



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Over communicatie en differentiatie bij ontbinding van wederkerige overeenkomsten

Jong, G.T. de

Citation

Jong, G. T. de. (2003). Over communicatie en differentiatie bij ontbinding van wederkerige overeenkomsten. *Bw-Krant Jaarboek, 19*, 75-90. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36653>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36653>

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

Over communicatie en differentiatie bij ontbinding van wederkerige overeenkomsten

*G.T. de Jong**

1. INLEIDENDE OPMERKINGEN

1.a Twee uitgangspunten

De sanctie van ontbinding van een wederkerige overeenkomst kan worden ingezet bij een tekortkoming aan één van beide kanten, die het evenwicht van de uit die overeenkomst voortvloeiende over en weer verplichte prestaties verstoort. Onverbrekelijk daarmee is echter verbonden, dat ontbinding niet aan de orde kan zijn wanneer de tekortkoming haar niet rechtvaardigt. De vraag die het recht moet beantwoorden is: wanneer is dat het geval?

Richtinggevend bij de beantwoording is het gekozen uitgangspunt van waaruit de problematiek wordt beschouwd. Is het dat waarin de ontbinding min of meer als een ‘ultimum remedium’ wordt gezien, en waarbij er dus impliciet van wordt uitgegaan dat de gebondenheid van partijen bij een wederkerige overeenkomst niet alleen geldt voor ‘the better’ maar ook voor een zekere mate van ‘the worse’? Of ligt de keus bij het benadrukken van de aanvankelijke balans tussen de prestaties als reden voor de verbondenheid van partijen? Dan geeft – zoals in art. 6:265 BW het geval is – een verbreking hiervan door een tekortkoming aan de éne zijde de andere partij in beginsel de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden, waarbij de ‘tenzij-clausule’ waakt voor een ontbinding die een te ver gaande sanctie vormt gezien de omstandigheden van het geval.

1.b Discussie

Bovenstaand dilemma is reeds enige tijd onderwerp van discussie. Een aanzienlijke groep schrijvers stelt zich op het hierboven als eerste genoemde standpunt, waarbij twee benaderingen kunnen worden onderscheiden. Namelijk enerzijds die, waarbij ontbinding pas mag

* Mr. G.T. de Jong is universitair hoofddocent aan de Rijksuniversiteit Groningen.

worden ingezet als de schuldeiser niet via andere rechtsmiddelen voldoende zijn belangen kan beschermen nu de tegenpartij tekortschiet, en anderzijds die welke ontbinding slechts mogelijk acht bij een wezenlijke tekortkoming.¹ Bij deze terughoudende opvatting hebben zich meerdere schrijvers aangesloten, waarbij op verschillende aspecten de nadruk wordt gelegd. Zo staan onder meer Nieuwenhuis, Hammerstein en Vranken een aanpak van de ontbindingsproblematiek voor in de sfeer van wijzigingsmogelijkheden, waarbij de schuldeiser van ontbinding moet afzien wanneer het nadeel dat door de niet-nakoming wordt veroorzaakt kan worden weggenomen door aanpassing van de overeenkomst.² Ook worden in verband met het mogen invoeren van de ontbindingsbevoegdheid de beginselen van subsidiairiteit en proportionaliteit naar voren gebracht.³

De aanhangers van de terughoudende opvatting hebben echter de Hoge Raad niet kunnen overtuigen. Deze blijft het recht op ontbinding voorop stellen, en wijst zowel de leer van het redelijk alternatief als die van de wezenlijke tekortkoming van de hand (HR 24 november 1995, NJ 1996, 160, Tromp/Regency; HR 27 november 1998, NJ 1999, 197, De Bruin/Meiling en HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208, Twickler/R.). Hiermee geeft de Hoge Raad de schuldeiser de vrije hand in de wijze waarop hij op een tekortkoming wil reageren: door het vorderen van nakoming, schadevergoeding of ontbinding. Pas wanneer de schuldenaar aantoonbaar, dat ontbinding een te vergaande reactie is valt deze mogelijkheid af. De Hoge Raad staat niet alleen in de bevestiging van het wettelijk uitgangspunt, maar wordt daarin

1. F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993 resp. Hartlief, *Ontbinding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.
2. J.H. Nieuwenhuis, 'Vernietigen, ontbinden of aanpassen. Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?' *WPNR* 6164, 6165 (1995); *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Mon. Nieuw BW A-10 (Hammerstein en Vranken), Deventer: Kluwer 2003, nr. 43 en 53.
3. Bijvoorbeeld M.M. Stolp, 'De bevoegdheid tot ontbinding ex art. 6:265 lid 1 BW in het licht van de subsidiairiteit en de proportionaliteit', *NTBR* 2000/8, p. 352 e.v.

krachtig ondersteund door een deel van de doctrine, waarvan ik de namen Hartkamp en De Vries noem.⁴

