

Bedrijfsjuridische berichten, Ontbindingsleer niet uit de mode

HR 22 juni 2007, *NJ* 2007, 343

1 Inleiding

De vaste jurisprudentie over de bevoegdheid tot ontbinding ex art. 6:265 BW is wederom bestand gebleken tegen de golven van kritiek die al jaren met enige regelmaat op deze rechtspraak inbeuken. Terwijl in de meeste van de ons omringende landen alsook in het Weens Koopverdrag en in de Principles of European Contract Law voor een beroep op ontbinding een zwaardere tekortkoming wordt geëist of wordt verlangd dat de tekortkoming de kern van de overeenkomst raakt, houdt de Hoge Raad in het hieronder te bespreken, voor zijn critici ongetwijfeld teleurstellende arrest, onverkort vast aan het wettelijk uitgangspunt dat in beginsel iedere tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt. Dit roept de vraag op of het niet eens tijd wordt dat de Hoge Raad zich rustig op de zee van kritiek laat meevoeren of dat hij daarentegen juist moet blijven vasthouden aan de uitgezette koers.

2 Feiten

Fisser drijft een damesconfectiebedrijf dat zich voornamelijk richt op het duurdere segment van de kledingmarkt. De directie van Fisser werd gevormd door de broers Jeroen, Barend en Peer Fisser, die tezamen alle aandelen in Fisser hielden. Nadat de onderlinge verhouding tussen de broers in de loop van 1999 danig was verslechterd, is besloten dat Jeroen het bedrijf zou verlaten. Na enig onderhandelen hebben zij op 8 juli 1999 overeenstemming bereikt over de voorwaarden waaronder de managementovereenkomst tussen Fisser en de management-b.v. van Jeroen, Tycho B.V., zou worden beëindigd. De huisadvocaat van Fisser heeft de handgeschreven beëindigingsovereenkomst omgezet in een 'nette' versie, die de drie broers op 22 oktober 1999 ten overstaan van een notaris hebben ondertekend. Deze overeenkomst bevat, naast een afspraak over de jaarlijks door Fisser aan Jeroen uit te betalen vergoeding, onder meer de volgende geheimhoudingsbepaling:

'Tycho en haar directeur J.A. Fisser verplichten zich tot strikte geheimhouding met betrekking tot alle gegevens respectievelijk bijzonderheden de onderneming van Fisser of van een met haar gelieerde onderneming speciaal Fisser Textiel B.V. aangaande en zal zich in het algemeen onthouden van iedere handeling of gedraging welke leidt tot schade voor Fisser of Fisser Textiel B.V. Vorenstaande in aanmerking nemende staat het Tycho en/of haar directeur J.A. Fisser vrij om werkzaam te zijn en/of financiële belangen te hebben in een onderneming die werkzaam is op hetzelfde terrein als Fisser en/of Fisser Textiel B.V. Bij overtreding van het hiervoren genoemde verbod verbeurt Tycho en/of J.A. Fisser een niet voor matiging vatbare boete van f 50 000,- per overtreding, zulks onverminderd het recht van Fisser c.q. Fisser Textiel B.V. om de terzake werkelijk geleden schade op Tycho en/of J.A. Fisser te verhalen.'

Op 21 oktober 1999 heeft Jeroen met een directe concurrent van Fisser, de firma Knippers Almelo B.V.

een managementovereenkomst gesloten, op grond waarvan hij daar vanaf 1 januari 2000 werkzaam zou zijn als verkoopmanager. Deze overeenkomst is per 12 mei 2002 ontbonden. Onderwijl was tussen Jeroen en zijn twee broers een conflict gerezen over de uitvoering van de beëindigingsovereenkomst, welk conflict Tycho er toe heeft gebracht Fisser op 4 juli 2000 te dagvaarden voor de rechtbank Maastricht en te vorderen dat Fisser zou worden veroordeeld tot onder meer betaling van achterstallige vergoedingen. Fisser heeft vervolgens in reconventie onder meer gevorderd dat de beëindigingsovereenkomst zou worden ontbonden en dat Tycho zou worden veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding. Daaraan heeft Fisser voor zover van belang ten grondslag gelegd dat Jeroen toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de beëindigingsovereenkomst doordat hij het geheimhoudingsbeding zou hebben geschonden toen hij Knippers (buiten medeweten van Fisser) een uitgebreide klantenlijst van Fisser verstrekke. De rechtbank heeft de vordering in conventie deels toegewezen en de vordering in reconventie afgewezen. In appel heeft het hof de vonnissen waartegen beroep voor zover die in conventie zijn geweest, bekrachtigd en voor zover die in reconventie zijn geweest, vernietigd. Het hof heeft Tycho in het geding in reconventie veroordeeld om aan Fisser een bedrag te betalen van € 22 689 wegens eenmalige schending van het geheimhoudingsbeding. Fisser is van dit arrest in cassatie gekomen. Tycho heeft vervolgens (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad heeft het bestreden arrest in het principale cassatieberoep vernietigd. Het incidentele beroep is verworpen.

