



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Het commerciële contractenrecht moet eenvoudiger en voorspelbaarder

Schelhaas, H.N.; Graaf, T.J. de; Boom, W.H. van; Akkermans, B.; Bollen, C.; Gulijk, S. van; ... ; Snel, M.

Citation

Schelhaas, H. N., & Graaf, T. J. de. (2023). Het commerciële contractenrecht moet eenvoudiger en voorspelbaarder. In W. H. van Boom, B. Akkermans, C. Bollen, S. van Gulijk, C. Jansen, C. Klaassen, ... M. Snel (Eds.), *Vooruitgedenkboek Burgerlijk Wetboek 1992-2022* (pp. 193-203). Den Haag: Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3721903>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3721903>

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

HET COMMERCIËLE CONTRACTENRECHT MOET EENVOUDIGER EN VOORSPELBAARDER

Harriët Schelhaas en Tycho de Graaf

11.1 DE COMMERCIËLE CONTRACTANT IN HET BW

Het BW ging in 1992 uit van een vrij eenzijdig beeld bij de duiding van contractspartijen: een partij is consument, dus niet handelende in de uitvoering van zijn beroep of bedrijf, of hij is een professioneel handelende partij. In het eerste geval viel de consument-contractant een groot aantal beschermingsmechanismen ten deel. In het tweede geval, wanneer professionele partijen contracteren, als uitgangspunt¹ niet: in het commerciële contractenrecht van 1992 was het beginsel van contractsvrijheid een bijna onverwoestbaar uitgangspunt, en werd slechts in een aantal gevallen bescherming geboden tegen oneerlijke contractverhoudingen.² Niet alleen het type contractspartijen was eendimensionaal, ook de wijze van contractsluiting was eenzijdig: contracten werden schriftelijk of mondeling gesloten, elektronische communicatie of contractsluiting was nog niet aan de orde.

Dertig jaar later is een pluriformer beeld in type contractanten waarneembaar dan het zwart/wit-model waar het BW van uit is gegaan. Consumenten zijn soms krachtige wederpartijen geworden die zelf ook produceren en verhandelen. Maar ook in het commerciële contractenrecht, dus in business-to-businessverhoudingen (B2B), zijn partijen een stuk veelkleuriger dan voorheen. De platformeconomie heeft het veel eenvoudiger gemaakt om een eigen onderneming te starten en (online)diensten te verrichten. Veel meer zelfstandigen zonder personeel of kleine bedrijven hebben dan ook het contractenrechtelijke podium beklommen. Verder is de mkb-sector versterkt³ en zijn aan het andere einde van het spectrum ook nog steeds de grote commerciële bedrijven krachtige contractspartijen. Ook de manier

1. In 1992 bestond al wel art. 6:235 BW, op grond waarvan onderscheid werd en wordt gemaakt tussen grote en kleine commerciële contractanten.
2. Bijvoorbeeld bij misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW), of als een beding onredelijk bezwaarend (art. 6:233 onder a BW) of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).
3. Het Nederlandse midden- en kleinbedrijf Europees vergeleken: 2. Toename mkb-bedrijven in Nederland bijna vier keer zo hoog als in Europa (CBS Publicatie), www.cbs.nl/nl-nl/longread/diversen/2021/het-nederlandse-midden-en-kleinbedrijf-europees-vergeleken/2-toename-mkb-bedrijven-in-nederland-bijna-vier-keer-zo-hoog-als-in-europa.

waarop wordt gecontracteerd is sinds 1992 veranderd. Door de opkomst van het internet worden veel meer contracten automatisch gesloten.