Overigens relateert Hijma het onderscheid tussen beide opvattingen door er op te wijzen, dat de gedachten van de terughoudende opvatting allengs kunnen leiden tot een meer intensieve toepassing van de uitzonderingsformule van art. 6:265 BW, zodat zij via de achterdeur toch hun invloed zullen uitoefenen.⁵ Kort geleden heeft Valk zich hierbij aangesloten door te betogen, dat – hoewel natuurlijk een verschil tussen de beide opvattingen bestaat – de gevolgen daarvan minder groot zijn dan men zou kunnen denken, door de ruimte die de Hoge Raad de feitelijke rechter laat bij de toepassing van art. 6:265 BW.⁶

2. PROBLEEMSTELLING

Drie factoren bepalen met name hoe gemakkelijk de sanctie van een ontbinding ligt binnen het bereik van de contractspartij, die wordt geconfronteerd met een tegenpartij die niet aan zijn verplichtingen voldoet: (i) de tekortkoming in concreto en de mate waarin een ontbinding daarmee in evenwicht is gezien de onderlinge verhouding van partijen en de mogelijke andere maatregelen van de teleurgestelde schuldeiser; (ii) het antwoord op de vraag of aan de ontbinding een ingebrekestelling dan wel een mededeling anderszins aan het adres van de schuldenaar dient vooraf te gaan; (iii) of een ontbinding moet worden tweeweg gebracht door een rechterlijke uitspraak dan wel met een partijverklaring kan worden volstaan (waarbij het uitmaakt of deze alleen schriftelijk of ook mondeling kan geschieden).

4. Asser/Hartkamp 4-II (2001) nr. 516; G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 146; Zie voor een overzicht inzake de onderscheidene visies bijvoorbeeld T. Hartlief en M.M. Stolp in Smits/Stijns, *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia Rechtswetenschappen 2000, p. 245 e.v.
5. Noot onder HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 (Twickler/R.) sub 5 en Asser/Hijma 5-I (2001), nr 497.
6. W.L. Valk, 'Het recht op ontbinding in de praktijk van de rechtspraak', *NTBR* 2003/3, p. 132 e.v.

In de discussie over de meest wenselijke aanpak van de ontbindingsproblematiek heeft in feite steeds het sub (i) weergegeven criterium centraal gestaan. In aansluiting daarop vraag ik in het navolgende aandacht voor het sub (ii) genoemde vereiste, dat ik zal aanduiden met de term ‘communicatie’. Vooral wil ik stilstaan bij de nauwe samenhang die kan bestaan tussen deze twee factoren. Ik concentreer mij op de volledige ontbinding en laat daarmee de prijsvermindering en andere vormen van gedeeltelijke ontbinding buiten beschouwing.

Bij de bespreking van deze problematiek zal in het kader van deze bijdrage de internationale dimensie aan de orde komen door aandacht te schenken aan het Weense Koopverdrag (nr. 3) en de PECL (nr. 4). Tevens zal worden gekeken naar de regeling zoals die voor het Duitse recht in het BGB is vervat sinds de wijzigingen die per 1 januari 2002 zijn doorgevoerd (nr. 5). Daarna wordt aandacht geschonken aan een aantal aspecten van de ontbinding in Boek 6 en 7 BW (nr. 6), waarna enkele concluderende opmerkingen volgen (nr. 7).

3. HET WEENSE KOOPVERDRAG

Vaak wordt benadrukt, dat de internationale koopverdragen een fundamenteel andere benadering van ontbinding wegens een tekortkoming hebben dan het Nederlandse recht, omdat daarbij – in tegenstelling tot art. 6:265 BW – maatgevend is, of de tekortkoming ‘wezenlijk’ is. Bij nadere beschouwing blijkt echter het beeld genuanceerder te zijn. Ik beperk mij tot het Weense Koopverdrag.

De artikelen 49 en 64 CISG in lid 1 sub a stellen inderdaad voorop, dat ontbinding een ‘fundamental breach of contract’ vereist. Opvallend is echter dat zowel in artikel 49 als artikel 64 daaraan sub b wordt toegevoegd, dat bij te laat leveren of betalen ook ontbinding mogelijk is, wanneer door de schuldeiser een termijn is gesteld die de schuldenaar niet heeft benut. Hierbij wordt teruggesproken op de artikelen 47 en 63, die de mogelijkheid van een dergelijke ‘additional period of time of reasonable length for performance’ formuleren.

Daarmee is in gevallen van te laat presteren ook ontbinding mogelijk buiten de gevallen van ‘fundamental breach’. Men kan het ook zo zeggen: door de termijnstelling is de discussie of de tekortkoming al dan niet ‘fundamental’ is voorkomen. Schlechtriem stelt als belangrijkste functie van het stellen van een termijn door de koper, dat hij bevrijd is van de verplichting aan te tonen dat de verkoper wezenlijk

tekortschiet. Het stellen van een termijn is zo in geval van te laat presteren de meest veilige aanloop tot ontbinding.⁷ Want door de termijnstelling wordt de discussie of de tekortkoming al dan niet ‘fundamenteel’ is overbodig.