3 Rechtvaardigt de tekortkoming de ontbinding?

Het hof heeft ter motivering van zijn afwijzing van de vordering tot ontbinding van de beëindigingsovereenkomst overwogen dat Fisser niet heeft gesteld van welke geheime gegevens Jeroen ten nadele van Fisser gebruik heeft gemaakt en - belangrijker nog - dat Fisser niet heeft aangetoond dat klanten van Fisser door Jeroen zijn overgehaald om voortaan hun inkopen te doen bij Knippers in plaats van bij Fisser. Daar komt, zo overweegt het hof, nog eens bij dat Fisser niet heeft aangetoond dat zij schade heeft geleden doordat haar klantenlijst is gebruikt. Deze omstandigheden brengen, aldus het hof, met zich mee dat de tekortkoming - die er (geparafraseerd weergegeven) uit bestaat dat Jeroen het geheimhoudingsbeding heeft geschonden door de klantenlijst van Fisser aan Knippers ter beschikking te stellen - van te geringe betekenis is om de ontbinding te rechtvaardigen. Tycho heeft echter geen verweer van die strekking gevoerd.

De klacht dat het hof het beroep op ontbinding niet op deze grond had mogen afwijzen, nu Tycho niet heeft gesteld dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt, vindt - en dat is in het licht van de staande jurisprudentie niet opzienbarend - bij de Hoge Raad gehoor. De Hoge Raad overweegt:

'Nu de stukken van het geding geen andere conclusie toelaten dan dat Tycho zich tegen de vordering tot ontbinding van de overeenkomst slechts heeft verweerd met de stelling dat zij niet in de nakoming van (art. 8 van) de overeenkomst is tekortgeschoten, en dat zij zich niet (subsidiair) erop heeft beroepen dat de gestelde tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt, heeft het hof met deze oordelen miskend dat een tekortkoming in de regel ontbinding rechtvaardigt, zij het dat de rechter in de omstandigheid dat de tekortkoming zo weinig ernstig van aard of betekenis is, aanleiding kan vinden de vordering tot ontbinding af te wijzen, op welke uitzondering de schuldenaar zich voldoende gemotiveerd moet beroepen (vgl. HR 27 november 1998, nr. 16 724, NJ 1999, 197).'

Nu deze uitspraak naadloos aansluit op zijn (hierna kort aan te stippen) jurisprudentie heeft de Hoge Raad weinig woorden nodig om het bestreden arrest te vernietigen.

4Opzet

De vraag of de Hoge Raad zou moeten terugkomen van zijn vaste jurisprudentie over art. 6:265 BW kan - zoals uit de discussie in de literatuur blijkt - vanuit verschillende invalshoeken worden benaderd. Voor een volledig afgewogen oordeel over de staande jurisprudentie en de (heersende stromingen binnen de) kritiek dienen al deze verschillende gezichtspunten in de beoordeling te worden betrokken en tegen elkaar te worden afgezet. Dit gaat evenwel het bestek van dit praktisch getoonzette artikel te buiten. Ik beperk mij daarom (noodgedwongen) tot een benadering vanuit twee verschillende gezichtspunten, namelijk de opvatting dat de wettelijke regeling ofwel de jurisprudentie een fikse bijstelling behoeven teneinde (in voorkomend geval) een onevenredige inbreuk op de positie van de schuldenaar te voorkomen en de gedachte dat het de rechtsvormende taak van de rechter niet te buiten gaat om de voorgestane wijziging buiten de wetgever om te realiseren. Aan de nadere uitwerking van deze invalshoeken gaat een kort overzicht van rechtspraak en (hoofdpijnen binnen de) kritiek vooraf.

