele vermindering van de koopprijs (het geval van de tien ringen) is het niet eenvoudig te zeggen hoe het bedrag van de vermindering zou moeten worden berekend. Zonder aanwijzingen voor het tegendeel zal men noodgedwongen van het objectieve waardeverschil uit moeten gaan. Prijsvermindering benadert zo schadevergoeding.

30. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (Brok/Huberts), door mij besproken in NbBW 1998, p. 72 e.v.

Overmacht staat ook niet in de weg aan een beroep op dwaling. In vrijwel alle gevallen van non-conformiteit zal vernietiging ex art. 6:228 BW mogelijk zijn (voor zover geen onjuiste mededeling of verzwijging aan de orde is, zal sprake zijn van wederzijdse dwaling), hoe onwetend de verkoper ook was. Dat is ook niet onredelijk, want de zaak was reeds met het gebrek behept in de periode dat zij nog voor risico van de verkoper was. Door de koopovereenkomst te vernietigen kan de koper het gebrek alsnog voor rekening van de verkoper brengen. De koper krijgt immers de volledige koopprijs terug, terwijl daartegenover de verkoper de zaak met het eraan verbonden gebrek retour ontvangt. De koper die inmiddels aan de zaak gehecht is, of om andere redenen er niet voor voelt om de overeenkomst ongedaan te maken, kan op grond van art. 6:230 BW de rechter verzoeken de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van zijn nadeel te wijzigen. Ook zo kan de koper het waardeverschil dus ten laste van de verkoper brengen.

Moet de koper die het waardeverschil niet vordert bij wijze van prijsvermindering of met een beroep op art. 6:230, maar als schadevergoeding wegens non-conformiteit, het hebben van art. 48 Rv (ambtshalve aanvullen van rechtsgronden) — gesteld dat die bepaling de rechter voldoende ruimte biedt om de koper behulpzaam te zijn, hetgeen zeker niet steeds het geval zal zijn — of leidt een vordering tot schadevergoeding zonder omwegen toch tot hetzelfde resultaat? Mij dunkt dat art. 6:78 BW ons hier de weg wijst. Volgens deze bepaling is de schuldenaar ook in het geval van overmacht schadevergoeding verschuldigd, indien en voor zover hij in verband met de tekortkoming 'een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad', een en ander met toepassing van de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Wanneer de verkoper behoorlijk was nagekomen, zou hij niet het voordeel hebben genoten dat de hogere koopprijs hem biedt; hij zou het gebrek immers hebben moeten herstellen (met de daaraan verbonden kosten). Daaruit volgt dat hij dit voordeel aan de koper dient af te staan (die immers voor het bedrag van het prijsverschil is verarmd). Aldus wordt voorkomen dat de diverse aan de koper ten dienste staande rechtsmiddelen op willekeurige wijze tot verschillende uitkomsten leiden.

Slot

Met de verwerping van de leer van de rechtvaardige prijs is de rol van het contractsevenwicht — nu in subjectieve zin op te vatten — niet uitgespeeld, dat heeft de rondgang langs de deelterreinen van de wilsgebreken, de onvoorziene omstandigheden en de tekortkoming ons wel geleerd. Dat de in vrijheid overeengekomen koopprijs wordt gerespecteerd, betekent niet alleen (negatief) dat een koopovereenkomst niet ongeldig is op grond van de prijsstelling alleen, maar ook (positief) dat bij de toepassing van allerlei op de koopovereenkomst toepasselijke regels met die prijsstelling terdege rekening wordt gehouden.

De Parol Evidence Rule

INSPIRATIEBRON OF AFSCHRIKWEKKEND VOORBEELD?

*R.P.J.L. Tjittes**

1. INLEIDING

Het praktisch belang van de uitleg van overeenkomsten kan nauwelijks worden overschat. Nadat is komen vast te staan dat een overeenkomst onaantastbaar tot stand is gekomen, moet enerzijds worden bepaald waarop de schuldeiser precies recht heeft en anderzijds wat de exacte verplichtingen van de schuldenaar zijn. Het vaststellen van de inhoud van de verbintenis is in het bijzonder van belang om na te kunnen gaan of de schuldenaar zijn verplichtingen al dan niet is nagekomen. Daarbij komt het in de eerste plaats aan op de uitleg van hetgeen partijen zijn overeengekomen.

Het criterium aan de hand waarvan een overeenkomst in Nederland wordt uitgelegd, is de zogenaamde Haviltex-formule: bij de uitleg van een overeenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan die overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien van elkaar mochten verwachten.[1] De normen voor de uitleg van een overeenkomst sluiten aan bij de normen voor de totstandkoming van de overeenkomst (de wil- en vertrouwensleer, neergelegd in de artt. 3:33 en 35 BW).[2] Wat partijen zijn overeengekomen kan niet anders vastgesteld worden dan op het moment van het totstandkomen van de overeenkomst. De subjectieve uitleg, waarbij het gaat om het achterhalen van de bedoeling van partijen, staat daarbij voorop, maar als deze bedoeling — zoals in vele gevallen — niet vastgesteld kan worden, dan vindt een

* Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de Vrije Universiteit en als raadsheer-plv. aan het Gerechtshof te Amsterdam.

1. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex).
2. Die normen zijn een indicatie van hetgeen de wetgever (impliciet) beschouwt als de grondslagen van de contractuele gebondenheid.

objectieve uitleg plaats, dat wil zeggen dat een contractsbeding wordt opgevat in de zin die partijen daaraan redelijkerwijs zouden geven. In andere rechtssystemen zijn de normen voor contractsuitleg niet veel anders. Kötz vat het aldus samen:

'Der Streit zwischen 'Willenstheorie' und 'Erklärungstheorie' mag früher — auf dem europäischen Festland wohl noch mehr als in England — eine wichtige Rolle gespielt haben. Für die Frage der Auslegung von Verträgen hat er heute keine praktische Bedeutung mehr.'[3]

Internationale verdragen als het Weens Koopverdrag (art. 8 CISG) en een internationale standaard als de UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (art. 4.1 UP) kennen eveneens de regel dat bij de uitleg van een overeenkomst de gezamenlijke partijbedoeling (de subjectieve uitleg) vooropstaat en, als die niet vastgesteld kan worden, dat de overeenkomst dan uitgelegd moet worden in de zin die redelijke personen in dezelfde positie als partijen in dezelfde omstandigheden daaraan zouden hebben gegeven (objectieve uitleg).

Uitleg van een koopovereenkomst, de overeenkomst waarop deze bundel de aandacht richt, verschilt niet van de uitleg van een overeenkomst in het algemeen.[4]

Een van de weinige, maar opvallende, overgebleven mondiale afwijkingen bij de contractsuitleg doet zich voor bij de uitleg van overeenkomsten naar Anglo-Amerikaans recht. In de common law landen geldt de zogenaamde *parol evidence rule*. Kort gezegd komt die regel er op neer dat als partijen een overeenkomst schriftelijk hebben vastgelegd, zij geen bewijs mogen leveren van het bestaan van eerdere schriftelijke of mondelinge toezeggingen of overeenkomsten die in strijd zijn met de schriftelijke overeenkomst of die deze aanvullen. In de Verenigde Staten speelt de *parol evidence rule* een veel belangrijker rol dan in Engeland, waar bij voorbeeld de Law Commission in 1976 heeft gepleit voor afschaffing daarvan.[5] De vele rechtspraak en literatuur die over de *parol evidence rule* in de Verenigde Staten verschijnt, onderstreept het grote belang dat daar wordt gehecht aan die 'regel'. Zo beweren Calamari en Perillo dat:

3. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, Band I, 1996, p. 170 (onder) - 171 (boven).
4. Zie Asser-Schut-Hijma (1994), nr. 24.
5. Zie Treitel, The Law of Contract, 1995, p. 176 e.v. Zie ook de Law Commission Report on The Parol Evidence Rule (no. 154) uit 1986.

'(...) most of the contract decisions reported do not involve offer and acceptance or other subjects usually explored in depth in a course in contracts but rather involve the parol evidence rule and questions of interpretation (...).'[6]

In het recente ontwerp tot aanpassing van Uniform Commercial Code (UCC), een wet die in 49 van de Amerikaanse staten onder meer het kooprecht van roerende zaken tussen ondernemers onderling regelt, is de *parol evidence rule* een beetje aangevuld, maar voor het overige onaangetast opgenomen.

De vraag die ik in deze bijdrage wil behandelen, is of de *parol evidence rule* ook in het Nederlandse recht van belang zou kunnen zijn, in die zin dat daar bepaalde nuttige gezichtspunten aan ontleend kunnen worden.[7] Daartoe wil ik in paragraaf 2 tot en met 4 eerst uitvoerig ingaan op de inhoud van de *parol evidence rule* naar Amerikaans recht. In Nederland is aan de *parol evidence rule* nauwelijks aandacht besteed,[8] zodat ik aan enige 'Auslandsrechtskunde' niet ontkom. Vervolgens ga ik in paragraaf 5 na of en, zo ja, in hoeverre de *parol evidence rule* de uitleg van overeenkomsten naar Nederlands recht iets kan bieden in de eerder vermelde zin. De bijdrage wordt in paragraaf 6 afgesloten met een paar slotopmerkingen.

2. De parol evidence rule; inleiding

Aan de uitleg van de inhoud van een overeenkomst gaat naar Amerikaans recht, evenals volgens het recht van andere common law landen, een fase vooraf. Voordat een overeenkomst uitgelegd wordt, moet bepaald worden wat precies het object van de uitleg is. Dat is het domein van de zogenaamde *parol evidence rule*. De *parol evidence rule* ziet op de vraag of en wanneer partijen bij een schriftelijke overeenkomst bewijs mogen leveren van eerdere[9] schriftelijke of

6. Calamari & Perillo, A plea for a uniform parol evidence rule and principles of interpretation, 41 Indiana L.J. 1967, p. 333 e.v.
7. Zie voor een aantal in de rechtspraak te ontwaren uitlegregels: Van Schaick, Uitlegregels, WPNR 6311 (1998), p. 272 e.v.
8. Zie echter Hondius, De *entire agreement* clausule: Amerikaanse contractsbedingen in het Nederlandse recht, in: Recht als norm en als aspiratie (red. Ten Berge e.a.), 1986, p. 25-27 en Zonderland, Indeling, uitlegging en regeling van overeenkomsten, Serie Bijzondere Contracten, deel 1, 1977, p. 101 e.v. en dezelfde in zijn noten bij RvA Bouwbedrijven 30 december 1974, NJ 1976, 170 en RvA Metaalnijverheid 7 maart 1977, NJ 1978, 61.
9. De vraag of een mondelinge overeenkomst, die gelijktijdig met de schriftelijke

mondelinge overeenkomsten of toezeggingen die de schriftelijke overeenkomst ontkrachten of aanvullen. Zoals de *parol evidence rule* in art. 2-202 UCC is verwoord:

'Terms (...) which are (...) set forth in writing intended by the parties as a final expression of their agreement with respect to such terms as are included therein may not be contradicted by evidence of any prior agreement or of a contemporaneous oral agreement (...).'[10]

Een voorbeeld van de werking van de *parol evidence rule* is Gianni *v.* R. Russel & Co. 281 Pa. 320 (1924). Gianni verkoopt tabak, fruit, snoep en frisdrank in een kantoorgebouw. Nadat het kantoorgebouw is verkocht, is Gianni een nieuwe schriftelijke huurovereenkomst aangegaan, waarin is bepaald dat hij het gehuurde voortaan niet meer mag gebruiken voor de verkoop van tabak. Een supermarkt die later een deel van het kantoorgebouw heeft gehuurd, verkoopt evenals Gianni frisdrank. Gianni spreekt daarop de eigenaar-verhuurder aan wegens de niet-nakoming van een door deze voor het vernieuwen van de huurovereenkomst gedane mondelinge belofte dat Gianni het exclusieve recht heeft om in het kantoorgebouw frisdrank te verkopen. Tegenover deze belofte is Gianni, naar zijn zeggen, een hogere huurprijs en de afspraak om geen tabak meer te verkopen, overeengekomen. Op grond van de *parol evidence rule* is Gianni niet toegestaan bewijs te leveren van die mondelinge afspraak.

De *parol evidence rule* ziet op de vaststelling van het object van de uitleg. Zij sluit niet het bewijs uit om een schriftelijke overeenkomst uit te leggen. De *parol evidence rule* belet derhalve niet dat eerdere overeenkomsten of onderhandelingen bewijs kunnen opleveren voor de betekenis van het schriftelijke stuk (par. 214 sub c Rest.Contr.2d).

overeenkomst wordt gesloten, onder de *parol evidence rule* valt, wordt in de rechtspraak niet eenduidig beantwoord. Corbin, Contracts, deel 3A, 1969, par. 577, acht een aanvulling (niet: een tegenspraak) van de schriftelijke overeenkomst door een gelijktijdige mondelinge overeenkomst of toezegging geoorloofd, omdat de schriftelijke overeenkomst aldus kennelijk niet de volledige afspraak van partijen omvatte (er is geen sprake van een *complete integration*, zie par. 4.1). In gelijke zin par. 214 aanhef en sub a Rest.Contr.2d. Anders: art. 2-202 UCC.

10. In Rest.Contr.2d is de *parol evidence rule* neergelegd in par. 213.

3. De ratio en de grondslag van de parol evidence rule

De ratio van de *parol evidence rule* is de volgende.[11] Het op schrift stellen van een afspraak is het sluitstuk van de onderhandelingen over een contract. Een dergelijk schriftelijke stuk, waarin de overeenkomst van partijen is neergelegd, heeft een bewijsfunctie. Als er een geschil rijst over wat partijen hebben afgesproken, dan kunnen zij een beroep doen op het schriftelijke stuk. Een beroep daarop is veelal betrouwbaarder dan een beroep op het geheugen van (partij)getuigen. De normale gang van zaken is dat het schriftelijke stuk alle belangrijke elementen van de afspraak bevat. Eerdere rechten en verplichtingen die daarin niet meer voorkomen, hebben partijen kennelijk niet bedoeld om voort te bestaan. De bewijsfunctie van de schriftelijke overeenkomst zou ontkracht worden als de inhoud van het schriftelijke stuk eenvoudig door bewijs uit de precontractuele fase onderuit gehaald zou kunnen worden. De *parol evidence rule* geeft in essentie dus een ervaringsregel bij de bewijswaardering weer.

De grondslag van de *parol evidence rule* is de hypothetische partijwil. Een latere schriftelijke overeenkomst is door partijen kennelijk bedoeld om eerdere verklaringen of overeenkomsten te ontkrachten. Een schriftelijke overeenkomst, die de definitieve partijafspraken volledig omvat, heeft het effect dat mogelijke verbintenissen uit eerdere (mondelinge of schriftelijke) overeenkomsten teniet gaan (aldus par. 213 leden 1 en 2 Rest.Contr.2d, waar gesproken wordt van *discharge* van eerdere mondelinge overeenkomsten).

4. Grenzen aan de werking van de parol evidence rule

Het begrip *parol evidence rule* is om een aantal redenen onjuist.[12] In de eerste plaats is het naar Amerikaanse begrippen geen regel van bewijsrecht, maar van materieel recht. Het sluit bepaald bewijs uit. Naar Nederlands recht is het niet onjuist om een bewijsuitsluitingsregel tot het bewijsrecht te rekenen. In de tweede plaats ziet de *parol evidence rule* niet alleen op mondeling (*parol*) bewijs, maar op alle vormen van bewijs. Een beroep op schriftelijke stukken als faxen, concept-overeenkomsten en correspondentie kan evenzeer uitgesloten zijn. In de derde plaats is de *parol evidence rule* in strikte zin geen uitlegregel, maar omlijnt het het object van de uitleg. De *parol*

11. Zie Farnsworth, Contracts, 2e druk, 1990, par. 7.2.
12. Zie comment a bij par. 213 Rest.Contr.2d.

evidence rule ontzegt werking aan eerdere schriftelijke of mondelinge overeenkomsten en bepaalt aldus wat de uit te leggen overeenkomst is. In de vierde plaats is de *parol evidence rule* nauwelijks een regel te noemen, omdat er vele uitzonderingen op bestaan. De beperkingen aan en uitzonderingen op de *parol evidence rule*, behandel ik in de volgende subparagrafen.

4.1 Integration; complete and final integration

Ten eerste vindt de *parol evidence rule* alleen toepassing als de partijen (een beding in) de schriftelijke overeenkomst bedoeld hebben als een definitieve weergave (*final expression*) van hun afspraak. In dat geval is het document een *integration* van hun afspraak (par. 209 lid 1 Rest.Contr.2d). De *parol evidence rule* heeft geen betrekking op stukken die uitgewisseld worden in een lopend onderhandelingsproces als concept-overeenkomsten of memoranda. Of er sprake is van een *integrated agreement* mag bewezen worden met alle middelen, waaronder overeenkomsten en onderhandelingen voor of tijdens het sluiten van de schriftelijke overeenkomst (par. 214 sub a Rest.Contr.2d). Het komt mij voor dat aldus de bewijsproblemen, die de *parol evidence rule* beoogt te voorkomen, slechts een fase verschoven worden.

Nadat is vastgesteld dat een schriftelijk stuk een definitieve weergave van de partijafspraak is, moet vervolgens worden nagegaan of deze definitieve afspraak betrekking heeft op een deel (*partially integrated agreement*) of op alle (*completely integrated agreement*) onderdelen van hetgeen partijen zijn overeengekomen (par. 210 Rest. Contr.2d). Indien er sprake is van een *partial integration*, dan is bewijs, waarbij het deel dat definitief is overeengekomen door eerdere mondelinge of schriftelijke afspraken wordt tegengesproken, niet toegestaan (par. 215 Rest.Contr.2d). Uiteraard is een aanvulling van een dergelijke *partially integrated agreement* door een daarmee verenigbare mondelinge afspraak wel geoorloofd (par. 216 lid 1 Rest.Contr.2d). Indien er daarentegen sprake is van een *complete integration* — het schriftelijke stuk bevat de definitieve en gehele overeenkomst tussen partijen — dan mag het schriftelijk overeengekomene door eerdere bewijsmiddelen niet ontkracht of aangevuld worden.[13] Het bewijs dat een *integrated agreement*, *partially* of

13. Zie par. 2-202 sub b UCC en par. 215 en 216 lid 1 Rest. Contr.2d.

completely integrated is, kan eveneens geleverd worden door het bewijzen van overeenkomsten en onderhandelingen voorafgaand of samengaand aan de schriftelijke overeenkomst (par. 214 sub b Rest. Contr.2d). Wederom constateer ik dat er sprake is van het verschuiven van het bewijsprobleem.

Ik keer terug naar de zojuist genoemde vragen. Hoe moet de rechter bepalen of er sprake is van een *integration*, dat wil zeggen dat het schriftelijk overeengekomene de weergave van de definitieve partijafspraak is, en hoe moet hij vervolgens bepalen of die weergave de overeenkomst tussen partijen geheel of gedeeltelijk omvat? Het antwoord op deze vragen is van het grootste belang voor de rechtszekerheid die de *parol evidence rule* biedt.[14] De geleerden en, in het voetspoor daarvan, de rechters, verschillen daarover van mening. De bekende tegenstrevers onder de auteurs zijn Williston en Corbin.[15]

Williston staat een objectieve benadering voor.[16] Volgens hem moet de rechter bij het bepalen of een schriftelijke overeenkomst een *partial* of een *total integration* is, uitsluitend kijken naar het schriftelijke stuk zelf. De rechter moet primair nagaan of de overeenkomst een *merger clause* bevat (zie paragraaf 4.2 van deze bijdrage). Zo ja, dan is er sprake van een *complete integration*. Zo niet, dan moet hij bezien of de overeenkomst op het eerste gezicht definitief en volledig is. Is dat het geval, dan is de overeenkomst een *complete integration*. De bewoordingen van de overeenkomst spelen daarbij een doorslaggevende rol. In de nodige jurisdicties volgen de rechters de opvatting van Williston.

Corbin daarentegen staat een subjectieve benadering voor.[17] Naar zijn mening moet de bedoeling van partijen achterhaald worden: of zij het schriftelijke stuk als een definitieve weergave van hun afspraken zien en, zo ja, of deze afspraken geheel, dan wel gedeeltelijk in de schriftelijke overeenkomst zijn opgenomen. Bij het vaststellen van die bedoeling mogen alle bewijsmiddelen gebruikt worden. De benadering van Corbin geldt als de meer moderne en wordt gevolgd in de Restatement, Second, Contracts.[18] Bij het beantwoorden van

14. Zie ook Braucher, Interpretation and legal effect in the second Restatement of contracts, 81 Colum.L.Rev. 1981, p. 17.
15. Zie een uitvoerige weergave van hun standpunten: Justice Sneed in Interform Co. *v.* Mitchell Constr. Co., 575 F. 2d 1270, 1275-1277 (9th Cir. 1978).
16. Williston, Contracts, deel 4, 3e druk, 1961, par. 633-639.
17. Zie Corbin, Contracts, deel 3A, 1960, par. 582.
18. Aldus ook Murray, The parol evidence process and the standardized agreements

de vraag of een overeenkomst een *integrated agreement* is worden de bewoordingen van het schriftelijke stuk belangrijk gevonden, maar zij zijn niet doorslaggevend. Par. 209 lid 3 Rest.Contr.2d bepaalt dat een weerlegbaar bewijsvermoeden geldt dat een contract een *integrated agreement* is, indien het, gelet op de volledigheid en gedetailleerdheid daarvan, redelijkerwijs de indruk wekt een *integrated agreement* te zijn. In de toelichting op par. 210 Rest.Contr.2d staat:

'a writing cannot of itself prove its own completeness, and wide latitude must be allowed for inquiry into circumstances bearing on the intention of the parties'.[19]

De door Corbin voorgestane subjectieve benadering om te bepalen of een schriftelijke overeenkomst een definitieve en volledige weergave van de partijafspraak is, is ook gekozen door de Californische Supreme Court in Masterson *v.* Sine, 436 P.2d 561 (Cal. 1968). Masterson en zijn vrouw zijn de eigenaren van een boerderij. Zij verkopen de boerderij voor $ 50.000 en dragen deze over aan Sine, de zuster en zwager van Masterson. Partijen komen schriftelijk overeen dat Masterson een tien jaar durende optie krijgt om de boerderij voor dezelfde prijs terug te kopen. Eventuele verbeteringen die Sine inmiddels aan de onroerende zaak heeft aangebracht moet Masterson vergoeden. Masterson gaat vervolgens failliet. Zijn curator wenst de optie uit te oefenen. Om dat te voorkomen wil Sine bewijzen — waarbij Masterson hem te hulp schiet — dat partijen voorafgaand aan het sluiten van de schriftelijke koopovereenkomst mondeling zijn overeengekomen dat de optie strikt persoonlijk en niet voor overgang vatbaar is, met als doel om de boerderij in de familie te houden. De Californische Supreme Court beslist bij monde van Justice Traynor dat Sine het persoonlijke karakter van de optie mag bewijzen. De *parol evidence rule* staat hem daarbij niet in de weg. De Supreme Court neemt aan dat de overeenkomst van partijen slechts *partially integrated* was in de schriftelijke optieovereenkomst. De Supreme Court verwerpt nadrukkelijk de zienswijze dat de toelaatbaarheid van *parol evidence* enkel afhangt van het antwoord op de vraag of de schriftelijke overeenkomst op het eerste gezicht onvolledig lijkt:

under the Restatements, Second, Contracts, 123 U.Pa.L.Rev. 1975, p. 1342.

19. Comment b op par. 210 Rest.Contr.2d.

'The requirement that the writing must appear incomplete on its face has been repudiated in many cases (...)'.

De bedoeling van partijen is doorslaggevend. Volgens de Supreme Court moet daarbij vooral worden gekeken naar de geloofwaardigheid van het aangeboden bewijs. Dat is een cirkelredenering: bewijs van een eerdere mondelinge overeenkomst is niet toegestaan als de latere schriftelijke overeenkomst een *complete integration* is; of het schriftelijke contract dat is, hangt af van de geloofwaardigheid van het bestaan van een eerdere mondelinge overeenkomst. Het resultaat in de Masterson-zaak is dat bewijslevering van een eerdere mondelinge afspraak wordt toegestaan. Dit resultaat is redelijk, maar wel opmerkelijk. Of partijen daadwerkelijk hebben afgesproken dat de optie een hoogstpersoonlijk karakter heeft, is hoogst twijfelachtig. Veeleer lijkt sprake te zijn van een opzetje tussen familieleden om de boerderij niet ten prooi te laten vallen aan de faillissementscrediteuren.

De UCC neigt ook meer naar de opvatting van Corbin, hoewel de UCC op het eerste gezicht een objectieve benadering lijkt te kiezen. Het criterium om te bepalen of er sprake is van een *total* of een *partial integration* is volgens de toelichting op art. 2-202 UCC:

'If the additional terms are such that, if agreed upon, they would certainly have been included in the document in the view of the court, then evidence of their alleged making must be kept from the trier of fact.'[20]

Het criterium dat de UCC aanreikt om te bepalen of de schriftelijke overeenkomst de partijafspraak geheel of gedeeltelijk weergeeft, is of het beweerde overeengekomen mondelinge beding zeker in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen. Is dat het geval, dan geeft de schriftelijke overeenkomst de partijafspraak volledig weer. Er is dan sprake van een *complete integration*. Zou de mondelinge afspraak waarop een beroep wordt gedaan niet zeker in de schriftelijke overeenkomst zijn opgenomen, dan is er sprake van een *partial integration*. Onder meer de volgende factoren zijn relevant om te bepalen of een beding al dan niet zeker in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen:[21]

20. Comment 3 op art. 2-202 UCC. Deze zinsnede is thans in essentie opgenomen in de tekst zelf van art. 2-202 lid 2 sub b in het ontwerp-UCC, versie juli 1997. Zie in gelijke zin par. 216 lid 2 sub b Rest.Contr.2d.
21. De genoemde criteria zijn vermeld in Hatley *v.* Stafford, 588 P.2d 603, 609

a. de hoedanigheid van partijen: zijn zij ondernemer of particulier?
Professionele partijen zullen, anders dan niet-professionele partijen, hun afspraak veelal volledig in een schriftelijk stuk opnemen. Dat zal temeer het geval zijn als zij bij het opstellen daarvan zijn bijgestaan door deskundigen, zoals advocaten. Wie wel eens een met hulp van een Amerikaanse jurist totstandgekomen schriftelijke overeenkomst heeft gezien, kent de uitvoerigheid en het alomvattende karakter daarvan.[22]

b. de wederzijdse machtspositie van partijen
Een overeenkomst waarbij een partij in een ongelijke machtspositie verkeert ten opzichte van de wederpartij, kan er toe leiden dat in het schriftelijke stuk een essentieel beding ontbreekt.

c. de volledigheid en gedetailleerdheid van het schriftelijke stuk.
Hoe vollediger en gedetailleerder een schriftelijke weergave van een overeenkomst is, des te eerder zal aangenomen worden dat het stuk de volledige partijafspraken bevat. Wat in de objectieve opvatting van Williston doorslaggevend is, is in de subjectieve opvatting van Corbin een gezichtspunt, dat slechts een indicatie is van de bedoeling van partijen.

4.2 Total integration: de merger clause
Partijen kunnen een *total integration* bewerkstelligen door in de overeenkomst te bepalen dat het schriftelijke contract de gehele overeenkomst tussen partijen weergeeft. Een dergelijk beding is een zogenaamde *merger clause*, ook wel genoemd *entire agreement clause*, *integration clause* of *four-corner-clause* (in België veelal letterlijk vertaald wordt met 'vierhoekenbeding'[23]). Een dergelijk beding is geldig, tenzij er op het eerste gezicht duidelijk sprake is van een onvolledige overeenkomst of het beding door een onjuiste voorstelling van zaken of bedrog in de overeenkomst is opgenomen.[24]

(1978).
22. Zie daarover Langbein, Comparative Civil Procedure and the Style of Complex Contracts, 35 Am.J.Comp.L. 1987, p. 384.
23. Zie i.p.v. velen: M.E. Storme, De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen, diss. KU Leuven, 1990, par. 117 en 183.
24. Farnsworth (1990), par. 7.3, p. 476 en par. 7.4, p. 484. Zie ook comment e op par. 216 Rest.Contr.2d.

Sommige rechters, in het bijzonder zij die de subjectieve benadering aanhangen, menen dat door het opnemen van een *merger clause* partijen de bedoeling hebben de schriftelijke overeenkomst als definitief en compleet te beschouwen.[25] Andere rechters menen evenwel dat het gaat om routineuze bedingen waar een dergelijke bedoeling van partijen niet uit valt af te leiden.[26] De huidige stand van zaken omtrent de geldigheid van een *merger clause* wordt door Eisenberg omschreven als 'messy'.[27] Zoveel is zeker, dat een *merger clause* geen volledige zekerheid biedt dat een schriftelijke overeenkomst niet mag worden tegengesproken of aangevuld door eerdere afspraken.

4.3 Een latere overeenkomst; de no-oral-modification-clause

Een tweede beperking van de toepassing van de *parol evidence rule* is dat zij er niet aan in de weg staat dat bewijs wordt geleverd van een na het sluiten van het schriftelijke contract overeengekomen mondelinge of schriftelijke overeenkomst, die de eerdere schriftelijke overeenkomst ontkracht of aanvult.

Om onzekerheid te voorkomen, doordat een partij beweert dat een schriftelijke overeenkomst inmiddels is gewijzigd door een latere mondelinge afspraak, komen partijen in voorkomende gevallen (in het bijzonder bij aannemingsovereenkomsten) overeen dat wijzigingen van de schriftelijke overeenkomst alleen schriftelijk overeengekomen kunnen worden (de zogenaamde *no-oral-modification-clause*, soms afgekort tot *n.o.m. clause*). Veel zekerheid biedt deze clausule niet, omdat naar common law een nieuwe overeenkomst of het gerechtvaardigde vertrouwen op een nieuwe mondelinge belofte, waarin een dergelijke clausule niet opnieuw is opgenomen, de werking van een *no-oral-modification-clause* reeds teniet doet gaan.[28] Een latere afspraak kan een eerdere afspraak ontkrachten, ook waar

25. Zie ARB (American Research Bureau) Inc. *v.* E-Systems, Inc., 663 F.2d 189, 198-199 (D.C. Cir. 1980).
26. Zie Seibel *v.* Layne & Bowler, Inc., 641 P. 2d 668 (1982), waar ook wordt aangegeven dat een beroep gedaan kan worden op het leerstuk van de *unconscionability* (art. 2-302 UCC) — letterlijk 'gewetenloosheid', te vertalen met onredelijk bezwarendheid — om aan de werking van een *merger clause* te ontkomen.
27. Fuller & Eisenberg, Basic contract law, 6e druk, 1996, p. 565.
28. Zie Farnsworth, a.w. (1990), par. 7.6, p. 493.

het een *no-oral-modification-clause* betreft. Een wettelijke uitzondering op deze regel lijkt te worden gevormd door art. 2-209 lid 2 UCC, waarin is bepaald dat een beding dat een overeenkomst alleen door een ondertekend geschrift gewijzigd of ongedaan gemaakt kan worden, geldig is. Deze uitzondering wordt meteen verzacht door art. 2-209 lid 4 UCC, waarin is bepaald dat een mondelinge wijziging van een overeenkomst, ondanks een *no-oral-modification-clause*, kan leiden tot een afstand van recht (*waiver*) van die clausule, in het bijzonder indien de wederpartij daarop gerechtvaardigd heeft vertrouwd (*reliance*). In sommige jurisdicties is daarnaast vereist dat het vertrouwen bij de wederpartij heeft geleid tot nadeel (*detriment, prejudice*).[29]

4.4 Een eerdere nevenovereenkomst (collateral agreement)

Een derde te noemen uitzondering op de *parol evidence rule* is dat, ondanks het bestaan van een schriftelijke overeenkomst, het is toegestaan bewijs te leveren van een nevenovereenkomst (*collateral agreement*), waarbij een zelfstandige tegenprestatie (*separate consideration*) is overeengekomen, ook al is deze gesloten voordat een definitieve en volledige schriftelijke overeenkomst tot stand is gekomen (Rest. Contr. 2d par. 216 lid 2 sub a).

De *leading case* in deze is Mitchill *v.* Lath, 247 NY 377 (1928). De zaak laat ook zien hoe hard de *parol evidence rule* kan uitpakken: ondanks het zekere bestaan van een eerdere mondelinge belofte, mag deze niet worden bewezen. Mitchill koopt van Lath een boerderij voor $ 8.400 met als doel deze als vakantiehuis te gebruiken. De koopovereenkomst wordt neergelegd in een schriftelijk stuk. Recht tegenover de boerderij, aan de overkant van de weg, staat een foeilelijk ijshuisje dat het uitzicht bederft en dat aan Lath toebehoort. De schriftelijke koopovereenkomst maakt geen melding van het ijshuisje. Mitchill kan evenwel door getuigen aantonen dat de verkoper haar, om haar over te halen de koopoverenkomst te tekenen, mondeling heeft beloofd het ijshuisje te verwijderen. Mitchill verlangt nakoming (*specific performance*) van die afspraak. De meerderheid van de New Yorkse Court of Appeal oordeelt bij monde van Justice Andrews

29. In deze zin Wisconsin Knife Works *v.* National Metal Crafters, 781 F.2d 1280 (7th Cir. 1986). Anders (geen nadeel vereist): Getty Terminals Corp. *v.* Coastal Oil New England, Inc. 995 F. 2d 372 (2d. Cir. 1993).

evenwel dat — ondanks het aannemelijk zijn van de mondelinge afspraak — de mondelinge overeenkomst niet bewezen mocht worden als gevolg van de *parol evidence rule*. Een mondelinge overeenkomst kan de als definitief en volledig beschouwde schriftelijke overeenkomst alleen wijzigen als ten minste aan drie vereisten is voldaan:

'(1) the agreement must in form be a collateral one; (2) it must not contradict express or implied provisions of the written contract; (3) it must be one that parties would not ordinarily be expected to embody in the writing (...)'.

Justice Andrews neemt in het bijzonder aan dat aan het derde vereiste niet is voldaan:

'an inspection of this contract shows a full and complete agreement, setting forth in detail the obligations of each party. On reading it, one would conclude that the reciprocal obligations of the parties were fully detailed (...). Were such an agreement (m.b.t. het ijshuisje, RJT) made it would seem natural that the inquirer should find it in the contract'.

Het resultaat in de zaak Mitchill is opmerkelijk. Ondanks het zekere bestaan van een eerdere mondelinge afspraak, mocht de koopster daarop geen beroep doen vanwege de *parol evidence rule*. De schriftelijke koopovereenkomst geeft de afspraken van partijen volledig weer. Een zelfstandige nevenovereenkomst wordt niet aangenomen. De zaak Mitchill is in zoverre de tegenpool van de Masterson-zaak, waar een vrijwel zeker niet bestaand beding wel bewezen mocht worden (zie par. 4.2).

Een zaak waarin een mondelinge nevenovereenkomst wel werd aangenomen, is Lee *v.* Joseph E. Seagram & Sons, Inc., 552 F.2d 447 (2d Cir. 1977). Lee en Seagram komen schriftelijk overeen dat Lee haar distributeurschap van sterke drank aan Seagram verkoopt. Lee beweert dat zij mondeling met Seagram ook is overeengekomen dat Seagram voor Lee een ander distributeurschap in een andere stad zou regelen. Seagram stelt dat de *parol evidence rule* aan het bewijzen van de laatstgenoemde mondelinge overeenkomst in de weg staat. De United States Court of Appeals, Second Circuit, bepaalt bij monde van Gurfein CJ dat de hoofdvraag in dit geding is of de beweerde mondelinge overeenkomst er een is die partijen in de gegeven omstandigheden normaal gesproken verwachten in de schriftelijke overeenkomst te zijn opgenomen. Zo ja, dan geeft het schriftelijke stuk de partijafspraak geheel weer. De rechter hanteert in deze zaak

hetzelfde criterium als in de zaak Mitchill. De rechter beantwoordt de zojuist genoemde vraag ontkennend; de schriftelijke overeenkomst is geen volledige overeenkomst. Ten eerste omdat de partijen bij de schriftelijke en bij de mondelinge overeenkomst anders zijn (de vennootschap Seagram, respectievelijk enkele aandeelhouders van Seagram). Ten tweede dat er een innige relatie van vertrouwen en vriendschap tussen Lee en Seagram bestaat, zodat Lee mocht denken dat een mondelinge afspraak voldoende was. Ten derde bevat de schriftelijke overeenkomst niet de gebruikelijke *merger clause* (zie par. 4.2). Lee werd toegestaan de mondelinge nevenovereenkomst te bewijzen.

4.5 Aanvulling door course of dealing, usage of trade en course of performance

Een vierde beperking van de *parol evidence rule* is dat een schriftelijke overeenkomst, die een *complete integration* is, weliswaar niet tegengesproken, maar wel aangevuld mag worden, door bewijs van een eerdere gang van zaken tussen partijen, handelsgebruiken (de *course of dealing* en de *usage of trade*, art. 1-205 lid 1 resp. lid 2 UCC alsmede par. 223 resp. 222 Rest.Contr.2d) en de uitvoering van de betreffende overeenkomst (*course of performance*, art. 2-208 UCC) (art. 2-202 aanhef en sub a UCC). De reden voor deze uitzondering op de *parol evidence rule* is:

'Such writings are to be read on the assumption that the course of prior dealings between the parties and the usages of trade were taken for granted when the document was phrased'.[30]

Een bekend voorbeeld van de toepassing van de algemene regel dat een handelsgewoonte een definitieve en volledige schriftelijke overeenkomst kan aanvullen, is Hurst *v.* W.J. Lake & Co., 16 P.2d 627 (Ore. 1932). Lake koopt 350 ton slachtafval van Hurst. Beide partijen zijn werkzaam in dezelfde bedrijfstak. Zij komen overeen dat Lake een korting van $5 per ton krijgt voor iedere ton die minder dan 50% proteine bevat. Rond de 170 ton bevatte minder dan 50% proteïne. Ongeveer 140 ton daarvan heeft een proteinegehalte tussen de 49,53 en de 49,96%. Lake trekt voor 170 ton de korting van de door hem te betalen koopprijs af. Hurst beweert echter dat het begrip 'minder

30. Comment 2 bij art. 2-202 UCC.

dan 50% proteine' een handelsterm is, die betekent: minder dan 49,5% proteine. Volgens Hurst is de prijsaftrek daarom alleen geoorloofd voor 30 ton, maar niet voor 170 ton. De rechter laat Hurst toe dit handelsgebruik te bewijzen:

'Members of a trade or business group who have employed in their contracts trade terms are entitled to prove that fact in their litigation, and show the meaning of those terms to assist the court in the interpretation of their language'.

Sommige rechters gaan bijzonder ver in het aannemen dat een handelsgewoonte een expliciet contractueel beding toegestaan aanvult, zonder dat er sprake is van een verboden tegenspraak. Een duidelijk voorbeeld daarvan is Columbia Nitrogen Corp. *v.* Royster Co., 451 F.2d 3 (4th Cir. 1971). Royster komt met Columbia overeen dat Royster aan Columbia gedurende drie jaar ieder jaar minimaal 31.000 ton fosfaat zal verkopen voor een bepaalde prijs per ton, met een optie om de overeenkomst te verlengen. Het fosfaat wordt door Columbia gebruikt voor de productie van kunstmest. Kort nadat de overeenkomst is gesloten, dalen de prijzen voor fosfaat. Columbia bestelt daarom slechts 10% van de overeengekomen hoeveelheden bij Royster. Columbia wenst te bewijzen dat in de kunstmestindustrie, waartoe beide partijen behoren, de overeengekomen hoeveelheden slechts schattingen van de leveringen zijn, die aan wijziging bloot kunnen staan als gevolg van de actuele marktcondities. De United States Court of Appeals, Fourth Circuit, oordeelt bij monde van Circuit Judge Butzner dat Columbia toegestaan moet worden deze handelsgewoonte te bewijzen. Zij vindt dat een dergelijke gewoonte de expliciete contractsbepalingen over de te leveren minimum hoeveelheden aanvult en niet tegenspreekt. De rechter voert daartoe een aantal argumenten aan, waarvan ik de drie belangrijkste noem. Ten eerste dat de overeenkomst niet uitdrukkelijk uitsluit dat de gang van zaken en de handelsgewoonte niet gebruikt mogen worden om de schriftelijke overeenkomst uit te leggen of aan te passen. Ten tweede dat de overeenkomst geen bepaling over een prijsaanpassing bevat als de marktprijs daalt. Ten derde dat in de lijst van in het contract opgesomde tekortkomingen alleen melding wordt gemaakt van niet-betaling door Royster, maar niet van niet-afname door haar.

Het is niet verbazingwekkend dat een paar jaar later de United States District Court, N.D. Georgia in Southern Concrete Services, Inc. *v.* Mableton Contractors, Inc., 407 F. Supp 581 (1975) zware

kritiek uitoefent op de beslissing in de zojuist genoemde Royster-zaak. Het toelaten van bewijs van de handelsgewoonte in die zaak tast de met een duidelijke overeenkomst gemoeide rechtszekerheid te zeer aan. Chief Judge Edenfield besliste:

'Certainly customs of the trade should be relevant to the interpretation of certain terms of a contract (...) and should be considered in determining what variation in specifications is considered acceptable (...), but this court does not believe that section 2-202 was meant to invite a frontal assault on the essential terms of a clear and explicit contract. (...)

The more reasonable approach is to assume that specifications as to quantity and price are intended to be observed by the parties and that the unilateral right to make a major departure from such specifications must be expressly agreed to in the written contract. That way, the courts will still be free to apply custom and trade usages in interpreting terms of the contract without raising apprehension in the commercial world as to the continued reliability of those contracts'.

Om de zekerheid van commerciële transacties niet teveel aan te tasten, neemt deze rechter aan dat de overeengekomen hoeveelheid en prijs in zoverre vaststaan, dat een mogelijk eenzijdig recht om daarvan in belangrijke mate af te wijken uitdrukkelijk in de schriftelijke overeenkomst moet staan.