4. DE PECL

Ook de PECL kennen in art. 9: 301 het systeem van ontbinding bij een wezenlijke tekortkoming (waarvan een drievoudige invulling is te vinden in art. 8:103), welk vereiste erop lijkt te wijzen dat voor het gebruik van ontbinding krachtens de PECL een hogere drempel wordt opgeworpen dan in art. 6:265 BW. De Vries⁸ stelt echter, dat hoewel er zeker een verschil in uitgangspunt is, het verschil in uitwerking tussen de regelingen van de PECL en het BW minder groot is dan het lijkt. Als één van de redenen daarvoor noemt hij, dat de PECL in geval van te laat presteren de mogelijkheid kennen van het stellen van een termijn door de schuldeiser, na afloop waarvan ontbinding mogelijk is ook dan wanneer de vertraging niet kan worden aangemerkt als een wezenlijke tekortkoming (art. 8:106 par. 3).

Ook hier kan dus, evenals in het Weens koopverdrag, een ontbinding bij een te laat presteren eerder binnen de mogelijkheden van de schuldeiser komen dan op de enkele grond van het vereiste van de wezenlijke tekortkoming zou zijn te verwachten. De reden hiervoor is het contact tussen schuldeiser en schuldenaar in de vorm van een termijnstelling, waardoor de schuldenaar bedacht kan zijn op de sanctie van een ontbinding bij het negeren hiervan.

De Vries voert voor zijn stellingname, dat het verschil tussen de PECL en het BW voor wat betreft ontbindingsvereisten minder groot is dan op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn, nog meer argumenten aan. Daarvan wil ik er hier nog één vermelden, omdat deze in het kader van het aandachtspunt ‘communicatie voor ontbinding’ van belang is. Gesteld wordt, dat de enkele ‘non-performance’ bleekjes kan afsteken bij onze tekortkoming; de reden daarvoor is dat dit

7. Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press 1998, art. 47 aant. 2; zie ook art. 64 aant. 8. Vergelijk hierover ook Hartlief, *Ontbinding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, nr. 7.3.5.2, die op een soortgelijke benadering in het Engelse recht wijst.
8. G.J.P. de Vries, *Remedies op grond van niet-nakoming van internationale contracten in het licht van de PECL*, Deventer: Kluwer 2002, p. 52 e.v.

begrip niet de ingebrekestellingeis kan omvatten, zodat in dat opzicht in het vereiste van ‘fundamenteel’ non-performance voor ontbinding daarvoor een element van compensatie kan zijn gelegen. De schuldenaar hoeft pas bij een wezenlijk tekortschieten de sanctie van ontbinding te verwachten omdat hij niet een uiterste termijn van presteren aangezegd heeft gekregen.

5. HET BGB

Het BGB kent – anders dan het BW – een afzonderlijke benadering van ontbinding en schadevergoeding. Want volgens par. 323 BGB is het recht op ontbinding in het nieuwe Duitse recht niet gekoppeld aan verzuim in die zin, dat wanneer sprake is van verzuim de schuldeiser daarom ontbindingsbevoegd is. Par. 286 BGB vereist in beginsel een aanmaning voorafgaande aan verzuim, dat op grond van par. 280 abs. 2 BGB aansprakelijkheid voor vertragingsschade meebrengt. Par. 323 BGB formuleert als uitgangspunt dat aan ontbinding een termijnstelling vooraf dient te gaan (veelal aangeduid met de term ‘Nachfrist’). Voor het kunnen vorderen van vervangende schadevergoeding is eveneens een ‘Nachfrist’ vereist (par. 281 BGB).

Door het vereiste van de ‘Nachfrist’ wordt er derhalve voor gewaakt, dat de schuldenaar voorafgaand aan de ontbinding uitdrukkelijk erop gewezen wordt dat de schuldenaar staat op nakoming binnen een bepaalde termijn.

Zagen wij in het Weense Koopverdrag en de PECL een in bepaald opzicht coulante benadering van de mogelijkheid van ontbinding bij te laat presteren, dit is eveneens het geval krachtens het BGB. Wordt in het Weense koopverdrag en de PECL het vereiste van de ‘wezenlijke’ tekortkoming bij te laat presteren buiten spel gezet wanneer aan het vereiste van een termijnstelling is voldaan, het BGB kent in het bedoelde geval evenmin nadere vereisten op het gebied van het gerechtvaardigd zijn van de ontbinding. Want eisen in die sfeer worden krachtens par. 323 BGB slechts gesteld wanneer het gaat om een gedeeltelijke dan wel een verkeerde prestatie. In het eerste geval kan de schuldeiser alleen dan het gehele contract ontbinden wanneer hij geen belang heeft bij de gedeeltelijke prestatie, in het tweede geval kan hij niet ontbinden wanneer de niet-nakoming onbeduidend is. Bij te laat presteren wordt in dat opzicht in beginsel geen drempel opge-

worpen voor het teweegbrengen van ontbinding en ligt de grens in de norm van ‘Treu und Glauben’ van par. 242 BGB.⁹

6. HET BW

6.a Afwijkingen van art. 6:265 lid 2

Inzake de communicatie tussen partijen voorafgaande aan een ontbinding is in het BW bepalend, dat krachtens art. 6:265 BW lid 2 voor ontbinding hetzij verzuim is vereist, hetzij (blijvende of tijdelijke) onmogelijkheid. In geval van onmogelijkheid van nakoming kan dus meteen worden ontbonden, terwijl in alle andere gevallen in beginsel de schuldeiser de schuldenaar een ingebrekestelling moet sturen en ontbinding pas aan de orde is wanneer de schuldenaar niet binnen de hem bij de ingebrekestelling gestelde termijn heeft gepresteerd. Hierbij moet worden aangetekend dat door de verzuim-eis in alle andere gevallen dan onmogelijkheid in feite ontbinding de secundaire mogelijkheid is voor de schuldeiser.