5Jurisprudentie

Indien de schuldenaar zich gemotiveerd^[1] op één der in art. 6:265 BW genoemde uitzonderingsgronden heeft beroepen, zal de rechter ter beantwoording van de vraag of de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt, rekening moeten houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder in voorkomend geval ook omstandigheden die zich eerst na de tekortkoming hebben voorgedaan.^[2] Bij deze afweging komt onder meer betekenis toe aan de aard en de betekenis van het beding in de naleving waarvan de partij tegen wie de ontbinding is gericht, is tekortgeschoten^[3] en de aard van de overeenkomst zelf.^[4] Het oordeel over het gewicht dat aan deze omstandigheden moet worden toegekend, is feitelijk van aard en kan in cassatie derhalve slechts op begrijpelijkheid worden getoetst. Uit het voorgaande volgt dat het de rechter dus niet vrij staat ambtshalve te beoordelen of de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt. Beroept de schuldenaar zich niet op deze uitzonderingsgrond en voert hij geen feiten aan die een dergelijk beroep kunnen schragen, dan maakt de rechter zich schuldig aan een aanvulling van de feitelijke grondslag van het verweer als hij desalniettemin tot de conclusie komt dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. De rechter vult in dat geval niet de rechtsgronden aan doch brengt een nieuwe feitelijke grond bij die gedaagde niet aan zijn verweer ten grondslag heeft gelegd; dat is in strijd met art. 24 Rv.^[5] Hij mag de wettelijke hoofdregel ook niet omzeilen door in die gevallen waarin de schuldenaar verzuimt zich op deze uitzonderingsgrond te beroepen met een zelfstandig aangebracht onderscheid tussen bedingen die de kern van de overeenkomst vormen en bedingen die niet als zodanig kunnen worden aangemerkt, de stelplicht en bewijslast bij te buigen.^[6] Ook de omstandigheid dat de schuldeiser ter opheffing van het nadeel wellicht andere, voor de schuldenaar minder ingrijpende middelen ten dienste staan, brengt niet met zich dat ten aanzien van het beroep op ontbinding terughoudendheid is geboden, laat staan dat deze omstandigheden met zich brengen dat de schuldeiser van een beroep op ontbinding zou moeten afzien of dat de rechter ambtshalve zou mogen nagaan welke actie in dit geval het meest geëigend is.^[7] In uitzonderingsgevallen kan een beroep op art. 6:248 lid 2 BW de schuldenaar die een ontbinding wil voorkomen nog enig soelaas bieden.^[8] Dit wetsartikel dient met de nodige terughoudendheid te worden toegepast wanneer het in stelling wordt gebracht ter afwering van een beroep op ontbinding ex. art. 6:265 BW; een artikel dat in zekere zin een uitdrukking vormt van de eisen van redelijkheid en billijkheid, die het gehele BW doortrekken.^[9] Voor de werking van de redelijkheid en billijkheid bestaat te dezer zake dus slechts een beperkte ruimte.^[10] De stelplicht en

bewijslast dienaangaande rusten op de partij die is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst.

6 Hoofdstromingen binnen de kritiek

Verschillende schrijvers zijn te hoop gelopen tegen deze ruime mogelijkheid om de ontbinding van de overeenkomst in te roepen.^[11] Het meest in het oog springen daarbij Bakels en Hartlief. Zij bepleiten een andere benadering van de bevoegdheid tot ontbinding.^[12] Bakels heeft betoogd dat in plaats van de wettelijke hoofdregel als vuistregel zou moeten gelden dat behoort te worden geopteerd voor het 'redelijke alternatief': een beroep op ontbinding is als meest verstrekkende maatregel in beginsel pas gerechtvaardigd, als de schuldeiser geen middelen ten dienste staan die voor de schuldenaar minder ingrijpend zijn.^[13] Hartlief pleit voor aansluiting bij het systeem van ontbinding in de rechtsstelsels van de ons omringende landen, waarin niet iedere tekortkoming, maar slechts een wezenlijke tekortkoming (of een tekortkoming die de kern van de overeenkomst raakt) recht geeft op ontbinding.^[14] In dit verband kan ook nog worden gewezen op onder andere de artt. 25, 49 en 64 CISG, art. 7.3.1 van de Unidroit Principles of International Commercial Contracts en art. 9:301 in verbinding met art. 8:103 van de Principles of European Contract Law, die kortweg aan de wederpartij van degene die tekortschiet alleen dan een beroep op ontbinding toekennen als de tekortkoming wezenlijk is.

7 Wetsinterpretatie

De wet dient, in de woorden van Nieuwenhuis, te 'worden uitgelegd in het licht van de verhoudingen van vandaag'. Door interpretatie verkrijgt de wet betekenis. De wet is - evenals het EVRM - 'a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions.'^[15] Deze evolutieve interpretatie kent evenwel zijn grenzen. Zij mag er niet toe leiden dat een heldere wetsbepaling in haar tegendeel komt te verkeren. Dit geldt te meer waar een uitleg niet kan bogen op een (evidente) heersende rechtsovertuiging. Daar waar de rechter door interpretatie tot een uitleg komt die haaks staat op de wetstekst, gaat de rechter m.i. zijn rechtsvormende taak te buiten.^[16] Dit geldt evenzeer waar hij gedwongen zou worden tot een rechtspolitieke keuze.^[17] Dit roept de vraag op of de Hoge Raad in het voorliggende geval ruimte had om tot een ander oordeel te komen.

De betekenis van de rechtsregel die in art. 6:265 lid 1 BW is geformuleerd, roept in het algemeen geen vraagtekens op; over de strekking van deze bepaling kan geen misverstand bestaan. Uit het eerste lid kan eenvoudig worden opgemaakt dat iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van zijn verbintenissen de wederpartij de bevoegdheid verleent om de overeenkomst te ontbinden, tenzij de partij die tekortschiet zich er met recht op beroept dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. Op het niveau van de afzonderlijke woorden biedt art. 6:265 lid 1 BW meer ruimte voor interpretatie. Zo hebben de begrippen 'gering' en 'rechtvaardigen', die mede inhoud geven aan de tenzij-clausule, een evaluatief karakter^[18]; zij ontberen een vastomlijnde betekenis en behoeven mitsdien nadere invulling. Zij geven uitdrukking aan een verhouding die moet worden ingekleurd. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat dit dient te geschieden aan de hand van alle omstandigheden van het geval.^[19] Deze omstandigheden worden louter in de overweging betrokken (en daarmee gekanaliseerd) via de enige twee ijkpunten die art. 6:265 lid 1 BW biedt (namelijk de bijzondere aard en de geringe betekenis van de tekortkoming).^[20] Het komt mij voor dat het gegeven dat de schuldeiser ook andere, voor de schuldenaar minder belastende vormen van redres ten dienste staan, één van de omstandigheden is die eventueel via deze wettelijke ijkpunten in de overweging kan worden betrokken.^[21] De aard van