Wij richten ons in deze korte bijdrage aan het vooruitgedenkbok niet op de vraag of en in hoeverre kleine commerciële contractanten een andere behandeling ten deel zou moeten vallen dan de grote gemene deler in het BW, daar zijn al eerder pleidooien op gericht.⁴ In plaats daarvan beschouwen wij kritisch (en vanwege de omvang van deze bijdrage bij wijze van *capita selecta*) een aantal regels die nu voor de grotere commerciële contractanten gelden. Dat heeft twee perspectieven. In de eerste plaats gaan wij in paragraaf 11.2 eerst in op diverse beschermende bepalingen voor specifieke soorten commerciële contractanten die sinds 1992 vooral onder invloed van Europa in het BW zijn geïmplementeerd. Zij vereisen dat tevoren duidelijk is met welk type contractant wordt gecontracteerd, maar de regels sluiten wat dat betreft niet (altijd) goed aan op de snelle (online)contractsluiting die thans aan de orde is. In de tweede plaats belichten wij in de daaropvolgende paragrafen twee algemene leerstukken die wat ons betreft ook, mede door de snelle contractvorming, thans niet meer goed passend zijn voor het gros van de commerciële contractanten: de verzuimregeling (par. 11.3) en het ontbindingsregime (par. 11.4).⁵ Wij gaan daarbij soms wat radicaal en met grote stappen te werk, en gaan een gedachtenexperiment aan: welke bestaande juridische leerstukken zouden inmiddels grondig moeten worden gereviseerd, waarom en hoe? Wij kijken dus na dertig jaar BW vooruit naar nieuwe wegen.

11.2 ENIGE BIJZONDERE REGELS VOOR BEPAALDE TYPEN COMMERCIEËLE CONTRACTANTEN

Bescherming en online contractsluiting

Zoals gezegd worden door de opkomst van het internet veel meer commerciële contracten automatisch gesloten. Tegelijkertijd is de pluriformiteit van contractspartijen toegenomen en is er vanuit Europa (daardoor?) steeds meer regelgeving geïntroduceerd waarin de hoedanigheden van partijen bepalend is voor de mate waarin de wederpartij wordt beschermd. Deze technologische ontwikkeling en beschermende regelgeving sluiten niet altijd goed op elkaar aan, zeker daar waar een leverancier op het punt staat via zijn webwinkel een contract te sluiten met een afnemer en in een *split second* ex ante wil weten met wat voor soort afnemer gecontracteerd gaat worden. Dat is nodig om te bepalen aan welke informatieplichten de webwinkel zich moet houden, hoe hij moet contracteren en met welke wederpartij

4. Zie Schelhaas 2018 en recent Mak 2022, die terecht stelt: 'De "one-size-fits-all"-benadering van B2C-verhoudingen in het privaatrecht sluit niet meer goed aan bij de verwachtingen van deze tijd.'

5. Beenders & Valk tekenen ook enige bezwaren aan tegen de algemene leerstukken van o.a. ontbinding, en geven vooral aan hoe dit contractueel kan worden opgelost.

hij welke contractsbepalingen overeen mag komen. Wij illustreren dit aan de hand van een aantal voorbeelden.

Dienstverrichter of niet?

Een leverancier moet allereerst vaststellen of hij een dienstverrichter is en een dienst verricht in de zin van de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG.⁶ Is hij dat, dan moet hij meer informatieplichten nakomen (art. 6:230b en 6:230d BW), maar kan hij zijn algemene voorwaarden wel makkelijker en soms later verstrekken dan wanneer hij niet zo'n dienstverrichter is (art. 6:230b lid 6 en/of art. 6:233 onder b jo. art. 234 lid 1, in beide gevallen jo. art. 6:230c en 6:230e BW). Dat geldt echter uitsluitend als ook zijn afnemer in een lidstaat is gevestigd of woonachtig is.⁷ Juridisch gezien zou de leverancier zijn contracteerprocessen zo moeten inrichten dat aan de hand van het aangeboden product of dienst en de adresgegevens⁸ van de afnemer wordt bepaald of het dienstenregime van toepassing is, en dus aan welke informatie- en contracteerplichten moet worden voldaan. Of sprake is van een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn is echter niet altijd eenvoudig op voorhand vast te stellen, zeker niet voor een webwinkel die een groot scala aan producten en diensten aanbiedt.

Soort afnemer

Vervolgens moet de leverancier de hoedanigheid van zijn afnemer vaststellen om het risico te kunnen inschatten dat bedingen in zijn algemene voorwaarden worden vernietigd omdat ze onredelijk bezwarend zijn (art. 6:233 onder a BW). Daarvoor is nodig dat de afnemer van tevoren vaststelt of zijn wederpartij haar gehele jaarrekening openbaar heeft gemaakt,⁹ ten aanzien van haar een 403-verklaring is afgegeven of bij haar volgens het handelsregister vijftig of meer personen werken (art. 6:235 lid 1 BW). Dat zou automatisch gecheckt kunnen worden door de eigen systemen door middel van een softwareapplicatie, de zogenoemde KvK API, direct

6. Het begrip diensten is vrij ruim, zie overweging 33 Dienstenrichtlijn, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn 2007*, p. 10 en 14 en HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15, ECLI:EU:C:2018:44 (*Gemeente Appingedam*), r.o. 91.