Signaleerd kan echter worden, dat afwijking van het wettelijk stelsel voor wat betreft het contact tussen partijen voorafgaand aan ontbinding in twee opzichten mogelijk blijkt te zijn: soms geldt een vereiste in de sfeer van berichtgeving waar de algemene regeling anders zou meebrengen, soms wordt verzuim niet als voorwaarde gesteld hoewel dit volgens art. 6:265 lid 2 wel het geval zou zijn. Dit is niet verwonderlijk. Want het zijn de redelijkheid en billijkheid die bepalen, of een ontbinding gerechtvaardigd is,¹⁰ en deze kunnen vanzelfsprekend ook hun uitwerking hebben op het gebied van de communicatie tussen partijen voorafgaand aan de ontbinding. Aan het éne einde van het spectrum zien wij het arrest Van Bommel/Ruijgrok, aan het andere einde de ontbinding bij consumentenkoop in art. 7: 22 lid 2 BW. Dit kan als volgt worden toegelicht.

Het bekende arrest Van Bommel/Ruijgrok (HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128) betreft een situatie, waarin een verhuurster van een woning zo slecht aan haar onderhoudsplicht voldoet, dat het gebruik daarvan geheel of in ieder geval in belangrijke mate wordt verhinderd. De

9. *Münchener Kommentar BGB*, Ernst Bd. 2a (2003) par. 323 RdNR. 49.

10. Asser/Hartkamp 4-II (2001), nr. 516.

Hoge Raad plaatst deze situatie in het kader van het begrip tijdelijke onmogelijkheid (en wel van de nakoming van de uit art. 7A:1588 BW voortvloeiende verplichting in te staan voor gebreken aan het verhuurde), zodat volgens het wettelijk systeem voor ontbinding geen voorafgaande ingebrekestelling is vereist. Opmerkelijk is echter dat de Hoge Raad toch een zekere mate van communicatie tussen beide partijen als voorwaarde formuleert: de huurster kan slechts ontbinden, wanneer zij van de gebreken mededeling heeft gedaan aan de verhuurster, zodat deze maatregelen tot herstel kan nemen. Deze voorwaarde geldt alleen dan niet, wanneer de huurster stelt en bewijst, dat de verhuurster reeds op de hoogte is van de gebreken.¹¹

De waarschuwingsplicht vloeit voort uit – het zal niemand verbazen – de redelijkheid en billijkheid. Die kunnen derhalve meebrengen, dat in een geval waarin volgens de uitgangspunten van de wettelijke regeling geen contact tussen partijen hoeft te zijn in de vorm van een ingebrekestelling, toch anderszins een zekere mate van communicatie tussen partijen moet plaatsvinden.

Omgekeerd blijkt het ook mogelijk te zijn, dat in een situatie waarin volgens de algemene regeling verzuim en dus een ingebrekestelling is vereist voorafgaand aan ontbinding, dit wegens de omstandigheden van het geval (waaronder ook de hoedanigheid van partijen) niet nodig is. Deze variant kan worden gesignaleerd in art. 7:22 lid 2 BW. De bepaling bevat een specifieke regeling voor de ontbinding door de consumentkoper voor het geval het afgeleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt, welke regeling is gebaseerd op de EG-richtlijn consumentenkoop.¹² De regeling houdt in, dat de consumentkoper pas mag ontbinden, wanneer herstel en vervanging onmogelijk zijn ofwel van de verkoper niet kunnen worden geleverd, dan wel de verkoper tekort is geschoten in de verplichting die is neergelegd in art. 21 lid 3 van boek 7 BW. De verzuimeis ontbreekt daarbij. Beschouwen wij deze gevallen nader in vergelijking met art. 6:265 lid 2.

De eerste situatie is duidelijk: nakoming is onmogelijk. Een ontbindingsbevoegdheid zonder nadere vereisten is dan geheel in overeenstemming met het bepaalde in art. 6:265 BW. Hetzelfde geldt

11. Het arrest HR 11 januari 2002, NJ 2003, 255 inzake Schwartz/Gnjatovic vat schending van duurverplichtingen onder blijvende onmogelijkheid, hetgeen echter aan de mededelingsplicht geen afbreuk zal doen.