Het streven naar een door de rechter redelijk te achten oplossing overheerst bij de rechterlijke oordeelsvorming. Om de met een contract beoogde zekerheid enigszins te paren aan een redelijk te achten resultaat, kan een rechter er op aansturen dat een handelsgebruik een expliciet beding ten dele aantast, evenwel zonder het geheel teniet te doen. Een voorbeeld van die benadering is Nanakuli Paving & Rock Co. *v.* Shell Oil Co., Inc., 664 F. 2d 772 (9th Cir. 1981). Shell verkoopt asfalt aan Nanakuli op grond van een langlopende leverantieovereenkomst. De schriftelijk overeengekomen prijs is de prijs die staat op prijslijst van Shell op het moment van de aflevering. Na een aantal jaren stijgt de marktprijs van asfalt gigantisch als gevolg van de oliecrisis in 1973. Op 31 december 1973 laat Shell aan Nanakuli weten dat zij met ingang van 1 januari 1974 de prijs van asfalt met 75% verhoogt. Zij weigert een lagere prijs aan te houden voor hoeveelheden die Nanakuli daarvoor reeds heeft besteld. Nanakuli spreekt Shell in rechte aan wegens niet-nakoming. Zij beweert dat het handelsgebruik in de asfaltindustrie haar een redelijke 'prijsbescherming' toestaat, zoals Shell haar twee maal eerder heeft gegeven. De rechter acht het bewijs van het bestaan van een handelsgebruik van prijsbescherming in de plaatselijke asfaltindustrie geoor-

loofd. Een dergelijk gebruik:

'forms a broad and important exception to the expres term, but does not swallow it entirely (...)'.

Een handelsgewoonte kan een expliciet overeengekomen prijsbeding zover 'aanvullen' (lees in veel gevallen: tegenspreken), voorzover het beding niet volledig ongedaan gemaakt wordt.

4.6 De geldigheid en het ontstaan van de overeenkomst

Ten vijfde vindt de *parol evidence rule* geen toepassing als een partij wil bewijzen dat afspraken of toezeggingen voorafgaand aan het sluiten van de schriftelijke overeenkomst de geldigheid of het ontstaan van de schriftelijke overeenkomst aantasten.

In de eerste plaats is dat het geval als een contractspartij een beroep doet op de nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst (gebrek aan *consideration* (tegenprestatie), *illegality* (strijd met de wet), *fraud* (bedrog), *duress* (bedreiging), *mistake* en *misrepresentation* (dwaling)). In dat geval mag de partij die zich daarop beroept, de aantastbaarheid van de schriftelijke overeenkomst aantonen door eerdere beloftes of overeenkomsten te bewijzen (par. 214 sub d Rest.Contr.2d).[31] Een definitieve overeenkomst die nietig of vernietigbaar is, doet eerdere (mondelinge of schriftelijke) overeenkomsten niet teniet gaan (par. 213 lid 3 Rest.Contr.2d).

In de tweede plaats mag een partij bewijs leveren van het bestaan van een mondeling overeengekomen voorwaarde die verbonden is aan het in werking treden van een schriftelijke overeenkomst (par. 217 Rest.Contr.2d.). De rechtvaardiging voor deze uitzondering op de *parol evidence rule* is dat indien de voorwaarde niet vervuld is, er geen overeenkomst tot stand is gekomen en de *parol evidence rule* alleen toegepast kan worden als een overeenkomst bestaat.[32] Indien partijen de mondelinge overeenkomst derhalve beschrijven als een voorwaarde voor uitvoering van de overeenkomst, dan stuit het bewijs van deze overeenkomst af op de *parol evidence rule*. Als zij de mondelinge overeenkomst daarentegen hebben geformuleerd als een voorwaarde voor het onstaan van de schriftelijke overeenkomst,

31. Zie daarover uitvoerig: Fuller & Eisenberg, a.w. (1996), p. 567-571.
32. Vgl. de bewoordingen van illustration 5 bij par. 217 Rest.Contr.2d.

dan mag de mondelinge overeenkomst bewezen worden.[33] Een andere rechtvaardiging voor het aannemen van deze uitzondering is dat het enkele bestaan van een contractsvoorwaarde aantoont dat het schriftelijke stuk niet een definitieve en gehele partijafspraak is (er is geen sprake van een *completely integrated agreement*, zie par. 4.2) en dat de voorwaarde aldus het schriftelijke stuk mag aanvullen. Dit komt mij voor als een cirkelredenering.

Een bekend voorbeeld waarin de hier aan de orde zijnde uitzondering is toegepast, is Hicks *v.* Bush, 180 NE 2d 425 (NY 1962). Hicks en Bush komen schriftelijk overeen hun diverse moedermaatschappijen te laten fuseren tot een entiteit. De schriftelijke overeenkomst voorziet er in dat binnen een zekere tijd na de fusie de partijen hun aandelen in de individuele ondernemingen zullen omzetten in aandelen van de nieuwe moedermaatschappij. Hicks biedt daartoe haar aandelen aan, maar Bush laat dat na. De nieuwe aandelen worden uiteindelijk aan niemand uitgegeven. Hicks spreekt daarop Bush aan op grond van de overeenkomst. Bush verweert zich met een beroep op een eerdere mondelinge overeenkomst, dat de schriftelijke overeenkomst niet in werking zou treden indien en voorzover niet voor aanvullend kapitaal uit andere bronnen was gezorgd. Volgens Bush is dat niet gebeurd. De rechter oordeelt dat Bush deze mondelinge voorwaarde mag bewijzen:

'Parol testimony is admissible to prove a condition precedent to the legal effectiveness of a written agreement (...) if the condition does not contradict the express terms of such written agreement'.

Dat het bewijs van een voorwaarde niet wordt uitgesloten door de *parol evidence rule*, wordt ook gelezen in art. 2-202 UCC, hoewel de tekst van die bepaling daarover niets zegt. De *leading case* in deze is Hunt Foods and Industries, Inc. *v.* Doliner, 270 NYS 2d 937 (App. Div. 1966). Hunt wenst het belang van Doliner in Eastern Can Co. over te nemen. Tijdens de onderhandelingen is Hunt bevreesd dat Doliner met een derde in zee zal gaan. Hunt beweegt Doliner daarom haar een optie toe te kennen om alle aandelen van Doliner in Eastern over te nemen voor een bepaalde prijs. Na verdere onderhandelingen komen partijen niet tot overeenstemming. Hunt wil de optie uitoefenen. Doliner wenst daarop een mondelinge, aan de optie verbonden,

33. Fuller & Eisenberg, a.w. (1996), p. 572.

voorwaarde te bewijzen, namelijk dat de optie alleen uitgeoefend kan worden indien Doliner achter aanbiedingen van derden zou zijn aangegaan (hetgeen niet het geval is). In de schriftelijke optieovereenkomst zelf is geen melding gemaakt van die voorwaarde. Om Doliner er van te weerhouden dat bewijs te leveren, beroept Hunt zich op de *parol evidence rule*. De rechter past bij wijze van analogie de *parol evidence rule* van art. 2-202 UCC toe, ook al gaat het hier niet om de koop van roerende zaken (waarop art. 2 UCC ziet; het gaat in deze zaak om de verkoop van aandelen waarop art. 8 UCC ziet). Hij overweegt dat het mondelinge beding, dat de optie alleen uitgeoefend kan worden als Doliner achter derden aanging, niet in tegenspraak is met de overeengekomen schriftelijke optie. De rechter acht het schriftelijk overeengekomene geen *total integration*, omdat de mondelinge voorwaarde niet een beding is dat, zo dit overeengekomen zou zijn, zeker in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen. De uitspraak is in latere rechtspraak en de literatuur sterk bekritiseerd, omdat het mondelinge beding eigenlijk een beding van de schriftelijke overeenkomst tegenspreekt: de schriftelijk overeengekomen optie is onvoorwaardelijk; het mondelinge bewijs maakt deze voorwaardelijk.[34]

5. De betekenis van de parol evidence rule voor het Nederlandse recht

Stel: er ligt een schriftelijke door partijen getekende overeenkomst. De ene partij beweert evenwel dat zij, voorafgaand aan het tekenen van het schriftelijke stuk, met de andere partij mondeling een beding is overeengekomen dat de schriftelijke overeenkomst tegenspreekt of aanvult. De Amerikaanse rechter zal die ene partij in beginsel niet toestaan het bewijs van die mondelinge overeenkomst te leveren vanwege de *parol evidence rule*. Hoe gaat de Nederlandse rechter met een dergelijke stelling om?

Vooropgesteld moet worden dat een door partijen getekende overeenkomst een akte is; een ondertekend geschrift bestemd om tot bewijs te dienen (art. 183 lid 1 Rv.). Indien het gaat om een schriftelijke weergave van een overeenkomst is een dergelijke akte meestal een onderhandse akte, dat wil zeggen een akte die niet in een bepaal-

34. Zie Alaskan Northern Development, Inc. *v.* Alaska Pipeline Service Co., 666 P.2d 33 (1983).

de vorm en niet door een bevoegde ambtenaar, zoals een notaris, is opgemaakt (art. 183 lid 2 Rv.). Een onderhandse akte levert dwingend bewijs op ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen (art. 184 lid 2 Rv.), dat wil zeggen dat de rechter in beginsel verplicht is de inhoud van die akte in zoverre als waar aan te nemen (art. 178 lid 1 Rv.).[35] Tegen dwingend bewijs is tegenbewijs mogelijk (art. 178 lid 2 Rv.). Welke gevolgen heeft een dergelijke akte voor de bewijslastverdeling? Ik neem als voorbeeld dat partij A volgens een akte een vorderingsrecht op partij B heeft en dat B dat ontkent, althans dat het vorderingsrecht minder is dan in het schriftelijke stuk staat uitgedrukt, omdat zij voorafgaand aan het tekenen van de schriftelijke overeenkomst een mondelinge afspraak van die strekking met A heeft gemaakt. Indien A zich ten bewijze van haar vorderingsrecht op B op de onderhandse akte beroept, waarin B heeft verklaard een bepaalde prestatie aan A te voldoen, dan heeft A in beginsel haar vorderingsrecht met betrekking tot die prestatie bewezen. Het ligt dan op de weg van partij B, die verweer wenst te voeren, om feiten te stellen en te bewijzen, waaruit volgt dat het door A gestelde vorderingsrecht haar niet toekomt.[36] Een akte heeft naar Nederlands recht dus in de eerste plaats gevolgen voor de bewijslastverdeling. De partij die beweert dat het anders is dan in de akte staat uitgedrukt, moet dat stellen en bewijzen. Deze bewijspositie is uiterst lastig. Zeker als de betreffende partij zich beroept op afspraken en mededelingen die zijn gedaan voorafgaand aan het tekenen van het schriftelijke stuk, maar daarin niet zijn opgenomen. De verweerder zal dan een beroep doen op stukken en (partij)getuigen die die eerdere afspraak kunnen bewijzen. De rechter is vrij in de waardering van het bewijs (art. 179 lid 2 Rv.). Hoe zal de rechter dergelijk bewijs waarderen? Hij zal als uitgangspunt nemen dat als de beweerde mondelinge afspraak belangrijk zou zijn, partijen deze wel in de schriftelijke overeenkomst zouden hebben opgenomen. Indien eerdere afspraken niet in de schriftelijke overeenkomst (de akte) voorkomen, dan hebben partijen kennelijk niet de bedoeling gehad deze te laten overleven. Deze gedachte ligt ook ten grondslag aan de *parol eviden-*

35. Zie evenwel de bijzondere bepaling met betrekking tot de schriftelijke vastlegging van een eenzijdige verbintenis tot voldoening van een geldsom (art. 185 Rv.).
36. Zie HR 13 juni 1997, NJ 1997, 562 (Soto-Montoya/Marsera).

ce rule. Waar het Amerikaanse recht dat bewijs categorisch uitsluit, zal het in Nederland zo zijn, dat het bewijs van de stelling dat een schriftelijke overeenkomst door mondelinge afspraken en eerdere stukken tegengesproken of aangevuld is, de rechter veelal moeilijk zal overtuigen. Wanneer zal een rechter zich wel laten overtuigen dat partijen eerder een beding zijn overeengekomen dat de schriftelijke overeenkomst tegenspreekt of aanvult? Anders gezegd: wanneer zal de rechter niet uitgaan van de geschetste ervaringsregel dat de akte de definitieve en volledige afspraak van partijen bevat? Een eerste denkbare situatie is dat partij B stelt en zo nodig bewijst dat het schriftelijke stuk niet de definitieve afspraken van partijen weergeeft. In termen van de *parol evidence rule*: dat de akte geen *integrated agreement* is. Dat kan bij voorbeeld blijken uit de bewoordingen of de gebrekkige detaillering van het schriftelijke stuk (vgl. par. 209 lid 3 Rest.Contr.2d). Een tweede denkbare situatie is dat partij B stelt en zo nodig bewijst dat het schriftelijke stuk niet de volledige tussen partijen overeengekomen afspraak omvat. In termen van de *parol evidence rule*: de akte is geen *completely integrated agreement*, maar een *partially integrated agreement*. Het bewijs waarbij een niet-complete overeenkomst aangevuld wordt, zal de rechter vanzelfsprekend niet sceptisch bejegenen. Bij een dergelijke aanvulling is ook de handelsgewoonte van belang (art. 6:248 lid 1 BW). Indien het beweerde aanvullende beding van dien aard is, dat het zeer waarschijnlijk in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen, dan kan bij de rechter het vermoeden rijzen dat het schriftelijke stuk de partijafspraak volledig weergeeft (vgl. comment 3 op art. 2-202 UCC, alsmede art. 2-202 lid 2 sub b ontwerp aanpassing UCC). Kortom, de *parol evidence rule* bestaat in zekere zin ook in het Nederlandse recht, maar dan als ervaringsregel bij de bewijswaardering.

Partijen kunnen naar Nederlands recht geldig overeenkomen dat een schriftelijk stuk de overeenkomst van partijen volledig en uitsluitend weergeeft (een *merger clause*).[37] Het rechtsgevolg van een dergelijk beding is dat een dergelijke overeenkomst niet kan worden tegengesproken of aangevuld door bewijs door middel van daaraan voorafgaande verklaringen of afspraken.[38] Van het recht om dat bewijs te leveren wordt door een dergelijk beding afstand gedaan.

37. Daartegen: Hondius, a.w. (1986), p. 34.
38. In gelijke zin: art. 2.17 UP.

Latere overeenkomsten of verklaringen (ook mondelinge) kunnen de betreffende schriftelijke overeenkomst uiteraard wel aanvullen en ontkrachten. De toegevoegde waarde van een *merger clause* is daarom vrij gering. Een *merger clause* belet ook niet dat schriftelijke stukken en mondelinge verklaringen uit de fase voorafgaand aan het tekenen van de schriftelijke overeenkomst relevant zijn bij de uitleg van de bedingen in het schriftelijke contract.

Partijen kunnen naar Nederlands recht eveneens geldig overeenkomen dat een schriftelijk contract niet anders dan schriftelijk gewijzigd of beëindigd kan worden (een *no-oral-modification/termination-clause*). Redelijkheid en billijkheid kunnen een partij evenwel beletten op een dergelijk beding een beroep te doen (art. 6:248 lid 2 BW). Internationaal wordt aangenomen dat zich dat onder meer voordoet wanneer die partij door haar gedrag bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat zij op dat beding geen beroep zal doen en de wederpartij op grond daarvan heeft gehandeld.[39]

6. Slotopmerkingen

De *parol evidence rule* in het (Anglo-)Amerikaanse contractenrecht lijkt ver af te staan van het Nederlandse contractenrecht. Een regel die bewijs uitsluit van eerdere mondelinge afspraken en schriftelijke stukken die een latere schriftelijke overeenkomst ontkrachten of aanvullen, kent ons recht niet. Met het vorenstaande heb ik ten eerste laten zien dat ook in de common law de *parol evidence rule* niet zo rigide is als zij lijkt. Zoals bij vele leerstukken laat ook hier het schijnbaar starre common law systeem zien dat de rechter vrij kan worstelen met archaïsche instituties om daarmee een redelijk geacht resultaat te bewerkstelligen.[40] Ten tweede heb ik laten zien dat de (deel)rechtsregels van de *parol evidence rule* ook in ons recht voorkomen, maar dan als ervaringsregels of overtuigende gezichtpunten die de rechter hanteert bij de waardering van het bewijs. Als zo vaak kan geconstateerd worden dat het contractenrecht in common law landen en civil law landen op het eerste gezicht hier en daar sterk lijkt te

39. Aldus ook art. 2.18 UP en art. 29 lid 2 CISG. Zie over art. 29 lid 2 CISG o.a. Meeusen, in: Het Weens Koopverdrag (red. Van Houtte e.a.), 1997, nr. 3.72 en de aldaar genoemde literatuur.
40. Een vergelijkbare strijd is te zien bij de exegese van de voor de geldigheid van een overeenkomst (beter: belofte, *promise*) vereiste *consideration* (de tegenprestatie).

verschillen, maar dat het praktische resultaat altijd gelijk is. Dat kan ook niet anders, omdat de met het contractenrecht gediende belangen overal ter wereld vrijwel dezelfde zijn.[41]

41. De grote consensus die bestaat over de UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts en de European Principles geeft daar ook blijk van.

Risico en proportionaliteit

*L. Reurich**

1. INLEIDING

'In de wereld is veel gevaar'. Deze uitspraak is te lezen op de gevel van een zeventiende eeuws koopmanshuis in Delft: een bondige observatie uit een koopmansbestaan. De koopovereenkomst, zo zal de koopman hebben ervaren, is aan wereldse gevaren blootgesteld. Niet alleen vanwege de kans om een 'kat in de zak' te kopen of anderszins te worden bedrogen, maar ook vanwege oorzaken die aan niemand kunnen worden toegeschreven.

Over deze 'risico's van buiten het contract' handelt dit opstel. Na een schets van een aantal van dit type risico's (par. 2) spitst het betoog zich toe op het economisch risico voor verslechtering van de zaak door toeval (par. 3). Voor de vraag wie dit risico draagt, is de regeling van de ontbinding belissend. Die regeling heeft in de diverse koopregimes evenwel op verschillende wijzen gestalte gekregen. Het Weens Koopverdrag en het 'definitieve Ontwerp voor een richtlijn verkoop consumptiegoederen' worden op dit punt onderzocht waarbij de vraag wordt gesteld of deze bijzondere regimes repercussies hebben op het Nederlandse kooprecht.

Twee kwesties staan centraal. Enerzijds wordt bezien op welk *moment* in de genoemde regimes het risico van de verkoper op de koper overgaat (par. 4). Indien dat risico nog niet op de koper is overgegaan, speelt de kwestie of de *omvang* van het risico in relatie staat tot de mate waarin de koper de overeenkomst kan ontbinden (par. 5). Het betoog eindigt met een conclusie (par. 6).

* Mr. drs. L. Reurich is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

2. Risico van buiten de overeenkomst

Koop is de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs te betalen.[1] De vaststelling van zaak en prijs vormt de kern van de overeenkomst. Niettemin kan de economische waarde die zij vertegenwoordigen aan verandering onderhevig zijn. De koper kan geconfronteerd worden met een waardedaling van de verkregen zaak door ongunstige ontwikkelingen op de markt. De verkoper kan op zijn beurt met geldontwaarding geconfronteerd worden. Deze macro-economische ontwikkelingen maken de waarde van de verkregen prestatie variabel. Behoudens imprévision-gevallen (6:258), bestaat er geen (wettelijke) voorziening om het nadeel dat hieruit voortvloeit op de ander af te wentelen. Wie contracteert neemt het risico van waardeverandering in beginsel op zich. Wat dat betreft biedt het recht ruimte aan speculatie: de koper verwerft het recht op de tegenprestatie, maar hoopt in feite van een (verwachte) waardestijging te profiteren. Juridisch staat daaraan niets in de weg, al corrigeert deze praktijk het klassieke beeld van het contract — presteren om een prestatie te verwerven, *ceteris paribus*.

Een ander economisch risico doet zich voor als de waarde van de prestatie vermindert door achteruitgang van de zaak zélf. Dit risico speelt logischerwijs enkel aan de 'zaakzijde' van de overeenkomst. In voorkomend geval rijst de vraag voor wiens rekening de verslechtering of teloorgang van de zaak komt. Het gaat hier uitsluitend om een economisch risico. Niet de feitelijke verslechtering op zichzelf maar wie daarvan het *economisch* nadeel draagt: die vraag raakt een centrale kwestie in het kooprecht.

Twee wegen dienen zich aan waarlangs laatstgenoemd risico op de verkoper kan worden afgewenteld. Doorgaans spreekt men in dit verband van 'risico terzake van de prestatie' en 'risico terzake van de tegenprestatie'.[2] Dit onderscheid is verhelderend voor zover het beide wegen — en de daarvoor geldende eisen — duidelijk van elkaar afbakent. Voor zover het echter de suggestie wekt dat er twee *soorten* risico's in het spel zijn, is het onjuist. Enkel de *wijze* waarop het risico naar de verkoper wordt verlegd, verschilt. De koper die met

1. Aldus de definitie in art. 7:1.
2. Parlementaire Geschiedenis Boek 6, MvA II, p. 1010. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 514; W. Snijders, Risico-overgang bij koop, Dorhout Mees-bundel (1974), Deventer 1974, p. 318.

enigerlei vorm van achteruitgang wordt geconfronteerd kan ofwel door (aanvullende of vervangende) schadevergoeding in de waardevermindering worden gecompenseerd (6:74; de verkoper draagt het 'risico' terzake van de prestatie), ofwel door het terugdraaien van de prestaties voorkomen dat de waardevermindering hem treft (6:265; de verkoper draagt het 'risico' terzake van de tegenprestatie). Het meest in het oog springende verschil tussen beide wegen is dat 6:74 de eis van toerekenbaarheid stelt. Bij zaakverslechtering door toeval kan dus geen schadevergoeding worden gevorderd.

De weg van de ontbinding brengt nog een derde economisch risico in het vizier: het overige economisch nadeel dat de schuldenaar als gevolg van de ontbinding van de overeenkomst lijdt. Het gaat dan om kosten die hij reeds ter voorbereiding van de nakoming heeft gemaakt, bijvoorbeeld door aanpassing van zijn bedrijfsvoering of het mislopen van het voordeel dat met de overeenkomst was verbonden. Het huidig Nederlandse kooprecht bevat geen wettelijk kader waarin dit economisch belang van de schuldenaar aan de orde kan komen. Wel worden in de literatuur suggesties gedaan om dit belang mee te wegen bij de vraag of de schuldenaar de overeenkomst mag ontbinden.[3] Op welke wijze dat zijn beslag zou moeten krijgen is voorwerp van debat.[4]

Kenmerkend voor bovenstaande gevallen van waardevermindering is dat zij voortvloeit uit omstandigheden die buiten het contract liggen: macro-economische ontwikkelingen en verslechtering van de zaak door toeval.[5] In de literatuur wordt wel de suggestie aangetroffen dit nadeel eenvoudig als 'vermogensschade' aan te duiden.[6]

3. F.B. Bakels, Ontbinding van wederkerige overeenkomsten, diss. Leiden 1993, Deventer 1993.
4. J.H. Nieuwenhuis, Vernietigen, ontbinden of aanpassen, Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten (I) en (II), WPNR 6164 en 6165 (1995), p. 23-26 en p. 37-41; P. Abas, Privaatrecht aktueel, WPNR 6217 (1996), p. 217-218; T. Hartlief, Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht, AA 46 (1997) 4, p. 196-202; J.H. Nieuwenhuis, Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten, Digitale en analoge werking van redelijkheid en billijkheid, WPNR 6304 (1998), p. 155-157.
5. Het als derde genoemde geval — mislopen van voordeel en nadeel door aanpassing van de bedrijfsvoering — vloeit uit de tweede categorie voort.
6. Bakkers, Rechtsgewoonten betreffende de Handelskoop, 1961, p. 38; G.B.A. Paquay, Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht, diss. Utrecht 1992, Deventer 1992, p. 14-15.

Deze kwalificatie is op zichzelf niet onjuist, doch zij is, anders dan bij een actie op grond van art. 6:74 en 6:162, juridisch van geen betekenis. Bovendien wekt zij de onjuiste suggestie dat de toekenning en overgang van risico te maken heeft met enigerlei vorm van compensatie: het gaat echter niet om vergoeding van feitelijk geleden schade, maar om de toekenning of allocatie van (economische) risico's[7]. In zekere zin gaan de regels van risicotoedeling dus aan de feitelijke schade vooraf.[8]

In dit betoog hanteer ik de term risico derhalve in de zin van economisch nadeel als gevolg van een verslechtering van de zaak door toeval. Zoals genoemd is de regeling van de ontbinding beslissend voor de vraag wie het hier bedoelde risico draagt. Bezien we de verhouding ontbinding en risico nader.

3. Ontbinding en het economisch risico voor verslechtering van de zaak

De ontbinding geeft de mogelijkheid om het economisch risico voor verslechtering van de zaak af te wentelen op de verkoper. Hij dient, na ontbinding, de koopprijs te restitueren waarmee het risico van waardevermindering van de zaak aan zijn zijde ligt. Kenmerkend voor het leerstuk van de ontbinding is dat dit ene rechtsgevolg — restitutie van de koopprijs — sterk op de voorgrond treedt.[9] Een koper die met een tekortkoming wordt geconfronteerd, zal primair geïnteresseerd zijn in de vraag of hij 'zijn geld terugkrijgt'. Nu in geen van de hier te bespreken koopregimes de eis van toerekenbaarheid wordt gesteld, is een tekortkoming in beginsel voldoende om de overeenkomst te ontbinden. Wie het economisch risico draagt, hangt daarmee primair af van de vraag *op welk moment* moet worden beoordeeld of zich een tekortkoming voordoet. Ná dat moment levert

7. Met name het betoog van Paquay t.a.p. wekt op dit punt verwarring nu hij het risico ter zake van de tegenprestatie aanduidt met 'prijsschade'. Die term verenigt twee onjuistheden: (i) het idee dat hier spake is van compensatie, en (ii) dat het economisch nadeel ('schade') ontstaat door (de restitutie van) de koopprijs.
8. Dat geldt met name als een partij zich wegens een extreme waardedaling op art. 6:258 beroept: zolang de waardedaling niet 'verzilverd' is, wordt er feitelijk nog geen schade geleden. Met een beroep op dat artikel tracht die partij juist te voorkomen dat de waardedaling haar in volle omvang treft.
9. Vgl. A. Flessner, Befreiung von Vertrag, ZeuP 1997, p. 259.

een eventuele verslechtering van de zaak geen tekortkoming op en kan de koper niet meer ontbinden. In de volgende paragraaf wordt aan dit temporele aspect aandacht besteed.

Daarnaast doet zich de vraag voor of de tekortkoming aan een inhoudelijke toets is onderworpen. Dient de tekortkoming van een bepaald *gehalte* te zijn om de ontbinding te rechtvaardigen? En zo ja, heeft dat invloed op de vraag naar het risico? Deze vragen zijn met name actueel nu in de diverse koopregimes het risico terzake van de tegenprestatie — anders dan in het verleden wel het geval was — geen ondeelbare grootheid is. De vraag of en zo ja, in hoeverre, kan worden ontbonden (en gerestitueerd) is afhankelijk van de ernst van de tekortkoming. In paragraaf 5 wordt deze vraag nader onderzocht. Eerst nog een enkel woord over de vraag hoe deze kwestie met het economisch risico samenhangt.

De genoemde mogelijkheid tot differentiatie lijkt aan een eenduidig antwoord op de vraag wie het risico terzake van de tegenprestatie draagt in de weg te staan. Soms zal de koopprijs volledig, soms ten dele en dan weer helemaal niet worden gerestitueerd. Het is het reeds bekritiseerde onderscheid dat hier verwarring zaait. Het risico ter zake van de tegenprestatie (krijgt de koper restitutie van de koopprijs?) is enkel een route om het economisch nadeel dat uit een eventuele verslechtering van de zaak voortvloeit, te ontlopen. De mate waarin de verkoper dit risico draagt, behoeft derhalve niet groter te zijn dan de waardevermindering die de zaak door de verslechtering heeft ondergaan. Het relateren van (een deel van) de te restitueren koopsom aan de omvang van de tekortkoming — in feite de vaststelling van het financiële nadeel daarvan — voorziet in deze afstemming. Gedeeltelijke restitutie raakt het economisch risico dus niet. Ook bij gedeeltelijke ontbinding gaat het risico ten aanzien van economische waardevermindering door verslechtering van de zaak volledig over op de koper. Tót het moment van risico-overgang kan de koper door (gedeeltelijke) ontbinding en (gedeeltelijke) restitutie de (gedeeltelijke) waardevermindering immers *volledig* afwenden. Anders dan bij ontbinding op grond van onvoorziene omstandigheden (6:258) mogelijk is, bewerkstelligt de gedeeltelijke ontbinding van art. 6:265 dus geen *spreiding* van het economisch risico.

Uitsluitend in het geval dat de tekortkoming van onvoldoende gehalte is om de ontbinding te rechtvaardigen, ligt het risico, zelfs vóór het moment van risico-overgang, aan de zijde van de koper. De

koper kan dan immers niet ontbinden en geen restitutie van (een deel van) de koopprijs krijgen. In dit geval zal de waardevermindering echter doorgaans verwaarloosbaar zijn.

Samenvattend kan worden gesteld dat de mogelijkheid van differentiatie de risicokwestie niet raakt: zij bewerkstelligt alleen dat de omvang van het concrete risico met meer precisie in kaart wordt gebracht en aan de tegenprestatie kan worden gerelateerd. Hoe deze afstemming in zijn werk gaat komt in par. 5 aan de orde.

4. Het moment van risico-overgang

In deze paragraaf bespreek ik het moment van risico-overgang in het Weens Koopverdrag en het 'definitief Ontwerp voor een richtlijn betreffende de verkoop en de waarborg van consumptiegoederen' (hierna: het Ontwerp). Omdat dit Ontwerp recentelijk enige veranderingen heeft ondergaan zal deze bespreking wat breder zijn en ook de conformiteitseis betreffen. Beide regelingen worden op dit punt met het nationale recht vergeleken en bezien in hoeverre repercussies op het nationale kooprecht mogelijk en wenselijk zijn.

4.1 Het Weens Koopverdrag

Het Weens Koopverdrag bepaalt in art. 36 jo. 69 dat het risico, behoudens een tweetal bijzondere regelingen indien de zaak wordt vervoerd,[10] overgaat op de koper 'when he takes over the goods'. De feitelijke overgave van de zaak door de koper is daarmee beslissend. Deze keuze heeft in de jurisprudentie onder het Weens Koopverdrag tot weinig problemen aanleiding gegeven.[11] De regeling is de inspiratie geweest voor het nu te bespreken Ontwerp.

4.2 Het definitieve Ontwerp van een richtlijn consumptiegoederen

In augustus 1996 is een voorstel voor een richtlijn inzake de garantie consumentengoederen[12] bij het Europees Parlement en Raad inge-

10. Art. 67 CISG ziet op de overhandiging door de koper aan een vervoerder, art. 68 CISG op verkoop tijdens vervoer: in het eerste geval is het moment van overhandiging, in het tweede geval het moment van contractsluiting beslissend.
11. U.Magnus, Stand und Entwicklung des UN-Kaufrechts, ZueP, p. 202-215.
12. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verkoop en de waarborgen voor comsumptiegoederen, PbEG 1996, C 307-308.

diend.[13] Parlementaire behandeling heeft, na ingewonnen advies, 40 amendementen opgeleverd waarvan er 26, geheel dan wel gedeeltelijk, zijn aanvaard. Deze amendementen betreffen voornamelijk ondergeschikte punten en laten de kern van het Ontwerp ongeschonden. Die kern betreft de conformiteitseis (art. 2) en de garantietermijn van twee jaar (art. 3 lid 1). Deze tweejaarstermijn is in het definitieve Ontwerp gehandhaafd. Wat betreft de conformiteitseis stelt de richtlijn: 'de gebruiksgoederen moeten met de verkoopovereenkomst in overeenstemming zijn' (art. 2 lid 1). In het tweede lid van dat artikel wordt deze eis op vier elementen betrokken: (a) de beschrijving van de verkoper, monster of model; (b) geschiktheid voor normaal gebruik; (c) geschiktheid voor specifiek gebruik en (d) verwachte kwaliteit en prestaties. De laatste twee elementen hebben, bij amendement, een nieuwe formulering gevonden. Ten aanzien van het specifiek gebruik luidt de formulering thans dat de goederen 'geschikt zijn voor elk specifiek, door de consument gewenst gebruik dat deze aan de verkoper bij het sluiten van de overeenkomst heeft meegedeeld'.[14] Veel inhoudelijk verschil tussen deze eis en die van art 7:17 lid 2 dat spreekt van 'bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien' zal niet bestaan: een uitdrukkelijk mededeling zal immers mede de contractsinhoud bepalen (3:33 jo. 3:35). Wat betreft het vierde element is een formulering gevonden die duidelijk herinnert aan art. 7:17. De goederen moeten, aldus het definitieve Ontwerp, 'een hoedanigheid hebben die de consument, wat de kwaliteit en de prestaties betreft, kon verwachten, mede gelet op de in reclame en op etiketten publiekelijk ten aanzien van die goederen door de verkoper, de producent of diens vertegenwoordiger afgelegde verklaringen'.[15]

13. Zie voor een bespreking van dit voorstel: Medicus, Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?, ZIP 1996, p. 1925 e.v.; E. Hondius, Kaufen ohne Risiko: Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkauf und zur Verbrauchergarantie, ZEuP, 1997, p. 130-140; P. Schlechtriem, Verbraucherkaufverträge - ein neuer Richtlinienentwurf, JZ, 1997, p. 441-447.
14. De formulering van het Voorstel luidt dat overeenkomst bestaat indien de goederen 'geschikt zijn voor elk specifiek, door de consument gewenst gebruik dat deze aan de verkoper bij het sluiten van overeenkomst heeft meegedeeld, tenzij uit de omstandigheden voortvloeit dat de koper zich niet op de verklaringen van de koper heeft verlaten', art. 2 lid 2 sub c.
15. De formulering van het Voorstel luidt dat de goederen 'wat de kwaliteit en de prestaties ervan betreft, bevredigend zijn, gezien de aard van het goed en de daarvoor betaalde prijs en rekening houdend met de publiekelijk ten aanzien van

Beziet men de conformiteitseis als geheel dan moet worden vastgesteld dat er inhoudelijk geen verschil met art 7:17 bestaat en dat de formulering ervan in de richting van art. 7:17 is opgeschoven. Het is daarom niet te verwachten dat de richtlijn op dit punt repercussies op het Nederlandse kooprecht zal hebben. Art 7:17 lijkt integendeel het definitieve Ontwerp te hebben geïnspireerd.[16]

Levert de conformiteitseis in de diverse regimes een uniform beeld op, bij het *moment* waarop de tekortkoming moet worden vastgesteld tekenen zich enige verschillen af. Art. 3 lid 1 Ontwerp kiest, in navolging van het Weens Koopverdrag,[17] het 'moment van aflevering' als het moment waarop het risico van de zaak overgaat op de koper. De term 'aflevering' dient feitelijk te worden opgevat: de toelichting spreekt van 'het moment waarop de consument het goed ontvangt'.[18] Hier treedt een verschil op met het Nederlandse kooprecht: de aflevering van art. 7:10 ziet op het stellen van de zaak in het bezit van de koper (art. 7:9 lid 2). Ook de levering *constitutum possessorium* en *longa manu* (art. 3:115 sub a en c) doet in beginsel dus het risico overgaan op de koper. De bezwaren van een vroegtijdige risico-overgang worden echter voor de consumentenkoop goeddeels door art. 7:11 ondervangen: indien de zaak door de verkoper wordt bezorgd gaat het risico pas vanaf het moment van bezorging op de koper over.

Resteert het geval dat de consument-koper de zaak, na een eerdere levering *constitutum possessorium*, bij de verkoper ophaalt. De wet

die goederen, door de verkoper, de producent of diens vertegenwoordiger afgelegde verklaringen', art. 2 lid 2 sub d.

16. Die invloed is in de toelichtende stukken bij de richtlijn duidelijk aan te wijzen, zie met name de bespreking van het recht in de lidstaten waarin wordt gesteld dat het Nederlands BW 'uitdrukkelijk de ontwikkeling van de verplichting van de wettelijke garantie in de richting van een verplichting tot het doen beantwoorden van het produkt aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper', PbEG 1996 C 307-308, Toelichting, p. 44. Overigens verdient opmerking dat zowel de regeling in Boek 7 als die in het Ontwerp op het Weenskoopverdrag (of diens voorganger: LUVI) is geïnspireerd. De formulering in termen van 'gerechtvaardigde verwachtingen' wordt evenwel in de CISG niet aangetroffen.
17. PbEG 1996, C 307-308, Artikelgewijze toelichting, p. 10.
18. PbEG 1996, C 307-308, Artikelgewijze toelichting, p. 12. De term 'aflevering' in de Nederlandse tekst is aldus gemakkelijk vatbaar voor misverstand. De Duitse versie spreekt van de *Übergabe der Sache* dat, overeenkomstig §929, feitelijke overgave betekent. Gezien de definitie in art. 7:9 lid 2 is de term 'aflevering' gemakkelijk vatbaar voor misverstand.

geeft voor dit geval geen regel. Mogelijk kan de koper via de schending van een bewaarverbintenis het risico alsnog bij de verkoper leggen.[19] Een andere mogelijkheid biedt een extensieve interpretatie van art. 7:11. Daarvoor kan steun worden gevonden in de ratio van de risico-overgang: overgang op het moment dat de zaak 'van de hoede van de verkoper in die van de koper overgaat'.[20] Samenvattend kan gesteld worden dat waar het Ontwerp en de CISG ten aanzien van het moment van risico-overgang één lijn trekt, ons nationale kooprecht een tamelijk ingewikkeld stelsel van regels biedt, dat, op één uitzondering na, per saldo voor de consumentenkoop het risico op het moment van feitelijke aflevering op de koper doet overgaan. Bij die uitzondering — het door de koper ophalen van de zaak bij de verkoper — zou van het Ontwerp en CISG enige invloed kunnen uitgaan.

Het Ontwerp bevat voorts een omkering van de bewijslast die nieuw is. Ten aanzien van het moment waarop het gebrek aan overeenstemming bestond, voorziet art. 3 lid 3 Ontwerp in een omkering van de bewijslast gedurende een termijn van zes maanden na het moment van (feitelijke) aflevering.[21] Art. 3 lid 3:

'Tot het bewijs van het tegendeel worden de gebreken aan overeenstemming die binnen termijn van zes maanden, gerekend vanaf het tijdstip van aflevering, blijken, geacht op dat tijdstip te hebben bestaan, tenzij deze veronderstelling onverenigbaar is met de aard van de goederen of met de aard van het gebrek aan overeenstemming'.

Als de verkoper niet kan bewijzen dat de zaak op het moment van levering contractsconform was, is de tekortkoming daarmee in beginsel gegeven. Bij deze omkering van de bewijslast wil ik een drietal kanttekeningen plaatsen. In de eerste plaats komt het mij voor dat zij in meer complexe gevallen zich minder goed laat verenigen met het stelsel dat het conformiteitsoordeel beheerst. Dat stelsel maakt het oordeel of de zaak contractsconform is immers (mede) afhankelijk van de verwachtingen van de koper. Daardoor kan de situatie ontstaan dat de verkoper moet treden in verwachtingen die hij zelf heeft gewekt. De verkoper kan ook, zo suggereert de toelich-

19. Asser-Schut-Hijma, nr. 506.
20. TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 7, p. 98. Zie ook Jongeneel die de term 'bezorging' opvat als 'feitelijk in handen komen van de koper', Jongeneel, Koop en consumentenkoop, Deventer 1997, p. 28.
21. Pb EG 1996, C 307-308, artikelgewijze toelichting, p. 12.

ting,[22] het bewijs leveren door aan te tonen dat het gebrek door een verkeerd gebruik van de koper is ontstaan. Dit heeft — tweede kanttekening — het onwenselijke gevolg dat de aandacht verschuift van het eigenlijke beoordelingsmoment (het moment van afleveren) naar een later tijdstip. Waar het Ontwerp het moment waarop de tekortkoming moet worden vastgesteld fixeert, bewerkstelligt de bewijsregel dat later gebruik van de koper relevant wordt. Hierbij komt dat het niet is uitgesloten dat onder het onjuiste gebruik door de koper een tekortkoming van de verkoper 'schuilgaat'. Een derde kanttekening is dat de gunstige bewijspositie van de koper het mogelijk maakt dat hij een gebrek ontstaan door toeval, vanwege zijn gunstige bewijspositie bij de verkoper kan leggen. Zo kan het risico voor verslechtering door toeval, hoewel *de iure* op het moment van levering op de koper overgegaan, *de facto* toch bij de verkoper terechtkomen.

4.3 Resultaat

Het regime van het Weens koopverdrag en het Ontwerp trekt één lijn ten aanzien van het moment van risico-overgang op de koper: de feitelijke aflevering is beslissend. Ons nationale recht kiest in principe het moment van juridische levering (bezitsverschaffing). Door art. 7:11 wordt evenwel bewerkstelligd dat er per saldo weinig verschil bestaat tussen de genoemde regimes en het nationale recht. Enkel ten aanzien van het ophalen van zaken door de koper bij de verkoper, kunnen deze regimes in een leemte voorzien. De bewijslastomkering die het Ontwerp gedurende een periode van zes maanden bevat, is voor het nationale recht nieuw. Een dergelijke regel zal belangrijke repercussies hebben op het nationale recht.

5. Het inhoudelijk verband tussen tekortkoming en ontbinding

Dient de tekortkoming van een bepaald *gehalte* te zijn om te kunnen ontbinden? Art. 6:265 relateert de tekortkoming aan de ontbinding en haar gevolgen. In het Weens Koopverdag wordt de eis gesteld dat de tekortkoming 'wezenlijk' moet zijn (art. 49 lid 1 CISG). In par. 3 werd aangetoond dat de zogenoemde 'relativering' van de ontbinding de risico-vraag niet treft: zij voorziet slechts in de mogelijkheid om

22. Pb EG 1996, C 307-308, artikelgewijze toelichting, p. 12.

het risico van economisch nadeel door verslechtering van de zaak met meer precisie vast te stellen en het aan de omvang van de ontbinding te relateren. In deze paragraaf wordt bezien op welke wijze deze proportionele afstemming gestalte kan krijgen. Omdat hierover reeds uitvoerige literatuur bestaat[23], wordt met name ingegaan op twee kwesties die tot nu toe weinig zijn besproken: een analyse van het evenredigheidsbeginsel en een bondige bespreking van het definitieve Ontwerp.

5.1 Wat is het evenredigheidsbeginsel?[24]

Het concept van 'evenredigheid' berust op vergelijking. Iets moet, vergeleken met iets anders, in verhouding, in proportie staan. Dit roept twee vragen op: wat is vergelijken? En: wat is proportioneel?