7. Zie voor discussies over het toepassingsbereik van het dienstenregime De Graaf, 2018 p. 176-181.

8. Een IP-adres zou misschien ook kunnen, maar is vanwege het mogelijk gebruik van VPN's af te raden.

9. En dus niet een beperkte balans, zie onder verwijzing naar parlementaire geschiedenis Hof Arnhem 3 december 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AQ7056, NJ 2004/431 (*Zwartewater/Hoekman*). Uit HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:719 (*Peterson ABL/EBS*), blijkt dat het gaat om het feitelijk gepubliceerd hebben. Het is niet nodig om te toetsen of aan alle vereisten van het jaarrekeningenrecht is voldaan. De Hoge Raad benadrukt het in de parlementaire geschiedenis naar voren gebrachte belang van een eenvoudig en makkelijk te hanteren criterium.

te koppelen aan die van het handelsregister,¹⁰ maar dat is niet zaligmakend. In onze ervaring geven bedrijven wijzigingen in het aantal werkzame personen slecht door en sommige bedrijven zouden het bouwen van een API en het betalen van € 0,016 per transactie voor een handelsregistercheck wel eens te duur kunnen vinden. Automatisch checken levert dus niet altijd juiste informatie tegen aanvaardbare transactiekosten op.

Wat ons betreft is artikel 6:235 BW dus niet goed werkbaar, en we vragen ons af of het niet beter kan worden geschrapd.¹¹ Dat zou betekenen dat ook grote partijen een redelijke mogelijkheid aan hun wederpartijen moeten verschaffen om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (art. 6:233 onder b BW), en dat zij ook onredelijk bezwarende bedingen zouden mogen vernietigen (art. 6:233 onder a BW). Dat eerste is niet bezwaarlijk, zolang hier geen hoge eisen aan worden gesteld en de wijze van kennisneming uit artikel 6:230c BW op de in artikel 6:230e BW bedoelde momenten in alle gevallen voldoende wordt geacht. Dat tweede stuit evenmin op bezwaren, vanuit het oogpunt dat dit geen wezenlijk andere toets is dan het al bestaande correctiemechanisme van artikel 6:248 lid 2 BW, maar zal voor sommigen om andere redenen een brug te ver zijn. Het toetsingsmoment (inhouds- resp. uitoefeningstoetsing) en de gevolgen verschillen namelijk (vernietiging resp. het in een individueel geval geen beroep mogen doen op het betreffende beding en dus in een volgend geval misschien wel)¹² en daarmee wordt in deze visie een (te) zwaarwegende inbreuk op de contractsvrijheid gemaakt.

En dan hebben we het nog niet eens over de vraag of de bescherming van de algemene voorwaardenafdeling van toepassing is als een Nederlandse leverancier contracteert met een buitenlandse afnemer. Als die afnemer in een lidstaat gevestigd is, geldt die bescherming mogelijk wel, is hij daarbuiten gevestigd dan niet (art. 6:247 lid 2 BW).¹³

Omzetzempels en andere ingewikkelde maatstaven

Nog erger gesteld is het met regelgeving waarvan de toepasselijkheid wordt bepaald door omzetzempels. Wil een concern bepalen welke maximale betalings-termijn het, op straffe van nietigheid, in de algemene voorwaarden met een leverancier overeen kan komen, dan moet het per contracterende concernvennootschap op het moment van contractsluiting bepalen of die vennootschap 'op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten, bedoeld in arti-

10. Zie voor API's en de kosten www.kvk.nl/producten-bestellen/koppeling-handelsregister/kvk-api/ (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).