12. Richtlijn 1999/44, PbEG 1999, L171/12.

voor de tweede situatie, namelijk die waarin herstel of vervanging niet van de verkoper gevergd kunnen worden. Dit is een voorbeeld van relatieve onmogelijkheid van nakoming, waarvan bijzonder is dat zij nader is gepreciseerd in art. 7: 21 lid 5 BW: herstel of vervanging kan bij een consumentenkoop van de verkoper niet worden gevergd indien de kosten daarvan in geen verhouding staan tot de kosten van uitoefening van een ander recht of een andere vordering die de koper toekomt, gelet op de waarde van de zaak indien zij aan de overeenkomst zou beantwoorden, de mate van afwijking van het overeengekomene en de vraag of de uitoefening van een ander recht of een andere vordering geen ernstige overlast voor de koper veroorzaakt.

Tot zover geen verrassingen, omdat wij geheel het stramien van art. 6:265 volgen. Vervolgens moeten wij stilstaan bij het laatste gedeelte: ontbinding is zonder nadere vereisten mogelijk wanneer de verkoper niet voldoet aan zijn verplichtingen op grond van art. 7:21 lid 3. Daarin is neergelegd dat de verkoper verplicht is om, mede gelet op de aard van de zaak en op het bijzondere gebruik van de zaak dat bij de overeenkomst is voorzien, binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper, te zorgen voor aflevering van het ontbrekende, herstel of vervanging.

Stemt het ontbreken van de verzuim-eis voor dit geval overeen met de regeling van art. 6:265 of kan hier een afwijking worden geconstateerd?

Men kan bij schending van de verplichting van art. 7:21 lid 3 BW in dit verband drie opmerkingen maken. Ten eerste dat het hier gaat om een verplichting van de verkoper binnen een redelijke termijn voor juiste nakoming te zorgen. Doet hij dit niet, dan zou men kunnen stellen dat er sprake is van onmogelijkheid tot nakoming van deze wettelijke plicht zodat het ontbreken van de verzuim-eis geheel overeen stemt met de algemene regeling. Waar het echter in feite gaat om een geval waarin de verkoper zeer wel kan nakomen lijkt mij de benadering van onmogelijkheid niet de juiste weg. Ten tweede zou men kunnen verdedigen, dat een verkoper die niet voldoet aan zijn nakomingsverplichting van rechtswege in verzuim geraakt. Nu de redelijkheid en billijkheid ook buiten de expliciete gevallen van art. 6:83 BW verzuim zonder voorafgaande ingebrekestelling kunnen meebrengen, en volgens een deel van de doctrine onder omstandigheden vergeefse herstelpogingen tot verzuim van rechtswege kunnen

leiden,¹³ zal dit soms het geval kunnen zijn. Echter niet-nakoming van de verplichting van art. 7:21 lid 3 BW zal niet altijd om die reden leiden tot verzuim van rechtswege. Ten derde zou men in de tekst van de bepaling een impliciet verzuimvereiste kunnen lezen: er wordt gesproken van tekortschieten in de verplichting van art. 7:21 lid 3 BW en de term tekortschieten impliceert bij gevallen waarin nakoming mogelijk is dat het verzuim is ingetreden.¹⁴ Een impliciete verzuimeis lijkt echter niet waarschijnlijk wanneer wij de wetsgeschiedenis in ogenschouw nemen. Aanvankelijk hinkten de gedane voorstellen in dit opzicht op twee gedachten. Want enerzijds werd weliswaar in art. 7:21 lid 3 voorgesteld, dat wanneer de verkoper niet binnen een redelijke termijn of zonder overlast tot aflevering van het ontbrekende, herstel of vervanging zou overgaan, de koper zou kunnen ontbinden zonder dat verzuim was vereist, anderzijds impliceerde het voorgestelde lid 2 van art. 7:22 BW voor het bedoelde geval wel de verzuimeis. De Nota naar aanleiding van het Nader Verslag gaat in op deze kwestie¹⁵ en stelt uitdrukkelijk, dat volgens de richtlijn en het wetsvoorstel in geval de verkoper zijn in art. 7:21 lid 3 BW neergelegde verplichting niet nakomt, de consumentkoper meteen kan ontbinden, zodat het verzuimvereiste geen zin heeft en kan vervallen.

Ontbinding is derhalve krachtens art. 7:22 lid 2 BW bij de schending van art. 7:21 lid 3 BW in geval van consumentenkoop een iets gemakkelijker dan normaal in te zetten middel, in die zin dat geen verzuim en dus geen ingebrekestelling wordt geëist in een geval waarin dit volgens het reguliere recht wel het geval zou zijn.¹⁶ Dit lijkt mij niet onverenigbaar met hetgeen de redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen in de verhouding van partijen waar het hier om gaat: namelijk die waarbij een consumentkoper bij zijn verkoper heeft geklaagd over nonconformiteit van het geleverde, in antwoord waarop de verkoper niet binnen een redelijke termijn en zonder enige overlast voor de koper de prestatie in overeenstemming brengt met hetgeen de koper mocht verwachten.