Wat betreft de eerste vraag moet worden opgemerkt dat een vergelijking altijd een *opzicht* van vergelijking behoeft. Een brommer is zwaarder dan een fiets: het opzicht van vergelijking is 'gewicht'. Het gras van de buurman is groener: het opzicht is 'kleur'. Het opzicht van vergelijking in verband met het leerstuk van de ontbinding is: economische waarde, uitgedrukt in geld[25]. Voorts wordt de vergelijking niet rechtstreeks uitgevoerd maar via een kwantificering: de *mate* van de ene grootheid (slechts acht van de tien tafels zijn geleverd, 20% bleef uit) wordt gerelateerd aan de *mate* van de andere grootheid (slechts 20% van de koopsom dient betaald te worden). De

23. Zie noot 4.
24. De term 'evenredigheidsbeginsel' en 'proportionaliteitsbeginsel' zijn twee namen voor hetzelfde beginsel; ik gebruik ze door elkaar.
25. Ik doel hier op de evenredigheid die de 'technische kwestie' van de afstemming van tekortkoming en de strikte ontbindingsgevolgen beheerst. Dat staat los van de vraag of, en in hoeverre, de ontbindingsbevoegdheid *als zodanig* aan een evenredigheidstoets is onderworpen: het opzicht van vergelijking in dit laatste geval bevat ook niet-financiële elementen. Mijns inziens kunnen hier derhalve twee werkingen van het proportionaliteitsbeginsel worden ontwaard. Ik maak om deze reden bezwaar om beide werkingen aan te duiden met respectievelijk het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel (Hartlief, Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht, AA 46 (1997), p. 196-202). Aldus wordt namelijk de suggestie gewekt dat het proportionaliteitsbeginsel om inhoudelijke redenen met het ontbindingsleerstuk is verbonden en dat de toetsing van de ontbindingsbevoegdheid als zodanig weer door een ander beginsel wordt beheerst. In beide gevallen gaat het echter om hetzelfde beginsel doch in een ander kader en (dus) met een ander opzicht van vergelijking.

ene prestatie wordt aldus uitgedrukt in termen van de andere prestatie.[26]

Dit brengt mij op de tweede vraag: wanneer is iets (dis)proportioneel? De literatuur wekt enigszins de suggestie dat het beginsel van evenredigheid een beginsel van objectief recht is, dat de uitoefening van wettelijke en contractuele bevoegdheden mede zou beheersen.[27] Deze benadering verliest uit het oog dat partijen door een contract met een bepaalde inhoud te sluiten zélf hun 'verhouding' bepalen. A verkoopt tien tafels aan B. Dat B slechts de helft van de waarde behoeft te betalen, maakt het contract niet onevenwichtig of disproportioneel: partijen bepalen immers zelf wat in hun verhouding evenwichtig en proportioneel *is*.[28] Bij een eventuele wijziging van de overeenkomst door gedeeltelijke ontbinding wegens een tekortkoming (6:265) of onvoorziene omstandigheden (6:258) dient dit door partijen gekozen evenwicht dan ook het uitgangspunt te zijn. Het proportionaliteitsbeginsel is derhalve niet een beginsel dat enkel 'van buitenaf' op de partijverhouding 'inwerkt', maar dat mede door die partijverhouding wordt gekleurd[29].

Tot slot een waarschuwing. Omdat het beginsel der evenredigheid in abstracto leeg is, leent het zich voor een zeer brede toepassing. Het beginsel is in zekere zin 'onverzadigbaar'. De (waarde van de) ene prestatie moet in verhouding staan tot de (waarde van de) andere prestatie; de ernst van de tekortkoming moet in verhouding staan tot de mate van ontbinding; het economisch belang dat de teleurgestelde crediteur bij uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid heeft, dient in verhouding te staan tot het belang van de schuldenaar: het evenre-

26. Door die kwantificering kan een prestatie die in kwalitatieve zin bij de verbintenis achter blijft een zeker waarderingsprobleem opleveren.
27. A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, Miscellania (Van Dunné-bundel), Deventer 1997, p. 124 die spreken van het 'centraal beginsel' van het vermogensrecht dat op de leerstukken 'inwerkt'; T. Hartlief, Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht, AA 46 (1997), p. 196-202.
28. J.H. Nieuwenhuis, Vernietigen, ontbinden of aanpassen I en II, WPNR 6164-6165 (1995), p. 38 r.k..
29. Meer in het algemeen maken de vele mogelijkheden van aanpassing die het huidig BW bevat, de relatie tussen de contractuele verhouding enerzijds en een op die verhouding 'ingrijpend' objectief recht anderzijds, problematisch. De scherpe tegenstelling zoals bijvoorbeeld Eggens die neerzet (Een man een man, een woord een woord, VPO Deel 2, p. 200-211) is stellig met deze moderne aanpassingsmogelijkheden niet verenigbaar.

digheidsbeginsel lijkt een absorberende werking te hebben op contractuele en wettelijke bevoegdheden. Door de door partijen gekozen contractuele verhouding als uitgangspunt te nemen en de door de wetgever gestelde grenzen in acht te nemen, behoedt men zich ervoor dat de wettelijk (en contractuele) contouren onder invloed van dit beginsel vervagen. Bezien we thans waar deze grens wordt gelegd.

5.2 De ontbinding in proportie

In het Weens Koopverdrag wordt de eis gesteld dat de tekortkoming 'wezenlijk' moet zijn (art. 49 lid 1 CISG). De internationale koopregimes staan wat dit betreft op één lijn want deze eis is ook in de Unidroit en de Principles overgenomen. Inmiddels heeft zich ten aanzien van deze eis een omvangrijke jurisprudentie ontwikkeld.[30] Het heeft daarom verbazing gewekt dat zij in het voorstel voor de richtlijn niet is teruggekeerd.[31] Er werd in de vier toegekende rechtsmiddelen (herstel, vervanging, vermindering prijs en ontbinding) geen rangorde aangebracht (art. 3 lid 4 voorstel Ontwerp). Het definitieve Ontwerp is evenwel bij amendement alsnog van een rangorde voorzien. De definitieve tekst van art. 3 lid 4 Ontwerp luidt als volgt:

'Wanneer een verkoper op een gebrek aan overeenstemming wordt gewezen, moet hij zonder een onredelijke vertraging kosteloze reparatie of vervanging aanbieden. De consument heeft het recht te kiezen tussen deze beide mogelijkheden, tenzij op grond van het bijzondere karakter van het geval slechts één mogelijkheid uit het oogpunt van de belangen van de verkoper economisch gepast en voor de consument aanvaardbaar lijkt. De consument is niet verplicht in te gaan op kosteloze reparatie indien daardoor een waardevermindering van het produkt ontstaat: in dit geval kan hij vervanging verlangen.
Indien noch kosteloze reparatie noch vervanging mogelijk is of indien na de reparatiepoging het gebrek aan overeenstemming niet is verholpen, heeft de consument het recht een vermindering van de prijs of ontbinding van de overeenkomst te verlangen'.

De tekst bevat een dubbele rangorde. De rechtsmiddelen 'reparatie en vervanging' dienen eerst te worden beproefd, voordat een beroep op gehele of gedeeltelijke ontbinding kan worden gedaan. De reparatie en vervanging dient evenwel door de verkoper te worden aangeboden.

30. Zie voor een overzicht: U. Magnus, Stand und Entwicklung des UN-Kaufrechts, ZeuP 1995, p. 210.
31. E. Hondius, Kaufen ohne Risiko: Der Europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkauf und zur Verbrauchergarantie, ZueP, 1997, p. 138.

Bij gebreke daarvan, zal de koper zich rechtstreeks op ontbinding kunnen beroepen. Vervolgens wordt binnen de categorie 'vervanging en reparatie' een rangorde aangebracht: in beginsel mag de koper tussen beide rechtsmiddelen kiezen, tenzij één mogelijkheid uit het oogpunt van de belangen van de verkoper 'economisch gepast' en voor de consument-koper 'aanvaardbaar' is. Het zal hier met name om situaties gaan dat vervanging voor de verkoper relatief duur is, terwijl het gebrek ook door reparatie kan worden verholpen.

De regeling bevat dus een gefixeerde rangorde (eerst reparatie of vervanging, dan geheel of gedeeltelijke ontbinding) en binnen de categorie 'vervanging of reparatie' een 'zwevende' rangorde die eerst na een evenredigheidstoets kan worden vastgesteld (voor de verkoper economisch gepast, voor de koper aanvaardbaar).

Als de richtlijn in deze vorm definitief wordt vastgesteld, zal het aspect van rangorde een belangrijke repercussie hebben op het Nederlandse kooprecht. Uitgangspunt van het Nederlandse recht is immers, en aldus met zoveel woorden terug te vinden in art. 7:22, het beginsel van cumulatie: in beginsel is de teleurgestelde schuldeiser niet beperkt in de keuze van zijn rechtsmiddelen.

6. Conclusie

Koop is verbonden met risico. In dit opstel is aandacht besteed aan het economisch risico dat de verkochte zaak in waarde vermindert door een van buiten komende oorzaak. Wie hiervan het economisch nadeel draagt wordt primair bepaald door het moment van risico-overgang op de koper.

De diverse regimes — het Weens Koopverdrag, het definitieve Ontwerp en het Nederlandse kooprecht — staan, behoudens wetstechnische verschillen en een enkele uitzondering, wat dit betreft op één lijn: het moment van feitelijke aflevering is beslissend. De richtlijn zal evenwel waar het om de bewijslast gaat, belangrijke repercussies op het Nederlandse recht hebben: zij voorziet in een bewijslastomkering ten gunste van de koper tot zes maanden na het moment van afleveren. Een dergelijke bewijslastverdeling zal het moment van risico-overgang *de facto* kunnen doen verschuiven.

Ten aanzien van de in Nederland veel besproken vraag of de ontbindingsbevoegdheid dient te worden gerelativeerd, kwamen drie punten aan de orde. In de eerste plaats werd aangetoond dat de hier besproken risicokwestie niet door een eventuele relativering van de

rechtsgevolgen van ontbinding wordt aangetast. Ten tweede voerde een analyse van het evenredigheidsbeginsel tot de conclusie dat dit beginsel een absorberende werking kan uitoefenen op contractuele en wettelijke bevoegdheden en daarom met enige voorzichtigheid dient te worden gehanteerd. Tot slot is summier het definitieve Ontwerp besproken. Dat Ontwerp voorziet in een rangorde tussen de verschillende rechtsmiddelen. Indien de richtlijn ongewijzigd wordt aangenomen, zal deze rangorde een belangrijke repercussie hebben op het Nederlandse kooprecht dat immers uitgaat van het principe van cumulatie.

Koop van vorderingen

OVER CONFORMITEIT, RISICO EN BETALING IN DRIEPARTIJENPERSPECTIEF

*W.H. van Boom**

1. SCHAKELEN VAN ZAKEN NAAR VORDERINGEN

De bepalingen in titel 7.1 BW zijn duidelijk toegesneden op de koop van (roerende) zaken, maar in art. 7:47 BW wordt geschakeld: een koopovereenkomst kan blijkens deze bepaling ook betrekking hebben op een vermogensrecht. In dat geval zijn de koopregels van toepassing voor zover dit — aldus art. 47 — in overeenstemming is met de aard van het recht. Ik zal mij niet het hoofd — of erger: de nek — breken over de vraag wat vermogensrechten zijn; daaronder kunnen in elk geval worden verstaan vorderingen op naam en vorderingen die belichaamd zijn in een order- of toonderpapier (hierna: waardepapier).[1] Die vermogensrechten staan hier centraal.

De bepalingen van titel 7.1 zijn dus van toepassing op koop van vorderingen, voor zover deze bepalingen in overeenstemming zijn met de aard van het desbetreffende vorderingsrecht. Om te achterhalen wat dat concreet betekent, moet men de artikelen 7:1 tot en met 46 als het ware doorrekenen op compatibiliteit met de aard van het vorderingsrecht. Ik stel mij ten doel in deze bijdrage een aantal van deze rekenoefeningen te verrichten, om te concluderen dat achter de deur van art. 7:47 BW een bijzondere wereld van rechtsvragen schuilgaat.

* Mr. W.H. van Boom is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Asser-Hijma, Bijzondere overeenkomsten I (Koop en ruil), vijfde druk, Zwolle 1994, nr. 128, vermeldt in dit verband niet vorderingen aan order of toonder. In Duitsland neemt men aan dat de koop van order- en toonderpapier zowel koop van een zaak (het papier) als van een vordering is. Zie Erman, Handkommentar zum BGB, 9e druk 1993, § 437 rdz. 11 (Grunewald).

2. CONFORMITEIT

Het lichamelijke koopobject 'zaak' is concreet genoeg om binnen de grenzen van ons voorstellingsvermogen te blijven. Zaken zijn zaken: je kunt ze bekijken, aanraken, monsters ervan nemen, ze door deskundigen laten keuren. Voldoet de zaak niet aan de verwachtingen die de koper op grond van de overeenkomst mocht hebben, dan is de zaak niet conform de afspraak (art. 7:17), met alle rechtsgevolgen van dien.

Het koopobject 'vordering' is een onlichamelijk object. Vorderingen zijn immers actiefzijden van verbintenissen die recht geven op een specifieke prestatie, zoals betaling van geld, overdracht van een goed of een andersoortige prestatie. Een vordering is dus een juridische constructie; anders dan een zaak kan zij niet worden waargenomen of aangeraakt.[2] Toepassing van de koopregels op het onlichamelijke koopobject vergt daarom veel van het voorstellingsvermogen; daarvoor is, aldus reeds Opzoomer,

'vrij wat inspanning, vrij wat ontwikkeling van het denken noodig'.[3]

Veel van de door Opzoomer genoemde inspanning is nodig om de koop in driepartijenperspectief te plaatsen. Bij de koop van een vordering zijn namelijk — anders dan bij de koop van zaken — per definitie *drie* partijen betrokken: de *verkoper*, die zijn vordering op de *debiteur* cedeert aan de *koper*. Het koopobject bestaat niet uit materie, maar uit een juridisch te duiden verhouding tussen twee personen. De vordering vloeit voort uit de rechtsverhouding tussen verkoper en debiteur, en omdat de verkoper nu eenmaal niet meer of anders kan overdragen dan hij zelf heeft, worden bestaan, inhoud en omvang van de verkochte vordering bepaald door deze rechtsverhouding.[4] Dat uitgangspunt is overigens — juist met het oog op verhandelbaarheid van de vordering — grotendeels verlaten voor de verkoop

2. Vgl. G. Diephuis, Het Nederlandsch burgerlijk regt, deel XI, Groningen 1888, p. 355.
3. C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk wetboek verklaard, achtste deel, tweede druk, 's-Gravenhage 1892, p. 201.
4. Zie art. 6: 145 BW. Vgl. bijv. F.H.J. Mijnssen, G.H.A. Schut, Bezit, levering en overdracht, derde druk, Zwolle 1991, p. 134-135, Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht I (de verbintenis in het algemeen), tiende druk, Zwolle 1996, nr. 570 en Polak-Scheltema-Meijer, Wissel- en chequerecht, 6e druk, Alphen aan den Rijn 1993, p. 121 e.v.

van vorderingen die in waardepapieren besloten liggen. Door in te stemmen met het in omloop brengen van het papier, stemt de debiteur er ook mee in dat hem bij verkoop van het papier bepaalde verweermiddelen uit handen worden geslagen.[5] Dit kan ertoe leiden dat de koper meer rechten jegens de debiteur krijgt dan zijn voorganger.[6]

Bij de vordering op naam geldt dus het uitgangspunt dat hetgeen de koper verkrijgt, wordt bepaald door de rechtsverhouding waar de vordering uit voortspruit. De koper heeft er dus belang bij om enig inzicht te verkrijgen in die rechtsverhouding. Bovendien kan na het sluiten van de overeenkomst blijken dat hij — in verband met een eventueel beroep op non-conformiteit of dwaling — ten opzichte van de verkoper gehouden was om hier onderzoek naar te verrichten. Of de aspirant-koper daadwerkelijk gehouden is om onderzoek te doen naar bestaan, aard, inhoud en omvang van de vordering, zal van de concrete omstandigheden afhangen. Relevant hierbij zijn mijns inziens de aard en omvang van de vordering en de aard van de koopovereenkomst.

De onderzoeksplicht van de koper kan niet los worden gezien van de eventuele mededelingsplicht van de verkoper. Over welke aspecten van de vordering de verkoper de koper spontaan dient te informeren, hangt ook af — het zal niet verbazen — van de concrete omstandigheden. In dit verband lijken mij evenzeer relevant de aard van de rechtsverhouding tussen debiteur en verkoper en (de omvang van) de daaruit voortvloeiende vordering, alsook de eventuele eerdere ervaringen opgedaan met de desbetreffende debiteur, en de aard van de koopovereenkomst.

Hoe kan de koper achterhalen of de vordering die hij overweegt te kopen, (nog steeds) bestaat? In bepaalde gevallen kan van hem

5. Zie art. 6: 146 BW, art. 116 en 199 WvK. Vgl. Asser-Hartkamp 4-I, nr. 573 en E. Hammerstein, Betalingsverkeer (wissel, orderbriefje en cheque), Deventer 1993, p. 39 e.v. Bij de wissel is de bedoelde instemming gelegen in acceptatie door de betrokkene. Bij de cheque is geen sprake van directe instemming van de betrokken bank met het in omloop brengen van het papier (art. 181 WvK), hooguit indirecte instemming door het aangaan van de bancaire relatie met de trekker (art. 180 WvK). Bovendien is de bank jegens de houder niet verplicht tot betaling op de cheque.
6. Een en ander brengt R. Zwitser, RM Themis 1997, p. 385 e.v., ertoe te concluderen dat overdracht van waardepapieren geen overdracht van een vordering is, maar een uit derdenbedingen samengesteld drie- of meerpartijencontract.

worden verwacht dat hij inlichtingen bij de debiteur inwint. Dat is een kleine moeite (alhoewel niet erg gebruikelijk), zeker in verhouding tot de onaangename verrassingen die ermee kunnen worden voorkomen. De debiteur kan desgevraagd aangeven waartoe hij naar zijn mening verplicht is. Betwist hij bijvoorbeeld het bestaan van de vordering, dan is de koper gewaarschuwd: inning van deze vordering zou wel eens incassokosten met zich kunnen brengen. Bovendien kan de debiteur over specifieke informatie beschikken in verband met verschillende wettelijke mededelingsvereisten: een eerdere vervreemding of bezwaring (anders dan een stil pandrecht) en beslaglegging zijn de debiteur bekend.[7] De aspirant-koper kan de debiteur daarover gerichte vragen stellen. Naar mijn mening is de debiteur verplicht hierover desgevraagd informatie te verstrekken.[8]

Het doen van navraag bij de debiteur is overigens geen waterdichte methode om 'verborgen gebreken' aan de vordering te achterhalen: raakt de debiteur bijvoorbeeld na verkoop van de vordering op de hoogte van een wilsgebrek (dat kleeft aan het contract waar de vordering uit voortvloeit), dan kan hem niet worden verweten dat hij hiervan geen mededeling aan de rechercherende (toen: aspirant-)koper had gedaan.

De aspirant-koper kan ook de verkoper vragen om tastbaar bewijs van het bestaan van de vordering. Gedacht kan worden aan een akte waarin de debiteur verklaart de betreffende prestatie verschuldigd te zijn aan de crediteur. De koper zal veelal kunnen afgaan op de juistheid van de verklaring (althans op de juistheid ten tijde van het afleggen van de verklaring); in ieder geval hoeft hij geen rekening te houden met de beruchte *contre-lettre* (art. 3:36 BW).[9] Betalingen die zijn gedaan tussen het moment van opmaken van de genoemde akte

7. Art. 3: 94 lid 1 BW en 475 Rv. Bij vervreemding en bezwaring van waardepapier (art. 3: 93 BW en 474a e.v. Rv.) speelt dit punt niet, omdat in die gevallen steeds het papier uit de macht van de houder wordt gebracht. De koper behoort er aldus rekening mee te houden dat hij geen (onbezwaarde) vordering verkrijgt. Bovendien is stil pandrecht op een waardepapier niet mogelijk: art. 3:239 BW.
8. Daaraan kan overigens wel de rechtsverhouding tussen verkoper en debiteur in de weg staan, wanneer deze tot geheimhouding verplicht. In dat geval kan de debiteur als het ware twee heren tegelijk dienen, door zich tegenover de koper in stilzwijgen te hullen en hem voor nadere informatie te verwijzen naar de verkoper.
9. Zie nader Mon. Nieuw BW A-22 (Nieskens/Van der Putt), tweede druk, p. 27-28.

en de cessie, kunnen echter wel aan de koper worden tegengeworpen. De koper kan de verkoper dan wel aanspreken wegens wanprestatie: de verkoper staat er behoudens andersluidende afspraak voor in dat de verkochte vordering nog niet door betaling is tenietgegaan. De koper zou ook de debiteur kunnen vragen of deze al betalingen heeft verricht. Ontkent hij dit, dan kan de koper de debiteur aan die vertrouwenwekkende verklaring houden.[10] Overigens kan de verkoper de koper er in de regel geen verwijt van maken dat deze niet een dergelijk 'betalingsonderzoek' heeft verricht: als hij een vordering van *f* 100 als zodanig verkoopt, dan kan hij de koper natuurlijk niet verwijten dat navraag bij de debiteur hem had geleerd dat op de vordering reeds *f* 20 was betaald en dat de koper in werkelijkheid een vordering van *f* 80 verkreeg.

Als gezegd hoeft de koper van een waardepapier zich over al deze kwesties geen zorgen te maken: nietigheid of gebrekkigheid van de overeenkomst die aan uitgifte van het papier ten grondslag lag, is in de regel een persoonlijk verweermiddel dat hem niet raakt, terwijl inhoud en omvang van de vordering (zoals de koper die verkrijgt) goeddeels door het papier zelf worden bepaald en voldoening van de vordering op het papier moet zijn aangetekend.[11]

De koper van een waardepapier hoeft dus geen moeite te doen om de inhoudelijke kwaliteit van de vordering vast te stellen. In veel gevallen kan evenmin van de koper van een vordering op naam uitgebreid onderzoek worden verwacht. De verkoper zal daarom voor een aantal essentiële kwaliteiten van de verkochte vordering moeten instaan. Zo staat de verkoper er in beginsel voor in dat de vordering geen juridische gebreken vertoont; art. 1570 BW (oud) drukte deze plicht aldus uit:

> Hij die eene inschuld of een ander onlichamelijk recht verkoopt moet instaan voor het aanwezen daarvan ten tijde van de levering, hoewel ook de verkoop zonder belofte van vrijwaring geschied zij.[12]

10. Mon. Nieuw BW A-22 (Nieskens/Van der Putt), p. 28.
11. Zie nt. 5. Zie over kwijting op het waardepapier art. 6:48 BW, art. 138 en 211 WvK.
12. In Duitsland spreekt men in dit verband van het instaan voor de 'Verität'. Zie Erman, a.w., § 438 rdz. 1. De 'Verität' is geregeld in § 437 Abs. 1 BGB. Vgl. ook Opzoomer, a.w., p. 199 nt. 5. Zie over de toepassing van art. 1570 BW (oud) vooral ook J. Wiarda, Cessie of overdracht van schuldvorderingen op

Art. 1570 is niet teruggekeerd in het huidige BW, niet zozeer omdat de inhoud van deze bepaling onjuist werd geacht, maar veeleer omdat de wetgever meende dat deze in de algemene conformiteitseis van art. 7:17 BW opging.[13]

Naar mijn mening staat de verkoper er ook voor in dat levering van de verkochte vordering daadwerkelijk tot overdracht leidt. Zie art. 7:9 BW.[14] Hieruit volgt mijns inziens evenzeer dat de verkoper van een vordering op naam bijvoorbeeld instaat voor afwezigheid van een onoverdraagbaarheidsbeding (art. 3:83 lid 2 BW). Behoudens afwijkende afspraak staat de verkoper er bovendien voor in dat geen 'lasten en beperkingen' — zoals beslag, beperkte rechten of voorrechten — op de vordering rusten (art. 7:15 BW). Voorts kan de verkoper in beginsel verplicht worden geacht een vordering te leveren waartegen verrekening of waarvan opschorting door de debiteur niet mogelijk is, althans niet op grond van een tegenvordering respectievelijk opschortingsgrond jegens de verkoper.

3. Risico, incassorisico en pseudo-koop

Het leerstuk van het risico bij verkoop van zaken (art. 7:10 BW) betreft de vraag wie na aflevering het risico draagt van tenietgaan of achteruitgang door een 'van buiten komende' oorzaak die niet kan worden teruggevoerd op een tekortkoming van de verkoper. Dit risico gaat in beginsel over op de koper bij aflevering. Kan het leerstuk van het risico ook worden toegepast bij verkoop van vorderingen? Ik denk dat dit inderdaad het geval is. Het begrip 'afleveren' in art. 7:10 BW zal dan wel moeten worden gelezen als 'leveren'.[15] Een vordering kan 'achteruitgaan' door verschillende oorzaken die de waarde negatief beïnvloeden; gedacht kan worden aan inflatie en wisselkoerswijzigingen bij geldvorderingen.[16] Weliswaar wordt de nominale waarde van de vordering niet aangetast, maar dat lijkt mij niet beslissend. Het gaat bij het leerstuk van het risico immers om financiële

naam, diss. UvA 1937, p. 287 e.v.

13. Parl. Gesch. Boek 7, p. 16.
14. In deze zin ook B. Wessels, WPNR 6286 (1997), p. 687. Vgl. § 433 Abs. 1 BGB, dat uitdrukkelijk stelt: 'Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen (...)'.
15. M.H.E. Rongen, in: D.J. Hayton e.a. (red.), Vertrouwd met de Trust, Deventer 1996, p. 268 nt. 11.
16. Rongen, t.a.p., p. 268.

implicaties van een schadeveroorzakende gebeurtenis; vorderingen hebben in de regel — net als zaken — een waarde (vergelijk ook art. 3:6 BW).

Kan onder het risico-begrip van art. 7:10 BW ook worden verstaan het risico dat de debiteur niet tot betaling bereid is dan wel in staat is? Men kan onderscheiden tussen de weigerachtige debiteur en de insolvente debiteur, maar het onderscheid is mijns inziens niet fundamenteel van aard. Strikt genomen is weigering van de debiteur om te betalen namelijk ook een achteruitgang van de vordering, aangezien incassomaatregelen genomen zullen moeten worden. Die kosten drukken op de opbrengst van de vordering. Ik zou menen dat zowel deze incassokosten als de schade door insolventie van de debiteur in beginsel voor rekening en risico van de koper zijn, tenzij de verkoper er ten tijde van de verkoop van op de hoogte was dat de debiteur niet van plan was de vordering te voldoen. Heeft de verkoper de koper daarover niet ingelicht, dan heeft de verkoper ten onrechte geen open kaart gespeeld over de hem bekende incassorisico's.[17]

Laat ik mij beperken tot de vraag waarom de koper het risico van insolventie draagt. Als het insolventierisico een risico in de zin van art. 7: 10 BW is,[18] dan betekent dit dat insolventie welke zich na overdracht van de vordering voordoet, voor risico van de koper is. Men zou insolventie van de debiteur echter ook als non-conformiteit van de vordering kunnen zien. Welke benadering de juiste is, hangt goeddeels af van de omstandigheden en voorwaarden waaronder de koop tot stand kwam. Betaalt een koper van een vordering een prijs die de nominale waarde benadert, terwijl de verkoper ervan op de hoogte is dat de debiteur een dubieuze betaler (of erger: ronduit insolvent) is, dan zal de koper veelal uit wanprestatie kunnen ageren.

Moeilijker zijn natuurlijk de gevallen waarin de debiteur na overdracht van de vordering insolvent geraakt, terwijl de verkoper hiervan geen voortekenen bekend waren. In het oude BW gold wat dit betreft het uitgangspunt dat de verkoper weliswaar instond voor het bestaan van de vordering, maar niet voor de gegoedheid van de debiteur na het moment van cessie.[19] Koper en verkoper konden

17. Zie Wiarda, a.w., p. 296.
18. In die zin waarschijnlijk Mon. Nieuw BW B-65a (Wessels), p. 85.
19. Art. 1570 en 1571 BW (oud). Zie Wiarda, a.w., p. 294 e.v., Pitlo-Wolffensperger, Benoemde overeenkomsten, achtste druk Arnhem 1979, p. 55, Asser-Schut, Bijzondere overeenkomsten I (Koop en ruil), vierde druk, Zwolle 1981, p. 96.

anders afspreken. Ik denk dat het onder oud recht geldende uitgangspunt ook thans nog geldt.[20] De totstandkomingsgeschiedenis van Boek 7 BW geeft over deze kwestie geen uitsluitsel. De regering spreekt van de plicht van de verkoper om

'alles in het werk (te stellen) dat de koper het recht ten volle kan uitoefenen',

terwijl de conformiteitseis van art. 7:17 BW in de ogen van de regering

'bij de verkoop van een vordering (kan) leiden tot aansprakelijkheid van de verkoper bij gebleken insolvabiliteit van de schuldenaar'.[21]

Aangenomen mag worden dat de wetgever geen harde regel over het insolventierisico wenste te geven, maar integendeel (uitleg van) de concrete koopovereenkomst beslissend achtte.[22] Hebben partijen hierover geen duidelijke afspraak gemaakt, dan kan de wijze waarop de hoogte van de koopprijs is bepaald, relevant zijn. Wordt voor een niet-opeisbare geldvordering een bedrag betaald dat een weerspiegeling is van de nominale waarde minus discontering voor niet-opeisbaarheid, dan is in de koopprijs niet het insolventierisico verdisconteerd. Maar daaraan mag men niet zonder meer de conclusie verbinden dat de koper dit risico niet heeft overgenomen.

Het kan bijvoorbeeld ook aankomen op de vraag wie de (berekening van de) koopprijs heeft bepaald. Biedt de verkoper een geldvordering met een nominale waarde van *f* 100 te koop aan voor *f* 1, dan mag de koper niet zonder meer vertrouwen op solventie van de debiteur. Biedt een professionele koper aan om opeisbare handelsvorderingen te kopen voor x % van de nominale waarde, dan zou in het percentage de genoemde verdiscontering gelegen kunnen zijn. Hier geldt dus ook dat de hoogte van de koopprijs de gerechtvaardigdheid bepaalt van de verwachtingen die leven bij koper en verkoper. Zo komt het bij bedrijfsmatige aankoop van handelsvorderingen wel voor dat 'in bulk' wordt aangekocht;[23] koper noch verkoper zijn bij dergelijke koopovereenkomsten bereid om uitgebreid het bestaan, de inhoud, aard en omvang van elke individuele vordering te onderzoe-

20. Anders: Wessels, WPNR 6286 (1997), p. 688.
21. Parl. Gesch. Boek 7, p. 297.
22. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 7, p. 16, ad art. 1572 (thans: oud) BW.
23. C.A. Knape, WPNR 6141 (1994), p. 437.

ken. Partijen verdisconteren dan veelal de risico's die verbonden zijn aan het achterwege laten van onderzoek in de koopprijs. Blijkt een van de vorderingen oninbaar door betalingsonmacht van de debiteur, dan is hoe dan ook geen sprake van non-conformiteit: de 'kwaliteit' van de verkochte vorderingen was 'gemiddeld goed'.[24]

Spreken koper en verkoper uitdrukkelijk af dat na cessie de koper het insolventierisico draagt, dan kan hun overeenkomst in ieder geval als koopovereenkomst worden gekwalificeerd.[25] In de literatuur wordt aangenomen dat partijen ook het omgekeerde kunnen afspreken, namelijk dat de verkoper instaat voor de financiële gegoedheid van de debiteur. Dit 'instaan voor' kan op verschillende wijzen worden geregeld; gedacht kan worden aan een garantie die tot betaling van het oninbaar gebleven bedrag verplicht, maar ook aan overdracht van de vordering onder de ontbindende voorwaarde van insolventie.[26] De strekking van dergelijke bedingen is steeds dat het risico van insolventie van de debiteur achterblijft bij de verkoper. Het verwondert niet dat in de literatuur daarom de vraag aan de orde is gekomen of een dergelijke overeenkomst verenigbaar is met art. 3:84 lid 3 BW.[27] Een andere vraag is of een dergelijke overeenkomst wel als koopovereenkomst mag worden betiteld. Een koopovereenkomst strekt tot overdracht van een goed, en wel een overdracht die ertoe leidt dat de koper de risico's te dragen krijgt die een rechthebbende op een goed gewoon is te dragen: het risico van tenietgaan of waardevermindering door een van buiten komende oorzaak. Het risico betreft steeds van buiten komende oorzaken; dit vereiste bakent het leerstuk van het risico af ten opzichte van het leerstuk van de non-conformiteit. Om het op vorderingen toe te spitsen: de verkoper staat in beginsel in voor het bestaan van de vordering, het ontbreken van specifieke verweermiddelen en voor de juistheid van de gestelde nominale omvang van de vordering, terwijl het risico dat de werkelijke waarde van de vordering na overdracht door een van buiten komende oorzaak — zoals insolventie van de debiteur — minder

24. Vgl. art. 6:28 BW.
25. Zie J. Beuving, Factoring, diss. Nijmegen 1996, p. 72-73 en de aldaar in nt. 27 genoemde auteurs.
26. Zie voor verschillende varianten Rongen, a.w., p. 269-272.
27. Beuving, a.w., p. 78 e.v., Rongen, t.a.p., p. 272 e.v. en Mon. Nieuw BW B-6a (Brahn/Reehuis), p. 37. Vgl. Asser-Hijma nr. 122.

wordt, voor de nieuwe rechthebbende is. Wijkt men in het kader van de koopovereenkomst contractueel van dit uitgangspunt af, met als strekking de insolventie voor rekening van de verkoper te laten, dan is sprake van een pseudo-koop. Een koopovereenkomst verplicht tot overdracht van eigendom en dit impliceert overdracht van het risico van toekomstige waardevermindering. Is van dit laatste geen sprake, dan is de titel voor overdracht niet een zuivere koopovereenkomst.[28] Hooguit is sprake van een samengestelde titel van koop en borgtocht, waarbij de verkoper zich borg stelt voor nakoming door de debiteur. In dergelijke gevallen staat partijen niet zozeer een 'echte' koop voor ogen als wel kredietverlening of *bevoorschotting* waarbij de ene partij krediet verstrekt aan de andere op basis van de waarde van (inkomsten uit) vorderingen die de ander heeft of verwacht te verkrijgen op zijn debiteuren. De cessie die uit hoofde van dergelijke contracten plaatsheeft, wordt gecauseerd door de plicht het voorschot terug te betalen (met rente en onkostenvergoeding). De cessie is daarbij een bijzondere wijze van terugbetaling van het voorschot. Dit verklaart ook waarom ingeval van insolventie van de debiteur retrocessie plaatsvindt; de cessie vond plaats, niet ten titel van koop maar ten titel van terugbetaling van een geleende geldsom. Blijkt de gecedeerde vordering waardeloos tengevolge van insolventie van de debiteur, dan moet het voorschot op andere wijze worden afgelost.

Daarmee is overigens geheel niets gezegd over de eventuele onverenigbaarheid van de desbetreffende titel met art. 3: 84 lid 3 BW. Men kan — denk ik — wel stellen dat *als* een titel op grond van art. 3: 84 lid 3 BW nietig is, deze titel in elk geval geen koopovereenkomst betrof. Intussen schuilt weinig gevaar in deze constatering. Uit het Sogelease-arrest is immers gebleken dat een titel niet spoedig nietig is wegens strijd met art. 3:84 lid 3 BW.[29]

Een overeenkomst die tot cessie verplicht en waarbij de cedent de

28. Anders: Beuving, a.w., p. 82-83. Mogelijk ook anders: Mon. Nieuw BW B-6a (Brahn/Reehuis), p. 37 en Knape, t.a.p., p. 435. Laatstgenoemden leggen evenwel meer de nadruk op de vraag naar de (on)geldigheid van de titel dan op de kwalificatie van de titel. Zie over de geldigheidsvraag ook Rongen, t.a.p., p. 272 e.v. Vgl. — ook in andere zin, maar met een beroep op HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213 en HR 26 april 1985, NJ 1985, 819, welke uitspraken m.i. niets bepalen over de hierbedoelde kwestie — P.M. Smit en B.E. Reinhartz, in: A.G. Castermans e.a., (red.), NBW: vliegen zonder vleugels, BW-krant jaarboek 1986, p. 149, nt. 14.
29. Zie nader de in nt. 27 genoemde literatuur.

gegoedheid van de debiteur *garandeert*, is in elk geval niet in strijd met art. 3:84 lid 3 BW, ook wanneer de causa voor de cessie gelegen is in bevoorschotting. Bij insolventie van de debiteur is de cedent immers slechts tot schadevergoeding gehouden; de gecedeerde vordering zelf keert immers niet terug in het vermogen van de cedent. Zeer waarschijnlijk wordt de titel voor cessie onder ontbindende voorwaarde van insolventie van de debiteur evenmin getroffen door art. 3: 84 lid 3 BW.[30] Hoe dat ook zij, de titel voor deze geldlening is niet koop maar geldlening, bevoorschotting, lastgeving of wat dies meer zij.

Tegen de hierbedoelde beperkte opvatting van het verschijnsel koopovereenkomst lijkt te pleiten de regresregeling bij de waardepapieren wissel en cheque. Als de houder van het papier geen betaling verkrijgt van de betrokkene (c.q. acceptant), dan kan hij degenen die hun handtekeningen aan het waardepapier verbonden, dat wil zeggen de rechtsvoorgangers van de houder (waaronder in elk geval de trekker en de verkoper van het waardepapier) in regres aanspreken. Elke endossant staat in voor betaling door de betrokkene.[31] Naar mijn mening dient deze regresregeling niet te worden verklaard vanuit de gedachte dat de verkoper van een waardepapier als verkoper instaat voor betaling door de debiteur, maar vanuit de gedachte dat het waardepapier juist zijn handelsbetekenis ontleent aan het aantal personen dat hun handtekening verbindt aan het waardepapier. Dat is de reden waarom ook de verkoper van het waardepapier volgens de regels van het wissel- en chequespel instaat voor de solventie van de debiteur. Bovendien is de regresregeling slechts de wissel- en chequerechtelijke kant van de medaille: koper en verkoper kunnen in hun onderlinge 'kooprechtelijke' rechtsverhouding regres van de koper op de verkoper uitsluiten.[32] De wissel- of chequerechtelijke verhouding tussen koper en verkoper wijkt dan voor deze kooprechtelijke afspraak. Zo zal dus de koper van een wissel die op grond van de

30. Zie hierover de in nt. 27 genoemde auteurs.
31. Art. 146 en 221 WvK.
32. Dit brengt de leer van (het ontbreken van) de materiële abstractie met zich; deze leer wordt weliswaar primair toegepast op de rechtsverhouding tussen trekker/houder en betrokkene bij m.n. wissels (zie Polak-Scheltema-Meijer, a.w., p. 69 e.v.), maar zij geldt uiteraard ook tussen (opeenvolgende) rechtsopvolgers/houders onderling.

koopovereenkomst het insolventierisico van de verkoper overneemt, geen wisselregres op de verkoper hebben.

4. Overdracht, inning, bevrijdende betaling

Levering van de vordering die door een waardepapier wordt belichaamd, geschiedt door verschaffing van het bezit van het papier, al dan niet met endossement.[33] Deze levering geschiedt geheel buiten medeweten van de debiteur om en geeft mede om die reden — uiteraard in het belang van het vlotte handelsverkeer — aanleiding tot een grote mate van bescherming van de debiteur tegen inningsonbevoegdheid van degene die betaling op het papier vordert. Doet de bezitter van het papier zich als rechthebbende voor en is hij formeel gelegitimeerd, dan bevrijdt de betaling door de debiteur te goeder trouw ook tegenover de werkelijk gerechtigde.[34]

Anders dan bij waardepapieren is bij vorderingen op naam de crediteur niet op voorhand vervangbaar gesteld; de debiteur kent naam en toenaam van zijn crediteur. Slechts als mededeling van de cessie plaatsvindt, wordt de debiteur geconfronteerd met een rechtsopvolger door overdracht. Deze mededeling kan zowel door koper als verkoper worden gedaan, maar een verstandig debiteur neemt geen genoegen met een mededeling van de koper. Hij doet integendeel navraag bij de verkoper of verzoekt deze om bewijs van de koopovereenkomst en de overdracht.[35] Laat hij dit alles na, dan riskeert hij te betalen aan een persoon die in werkelijkheid geen koper is. Heeft hij daarentegen wel navraag gedaan en onderzoek verricht, dan wordt hij beschermd als achteraf blijkt dat hij aan de verkeerde heeft betaald (art. 6: 34 BW).

De debiteur kan in een lastig parket komen als hem uit de akte van cessie blijkt dat de koop onder opschortende of ontbindende voorwaarde is gesloten. Betreft het een opschortende voorwaarde, dan zal hij betaling vooralsnog alleen kunnen verrichten aan de verkoper. Spreekt de koper de debiteur aan tot betaling, dan mag deze van zowel verkoper als koper bewijs verlangen dat de voorwaarde is ingetreden. Wordt de verkochte vordering onder ontbindende voorwaarde overgedragen, dan verkrijgt de koper met de overdracht een

33. Art. 3:93 BW.
34. Polak-Scheltema-Meijer, a.w., p. 111 e.v.
35. Zie art. 3: 94 lid 3 BW; vgl. Mijnssen en Schut, a.w., p. 131.

gelijkelijk voorwaardelijk vorderingsrecht (art. 3: 84 lid 4 BW). Weliswaar heeft het intreden van de voorwaarde na betaling geen terugwerkende kracht (art. 6:24 BW), maar het recht van de voorwaardelijk rechthebbende eindigt wel van rechtswege (art. 3:84 lid 4 BW). De vraag is of betaling aan de voorwaardelijk rechthebbende ook jegens de verkoper bevrijdt, als nadien de ontbindende voorwaarde intreedt. Ik meen dat de debiteur zich verplicht kan achten aan de koper te betalen totdat hem mededeling is gedaan van het intreden van de voorwaarde.[36] Men kan van de debiteur niet verwachten dat deze zich uitgebreid verdiept in de rechtsverhouding tussen koper en verkoper teneinde vast te stellen of de voorwaarde reeds is ingetreden of wellicht binnenkort zal intreden. Blijkt na betaling dat de voorwaarde reeds voordien was ingetreden, dan zal de debiteur zich kunnen beroepen op art. 6:34 BW.[37]

De debiteur moet zich overigens wel, zodra de vordering is gecedeerd aan de koper, in bepaalde mate de belangen van de koper aantrekken. Dat is hij allereerst jegens de verkoper van de vordering verplicht, zeker als na cessie tussen hen nog een (contractuele) rechtsverhouding resteert.[38] Bovendien is de debiteur jegens de koper verplicht om deze op de hoogte te houden van eventuele complicaties in de rechtsverhouding tussen verkoper en debiteur, aangezien deze hun weerslag kunnen hebben op de verkochte vordering. De debiteur dient de koper bijvoorbeeld erop te attenderen dat hij van zins is bepaalde verweren of rechtsmiddelen jegens de verkoper in te roepen. Een dergelijke plicht vindt men bijvoorbeeld terug in art. 6: 149 BW.