11. Zie voor deze gedachte Schelhaas 2018, p. 25-26.

12. Zie verder Loos 2017, nr. 181-187.

13. Van Bochove & De Graaf 2020 beargumenteren dat die bescherming op grond van Europees recht wel moet gelden voor Europese wederpartijen die als gevolg van art. 6:235 BW een beroep kunnen doen op art. 6:233 BW.

kel 397, leden 1 en 2 van Boek 2...’ (art. 6:119a lid 6 BW, in het verlengde van de Betalingsachterstandsrichtlijn 2011/7/EU).¹⁴ En als een supermarkt een contract wil sluiten met een boer moet de supermarkt, om de maximale betalingstermijn te bepalen, op straffe van onrechtmatigheid, eerst vaststellen wat de omzet van beide partijen is (art. 5 Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/663).¹⁵ Nog ingewikkelder is het voor een leverancier die aan een onderneming een product verkoopt waarmee data worden gegenereerd. Dan vallen bedingen in diens algemene voorwaarden met betrekking tot toegang en gebruik van die data volgens de conceptdataverordening dwingendrechtelijk onder zwarte en grijze lijsten als hij contracteert met ‘een micro-, kleine of middelgrote onderneming in de zin van artikel 2 van de bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG’.¹⁶ Die bijlage bevat kwantitatieve criteria met betrekking tot aantal werkzame personen, jaaromzet en jaarlijks balanstotaal tijdens een referentieperiode en in groepsverband.

Al dit soort maatstaven zijn misschien hanteerbaar in het kader van ingewikkelde, maandenlange aanvragen voor grote EU-subsidies, maar onwerkbaar als je in een webshop in een *split second* automatisch wilt bepalen welke contractsbepalingen je met welke afnemer overeen mag komen teneinde de juiste bepalingen aan de juiste afnemer voor te schotelen.¹⁷ Het bepalen van het type commerciële contractspartij bij snelle en vaak elektronische contractsluiting werkt wat ons betreft dus niet.

Reflectie en vooruitblik

Wij begrijpen de wens om zwakkere partijen te beschermen, maar constateren dat het sinds de inwerkingtreding van het BW voor contractspartijen, zeker als ze automatisch contracteren, steeds ingewikkelder is geworden om van tevoren snel en met geringe transactiekosten te bepalen wat met wie mag worden overeengekomen. Juridisch gezien zou het een oplossing kunnen zijn om webshops en inkoopportals elke bezoeker aan de hand van vragenlijsten aan te laten geven in welke categorie hij/zij valt zodat het algoritme vervolgens de juiste voorwaarden voor kan schotelen. Commercieel en praktisch gezien is dat echter onwenselijk en onwerkbaar. Een andere oplossing is van alle categorieën de meest vergaande bescherming te bepalen en die van toepassing te laten zijn op alle wederpartijen, maar dat is onzes inziens een te vergaande inbreuk op de contractsvrijheid. Recht

14. Als onwerkbaar bestempeld door Boeve 2017 en Schelhaas 2018, p. 33.

15. Waarover Van Boom, p. 152-161.

16. Art. 13 lid 1 Voorstel voor de Dataverordening, COM(2022) 68 final.

17. Toegegeven zij dat deze onwerkbare criteria in de praktijk partijen onder bepaalde omstandigheden naar de onderhandelingstafel dwingen en dat dat wel eens een gunstig neveneffect is voor degenen die een antipathie hebben tegen adhesiecontracten en grote verschillen in *bargaining power*.

moet beschermen, maar ook faciliteren.¹⁸ Faciliteren doet het recht op dit gebied steeds minder goed.

Daarom zou, vooruitkijkend, nagedacht moeten worden over het schrappen of aanpassen van artikel 6:235 BW. Verder zouden de uiteenlopende criteria om grote van kleine en (kennelijk) beschermingswaardige partijen te scheiden, minst genomen gelijk moeten worden getrokken, al zijn wij daarvoor grotendeels afhankelijk van Europa. In ieder geval zou elk criterium dat aansluit bij de waarde van activa of de hoogte van omzet moeten worden verwijderd; een dergelijk criterium werkt niet omdat dat voor het sluiten van het contract niet snel en goedkoop genoeg is na te gaan.

11.3 DE VERZUIMREGELING

Hiervoor hebben wij enige specifieke regels besproken die in de loop der tijd veelal vanuit Europa het BW zijn ingeslopen, in de meeste gevallen ter bescherming van kleinere en zwakkere contractanten. Wij richten ons vizier nu op een aantal algemene leerstukken, die gelden voor *alle* commerciële contractanten, maar die zich wat ons betreft sinds de inwerkingtreding van het BW op een zodanige wijze hebben ontwikkeld dat zij niet meer goed passen in het huidige commerciële contractenrecht.