^[22]

de overeenkomst^[22], de betekenis van het beding in de naleving waarvan de schuldenaar is tekortgeschoten en de gerechtvaardigde belangen van partijen^[23], zijn - als vermeld - omstandigheden waarmee rekening kan worden gehouden bij de beoordeling of de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt. De wet reikt dus een duidelijk toetsingskader aan. Heeft de rechter nu de vrijheid om voornoemde ijkpunten op een zodanig wijze in te vullen dat de bevoegdheid tot ontbinding zodanig wordt ingeperkt dat in wezen slechts een significante tekortkoming recht geeft op ontbinding of dat er slechts plaats is voor ontbinding als de schuldeiser zich niet kan bedienen van een voor de schuldenaar minder bezwaarlijke vorm van redres?

8Wetsgeschiedenis

Vooropgesteld moet worden dat bij wetsinterpretatie veel gewicht toekomt aan het belang van rechtszekerheid. Dit geldt te meer waar tijdens de parlementaire behandeling de eis van rechtszekerheid een zwaarwegend argument opleverde voor de desbetreffende in de wetsbepaling neergelegde rechtsregel. Voor een goed begrip van art. 6:265 BW wijs ik op de volgende twee passages uit de toelichting op het Ontwerp-Meijers:

'Hierboven is reeds opgemerkt, dat iedere tekortkoming in de nakoming grond voor ontbinding kan opleveren. Het maakt in beginsel geen verschil of de niet- nakoming totaal is, dan wel gedeeltelijk, of kwalitatief van aard; of zij aan de schuldenaar kan worden toegerekend of niet, en - bij onmogelijkheid van nakoming - of deze reeds bij het sluiten der overeenkomst bestond dan wel later is opgekomen.'

en

'De slotwoorden van de eerste zin noemen een groep gevallen, waarin ontbinding niet toegestaan is. Reeds lang wordt algemeen aanvaard dat de rechter ontbinding kan weigeren op de grond dat de wanprestatie te gering van betekenis is. Uit het arrest van de Hoge Raad van 16 januari 1959, NJ 1960, no. 46, is bovendien gebleken dat men met dit kwantitatieve criterium nog niet geheel uitkomt, maar dat ook de bijzondere aard van een bepaalde tekortkoming en de uitzonderlijk ingrijpende gevolgen van een concrete ontbinding factoren kunnen zijn die kunnen meewerken tot het oordeel dat de tekortkoming de ontbinding niet kan rechtvaardigen. In overeenstemming met het geciteerde arrest schrijft de hier besproken bepaling een afweging voor waarbij de zojuist genoemde aspecten in aanmerking worden genomen. Het is zeer goed denkbaar dat deze afweging leidt tot de conclusie dat een algehele ontbinding niet, maar een vorm van gedeeltelijke ontbinding wel door de tekortkoming gerechtvaardigd kan worden. Men blijve zich echter steeds ervan bewust dat de hier besproken zinsnede een uitzonderingsbepaling is, en dat vooral de gevallen waarin de bijzondere aard van de tekortkoming of de buitengewoon ingrijpende gevolgen van een ontbinding de doorslag geven tot een uitsluiting van de ontbinding vrij zeldzaam zijn. Daarbij moet meewegen dat het voor de rechtszekerheid van groot belang is dat verklaringen tot ontbinding niet te spoedig nietig worden verklaard. In het algemeen moet een teleurgestelde crediteur erop kunnen rekenen dat hij recht op ontbinding heeft. Voor de schuldeiser die aan zijn bevoegdheid twijfelt, is overigens de mogelijkheid opengelaten om het oordeel van de rechter in te roepen.^[24]

In de toelichting op het Ontwerp-Meijers wordt dus onderstreept dat de schuldeiser in beginsel telkenmale wanneer de schuldenaar tekortschiet in de nakoming van de verbintenissen die voor hem uit de desbetreffende rechtsverhouding voortvloeien, gerechtigd is de overeenkomst te ontbinden, ongeacht of de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend.^[25] Deze bevoegdheid staat voorop; daaraan mag niet snel worden getornd. Er mag - mede gelet op de rechtszekerheid, die