5. Tenslotte

Door de deuropening van art. 7:47 BW betreedt men de driedimensionale wereld van onzichtbare koopobjecten. In deze bijdrage heb ik een aantal bijzonderheden van deze koop aan de orde gesteld. Daarbij bleek dat de koper van een vordering aan order of toonder het aanzienlijk gemakkelijker heeft dan een koper van een vordering op

36. Betwijfelt hij op redelijke gronden de juistheid van de mededeling, dan kan hij betaling opschorten: art. 6:37 BW.
37. Zie ook Knape, t.a.p., p. 433. Het probleem doet zich niet voor als de debiteur helemaal niet op de hoogte is gesteld van enige ontbindende voorwaarde; betaling na intreden van de voorwaarde bevrijdt in dat geval op grond van art. 3:36 BW.
38. Vgl. Wiarda, a.w., p. 291.

naam. De order- en toondervordering zijn in hoge mate zelfstandig van aard: hetgeen de koper verkrijgt, is in menig opzicht onafhankelijk van de rechtsverhouding tussen verkoper en debiteur. Bij de vorderingen op naam moet de koper vaak maar afwachten wat hij verkrijgt, omdat het koopobject inhoudelijk wordt bepaald door een rechtsverhouding waar hij niet direct bij betrokken is. Die onzekerheid rechtvaardigt mijns inziens dat er voor koper en verkoper bepaalde onderzoeks- en mededelingsplichten kunnen bestaan. Anders dan bij een gewone koop van een zaak, rusten dergelijke plichten niet alleen op koper en verkoper, maar ook op een *derde* partij: ook de debiteur kan verplicht zijn bepaalde informatie te verstrekken aan (met name) de koper.

Koop verplicht tot overdracht: *vendre, c'est aliéner.*[39] Aan de orde kwam wat die verplichting tot overdracht inhoudt bij vorderingen, vooral ook bezien vanuit de rechtsfiguur van de risico-overgang. Voorts werd een aantal problemen aan de orde gesteld die zich kunnen voordoen bij inning door de koper van de vordering op naam. Veel van de geschetste problemen danken hun complexiteit aan het feit dat bij vorderingen op naam bepaalde rechtsfeiten die zich voordoen in de ene rechtsverhouding, doorwerken in de andere rechtsverhouding. Bij de koop van waardepapieren is deze doorwerking veel minder prominent aanwezig. Daarom zou ik willen stellen dat doordenking van het fenomeen 'koop van vorderingen op naam' meer 'inspanning' en 'ontwikkeling van het denken' vergt dan doordenking van (de koop van) vorderingen aan order en toonder...

39. Ripert, aangehaald bij Asser-Hijma, nr. 5.

De bedenktijd in het burgerlijk recht

*S.E. Bartels en C.J. Sander**

1. INLEIDING

Er wordt gebeld. Voor uw deur staat een gladgeschoren kerel met een vlot praatje. En voordat u erop verdacht bent, heeft u een nieuwe stofzuiger gekocht. Nog dezelfde dag realiseert u zich dat u al een prima stofzuiger in de kast heeft staan. U wilt van de nieuwe stofzuiger af.

Om consumenten te beschermen tegen overhaaste koopbeslissingen, zet de wetgever — zowel de Europese als de nationale — steeds vaker de zogenoemde bedenktijd in: een periode waarbinnen een consument-koper kan terugkomen op zijn beslissing zonder dat daarmee voor hem kosten zijn gemoeid. In het Nederlandse recht is een bedenktijd geformuleerd in de Colportagewet en in de regeling betreffende de koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken (timeshare) in Boek 7 BW. Op korte termijn zal bovendien voor de consument-koper van een woning en voor de consument die een overeenkomst op afstand sluit, een bedenktijd worden gecreëerd. De Nederlandse wetgever heeft er, anders dan bijvoorbeeld de Duitse en de Belgische wetgever, voor gekozen de bedenktijd te construeren als een tijdelijk ontbindingsrecht zonder opgave van redenen.

Volgens Hartkamp is een bedenktijd een rechtsfiguur die sterk afwijkt van de traditionele civielrechtelijke begrippen.[1] Mok verwoordt dezelfde gedachte anders. Slechts 'met enig intellectueel

* De auteurs zijn werkzaam op het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht. Zij danken Netty van Buren-Dee en Marco Loos voor hun commentaar op een eerdere versie van dit opstel.

1. A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon. Nieuw BW, Deventer 1990, p. 57-58.

knutselwerk' is zijns inziens een bedenktijd in het stelsel van het contractenrecht in te passen.[2] In het bijzonder laat een bedenktijd zich volgens Mok slecht verenigen met het beginsel der verbindende kracht der overeenkomst, omdat de consument zonder opgave van redenen onder de gemaakte afspraak uit kan.[3]

Onder de verbindende kracht der overeenkomst (*pacta sunt servanda*) wordt doorgaans verstaan dat partijen moeten nakomen hetgeen zij bij overeenkomst op zich hebben genomen. Een contractspartij kan zich in beginsel niet eenzijdig onttrekken aan haar contractuele verplichtingen. De wetgever kan evenwel op dit uitgangspunt uitzonderingen maken, bijvoorbeeld door te bepalen dat aan een partij een ontbindingsrecht toekomt. Door gebruik te maken van het ontbindingsrecht eindigt de verbindende kracht der overeenkomst.[4] Aldus beschouwd, lijkt met de bedenktijd — bezien vanuit het beginsel van de verbindende kracht der overeenkomst — weinig bijzonders aan de hand te zijn. Er wordt slechts een bijzondere ontbindingsgrond toegevoegd aan het reeds bestaande scala: de beschermenswaardige positie van de consument die onder druk heeft gecontracteerd.[5]

Met deze constatering is echter niet het laatste woord over de bedenktijd gesproken. De totstandgekomen overeenkomst is gedurende de bedenktijd *bijzonder* kwetsbaar: zonder dat de prestatie van de wederpartij gebrekkig is, kan de consument de overeenkomst ontbinden. Mogelijk maakt deze kwetsbaarheid het wenselijk andere regels toe te passen op de bedenktijd-ontbinding, dan op de ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming (artikel 6:265 BW e.v.).

Een voorbeeld van een bepaling inzake een bedenktijd-ontbinding die afwijkt van de regeling met betrekking tot ontbinding wegens wanprestatie, is artikel 25 lid 5 Colportagewet. Hierin wordt bepaald

2. M.R. Mok, Pacta sunt servanda, Deventer 1997, p. 15.
3. Een dergelijke gedachte vindt men ook terug in het SER-advies d.d. 14 juni 1968, dat als bijlage is toegevoegd aan de memorie van toelichting bij de Colportagewet (11 106). De SER stelde het volgende (p. 27): 'Een meer principieel bezwaar is de rechtsonzekerheid, die door een wettelijke afkoelingsperiode ontstaat. Men breekt hierdoor met een belangrijk beginsel van ons burgerlijk recht: dat gesloten overeenkomsten moeten worden nageleefd.'
4. Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht II, Deventer 1997, nr. 453.
5. Wat deze ontbindingsgrond onderscheidt van de andere wettelijke ontbindingsgronden is, dat geen wanprestatie door de wederpartij is vereist, noch dat gesproken kan worden van gewijzigde omstandigheden.

dat ontbinding van de colportage-overeenkomst gedurende de bedenktijd terugwerkende kracht heeft. De ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming heeft géén terugwerkende kracht (artikel 6:269 BW). In de toelichting bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW, achtste gedeelte, wordt over artikel 25 Colportagewet opgemerkt:

'Het is niet wenselijk [van de terugwerkende kracht] af te stappen, gezien de bijzondere aard van de onderhavige ontbinding die slechts korte tijd na het sluiten van de overeenkomst kan plaatsvinden en dan tot volledige ongedaanmaking zal leiden'.[6]

In artikel 25 lid 6 van de Colportagewet wordt, gelet op de tijdelijke kwetsbaarheid van de overeenkomst, bepaald dat partijen gedurende de bedenktijd geen nakoming van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen kunnen vorderen. Ook hier kan een afwijking van het algemene verbintenissenrecht van Boek 3 en Boek 6 BW worden waargenomen: normaal gesproken kan van een geldige, nog niet ontbonden overeenkomst wel nakoming worden gevorderd.

Het is opmerkelijk dat in de regeling ten aanzien van timesharing en in het wetsvoorstel 'koop van onroerende zaken' weinig aandacht wordt besteed aan de rechtsgevolgen van de bedenktijd-ontbinding en de rechtskracht van de overeenkomst gedurende de bedenktijd. Noch de regeling van ontbinding wegens tekortkoming, noch de genoemde bepalingen uit de Colportagewet worden van overeenkomstige toepassing verklaard. Het gevolg daarvan is bijvoorbeeld, dat er onduidelijkheid bestaat over de vraag of de bedenktijd-ontbinding terugwerkende kracht heeft. Wat staat de wetgever voor ogen: aansluiting bij de ontbindingsregeling uit Boek 6 BW, bij de speciaal op de bedenktijd toegesneden regeling uit de Colportagewet of gelden nog weer andere regels? Deze vraag is mede van belang met het oog op de nog te implementeren richtlijn 'op afstand gesloten overeenkomsten'.

6. Kamerstukken II 1984-1985, 19 077, nr. 3, p. 93.

2. Bedenktijden in het Nederlandse en het Europese recht[7]

Colportage

Sinds de invoering van de Colportagewet in 1975[8] kent het Nederlandse recht de bedenktijd als middel om de consument te beschermen tegen een overhaaste koopbeslissing; tot uiterlijk acht dagen na de dag 'waarop voor de eerste maal een exemplaar van de [koop]akte door de (...) Kamer van Koophandel en Fabrieken van een gewaarmerkte dagtekening is voorzien' (artikel 25 lid 2) heeft hij het recht de overeenkomst te ontbinden (artikel 25 lid 1). Voor alle duidelijkheid zij opgemerkt dat hier strikt genomen geen sprake is van een achtdaagse bedenktijd, maar van een bedenktijd die duurt tot uiterlijk acht dagen na genoemde dagtekening. Zolang de formaliteit niet is vervuld, heeft de consument een ontbindingsrecht. Dit kan zelfs meebrengen dat de bedenktijd nooit eindigt.[9]

7. De Europese richtlijnen zijn terminologisch weinig consistent. De colportagerichtlijn kent de consument het recht toe de overeenkomst *op te zeggen* (artikel 4) en *afstand te doen* van de gevolgen van zijn verbintenis (artikel 5). In de aan de richtlijn voorafgaande overwegingen wordt dit een *bedenktijd* genoemd. De timeshare-richtlijn biedt de consument de gelegenheid om zonder opgave van redenen binnen tien dagen uit de overeenkomst *terug te treden* (artikel 5 lid 1, eerste streepje). In artikel 5 lid 1, tweede en derde streepje, wordt evenwel (bewust) het begrip *verbrekingsrecht* gebruikt voor de situatie dat niet alle wettelijk voorgeschreven gegevens in de koopakte worden vermeld. In de overwegingen wordt ook hier de term bedenktijd gebezigd. De richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten ten slotte spreekt van de mogelijkheid de overeenkomst te *herroepen* (artikel 6). De Nederlandse wetgever heeft zich niet in de war laten brengen door deze steeds wisselende terminologie. De bedenktijd wordt telkens geformuleerd als een recht op ontbinding zonder opgave van redenen.
8. Stb. 1973, 438.
9. Dat bovenstaande niet denkbeeldig is, moge blijken uit een uitspraak van het Kantongerecht Maastricht van 15 november 1978, Praktijkgids 1979, 1375. Een consument, de heer Schijns, had op *23 november 1976* ingetekend op de zogenoemde Grote Nederlandse Larousse Encyclopedie in 25 delen, tegen een prijs van *f* 113, 50 per deel. De transactie viel onder de werking van de Colportagewet. Schijns ontbond de overeenkomst op *31 maart 1978*, nadat hij haar eerder die dag had laten dagtekenen. Hier ziet men een fraaie toepassing van de werking van een onverrichte formaliteit. De melding van de overeenkomst bij de Kamer van Koophandel was (tot 31 maart 1978) achterwege gebleven. En, in de woorden van annotator Brack: '(...) zo kon het gebeuren dat [Schijns] in casu 469 dagen de tijd had zich te bedenken. Zijn conclusie was dan ook weloverwogen: hij trad terug.' Niet uitgesloten is overigens dat een dergelijke handelwijze van de consument misbruik van recht oplevert of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

De bedenktijd van artikel 25 Colportagewet geldt uitsluitend in een relatie tussen een professioneel optredende colporteur en een consument-koper. De koopdwang die uitgaat van de colporteur die 'met zijn spulletjes aan de deur komt' (wettelijke term: persoonlijk bezoek), is voor de wetgever de directe aanleiding geweest de consument een bedenktijd toe te kennen. Tien jaren na de inwerkingtreding van de Colportagewet werd de bescherming van consument-kopers door middel van een bedenktijd verplicht gesteld in de Europese colportage-richtlijn van 1985.[10]

Timesharing

De timeshare-richtlijn uit 1994 was de volgende Europese regeling die de lidstaten van de Europese Unie een bedenktijd voorschreef.[11] Deze richtlijn is recentelijk omgezet in nationaal recht (artikel 7:48a BW e.v.).[12] In beginsel beloopt de onderhavige bedenktijd tien dagen. Hij vangt aan op de dag nadat de schriftelijke koopakte (of een afschrift daarvan) aan de consument ter hand wordt gesteld (artikel 7:48c BW). Dit geldt echter slechts indien de overhandigde koopakte alle gegevens vermeldt waarvan bij AMvB is bepaald dat ze in de overeenkomst moeten zijn opgenomen.[13] Wanneer deze gegevens niet worden vermeld, zal de tiendaagse termijn worden verlengd met de tijd die is verstreken vanaf de terhandstelling totdat alle gegevens alsnog schriftelijk aan de koper zijn verstrekt. De periode wordt maximaal met drie maanden verlengd (de periode langer dan tien dagen kan als een verlengde bedenktijd worden gezien). De maximumduur van de bedenktijd is derhalve drie maanden en tien dagen.[14]

10. Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, PbEG 1985 L 372/31.
11. Richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, PbEG 1994 L 280/83.
12. De regeling trad in werking op 11 juli 1997; Stb. 1997, 288.
13. Artikel 7:48c lid 1 BW. Het betreft onder meer gegevens over de aard van het recht dat kan worden verkregen en de ter beschikking staande gemeenschappelijke diensten en voorzieningen (zoals zwembad en sauna). Zie voor deze AMvB Stb. 1997, 289.
14. In de toelichting wordt dit stelsel uitgewerkt aan de hand van twee heldere

Introductie van een bedenktijd bij de koop van timeshares wordt gerechtvaardigd door het feit dat in de praktijk verkopers van time-shares veelal agressieve verkoopmethoden hanteren. Als bijkomende reden wordt aangevoerd dat de bedenktijd nuttig is omdat misleidende of onvolledige informatie omtrent de verkoop van een timeshare-appartement regelmatig voorkomt. Teneinde de consument in staat te stellen zich een beter beeld te vormen van de rechten en verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien, wordt hem een bedenktijd toegestaan. Dit is vooral van belang omdat het onroerend goed dikwijls in een ander land is gelegen dan waar de consument woont, zodat een ander rechtsstelsel van toepassing kan zijn.[15]

Opgemerkt zij dat bij de parlementaire behandeling van de time-share-titel — en hetzelfde geldt voor het later nog te bespreken wetsvoorstel 23 095 — enkele malen het begrip 'informele bedenktijd' is gevallen.[16] Met dit begrip wordt gedoeld op de periode gelegen tussen het moment waarop partijen mondelinge overeenstemming bereiken en de overhandiging van de schriftelijke koopakte. Van een werkelijke bedenktijd is geen sprake: de bedenktijd vangt niet aan omdat de aanvangsformaliteit (het overhandigen van de koopakte) niet is verricht. Indien de koper zich vóór de schriftelijke vastlegging bedenkt, zal hij direct af kunnen zien van contractsluiting door niet mee te werken aan schriftelijke vastlegging van de afspraak.[17] Van ontbinding is dan — strikt genomen — geen sprake.

voorbeelden. Kamerstukken II, 1995/96, 24 449, nr. 3, p. 10.

15. Zie over de Nederlandse regeling inzake timesharing onder meer: A.A. van Velten, WPNR 6209 (1996), p. 73-77 en R.F.H. Mertens, in: Consumentenrecht, Deventer 1996, p. 113-130.
16. Kamerstukken II, 1995/96, 23 095, nr. 7, p. 3 en Kamerstukken II 1995/96, 24 449, nr. 6, p. 5. Hoewel in deze paragraaf slechts de timeshare-overeenkomst wordt besproken, kan in het algemeen worden opgemerkt dat — in terminologie — het veelal mogelijk is de bedenktijd te onderscheiden in: de informele bedenktijd, de 'gewone' bedenktijd en de verlengde bedenktijd.
17. De koop van een timeshare is voortaan gebonden aan een schriftelijkheidsvereiste. Tussen het tijdstip van het mondelinge akkoord en de schriftelijke vastlegging daarvan is nog geen contract totstandgekomen (vgl. artikel 3:39 BW). De vraag of de koper gebonden is aan de mondelinge afspraak is van weinig belang, aangezien hij de koop na sluiting van het contract direct zou kunnen ontbinden.

Koop op afstand

Op 20 mei 1997 werd de Richtlijn 97/7/EG betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten vastgesteld.[18] Ook deze richtlijn beoogt de consument te beschermen door middel van een bedenktijd (artikel 6); de bedenktijd duurt in beginsel zeven werkdagen, met een mogelijke verlenging van drie maanden.[19] Implementatie van deze richtlijn moet, vanzelfsprekend, nog plaatsvinden. Vermoedelijk zal 'koop op afstand' als 'bijzondere overeenkomst' een plaats krijgen in Boek 7 BW. Voorbeelden van contractsluiting op afstand zijn het plaatsen van bestellingen via een postorderbedrijf of het per fax of telefoon kopen van allerhande op Eurosport aangeprezen fitness-producten. Ook kan worden gedacht aan Internet-aankopen, zoals het bestellen van cd's.[20] De reden voor introductie van een bedenktijd bij dergelijke op afstand gesloten overeenkomsten is 'dat het de consument vóór de sluiting van de overeenkomst niet mogelijk is daadwerkelijk het product te zien of van de aard van de dienstverlening kennis te nemen (...)'.[21]

De regeling van de bedenktijd in de richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten wordt gecompliceerd door het feit dat de richtlijn niet slechts van toepassing is op kopers van goederen, maar ook op 'kopers' van diensten. Voor de aanvang van de bedenktijd bij de 'koop op afstand' van goederen en van diensten gelden twee verschillende regimes.

Artikel 6 lid 1 bepaalt dat de consument bij elke op afstand gesloten overeenkomst beschikt over een bedenktijd van zeven *werk*dagen. Voor *goederen* gaat de termijn in op de dag waarop de consument deze ontvangt,[22] mits is voldaan aan de verplichtingen van artikel 5. In de laatstgenoemde bepaling wordt voorgeschreven

18. Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, PbEG 1997 L 144/19. De richtlijn moet uiterlijk op 4 juni 2000 zijn omgezet in nationaal recht.
19. C.J. Sander, Beschermd kopen op afstand: binnen handbereik?, NTER 1997, p. 261-264.
20. Vgl. over op afstand gesloten overeenkomsten R.H.C. Jongeneel, Internationale teleshopping en andere vormen van op afstand gesloten overeenkomsten, in: Contracteren in de internationale praktijk, Deel II, Deventer 1995, p. 51-73.
21. Overweging 14 bij Richtlijn 97/7/EG.
22. Ook hier kan weer van een informele bedenktijd worden gesproken in de periode tussen contractsluiting en ontvangst van de goederen.

dat de leverancier bepaalde informatie schriftelijk[23] moet bevestigen aan de consument, bijvoorbeeld informatie over bestaande *after sales services* en de voorwaarden voor ontbinding van de overeenkomst.[24]

De richtlijn bepaalt dat indien niet is voldaan aan de verplichting tot informatiebevestiging de termijn drie maanden *is*, gerekend vanaf de dag van ontvangst van de goederen door de consument. Indien de vereiste gegevens worden verstrekt gedurende deze termijn van drie maanden heeft de consument vanaf dat moment een termijn van zeven werkdagen (verlengde bedenktijd). Onzeker is hoe lang de bedenktijd is indien bijvoorbeeld twee dagen voor het verstrijken van de drie maanden de informatie de consument bereikt. Beloopt de bedenktijd dan drie maanden en vijf werkdagen of is drie maanden de maximumduur?[25]

Voor *diensten* geldt dat de bedenktijd ingaat op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten, tenzij op dat moment nog niet aan de verplichtingen van artikel 5 is voldaan. Alsdan gaat de bedenktijd in op het moment waarop wel aan die verplichtingen is voldaan, mits de bedenktijd de drie maanden niet overschrijdt. Vanzelfsprekend geldt de genoemde onduidelijkheid ('verlenging met' of 'verlenging tot') ook hier.

Koop van woningen

In artikel 7:2 lid 2 Ontwerp-BW betreffende de 'consumentenkoop' van woningen wordt eveneens voorzien in een bedenktijd.[26] Deze

23. Bevestiging kan ook plaatsvinden op een voor de koper toegankelijke duurzame drager. Wat moet worden verstaan onder het begrip 'duurzame drager' is een punt van discussie.
24. Niet van belang voor de aanvang van de bedenktijd is of de leverancier heeft voldaan aan de informatieverplichtingen van artikel 4 aangaande onder meer de wijze van betaling, de geldigheidsduur van het aanbod, de prijs en de belangrijkste kenmerken van het goed.
25. In het eerste geval doet de leverancier er goed aan kort voor het verstrijken van de drie maanden geen informatie meer aan de koper te versturen. Het komt ons overigens wenselijk voor dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de onderhavige richtlijn, met het oog op de consistentie, dezelfde techniek zal hanteren als bij implementatie van de timeshare-richtlijn. Dat betekent in concreto dat de bedenktijd bij ontbreken van de voorgeschreven informatiebevestiging *wordt verlengd met* drie maanden. Omdat de richtlijn voorziet in een minimumharmonisatie is Nederland bevoegd de consument verdergaande bescherming te bieden.
26. Vgl. over dit wetsvoorstel A.A. van Velten, Koop van onroerende zaken en

bedenktijd beloopt drie dagen, gerekend vanaf de dag na terhandstelling van de schriftelijke koopakte of een afschrift daarvan (artikel 7:2 lid 2 BW).[27] Met de introductie van deze bedenktijd wordt beoogd de consument te beschermen tegen overhaaste aankoopbeslissingen. Tevens wordt hem daardoor de gelegenheid geboden nadere informatie in te winnen. Opmerkelijk is overigens dat de bedenktijd ook geldt wanneer zowel de koper als de verkoper een consument is.

3. Bedenktijd en de verbindende kracht der overeenkomst

Door de consument een ontbindingsrecht toe te kennen, krijgt hij *na de contractsluiting* de gelegenheid nog eens (goed) na te denken of hij de overeenkomst wel echt wilde aangaan. Mogelijk voelde de consument zich onder druk gezet en krijgt hij korte tijd na de contractsluiting spijt van zijn aankoopbeslissing. De bedenktijd geeft hem de mogelijkheid zonder kosten[28] en motivering terug te komen op deze beslissing. Met Mok kan worden vastgesteld dat de bedenktijd de verbindende kracht der overeenkomst aantast.[29] Immers, de consument kan eenzijdig op zijn gegeven woord terugkomen. Deze inbreuk op de verbindende kracht der overeenkomst wordt gerechtvaardigd door de wens de consument te beschermen tegen overijling. Volgens Mok is een afwijking van het geldende systeem van het contractenrecht alleen te vermijden door ervan uit te gaan dat bij een bedenktijd sprake is van uitgestelde wilsovereenstemming. Het contract komt in deze zienswijze tot stand bij afloop van de bedenktijd en dan pas ontstaat de verbindende kracht der overeenkomst.[30] Dit is echter niet de benadering waar de wetgever voor heeft gekozen. In Duitsland en België is de bedenktijd wèl op een dergelijke wijze

aanneming van werk (I), WPNR 6138 (1994), p. 381-386; Chr.J.F.M. Hensen, Koop van onroerende zaken. De voorgestelde regeling in vergelijkend perspectief, NJB 1992, p. 1484-1490; W.G.Ph.E. Wedekind, De koper heeft honderd ogen nodig, de verkoper niet een. Enige opmerkingen over de invoering van een 'bedenktijd' bij de consumenten-koop van onroerende zaken, WPNR 6019 (1991), p. 643-648.

27. Kamerstukken II 1992/93 - 1995/96, 23 095. Dit wetsvoorstel is niet gebaseerd op een Europese richtlijn.
28. Hooguit kunnen de rechtstreekse kosten voor het terugzenden dan wel het opzeggen in rekening worden gebracht, zie bijvoorbeeld artikel 6 lid 1 richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten.
29. M.R. Mok, a.w., p. 11.
30. M.R. Mok, a.w., p. 15.

vormgegeven.[31]

In het Duitse recht wordt de bedenktijd gerealiseerd door de consument een zogenoemd *Widerrufsrecht* toe te kennen, zie bijvoorbeeld § 1 van het *Haustürwiderrufsgesetz* en § 5 van het *Teilzeit-Wohnrechtegesetz* (TzWrG). In de Duitse literatuur is een discussie gevoerd over de gevolgen van een *Widerrufsrecht* voor de geldigheid van het contract. Dit debat spitste zich toe op de vraag of het *Widerrufsrecht* in de weg staat aan de geldige totstandkoming van de overeenkomst. De heersende opvatting is dat dit het geval is: gedurende de bedenktijd is de overeenkomst nog niet totstandgekomen. Dit volgt ook uit de bewoordingen van (onder meer) de genoemde bepalingen. Zo bepaalt § 5 van het TzWrG:

'Die auf den Abschluß des Vertrages gerichtete Willenserklärung des Erwerbers wird erst wirksam, wenn er sie nicht binnen einer Frist von zehn Tagen schriftlich widerruft'.

Totdat de bedenktijd is verstreken wordt de overeenkomst *schwebend unwirksam* genoemd.[32]

De situatie in België is vergelijkbaar met die in Duitsland. De koopovereenkomst komt pas tot stand na het verstrijken van de bedenktijd; zie artikel 78, paragraaf 1 Wet op de handelspraktijken en artikel 18 Wet Consumentenkrediet. Het verstrijken van de bedenktijd is een constitutief bestanddeel van de koop.[33]

31. De bedenktijd in het Oostenrijkse recht lijkt wat dit betreft weer meer op het Nederlandse recht. In § 3 van het Konsumentenschutzgesetz wordt bepaald: 'Dieser Rücktritt kann bis zum Zustandekommen des Vertrags oder danach binnen einer Woche erklärt werden.' Zie nader over de Oostenrijkse *Rücktrittsrechte* het uitvoerige artikel van S. Kalss en B. Lurger, Zu einer System der Rücktrittsrechte insbesondere im Verbraucherrecht, Juristische Blätter 1998, p. 89-97, 153-174, en 219-233.
32. Zie voor een bespreking van de standpunten in de Duitse literatuur: B. Boemke, Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung, AcP 1997, p. 161-186. Slechts een enkeling stelt zich nog op het standpunt dat het *Widerrufsrecht* niet aan de geldige totstandkoming in de weg staat. Zie voor de onderhavige afwijkende opvatting de in noot 17 van het opstel van Boemke genoemde auteurs.
33. E. Ballon, Verkoop op afstand en verkoop gesloten buiten de onderneming van de verkoper, in: Handelspraktijken, Kluwer, 1996, p. 175. Ballon merkt op dat het verstrijken van de bedenktijd geen ontbindende noch een opschortende voorwaarde is. 'De verkoopovereenkomst bestaat niet tijdens de bedenktermijn.' Er is ook geen sprake van koop op proef, omdat de consument geen reden hoeft

Of tijdens de bedenktijd een overeenkomst bestaat, lijkt vooral van belang te zijn voor het antwoord op de vraag of partijen tijdens deze periode nakoming kunnen vorderen.[34] In beginsel geldt, vrij vanzelfsprekend, dat van een bestaande overeenkomst wel en van een niet-bestaande overeenkomst geen nakoming kan worden gevorderd. Met het intrappen van deze open deur is echter nog niet het laatste woord gesproken over de vordering tot nakoming gedurende de bedenktijd. Het uitgangspunt van de wetgever is wel dat partijen nakoming van de overeenkomst kunnen vorderen, maar op verscheidene plaatsen maakt de wet hierop een uitzondering. In het navolgende wordt hierop nader ingegaan.

Betaling van de koopprijs/vooruitbetalingen

Het recht van de verkoper om gedurende de bedenktijd betaling van de koopprijs te vorderen, wordt, ondanks de geldig totstandgekomen overeenkomst, op enkele plaatsen beperkt. In de Colportagewet wordt bepaald dat nakoming van een uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis eerst kan worden gevorderd nadat de bedenktijd is verstreken (artikel 25 lid 6).[35] Dit betekent dat de verkoper de consument pas na het verstrijken van de bedenktijd tot betaling kan aanspreken.

Ten aanzien van timesharing en woningkoop door consumenten bestaat een dergelijke bepaling niet. Wel is vastgelegd dat de koper niet kan worden verplicht tot *vooruitbetalingen* (artikelen 7:26 lid 4 Ontwerp-BW en 7:48d BW).[36] Het is niet eenvoudig vast te stellen wat deze bepalingen betekenen voor de mogelijkheid van de verkoper

op te geven indien hij wil afzien van contractsluiting.

34. B. Boemke, a.w., p. 165-166.
35. M.R. Mok, a.w., p. 15, vindt dat artikel 25 lid 6 Colportagewet aansluit bij wat hij een uitgestelde wilsovereenstemming noemt. Het ligt onzes inziens echter niet voor de hand deze bepaling aldus te benaderen. Dat in de Colportagewet het vorderen van nakoming gedurende de bedenktijd wordt uitgesloten beperkt weliswaar de rechten van de contractspartijen in zeer belangrijke mate, maar doet aan de geldigheid van de overeenkomst als zodanig niet af. Sterker nog, de nakomingsvordering behoeft niet te worden uitgesloten indien nog geen wilsovereenstemming — en derhalve geen contract — tot stand is gekomen. Ook staat het feit dat nakoming niet kan worden gevorderd, er niet aan in de weg dat nagekomen kan worden. Vgl. in meer algemene zin ook artikel 6:39 BW.
36. Ten aanzien van koop van tot bewoning bestemde onroerende zaken kan wel worden bedongen dat de koper een bedrag van ten hoogste tien procent van de koopprijs in depot stort bij een notaris danwel voor dit bedrag vervangende zekerheid stelt, vgl. artikel 7:26 lid 4 Ontwerp-BW.

om tijdens de bedenktijd de koopsom te vorderen.

In artikel 7:26 lid 4 Ontwerp-BW wordt bepaald dat bij de koop van een woning door een consument, deze laatste niet kan worden verplicht tot vooruitbetaling van de koopprijs. Met *vooruit*betaling wordt doorgaans gedoeld op betaling voordat de contraprestatie is verricht (het principe van gelijk oversteken).[37] De beperking van de mogelijkheid voor de verkoper vooruitbetaling te bedingen, is derhalve gekoppeld aan de prestatie door de verkoper en niet aan de bedenktijd. Theoretisch zou het daardoor mogelijk zijn — wanneer vóór afloop van de bedenktijd wordt geleverd — dat al tijdens de bedenktijd betaling van de koopprijs wordt gevorderd. In dit verband is het echter belangrijk erop te wijzen dat volgens de minister de consument zijn recht op bedenktijd-ontbinding verspeelt indien hij gedurende de bedenktijd meewerkt aan de levering. De minister stelde daarover het volgende:

'Indien (...) de koper na het ingaan van de bedenktijd, maar voordat deze voltooid is, terstond aan de totstandkoming van de levering medewerkt, zal daarin een afstand van de bevoegdheid tot ontbinding op de voet van artikel 2 lid 2 besloten liggen, zo al niet van rechtsverwerking sprake is. (...) De koper die terstond aan uitvoering van de koop door levering (...) medewerkt, geeft daarmee te kennen dat hij geen bedenktijd meer nodig heeft, omdat hij voldoende zeker van zijn zaak is'.[38]

Wanneer deze gedachte van de minister wordt gevolgd, valt levering van de woning steeds samen met het einde van de bedenktijd. De combinatie van artikel 7:26 lid 4 Ontwerp-BW en de rechtsverwerkingsidee leidt tot het resultaat dat lopende de bedenktijd geen betaling van de koopprijs kan worden gevorderd.

De regeling met betrekking tot betaling gedurende de bedenktijd in de afdeling over timesharing, wordt gecompliceerd door twee factoren. In de eerste plaats de schijnbare koppeling tussen bedenktijd en betaling in artikel 7:48d BW en in de tweede plaats de (niet-geregelde) rechtsvorm van een timeshare-recht.

Artikel 7:48d BW formuleert de beperking van de mogelijkheid voor de verkoper vooruitbetaling te bedingen als volgt:

'De koper kan binnen [de bedenktijd] niet worden verplicht tot vooruitbetaling van de prijs of een gedeelte daarvan. Binnen deze termijn gedane vooruitbetalingen gelden

37. Zie Asser-Hijma, Bijzondere overeenkomsten I, Zwolle 1994, nr. 569.
38. Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 10 (MvA).

als onverschuldigd betaald.'

Er lijkt in deze bepaling een koppeling te worden gelegd tussen de bedenktijd en de (on)mogelijkheid nakoming (betaling) te vorderen. Deze gedachte wordt versterkt door de opmerking in de memorie van toelichting dat 'het recht van de koper tot terugtreding illusoir wordt gemaakt door een op verlangen van de verkoper gedane vooruitbetaling binnen [de bedenktijd]'.[39] Van een werkelijke koppeling tussen betaling en bedenktijd is echter geen sprake. Net als artikel 7:26 lid 4 Ontwerp-BW richt artikel 7:48d BW zich uitsluitend op *vooruit*betaling. Uit de verwijzing naar de bedenktijd kan slechts worden afgeleid, dat vooruitbetaling wèl mogelijk is na afloop van de bedenktijd (tenzij artikel 7:26 lid 4 Ontwerp-BW tevens van toepassing is).

In het Burgerlijk Wetboek is geen regeling met betrekking tot de rechtsvorm voor timesharing opgenomen. Timesharing kan gegoten worden in de vorm van een zakelijk recht, maar ook beperkt blijven tot puur persoonlijke aanspraken.[40] Ten gevolge hiervan is voor timesharing niet eenduidig vast te stellen tot wanneer van vooruitbetaling sprake is. Betreft het een zakelijk recht, dan is het tijdstip van levering/vestiging van dat recht beslissend (artikel 3:89 BW). Betreft het een op huur gelijkend persoonlijk recht, dan zal het waarschijnlijk het moment van aflevering zijn.

Voor het overige geldt hetzelfde als reeds werd opgemerkt ten aanzien van koop van woningen: gelijk oversteken gedurende de bedenktijd mag. Als de 'levering' van het timeshare-recht (zakelijk recht of persoonlijk recht) leidt tot afstand van recht en/of rechtsverwerking eindigt met levering de bedenktijd. Op deze plaats volstaan wij ermee op te merken dat zulks naar onze mening niet het geval is

39. Kamerstukken II 1995/1996, 24 449, nr. 3, p. 11. Werkelijk illusoir wordt het ontbindingsrecht natuurlijk niet door een vooruitbetaling binnen de bedenktijd: het recht blijft gewoon bestaan. Het kan wel een praktisch probleem opleveren het reeds betaalde terug te krijgen (zie ook Pb EG, C 137/49). Dat probleem wordt echter niet opgelost door te bepalen dat het betaalde als onverschuldigd betaald geldt. Als de redenering van de minister wordt doorgetrokken naar de op afstand gesloten overeenkomsten, dan zou vooruitbetaling ook bij deze overeenkomsten niet toegestaan moeten zijn. Dit zou betekenen dat een thans geregeld voorkomend beding als 'u ontvangt de cd's binnen 3 dagen nadat wij betaling hebben ontvangen', niet toegestaan is. De Europese richtlijn dwingt overigens niet tot een 'verbod' op vooruitbetalingen bij verkoop op afstand.
40. L.M. Pesch, Timesharing: een overzicht van juridische constructies, in: Jaarboek Consumentenrecht 1996, Deventer 1996, p. 205 e.v.

(zie noot 52). In de toelichting op de wet is op deze kwestie niet ingegaan.

4. De bedenktijd in de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek

Nu vaststaat dat de consument tijdens de bedenktijd een ontbindingsbevoegdheid toekomt, rijst de vraag welke regels die ontbinding beheersen. Kan de ontbinding vormvrij geschieden? Geldt ten aanzien van de ontbindingsverklaring de verzend- of de ontvangsttheorie? Heeft de bedenktijd-ontbinding terugwerkende kracht? Op de bedenktijd-ontbinding is de ontbindingsregeling van de artikelen 6:265 BW e.v. *niet* van toepassing. Laatstgenoemde regeling is namelijk toegesneden op de ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming. De consequentie hiervan is dat, indien de 'eigen' regeling geen voorziening treft, moet worden teruggevallen op de regels van Boek 3 BW.

Vormvrije ontbinding

Voor alle ontbindingen tijdens een bedenktijd geldt dat zij vormvrij kunnen geschieden.[41] De mededeling tot ontbinding is 'gewoon' een verklaring in de zin van artikel 3:37 BW, en kan daarom — behoudens andersluidende bepaling — vormvrij geschieden. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel koop van onroerende zaken is zulks door de minister uitdrukkelijk opgemerkt:

'De ontbinding op grond van artikel 2 lid 2 van Boek 7 is (...) niet aan enigerlei vorm gebonden. Dit vloeit voort uit artikel 37 lid 1 van Boek 3, waarvan in genoemd artikel 2 niet is afgeweken'.[42]

Aanvankelijk was de schriftelijke vorm wèl voorgeschreven voor de ontbinding van de timeshare-overeenkomst, maar in een later stadium is dit vormvereiste geschrapt, zodat 'ook voor de in artikel 7.1.10A.3 [7:48c] en 7.1.10A.5 [7:48e] BW geregelde gevallen van ontbinding *de hoofdregel van artikel 37 lid 1 van Boek 3, dat ontbindingsverkla-*

41. Zie ten aanzien van de Colportagewet recentelijk nog Ktg. Utrecht 17 september 1997, Rechtshulp 1998, nr. 1, p. 15-17 (m.nt. Stutterheim); A.N.A.G. Boer, De acties van de consument als individu, in: Consumentenrecht, Deventer 1996, p. 366. Vgl. verder P.R. Rodrigues, Handelspraktijken, in: Jaarboek Consumentenrecht 1998, Deventer 1998.
42. Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 10 (MvA).

ringen in iedere vorm kunnen geschieden',[43] geldt.[44]

Wel dient te worden opgemerkt dat de consument er verstandig aan doet om de overeenkomst schriftelijk te ontbinden (althans de ontbinding schriftelijk te bevestigen). Dit om bewijsproblemen te voorkomen.[45]

Verzend- of ontvangsttheorie

Geldt ten aanzien van de ontbindingsverklaring de ontvangsttheorie van artikel 3:37 lid 3 BW of is hier sprake van de verzendtheorie? Ten aanzien van artikel 25 Colportagewet houdt deze vraag kantonrechters en schrijvers verdeeld.

Op 17 september 1997 oordeelde de kantonrechter te Utrecht dat de datum van verzending van de beëindigingsmededeling beslissend is.[46] Stutterheim merkte in zijn noot onder dit vonnis op dat deze beslissing een '[consument]vriendelijke misinterpretatie van de bedoelingen van de wetgever' is.[47] De kantonrechter te Tilburg deelt de opvatting van Stutterheim. Voor de vraag wanneer de mededeling omtrent ontbinding is gedaan, moet men — aldus deze kantonrechter — te rade gaan bij artikel 3:37 lid 3 BW: derhalve geldt de ontvangsttheorie.[48]

Het beslissende woord over deze kwestie wordt onzes inziens

43. Onze cursivering.
44. Kamerstukken II, 1995/96, 24 449, nr. 7, p. 3. Ten onrechte anders T&C Burgerlijk Wetboek, art. 7:48c, aant. 3a. Het enige dat in dit citaat verbazing kan wekken is dat de minister het heeft over een hoofdregel ten aanzien van *ontbindings*verklaringen. Ontbindingsverklaringen dienen vrijwel steeds in schriftelijke vorm te geschieden (vgl. naast artikel 6:267 lid 1 BW, de artikelen 7:34 en 7:35 BW). Bedoeld wordt: de hoofdregel ten aanzien van verklaringen.
45. Zie ter illustratie Ktg. Enschede 2 november 1995, rolnr. 2127/95. Een consument liet binnen de bedenktermijn de verkoper weten het koopcontract te willen ontbinden. Het bedrijf stelde evenwel geen ontbindingsverklaring te hebben ontvangen en eiste nakoming van de overeenkomst. De consument kon zijn annulering niet bewijzen, omdat hij deze niet aangetekend had verzonden. In casu kon de consument van de overeenkomst af omdat op straffe van nietigheid aan een vereiste van artikel 24 Colportagewet niet was voldaan (er waren niet twee gelijkluidende aktes opgemaakt).
46. Dit kan van belang zijn voor de vraag of net wel of net niet binnen de bedenktijd is ontbonden. Kantongerecht Utrecht 17 september 1997, Rechtshulp 1998, p. 14-17.
47. Idem, p. 17.
48. Kantongerecht Tilburg 6 november 1997, Prg. 1997, nr. 4870 (m.nt. Van der Heiden).

gesproken door Rodrigues.[49] Hij is zo verstandig geweest de colportage-richtlijn erop na te slaan. En daarin staat precies vermeld, hoe het met de verklaring is gesteld (artikel 5):

'Voor het inachtnemen van de termijn is verzending van de kennisgeving vóór het einde van de termijn voldoende.'