Het eerste leerstuk dat hiertoe wat ons betreft behoort, is de verzuimregeling, die in de meeste gevallen nodig is om een overeenkomst te kunnen ontbinden of om schadevergoeding te kunnen vorderen.¹⁹ De verzuimregeling is bedoeld om de schuldenaar een kans te bieden om alsnog na te komen, voordat de schuldeiser juridische acties kan ondernemen.²⁰ De voorwaarden om de partij die niet nakomt in verzuim te stellen, volgen uit artikel 6:82 en 6:83 BW. De belangrijkste daarvan is dat – in de meeste gevallen²¹ – een schriftelijke ingebrekestelling nodig is, waarin de schuldenaar een redelijke termijn wordt gegeven om alsnog na te komen.²² De wet somt drie gevallen op waarin verzuim rauwelijks optreedt en geen ingebrekestelling nodig is (het verstrijken van een fatale termijn, het niet direct nakomen van een schadevergoedingsverplichting en de situatie waarin de schuldenaar zelf aan geeft niet te zullen nakomen). Volgens de Hoge Raad is echter ook in andere dan in de wet opgesomde gevallen een ingebrekestelling soms niet nodig omdat (ook) op

18. Van Boom 2020, hoofdstuk 2, die het geleiden en faciliteren noemt.

19. Zie art. 6:265 en 6:74 BW: verzuim is niet nodig indien nakoming blijvend onmogelijk is; en bij ontbinding, ook als het gaat om een tijdelijke onmogelijkheid van nakoming: zie art. 6:265 lid 2 BW.

20. Zie onder meer *Asser/Sieburgh 6-I 2020/386*.

21. Daar bestaan uitzonderingen op: soms is louter een verklaring nodig (art. 6:82 lid 2 BW) en soms treedt verzuim rauwelijks in zonder ingebrekestelling of andere voorafgaande verklaring (art. 6:83 BW).

22. Daarnaast is nodig dat een opeisbare verbintenis niet, niet tijdig of niet adequaat wordt nagekomen.

grond van de redelijkheid en billijkheid een ingebrekestelling achterwege kan blijven en de schuldenaar in verzuim kan raken.²³ In het *Fraanje/Alukon*-arrest²⁴ heeft de Hoge Raad nog eens benadrukt dat de regels inzake de ingebrekestelling vanwege de hanteerbaarheid van het recht niet strak zijn, maar vooral de rechter de mogelijkheid moeten geven om tot een redelijke oplossing te komen.²⁵

Deze soepele benadering, waarbij het tevoren niet eenvoudig is te voorspellen of een ingebrekestelling nodig is en, zo ja, of de gegunde termijn wel redelijk is en de schuldeiser veel ruimte wordt gegund,²⁶ levert voor commerciële contractanten die willen weten waar ze aan toe zijn problemen op.²⁷ Dat geldt in het bijzonder voor de ontbindingsactie: als tevoren niet goed kan worden ingeschat of verzuim is ingetreden, dan is evenmin duidelijk of een overeenkomst is ontbonden, of in de gedragingen van partijen een beëindigingsovereenkomst ligt besloten,²⁸ en dus of bijvoorbeeld een vervangende transactie kan of moet worden aangegaan. Maar ook voor de vraag vanaf welk moment schadevergoeding verschuldigd is, is het belangrijk te kunnen inschatten of een ingebrekestelling al dan niet effect heeft gesorteerd. Het inschatten van risico's, waar het in het commerciële contractenrecht toch om gaat, wordt zo wel heel moeilijk. Vooruitkijkend moet deze regeling wat ons betreft worden ingewisseld voor een regeling die ertoe leidt dat partijen van tevoren weten hoe lang ze nog kunnen nakomen en wanneer talmen fataal is.