een van de grondgedachten vormt achter deze wettelijke bepaling - dus niet te gemakkelijk worden aangenomen dat de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis de ontbinding niet rechtvaardigt. De wettelijke regeling berust op de gedachte dat het niet meer dan redelijk is dat de gevolgen van de tekortkoming in beginsel zwaarder drukken op de schuldenaar; het komt voor risico van de tekortschietende partij dat de schuldeiser zich mogelijk van zijn contractuele tegenprestatie bevrijdt.^[26] Volgens Hartkamp moet de achtergrond van de wettelijke regeling worden gevonden in de billijkheid, gerechtigheid en moraal, die zich er tegen verzetten dat de ene partij de haar toegezegde prestatie behoudt of verkrijgt zonder harerzijds te presteren wat zij in ruil daarvoor had toegezegd.^[27] Aan de wettelijke regeling ligt een rechtspolitieke keuze ten grondslag, die mede wordt gerechtvaardigd door de gedachte dat de schuldenaar, alvorens kan worden ontbonden, in de regel de gelegenheid krijgt alsnog na te komen. Het wekt dan ook geen verbazing dat het, aldus de MvA, geheel ter keuze is van de schuldeiser of hij in plaats van vervangende schadevergoeding of nakoming met aanvullende schadevergoeding, ontbinding vordert.^[28] De uitzondering die art. 6:265 lid 1 BW op de ontbindingbevoegdheid maakt, wortelt (zoals vermeld) in de redelijkheid en billijkheid.^[29] Hartkamp benadrukt dat de leer van het redelijk alternatief teveel afbreuk doet aan de rechtszekerheid die in het handelsverkeer wordt geëist en dat de positie van de particuliere schuldeiser tegenover zijn professionele wederpartij er te zeer door wordt ondergraven.^[30]

9 Betekenis van art. 6:265 BW in het licht van de wetsgeschiedenis

Het vorenstaande noopt tot de conclusie dat wetsbepaling en wetsgeschiedenis eensgezind en onomwonden tot uitgangspunt nemen dat iedere tekortkoming in beginsel recht geeft op ontbinding en dat slechts bij hoge uitzondering mag worden geoordeeld dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. Een uitleg die het recht op ontbinding drastisch inperkt of volledig afhankelijk maakt van de afwezigheid van (voor de schuldenaar) minder bezwaarlijke alternatieven, verdraagt zich dan ook niet met wet en wetsgeschiedenis. Daar waar voornoemde ijkpunten op deze wijze worden ingevuld (of buiten deze ijkpunten om aan de verschillende omstandigheden van het geval een dusdanig gewicht wordt toegekend^[31] dat de bevoegdheid tot ontbinding op voornoemde wijzen wordt ingeperkt), komt art. 6:265 lid 1 BW dan ook in zijn tegendeel te verkeren. Indien aan de bepaling een dusdanige uitleg wordt gegeven dat ontbinding in wezen nog slechts mogelijk is ingeval van een ernstige tekortkoming dan wordt ook de bewijsrechtelijke implicatie^[32] van de tenzij-clausule veronachtzaamd. De rechter kan m.i. niet tot een dergelijke interpretatie komen zonder dat hij buiten zijn rechtsvormende taak treedt. De jurisprudentie van de Hoge Raad is in mijn optiek in lijn met de wetsgeschiedenis.

10 Heeft de wetsgeschiedenis aan betekenis ingeboet?

Hier wordt met enige regelmaat tegenin gebracht dat de wetsgeschiedenis door maatschappelijke- en juridische ontwikkelingen (binnen en buiten Nederland) niet langer als richtsnoer fungeert voor de uitleg van art. 6:265 BW. In dit verband wordt veelal gewezen op het toegenomen gewicht van de redelijkheid en billijkheid, dat bijvoorbeeld heel nadrukkelijk naar voren komt in HR 5 januari 2000, *NJ* 2001, 79, waarin is uitgemaakt dat de schuldeiser niet geheel vrij is in zijn keuze tussen nakoming en schadevergoeding, maar dat hij daarbij gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid en mitsdien rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar. Hierbij kunnen evenwel enige kanttekeningen worden geplaatst.

^[33]

In het ontwerp NBW is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid een centrale rol toegedacht.^[33] De Commissie bestempelt de redelijkheid en billijkheid onder meer als leidinggevend beginsel.^[34] De redelijkheid en billijkheid zijn, zoals vermeld, ook verdisconteerd in art. 6:265 lid 1 BW. Daar komt bij dat in de MvT het gewicht van deze Toelichting voor de wetsuitleg nog eens wordt benadrukt. De toelichting moest de rechter uitdrukkelijk tot richtsnoer dienen bij de interpretatie van het NBW.^[35] Dit vlakt uiteraard het belang van de maatschappelijke en juridische ontwikkelingen niet uit, maar kan de neiging om de wetsgeschiedenis al te gemakkelijk terzijde te schuiven wel temperen.