Het oordeel van de Utrechtse kantonrechter was derhalve geen misinterpretatie, maar juist in overeenstemming met hetgeen wordt voorgeschreven door het Europese recht.[50]

De verzendtheorie is ook (conform de richtlijn) opgenomen in artikel 7:48c lid 2 BW, inzake de ontbinding van de timeshare-overeenkomst. In het wetsvoorstel 'koop van onroerende zaken' (dat geen Europeesrechtelijke achtergrond heeft) is geen bijzondere bepaling ten aanzien van de ontbindingsverklaring opgenomen, zodat derhalve de hoofdregel van artikel 3:37 lid 3 BW, de ontvangsttheorie, van toepassing is.[51]

Vreemd genoeg zwijgt de richtlijn 'verkoop op afstand' (in afwijking van de eerdere richtlijnen) over de vraag of een mededeling die voor het einde van de bedenktijd is verzonden, moet worden geacht binnen de bedenktijd te zijn gedaan. Indien de Nederlandse wetgever bij de implementatie van deze richtlijn niet uitdrukkelijk voor de verzendtheorie opteert, is waarschijnlijk de ontvangsttheorie van artikel 3:37 BW van toepassing. Wij zouden echter de voorkeur geven aan de verzendtheorie, gezien het feit dat dit leidt tot een grotere bescherming van de consument (langere bedenktijd).

Terugwerkende kracht

Er is in dit opstel reeds op enkele plaatsen vastgesteld, dat de regeling van ontbinding vanwege tekortkoming in de nakoming niet van overeenkomstige toepassing is op de bedenktijd-ontbinding. Nu artikel 6:271 BW derhalve toepassing mist, rijst de vraag of laatstgenoemde ontbinding terugwerkende kracht heeft.

In artikel 25 lid 5 van de Colportagewet heeft de wetgever zich

49. P.R. Rodrigues, Handelspraktijken, in: Jaarboek Consumentenrecht 1998; zie ook M.B.M. Loos, SR 1998/4.
50. Opgemerkt zij dat de richtlijn een minimale bedenktijd voorschrijft van 7 dagen en de Colportagewet de consument 8 dagen gunt. Met de ontvangsttheorie zou men daarom waarschijnlijk net de Europese norm halen.
51. Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 6.

uitgesproken voor de terugwerkende kracht van de ontbinding van de colportage-overeenkomst. Deze bepaling is, zoals in de inleiding werd aangegeven, uitdrukkelijk gehandhaafd toen bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek de terugwerkende kracht van de ontbinding wegens tekortkoming werd verlaten. De reden hiervoor was gelegen in de bijzondere kwetsbaarheid van de colportage-overeenkomst gedurende de bedenktijd. Als wordt ontbonden, gelden de reeds verrichte prestaties als onverschuldigd betaald (artikel 6:203 BW).[52] Mocht de verkoper artikelen aan de consument-koper hebben geleverd, dan komt door de ontbinding de rechtstitel aan de overdracht te ontvallen; de verkoper is altijd eigenaar gebleven (artikel 3:84 lid 1 BW).

Wat geldt ten aanzien van de andere bedenktijden? Voor wetsvoorstel 23 095 (koop van onroerende zaken) lijkt de onderhavige kwestie van geen belang te zijn.[53] Vooruitbetalingen gelden op grond van artikel 7:26 lid 4 Ontwerp-BW als onverschuldigd betaald en levering van de onroerende zaak tijdens de bedenktijd leidt (volgens de minister) onmiddellijk tot het einde van de bedenktijd. Of deze rechtsverwerkingsgedachte ook opgaat voor timesharing, is een (vooralsnog) onbeantwoorde vraag. Naar onze mening zal hierbij — en dit geldt nog sterker bij de nog te implementeren verkoop op afstand — minder snel afstand van recht en/of rechtsverwerking kunnen worden aangenomen.[54]

52. Zie bijvoorbeeld SER-advies 87/05 Advies wijziging Colportagewet, p. 35-36 en de in dit advies opgenomen brief van de toenmalige staatssecretaris van Economische Zaken A.J. Evenhuis op p. 54-56.
53. Vgl. Kamerstukken II 1993/94, 23 095, nr. 4, p. 4 (voorlopig verslag) en nr. 5, p. 10 (MvA).
54. In de eerste plaats omdat de bedenktijd aanmerkelijk langer is dan de drie dagen bij de consumentenkoop van een woning. In de tweede plaats is het de vraag of — wat dit betreft — de bedenktijd niet tot de totstandkomingsfase moet worden gerekend. Als een consument dwingendrechtelijk beschermd wordt tegen overhaaste koopbeslissingen, ligt het dan niet voor de hand dat hij gedurende deze termijn niet door enkel aan levering mede te werken van zijn recht afstand doet? In de opvatting van Mok en in de Duitse en de Belgische benadering van de bedenktijd zou een dergelijke afstand van dwingendrechtelijke bescherming zich in de totstandkomingsfase afspelen en daarmee onmogelijk zijn. Dat medewerking aan levering rechtsverwerking zou kunnen opleveren, ligt bij deze op Europese leest geschoeide regelingen niet voor de hand. Het is niet waarschijnlijk dat voor de Nederlandse redelijkheid en billijkheid een rol is weggelegd wanneer de Europese richtlijn daarvoor niet uitdrukkelijk ruimte laat. Zie

Nu dienaangaande een expliciete bepaling ontbreekt, zal voor de beantwoording van de vraag of de ontbindingen (met uitzondering van het ontbindingsrecht uit de Colportagewet) terugwerkende kracht hebben (wederom) moeten worden teruggevallen op Boek 3. In artikel 3:37 lid 3 BW is bepaald dat een verklaring pas 'werkt' als de wederpartij haar heeft ontvangen. Voor de verzendtheorie geldt dat de verklaring al bij verzending rechtsgevolg heeft. Hieruit kan worden afgeleid dat — bij ontbreken van een andersluidende bepaling (zoals voor vernietiging artikel 3:53 BW) — een ontbinding geen terugwerkende kracht heeft. Een ontbinding zal derhalve leiden tot een ongedaanmakingsverbintenis ten aanzien van hetgeen reeds werd gepresteerd. Met geen woord wordt nog gerept over de 'bijzondere aard van de onderhavige ontbinding', die leidde tot de handhaving van de terugwerkende kracht in de Colportagewet.

Leidt het aangehaalde verschil tot grote verschillen in rechtsgevolg? Met andere woorden, is de vraag of de bedenktijd-ontbinding al dan niet terugwerkende kracht heeft van groot belang? Dat is niet het geval als beide partijen nog niet hebben gepresteerd. De ontbinding leidt er dan toe dat partijen niet meer behoeven te presteren.[55] Als het door de consument gekochte goed al wel aan hem geleverd werd (hetgeen doorgaans niet het geval zal zijn), zal het verschil zich vooral doen gevoelen bij diens faillissement en wanneer een crediteur van de consument op het goed beslag heeft gelegd. Doen zich deze calamiteiten niet voor, dan bestaan er weinig verschillen tussen de ongedaanmakingsverplichtingen wegens ontbinding en onverschuldigde betaling.[56] In het faillissement van de verkoper zal het voor de

hierover G.R.B. van Peursem, Wisselwerking bij rechtsvinding door de burgerlijke rechter tussen normen van nationale en EG oorsprong; normenhiërarchie?, in: BW-Krant Jaarboek 13, Deventer 1997, p. 39-55. Bovenstaande neemt niet weg dat de bedenktijd wel direct eindigt als bij de koop op afstand van een dienst een begin wordt gemaakt met de uitvoering van de dienst (artikel 6 lid 3 richtlijn). Laatstgenoemde regel is een voortvloeisel van het feit dat een reeds verrichte dienst niet ongedaan gemaakt kan worden.

55. Vgl. de memorie van toelichting bij de Colportagewet, Kamerstukken II 1970/71, 11 106, p. 22.
56. Vgl. A. Hammerstein / J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, in: Miscellanea (Van Dunné-bundel), Deventer 1997, p. 126. Een verschil is nog wel dat zonder terugwerkende kracht de consument-koper totdat hij heeft teruggeleverd beschikkingsbevoegd is ten aanzien van het goed. Het valt echter niet te verwachten dat hij van deze beschikkingsbevoegdheid gebruikt heeft gemaakt.

consument-koper weinig uitmaken op welke grond hij reeds betaalde koopsommen kan terugvorderen.

Nog een enkele opmerking over (af)levering

In het voorgaande kwam het begrip levering al enkele malen aan de orde. Daarover nog een enkele opmerking met betrekking tot de Colportagewet en de richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten.

De bedenktijd bij het kopen van een goed 'op afstand' gaat in op het moment waarop de consument-koper dit goed ontvangt. Dit begrip 'ontvangen' is goederenrechtelijk neutraal. Of de machtsverschaffing een levering is (en overdracht oplevert), is afhankelijk van hetgeen partijen dienaangaande hebben afgesproken.[57]

Er lijkt niets aan in de weg te staan dat een levering onder opschortende (of ontbindende) voorwaarde wordt overeengekomen. Het doel van de bedenktijd is, de consument de gelegenheid te bieden de gekochte producten 'te besnuffelen' (zie paragraaf 2). Die gelegenheid krijgt hij als de zaak in zijn macht komt, ongeacht of hij door die machtsverschaffing bezitter/eigenaar wordt. In de 'algemene voorwaarden voor verkoop op afstand en per post' van de Nederlandse Postorderbond wordt gesproken van een 'zichttermijn' (artikel 5). Deze terminologie duidt erop dat de consument tijdens de bedenktijd nog geen eigenaar van de goederen is.[58] Goederenrechtelijk beschouwd kan men de machtsverschaffing dan zien als een levering onder de opschortende voorwaarde dat de koper zich niet op zijn ontbindingsrecht beroept.[59] De consument is gedurende de bedenktijd houder van de zaak en wordt bezitter/eigenaar zodra de bedenktijd is verstreken.[60]

Ook bij colportage wordt het gekochte product veelal reeds tijdens de bedenktijd in de macht van de consument gebracht (of zelfs direct

57. Ten overvloede merken wij op dat voor overdracht voldaan moet zijn aan de vereisten van artikel 3:84 BW.
58. Dit is een nadere relativering van het belang van de vraag of de ontbinding terugwerkende kracht heeft.
59. Opgemerkt zij dat ook sprake kan zijn van een levering ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis.
60. Vgl. de werking van het eigendomsvoorbehoud. Gelet op het risico (artikel 7:9 en artikel 7:10 BW) is het voor de verkoper mogelijk aantrekkelijker daadwerkelijk een overdracht onder eigendomsvoorbehoud overeen te komen, waarbij de voorwaarde niet betaling van de koopprijs is, maar het niet inroepen van het ontbindingsrecht gedurende de bedenktijd.

bij hem 'achtergelaten'). Ook hier is het afhankelijk van de contractuele verhouding tussen verkoper en koper, of een overdracht heeft plaatsgevonden.

5. Slot

In zeer korte tijd zal het aantal bedenktijden in het Nederlandse burgerlijk recht stijgen van één naar vier. Mok merkte in zijn op 13 mei 1997 uitgesproken afscheidscollege op dat de 'gedachte van een afkoelingsperiode (...) de laatste tijd om zich heen aan het grijpen [is]'.[61]

De Nederlandse wetgever heeft er voor gekozen de bedenktijd als een bijzonder ontbindingsrecht vorm te geven. Dit betekent dat zolang de consument niet heeft ontbonden, de overeenkomst rechtsgeldig is en tussen partijen over en weer verbintenissen bestaan. De totstandgekomen overeenkomst is echter, nu zij zonder opgave van redenen kan worden ontbonden, gedurende de bedenktijd bijzonder kwetsbaar. Gesteld kan worden dat de rechtszekerheid van de verkoper (*pacta sunt servanda*) flink aan ruimte moet inboeten ten gunste van de beschermingswaardige positie van de consument.

De regels die de bedenktijd(-ontbinding) beheersen, zijn te vinden in de afzonderlijke regelingen en overigens in het algemene vermogensrecht. Ondanks het bestaan van verschillen tussen de onderscheiden bedenktijden, valt een zeker patroon wel waar te nemen. Zo kennen alle bedenktijden, op grond van artikel 3:37 BW, een vormvrije ontbinding. Daarnaast geldt, met het oog op een zo groot mogelijke consumentenbescherming, in afwijking van artikel 3:37 BW voor colportage en timesharing de verzendtheorie (en hopelijk gaat dit ook gelden voor de op afstand gesloten overeenkomsten). Ten slotte kan worden opgemerkt dat, met uitzondering van de in de Colportagewet geregelde ontbinding, de bedenktijd-ontbinding geen terugwerkende kracht heeft.

61. M.R. Mok, a.w., p. 12.

Drempels in het kooprecht en effectiviteit van informatieplichten ter bescherming van de consument

*J.G.J Rinkes**

1. INLEIDING

De koopovereenkomst is — historisch gezien — een type overeenkomst met een lange geschiedenis.[1] De wettelijke regeling van de koopovereenkomst heeft een respectabele ontwikkeling doorgemaakt: *Der Kaufvertrag ist einer der 'reifsten' Vertragstypen.*[2] De opkomst van nationaal en Europees consumentenrecht[3] heeft het kooprecht verrijkt met een bijzondere doelstelling: de consument-koper wordt in bescherming genomen door veel in beginsel regelend recht ten gunste van de consument-koper dwingend te maken.[4]

Een belangrijke vraag bij de totstandkoming van koopovereenkomsten is wat partijen over en weer van elkaar mogen verwachten. Informatie- en onderzoeksplichten staan in een bijzonder evenwicht, bepaald door de omstandigheden van het geval;[5] de invulling van de normen van artikel 7:15 en 7:17 BW biedt inzicht in hetgeen met name de koper in respectievelijk juridisch en materieel opzicht van het gekochte mag verwachten. Daarbij geldt dat de precieze omvang van hetgeen partijen over en weer voorafgaand aan het sluiten van de

* Mr. J.G.J. Rinkes is als universitair hoofddocent consumentenrecht verbonden aan het Iens Verburgh Instituut voor Consumentenrecht, Universiteit van Maastricht.

1. Vgl. Asser-Schut-Hijma, nr. 1-7 en Mon. Nieuw BW AB-65a (Wessels).
2. Vgl. Chr. Windbichler, Neue Vertriebsformen und ihr Einflusz auf das Kaufrecht, Archiv für die civilistische Praxis (1998), blz. 261-286.
3. Zie voor een beknopt overzicht J.G.J. Rinkes, Tien jaar ongelijkheidscompensatie in het consumentenrecht: verdelende rechtvaardigheid, marktwerking en (zelf)regulering, Sociaal Recht 1996, blz. 306-311.
4. Asser-Schut-Hijma, nr. 22.
5. J.H. Nieuwenhuis, Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten?, WPNR 1998/6304, blz. 155-157.

overeenkomst mochten verwachten, niet slechts is vastgelegd in formele regels: de toepassing van het conformiteitsvereiste dwingt tot een herijking van de verplichting van de verkoper om zijn wederpartij met name door deugdelijke informatieverstrekking in bescherming te nemen. Deze herijking is gebaseerd op de — in het consumentenrecht gecodificeerde — wens tot bescherming van de consument in onevenwichtige economische situaties: de *bargainingpower* van de consument dient te worden vergroot.

In deze bijdrage wordt een kort overzicht gegeven van enkele bestaande en toekomstige formele en materiële regels betreffende informatieplichten in algemene zin.[6] Vervolgens wordt ingegaan op de achtergrond van dergelijke regels: wat is de aard en ratio van informatieplichten in het kader van consumentenbescherming. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de — beleidsmatige — Europeesrechtelijke achtergrond van de toepasselijke regels inzake consumentenrecht. Tenslotte komt de vraag aan de orde in hoeverre verscherpte informatieplichten effectief zijn als instrument ter bescherming van de consument.

2. Informatieplichten ten gunste van de consument

De gedachte dat verscherpte aandacht voor informatieplichten kan dienen tot vergroting van de bescherming van de consument komt op verschillende wijzen tot uiting. Allereerst bestaan voor veel typen consumentenovereenkomsten regels van dwingende aard welke eisen stellen aan de wijze waarop de overeenkomst tot stand komt. In veel gevallen worden daarbij bepaalde informatieplichten wettelijk vastgelegd. Een tweede vorm is minder expliciet, doch niet minder stringent: de plicht tot deugdelijke informatie inzake het contractrisico wordt van een sanctie voorzien door het formuleren van conformiteitsnormen voor diverse soorten overeenkomsten. De invulling van de vraag wat de consument van een zaak of dienst mag verwachten wordt daarbij afhankelijk gemaakt van hetgeen partijen, gezien de overeenkomst, op grond daarvan mogen/mochten verwachten. Tenslotte is algemene informatie over consumentenrechten van groot belang: slechts gewapend met deugdelijke kennis omtrent zijn rechten kan de consument feitelijk zijn verworven bescherming effectueren.

6. Vgl. J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1989.

Gesteld is dat deugdelijke consumenteninformatie eigenlijk een overheidstaak is.[7]

Gezien de achterliggende gedachte tot consumentenbescherming staat bij dit alles centraal de vraag of dwingend-rechtelijke informatieplichten effectief zijn teneinde de 'zwakke' consument op deugdelijke wijze te beschermen. Een volgend en niet minder belangrijk probleem is — gegeven het feit dat een overeenkomst eenmaal geldig tot stand is gekomen — op welke wijze het conformiteitsvereiste (gekoppeld aan de formele en materiële informatieplichten) in concreto dient te worden ingevuld.

3. Drempels voor de totstandkoming van (consumenten) overeenkomsten

Ter bescherming van (consument-)kopers wordt niet zelden geargumenteerd dat formele en materiële drempels voor de totstandkoming van de koopovereenkomst noodzakelijk zijn. Voor de consumentenkoop van onroerende zaken is een formele drempel overwogen: naast een bedenktijd is verdedigd dat een koopakte in schriftelijke vorm (naast de mogelijkheid van inschrijving van de koopakte in de openbare registers) kopers afdoende bescherming kan bieden tegen ondoordachte en ondeskundige beslissingen.[8] Dergelijke formele drempels staan niet op zichzelf: andere voorbeelden hiervan zijn te vinden — bijvoorbeeld — bij colportage[9] en consumentenkrediet.[10] Ook bij time-sharing bestaan formele eisen[11] waardoor de consument

7. G.J. Rijken, Ontstaan en positie van het consumentenrecht, in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, Consumentenrecht, Kluwer, Deventer 1996, op blz. 5.
8. Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen ter zake M.M. van Rossum, Consumentenkoop van onroerende zaken, in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, Consumentenrecht, Kluwer, Deventer 1996, blz. 103-111 en idem, Jaarboek Consumentenrecht 1997, blz. 99-108. Vgl. ook C.A. Kraan, Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht, WPNR 1998/6323.
9. Vgl. art. 25 Colportagewet. Het herroepingsrecht (de afkoelingsperiode) als instrument voor consumentenbescherming komt in deze bijdrage verder niet aan bod; vgl. elders in dit Jaarboek, en zie bijvoorbeeld ook B. Boemke, Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung, Archiv für die civilistische Praxis (1997), blz. 161-186.
10. Het aangaan van een consumentenkredietovereenkomst dient schriftelijk te geschieden, vgl. art. 30 Wet op het Consumentenkrediet.
11. Art. 7:48b BW.

beter beschermd wordt. Ondanks de richtlijn ter zake kunnen bij grensoverschrijdende time-sharing ipr-aspecten tot problemen blijven leiden.[12] Bij verkoop op afstand komt een wettelijke plicht tot informatie voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst.[13] Vergelijkbare plichten bestaan bij de reisovereenkomst[14] en — in de toekomst — bij verzekeringsovereenkomsten.[15] De Europese Consumers Council heeft gepleit voor een richtlijn die voor alle financiële diensten informatieplichten in het leven roept inzake kosten, rechten en plichten van partijen, geschillenbeslechting en bijzondere transacties.[16]

Juridische aspecten van IT bieden nieuwe problemen voor de consumenten. De positie van de consument-koper op de elektronische snelweg is vooralsnog niet eenvoudig te duiden.[17] Het kabinet heeft een nota gepresenteerd inzake Wetgeving voor de elektronische snelweg;[18] het uitgangspunt dient te zijn — aldus vooralsnog het standpunt van de overheid — dat bestaande juridische instrumenten ook in een virtuele omgeving hun waarde zullen kunnen bewijzen.

4. Materiële drempels

Naast deze aanpak ter bescherming van de consument is — minder formeel — een tendens aanwezig tot het aanscherpen van de inhoudelijke voorwaarden voor totstandkoming van consumentenovereenkomsten in het algemeen en consumenten-koopovereenkomsten in het bijzonder. Deze tendens komt tot uiting in de centrale rol welke conformiteitsregels spelen bij de rechtsuitoefening. De op conformiteitseisen gebaseerde informatieplicht van de aanbieder van een zaak

12. Vgl. K. Otte, Anwendbares Recht bei grenzüberschreitendem Timesharing, RabelsZ (1998), blz. 405-436.
13. Art. 4 richtlijn 97/7/EG, Pb. EG 1997 L144/1. Vgl. J. Dickie, Consumer confidence and the EC Directive on Distance Contracts, Journal of Consumer Policy 21 (1998), blz. 217-229.
14. Art. 7:501 BW.
15. Zie de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998, Stcrt. 1998, 134 .
16. Vgl. Info-C 6 (1996), blz. 26.
17. Vgl. Temmink, TvC 1997, blz. 101 en het themanummer TvC 1997/3. Vgl. tevens H. Köhler, Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-shopping, Internet-shopping), NJW 1998, blz. 185-190 en K. Boele-Woelki, Internet-koopovereenkomsten, Molengrafica 1997, blz. 139-165.
18. Zie TvC 1998, blz. 169.

of dienst dwingt tot het bieden van deugdelijke informatie, te verstrekken voorafgaand aan (en in enkele gevallen ook na) de totstandkoming van de overeenkomst.

Voorafgaande informatie dient ertoe de wederpartij in staat te stellen zijn contractsrisico op de juiste wijze te kunnen inschatten, en tevens teneinde een juiste keuze te kunnen maken door middel van vergelijking met andere aanbieders. Een voorwaarde daarbij is natuurlijk dat de wijze waarop het aanbod wordt gedaan vergelijkbaar is. In enkele gevallen is de wijze van aanbieden geformaliseerd. Dit is onder meer het geval bij consumentenkrediet en grensoverschrijdende betalingen.[19] De aandacht voor informatieverstrekking wordt tevens versterkt door maatregelen van inhoudelijke aard welke de aanbieder dwingen tot duidelijkheid omtrent het aanbod: zo legt de ontwerp-richtlijn inzake consumentengaranties het conformiteitsvereiste vast op Europees niveau.[20] Voorbeelden van dergelijke informatieplichten zijn te vinden in tal van bijzondere en algemene regelingen, zoals de eerder genoemde reisovereenkomst[21] en de wettelijke regeling inzake algemene voorwaarden.[22]

5. Achtergrond: consumentenbescherming

Consumenten en producenten bepalen zelf de spelregels in het economisch verkeer. De consument neemt op de economische markt echter niet zelden een ongelijke positie in: zijn *bargainingpower* in individuele transacties is gering. Het consumenten*recht* als uitvloeisel van de beweging tot bescherming van de consument (consumentisme) is daarom in beginsel gericht op het herstellen van het evenwicht tussen sterke (producenten en leveranciers van zaken en diensten) en zwakke (consumenten, eindverbruikers) partijen op de markt. Consumenten-

19. De wijze van berekening van het effectief kredietvergoedingspercentage op jaarbasis is geharmoniseerd; bij grensoverschrijdende betalingen dienen de kosten van de transactie vergelijkbaar te zijn. Vgl. Bb 1998, blz. 129-131 en TVVS 1997, blz. 216-217, alsmede Consumer Law Journal-1998-17, blz. 7-20.
20. Zie voor de stand van zaken H.A.G. Temmink, Kroniek Europees consumentenrecht, TvC 1998, blz. 202-203. Zie tevens E. Deards, The proposed Guarantees Directive: is it fit for the purpose?, Journal of Consumer Policy (1998), blz. 99-119. Vgl. ook European Report no. 2284, 21 januari 1998, blz. 7-8 (reactie handel en industrie).
21. Vgl. art. 7:502 BW.
22. De informatieplicht van art. 6:233 sub b en 234 BW, vgl. richtlijn 93/13/EEG, PB EG nr. L95/21.

recht oriënteert zich daarnaast sterk op regulering: een belangrijk aspect van consumentenrecht en -beleid betreft het oplossen van spanningen en conflicten en het voorkomen van fricties op de economische markt door — vooral — tweezijdig overleg. Bij de ontwikkeling van het consumentenrecht is opmerkelijk dat het thema ongelijkheidscompensatie zich manifesteert op verschillende niveaus: individueel (specifieke rechten voor de consument) en collectief (stimulering van het zoeken naar oplossingen door maatschappelijke belangenorganisaties).

6. Consumentenrecht

Consumentenrecht wordt wel omschreven als het geheel van normen, regels en instrumenten dat de verwezenlijking op juridisch niveau vormt van verschillende initiatieven die betrekking hebben op het waarborgen of vermeerderen van de bescherming van de consument op de economische markt. Aan deze — op zich zeer flexibele — omschrijving kan nog worden toegevoegd dat het begrip 'consument' niet nauwkeurig omschreven is in literatuur, wetgeving en rechtspraak. Maatregelen tot consumentenbescherming door het toekennen van consumenten*rechten* worden op zeer uiteenlopende wijzen genomen; de juridische grondslag van dergelijke maatregelen kan zeer verschillend zijn. Hetzelfde geldt voor de doelstelling van consumentenrecht: bescherming kan gerealiseerd worden door *hard and fast rules*, maar ook door het bevorderen van zelfregulering dan wel het verbeteren van de positie van de consument door deze te voorzien van adequate informatie. Overheidsinmenging is afhankelijk van de aard van de te beschermen consumentenbelangen, en wordt tegenwoordig getoetst aan de vraag of verbetering van de rechtspositie van de consument wellicht beter tot zijn recht komt op een gedereguleerde markt. Daarmee lijkt gegeven dat de ontwikkeling van het consumentenrecht een tamelijk diffuus karakter heeft. De vraag in hoeverre door het consumentenrecht in het BW afdoende ongelijkheidscompensatie voor de zwakkere consument is gerealiseerd, is daarom niet eenduidig te beantwoorden. Duidelijk is wel dat het consumentenrecht aanleiding is tot herbezinning van enkele fundamentele vragen van burgerlijk recht. In hoeverre zal ongelijkheidscompensatie leiden tot een scheiding tussen commerciële en consumententransacties? In welke mate is ingrijpen in de verhouding tussen economische marktpartijen gerechtvaardigd en effectief?

7. Consumentenbescherming en (on)gelijkwaardigheid

Consumentenbescherming oriënteert zich traditioneel op gerechtigheidsaspecten.[23] Uitgangspunt is de juridisch en economisch ongelijkwaardige verhouding tussen professionele aanbieders van goederen en diensten enerzijds en consumenten anderzijds. Wetgeving kan een oplossing bieden; problemen als woekercontracten, onereuze bedingen in algemene voorwaarden en colportage zijn in de eerste plaats legislatieve problemen. Bescherming van de zwakkere partij wordt wel gezien als de enige geheel nieuwe gerechtigheidsgedachte die zich in het nieuwe BW een plaats heeft veroverd.[24] Bescherming bij financiële zwakte is een wat meer omstreden figuur in ons vermogensrecht,[25] alhoewel in voorkomende gevallen de mogelijkheden van het vermogensrecht kunnen worden gehanteerd. Matiging van bijvoorbeeld schulden uit wet, overeenkomst of niet-nakoming kent een gemeenschappelijke grondslag: of de rechter nu in het kader van afdeling 6.1.10 BW matigt, dan wel in het contractenrecht wegens rechtsverwerking, misbruik van omstandigheden, dwaling, onvoorziene omstandigheden of anderszins ingrijpt, steeds is de grondslag hiervan de werking van beginselen van redelijkheid en billijkheid.[26] Ingrijpen van de wetgever heeft gevolgen voor de maatschappelijke en economische verhouding van de betrokken marktpartijen. De ontwikkeling van het consumentenrecht richt zich daarom op de rechtvaardigheid van dit ingrijpen. Uiteindelijk dienen consumentenbescherming en consumentenrecht een positieve bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van de samenleving.[27]

8. Een afzonderlijke consumentenwetboek?

De ontwikkeling van het consumentenrecht als onderdeel van een steeds toenemende consumentenbescherming draagt een aantal gevaren in zich. In de eerste plaats bestaat het risico van steeds

23. Vgl. Mon. Nieuw BW A-5 (Rijken), Mon. Nieuw BW A-8 (Hondius), E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), Consumentenrecht, Deventer 1996.
24. G.E. Langemeijer, De gerechtigheid in ons Burgerlijk Vermogensrecht, bew. door E.J. Schrage, Zwolle, 1994, blz. 90.
25. A.w., blz. 100-102.
26. Zie Mon. Nieuw BW A-16 (Abas), blz. 72-73, Mon. Nieuw BW A-5 (Rijken), blz. 55 e.v.
27. K. Simitis, Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip, 1976, blz. 156, Von Hippel, Verbraucherschutz, 1986, blz. 44.

cumulerende interventies van de wetgever. Nieuwe maatregelen zullen nog specifieker ingrijpen in maatschappelijke verhoudingen of uitdrukkelijk een bepaald evenwicht proberen te bereiken. Een tweede gevaar is de geringe doelmatigheid van maatregelen ter bescherming van 'zwakkere' contractspartijen. Ingrijpen dat uitsluitend gebaseerd is op (de wenselijkheid van) bescherming van zwakkeren is onvoldoende, steeds moet de wetgever economische aspecten, gerechtigheid, en efficiëntie van voorgenomen maatregelen toetsen in samenhang met de te gebruiken instrumenten. Ten derde is de kans aanwezig dat, wanneer de wetgever besluit tot juridisch ingrijpen in de verhouding tussen professionele aanbieders en consumenten, een 'Sonderprivatrecht' voor consumenten wordt ontwikkeld.[28] Huls verwacht[29] dat 'het consumentenrecht het gemene privaatrecht steeds verder zal ontstijgen'. Nu is zo'n ontwikkeling zeer wel denkbaar, doch gezien de invoering van het BW niet wenselijk.[30] Bij codificatie van consumentenbeschermende wetgeving dient de vraag zich aan of deze wetsbepalingen moeten worden samengevoegd in een 'Wetboek van Consumentenrecht', dan wel op andere wijze kunnen worden verwerkt in de bestaande wetgeving.[31] Hondius stelt[32] dat de gedachte van een dergelijk wetboek in West-Europa weinig weerklank heeft gevonden, in ieder geval niet in Nederland. In enkele landen bestaat wetgeving die duidt op codificatie van het consumentenrecht. Elders worden delen van het consumentenrecht tot op zekere hoogte samengevat in aparte wetten;[33] sommige landen kennen een wet op de handelspraktijken.[34] Het Europese consumen-

28. Vgl. o.m. B. Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, H. Heinbuch, Theorien und Strategien des Verbraucherschutzes, 1983, blz. 56-57 en 70 e.v.
29. Consumentenkrediet, diss. 1981, blz. 323.
30. Vgl. o.m. Mon. Nieuw BW A-1 (Hartkamp), blz. 49. Zie voor de ontwikkeling op het gebied van het consumentenrecht E.H. Hondius, Kroniek van het consumentenrecht, NJB 1990, blz. 1109-1115, NJB 1995, blz. 388-395, NJB 1996, blz. 417-425 en idem, Mon. Nieuw BW A-8, blz. 18.
31. Vgl. Mon. Nieuw BW A-8 (Hondius), blz. 17.
32. A.w., blz. 18.
33. Bijvoorbeeld de Engelse Consumer Protection Act 1987, vgl. G.G. Howells & S. Weatherill, Consumer Protection Law, Londen 1995.
34. Bijvoorbeeld België en Duitsland; Hondius merkt ter zake op (a.w., blz. 19) dat in dergelijke wetgeving veel regels zijn opgenomen die ook in een wetboek van consumentenrecht een plaats zouden kunnen vinden. Zie over België R.B.M. Keurentjens, De Belgische Wet betreffende de Handelspraktijken en de voorlich-

tenrecht (primair en secundair gemeenschapsrecht ter bescherming van de consument) is niet als zodanig gecodificeerd in een samenhangende regeling.[35] Vermeldenswaard is de situatie in Frankrijk: in 1981 is aldaar opgericht de *Commission de Refonte du Droit de la Consommation*(Commissie Calais-Auloy), welke commissie in 1985 een voorstel voor een *Code de la Consommation* publiceerde.[36] Aan de voorstellen van de Commissie Calais-Auloy werd door de Franse wetgever in 1992 in zoverre een gevolg gegeven dat de wetteksten en verordeningen betreffende consumentenbescherming bijeen werden gebracht in een 'administratieve codificatie' zonder wijziging ten gronde van de bestaande regels,[37], of toevoeging van nieuwe regels. Inmiddels is ook in België een interessant voorstel gedaan voor een samenhangende codificatie van het consumentenrecht.[38] In Nederland wordt de gedachte van een algemene wet op het consumentenrecht[39] afgewezen.[40] Hondius meent[41] dat afzonderlijke codificatie in Nederland niet voor de hand ligt, aangezien de meeste consumentenwetgeving in Nederland van recente datum is en op één terminologische lijn ligt. In Frankrijk wordt verder vooruitgezien: niet slechts naar een Europees Burgerlijk wetboek[42] doch zelfs '*vers un Code*

ting en bescherming van de consument, TvC 1992, blz. 289-301.

35. Vgl. onder meer de overzichten Europees Consumentenrecht in TvC, zie tevens V. Kendall, EC Consumer Law, Londen 1994, N. Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht. Binnenmarkt und Verbraucherinteresse, Baden-Baden 1993 en Howells/Weatherill, a.w., blz. 80-110.
36. Vgl. J.G.J. Rinkes, Recente ontwikkelingen in het Franse consumentenrecht, TvC 1987, blz. 81-92.
37. Wet no. 92-60 van 18 januari 1992 en wet nr. 93-949 van 26 juli 1993, vgl. D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, Dalloz 1994 (Chr.), blz. 291-297, R.P.J.L. Tjittes, Ontwikkelingen in het Franse consumentenrecht, TvC 1994, blz. 187-196 en J.P. Pizzio, *Code de la consommation commenté*, Parijs 1995.
38. Vgl. J.G.J. Rinkes, Voorstel voor een nieuwe Belgische wet inzake de bescherming van de consument, TvC 1996, blz. 85-94; vgl. J. Stuyck, SEW 1997, blz. 384-392.
39. Vgl. A. Brack, Consument, recht en koopkracht, Deventer 1981.
40. A.S. Hartkamp, De taak van de privaatrechtelijke wetgever na de invoering van het nieuwe vermogensrecht, Schoordijk-bundel (Deventer 1991), blz. 97, 100.
41. T.a.p. (Brunner-bundel), blz. 195; zie tevens Hondius, a.w., NJB 1996, blz. 418: Wat Nederland ontbeert, is een Wetboek van consumentenrecht. Of we daar rouwig om moeten zijn, is de vraag.
42. Vgl. A.S. Hartkamp e.a. (eds.), Towards a European Civil Code, Ars Aequi 1998.

Européen de la consommation'.[43]

9. Consumentenbelangen in het Europese recht

Consumentenbelangen kunnen worden gekwalificeerd als 'diffuus'. Een kenmerk hiervan is dat consumentenbeleid in aanleg bedoeld is voor elke burger te gelden.[44] Op Europees niveau heeft de ontwikkeling van consumentenrecht een stevige basis gekregen in het Verdrag van Maastricht, zij het dat tot op heden geen sprake is van volwaardige erkenning van primaire consumentenrechten bij het Europese Hof in Luxemburg.[45] In de meeste Lid-Staten is de doelstelling van consumentenrecht het beschermen van de belangen van de consument; op Europees niveau kunnen verschillende belangen conflicteren zoals het algemeen belang en de noodzaak de (goed geïnformeerde) consument te beschermen.[46] Soms prevaleert het algemeen belang, zoals in de Schindler-zaak.[47]

10. Consumentenbescherming als onderdeel van het Europese recht

Op 14 april 1975 is op Europees niveau een eerste resolutie aangenomen voor een beleidsprogramma inzake bescherming en voorlichting voor consumenten.[48] In 1993 publiceerde de Commissie het tweede consumentenactie-programma (1993-1995).[49] De Commissie was van mening dat consumentenbeleid nauw verband hield met het algemene gemeenschapsbeleid, waarbij het (nog immer niet vastomlijnde) begrip consument vrij los werd omschreven als 'natural or legal persons with more or less spending capacity, who acquire or use goods or services for non-professional use'. Het tweede actieprogramma consolideerde het eerste programma; tevens werd een aantal prioriteiten gegeven teneinde het niveau van consumentenbescher-

43. F. Osman (dir.), Vers un Code Européen de la consommation, Bruylant-Brussel, 1998.
44. Cf. N. Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht, Baden-Baden 1993, blz. 24. Vgl. ook S. Weatherill, *EC Consumer Law and Policy*, Longman, Londen/New York 1997.
45. K.J.M. Mortelmans, TvC 1994, blz. 332-333.
46. Mortelmans, TvC 1994, blz. 216 e.v.
47. Mortelmans, TvC 1994, blz. 216 e.v.
48. Consumentenrecht, a.w. (Rijken), blz. 4.
49. COM (93) 378 def.

ming te verhogen.[50] De Commissie is zich zeer bewust van de — nog steeds — bestaande problemen. Het derde actieprogramma (1996-1998) biedt een verdere basis voor het verbeteren van consumentenbescherming, al is de lijst van prioriteiten gewijzigd van 'activiteiten' in 'beleidsdoelstellingen'; voorts dienen consumenteninformatie en consumenteneducatie samen met marktdoorzichtigheid gedetailleerde regelingen ter bescherming van consumenten te vervangen.[51] Het perspectief van het Europese consumentenrecht lijkt te verschuiven van de *homo oeconomicus passivus* (niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf) naar een gebalanceerde benadering van algemene integratie van de markt waarbij goed geïnformeerde consumenten over voldoende *bargaining power* beschikken om hun rechten te effectueren.[52] De Commissie meent dat consumenten, gewapend met essentiële kennis en informatie, hun eigen belangen goed kunnen behartigen bij het maken van hun keuzes op de markt. Actueel is de totstandkoming van een gemeenschappelijke munt; dit zal vooral ook voor consumenten de nodige gevolgen hebben.[53]

In het Verdrag van Amsterdam is het consumentenbelang onomstotelijk vastgelegd;[54] gezien de spanning tussen *consumer choice* op een gedereguleerde vrije markt en nationale bescherming van de economische belangen van consumenten zal de rol van het Luxem-

50. Als prioriteiten werden aangeduid consumenteninformatie, consumentenvertegenwoordiging, toegang tot het recht en geschillenbeslechting, en aanpassing van financiële diensten aan de behoeften van consumenten.
51. Als prioriteiten worden voorts onder meer genoemd het laten profiteren door consumenten van de mogelijkheden van de informatiemaatschappij, verbetering van het vertrouwen van consumenten in voedingswaren, bevordering van een praktische benadering van duurzame consumptie, bijstand aan Midden- en Oosteuropese landen bij het ontwikkelen van consumentenbeleid en aandacht voor consumentenbeleid in ontwikkelingslanden, TK 1995-1996, 21 501-15 nr. 21.
52. S. Weatherill, The role of the informed consumer in European Community Law and Policy, Consumer Law Journal (1994), blz. 49-69.
53. Vgl. Hondius, TvC 1996, blz. 83-84.
54. H.A.G. Temmink, Het Europees consumentenbeleid van Maastricht naar Amsterdam en verder, TvC 1997, blz. 273-302. Vgl. ook C.A. Joustra, Consumer law, in: Towards a European Civil Code, a.w., blz. 133-148, die oordeelt: *consumer law is not a mere sub-division of private law* (blz. 148). Zie voor een overzicht van Europees consumentenrecht tevens C. Quigley, *European Community Contract Law* vol. 1, Kluwer Int., 1997, blz. 255-284.

burgse Hof in het consumentenrecht in de toekomst zeker van groot belang worden.[55] Bij dit alles geldt natuurlijk dat de nationale wetgever op de juiste wijze de richtlijnen dient te verwerken.[56]

11. Consumenteninformatie als panacee

Vast staat dat informatieplichten tegenwoordig centraal staan in veel algemene en bijzondere regelingen van de rechten van de consument. De gedachte daarachter is onder meer dat, voorzien van afdoende informatie, de mondige consument zijn *bargainingpower* optimaal kan gebruiken, waardoor minder materiële rechtsbescherming nodig is. Verwacht wordt dat informatieverstrekking een aantal effecten heeft: primair verhoogd bewustzijn en begrip bij consumenten van de gevolgen van zijn voorgenomen transactie (het inschatten van zijn contractsrisico's),[57] hetgeen vervolgens leidt tot een verbeterde attitude van de consument, met als logisch gevolg veranderingen in het gedrag van consumenten. De effectiviteit van informatieplichten is echter nog niet goed onderzocht,[58] waardoor op belangrijke gebieden van het consumentenrecht de positie van de individuele consument niet zelden onzeker zal blijven. Voor de toekomst wordt daarmee een zware wissel getrokken op de effectiviteit van collectieve consumentenacties: de reguliere consument zal niet zelden materiële drempels ervaren bij zijn rechtsuitoefening in concrete situaties.