Wij zien een paar opties. Ofwel, het is tevoren duidelijk wanneer een ingebrekestellende termijn redelijk is (bijvoorbeeld veertien of dertig dagen), zodat commerciële contractanten precies weten wat ze moeten doen en wanneer stilzitten negatieve consequenties heeft. Dat staat al in veel commerciële contracten, zeker in ontbindingsregelingen, dus waarom niet als regelend recht zo'n soort regeling in ons BW opnemen zodat er een *default rule* is voor als partijen zich er niet over bekommeren en partijen die zich er wel over (willen) bekommeren kunnen afwijken? Dat komt de rechtszekerheid ten goede en kan ook nog eens kortere contracten opleveren. Een andere optie is dat verzuim als uitgangspunt rauwelijks intreedt,²⁹ net zoals bij internationale regelingen voor commerciële contracten (het Weens Koop-

23. HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, NJ 2003/257 (*Fraanje/Götte*).

24. HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, NJ 2020/197 (*Fraanje/Alukon*).

25. Meer specifiek heeft de Hoge Raad aangegeven dat voor de vraag of de ingebrekestelling een voldoende redelijke termijn voor nakoming biedt, het gehele voortraject moet worden betrokken en ook moet worden bekeken of eerder al is aangedrongen op nakoming binnen een bepaalde termijn. Van Dunné 2022, p. 329 vreest echter dat bij gebreke aan strakke regels een redelijke oplossing niet altijd zal worden geboden.

26. Voor vergelijkbare kritiek, zie Van Dunné 2022, o.m. p. 328.

27. In vergelijkbare zin, zie Spanjaard 2019.

28. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684 (*G4 Beheer/Hanzevast*).

29. Tjong Tjin Tai 2017, p. 34-35 onder verwijzing naar art. III-3:103 DCFR en Van Bijnen 2005, p. 243-256.

verdrag en de Unidroit Principles for International Commercial Contracts)³⁰ het geval is. Dit voorkomt dat achteraf discussies moeten worden gevoerd of partijen de juiste formele routes wel hebben gevolgd, en dus of een overeenkomst door het al dan niet volgen van die routes nog in stand is of al is ontbonden (wat overigens een discussie onverlet laat over of de vraag of de tekortkoming van voldoende gewicht was om de overeenkomst te mogen ontbinden). In een *hard & fast* contractenrecht, waar partijen vaak snel digitaal contracten sluiten, is het ook van belang om snel te weten waar men aan toe is.

11.4 ONTBINDING

De tweede algemene regeling die wat ons betreft schuurt met de commerciële contractspraktijk, is de ontbindingsregeling van artikel 6:265 BW. Die regeling zag er bij de inwerkingtreding van het BW vrij simpel uit: *iedere* tekortkoming rechtvaardigt de ontbinding van een overeenkomst, tenzij de wederpartij aanvoert dat de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis deze ontbinding en haar gevolgen niet rechtvaardigt. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat deze tenzij-bepaling een uitzondering vormt en dat de mogelijkheden om te ontkomen aan de ontbinding van een overeenkomst 'vrij zeldzaam' zullen zijn.³¹ Op deze eenvoudige wijze om zich te kunnen bevrijden van een overeenkomst bestond kritiek, onder meer omdat ontbinding van een overeenkomst en de ongedaanmaking van de prestaties verstrekkend zijn, en het belang van de debiteur wordt ondergesneeuwd.³² Onder meer werd ervoor gepleit om ontbinding slechts toe te laten bij een ernstige tekortkoming of een 'fundamental breach', zoals in het Engelse recht en het Weens Koopverdrag het geval is. De lichtere toets in het Nederlandse BW heeft het voordeel van de eenvoud en helderheid: de partij die wil ontbinden heeft daar het recht op en kan daar in beginsel op vertrouwen. Alleen als de wederpartij kan aantonen dat het gaat om een onbetekenende tekortkoming blijft de overeenkomst in stand.