Hieraan kan worden toegevoegd dat de toenmalige Minister van Justitie nog in 2001 tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot aanpassing van Boek 7 aan richtlijn 99/44/EG heeft beargumenteerd dat de schuldenaar niet onevenredig zwaar wordt getroffen door de bevoegdheid tot ontbinding die art. 6:265 BW de schuldeiser toekent, omdat de schuldenaar voordat de schuldeiser tot ontbinding mag overgaan in de regel nog in de gelegenheid zal zijn gesteld om de tekortkoming op te heffen (en aldus ontbinding te voorkomen). Illustratief is de volgende passage:

'Titel 7.1 BW kent in beginsel geen getrapt systeem. De vorderingen tot herstel of vervanging staan naast de eventuele andere rechten en vorderingen die de koper toekomen. (...). Wel zou dan de vraag gesteld kunnen worden of in het licht van de door de door de richtlijn aan de koper verleende extra bescherming de positie van de verkoper zonder een getrapt stelsel niet te zwaar belast zou worden. Daarvan is geen sprake omdat artikel 6:265 BW de facto ook een getrapt systeem kent. Indien nakoming immers nog mogelijk is, kan de koper niet rauwelijks tot ontbinding van de koopovereenkomst overgaan. De koper dient in dat geval de verkoper een redelijke termijn voor nakoming te gunnen, zodat de verkoper ontbinding kan voorkomen door tijdig tot herstel of vervanging over te gaan. Hierbij zij opgemerkt dat herstel en vervanging als bijzondere nakomingsvorderingen kunnen worden gekwalificeerd. (...). Omdat derhalve de verkoper het zelf in de hand heeft om ontbinding te voorkomen, wordt zijn positie niet te zwaar belast indien het stelsel van de richtlijn niet wordt overgenomen.'^[36]

Het bovenstaande citaat benadrukt dat art. 6:265 BW een zekere 'interne subsidiariteit' in zich draagt die, ten faveure van de schuldenaar, de scherpe kanten van de wettelijke regeling afvlakt. Tijdens de behandeling van voormeld wetsvoorstel heeft de toenmalige Minister van Justitie bovendien nadrukkelijk onder ogen gezien dat art. 6:265 BW niet strookt met art. 49 CISG, welk artikel ontbinding slechts toestaat indien er - positief geformuleerd - sprake is van een 'fundamental breach'.^[37] Voormelde MvT, die weliswaar handelt over de specifieke regeling voor koop, maar tegelijk herhaaldelijk de algemene regeling van de ontbinding in art. 6:265 BW tegen het licht houdt, wekt niet bepaald de indruk dat de minister in de internationale regelingen of verdragen aanleiding ziet om het destijds gekozen uitgangspunt (dat in beginsel iedere tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt en dat de schuldeiser in voorkomend geval de keuze heeft tussen ontbinding en andere middelen van redres) te verlaten. Ook wijst zij er niet op dat volgens de heersende rechtsovertuiging van de regeling van art. 6:265 BW slechts terughoudend gebruik mag worden gemaakt^[38], of dat deze regeling moet worden ingeruild voor een stelsel waarin een aanmerkelijke tekortkoming wordt vereist voor een beroep op ontbinding of waarin de bevoegdheid tot ontbinding slechts bestaat als de schuldeiser zich niet kan bedienen van andere vormen van redres die voor de schuldenaar minder bezwaarlijk zijn. M.i. mag er niet al te gemakkelijk vanuit worden gegaan dat de wetsgeschiedenis van art. 6:265 BW voor de uitleg van die bepaling zijn betekenis heeft verloren.

11 Uitgebalanceerd stelsel waarin schuldenaar niet onevenredig wordt

getroffen

Dit laat de vraag open of de schuldenaar daadwerkelijk zo weinig bescherming geniet als wel wordt betoogd. In dit verband wordt in de eerste plaats in herinnering geroepen dat art. 6:265 lid 1 BW het eerder beschreven getrapte stelsel kent. Bovendien heeft de wetgever een aantal (bijzondere) duurrelaties^[39] of soorten overeenkomsten^[40] omgeven met speciale ontbindingsgronden of -voorwaarden. Daarenboven wordt opgemerkt dat art. 6:265 BW van regelend recht is, zodat partijen hiervan kunnen afwijken. Ook verdient vermelding dat het recht om te kiezen tussen schadevergoeding en ontbinding komt te vervallen als de schuldeiser ten aanzien van de tekortkoming volledige nakoming heeft gevorderd en de rechter de vordering heeft toegewezen.^[41] Voorts is van belang dat de afweging waartoe een beroep op de tenzij-clausule de rechter noopt, kan uitmonden in het oordeel dat de tekortkoming geen algehele ontbinding, maar slechts een gedeeltelijke ontbinding rechtvaardigt^[42], zodat een onevenredige aantasting van de belangen van de schuldenaar kan worden voorkomen. De schuldenaar wordt verder beschermd doordat de schuldeiser onder omstandigheden ingevolge art. 6:278 BW verplicht kan worden tot bijbetaling om de oorspronkelijke waardeverhouding te herstellen. Bij dit alles moet worden bedacht dat de regeling van de ontbinding in art. 6:265 BW de uitdrukking vormt van een weging van de belangen van schuldenaar en schuldeiser. In deze bepaling is reeds een bescherming tegen een wanverhouding ingebakken.^[43] Met de mogelijkheid om alle omstandigheden van het geval, zij het binnen de ijkpunten, in de overweging te betrekken geniet de rechter een aanmerkelijke - in cassatie lastig aan te tasten - vrijheid. Uiteindelijk resulteert dit in een tamelijk uitgebalanceerd stelsel. Er is m.i. geen reden om te vrezen voor een volledig uit het lood geslagen verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar als gevolg van een beroep op art. 6:265 BW, mits de schuldenaar in geëigende gevallen een beroep doet op de tenzij-clausule.^[44] Indien hierbij, zoals Valk terecht opmerkt, in ogenschouw wordt genomen dat de stelplicht in dit verband meestal niet meer behelst dan een argumentatielast, is de vraag gerechtvaardigd hoe vaak de door de eerdergenoemde critici gepropageerde systemen in de praktijk daadwerkelijk tot een wezenlijk andere uitkomst zouden leiden (dan nu wordt bereikt).^[45]