12. De grenzen van contractsvrijheid

Bij overwegingen inzake de wenselijkheid en mogelijkheden voor de ontwikkeling van een Europees Burgerlijk wetboek wordt doorgaans aangenomen dat een regeling van de eisen voor de totstandkoming van overeenkomsten dient aan te sluiten bij het *basic model of offer and acceptance*, een model dat toepasselijk is in de meerderheid van gevallen.[59] Echter, ook in dit verband wordt verdedigd dat dit

55. Weatherill, a.w. (1997) blz. 52-53; in toenemende mate wensen ook ondernemers bescherming te zoeken in gevallen van ongelijke (onevenwichtig) geachte onderhandelingssituaties: vgl. bijvoorbeeld Hof van Justitie zaak C-45/96, TVVS 1998, blz. 249.
56. Zie J.P.H. Donner e.a., Community directives: effects, efficiency, justability, SEW 1998, blz. 122-136, m.n. blz. 133-134 (consumentenbescherming).
57. Vgl. Rijken, TvC 1996, blz. 204-205.
58. Rinkes, TvC 1994, blz. 272-273.
59. S. van Erp, in: Towards a European Civil Code, a.w., blz. 206.

slechts een (abstract) uitgangspunt dient te zijn, aan te passen aan de verschillende typen contracten, afhankelijk van de concrete situatie. Het feit dat een overeenkomst wordt gesloten *in a consumer context* is daarbij relevant.[60] Daarbij is een belangrijk probleem op welke wijze moet worden omgegaan met de situatie dat in de totstandkomingsfase een partij een onredelijk voordeel behaalt ten koste van 'misinformation, a lack of reflection or fear on the part of the counterpart, or makes a mistake, even beyond the typical forms of threat, fraud, mistake'.[61] Juist bij consumententransacties zal niet zelden sprake zijn van dergelijke situaties. Niet voor niets wordt consumentenbeschermende regelgeving gezien als een onderdeel van het leerstuk *the limits of contractual freedom*.[62]

13. Effectiviteit van informatieplichten

De effectiviteit van informatieplichten kan worden gemeten op verschillende manieren. Allereerst is de vraag of de invoering van een informatieplicht het gedrag van consumenten heeft beïnvloed in positieve zin; voorts is van belang te weten of de karakteristieken van de relevante markt op merkbare wijze zijn veranderd. Voor de beoordeling van de effectiviteit is ook denkbaar dat bekeken wordt of de wijze waarop de informatie wordt verschaft daadwerkelijk begrijpelijk is voor consumenten. Doorgaans wordt als uitgangspunt genomen[63] de 'buyer-behaviour-model approach', uitgewerkt in de hierboven in par. 10 beschreven hiërarchie van effecten. De beoogde doelstelling wordt dan gemeten aan de hand van het antwoord op de vraag of consumentengedrag inderdaad in positieve zin is beïnvloed. Er bestaat weinig twijfel over de bijdrage die kan worden geleverd aan consumentenbescherming door uniformiteit betreffende de methode van de beschrijving van een zaak of dienst; een praktisch probleem daarbij is echter dat doorgaans consumenten het aangaan van een transactie beoordelen op grond van inkomensaspecten.

Informatieplichten zullen in de regel slechts het gewenste effect hebben indien de informatie op eenvoudige wijze beschikbaar is, op

60. Van Erp, t.a.p.
61. R. Sacco, in: idem, blz. 199.
62. Vgl. bijvoorbeeld H. Kötz en A. Flessner, European Contract Law, vol. 1, Clarendon, Oxford 1997 (bew. T. Weir), blz. 127-153. Zie uitvoerig A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994.
63. Vgl. OECD, Consumer information about financial services, Parijs 1992.

begrijpelijke en toegankelijke wijze is geïnformeerd en geschikt voor het maken van simpele vergelijkingen. Alleen in die gevallen zal informatieverbetering voor de consument leiden tot meer rationele en goed-geïnformeerde beslissingen, die uiteindelijk een efficiëntere markt tot gevolg hebben.[64] Dit geldt echter vooral voor consumenten die voldoende financieel bewust zijn; denkbaar is dat de gedachte niet opgaat voor bepaalde categorieën consumenten, of voor consumenten als marktpartij. In het laatste geval is deugdelijke consumenten-vertegenwoordiging en -participatie een voorwaarde voor verbetering van de positie van de consument. Niet in alle gevallen is sprake van voldoende deelname van consumenten als groep aan de ontwikkeling van een evenwichtige markt; zo ontbreekt op Europees niveau formele consumentenparticipatie in het wetgevingsproces. Ook nationaal bestaan ter zake grote verschillen tussen de Lid-Staten.

In dat verband kan het noodzakelijk zijn de ratio van consumentenbeleid aan te passen; denkbaar is dat aanvullende maatregelen worden genomen.[65] Uiteindelijk is denkbaar dat niet de informatiebehoefte van consumenten als doelstelling geldt, doch consumentenbescherming zelf.

14. Beginselen voor consumentenbeleid op basis van het aanscherpen van informatieplichten

Als basis voor consumentenbeleid zou een model beschikbaar moeten zijn waarmee beleidsmakers kunnen onderscheiden in welke gevallen consumentenproblemen van betekenis optreden, teneinde vervolgens te kunnen beoordelen welke juridische maatregelen noodzakelijk zijn.[66] Een eerste stap daarbij is het identificeren van de belangrijkste aspecten van de markt in kwestie: is sprake van monopoliposities of bestaat een situatie van (voldoende) mededinging. De vraag wat de waarde en de kosten van informatieplichten zijn wordt

64. Het rechtseconomisch vraagstuk van transactiekosten wordt in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.
65. Voor Nederland: de verworvenheden welke het BW consumenten heeft gebracht zijn nog niet bij eenieder bekend, ondanks het *adagium nemo consetur ignorare legem*!
66. Vgl. G.K. Hadfield, R. Howse en M. J. Trebilcock, Information-based principles for rethinking consumer protection policy, Journal of Consumer Policy (1998), blz. 131-169. Vgl. ook H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, Mohr, Tübingen 1995, AcP (1997), blz. 187 e.v.

in belangrijke mate bepaald door de karakteristieken van de markt.[67] Bij een monopolie-positie heeft verzwaring van de informatieplichten weinig nut.[68] Op markten waar voldoende mededinging bestaat is mogelijk voor aanbieders collectief onvoldoende aanleiding om deugdelijke informatie te verstrekken; te denken valt aan zaken en diensten waarvan veiligheids- of gezondheidsrisico's te verwachten zijn. De risico-inschatting van consumenten spoort niet zelden slecht met feitelijke gegevens, of met de vanwege aanbieders verstrekte informatie. In sommige gevallen is bij consumenten afdoende bekend dat bepaalde risico's bestaan; het is voor beleidsmakers dan de vraag of maatregelen nog wenselijk zijn. Een voorbeeld daarvan is de timeshare industrie; de werkwijze in deze branche mogen inmiddels genoegzaam bekend worden geacht.

Het mededingingsrecht richt zich hoofdzakelijk op de structuur van de markt; consumentenbeleid is meer gericht op de structuur van een transactie, en, meer in het bijzonder, de vraag in hoeverre de verwachtingen van consumenten overeenstemmen met hetgeen uiteindelijk geleverd wordt. Juridisch gezien strekt deugdelijke consumenteninformatie nog verder, aangezien sancties worden gegeven indien verwachtingen en inhoud niet met elkaar overeenstemmen. Bij aanscherping van eisen voor consumenteninformatie in een juridische context dient bij beleidsmakers en wetgevers daarom extra aandacht te bestaan voor deze samenlopende aspecten van wettelijk ingrijpen in de markt.[69]

Bij markten die worden gekarakteriseerd door het ontbreken of beperkt aanwezig zijn van concurrentie ligt voor de hand dat overheidsingrijpen gebaseerd op versterking van informatieplichten niet efficiënt zal zijn. Ter bescherming van consumenten zijn in dat geval verdergaande maatregelen noodzakelijk, hetzij van overheidswege, hetzij door ingrijpen van de rechter.[70] Op markten waar voldoende

67. Ook voor consumenten wordt veel verwacht van de nieuwe Mededingingswet.
68. Denk aan openbaar vervoer, maar ook aan telefonie (maatregelen van toezichthouder Opta teneinde tarieven inzichtelijk te maken zijn een eerste stap).
69. Hadfield e.a., a.w., blz.150-151.
70. Een enkel voorbeeld: de werking van de aansprakelijkheidsbeperking in de voorwaarden van openbaar nutsbedrijven kan niet worden ingedamd door duidelijke informatie. Indien de wetgever niet regulerend optreedt, is een rol weggegelegd voor de rechter; vgl. de noot van G.J. Rijken onder HR 16 mei 1997, TvC 1997, blz. 328-330 en wetsvoorstel 25 621 (Electriciteit), waarover M.B.M. Loos, TvC 1998, blz. 138-139.

concurrentie bestaat, zijn enkele aanwijzingen aanwezig voor situaties waarin twijfel kan bestaan omtrent de effectiviteit van versterkte informatieplichten. Dit betreft bijvoorbeeld gevallen waarin het gaat om eenmalige of zelden herhaalde transacties, goedkoop betreedbare markten, markten met veel buitenlandse aanbieders, of markten waarop de aanbieders over weinig verhaalbaar vermogen beschikken, zaken of diensten met uitgestelde (nadelige) effecten indien een 'slechte' transactie is verricht, of — bij consumentenkoop met name veel voorkomend — markten waarop de omvang van de transactie te gering is om voldoende aansporing te bieden tot materiële rechtsuitoefening. In de genoemde (niet-limitatieve) gevallen is overheidsingrijpen — mits in rechte te effectueren door alle consumenten — gerechtvaardigd, behoudens indien ingrijpen niet goed haalbaar is of te kostbaar.[71] Voor de wetgever is daarbij van groot belang vast te stellen welke gaten bestaan tussen de algemene verwachtingen van consumenten op basis van de overeenkomst en de realiteit. Bij het invoeren van informatieplichten dient een tweeledig doel voor ogen gehouden te worden: de wijze waarop de consument met informatie omgaat dient te worden verbeterd en/of de kosten voor het verkrijgen van adequate informatie dienen gereduceerd te worden.

15. De rol van de rechter

De rechtspraak op het gebied van het consumentenrecht is sinds de invoering van het BW in belangrijke mate veranderd onder invloed van nieuwe wetgeving. Het belang daarvan voor de verbetering van de positie van de consument kan moeilijk onderschat worden; een voorbeeld bij uitstek is de invloed van de wet algemene voorwaarden (afd. 6.5.3 BW). Deze regeling strekt er onder meer toe de rechterlijke controle op de inhoud van algemene voorwaarden te versterken, ter bescherming van de wederpartij. In deze wet is bijzondere aandacht besteed aan de positie van de consument. De regeling beoogt voorts rechtszekerheid te verschaffen, zowel ten aanzien van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden als ten aanzien van de (on)geoorloofdheid van hun inhoud.[72] De betekenis van het rechtsbegrip redelijkheid en billijkheid komt tot uiting in zeer veel rechter-

71. Hadfield e.a., a.w., blz. 156.
72. Consumentenrecht, a.w. (Rijken), blz. 52.

lijke uitspraken.[73] Dwingend recht ter compensatie van een onevenwichtige verhouding tussen partijen heeft geleid tot een belangrijke ongelijkheidscompensatie van de consument. Uit de rechtspraak blijkt voorts dat de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden aan alle tussen (contracts)partijen bestaande regels kan derogeren; met name bij een ongelijkwaardige positie van de consument biedt dit bij uitstek de mogelijkheid compensatie te realiseren.[74] Daarbij past wel de kanttekening dat voor effectieve consumentenbescherming onmisbaar is dat consumenten op de hoogte zijn van hun wettelijke rechten,[75] en dat deze rechten zodanig zijn gecodificeerd dat ze in een concrete procedure tot het gewenste resultaat leiden.[76] De toepassing van het 'nieuwe' consumentenrecht dwingt de rechter tot nauwkeurige exercities betreffende fundamentele beginselen als evenredigheid/evenwichtigheid, gelijkheid, vertrouwen en dergelijke; daarnaast vereist de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige BW bij de rechter bijzondere vaardigheden bij de interpretatie van wetgeving en parlementaire geschiedenis.[77]

16. Balans

De stormachtige opkomst van het consumentenrecht zou theoretisch gezien verstorend kunnen werken op de eenheid van het privaatrecht, in het bijzonder het contractenrecht.[78] Dit klemt temeer aangezien een toenemend aantal regels particulieren beschermt in hun rechtsverhouding met ondernemers, ten nadele van de rechtspositie van ondernemers. In dat verband kan de vraag gesteld worden of de opkomst

73. Mon. Nieuw BW A-5 (Rijken), blz. 7.
74. Rijken, a.w., blz. 30 en 32.
75. Informatie hierover is een taak die — als gesteld — in eerste aanleg behoort bij de overheid; andere kanalen kunnen worden gebruikt, mits daadwerkelijk betrouwbare en gedegen informatie wordt verschaft. Een mooi voorbeeld is het Praktijkboek Consumentenrecht (Consumentenbond/Kosmos, 1996).
76. Een voorbeeld van codificatie die — op zijn zachtst gezegd — ook de rechter voor problemen kan plaatsen is de regeling voor ontbinding en vervroegde opeising bij consumentenkrediet, vgl. TvC 1996, blz. 41-45. Regelmatige evaluatie van de effectiviteit van wetgeving op het gebied van het consumentenrecht is aldus onmisbaar voor afdoende bescherming.
77. Asser-Vranken nr. 137-138, 146.
78. A.S. Hartkamp, Het nieuwe Burgerlijk Wetboek en de eenheid van het privaatrecht, NJB 1983, blz. 1069-1076; vgl. R.P.J.L Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, Deventer 1994, blz. 31.

van het consumentenrecht dient te leiden tot grondige aanpassing van het klassieke privaatrecht. Vergaande differentiatie van — bijvoorbeeld — het contractenrecht zou de rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het recht kunnen aantasten.[79] Het opstellen van open normen in het recht welke ten doel hebben een verstoord partij-evenwicht te herstellen is gebaseerd op de vaststelling dat sluitende reglementering vooraf van de door de rechter in zijn afweging te betrekken maatstaven, richtlijnen en gezichtspunten niet mogelijk is;[80] voor de rechtspraak leidt dit tot de consequentie dat verantwoording achteraf de nadruk krijgt.[81]

Algemene informatie aan consumenten betreffende hun rechten en plichten is niet zelden beperkt beschikbaar. In dat kader kan gepleit worden voor een duidelijk 'Wetboek van consumentenrecht'.[82]

Meer in concreto is vastgesteld dat in belangrijk toenemende mate aanbieders van zaken en diensten gehouden zijn tot het verstrekken van deugdelijke informatie aan consumenten als niet-professionele wederpartijen. Het doel daarvan is het wegnemen van onevenwichtige contractssituaties. In een aantal gevallen bestaan formele drempels voor de totstandkoming van de overeenkomst teneinde te waarborgen dat afdoende informatie op heldere wijze beschikbaar is. Voor het overige geldt dat de precieze invulling van de door de aanbieder te verstrekken informatie niet op voorhand duidelijk is; wel moet — materieel gezien — bij de rechtsuitoefening achteraf rekening worden gehouden met de verstrekte informatie. Daarbij zijn de omstandigheden van het geval doorslaggevend.

Het staat niet vast dat de Nederlandse wetgever een heldere beleidslijn volgt bij het antwoord op de vraag of in een bepaald geval gekozen moet worden voor het in de wet vastleggen van striktere informatieverplichtingen voor aanbieders. In enkele gevallen wordt

79. Tjittes, a.w., blz. 251; vgl. ook J.M. Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid, Deventer 1992, Mon. Nieuw BW A-5 (Rijken), waarover Barendrecht in NTBR 1996, blz. 26-27 en Asser-Vranken nr. 138, alwaar Vranken (voetnoot 62) de discussie in Duitsland signaleert over de aantasting van het gelijkheidsbeginsel door het consumentenrecht (overgang van burgerlijk recht naar sociaal recht, zie tevens Hondius, a.w., blz. 19 en Tjittes, infra).
80. Asser-Vranken, nr. 217.
81. Asser-Vranken, t.a.p.; niet ieder is voorstander van verheerlijkte en verguisde vage normen, vgl. Barendrecht (1996).
82. Vgl. E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), Jaarboek Consumentenrecht 1997, blz. 3 (Rijken).

uitdrukkelijk het consumentenbelang genoemd als beleidsdoelstelling;[83] dit geschiedt echter doorgaans in het kader van Europese verplichtingen. Gezien het toenemende belang van informatieplichten, zowel in formele en materiële zin, dient bij consumentenbeleid verhoogde aandacht te bestaan voor de effectiviteit van de verstrekte informatie.

In het bijzonder in het kooprecht geldt dat onderkend is dat de verkoper in vérgaande mate in staat is (door mededelingen, door de omstandigheden waaronder hij verkoopt, etc.) het verwachtingspatroon van de koper en daarmee de vraag of van een tekortkoming sprake is, te beïnvloeden.[84] Daarom is niet enkel de mededeling beslissend.[85] De wetgever heeft echter ook hier belang toegekend aan informatie als drempel bij het aangaan van een koopovereenkomst. Het is de vraag of de karakteristiek van de 'markt' van het kooprecht met een veelheid aan 'kleine' en niet zelden eenmalige of weinig voorkomende transacties verhindert dat deze aanpak tot een efficiënte verbetering van de positie van de consument leidt. Mocht dat het geval zijn, dan bestaat aanleiding tot het verhogen van de bestaande drempels voor het aangaan van een transactie.

83. Vgl. bijvoorbeeld de Toelichting bij de Regeling Informatieverstrekking Verzekeringnemers 1998 (noot 15): 'de Regeling (...) is een belangrijk instrument bij het bevorderen van de consumentenbescherming en de transparantie van de verzekeringsmarkt'.
84. Mon. Nieuw BW-B65a (Wessels), blz. 47.
85. Betwist wordt of de mededelingsplicht al dan niet rechtstreeks uit art. 7:17 BW voortvloeit, vgl. Wessels, t.a.p., en M.P. Bongard en T.H.M. van Wechem, NTBR 1995, blz. 115 e.v., Asser-Schut-Hijma, nr. 338.

Acties van de koper bij de niet-nakoming van koopovereenkomsten, mede vanuit een Europeesrechtelijk perspectief

*M.M. van Rossum**

1. INLEIDING

Indien de koper niet krijgt wat hij redelijkerwijs op grond van de overeenkomst mocht verwachten, staat hem onder het huidige BW een groot aantal mogelijkheden ten dienste waarmee hij de verkoper kan aanspreken.

Voor wat betreft de onderlinge afstemming van de rechtsmiddelen die de koper heeft ingeval van een tekortkoming door de verkoper in de nakoming van de overeenkomst, is art. 7:22 BW van belang. Dit artikel geeft aan dat de in art. 7:20 en 7:22 BW opgenomen bijzondere nakomingsregels, zoals het recht op aflevering van het ontbrekende, herstel en vervanging, de algemene acties die een teleurgestelde koper kan instellen, onverlet laat. Bij deze laatste acties kan gedacht worden aan vernietiging wegens dwaling (art. 6:228 BW) of bedrog (art. 3:44 BW), schadevergoeding uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming (6:74 BW) of zelfs op grond van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en ontbinding wegens contractbreuk (art. 6:265 BW).

In het oog moet worden gehouden dat voor alle rechtsvorderingen en verweren die de koper inroept, gebaseerd op de stelling dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt (de conformiteitseis), een termijn geldt van twee jaren, welke ingaat vanaf het moment dat de koper het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs kon ontdekken en de verkoper daarvan heeft kennis gegeven.[1] Deze korte verjaringstermijn sluit de in de regel langere verjaringstermijnen

* Mw. mr. M.M. van Rossum is als universitair hoofddocent verbonden aan de Universiteit Maastricht.

1. Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 146-147.

terzake van dwaling (3 jaar: art. 3:52 lid 1 sub c BW), schadevergoeding en ontbinding (5 jaar: art. 3:110 - 3:112 BW) uit.

Gegeven de in ons recht in beginsel geldende cumulatie van vorderingsrechten voor de koper, waarbij samenloop mogelijk wordt gemaakt van bijv. dwaling, wanprestatie, onrechtmatige daad, en de bijzondere acties die de koper ingevolge art. 7:20 en 7:21 BW heeft, kan de vraag gesteld worden of de koper de facto de vrije keuze heeft tussen deze rechtsmiddelen of dat deze keuzemogelijkheid wordt beperkt door andere rechtsregels of tendensen. In deze bijdrage zal ik hierop nader ingaan.

Naast het nationale kooprecht, wordt de internationale koop in toenemende mate van belang. Van een tweetal bijzondere regelingen (ontwerp-richtlijn inzake de verkoop van en de waarborgen voor consumptiegoederen, Weens Koopverdrag), zal de samenhang met de nationale rechtsregels onderzocht worden en zal dit thema in verband worden gebracht met de vorming van een Europees privaatrecht.

2. Consumentenkoop in het huidige BW

In het huidige BW zijn bijzondere voorzieningen opgenomen terzake van de consumentenkoop. Art. 7:5 BW omschrijft de consumentenkoop als de koop met betrekking tot een roerende zaak, die wordt gesloten door een verkoper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en een koper, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Doel van de regeling is de bescherming van de particuliere koper. Om dat te realiseren, heeft de wetgever veel ten gunste van de koper strekkend regelend recht, voor de consumentenkoop tot dwingend recht verklaard: art. 7:6 BW. Dit artikel geeft aan, dat bij een consumentenkoop van de afdelingen 1-7 van de kooptitel (art. 7:1-7:38 BW) niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken, en dat de rechten en vorderingen die de wet aan de koper terzake van een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van de verkoper toekent, niet kunnen worden beperkt of uitgesloten, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in art. 6:214 BW. Bij de nadere invulling van wat moet worden verstaan onder het begrip tekortkoming, staat de conformiteitseis centraal.

Onder de rechten en verplichtingen die de wet aan de koper verleent uit hoofde van een tekortkoming van de verkoper, vallen de rechtsmiddelen uit het algemene verbintenissenrecht. Daarnaast zijn

er de specifieke vorderingen van de koper uit de kooptitel, neergelegd in art. 7:21 BW, te weten:

a. aflevering van het ontbrekende (lid 1 sub a)
b. herstel van de afgeleverde zaak, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen (lid 1 sub b)
c. vervanging van de afgeleverde zaak, tenzij de afwijking van het overeengekomene te gering is om dit te rechtvaardigen (lid 1 sub c).

Voorts is in dit verband van belang art. 7:18 BW, aangaande mededelingen in advertenties, welke bepaling een aanvulling is op het scala van rechtsmiddelen van de consument-koper jegens de verkoper.

Tot de eerstbedoelde algemene rechten van de koper behoren met name het recht op schadevergoeding (art. 6:74 BW e.v.) en dat op ontbinding (art. 6:265 BW e.v.).[2] Hiertoe behoort niet het recht op opschorting en op verrekening. Volgens de Parlementaire Geschiedenis[3] is een belangrijk argument, dat voor het ontstaan van deze bevoegdheden geen tekortkoming vereist is, zodat de wettelijke formule 'rechten terzake van een tekortkoming', daarop geen betrekking heeft.

Niet duidelijk is of het recht op vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling (art. 6:228 BW) of een ander wilsgebrek onder het dwingendrechtelijk regime van art. 7:6 BW moet worden gebracht. De Parlementaire Geschiedenis[4] lijkt ervan uit te gaan dat ook deze vorderingsrechten onder de werking van art. 7:6 BW gebracht kunnen worden. In andere zin Hijma,[5] die zich baseert op het feit dat de dwalingsactie niet op een tekortkoming is gebaseerd, maar op de stelling, dat de koper de overeenkomst onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken is aangegaan. Deze argumentatie overtuigt mijns inziens niet, omdat in de praktijk de grens tussen dwaling en wanprestatie vaak moeilijk te trekken is.

Opgemerkt moet worden dat het recht van de koper op nakoming niet valt onder de werkingssfeer van art. 7:6 BW, aangezien dit recht

2. Zie hierover o.m. Asser-Schut-Hijma, Bijzondere Overeenkomsten, Deel 1, Koop en Ruil, Zwolle (1994) nr. 85 e.v.
3. MvT, Parl. Gesch. Boek 7 BW, p. 71.
4. Parl. Gesch. Boek 7, met verwijzing naar T.M., Parl. Gesch. Boek 7, p. 146-147. Zo ook A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgelijk Wetboek, Deventer 1990, nr. 396.
5. Asser-Schut-Hijma, nr. 87.

immers uit de overeenkomst zelf voortvloeit, zonder dat enige tekortkoming is vereist.[6]

Naast de regimeregeling van art. 7:6 BW, bevat de kooptitel nog verscheidene specifiek op de consumentenkoop geënte bepalingen. Voor ons onderwerp zijn met name het eerder genoemde art. 7:18 BW, de art. 7:21 lid 2 BW en 7:21 lid 3 BW alsmede de art. 7:24 en 7:25 BW (recht op schadevergoeding) van belang.

Opvallend is art. 7:21 lid 2 BW, waarin wordt bepaald, dat indien bij een consumentenkoop de consument-koper herstel vordert, en de zaak voor vervanging vatbaar is, de verkoper de bevoegdheid heeft om in plaats van herstel te kiezen voor vervanging van de afgeleverde zaak of teruggave van de koopprijs. De verkoper moet deze keuze binnen korte tijd doen en zijn verplichtingen (vervanging danwel restitutie van de koopprijs) binnen redelijke termijn nakomen; doet hij dat niet dan kan de koper zijn recht op herstel alsnog inroepen.

In het oorspronkelijk ontwerp-Meijers kwam deze regeling, zoals thans is neergelegd in art. 7:21 BW, niet voor. Zij kan worden beschouwd als een tegemoetkoming aan de verkoper voor de vele mogelijkheden die de wet dwingend-rechtelijk aan de consument-koper biedt, in het kader van nonconformiteit van de afgeleverde zaak. De bepaling is opgenomen naar aanleiding van het rapport van de Commissie Deregulering (Commissie-Van der Grinten).[7] Met het oog op de aanbevelingen in genoemd rapport is de wetgever tot het oordeel gekomen, dat een onverkorte hantering van de keuzemogelijkheden die de koper heeft tussen de hem ten dienste staande rechtsmiddelen, tot een te rigide uitkomst kan leiden. In deze zin wordt derhalve de keuzevrijheid van de koper uit de hem terzake van een tekortkoming voortvloeiende rechten en bevoegdheden beperkt.

Vermeld moet worden dat andere rechten dan die op herstel of vervanging niet zijn beperkt. Dit geldt met name voor het recht op ontbinding. Wenst de koper teruggave van de koopprijs dan moet de verkoper hieraan voldoen en behoort vervanging niet aan hem te worden opgedrongen. De reden die hiervoor wordt gegeven is dat het gebrek niet zelden de koper zijn vertrouwen in de afgeleverde zaak of in de verkoper heeft doen verliezen.[8]

6. Asser-Schut-Hijma, nr. 87 en nr. 373.
7. NvW I, Parl. Gesch. Boek 7, p. 137.
8. MvT, NvW I en MvA II, Parl. Gesch. Boek 7, p. 136-141.

De keuzevrijheid van de consument-koper wordt eveneens beperkt, maar dan niet zozeer voor wat betreft de aan te wenden rechtsmiddelen, maar meer ten aanzien van de aan te spreken partij in het kader van de kanalisering van aansprakelijkheid ingevolge art. 7:24 lid 2 BW. Bij samenloop van een consumentenkoop met de regeling van de productenaansprakelijkheid (afd. 6.3.3 BW) wordt behoudens enkele uitzonderingen — zoals ingeval de verkoper het gebrek kende of behoorde te kennen of indien hij de aanwezigheid van het gebrek heeft toegezegd, danwel ingeval het zaakschade betreft waarvan ingevolge de franchiseregeling van afd. 6.3.3 BW geen vergoeding plaatsvindt — de verkoper van aansprakelijkheid ontheven en zal de koper zich rechtstreeks tot de producent van de zaak moeten wenden. Het gaat hier om een gezamenlijke beoordeling, waardering en afweging van de rechtsposities en belangen van de drie betrokken actores, de koper, de verkoper en de producent.[9]

3. De ontwerp-richtlijn inzake de verkoop van en de waarborgen voor consumptiegoederen

Met de invoering van de nieuwe kooptitel biedt het Nederlandse recht de koper van een goed dat niet conform de overeenkomst is geleverd veel duidelijkheid en bescherming, hoewel enkele knelpunten en onzekerheden blijven bestaan.[10]

In Europeesrechtelijk verband is het echter moeilijk in te schatten hoe eventueel rijzende problemen tussen koper en verkoper moeten worden opgelost.[11] De ontwerp-richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties[12] poogt hierin verbetering te brengen. Naast de richtlijnen betreffende produktenaansprakelijkheid en oneerlijke contractsbedingen van eerdere datum, kan de onderhavige ontwerp-richtlijn gezien worden als een instrument voor harmonisatie en bescherming van de rechtspositie van de consument-koper. In de ontwerp-richtlijn staat voor wat betreft de rechtsmiddelen van de

9. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om uitvoerig op deze complexe samenloopregeling in te gaan. Ik volsta hier met een verwijzing naar Asser-Schut-Hijma nr. 443 e.v. met verdere vermelding van relevante literatuur.
10. Zie o.m. P. Klik en A.H.F.M. Weijers, Dwaling, conformiteit en garantie/Vervagende grenzen in het kooprecht, TvC 1995, p. 77-86.
11. Zie E.H. Hondius, De consumentenkoop in Europeesrechtelijk perspectief, TvC 1996, nr. 4, p. 245 e.v.
12. Pb EG 1996 C 307/8.

consument-koper, evenals in ons recht, de conformiteitseis centraal. Art. 2 lid 1 luidt:

'De gebruiksgoederen moeten met de verkoopovereenkomst in overeenstemming zijn'.

Deze norm wordt uitgewerkt in lid 2, dat bepaalt:

'De goederen worden als in overeenstemming met de overeenkomst beschouwd, indien zij bij de aflevering aan de consument:

a. in overeenstemming zijn met de door de verkoper gegeven beschrijving ervan, en de eigenschappen bezitten van het goed dat de verkoper aan de consument als monster of als model heeft getoond;
b. geschikt zijn voor het gebruik waartoe de goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen;
c. geschikt zijn voor elk specifiek, door de consument gewenst gebruik dat deze aan de verkoper bij het sluiten van de overeenkomst heeft medegedeeld, tenzij uit de omstandigheden voortvloeit dat de koper zich niet op de verklaringen van de verkoper heeft verlaten;
d. wat de kwaliteit en de prestaties ervan betreft, bevredigend zijn, gezien de aard van het goed en de daarvoor betaalde prijs en rekening houdend met de publiekelijk ten aanzien van die goederen, door de verkoper, de producent of diens vertegenwoordiger afgelegde verklaringen'.

Lid 3 geeft aan dat een verkeerde installatie gelijk wordt geschakeld met een ondeugdelijke levering.

Plaatsen we de conformiteitseis van art. 2 van de ontwerp-richtlijn naast de normstelling van art. 7:17 BW dan blijkt een grote mate van gelijkheid. Dit zal niet verbazen, aangezien zowel de Europese regelgeving als onze regeling geënt zijn op het Weens Koopverdrag. Uitgangspunt voor de conformiteitseis is dat de zaak c.q. de gebruiksgoederen in overeenstemming is/zijn met de overeenkomst. In de beide regelingen wordt een onderscheid gemaakt in normaal en bijzonder gebruik. Er zijn echter wel enige accentverschillen aan te geven. Opmerkelijk is dat bij de invulling van de conformiteitseis in de ontwerp-richtlijn relatief veel nadruk wordt gelegd op uitlatingen van de verkoper. Uiteraard zullen verklaringen van de verkoper ook in ons recht van belang zijn voor het verwachtingspatroon van de koper,[13] maar een uitdrukkelijke referte aan door de verkoper afgelegde verklaringen ontbreekt in art. 7:17 BW. Wel wordt aparte aandacht besteed aan mededelingen gedaan door of ten behoeve van een

13. Zie NvW I, Parl. Gesch. Boek 7, p. 121 e. v.

vorige verkoper in het nieuw in het vermogensrecht geïntroduceerde art. 7:18 BW, dat gezien kan worden als een gelijkstellingsbepaling van art. 7:17 BW in het kader van reclameboodschappen bij een consumentenkoop.

Vergelijken we art. 7:18 BW en art. 3 lid 2 van de ontwerp-richtlijn — die beide voornamelijk handelen over mededelingen in advertenties — met elkaar, dan valt de negatieve formulering van de ontwerpregeling op. In tegenstelling tot art. 7:18 BW wordt in de ontwerp-richtlijn niet aangegeven wanneer de verkoper aansprakelijk is voor mededelingen van de producent of diens vertegenwoordiger, maar wordt slechts vermeld wanneer hij niet aansprakelijk is. Ook wordt in de ontwerp-richtlijn niet gesproken van een vorige verkoper, maar van een producent of zijn vertegenwoordiger.

In art. 2 van de ontwerp-richtlijn ontbreekt een verwijzing naar de onderzoeksplicht van de koper, die wel (impliciet) te vinden is in art. 7:17 BW. De onderzoeksplicht van de koper komt evenwel aan de orde in art. 3 van de ontwerp-richtlijn betreffende de aansprakelijkheid van de verkoper, waar een uitzondering wordt gemaakt voor het geval de consument ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van het gebrek kennis droeg of daarvan op de hoogte behoorde te zijn.

Art. 3 lid 4 van de ontwerp-richtlijn regelt de rechtsmiddelen die de koper tegen de verkoper kan inroepen, wanneer het goed een gebrek aan overeenstemming met de overeenkomst vertoont. De consument heeft het recht om van de verkoper te verlangen: hetzij kosteloos herstel van het goed binnen een redelijke termijn, hetzij — zo mogelijk — vervanging van het goed, hetzij ontbinding van de overeenkomst.

De termijnregeling voor de diverse vorderingsrechten van de koper is gecompliceerd. Het stelsel lijkt ervan uit te gaan, dat de acties tot ontbinding en vervanging slechts beschikbaar zijn, wanneer de non-conformiteit binnen een jaar is ontdekt. Voor de acties tot herstel en ook voor wat betreft de vordering tot vermindering van de koopprijs, lijkt een termijn van twee jaren te gelden. Om deze rechten te kunnen uitoefenen, moet de consument binnen een maand nadat hij het gebrek heeft geconstateerd of normaliter had kunnen vaststellen, bij de verkoper reclameren (art. 4 lid 1), waarna hij in vele gevallen nog een procedure in rechte zal moeten starten. De verjaringstermijn van de vorderingsrechten is neergelegd in art. 3 lid 4 jo art. 4 lid 2 en is voor de vordering tot ontbinding en tot vervanging beperkt tot een

jaar. Voor de acties tot herstel en de quanti minoris is geen specifieke tijdslimiet opgenomen en zal een redelijke termijn volstaan.

Naar mijn mening is onze regeling van art. 7:23 BW, waar voor alle vorderingsrechten gebaseerd op non-conformiteit een verjaringstermijn van twee jaren geldt, welke termijn begint te lopen nadat de koper de verkoper daarvan binnen 'bekwame tijd' heeft kennis gegeven overzichtelijker en biedt zij de consument meer bescherming, alhoewel deze termijn ook aan de korte kant is. Ik vraag mij af of de termijnregeling van de ontwerp-richtlijn nagevolgd zal worden, nu vooropgesteld moet worden dat de bepalingen van de ontwerp-richtlijn als een minimumvoorziening beschouwd moeten worden en zullen moeten wijken voor verdergaande nationale maatregelen.

Anders dan het Weens Koopverdrag en ook de Unidroit Principles en de Lando Principles eist de ontwerp-richtlijn voor de door de consument in te roepen rechtsmiddelen niet dat de tekortkoming wezenlijk moet zijn. Wel geeft zij de mogelijkheid dat de lidstaten de rechtsmiddelen beperken, indien het slechts gaat om een gering gebrek aan overeenstemming (art. 4 laatste alinea). Dit is een interessant punt, omdat ook het Nederlandse recht voor de ontbindingsactie in het algemeen niet als voorwaarde stelt dat de tekortkoming fundamenteel moet zijn, zoals ook in de meeste van de ons omringende landen veelal wordt geëist (zie hierna onder par. 5).

In de ontwerp-richtlijn wordt geen voorziening getroffen voor een opschortingsbevoegdheid. Dit wil niet zeggen dat deze bevoegdheid niet door één van de partijen kan worden ingeroepen, maar dat de Europese Commissie van harmonisatie op dit punt heeft afgezien, waarschijnlijk omdat de Europese rechtsstelsels hierin onderling teveel van elkaar verschillen.[14]

Ook wordt in de ontwerp-richtlijn niet een regeling gegeven omtrent schadevergoeding. Noch de mogelijkheid van transactieschade noch van gevolgschade is uitgewerkt. De ontwerpers hebben er vooralsnog van afgezien, dit netelige onderwerp te regelen, aangezien er inhoudelijk en terminologisch teveel knelpunten zijn.

De consument kan zijn vordering wegens non-conformiteit instellen tegen de verkoper. In het voorontwerp kon hij dat ook tegen

14. Zo kent Engeland, anders dan de meeste civiele rechtssystemen, een algemeen opschortingsrecht als zodanig niet, zie hieromtrent o.m. P. D.V. Marsh, Comparative Contract Law, Hampshire 1994, p. 324-326, p. 339-340.

een eerdere schakel in de verkoopketen, inclusief de producent. Deze aanspraak, die volgens sommige auteurs[15] een zinvolle aanvulling op ons recht zou hebben gegeven, is geschrapt. Wel geeft art. 3 lid 5 de verkoper die tegenover een consumentkoper aansprakelijk is, een regresrecht tegenover de producent, een eerdere verkoper of een tussenpersoon.

In de ontwerp-richtlijn is geen beperking ten aanzien van de herstelvordering, zoals neergelegd in art. 7:21 lid 2 BW opgenomen.

Als in de toekomst een schadevergoedingsregeling in de richtlijn zal worden opgenomen, zal eveneens aandacht moeten worden besteed aan de mogelijkheid van kanalisatie van aansprakelijkheid naar de producent, zoals bij ons is neergelegd in de art. 7:24 en 7:25 BW.

4. De internationale handelskoop: het Weens Koopverdrag.

De internationale koop van roerende zaken wordt primair beheerst door het Weens Koopverdrag, dat vanaf 1 januari 1992 voor ons land van kracht is geworden.[16] Het Weens Koopverdrag kan worden gezien als een poging om het materiële recht zelf te uniformeren door de bestaande rechtsverscheidenheid tussen de verschillende rechtsstelsels weg te nemen, die het internationale handelsverkeer bemoeilijkt. Art. 1 van het Verdrag regelt het toepassingsgebied. Het moet gaan om een koopovereenkomst betreffende roerende zaken die een internationaal karakter draagt. Art. 2 brengt enige beperkingen aan. Belangrijke uitzonderingen zijn dat het Weens Koopverdrag geen betrekking heeft op, kort gezegd, de consumentenkoop, koop op een openbare veiling, een executoriale of andere gerechtelijke verkoop.

15. Zie o.m. E.H. Hondius, TvC 1996, nr. 4, p. 251; in gelijke zin M. van Delft-Baas, TvC 1994, p. 179-186.
16. Over het Weens Koopverdrag is veel geschreven; enige uitvoerige commentaren zijn: J. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Deventer/Boston 1991, C.M. Bianca en M.J. Bonell (eds.), Commentary on the International Sales Law, Milaan 1987, F.J.A. van der Velden, Het Weens Koopverdrag en zijn rechtsmiddelen, Enige opmerkingen over interpretatie en toepassing van de Convention on the International Sale of Goods 1980 en over zijn systeem van rechtsmiddelen, in het licht van het eenvormige kooprecht van ULIS, UCC en CGCD, diss. Utrecht 1988, R.I.V.F. Bertrams en F. Ferrari, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1995, F.J.A. van der Velden, Weens Koopvedrag (CISG), Bijzondere overeenkomsten III (losbladig).

Wil een koopovereenkomst onder het bereik van het Verdrag vallen, dan is in de eerste plaats vereist, dat de koop een internationaal karakter draagt. Art. 1 werkt dit nader uit door te bepalen dat verkoper en koper in verschillende staten gevestigd moeten zijn, waarbij ofwel de Staten van koper en verkoper beide Verdragsluitende partij zijn (lid 1 sub a: reciprociteitsbeginsel) ofwel volgens de regels van internationaal privaatrecht het recht van een Verdragsluitende Staat van toepassing is (lid 1 sub b). Voor de onder het Verdrag vallende grensoverschrijdende koopovereenkomsten, wordt het nationale kooprecht van de afzonderlijke Verdragstaten buiten werking gesteld ten gunste van het Weens Koopverdrag. Art. 95 van het Weens Koopverdrag maakt het mogelijk dat Staten verklaren dat zij niet gebonden zijn aan art. 1 lid 1 onder b. Van deze mogelijkheid is gebruikt gemaakt door China, Tjechoslowakije en de USA.[17] De achtergrond hiervan is het verschijnsel van forumshopping.[18] Aangenomen mag worden dat het Verdrag ook van toepassing is als het door partijen als toepasselijk recht wordt gekozen, hoewel het Verdrag hierover geen specifieke bepaling kent.[19]

Het Weens Koopverdrag is van regelend recht (art. 6) met uitzondering van art. 12 van het Verdrag aangaande de schriftelijke vorm van het koopcontract. Het laatste artikel vormt een uitzondering op de subsidiariteit van het Verdrag. Het CISG is in tweeërlei opzicht subsidiair van karakter. In de eerste plaats kunnen koper en verkoper de toepasselijkheid van het Verdrag geheel of gedeeltelijk uitsluiten, afwijken van één of meer van de bepalingen, dan wel de gevolgen daarvan wijzigen. In de rechtspraktijk wordt het Verdrag vrij vaak uitgesloten.[20] Ten tweede wijkt het Verdrag voor gewoonte en voor handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn (art. 9).