In het *Eigen Haard*-arrest uit 2018³³ heeft de Hoge Raad de wettelijke koers echter bijgestuurd, en duidelijk gemaakt dat de Nederlandse regeling in wezen ook uitgaat van een vereiste 'wezenlijke tekortkoming', en dat de tenzij-clausule niet betekent dat alleen in uitzonderlijke gevallen niet kan worden ontbonden, maar dat dit louter een bewijsrechtelijke regel is. Naar ons idee is deze systematiek te billijken:

30. Wel kennen beide regelingen de mogelijkheid dat de debiteur onder omstandigheden bevoegd is om zijn tekortkoming te herstellen (art. 48 Weens Koopverdrag en art. 7.1.4 Unidroit Principles) en is de schuldeiser bevoegd, maar niet verplicht, om zijn wederpartij een *additional period for performance* te gunnen, de zogenoemde *Nachfrist* (art. 47 Weens Koopverdrag en art. 7.1.5 Unidroit Principles). Dat zijn echter geen harde voorwaarden voor ontbinding en schadevergoeding en dus niet gelijk te stellen aan de verzuimregeling.

31. Parl. Gesch. Boek 6, TM, p. 1005.

32. De belangrijkste pleitbezorgers van deze kritiek: Bakels 2011, nr. 61; Hartlief 1994, p. 87 e.v.

33. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, NJ 2019/446 (*Eigen Haard*).

een schuldeiser behoeft niet te veel te stellen om van zijn overeenkomst af te kunnen, want hij is degene die ongewild wordt geconfronteerd met een tekortkoming en heeft door de verzuimregeling de wederpartij in de meeste gevallen nog een kans gegeven om na te komen. Een snel contractenrecht vereist ook dat de crediteur snel een vervangende transactie moet kunnen aangaan en dus dat hem in beginsel niet te veel beletselen worden opgelegd. En ook scharen wij ons achter de gedachte dat de debiteur zich kan verzetten tegen ontbinding door hem de mogelijkheid te bieden aan te tonen dat het niet gaat om een wezenlijke tekortkoming: ontbinding is dan een te zwaar middel en met de materiële toets van een wezenlijke tekortkoming wordt beter tegemoetgekomen aan de belangen van de schuldenaar.³⁴

Ons bezwaar schuilt echter vooral in de toepassing van deze regels: die is wat ons betreft te ongewis en biedt onvoldoende handvatten om met voldoende zekerheid in te schatten óf een overeenkomst kan worden ontbonden als de debiteur verweer biedt. En dat is in het commerciële contractenrecht van nu, waar snel (online) contracten worden gesloten, essentieel. Wij doelen onder meer op de vingerwijzing van de Hoge Raad dat een schuldenaar ook *impliciet* een beroep kan doen op de tenzij-clausule: maar wanneer is dat dan? Wat moet de schuldenaar dan precies aanvoeren, en wanneer moet de crediteur ervan uitgaan dat dat impliciete beroep een hindernis kan vormen voor ontbinding? Eenzelfde bezwaar zien wij in het nog weinig omliggende criterium van de wezenlijke tekortkoming en het feit dat *alle* omstandigheden van het geval daartoe van belang zijn. De wet noemt louter de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming als relevante omstandigheid, maar uit de rechtspraak komt naar voren dat veel meer gezichtspunten bestaan, zoals de vraag of er een alternatief bestaat voor ontbinding, het belang van de schuldenaar bij voortzetting van de overeenkomst, de omstandigheid dat inmiddels alsnog is nagekomen, de aard van de overeenkomst etc. Dat zijn allemaal gezichtspunten die meewegen, maar in welke vorm en met welke zwaarte is niet duidelijk. Dat is de kwetsbaarheid van genoemde gezichtspunten: de waardering is nog altijd afhankelijk van de weging van alle omstandigheden en dus komt de rechter een grote beoordelingsvrijheid toe.

Vooruitkijkend denken wij dat het beter zou zijn om na te denken over een rangorde, prioritering en/of weging van relevante omstandigheden, zodat duidelijker is welke omstandigheden er echt toe doen.

11.5 CONCLUSIE

In het begin van deze bijdrage constateerden we dat sinds de inwerkingtreding van ons BW een pluriform pallet van commerciële contractanten is ontstaan en constateerden we dat door de opkomst van het internet veel meer contracten auto-