12 Conclusie

De invulling die de Hoge Raad in de eerder besproken arresten aan art. 6:265 BW heeft gegeven, resulteert in een uitgekiend stelsel waarbinnen de positie van schuldeiser en schuldenaar op zorgvuldige en genuanceerde wijze tegen elkaar kunnen worden afgewogen. Deze rechtspraak is in lijn met zowel de tekst (en de strekking) van de wetsbepaling als met de wetsgeschiedenis. De vraag op welke partij de gevolgen van de tekortkoming in eerste instantie (en wellicht ook uiteindelijk) het zwaarste behoren te drukken, is m.i. van rechtspolitieke aard. Het gaat mitsdien de rechtsvormende taak van de rechter te buiten om (lijnrecht) tegen de onmiskenbare strekking en achtergrond van art. 6:265 BW in, tot uitgangspunt te nemen dat slechts een significante tekortkoming recht geeft op ontbinding of dat de bevoegdheid tot ontbinding eerst ontstaat wanneer de schuldeiser zich niet kan bedienen van een andere, voor de schuldenaar minder bezwaarlijke vorm van redres. Bovendien heeft het uitgangspunt dat een teleurgestelde crediteur er (vanuit een oogpunt van rechtszekerheid) op moet kunnen vertrouwen dat hij de overeenkomst in kwestie kan ontbinden, m.i. niets aan legitimiteit ingeboet. Het huidige rechtsklimaat noopt de wetgever er - ofschoon niet kan worden ontkend dat zich sinds de parlementaire behandeling van art. 6:265 BW binnen recht en maatschappij de nodige veranderingen hebben voorgedaan - m.i. niet toe het huidige uitgangspunt van de wettelijke regeling te verlaten ten gunste van één van de besproken systemen. Het komt mij nog

steeds redelijker voor dat de schuldenaar zal moeten aantonen dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt dan dat de teleurgestelde crediteur zal moeten aantonen dat de tekortkoming een wezenlijk karakter draagt. De huidige regeling, zoals die is toegepast in de jurisprudentie, lijkt mij dan ook niet zonder meer onverenigbaar met de door Bakels gesignaleerde kenmerken van het huidige contractenrecht, te weten duurzaamheid van contractuele relaties, nuancering van rechtsregels en belangenafweging tussen partijen.^[46] Hoe dit ook zij: het is, gelet op de eerder weergegeven jurisprudentie en hetgeen daarover is opgemerkt, maar de vraag in hoeverre in de praktijk het resultaat dat met het huidige stelsel wordt bereikt, verschilt van dat wat wordt gerealiseerd met een wettelijk systeem waarin voor een beroep op ontbinding een significante tekortkoming wordt verlangd.