13. Zie hierover Verbintenissenrecht 1 (Wissink) art. 6:83 aant. 56.

14. Asser/Hartkamp 4-I (2000), nr. 307 en G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, par. 2.2.

15. Wetsvoorstel 27 809, nr. 8, p. 3.

16. Zo ook Asser/Hijma 5-I (2001), nr. 498 inzake art. 3 lid 5 van de richtlijn.

Overigens ook voor wat betreft een ander aspect kan het middel van ontbinding in geval van nonconformiteit bij consumentenkoop iets sneller voor handen zijn dan volgens art. 6:265 BW, en daarmee doel ik op hetgeen is bepaald in art. 7:22 lid 1 sub a BW. Hierin is neergelegd dat kan worden ontbonden, tenzij de afwijking van het overeengekomen, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. De oplettende lezer springt een verschil met art. 6:265 BW in het oog: daarin wordt ook de bijzondere aard van de tekortkoming genoemd als reden waarom ontbinding niet aan de orde kan zijn. Deze afwijking vindt haar oorsprong in de inhoud van de richtlijn.¹⁷ Nu de bijzondere aard van de tekortkoming in het kader van art. 6:265 niet als een belangrijk afzonderlijk toetsingscriterium wordt aangemerkt, is het verschil vooral theoretisch van aard.¹⁸

6.b Inzake hiërarchie van acties

Nu de Hoge Raad zich niet heeft aangesloten bij de stromingen, die het recht op ontbinding een minder prominente plaats toebedelen, heeft volgens het algemene recht de schuldeiser in beginsel de vrije keus tussen de mogelijkheden nakoming, schadevergoeding of ontbinding. In aansluiting op het sub 6 a behandelde dient zich in verband met deze vrije keus de volgende kwestie ter behandeling aan.

Krachtens de richtlijn consumentenkoop moet er sprake zijn van een hiërarchie van acties in die zin, dat de koper niet te snel naar het middel van ontbinding mag grijpen,¹⁹ maar eerst is aangewezen op nakoming in de vorm van herstel of vervanging. Dit in verband met de belangen van de verkoper wegens de in ander opzicht aan de consumentkoper geboden bescherming.²⁰ Wie artikel 7:22 lid 2 BW inzake nonconformiteit bij consumentenkoop leest zal tot de conclusie komen dat het inderdaad een 'getrapt' stelsel aangeeft, omdat in eerste instantie de consument zich moet richten op één van de nakomingsvarianten van art. 7:21 lid 3 indien die mogelijkheden bieden.

17. Wetsvoorstel 27 809, nr. 3, p. 9.

18. Asser/Hijma 5-I (2001), nr. 496.

19. Zie bijvoorbeeld hierover J.M. Smits, 'Naar een nieuw Europees consumentenkooprecht', *NJB* 2000/37 p. 1825 e.v. E.H. Hondius, *NTBR* 1999/5, p. 144 spreekt van een 'verslechtering in de keuze van rechtsmiddelen krachtens de richtlijn ten opzichte van de algemene bepalingen.

20. Zie hierover bijvoorbeeld J.M. Smits, *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, nr. 6.1 en 6.2.

Doet zich hier een afwijking van het reguliere recht voor? Al lijkt dit op het eerste gezicht het geval, toch kan worden betwijfeld of hiervan inderdaad sprake is. Want wanneer wij echter voor ogen hebben om welke gevallen het gaat, namelijk die waarbij nakoming een reële mogelijkheid is, zou de regeling van art. 6:265 lid 2 verzuim als voorwaarde voor ontbinding stellen. Volgens de algemene regeling is ontbinding daardoor een eveneens pas in tweede instantie te benutten sanctie.

Nu echter de manier waarop de consument in art. 7:22 lid 2 naar de optie van nakoming wordt verwezen verschilt van de wijze waarop 6:265 lid 2 dit doet rijst de vraag naar de onderlinge verhouding daartussen. Wanneer mag de consument aannemen dat zijn schuldenaar is 'tekortgeschoten' in zijn nakomingsverplichting van art. 21 lid 3, zodat ontbinding binnen bereik ligt? Met welke periode van nakomen in de vorm van aanleveren van het ontbrekende, herstel of vervanging moet de consument genoegen nemen? Worden hem hier eisen gesteld die in de buurt liggen van de redelijke termijnen in een ingebrekestelling? Van de invulling op dit punt zal afhangen of door de nieuwe regeling de consument realiter langduriger is aangewezen op de nakomingsvarianten dan krachtens de gewone regeling. Met de reden voor de hiërarchie van acties – namelijk het belang van de verkoper in verband met andere voor de consument gunstige aspecten van de regeling – zou het overeenstemmen hier een (wat) langere termijn in acht te nemen. Ook het feit, dat de consument niet de moeite hoeft te nemen een ingebrekestelling te sturen kan meebrengen, dat hij iets langer geduld moet hebben dan wanneer hij dat wel had moeten doen. Het is echter de vraag of een dergelijke positiever slechtering van de consument gewenst is.