Art. 7 lid 1 bepaalt dat het Verdrag autonoom moet worden uitgelegd, in die zin dat rekening moet worden gehouden met het internationale karakter, met de noodzaak uniformiteit in de toepassing te bevorderen en naleving van de goede trouw in de internationale handel na te streven. De verwijzing naar uniformiteit in de toepassing van het Verdrag betekent dat nationale rechters rekening moeten

17. Zie Asser-Schut-Hijma, nr.53.
18. Zie over dit fenomeen nader F.J.A. van der Velden, diss (1988), p. 112-114.
19. In deze zin o.m. F.J.A. van der Velden, diss. (1988), p. 114 en in Weens Koopverdrag (CISG) (losbladig), art. l, aant. 22.
20. Zie F.J.A van der Velden, diss. (1988), p. 105, Asser-Schut-Hijma (1994) nr. 55.

houden met beslissingen van hun collega's in andere landen. De bepaling omtrent verdragsautonome uitleg is mijns inziens een belangrijke pijler om te komen tot daadwerkelijke harmonisatie van recht. In feite vormt dit verdragsrecht een zelfstandig systeem van rechtsregels dat op een supranationaal niveau geïnterpreteerd en toegepast moet worden. Het wordt dan ook vergeleken met een modelregeling voor het grensoverschrijdend handelsverkeer, een Lex Mercatoria.[21]

Art. 7 lid 2 voegt toe dat vragen over de in het Weens Koopverdrag geregelde onderwerpen, waarvoor niet uitdrukkelijk een voorziening is getroffen, worden opgelost aan de hand van algemene beginselen waarop het verdrag berust, of, bij gebreke daarvan, overeenkomstig het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht. Tot de algemene beginselen van het verdrag behoren in de eerste plaats de in het eerste lid genoemde beginselen van internationale uniformiteit en goede trouw. Daarnaast kan gedacht worden aan de autonomie van de partijwil (art. 6), de binding aan handelsusance (art. 9), de vormvrijheid van mededelingen (met uitzondering van art. 12), de objectieve bepaling van de rechten en plichten van verkoper en koper, de 'redelijke persoon' (art. 25). Voorts valt te denken aan een extrapolatie van de in één of meer artikelen tot uitdrukking gebrachte ideeën als: het mogen afgaan op inlichtingen van de wederpartij, de plicht tot informatieverstrekking, de plicht om de eigen schade te beperken.[22] Ook de toevoeging betreffende de algemene beginselen waarop het verdrag berust, is naar mijn mening van wezenlijk belang in het kader van het harmonisatiestreven.

Afdeling III (art. 45-52) regelt de rechtsmiddelen van de koper uit hoofde van de niet-nakoming van de verplichtingen van de verkoper. Centraal hierbij staat de conformiteitseis, geregeld in de art. 35 e.v. van het verdrag. Conformiteit wordt in vier opzichten gevorderd: kwantiteit, kwaliteit, beschrijving en verpakking.[23] De algemene maatstaf is te vinden in art. 35 lid l, dat luidt:

'De verkoper dient zaken af te leveren, waarvan de hoeveelheid, de kwaliteit en de omschrijving voldoen aan de in de overeenkomst gestelde eisen en die zijn verpakt op

21. Vergelijk F. de Ly, De leer van de Lex Mercatoria, diss. Gent (1989).
22. Asser-Schut-Hijma, nr. 56, met verwijzing naar J. Honnold, nr. 99.
23. Asser-Schut-Hijma, nr. 325 e.v.

de in de overeenkomst vereiste wijze'.

Lid 2 werkt dit criterium nader uit. In lid 3 is de onderzoeksplicht van de koper terug te vinden.

Indien de verkoper tekort schiet in de nakoming van de overeenkomst, kan de koper nakoming eisen, tenzij hij een recht heeft uitgeoefend dat onverenigbaar is met deze eis (art. 46 lid 1). Deze regel strookt met de rechtsopvatting in de civiele rechtssystemen, waar de crediteur in de eerste plaats nakoming kan vorderen, zolang dit nog zinvol is. Een geheel andere benadering is terug te vinden in het Engelse recht, waar in de regel in dit verband slechts een veroordeling in geld is toegestaan. 'Specific performance' kan slechts bij uitzondering worden opgelegd en geldt als een discretionaire bevoegdheid van de rechter, terwijl schadevergoeding wordt beschouwd als de 'basic remedy'.[24]

Art. 28 CISG maakt het echter mogelijk dat de rechter die het verdrag toepast, de gedaagde niet tot nakoming veroordeelt, indien hij dit op basis van zijn eigen nationale recht eveneens niet zou doen. Dit artikel is met het oog op de common law-landen opgenomen. In ons recht is het recht op nakoming overigens als zodanig niet terug te vinden, daar het uit de overeenkomst zelf voortvloeit. Wel is de processuele bevoegdheid in de wet opgenomen (art. 3:296 BW). Voorts kan de koper uit hoofde van het verdrag aflevering van vervangende zaken eisen, mits de afwijking een wezenlijke tekortkoming betreft (art. 46 lid 2) en herstel vorderen, tenzij dit onredelijk is (art. 46 lid 3). Voor de herstelvordering wordt dus niet expliciet geëist dat het om een wezenlijke tekortkoming gaat, maar moet de claim slechts redelijk zijn.

De koper kan de overeenkomst ook ontbinden. Een belangrijke voorwaarde daarbij is dat de tekortkoming wezenlijk moet zijn (art. 49). De koper kan eveneens de koopprijs verlagen (art. 50). Daarnaast kan de koper schadevergoeding claimen op basis van de art. 74-77, indien er sprake is van een tekortkoming van de verkoper.

Het Weens Koopverdrag regelt eveneens de opschortingsbevoegdheid (art. 71). Dit artikel ziet met name op de in de toekomst dreigende contractbreuk en is dan ook opgenomen in de afdeling over de 'anticipatory breach', en lijkt veel op onze onzekerheidsexceptie.

24. Recent P.M. Furmston, Specific performance or the remedy of damages? AA 47 (1998) 5, 51/403, thema-nummer Anglo-Amerikaans recht.

Hoewel een specifieke regeling over de exceptio non adimpleti contractus ontbreekt, wil dit niet zeggen dat een beroep hierop krachtens het verdrag uitgesloten zou zijn. Zij zou beschouwd kunnen worden als een algemeen beginsel in de zin van art. 7 lid 2; eveneens zou aansluiting kunnen worden gezocht bij art. 58 CISG inzake het tijdstip van de betaling van de prijs.[25]

De koper moet op straffe van het verlies van de uitoefening van zijn rechten, de verkoper hiervan binnen een redelijke termijn nadat hij het gebrek heeft ontdekt of had behoren te ontdekken in kennis stellen, onder vermelding van de aard van de tekortkoming (art. 39). De vernietigbaarheid van de overeenkomst wegens wilsgebreken valt buiten de werking van het verdrag (art. 4 sub a).

Titel 7.1 BW is een getrouwe afspiegeling van het Benelux-ontwerp inzake koop en ruil, dat op zijn beurt weer grotendeels overeenkomt met het LUVI. Het Weens Koopverdrag volgt in grote lijnen het LUVI en LUF maar is bondiger en overzichtelijker. Met het van kracht worden op 1 januari 1992 van het Weens Koopverdrag heeft Nederland de LUVI- en LUF-verdragen opgezegd. Titel 7.1 is enerzijds gebaseerd op een in wezen handelsrechtelijke regeling van de internationale koopovereenkomst met betrekking tot roerende zaken. De tweede bron is het voorontwerp van de consumentenkoop. Uiteindelijk is het voorontwerp-consumentenkoop ingepast in het voorontwerp-koop, zonder dat fundamentele wijzigingen zijn aangebracht.[26]

Zowel in Titel 7.1 als in het Weens Koopverdrag zijn de rechtsmiddelen van de koper gerelateerd aan het conformiteitsvereiste dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden (art. 7:17 BW en art. 35 e.v. Weens Koopverdrag). Deze norm beschermt de koper tegen de aanwezigheid van materiële gebreken. Beide regelingen stroken met elkaar, in hun uitwerking zijn enkele niet-wezenlijke verschilpunten aan te geven:

- In beide bepalingen wordt een onderscheid gemaakt tussen normaal en bijzonder gebruik. Normaal gebruik zal ook het gebruik voor handelsdoeleinden (onverkorte verhandelbaarheid) omvatten en zal in objectieve zin uitgelegd moeten worden: niet bepalend

25. In deze zin Asser-Schut-Hijma, nr. 419.
26. Zie voor de totstandkoming van titel 7.1, Parl. Gesch. Boek 7, p. XIII-XIV, TM p. 13-14, MvT, p. 2329, Asser-Schut-Hijma, nr. 23, met verdere verwijzing naar relevante literatuur.

is wat de specifieke koper als normaal beschouwt, maar wat in het algemeen, naar de gangbare maatstaven, als normaal wordt gezien.
- Ten aanzien van het bijzonder gebruik, eist art. 7:17 BW een contractuele voorziening, expliciet danwel impliciet. Art. 35 lid 2 sub b CISG stelt slechts een kenbaarheidsvereiste. Nu in de regel, de koper een contractuele voorziening slechts zal kunnen bewerkstelligen, indien het bijzonder gebruik vooraf of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst aan de verkoper kenbaar is gemaakt, zullen de voorzieningen over het bijzonder gebruik inhoudelijk niet van elkaar afwijken.
- Het verdrag maakt een uitzondering voor het geval dat de koper niet vertrouwde of redelijkerwijs mocht vertrouwen op de deskundigheid en het oordeel van de verkoper. Dit voorbehoud ontbreekt in onze regeling, maar kan mijns inziens teruggevonden worden in de onderzoeksplicht van de koper en het niet klakkeloos mogen afgaan op expliciete of impliciete verklaringen van de verkoper. Ik wijs erop dat de passage 'en waarvan hij (de koper, MvR) de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen', waaruit een onderzoeksplicht van de koper afgeleid kan worden, gekoppeld is aan het normaal gebruik. Deze koppeling is naar mijn mening niet gelukkig, omdat in de regel bij het normaal gebruik van de zaak niet snel mag worden aangenomen dat op de koper een onderzoeksplicht rust: er zal een gegronde reden tot twijfel bij de koper moeten zijn.[27] Dit is juist anders bij een bijzonder gebruik.
- Het CISG kent nog een aparte regeling omtrent een gebruikelijke of — indien geen gangbare handelwijze bestaat — een passende verpakking, die in ons recht ontbreekt; zij kan echter mijns inziens onder het normaal respectievelijk het bijzonder gebruik gebracht worden.
- Lid 3 van art. 35 CISG refereert nadrukkelijk aan de onderzoeksplicht van de koper, terwijl deze in ons recht meer verhuld in lid 2 van art. 7:17 BW is opgenomen.

Aangezien titel 7.1 BW voor een deel is geïnspireerd door het Weens Koopverdrag, ligt het voor de hand dat de rechtsmiddelen die de koper ingeval van non-conformiteit op basis van het nationale recht kan inroepen, niet wezenlijk verschillen van de mogelijkheden die het CISG biedt. En opmerkelijk punt van verschil is evenwel, dat ten

27. Zie ook in deze zin Asser-Schut-Hijma nr. 346.

aanzien van het recht op ontbinding en vervanging ons BW in tegenstelling tot het Weens Koopverdrag niet de eis stelt dat de tekortkoming wezenlijk is. Wel wordt de mogelijkheid geboden deze rechtsmiddelen te beperken indien er sprake is van een gering gebrek (zie art. 7:21 lid I sub c en art. 6:265 laatste zinsnede).

5. Relativeringstendenzen

Een opmerkelijk verschijnsel in de rechtsontwikkeling hier te lande, maar ook in de ons omringende landen, is de relativering van de rechtsgevolgen van een overeenkomst.

Deze tendens kan mijns inziens gezien worden als een uitvloeisel van het evenredigheidsbeginsel, waarbij gestreefd wordt naar herstel van het verbroken contractuele evenwicht, door de tegenvallende resultaten tussen partijen op een redelijke wijze te verdelen in plaats van uitoefening van rigoureuze rechtsmiddelen als gehele ontbinding en nietigheid.[28]

In ons recht blijkt deze relativering in de eerste plaats uit het feit dat thans meer dan onder het oude BW wordt gekozen voor vernietiging van de overeenkomst in plaats van nietigheid. Illustratief hiervoor is de huidige regeling van de geestesstoornis, art. 3:34 BW, misbruik van omstandigheden, art. 3:44 lid 3 BW en de voortbouwende overeenkomst, art. 3:229 BW. Voorts komt deze relativering naar voren in de aanpassingsmogelijkheden van partijen en in de bevoegdheid van de rechter waardoor in plaats van vernietiging of gehele ontbinding, de overeenkomst in gewijzigde vorm in stand kan blijven, indien het nadeel voor de gelaedeerde partij op afdoende wijze wordt gecompenseerd, art. 3:53 BW lid 2, art. 3:54 en art. 6:230 BW. Ook

28. Zie over deze relativeringstendens o.m.: J.B.M. Vranken, Nietige overeenkomsten binden tot wat de goede trouw meebrengt, NJB 1990, nr. 6, p. 485-490, J.H. Nieuwenhuis, Vernietigen, ontbinden of aanpassen, Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten (I) en (II), WPNR 6164 en 6165 (1995), p. 23-26 resp. p. 37-41, en in: Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten, Digitale en analoge werking van redelijkheid en billijkheid, WPNR 6304 (1998), p. 155157, T. Hartlief, Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht, AA 46 (1997) 4, p. 196-202, M.E.M.G. Peletier, Rechterlijk ingrijpen in evenredigheid, Over de keuze van correctiemechanismen bij imprévision, RM Themis, 1995/10, p. 423-433, P. Abas, Iets over de gevolgen van de val van de Berlijnse Muur voor het overeenkomstenrecht, NTBR, 1997/7, p. 173-178, en in: Enige gedachten over de gedeeltelijke ontbinding (aanpassing) in de zin van art. 6:258 BW, WPNR 6307 (1998) p. 211-213.

kan gewezen worden op de mogelijkheid van partiële nietigheid (art. 3:41 BW) en wijziging van de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) en gedeeltelijke ontbinding (6:270 BW).

Voor wat betreft het ontbindingsvraagstuk bleek reeds dat het Weens Koopverdrag voor ontbinding van de overeenkomst een fundamentele tekortkoming eist. Dit spoort met de geldende leer in de ons omringende landen. Ook de Lando Principles en de Unidroit-Principles laten slechts ontbinding toe indien de tekortkoming wezenlijk is. Opmerkelijk is dat in art. 7.3.1 lid 2 sub e van de Unidroit Principles de mogelijkheid wordt gegeven, de vordering tot ontbinding af te wijzen indien dit een onevenredig nadeel voor de debiteur oplevert. Hiermee wordt het ontbindingsvraagstuk onomwonden geplaatst in de context van een redelijke belangenafweging.

Het Nederlandse recht kent niet de eis van een wezenlijke tekortkoming voor ontbinding. Wel kan ingeval van een geringe tekortkoming de bevoegdheid tot ontbinding beperkt worden, maar de keuzevrijheid van de crediteur staat voorop. Op deze ongenuanceerde keuzevrijheid is forse kritiek geleverd met name door Bakels[29] en Hartlief.[30] Abas[31] heeft zich met verve achter deze beide auteurs geschaard.

De Hoge Raad heeft echter onlangs in het arrest van HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 in de zaak Tromp-Franca en Tromp-Regency Residence N.V. betreffende een complexe onroerend goed transactie op Aruba, duidelijk naar voren laten komen dat ontbinding in de eerste plaats een recht is van de crediteur jegens wie is tekortgekomen, waarop hij zich kan beroepen ongeacht het feit of een alternatief voor handen is dat minder ingrijpend is en waardoor de crediteur evenmin in een wezenlijk ongunstigere toestand komt te verkeren.[32]

Frappant is dat in het kader van vernietiging van de overeenkomst

29. F.B. Bakels, Ontbinding van wederkerige overeenkomsten, diss. Leiden 1993, p. 260 e.v.
30. T. Hartlief, Ontbinding, diss. Groningen 1994, p. 211 e.v.
31. Abas in zijn besprekingen van de diss. van Bakels en Hartlief in resp. WPNR 6152 (1994), p. 660-663 en in WPNR 6165 (1995) p. 42-43, voorts in Privaatrecht Aktueel, De vordering tot ontbinding wegens wanprestatie aan redelijkheid getoetst, WPNR 6217 (1996) p. 217-218.
32. Zie over dit arrest M.M. van Rossum, Het recht op ontbinding en de gerechtvaardigde belangen van partijen, NJB 1997, afl. 13, p. 577-580, voorts de reactie van W.L. Valk en naschrift van M.M van Rossum, NJB 1997, 27, p. 1222-1223.

wel ruimhartig gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot aanpassing van de overeenkomst.Waarom de relativering van de rechtsgevolgen van de overeenkomst wel geldt bij vernietiging en niet in die mate bij ontbinding is onduidelijk en mijns inziens ongefundeerd,[33] temeer daar de grenzen tussen met name dwaling en wanprestatie vloeiend zijn.[34]

Illustratief voor de ruime aanpassingsmogelijkheden bij vernietiging is het arrest van de HR van 28 november 1997, RvdW 1997, 241 inzake Luycks Handelsmaatschappij BV/Kroonenberg BV. Het ging hier om de niet-nakoming door de verkoper van een garantiebepaling tot sanering van een perceel verontreinigde grond. Tegen de vordering van de koper uit hoofde van wanprestatie door na te laten het terrein te saneren overeenkomstig de garantiebepaling, verweerde de verkoper zich met een beroep op ontbinding c.q. vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling omtrent de inhoud van de garantiebepaling. In de lijn van de huidige relativeringtendenzen kiest de Hoge Raad in navolging van het Hof Amsterdam in deze zaak voor aanpassing van de overeenkomst en acht het de sanctie van vernietiging niet opportuun mede gelet op de redelijke belangen van de koper. De laatste had namelijk op het terrein een kantorencomplex laten bouwen. Aanpassing van de overeenkomst wordt in casu zelfs mogelijk geoordeeld, hoewel uit de gedingstukken blijkt dat de koper noch de verkoper expliciet een beroep hebben gedaan op de wijziging van de overeenkomst. Dit is ook niet noodzakelijk. In de Parlementaire Geschiedenis wordt opgemerkt (weliswaar met betrekking tot de art. 6:258-259 BW, maar hetzelfde kan mijns inziens voor art. 6:230 BW worden aangenomen)[35]

'Het is wenselijk dat ook bij wege van verweer dan wel in antwoord op een verweer van de gedaagde door een partij een beroep op het artikel kan worden gedaan, aangenomen dat dit op voldoende duidelijke wijze geschiedt'.[36]

33. Zie ook in deze zin A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten in: Miscellanea, Jurisconsulto vero Dedicata, Bundel opstellen aangeboden aan J.M. van Dunné, Deventer 1997, p. 115-128.
34. Zie o.m. hierover S. Gerbrandy, De omstandigheden, Op de grens tussen dwaling en wanprestatie, WPNR 5959 (1990).
35. Zo ook A-G Bakels in zijn conclusie bij deze zaak, Conclusies Rechtspraak van de Week 1997, C 241.
36. Parl. Gesch. Boek 6, Inv. 3, 5 en 6, p. 1826.

Of dit beroep op afdoende wijze is gedaan, is voorbehouden aan de feitenrechter. Het Hof, gefiatteerd door de Hoge Raad, acht in het onderhavige geding de stelling van koper dat verkoper in ieder geval nog gedurende een nader te bepalen periode haar saneringsverplichting conform de overeengekomen saneringsvariant moest nakomen, voldoende. Deze ruimhartige interpretatie van art. 6:230 BW kan geplaatst worden in het kader van een redelijke belangenafweging. Aan de ene kant zou het niet redelijk zijn de verkoper te verplichten tot een sanering die weliswaar tot een aanvaardbare reductie van de verontreiniging zou kunnen leiden, maar die oneindig lang zou duren en derhalve uitermate kostbaar zou zijn, aan de andere kant zou vernietiging van de overeenkomst niet redelijk zijn tegenover de koper, omdat hij immers intussen een kantoorgebouw op het terrein heeft doen plaatsen. Gekozen wordt derhalve voor een tussenoplossing. Welke saneringsmaatregelen in concreto nog door verkoper ondernomen moeten worden is een kwestie van uitleg en zal uiteindelijk door de rechtbank na terugverwijzing bepaald moeten worden.

Het arrest is in het bijzonder interessant uit een oogpunt van samenloop van dwaling en imprévision.[37] Voorts geeft dit arrest een fraaie illustratie van het hanteren van flexibele regels die leiden tot een voor beide partijen aanvaardbare oplossing indien de resultaten van de overeenkomst tegenvallen. Hierbij staat niet de ongedaanmaking van de rechtsgevolgen van de overeenkomst centraal maar het herstel van het contractuele evenwicht door wijziging van de overeenkomst, waarmee een evenredige spreiding van het risico van teleurstellende overeenkomsten wordt beoogd.[38]

6. Afsluitende opmerkingen

Het wordt langzamerhand tijd de draden van het betoog bij elkaar te trekken. Het voorgaande maakt duidelijk, dat de koper een scala van mogelijkheden heeft om de tekortschietende verkoper op grond van het niet nakomen van zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst aan te spreken.

In beginsel geldt in ons recht het stelsel van cumulatie van rechts-

37. Zie in kritische zin over het samenvallen van dwaling en onvoorziene omstandigheden P. Abas, Verdwaald tussen 230 en 258! (Las u ook RvdW 1997, 241?), Privaatrecht Actueel, WPNR 6308 (1998), p. 221-222.
38. Zie over dit thema o.m. J.H. Nieuwenhuis, WPNR 6165 (1995), p. 38-39.

middelen, ingevolge waarvan de koper naast de bijzondere acties neergelegd in de kooptitel, zoals herstel en vervanging van het afgeleverde, ook de algemene vorderingsrechten terzake van vernietiging wegens dwaling of een ander wilsgebrek, dan wel ontbinding en schadevergoeding gebaseerd op een tekortkoming in de nakoming of zelfs uit een onrechtmatige daad kan inroepen, welke algemene rechtsmiddelen op hun beurt in de regel weer onderling inwisselbaar zijn.

Toch wordt deze ruime keuzevrijheid van de koper enigermate ingeperkt. Voor ons recht blijkt dit uit de beperking van de herstelvordering van de koper bij een consumentenkoop ingeval van vervangbare zaken. Als tegemoetkoming aan de belangen van de verkoper is hem de bevoegdheid gegeven, om in plaats van herstel te kiezen voor vervanging van de afgeleverde zaak of teruggave van de koopprijs. Meer in het algemeen wordt de keuzevrijheid van de koper begrensd door de actuele tendensen tot relativering van de rechtsgevolgen van een overeenkomst, die zich in ons recht manifesteren in de keuze voor een aanpassing in plaats van een ongedaanmaking van de overeenkomst in het kader van een redelijke belangenafweging tussen partijen.

Wat frappeert is dat de rechter de mogelijkheid tot wijziging van de rechtsgevolgen van de overeenkomst bij vernietiging ruimhartig interpreteert, terwijl de mogelijkheid tot aanpassing zich niet in die mate lijken uit te strekken tot de ontbinding en de beëindiging van de overeenkomst. Mijns inziens zijn geen valide argumenten aan te voeren voor het maken van dit onderscheid. De in de regel ongenuanceerde vrijheid van de crediteur tot uitoefening van het recht op ontbinding spoort ook niet met de rechtsontwikkeling in de ons omringende landen en op supranationaal niveau. Daar blijkt het recht op ontbinding van de koopovereenkomst in die zin te worden beperkt dat dit rechtsmiddel slechts openstaat, indien er sprake is van een fundamentele tekortkoming en zal bovendien onder omstandigheden ontbinding worden afgewezen indien een redelijk alternatief voor handen is.

Inmiddels zijn verscheidene (ontwerp-)richtlijnen in het bijzonder in het kader van de consumentenkoop uitgevaardigd. De vraag rijst overigens hoe deze regelingen zich verhouden tot het nationale (koop)recht en in hoeverre het subsidiariteitsbeginsel zich verzet tegen deze communautaire regelgeving. Aangezien het in de richtlij-

nen veelal om een minimumvoorziening gaat, die verdergaande nationale regelgeving onverlet laat en daarin tevens grensoverschrijdende belangen gediend worden, lijkt het gevaar voor strijdigheid met het subsidiariteitsbeginsel, zoals neergelegd in art. 3b van het verdrag van Maastricht niet voor de hand te liggen. Vanuit een meer fundamentele invalshoek kunnen echter ten aanzien van deze Europese regelgeving wel enkele kanttekeningen geplaatst worden. Zo rijst de vraag of het geven van algemene harmoniserende maatregelen niet leidt tot een nivellering en het ondermijnen van de nationale rechtscultuur en inherent daaraan de ondergraving van de culturele en individuele identiteit.

Eveneens wordt betoogd dat harmonisatie van Europees privaatrecht de facto onhaalbaar is, aangezien er onoverkomelijke cultuurverschillen bestaan tussen met name het common law en het civil law systeem, maar ook tussen de continentale rechtsstelsels onderling. Dit zal zich ook wreken bij de inbedding van de richtlijnen in het nationale rechtssysteem; tengevolge van de culturele diversiteit zal elke rechtsregel nationaal ingekleurd worden, bijgevolg zal daadwerkelijke harmonisatie ontbreken. Als tegenargument valt te noemen de door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ontwikkelde richtlijnconforme interpretatie. Kern van deze interpretatiemethode is, dat een nationale rechter zijn nationale recht zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van het doel en de bewoordingen van een geldende richtlijn om zo te verzekeren dat het met de richtlijn beoogde doel wordt bereikt.[39] De richtlijnconforme interpretatiemethode heeft raakvlakken met de verdragsautonome uitleg, zoals bijv. in het Weens Koopverdrag is neergelegd, waarmee harmonisatie van recht wordt bevorderd.

Mijns inziens zal een balans gevonden moeten worden tussen het behoud van de culturele identiteit en de eigenheid van een nationaal rechtssysteem en de noodzaak en de wenselijkheid van harmonisatie van recht, ook op het terrein van niet-nakoming van koopovereenkomsten. Dit zal een moeilijke maar geenszins onmogelijke opgave zijn. Zo blijkt dat voor wat betreft het harmoniseren van recht door

39. Ik kan hier niet nader op deze complexe rechtsfiguur ingaan. Zie over dit onderwerp o.m. T. Heukels, Richtlijn-en gemeenschapsrecht-conforme interpretatie: nieuwe internationale dimensies, NJB 1997 afl. 40, p. 1845-1850, G.R.B. van Peursem, Richtlijnconforme interpretatie en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, NTBR 1998/6, p. 174-180.

middel van EU-richtlijnen — met name indien een uniforme bescherming van de consument bewerkstelligd tracht te worden — dat in alle lidstaten consumentenbescherming wordt nagestreefd. De wijze waarop dit plaatsvindt kan echter aanmerkelijk verschillen. De nadruk kan gelegd worden op een betere informatie van de consument en het stimuleren van zijn mondigheid, maar ook op bescherming van de naïeve consument, zoals in de Engelse Consumer Credit Act 1974, waar de onwetendheid en zwakte van de consument als uitgangspunt wordt genomen.[40] In het verdrag van Maastricht wordt daarentegen met name een deugdelijke informatieverstrekking en voorlichting aanbevolen. Ook het verdrag van Amsterdam stimuleert de mondigheid van de consument om tot een betere informatieverstrekking en voorlichting te komen.

De diversiteit in zienswijze over de te nemen maatregelen en het niveau van consumentenbescherming dwingt de Europese wetgever tot het geven van minimum standaardregels die verschillen in opvatting op nationaal vlak de vrije hand laten. Hiermee en met de ruimte die de lidstaten hebben in het kader van de implementatie van de richtlijnen in het nationale recht en de interpretatiemogelijkheden die de rechter heeft binnen de grenzen van het uitgangspunt van de richtlijnconforme interpretatie, wordt een algemeen kader geschapen waarin de vrijheid voor nationale invloeden wordt gewaarborgd. Gelijktijdig speelt echter de kwestie of er dan nog van daadwerkelijke harmonisatie van recht gesproken kan worden. De onderhavige problematiek komt ook meer in het algemeen naar voren met betrekking tot de min of meer open en abstracte regels in verdragen, die de invloed van de lidstaten beogen zeker te stellen.

Een manier die ik zou willen verdedigen om deze twee ogenschijnlijk tegengestelde gezichtspunten met elkaar te verenigen, is om in eerste instantie uit te gaan van het waarborgen van de culturele en daarmee samenhangende persoonlijke identiteit van de burgers van een lidstaat. Dit om te voorkomen dat de burgers in een sociaal

40. Interessant in dit verband is ook kennisname van het Belgische voorstel voor een algemene wet inzake de bescherming van de consument, dat steunt op de opvatting dat de consument hulpbehoevend is en dat het consumentenrecht een aparte rechtstak vormt. Een opvatting die overigens in België niet door alle rechtsgeleerde schrijvers wordt gedeeld. Zie hierover o.m. J. Stuyck, Het voorstel voor een algemene wet inzake de bescherming van de consument, SEW 11 (1997) november, p. 384-392.

vacuüm terecht kunnen komen. Door de interacties in het economisch en rechtsverkeer zal uiteindelijk een kristallisatie van de te hanteren rechtsbegrippen normen en waardenpatronen kunnen plaatsvinden, die op den duur kan leiden tot een algemeen begrippenarsenaal en een infrastructuur van rechtsbeginselen. Deze beginselen kunnen een basis vormen voor een Europees privaatrecht, ook op het terrein van niet-nakoming van koopovereenkomsten, met ruimte voor cultuurverschillen en de typische eigenaardigheden van de lidstaten.[41]

41. In deze lijn ook J.M. Smits, Een Europees privaatrecht als gemengd rechtsstelsel, NJB 1998/afl 2, p. 61-66.

Beschermingsniveaus

*B.J. Broekema-Engelen**

1. Inleiding

Koop en beschermingsniveaus: bij een dergelijke titel schiet al snel het verschil tussen een consument-koper en andere kopers in gedachten. Daarover gaan de paragrafen 2 e.v.: is de positie van de consument-koper wel zo goed als in het algemeen wordt beweerd? Het feit dat daarop valt af te dingen, blijkt mede een Europese achtergrond te hebben, waarover paragraaf 5. Dat is aanleiding om nader in te gaan op de bescherming krachtens Europese (minimum-)richtlijnen, afgezet tegen het niveau van onze nationale (consumenten-)bescherming: paragraaf 6 e.v.

2. De positie van de consument-koper

De positie van de consument-koper is met de invoering van titel 7.1 BW versterkt, zo wordt algemeen opgemerkt.[1] Zijn rechten zijn apart in de wet omschreven en zijn op grond van artikel 7:6 grotendeels dwingendrechtelijk van aard. Derhalve is hij beter af dan een gewone koper.

* Mw. mr. B.J. Broekema-Engelen is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Krachtens art. 7:5 BW wordt onder een consumentenkoop verstaan de koop met betrekking tot een roerende zaak, die wordt gesloten door een verkoper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en een koper, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Of iemand handelt als consument wordt in het algemeen als een zuiver feitelijke vraag gezien; zie R.H.C. Jongeneel, Koop en consumentenkoop (1997), blz. 99. Hijma meent daarentegen dat een rol is weggelegd voor de opgewekte schijn; zie Asser-Schut-Hijma (1994), nr. 77 e.v.

Voor die positie levert hij echter aanzienlijk in, want de consumenten*ver*koper krijgt in verband met de consumentenbescherming in titel 7.1. enig 'wisselgeld' geboden.

Wat zal de consument als zijn goed recht beschouwen? Een zaak die overeenkomstig zijn gerechtvaardigde verwachtingen — zie artikel 7:17 — functioneert. Voldoet de zaak niet aan dat conformiteitsvereiste dan kent artikel 7:21 lid 1 de koper een aantal bijzondere nakomingsvorderingen toe: aflevering van het ontbrekende, herstel en vervanging van de zaak. Als wisselgeld voor de verkoper zijn die rechten echter niet erg stevig: vraagt de koper herstel dan mag de verkoper blijkens lid 2 volstaan met vervanging of teruggave van de koopprijs en in plaats van de gevorderde vervanging kan de verkoper de koopprijs retourneren. Men kan daar vrede mee hebben omdat de koper er niet slechter van wordt. Toch zal een koper die tijdens een speciale actie of in de uitverkoop met korting aan de zaak is gekomen, liever een conforme zaak ontvangen dan zijn geld terug.

Mocht er iets fout gaan dan zal de koper bovendien verwachten dat hij de daaruit voortvloeiende schade op eenvoudige wijze kan verhalen. Ten onrechte. Voor schadevergoeding wegens het niet functioneren van de zaak zelf — bijvoorbeeld de kosten van huur van een vervangende videorecorder tijdens het WK voetbal — zal hij zich steeds tot de verkoper moeten wenden. Dat geldt ook als er andere zaken dan de gekochte beschadigd zijn maar die schade de franchise van 500 ECU niet overschrijdt.[2] Gaat het echt mis en wordt er persoonsschade geleden of zaaksschade die hoger ligt dan de genoemde kleine *f* 1264 dan wordt het lastig voor de consument. Voor die schade is de verkoper namelijk in beginsel niet aansprakelijk.[3] Daarvoor moet de koper bij de producent zijn, die zich mogelijk in een verre uithoek van de EER bevindt.[4] Voor alle overige schade moet de koper zich in datzelfde geval alsnog tot de verkoper wenden. Een dubbele procedure dus.

Met andere woorden: zowel qua nakoming als qua schadevergoeding is de positie van de consument-koper niet geweldig. Bestond de kooptitel niet dan zouden (ernstige) beperkingen van het recht op nakoming en schadevergoeding in algemene voorwaarden vermoed

2. Art. 7:24 lid 2 sub c jo. 7:24 lid 1 jo. 6:74 e.v.
3. Art. 7:24 lid 2 aanhef jo. art. 6:190.
4. Art. 6:187 lid 2.

worden onredelijk bezwarend te zijn.[5] Thans zijn die beperkingen in het voordeel van de verkoper wettelijk vastgelegd.

3. De positie van de niet-consument-koper

Bij niet-consumentenkoop, dat wil zeggen bij koop van een roerende zaak[6] tussen professionelen of particulieren onderling, gelden de bovengenoemde beperkingen van de rechten van de koper niet.

Een particulier die van een andere particulier koopt, heeft alle rechten die uit titel 7.1 voortvloeien, tenzij daarvan door partijen is afgeweken. Afwijking zal gemeenlijk niet plaatsvinden maar voor zover zo'n afwijkend beding is opgenomen in algemene voorwaarden kan de wederpartij zich beroepen op de bescherming van afdeling 6.5.3, inclusief de grijze en de zwarte lijst.[7]

Ook tussen professionelen onderling geldt titel 7.1. in beginsel. Afwijking bij algemene voorwaarden mag niet onredelijk bezwarend zijn[8] en is de wederpartij klein of anderszins beschermenswaardig dan kan de zogenaamde reflexwerking van de grijze en zwarte lijst mogelijk uitkomst bieden.[9] Wordt het gekochte vervolgens aan een consument verkocht dan ontleent de consumentenverkoper extra bescherming aan titel 7.1.[10]

4. Bewijs aan de consument?

Dat de kwalificatie consumentenkoop voor de koper ook nadelig kan zijn, heeft een niet onbelangrijke consequentie. De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt volgens artikel 177 Rv. in beginsel de bewijslast van die feiten en rechten.

Met betrekking tot het begrip consument verwijst de MvA II naar de parlementaire geschiedenis bij de afdeling algemene voorwaarden, waaraan dat begrip is ontleend. In die afdeling is het steeds voordelig

5. Art. 6:237 sub b, c en f.
6. Terzijde: de particuliere koper van andere goederen dan roerende zaken vindt binnen de kooptitel soms wel onverkort extra bescherming — zie afd. 7.1.10a inzake 'timeshare'-rechten — dan wel zal die in de toekomst vinden: zie bijvoorbeeld wetsvoorstel 23 095 inzake koop van onroerende zaken.
7. Art. 6:236 en 237 aanhef.
8. Art. 6:233 sub a.
9. Zie Mon. Nieuw BW B-55 (Hijma) (1997), blz. 41 e.v.
10. Zie art. 7:24 lid 3 en 25, met name de leden 1 en 2.

om consument te zijn: alleen dan zijn de grijze en zwarte lijst rechtstreeks van toepassing. Degeen die zich op die lijsten wil beroepen, zal in beginsel zijn consument-zijn moeten bewijzen.[11]

In de kooptitel ligt dat anders: de koper die (volledige) schadevergoeding van de verkoper wil of liever een nieuwe zaak dan de koopprijs ontvangt, zal de regeling inzake consumentenkoop liever buiten toepassing laten: hij zal zich op respectievelijk artikel 7:21, lid 1 en 6:74 beroepen. Het is juist de verkoper die er belang bij heeft de artikelen 7:21, lid 2 of 24, lid 2 in te roepen. In zo'n geval zal het dan ook die verkoper zijn die het consumentschap van zijn wederpartij dient te bewijzen.[12]

5. De Europese achtergrond van de bescherming van de consumentverkoper

Hoewel de consument-koper bescherming verdient, heeft de wetgever gemeend dat niet steeds ten koste van de verkoper te moeten laten gaan, zeker indien die laatste de zaken niet zelf heeft vervaardigd en zonder nadere controle in de verpakking aan de consument heeft geleverd. In dat geval behoort de veroorzaker van de ondeugdelijkheid — de producent — degeen te zijn die de schade draagt. Teneinde dat doel te bereiken, heeft men aangehaakt bij de Europese richtlijn inzake productenaansprakelijkheid.[13] In artikel 7:24 wordt, kort gezegd, geregeld dat de verkoper niet aansprakelijk is, indien de producent dat wel is. Tegelijkertijd meent de wetgever dat indien de producent niet aansprakelijk zou zijn, bijvoorbeeld omdat de zaak geen product is of de producent zich op een uitzondering als het ontwikkelingsrisico kan beroepen[14], de verkoper dat ook niet behoort te zijn. Het respect voor de Europese wetgever gaat zó ver dat de Nederlandse wetgever meent dat met betrekking tot de verkoper die tevens producent is, de productaansprakelijkheid dient te prevaleren: waar een verkoper via artikel 7:24, lid 2 onder c de koper in beginsel diens zaaksschade beneden de franchise moet vergoeden,

11. Parl. Gesch. Boek 7, blz. 64. Zie ook de MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1655.
12. Zo reeds mijn bespreking van Mon. Nieuw BW B-65b (Van Delft-Baas) in WPNR 6108 (1993), blz. 710 e.v. Zo inmiddels ook Asser-Schut-Hijma, nr. 74 en R.H.C. Jongeneel a.w., blz. 99, noot 9.
13. Richtlijn van 25 juli 1985, nr. 85/374/EEG, Pb nr. L 210/29.
14. Zie resp. art. 6:187 en 6:185.

geldt dat volgens de parlementaire geschiedenis niet voor de verkoper die toevallig ook producent is. Ten onrechte naar vele auteurs menen, alleen al omdat de Europese wetgever zelf in artikel 13 van de richtlijn met zoveel woorden de rechten die de gelaedeerde ontleent aan het recht inzake contractuele aansprakelijkheid buiten beschouwing laat.[15]

6. De Europese dimensie in het algemeen

Respect voor de Europese wetgever is in beginsel op zijn plaats: het Europese recht is immers van hogere orde dan onze nationale wetgeving. Niet alleen de nationale wetgever dient Europese richtlijnen te honoreren, ook de rechter behoort nationale regelgeving 'richtlijnconform' te interpreteren.[16] Wat dat betreft was het preadvies van Barendrecht voor mij een 'eye-opener': bijna elk bekend Nederlands juridisch begrip kan in Europees verband een onverwachte inhoud hebben.[17] Maar dat preadvies betrof de eerder genoemde richtlijn productaansprakelijkheid, waarin de rechten van de gelaedeerde volledig worden vastgelegd: afwijking is niet alleen in negatieve, maar ook in positieve zin in beginsel ongeoorloofd.

Het merendeel van de op consumentenbescherming toegesneden Europese richtlijnen betreft echter zogenaamde minimum-richtlijnen, waarin afwijking ten voordele van de consument uitdrukkelijk wordt toegestaan.

7. De werking van een minimum-richtlijn: de richtlijn inzake pakketreizen nader beschouwd

De richtlijn betreffende pakketreizen is zo'n minimum-richtlijn.[18] Bij de invoering van die richtlijn in titel 7.7A wordt in de MvA II, naar aanleiding van de vraag hoe titel 7.7A zich verhoudt tot afdeling 6.5.3, opgemerkt dat vooropgesteld moet worden dat op de reisover-

15. Zie omtrent deze problematiek in het algemeen Asser-Schut-Hijma, nr. 443 e.v. en de aldaar vermelde literatuur; speciaal omtrent art. 13 van de richtlijn nr. 449.
16. Zie o.m. G.R.B. van Peursem, Wisselwerking bij rechtsvinding door de burgerlijke rechter tussen normen van nationale en EG oorsprong; normenhiërarchie?, in: Import en export van burgerlijk recht, BW-krant jaarboek 13, Deventer 1997, blz. 39 e.v.
17. J.M. Barendrecht, Produktenaansprakelijkheid, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 1987, blz. 19 e.v.
18. Richtlijn van 13 juni 1990, nr. 90/314/EEG, Pb nr. L 158/59.

eenkomst in beginsel de algemene regels van het vermogensrecht en het verbintenissenrecht van toepassing zijn. De nadruk ligt daarbij op het 'in beginsel', want, zo wordt vervolgd: 'Bij het antwoord op de vraag tot welke gevolgen dit precies leidt, moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat het een regeling uit een Richtlijn betreft waarvan de uiteindelijke uitleg niet in handen van de nationale wetgever is, maar in die van het Hof van Justitie van de EG in Luxemburg. Uitgangspunt kan echter zijn dat afdeling 6.5.3 bij de toetsing van de algemene reisvoorwaarden de functie van een vangnet heeft, van belang voor wat in de Richtlijn wordt opengelaten'.[19]

Deze opmerking heeft een kritisch onthaal gekregen. De richtlijn zelf staat in artikel 8 afwijking ten voordele van de consument toe en zolang de nationale consumentenbescherming niet beneden het — mede door het Europese Hof te bepalen — niveau van de richtlijn daalt, staat het de Nederlandse wetgever dus vrij de positie van de consument naar eigen inzicht te regelen. Dat betekent dat, voor zover de bescherming van afdeling 6.5.3 verder gaat dan die van de richtlijn, de eerste dient te prevaleren.[20]

Ook in ander verband kan steun voor deze visie worden gevonden. Legemaate merkt over de verhouding lex generalis-lex specialis op dat in het algemeen de bepalingen van de bijzondere wet boven die van de algemene gaan. Beoogt de lex specialis echter rechten te beperken die in de lex generalis wel te vinden zijn, dan zal dit uitdrukkelijk geregeld moeten worden; bestaat daarover onduidelijkheid dan zal de algemene wet naar zijn mening normgevend zijn.[21]

Met andere woorden: was in titel 7.7A een beperking van de rechten van de consument beoogd, dan had dit nadrukkelijk in titel 7.7A vermeld moeten worden en wel in de wet zelf.