34. Beenders & Van 't Hullenaar 2005 pleitten al voor een dergelijke vollediger belangenafweging.

matisch gesloten worden. We hebben dus te maken met een sneller contractenrecht dan bij de inwerkingtreding van het BW. Vervolgens bespraken we kritisch een aantal nuances die onder invloed van Europa (par. 11.2) of de rechtspraak (par. 11.3 en 11.4) in onze wetgeving respectievelijk ons recht zijn geïntroduceerd. De grote gemene deler van deze capita selecta is het ogenschijnlijk grotere belang dat wetgever en rechter toekennen aan een ex-post- dan aan een ex-ante-benadering. Zij lijken de voorkeur te geven aan ingewikkelde en genuanceerde criteria waarmee achteraf in rechte een billijk resultaat kan worden bereikt, in plaats van aan duidelijke en harde criteria aan de hand waarvan met name commerciële contractanten van tevoren weten waar ze aan toe zijn en met wie ze wat kunnen overeenkomen. Vooruitkijkend hopen we dat door onze wat radicale voorstellen het belang van de ex ante benadering meer wordt onderkend en het commerciële contractenrecht eenvoudiger en voorspelbaarder wordt. Daar heeft een snel (vaak elektronisch) contractenrecht wat ons betreft behoefte aan.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Asser/Sieburgh 6-I 2020

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, Deel I.* Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Bakels 2011

F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Monografieën BW nr. B58), Deventer: Kluwer 2011.

Beenders & Van 't Hullenaar 2005

D.J. Beenders & R. van 't Hullenaar, 'Art. 6:265 lid 1: in staat van ontbinding?', *WPNR* 2005/6644, p. 903-909.

Beenders & Valk 2021

D.J. Beenders & J.J. Valk, 'Verrassingen voorkomen bij commercieel contracteren', *MvV* 2021/7-8, p. 248-255.

Van Bijnen 2005

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Van Bochove & De Graaf 2020

L.M. van Bochove & T.J. de Graaf, 'De discriminerende werking van de algemenevoorwaardenafdeling', *MvV* 2020-11, p. 386-391.

Boeve 2017

G.J. Boeve, 'Over de commercieel onwenselijke nietige betalingstermijn van meer dan 60 dagen, die evenmin in het wettelijke systeem past', *Bb* 2017/65, afl. 18, p. 218-221.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van Boom 2021

W.H. van Boom, 'Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen', in: *Privaatrechtelijke bescherming herijkt. Preadviezen 2021 uitgebracht voor de VBR*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 115-201.

Van Dunné 2022

J.M. van Dunné, 'Ingebrekestelling en verzuim na Fraanje/Alukon', *WPNR* 2022/7367, p. 316-329.

De Graaf 2018

T.J. de Graaf, 'Naar een coherente(re) implementatie van de informatieplichten met betrekking tot (algemene) voorwaarden voortvloeiend uit de e-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn', *NTBR* 2018/24, afl. 6, p. 174-183.

Hartlief 1994

T. Hartlief, *Ontbinding. Over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Loos 2017

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

Mak 2022

V. Mak, 'De "prosument" in de platformeconomie', *NJB* 2022/1663, p. 1978-1984.

Schelhaas 2018

H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?* (oratie EUR), Den Haag: Boom juridisch 2018.

Spanjaard 2019

J.H.M. Spanjaard, 'Ingebrekestelling: misschien minder formeel, maar het blijft oppassen', *Contracteren* 2019-4, p. 145-149.

Tjong Tjin Tai 2017

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Niet-nakoming na 25 jaar BW', *WPNR* 2017/7133, p. 34-38.

**BURGERLIJK
WETBOEK**
1992 - 2022

**VOOR
GED
BOEK**

Willem van Boom	Bram Akkermans	Carlos Bollen
Tycho de Graaf	Stéphanie van Gulijk	Chris Jansen
Carla Klaassen	Marco Loos	Charlotte Pavillon
Rianka Rijnhout	Harriët Schelhaas	Marnix Snel

Boomjuridisch

VOORUITGEDENKBOEK BURGERLIJK WETBOEK 1992-2022

Onder redactie van:

Willem van Boom (Nijmegen)
Bram Akkermans (Maastricht)
Carlos Bollen (Aruba)
Tycho de Graaf (Leiden)
Stéphanie van Gulijk (Tilburg)
Chris Jansen (Amsterdam VU)
Carla Klaassen (Nijmegen)
Marco Loos (Amsterdam UvA)
Charlotte Pavillon (Groningen)
Rianka Rijnhout (Utrecht)
Harriët Schelhaas (Rotterdam)
Marnix Snel (Curaçao/Nijmegen)

Boom juridisch
Den Haag
2023