6.c Inzake ontbinding zonder voorafgaande ingebrekestelling

Naast de bijzondere regeling van de consumentenkoop vraagt ook de algemene regeling van art. 6:265 onze aandacht. Want waar de terughoudende benadering van de ontbinding veelal als 'modern' wordt betiteld, moet in herinnering worden geroepen dat in de beginfase van de totstandkoming van ons BW in een bepaald opzicht de mogelijkheid van ontbinding eveneens voorzichtig werd benaderd. Ik doel hier op de 'Nachfrist' die aanvankelijk in art. 6.5.4.6 in beginsel was vereist voor ontbinding. Dit stelsel is naderhand verlaten. Om te voorkomen dat – door het wegvallen van dit vereiste – te gemakkelijk

in geval van verzuim na het enkele verstrijken van een overeengekomen termijn zou kunnen worden ontbonden, werd gewezen op nadere mogelijkheden; ik noem daarvan hier het gerechtvaardigd zijn van ontbinding.²¹

Uitgangspunt bij het verzuim zonder voorafgaande ingebrekestelling is de niet limitatieve opsomming van art. 6:83 BW: fatale termijn, schadeplichtigheid wegens wanprestatie of onrechtmatige daad, mededeling van de schuldeiser. Destijds werden vooral vraagtekens gezet bij het verbinden van ontbindingsbevoegdheid aan verzuim zonder voorafgaand contact tussen schuldeiser en schuldenaar in geval van een overeengekomen fatale termijn. Wij hebben echter in de afgelopen jaren een ontwikkeling gezien, waarin de Hoge Raad ruimhartig omgaat met de mogelijkheid van verzuim zonder ingebrekestelling.²² Hierbij springt vooral in het oog het recente arrest Fraanje/Götte²³ waarin de Hoge Raad aangeeft dat de hanteerbaarheid (of beter gezegd de lastige hanteerbaarheid) van het wettelijk stelsel reden kan zijn voor verzuim zonder ingebrekestelling vanwege de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Verzuim zonder ingebrekestelling wordt steeds minder een uitzondering, en het is daarom dat de kwestie van ontbinding in een dergelijk geval opnieuw de aandacht vraagt, te meer daar in ons recht ontbinding door een enkele mededeling kan geschieden. Het is zaak daarbij in het oog te houden, dat de sanctie van ontbinding wezenlijk verschilt van die van schadevergoeding.

7. Enkele concluderende opmerkingen

Het wordt tijd om kleur te bekennen: het lijkt mij, dat het vooropstellen van het recht op ontbinding juist is voor een algemene basisregeling zoals art. 6:265 BW. Want wanneer het aanvankelijk door partijen beoogde evenwicht wordt doorbroken door één van hen, is naar mijn mening het uitgangspunt van een ontbinding in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid. Uiteraard moet van dit uitgangspunt kunnen worden afgeweken wanneer wegens de omstandigheden van het geval ontbinding een stap te ver is, maar een dergelijke afwijking zal moeten worden geschraagd met goede argumenten.

21. Parl. Gesch. Boek 6, onder meer p. 254 e.v.

22. Zie voor de gevallen waarin zich dit kan voordoen Verbintenissenrecht 1 (Wissink) art. 6:83 aant. 52 e.v.

23. HR 4 oktober 2002, NJ 2003, 257.

Met de enkele keus voor een bepaalde invalshoek kan echter niet worden volstaan. Want steeds wordt de reële mogelijkheid van ontbinding bepaald door de drie factoren (i) aard en zwaarte van de tekortkoming, in samenhang met de omstandigheden van het geval waaronder andere mogelijke opties voor de teleurgestelde schuldeiser; (ii) aanmaning of andere berichtgeving; (iii) partijverklaring of rechterlijke uitspraak.

De discussie over de ontbindingsregeling heeft zich vooral geconcentreerd op het sub (i) genoemde. Echter binnen elke opvatting daaromtrent moet ruimte zijn voor differentiatie voor wat betreft ontbindingsvoorwaarden en mogelijkheden, omdat ook de andere factoren van gewicht zijn. In het bovenstaande is het sub (ii) genoemd aspect aan de orde gesteld. Want het is van groot belang te (h)erkennen, dat voor de vraag of in een concreet geval ontbinding gerechtvaardigd is, ook meetelt of de sanctie van ontbinding zonder meer kan wordt ingezet, dan wel of er voorafgaand daaraan contact is geweest tussen schuldeiser en schuldenaar, hetzij in de vorm van een ingebrekestelling, hetzij anderszins.²⁴ In die zin zijn de twee eerste beide criteria niet alleen op zichzelf beschouwd van belang, maar dient ook hun wisselwerking te worden overdacht.

Illustratief zijn in dit verband de regelingen van het Weense Koopverdrag en de PECL. Hoewel daarin in beginsel een wezenlijke tekortkoming uitgangspunt is voor ontbinding, kent de benadering van te laat presteren een specifieke invalshoek: daarbij is ontbinding na een gestelde termijn steeds mogelijk en is het antwoord op de vraag of zich een wezenlijke tekortkoming voordoet overbodig. Bij te laat presteren is ontbinding dus een gemakkelijk toegankelijke reactie op niet nakomen, echter onder voorwaarde dat aan de eis van 'communicatie' is voldaan.