8. Nederlands recht prevaleert: een voorbeeld uit de reiswereld

De verhouding tussen titel 7.7A en afdeling 6.5.3 is in de rechtspraak nog niet aan de orde geweest; wel die tussen het overmachtsbegrip in

19. MvA II, TK 22 506, nr. 5, blz. 3.
20. Zie B.J. Broekema-Engelen, A.C. Cleyndert, L.C. Maters, Met kunst- en veel vliegwerk: de reisovereenkomst, NJB 1993, blz. 160 e.v.; zie voor de publicaties nadien Bijzondere overeenkomsten I (Mölenberg), titel 7A, Inleiding, aant. 6.
21. J. Legemaate, De relatie tussen de WGBO en aanverwante wetgeving, TGR 1996, blz. 17.

die titel en het algemene overmachtsbegrip van artikel 6:75.

Artikel 75 bepaalt dat een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan diens schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Artikel 7:504, lid 3 onder b verstaat onder overmacht abnormale en onvoorzienbare omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van degene die zich erop beroept en waarvan de gevolgen ondanks alle voorzorgsmaatregelen niet konden worden vermeden. Uit artikel 7:507, lid 2 aanhef volgt dat de reisorganisator aansprakelijk is indien de reis niet conform de redelijke verwachtingen van de reiziger is verlopen, en dat die aansprakelijkheid zich uitstrekt tot gedragingen van zijn hulppersonen.[22] De organisator is niet aansprakelijk indien hij aantoont dat een en ander is te wijten aan overmacht in de eerder geciteerde zin dan wel aan een gebeurtenis die de organisator of zijn hulppersoon met inachtneming van alle mogelijke zorgvuldigheid niet kon voorzien of verhelpen, aldus artikel 507, lid 2 onder c.

Het overmachtsbegrip in artikel 504 is rechtstreeks overgenomen uit artikel 4, lid 6 van de richtlijn. In de parlementaire geschiedenis wordt dienaangaande opgemerkt dat voorshands niet goed kan worden gezegd of en in welke mate dit overmachtsbegrip ruimer dan wel juist enger is dan dat van artikel 75 en — wederom — dat de uiteindelijke uitleg in handen is van het Hof van Justitie in Luxemburg.[23]

Over de consequenties van die uiteindelijke uitleg worden geen uitspraken gedaan. Mocht het overmachtsbegrip uit de richtlijn enger blijken dan ons nationale — is met andere woorden de reisorganisator krachtens de richtlijn in meer gevallen aansprakelijk — dan moge duidelijk zijn dat de richtlijn dient te prevaleren. Maar wat, indien het richtlijnbegrip ruimer blijkt? De Kantonrechter te Harderwijk heeft zich dienaangaande in 1996 uitgesproken.[24]

22. Zo ook art. 6:76.
23. Nota II, TK 22 506, nr. 8, blz. 4.
24. Ktg. Harderwijk 17 juli 1997, TvC 1997, blz. 137, Prg. 1996, nr. 4627. Terzijde: de redactie van de Praktijkgids geeft onder de uitspraak aan dat het overmachtsbegrip uit de richtlijn ruimer zou zijn dan dat van art. 75; dat is dus nog maar de vraag en afhankelijk van de uitleg die het Europese Hof aan het begrip gaat geven.

Wat was er aan de hand? Eisers hadden bij een reisorganisator een cruise geboekt met het Russische schip 'Odessa' van een bepaalde rederij. Bij aankomst in de vertrekplaats Nice blijkt de Odessa wegens financiële problemen van die rederij aan de ketting te liggen. Eisers accepteren een alternatieve cruise en vorderen achteraf onder meer het prijsverschil tussen beide cruises, alsmede een vergoeding voor gederfd reisgenot.

De Kantonrechter haalt de eerder genoemde artikelen uit titel 7.7A aan en oordeelt dat er sprake is van een tekortkoming door een gebeurtenis die gedaagde als reisorganisator niet had kunnen voorzien en ook niet kon verhelpen. De vraag luidt vervolgens, aldus de rechter, of deze gebeurtenis — het aan de ketting leggen van het schip — overmacht in de zin van de wet oplevert. Waar titel 7.7A een uitwerking is van de richtlijn, die de lidstaten toestaat strengere bepalingen ter bescherming van de consument op te stellen en de regeling van titel 7.7A krachtens haar parlementaire geschiedenis slechts enige regels geeft ter aanvulling van de algemene regels, volgt daaruit naar het oordeel van de rechter

'dat aan de overmachtsbepaling van art. 7:504 BW geen beperktere werking mag worden toegekend dan aan de algemene regeling van art. 6:75 BW'.

De Kantonrechter concludeert dan ook dat, hoewel de tekortkoming naar zijn mening niet te wijten is aan schuld van de reisorganisator of aan de door deze ingeschakelde hulppersoon (de rederij), deze toch naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de reisorganisator behoort te komen.

Inderdaad wordt financieel onvermogen van de debiteur (niet alleen) in Nederland steeds tot zijn risico gerekend; hetzelfde geldt derhalve voor vermogensperikelen van zijn hulppersoon.[25] De Kantonrechter oordeelt terecht dat dat dus thans ook het geval is. Dat getuigt niet van onvoldoende respect voor Europese wetgever of rechter: het Europese overmachtsbegrip wordt pas relevant indien de reisorganisator naar Nederlands recht niet aansprakelijk zou zijn. In dat geval dient onderzocht te worden of de consument op Europees niveau een betere bescherming ten deel valt. Zolang de reiziger nationaal goed af is, behoeft niet onderzocht te worden of dat be-

25. Zie respectievelijk Asser-Hartkamp I (1996), nr. 333 en Verbintenissenrecht I (Broekema-Engelen), art. 76, aant. 16.

schermingsniveau het Europese wellicht overschrijdt. In de wet is immers niet nadrukkelijk ten nadele van de algemene overmachtsregeling van artikel 75 afgeweken. In de parlementaire geschiedenis in dit geval trouwens ook niet.

9. Toekomstig Europees recht in titel 7.1

De conclusie dat — zolang er tenminste niet nadrukkelijk van de algemene nationale regeling is afgeweken — een verdergaande nationale consumentenbescherming prevaleert boven een Europese minimum-richtlijn kan, naar het zich laat aanzien, mogelijk gevolgen hebben voor de werking van de ontwerp-richtlijn inzake consumentenkoop en bijbehorende garanties.[26] In Nederland heeft men op grond van elke tekortkoming van de wederpartij in beginsel recht op ontbinding van de overeenkomst.[27] Ons recht wijkt wat dat betreft af van vele andere rechtsstelsels. In de ontwerp-richtlijn is thans ook een dergelijk vergaand recht voor de consument opgenomen. In een recente annotatie van Hondius valt te lezen dat de voorgestelde richtlijn inmiddels is aanvaard door het Europees Parlement, waarbij een groot aantal amendementen is aangenomen. Daarin wordt onder meer getornd aan het recht van de consument om in alle gevallen voor ontbinding te kiezen.[28] Het is natuurlijk de vraag welke amendementen door de Europese Commissie zullen worden overgenomen, maar mocht uiteindelijk het recht op ontbinding worden beperkt, dan dient de Nederlandse wetgever een duidelijke keuze te maken. Wordt voor door de richtlijn bestreken situaties niet nadrukkelijk van de algemene ontbindingsregeling van artikel 6:265 afgeweken, dan prevaleert deze boven de minder bescherming biedende bijzondere regeling die naar aanleiding van de richtlijn te zijner tijd — vermoe-

26. Zoals goedgekeurd door de Europese Commissie op 18 juni 1996 (COM (95)520), waarover E.H. Hondius, De consumentenkoop in Europees perspectief, naar een richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties, TvC 1996, blz. 245 e.v; R.H.C. Jongeneel, Naar een Europees garantiebewijs? Het Groenboek garanties en aftersales service, TvC 1995, blz. 5 e.v. en M. van Delft-Baas, Garanties en after sales-services in relatie tot de Consumentenkoop en het Groenboek, TvC 1994, blz. 179 e.v.
27. Art. 6:265.
28. E.H. Hondius, Kan huurkoper van auto terzake van gebrekkige levering behalve de koopovereenkomst met de dealer ook de financieringsovereenkomst met de bank ontbinden? NTBR 1998, blz. 196.

delijk — in titel 7.1 zal worden opgenomen.

Zo zal er bij elke (toekomstige) richtlijn met een kritische blik wel het een en ander te ontdekken zijn.

Daarbij zij terzijde opgemerkt dat het nogal eens gebeurt — en dus ook in de toekomst zal blijven gebeuren — dat de wederpartij van de consument krachtens een richtlijn verplicht wordt een scala van informatie, vóór het sluiten van een overeenkomst èn schriftelijk, aan die consument mee te delen.[29] Die informatie zal daarmee in veel gevallen aan de definitie van 'ons' begrip algemene voorwaarden voldoen,[30] met alle consequenties vandien. Wie zich troost met de gedachte dat veel van die bedingen in dat geval zogenaamde 'kernbedingen' zijn, waarop de regeling van afdeling 6.5.3 niet van toepassing is, zij gewezen op een recente uitspraak van de Hoge Raad: de meeste bedingen — zelfs de spelregels van de nationale Lotto — zijn gewoon algemene voorwaarden.[31]

10. Tot slot

Respect voor Europese regelgeving is terecht, maar gezond respect is beter. Het feit dat een consumentenverkoper onder omstandigheden niet aansprakelijk is, omdat een producent dat niet is op grond van een Europese richtlijn die de contractuele aansprakelijkheid nadrukkelijk buiten beschouwing laat, is niet op zijn plaats. De gedachte dat de uitleg van een Europese norm door de Europese rechter doorslaggevend zou zijn, daar waar onze nationale regelgeving een betere bescherming biedt dan een Europese minimum-richtlijn evenmin. Met andere woorden: de Nederlandse wetgever zou bij regelgeving met een Europese achtergrond wel eens kritischer mogen zijn.

29. Zie naast de aangehaalde richtlijn inzake pakketreizen, bijvoorbeeld die omtrent 'time-sharing' (richtlijn van 26 oktober 1994, nr. 94/47/EG, Pb nr. L 280/83), zoals verwerkt in afd. 7.1.10A.
30. Art. 6:231 onder a.
31. HR 19 september 1997, NJ 1998, 6 (Assoud/SNS).

Het 'algemeen deel' van het kooprecht

*Jac. Hijma**

1. Inleiding

Gaat het kooprecht aan zijn eigen gewicht ten onder?

Als we constateren dat het Burgerlijk Wetboek reeds thans verschillende bijzondere kooptypen kent en regelt (consumentenkoop, koop van time-shares, koop op afbetaling[1]), dat de wetgever van zins is daaraan binnenkort enige speciale regelstelsels toe te voegen (koop van onroerende zaken,[2] huurkoop van onroerende zaken[3]) en dat in het verband van de Europese Gemeenschap nog weer andere bijzondere regimes worden ontwikkeld, die te zijner tijd in de nationale wet zullen dienen te worden verwerkt (garanties consumptiegoederen[4]),[5] dan dringt zich alras het gevoelen op dat het zwaartepunt van het kooprecht zo langzamerhand bij de speciale regelingen is komen te liggen. En daarmee ligt de vraag ter tafel welke rol eigenlijk nog resteert voor de algemene(er) bepalingen van het wettelijke kooprecht. Is de positie van 'het algemeen deel van de koop' aan erosie onderhevig? Het is deze kwestie, die in dit afsluitende opstel van het Jaarboek onder ogen wordt gezien.

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

1. Art. 7:5 c.a.; art. 7:48a e.v.; art. 7A:1576 e.v.
2. Wetsvoorstel 23.095 (beoogde art. 7:2, 7:3 c.a.).
3. Wetsvoorstel 24.212 (beoogde afdeling 7.1.12).
4. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verkoop van en de waarborgen voor consumptiegoederen, PbEG 1996, C 307-308.
5. Relevant voor de koop is ook Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten ('teleshopping'), PbEG 1997, L 144. Deze richtlijn is echter niet tot het terrein van de koopovereenkomst beperkt.

2. Gelaagde wetgeving

Zoals bekend wordt het nieuwe Burgerlijk Wetboek gekenmerkt door een gelaagde structuur, waarin de (meer) algemene bepalingen schilsgewijze aan de (meer) specifieke voorafgaan. Toegespitst op de koop, kunnen de volgende relevante niveaus worden onderscheiden.

a. Vermogensrecht, algemeen deel (Boek 3): totstandkoming, nietigheid en vernietigbaarheid, volmacht, rechtsvorderingen.
b. Verbintenissenrecht, algemeen deel (Boek 6 titels 1-2): nakoming en niet-nakoming, gevolgen van niet-nakoming, schadevergoeding, verrekening, overgang van vorderingen en schulden.
c. Overeenkomstenrecht (Boek 6 titel 5): aanbod en aanvaarding, dwaling, algemene voorwaarden, rechtsgevolgen.
d. Wederkerige-overeenkomsten-recht (Boek 6 titel 5 afdeling 5): exceptiones, ontbinding.
e. Kooprecht, algemeen deel (Boek 7 titel 1).
f. Kooprecht, bijzonder deel (Boek 7 titel 1, Boek 7A titel 5A).

Het is weinig gebruikelijk binnen het kooprecht tussen de niveaus *e* en *f* te onderscheiden. De wetgever zelf heeft een dergelijke uitsplitsing maar incidenteel aangebracht; zie de koop op proef (afdeling 7.1.9), de koop van vermogensrechten (afdeling 7.1.10), de koop op afbetaling (titel 7A.5A, beoogde afdeling 7.1.11). Voor een ander — minstens zo belangrijk — deel zijn de twee bedoelde niveaus juist in vervlochten vorm in de kooptitel neergelegd. Illustratief voor laatstbedoelde aanpak is de consumentenkoop, die niet in een aparte afdeling is gehuisvest, maar na een introducerende omschrijving (art. 7:5) en een regimeregel (art. 7:6) over de gehele verdere kooptitel is verspreid. In het wetsvoorstel betreffende de koop van onroerende zaken wordt een vergelijkbare uitwaaieringsmethode gevolgd.

Het vorenstaande neemt niet weg dat de koopwetgeving naar haar inhoud beschouwd in twee lagen kan worden ontleed: enerzijds bepalingen die voor alle koopovereenkomsten gelden, ongeacht hun soort (niveau *e*), anderzijds regels die speciaal voor bepaalde typen koop zijn geschreven (niveau *f*). Typische representanten van het *e*-niveau zijn artikelen als 7:9, 7:17 en 7:26, die de hoofdverbintenissen van de verkoper en de koper constitueren; voorts bijv. art. 7:12 (kosten), art. 7:14 (vruchten), art. 7:20-22 (sancties). Als vertegenwoordigers van het *f*-niveau komen onder meer art. 7:5-6 c.a. (consumentenkoop), art. 7:48a e.v. (koop van time-shares), art. 7A:1576 e.v. (koop op afbetaling) en de geplande art. 7:2, 7:3 c.a. (koop van onroerende zaken)

naar voren. Strikt genomen zou men uit het *f*-niveau nog een zevende — en zelfs een achtste — laag kunnen losweken, voor gestapelde bijzonderheden van het type 'koop van een onroerende zaak door een consument' (ontwerp-art. 7:2).[6] Reeds omdat zulk een verdere uiteenrafeling in het kader van deze beschouwing geen goede zin zou hebben, wordt daarvan gaarne afgezien.

Ook buiten het Burgerlijk Wetboek komen voor de koop relevante regelstelsels voor; men denke aan de Wet voorkeursrecht gemeenten, de Colportagewet, de Wet op het consumentenkrediet en (vooralsnog) de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken. Een nader niveau vormen zij niet. Hier is grotendeels sprake van regels van publiekrechtelijke signatuur, die zich gezien hun aard aan iedere vermogensrechtelijke niveau-indeling onttrekken. Voor een ander deel — vide de huurkoop van onroerende zaken — gaat het om een verouderde situatie, waarbij incorporatie in het Burgerlijk Wetboek in het verschiet ligt en de betrokken wetgeving op voorhand in het gegeven lagenschema kan worden ondergebracht.

3. Bijzonder kooprecht

De consumentenkoop is de het meest in het oog springende bijzondere koopovereenkomst. Dit komt niet alleen door het principiële en materiële belang van haar wettelijke regeling, maar ook door het uitwendige feit dat de wetgever dit kooptype zelf — vooraan de koopregeling — heeft betiteld en aan die betiteling een gedetailleerde begripsomschrijving heeft gekoppeld (art. 7:5). Nummers twee en drie uit een oogpunt van wettelijk-geprofileerde aanwezigheid zijn de koop van time-shares van onroerende zaken (afdeling 7.1.10A) en de koop op afbetaling (titel 7A:5A, beoogde afdeling 7.1.11).

Hiermee zijn wel de meest opvallende bijzondere kooptypen genoemd, maar niet de enig denkbare. Ter verkrijging van een compleet beeld is het dienstig de kooptitel in zijn geheel langs te lopen, op zoek naar datgene wat als 'bijzonder kooprecht' zou kunnen worden aangemerkt. De aldus te ontwikkelen lijst kan als vertrekpunt dienen bij de beantwoording van de in de inleiding opgeworpen

6. Op het zevende niveau (*g*) zou onder meer de huurkoop kunnen worden ondergebracht, als verbijzondering van de koop op afbetaling (art. 7A:1576h); de huurkoop van onroerende zaken zou dan eventueel op het achtste niveau (*h*) kunnen worden gelocaliseerd.

vraag: wat blijft er, gezien alle bijzonderheden, nog over voor — en van — het algemene kooprecht?

Inclusief enkele op stapel staande addenda, zou de opsomming als volgt luiden:

- koop van onroerende zaken (ontwerp-art. 7:2, 7:3 c.a.; art. 7:17 lid 5);
- koop van een woning door een consument (ontwerp-art. 7:2);
- consumentenkoop (art. 7:5, 7:6, 7:11, 7:13, 7:18, 7:21 leden 2-3, 7:24, 7:25, 7:26 lid 2, 7:28, 7:35);
- koop met eigendomsvoorbehoud (art. 7:9 lid 3);
- koop van naar de soort bepaalde zaken (genuskoop) (art. 7:10 lid 2);
- koop met bezorging (art. 7:11, 7:13);
- koop nadat een monster/model is getoond of verstrekt (art. 7:17 lid 4);
- executoriale verkoop (executiekoop) (art. 7:19);
- koop van bederfelijke waar (art. 7:30);
- specificatiekoop (art. 7:31);
- koop van zaken met een dagprijs (art. 7:36, 7:38);
- koop van roerende zaken (art. 7:39-44; recht van reclame);
- koop op proef (art. 7:45-46);
- koop van vermogensrechten (art. 7:47-48);
- koop van een nalatenschap (art. 7:48);
- koop van time-shares van onroerende zaken (art. 7:48a-48g);
- koop op afbetaling (wordt afdeling 7.1.11; vooralsnog art. 7A:1576-1576x);
- huurkoop (wordt deel afdeling 7.1.11; vooralsnog art. 7A:1576h-1576x);
- huurkoop van onroerende zaken (wordt nieuwe afdeling 7.1.12; vooralsnog Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken).

Niet opgenomen zijn de 'inertia selling' (art. 7:7) en de ruil (art. 7:49-50), nu daar welbeschouwd van een koop geen sprake is: in het eerste geval komt geen overeenkomst tot stand, in het tweede is geen sprake van een 'prijs in geld' als bedoeld in art. 7:1.[7]

Hoewel de opgemaakte lijst lang is, kan niet worden gezegd dat de wetgever zich overdreven regelzuchtig heeft opgesteld.[8] Dit moge

7. Asser-Schut-Hijma (1994), resp. nr. 151 e.v. en nr. 9.
8. Vgl. Parl. Gesch. Boek 7, blz. 40-42.

mede blijken uit het feit dat nog een flinke rij koopvarianten is te bedenken die in de wet geen (bijzondere) regeling heeft gevonden: veilingkoop, handelskoop, fabrikatenkoop,[9] compensatiekoop,[10] sale and lease back, koop van levende have, koop op keur, koop met het recht van teruggave of van wederinkoop,[11] et cetera.

4. Rubricering(en)

De lijst is niet alleen lang, maar bovendien onoverzichtelijk. Er zal, ter opschoning van het beeld, een rubricering moeten worden beproefd.

Bezien naar de *invalshoek* van de verschillende bijzondere bepalingen, zou de volgende driedeling kunnen worden gemaakt van de typen (koop)overeenkomst waarop die bepalingen zijn betrokken.

1) Contractstypen die primair worden gekenmerkt door een bijzondere hoedanigheid van de koper en/of de verkoper: consumentenkoop (koper en verkoper), koop van een woning door een consument (koper), executiekoop (verkoper).
2) Contractstypen die primair worden gekenmerkt door het object van de overeenkomst: o.a. koop van onroerende zaken, koop van zaken met een dagprijs, koop van vermogensrechten, koop van time-shares.
3) Contractstypen die primair worden gekenmerkt door een bepaalde karaktertrek van de overeenkomst als zodanig (anders gezegd, door een bijzondere door partijen gemaakte afspraak): o.a. specificatiekoop, koop op proef, koop op afbetaling, huurkoop.

Een dergelijke wijze van clusteren is in het licht van de opgeworpen vraag niet erg vruchtbaar. Meer mag worden verwacht van een andersoortige indelingsmethode, die precies rond de relatie tussen het bijzondere en het algemene gedeelte van het kooprecht scharniert. Tegen deze achtergrond kan een driedeling als de navolgende worden gemaakt, die op het *karakter*-onderscheid tussen de verschillende gegeven wettelijke regelingen is georiënteerd.

9. Zie Sandee, Algemene voorwaarden en Fabrikatenkoop, diss. Rotterdam 1995, blz. 21 e.v.
10. Zie Mon. Nieuw BW B-65a (Wessels) (1997), nr. 20.
11. Zie Asser-Schut-Hijma, nr. 117 e.v.

I Verwijzingsstelsels, waarin, hoe ook uitgewerkt, een uitdrukkelijke verwijzing naar het algemene kooprecht centraal staat. Zie nader § 5.

II Mini-stelsels, die slechts een (zeer) gering aantal regels bevatten en daarmee een vooropgezette kleinschaligheid uitstralen. Te noemen zijn o.a. de wettelijke regels betreffende de genuskoop, de executiekoop, de specificatiekoop. Zie nader § 6.

III Grotere stelsels, die worden gekenmerkt door de aanwezigheid van een aanzienlijk aantal regels. Men denke vooral aan de consumentenkoop, de koop van time-shares, de koop op afbetaling (inclusief de huurkoop), alsmede — in de toekomst — de koop van onroerende zaken. Zie nader § 7.

5. Verwijzingsstelsels

In een aantal van de bijzondere regelingen speelt een uitdrukkelijke verwijzing naar het algemene kooprecht de — althans een — hoofdrol.

In de eerste plaats geldt dit voor de koop van vermogensrechten. Te dien aanzien bepaalt art. 7:47, dat 'de bepalingen van de vorige afdelingen van toepassing (zijn) voor zover dit in overeenstemming is met de aard van het recht'. Deze verwijzing — die strikt beschouwd een wettelijke analogie te zien geeft en niet, zoals de tekst suggereert, een rechtstreekse toepasselijkheid[12] — vindt zijn oorsprong in de omschrijving van art. 7:1, die het terrein van de koop in principe tot de zaken (stofffelijkheden, art. 3:2) beperkt houdt. Het was ook denkbaar geweest in art. 7:1 van 'goed' te spreken, waarna in een tweede lid de thans in art. 7:47 vervatte relativering voor de koop van vermogensrechten was aangebracht. Wat daarvan zij, hier volstaat de constatering dat de koop van vermogensrechten niet een afzonderlijk regime kent, maar door (een generaal-gerelativeerde versie van) het algemene kooprecht wordt beheerst.[13]

Een tweede verwijzingsstelsel is dat van de consumentenkoop. De wettelijke regeling van deze koopvorm kent weliswaar een flink aantal bijzondere bepalingen, maar vindt zijn voornaamste angel toch in het feit dat het gemene kooprecht — evenals nog algemener

12. Asser-Schut-Hijma, nr. 129.
13. Zie over de koop van vermogensrechten nader Mon. Nieuw BW B-65a (Wessels), nr. 66-87.

stukken van het overeenkomstenrecht en van het verbintenissenrecht — tot dwingend recht wordt opgewaardeerd (art. 7:6).

Het is duidelijk dat verwijzingsstelsels als hier bedoeld[14] het belang van het algemeen deel van het kooprecht niet ondergraven, maar integendeel de nuttige aanwezigheid daarvan veronderstellen en benadrukken.

6. MINI-STELSELS

Het leeuwendeel van de in § 3 opgesomde koopvarianten kent slechts een (zeer) gering aantal wettelijke bepalingen, en draagt daarmee het stempel van een welbewuste kleinschaligheid.

Bij de genuskoop, die alleen in de tweede zin van art. 7:10 lid 2 ter sprake komt, is de 'kleinheid' van de wettelijke regeling al heel opvallend. En met figuren als de koop met eigendomsvoorbehoud (art. 7:9 lid 3), de executiekoop (art. 7:19) en de specificatiekoop (art. 7:31) is het weinig anders gesteld. Het mini-stelsel heeft meestal de vorm van een los artikel of artikellid, maar kan ook in het meer geprofileerde verband van een aparte wettelijke afdeling voorkomen. Voor dit laatste zie men de koop op proef. De wet wijdt daaraan een afdeling (afdeling 7.1.9) die slechts met twee artikelen is gevuld. Haar regels betreffen zuiver het proef-element, en veronderstellen derhalve dat op de punten waarop de koop op proef zich niet van andersoortige koopovereenkomsten onderscheidt — en dat zijn de meeste —, de algemene regels van het kooprecht van toepassing zijn.

Bij de bestudering van dit soort mini-stelsels wordt telkens weer bevestigd dat geen sprake is van zelfdragende systemen, die naast het algemene deel zouden (kunnen) staan, maar slechts van incidentele bepalingen, welke de aanwezigheid van het algemene kooprecht veronderstellen en verlangen, en vanuit die solide uitgangsstelling een bepaalde regel toevoegen of (minder vaak) schrappen.

In dit licht kan men zich afvragen of het niet wat misleidend is om, zoals hierboven is geschied, (ook) met betrekking tot de mini-stelsels in termen van 'kooptypen' en 'bijzonder kooprecht' te spreken. In wezen heeft dit soort regelingen niet op een speciaal soort koop betrekking, maar veeleer op een *bepaalde situatie*, die — in

14. Zie tevens art. 7A:1576l lid 1 (huurkoop), waarover § 7 sub *iii*, en — buiten het kooprecht in eigenlijke zin — art. 7:50 (ruil).

verband met het incidentele karakter — nog tot het terrein van het algemene kooprecht is te rekenen. Men denke bij voorbeeld aan het geval dat de (ver)koop een executoriaal karakter heeft (art. 7:19) of dat de koper de verschuldigde zaak mag specificeren (art. 7:31). Er is niet veel tegen om dan te spreken van executiekoop resp. specificatiekoop, mits men zich maar realiseert dat daarmee niet ineens bijzondere rechtsfiguren ontstaan, waarvan de wettelijke regeling in een concurrentieverhouding zou (kunnen) staan tot het algemene deel van het kooprecht. Eerder is het tegendeel het geval: de dunheid van de verschillende speciale regels accentueert de centrale, onmisbare, rol van het algemene deel.

7. Grotere stelsels

Zelfs van de bijzondere koopovereenkomsten waaraan de wetgever wel een groter aantal bepalingen heeft gewijd, kan niet worden gezegd dat zij een zelfdragend regelstelsel kennen. Integendeel blijkt steeds sprake te zijn van een regeling volgens de structuur van de mini-stelsels, waarbij het verschil met een werkelijk mini-stelsel slechts van *kwantitatieve* aard is. Ter adstructie van deze stelling volgt thans een (bondig) overzicht van de 'grootste' bijzondere stelsels: de consumentenkoop (*i*), de koop van time-shares van onroerende zaken (*ii*), de koop op afbetaling, inclusief de huurkoop (*iii*), en ten slotte het wetsvoorstel betreffende de koop van onroerende zaken (*iv*).

i. Wat bevat de wettelijke regeling van de nieuwe figuur der *consumentenkoop*, gedefinieerd in art. 7:5, inhoudelijk? Na(ast) het al genoemde art. 7:6 gaat het om een tiental artikelen of gedeelten daarvan (art. 7:11, 7:13, 7:18, 7:21 leden 2-3, 7:24, 7:25, 7:26 lid 2, 7:28, 7:35), die samen bij lange na geen afgerond stelsel vormen, maar veeleer een aantal incidentele correcties aanbrengen op bepaalde aan het algemene kooprecht te ontlenen conclusies. Leunt de regeling van de consumentenkoop reeds hierin op het algemeen deel van het kooprecht, in art. 7:6 geschiedt dit eens te nadrukkelijker. Deze regime-bepaling ontdoet de artikelen 7:1 t/m 7:38 van hun regelende status en stuwt ze op tot dwingend recht, aldus de betekenis van het algemene kooprecht voor de consumentenkoop nog onderstrepend.

ii. Ten tweede de *koop van time-shares* van onroerende zaken, sedert medio 1997 beheerst door de in de kooptitel ingelaste afdeling

7.1.10A (art. 7:48a-48g).[15] Deze relatief gedetailleerde wettelijke regeling bestaat, kort gezegd, uit twee componenten: een gehoudenheid van de verkoper om gegadigden vooraf degelijk te informeren, en een tiendaagse bedenktijd ten gerieve van de koper ('afkoelingsperiode'). De gehele afdeling is van dwingend recht (art. 7:48g). Ook hier is sprake van een vanuit een specifieke invalshoek geschreven regeling, die concurrentie met het algemeen deel beoogt noch oplevert; allerlei buiten het bewuste kader te situeren kwesties — bijv. overdracht in onbelaste eigendom (art. 7:9, 7:15), conformiteit (art. 7:17), gewone rechtsmiddelen (art. 7:20 e.v.), prijsbetaling (art. 7:26) — blijven eenvoudig door het algemeen deel beheerst.

iii. Vervolgens de *koop op afbetaling* (art. 7A:1576-1576x), met inbegrip van haar in de wet nader uitgewerkte ondersoort, de *huurkoop* (art. 7A:1576h-1576x).[16] Analyseert men de wettelijke regeling, dan komt naar voren dat zij erop is gericht de koper te beschermen in verband met de periodiciteit van zijn betalingen (dwingend recht, art. 7A:1576a). Zo gaat de wet boeteclausules tegen (art. 7A:1576b), waakt zij tegen vervroegde opeisbaarheid (art. 7A:1576c) en tegen disproportionele zekerheidsstelling (art. 7A:1576f). Met betrekking tot de huurkoop, waarbij de koper pas bij de laatste afbetaling eigenaar wordt (art. 7A:1576h), is een verdere bescherming van de koper gelegen in het vormvereiste van een akte (art. 7A:1576i-j); voorts bestaan hier nadere regels ter zake van genot, gebruik en vruchten (art. 7A:1576m-1576n), alsmede ten aanzien van de mogelijkheden voor de verkoper om de zaak terug te nemen en de bevoegdheid van de koper om de zaak in te lossen (art. 7A:1576q e.v.). De conclusie luidt dat ook de uitvoerige regeling van koop op afbetaling en huurkoop welhaast eendimensionaal mag heten, en voor het overige op de aanwezigheid van het algemene kooprecht rekent. Veelzeggend is trouwens art. 7A:1576l lid 1, luidende: 'De verkoper is verplicht de verkochte zaak aan de koper te leveren door aan deze de macht over de zaak te verschaffen. Op zijn verdere verplichtingen zijn de bepalingen van de eerste, tweede en derde afdeling van titel 1 van Boek 7 van toepassing'. Daarmee is de betrokken regeling ten dele een verwijzingsstelsel als in § 5 bedoeld, waarmee zij eens te

15. Zie hierover o.m. Van Velten, WPNR 6209 (1996); Van der Beek, NTBR 1997, p. 91-93.
16. Dat op dit terrein vooralsnog de oude wetgeving is geconsolideerd, maakt voor het betoog geen noemenswaard verschil.

meer afvalt als potentiële concurrent voor het algemene kooprecht.

iv. Ook het wetsvoorstel betreffende de *koop van onroerende zaken*[17] brengt in het beeld geen verandering. Het voorstel voorziet in twee volledig nieuwe artikelen, welke de bescherming van de consument/koper van een woning met betrekking tot zijn gebondenheid aan de overeenkomst (art. 7:2) en een algemene inschrijfbaarheid van de koop in de openbare registers (art. 7:3) tot onderwerp hebben; bovendien worden artikelleden voorgesteld inzake vooruitbetaling van de prijs (art. 7:8, 7:26). Voor het overige blijft ook met betrekking tot de onroerende zaken de waarde van het algemene kooprecht ten volle overeind.

8. (Tussen)balans

Het vorenstaande leidt tot de conclusie, dat het algemene deel van het kooprecht van de aanwezigheid van bijzondere regelingen weinig heeft te duchten. Met recht kan juist het tegendeel worden betoogd: hoe meer onderdanen, hoe nuttiger de vorst, en hoe sterker diens troon.

Met de beschouwing van het algemene kooprecht in relatie tot (alleen) de bijzondere koopregelen — concurrentie 'van beneden' — is evenwel nog niet alles gezegd. De positie van een stuk wetgeving als het onderhavige kan ook van andere zijden worden aangeknaagd. In de eerste plaats kan men denken aan krachten 'van boven': annexatie door Boek 6 of wellicht Boek 3. In de tweede plaats zijn er *naast* de in § 3 geschetste hiërarchische kolom nog potentiële concurrenten aanwijsbaar; bij deze mededingers 'van opzij' — van andere dan nationaal-wettelijke aard — is met name te denken aan het Weense Koopverdrag (CISG) en aan de veelsoortige in de (handels)praktijk gevolgde standaarden. Bezien wij deze andere dimensies nader.

9. Boeken 3 en 6

De koop is het prototype van de overeenkomst; in de loop der eeuwen is zij steeds een voortrekkersrol voor het overeenkomstenrecht blijven vervullen. Mede hierdoor heeft de koop zowel in de theorie als in de praktijk van het contractenrecht een sleutelpositie: er blijft niet veel — althans niet veel coherents — over, wanneer men tracht zich het

17. Zie hierover o.m. Van Velten, WPNR 6138-6140 (1994); Asser-Schut-Hijma, nr. 134 e.v.

contractenrecht zonder de koop voor te stellen. Iets soortgelijks geldt voor het rechtshandelingenrecht en, enigszins verdund, voor het verbintenissenrecht.

Uit competitief oogpunt heeft de open verbinding met de hogere niveaus voor de kooptitel niet uitsluitend voordelen. Soms blijkt een op het terrein van de koop ontwikkelde regel dermate succesvol, dat de wetgever het geboden acht hem van het kooprecht over te hevelen naar een algemener kader: overeenkomstenrecht, verbintenissenrecht, vermogensrecht. Bekende voorbeelden zijn de exceptio non adimpleti contractus, die vroeger in de kooptitel stond (art. 1514 en 1550 (oud)) maar thans in het overeenkomstenrecht is geplaatst (art. 6:262), en de regeling inzake de handelingsonbevoegheid van ambtsdragers, die vanuit de koop (art. 1504-1506 (oud)) zelfs de sprong naar het algemene vermogensrecht heeft gemaakt (art. 3:43). Het ligt in de rede dat de toekomst nog weer andere opwaartse bewegingen te zien zal geven. Een ambitieuze kandidaat is de bepaling van art. 7:4: wanneer een koop is gesloten zonder dat de prijs is bepaald, is de koper een redelijke prijs verschuldigd.[18] Zowel in de Unidroit Principles of International Commercial Contracts (art. 5.7) als in de Principles of European Contract Law (art. 2.101) heeft deze benadering van de prijs reeds de status van contractenrechtelijk principe weten te verwerven.

Op het kooprecht, althans op de meer algemene bepalingen daarvan, wordt dus een zekere zuigkracht uitgeoefend door de Boeken 3 en 6. Is dit bedreigend voor de positie van het algemene deel van het kooprecht? De vraag mag stellig ontkennend worden beantwoord. Het gaat hier om een beperkt aantal incidentele regels, die binnen het kooprecht tot de (heel) algemene behoren, en die bij hun vertrek veeleer een vage herinnering dan een gapend gat achterlaten. De harde kern van het kooprecht wordt — net als bij de andere bijzondere overeenkomsten — gevormd door de wettelijke vastlegging van de rechten en plichten die de partijen bij het bewuste type overeenkomst op zich nemen. Deze nucleus laat zich naar zijn aard niet veralgemeniseren. Zolang in de wetgeving een plaats — ja zelfs een Boek — is ingeruimd voor de bijzondere overeenkomsten, zullen daarin *in ieder geval* de centrale kenmerken van de respectieve over-

18. Parallelle bepalingen geven art. 7:405 lid 2 (opdracht), art. 7:601 lid 2 (bewaarneming) en ontwerp-art. 7.12.3 (aanneming van werk).

eenkomsttypen met aandacht moeten worden behandeld, d.w.z. de punten waarop koper en verkoper, huurder en verhuurder, bewaarnemer en bewaargever, borg en schuldeiser, zich onderscheiden van contractspartijen in algemene zin. Dat zich uit de periferie af en toe een regel weet los te maken, is voor die kern en haar voortbestaan indifferent.

10. Weens Koopverdrag

Bij de krachten buiten de hiërarchische kolom is vooraleerst het Weense Koopverdrag (CISG) van 1980 van belang, waaraan, over de gehele wereld verspreid, tientallen staten deelnemen. Sedert 1 januari 1992 is dit verdrag ook voor ons land van kracht.[19]

De concurrentie die het Weense Koopverdrag het nationale kooprecht aandoet, is niet groot. Dit heeft twee oorzaken. In de eerste plaats heeft het verdrag slechts een beperkt toepassingsbereik: het heeft alleen betrekking op — kort gezegd — de internationale koop van roerende zaken (art. 1 CISG), terwijl bovendien nog een aantal uitzonderingen wordt gemaakt (art. 2 CISG).[20] In de tweede plaats is het Koopverdrag in die zin weinig competitief, dat het partijen toestaat zijn toepasselijkheid uit te sluiten (art. 6 CISG), van welke mogelijkheid in de praktijk frequent gebruik wordt gemaakt.[21]

Het Weense Koopverdrag geeft overigens, ondanks zijn geringe 'bite', nog aanleiding tot een juist in het verband van dit opstel interessante observatie: evenals zijn kleinschaliger voorgangers LUF en LUVI, biedt het Koopverdrag een zeker tegenwicht aan de zojuist geschetste zuigkracht van de algemener niveaus ten detrimente van het kooprecht. Het verdrag immers behandelt tal van onderwerpen die in onze wet in het rechtshandelingen-, overeenkomsten- of verbintenissenrecht zijn geregeld, en blaast daarmee de historische aanspraken van het kooprecht op de bewuste regels nieuw leven in. Zo bevat het Koopverdrag een regeling van aanbod en aanvaarding (art. 14 e.v. CISG; ten onzent in het overeenkomstenrecht), van de werking van verklaringen (art. 15, 24 CISG; ten onzent in het rechtshandelingen-

19. Trb. 1981, 184; Trb. 1991, 30.
20. Zo worden o.m. consumentenkoop, veilingkoop en executiekoop nog uitgezonderd; zie art. 2 CISG.
21. Een houding waar overigens niet veel grond voor lijkt te bestaan; zie o.m. Asser-Schut-Hijma, nr. 55, met vermelding van meer vindplaatsen.

recht), en van de sancties in geval van een tekortkoming (art. 45 e.v. CISG; ten onzent in het verbintenissen- en het overeenkomstenrecht). Het kooprecht en de hogere niveaus zijn ook in dit internationale perspectief 'inextricably linked', maar thans met het kooprecht in de rol van sterke partij.

11. Standaardcontracten

Op het terrein van de koop wordt niet zelden gebruik gemaakt van gestandaardiseerde contracten; men denke aan het gebruik van algemene inkoop- of verkoopvoorwaarden, aan de hantering van een modelovereenkomst bij de koop van onroerende zaken, en aan het terrein van de handelskoop, waar dikwijls op basis van vaste formulieren wordt gecontracteerd.

Zulk een zelfregulering door partijen vormt voor de positie van het wettelijke kooprecht geen reële bedreiging. In de eerste plaats blijven er allerlei terreinen aanwijsbaar waarop niet met standaarden pleegt te worden gewerkt, en waarop dus aan wettelijk houvast onverkort behoefte blijft bestaan. Ten tweede bouwen contractuele regelingen niet zelden op het wettelijke kooprecht voort, zodat de wetgeving reeds om die reden niet kan worden gemist. In de derde plaats heeft de wetgever de contractsvrijheid in bepaalde opzichten willen beteugelen. Die wens heeft niet alleen in een aantal bijzondere bepalingen, maar ook in een dwingend-verklaring van de algemene koopregels geresulteerd (art. 7:6, consumentenkoop); deze wetgevingstechniek heeft de bedoelde algemene regels eens te meer onmisbaar gemaakt.

12. Eindbalans

Bij het opmaken van de eindbalans blijkt het 'algemeen deel' van het kooprecht er niet slecht voor te staan. De vele — nog in aantal groeiende — bijzondere regelingen onderstrepen de noodzaak van algemene koopbepalingen eerder dan dat zij deze ondermijnen; dit geldt niet alleen voor de verwijzingsregels (§ 5) en voor de mini-stelsels (§ 6), maar ook voor de meer uitgewerkte regelingen (§ 7). De Boeken 3 en 6 oefenen weliswaar een zekere zuigwerking uit, maar doen dat slechts op geringe schaal (§ 9); omgekeerd is, in internationaal verband, een tegenkracht merkbaar ten gunste van het kooprecht (§ 10). Ook het gebruik van standaardcontracten maakt het wettelijke kooprecht geenszins overbodig (§ 11).

Een en ander samen nemende, kan de slotsom bondig zijn: het is er verre van, dat het 'algemeen deel' van het kooprecht zou zijn of worden ondergraven, uitgehold of aangeknaagd.