Ook in de nieuwe bepalingen van het BGB is bij een te late prestatie ontbinding in verhouding een relatief gemakkelijke optie, omdat een nader vereiste in de sfeer van een gerechtvaardigd zijn daarvan dan evenmin wordt gesteld.

24. Zie ook W.L. Valk, 'Uitzonderingen op het recht op ontbinding', *NbBW* 1997/5, p. 59 die stelt dat wanneer de schuldenaar een ingebrekestelling heeft ontvangen niet spoedig van de schuldeiser kan worden gevergd, dat hij met de schuldeiser nog wat geduld oefent, maar dat dit een nuance anders ligt bij verzuim zonder ingebrekestelling.

Zou niet ook in ons recht plaats moeten zijn voor uitdrukkelijke differentiatie in die zin, dat als uitgangspunt bij een te late nakoming ontbinding na een ingebrekestelling gerechtvaardigd is? Dit aspect wordt veelal impliciet aan de orde gesteld, omdat in de discussie het probleem van een gerechtvaardigde ontbinding in geval van verkeerd presteren wordt beklemtoond. Te overwegen ware echter het punt van een gemakkelijk toegankelijke ontbinding bij te laat presteren na een ingebrekestelling meer te benadrukken.

In de Duitse regeling vraagt tevens de aandacht, dat ontbinding niet als een gevolg van verzuim wordt gezien, maar als uitgangspunt een aparte 'Nachfrist' aan de schuldenaar behoeft. In die zin wordt de plicht tot het betalen van verdragings schade door de tekortschietende schuldenaar gezien als in beginsel losstaand van zijn gehoudenheid een ontbinding te accepteren. Hierdoor worden wij er bij bepaald, dat de koppeling van ontbindingsbevoegdheid aan verzuim zoals in ons BW niet een vanzelfsprekendheid is. Dit speelt met name bij situaties waarin het verzuim zonder voorafgaande ingebrekestelling intreedt, omdat het intreden van verzuim de deur naar de ontbinding opent. Ik heb hier reeds eerder aandacht voor gevraagd en er daarbij voor gepleit bij de vraag of een ontbinding gerechtvaardigd is in dergelijke gevallen mee te laten wegen of er – ondanks het feit dat verzuim is ingetreden zonder ingebrekestelling – voorafgaand aan de ontbinding contact is geweest tussen schuldeiser en schuldenaar.²⁵ Ik zet dit punt met nadruk nogmaals op de agenda, omdat dit probleem zich met steeds meer urgentie aandient nu de Hoge Raad in verband met de eisen van de redelijkheid en billijkheid aan het verzuim van rechtswege ruim baan geeft.

Het gegeven, dat wij voor de consumentkoper in art. 7:22 lid 2 BW in geval van nonconformiteit van het geleverde een iets gemakkelijker ontbindingsrecht kennen dan het reguliere artikel 6:265 BW (omdat daarin de verzuimeis niet wordt gesteld) brengt mij bij het punt, dat het wenselijk kan zijn voor wat betreft het vereiste van de ingebrekestelling voor verschillende contractuele verhoudingen verschillende eisen voor ontbinding te stellen. Dit betekent, dat welke invalshoek

25. J.B. Vegter, 'Aspecten van bewind in het licht van het nieuwe testamentair bewind', *NTBR* 1992/2, p. 38 e.v.

men ook kiest, daarin in verband met de hoedanigheid van partijen plaats moet zijn voor eventuele differentiatie inzake de vereiste communicatie tussen schuldeiser en schuldenaar voorafgaand aan ontbinding.

Het aspect differentiatie leidt ons vervolgens naar een geheel andere kwestie, namelijk dat met onderlinge vergelijking van regelingen die voor heel verschillende rechtsbetrekkingen zijn bedoeld voorzichtigheid is geboden. In dit verband kunnen vraagtekens worden gezet bij het feit dat de specifieke regelingen van de internationale koopverdragen vaak voor maatgevend worden gehouden. Het lijkt mij geen uitgemaakte zaak dat bijvoorbeeld een regeling die is toegesneden op de internationale koop van roerende zaken ook geschikt is voor een algemene basisregeling. Het is daarom van belang de onderlinge vergelijking zuiver te houden in die zin, dat regelingen die voor verschillende situaties zijn bedoeld niet te luchthartig naast elkaar mogen worden gezet.

Differentiatie speelt eveneens in die zin een rol, dat de drie hierboven genoemde factoren gezamenlijk hun invloed uitoefenen, zodat vergelijking op slecht één punt tot onduidelijkheid kan leiden.

Op welke wijze men de ontbindingsregeling ook benadert – terughoudend of ruimhartig – uit het bovenstaande moge blijken dat zowel voor wat betreft de keuze voor het meest wenselijke stelsel als voor wat betreft de oplossing in een concreet geval de enkele aansluiting bij de éne of de andere opvatting niet steeds volstaat. In beide zullen de aspecten *communicatie* en *differentiatie* nadere nuancerings met zich meebrengen.