Voetnoten

- [*] Mr. J. den Hoed is gerechtsauditeur bij de Hoge Raad. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.
- [1] De schuldenaar moet zich gemotiveerd op de uitzonderingsgronden beroepen. Zie bijvoorbeeld: HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197, HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 m.nt. JH en HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m.nt. JBMV.
- [2] Zie bijvoorbeeld: HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992, 715 en HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197.
- [3] HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 m.nt. JH. Hierin is de leer van het redelijk alternatief afgewezen.
- [4] HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m.nt. JBMV.
- [5] In gelijke zin A-G Asser in zijn conclusie vóór HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 317. Zie over het verband tussen de art. 24 en 25 Rv Wesseling-van Gent, Kluwer losbladig, art. 25 Rv, aant. 3.
- [6] HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208.
- [7] Zie HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 en HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562. De leer van het redelijk alternatief is onder andere in deze uitspraak afgewezen.
- [8] Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Keus vóór HR 4 november 2005, C04/284HR. Anders M. Stolp. Zij stelt, op basis van de wetsgeschiedenis, dat uit de redelijkheid en billijkheid geen verdergaande beperking van de bevoegdheid tot ontbinding voortvloeit dan uit de 'tenzij-clausule' (M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming*. De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, (diss. Nijmegen) Deventer: Kluwer 2007, 138 p.).
- [9] W.L. Valk, BB 25 april 2000, p. 71.
- [10] HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562. In dezelfde zin P-G Hartkamp in zijn conclusie vóór dit arrest en Vranken in zijn noot onder dit arrest waarin hij, onder verwijzing naar literatuur, opmerkt dat deze opvatting in de literatuur al enige tijd opgeld deed.
- [11] Voor een overzicht zij verwezen naar de conclusie van P-G Hartkamp vóór HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m. nt. JBMV.
- [12] F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (1993), T. Hartlief, *Ontbinding: over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie* (1994).
- [13] F.B. Bakels, a.w. (1993), p. 260 e.v. en *Wederkerige overeenkomsten en ontbinding wegens tekortkoming*, Deventer: Kluwer 1994 (*Mon. NBW B-58*), nr. 27. Volgens M. Stolp dient het 'externe subsidiariteitsbeginsel' te wijken voor het belang van de rechtszekerheid. M. Stolp, a.w., p. 141.
- [14] T. Hartlief, a.w. (1994), p. 204-211.
- [15] EHRM 26 februari 2002, nr. 36 515/97 (Fretté tegen Frankrijk). Dit citaat heeft betrekking op het EVRM en niet op de nationale wet. Ik ben met Nieuwenhuis van mening dat ook de wet een levend instrument is dat een tijdsconforme uitleg behoeft (J.H. Nieuwenhuis, *Tekst en Tijd*, *WPNR* 6709, p. 379). Een belangrijk pleitbezorger van deze visie is ook Stephen Breyer (*Active Liberty*, New York Alfred A. Knopf 2006) voor zover het de constitutie betreft, maar ook in meer algemene zin.
- [16] Zie F.C. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming. Een theoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht*, (diss. Amsterdam) (UvA), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, 221 p.
- [17] Zie bijvoorbeeld HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 686 m. nt. JdB.
- [18] F.C. Groenewegen, a.w., p. 8.
- [19] Zie bijvoorbeeld: HR 9 augustus 1992, *NJ* 1992, 715 en HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197.
- [20] . Dit standpunt wordt niet door iedereen gedeeld. In gelijke zin T. Hartlief in: *Coherente instrumenten in het Contractenrecht*, Kluwer Deventer 2003, p. 67, 68. Afwijzend F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. RUL, Deventer: Kluwer 1993, p. 223. Volgens Bakels behelst dit artikel geen limitatieve opsomming van eventueel in ogenschouw te nemen

omstandigheden.

- [21] Hierover bestaat verschil van mening.
- [22] HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m. nt. JBMV.
- [23] Zie *Asser-Hartkamp4-II* (2005), nr. 516.
- [24] *Parl. Gesch. Boek 6*, art. 6.5.4.6, TM, p. 1004 en 1005.'
- [25] In geval van overmacht rust het risico terzake de tegenprestatie derhalve op de schuldenaar; zie *Asser-Hartkamp 4-II* (2005), nr. 514.
- [26] *Parl. Gesch. Boek 6NBW*, art. 6.5.4.6, M.v.A. II, p. 1010.
- [27] *Asser-Hartkamp 4-II* (2005), nr. 510.
- [28] *Parl. Gesch. Boek 6NBW*, art. 6.5.4.6, M.v.A. II, p. 1012. Zie ook T.M., p. 1004.
- [29] A-G Keus in zijn conclusie vóór HR 4 november 2005, C04/284HR.
- [30] *Asser-Hartkamp 4-II* (2005), nr. 516.
- [31] Dit druist in tegen de strekking van art. 6:265 BW. Zie Hartlief, a.w., p. 68,69.
- [32] W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Kluwer Deventer 2004, p. 247 en Hartlief, Kluwer losbl., art. 6:265, aant. 13.
- [33] Zie bijvoorbeeld *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 24, 26 en 27.
- [34] *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 24.
- [35] *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 28.
- [36] *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 7.'
- [37] *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 8.
- [38] Zie ook A-G Keus in zijn conclusie vóór HR 4 november 2005, C04/284HR.
- [39] Zie bijvoorbeeld de art. 7:210 en 231 BW (huur), 7:685 BW (arbeidsovereenkomst), art. 51 Pachtwet, art. 8:184 BW (rederij), 7a:1683 BW (maatschap), art. 2:74 (N.V.), 1:99 BW (huwelijksgemeenschap), 7:440 BW (agentuurovereenkomst).
- [40] Zie bijvoorbeeld art. 8:387 BW (ontbinding bij goederenvervoer), art. 7:46d BW (koop op proef), 7:48c BW (koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken).
- [41] HR 8 januari 1925, *NJ* 1925, 297.
- [42] Zie bijv. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1005.
- [43] T. Hartlief, a.w., p. 65.
- [44] Gesteld dat de schuldenaar zich anders dan in het voorliggende geval beroept op de tenzij-clausule. Dit zal in vrijwel alle gevallen gebeuren, al was het maar omdat dit verweer zo voor de handliggend is.
- [45] W.V. Valk, Het recht op ontbinding in de praktijk van de rechtspraak, *NTBR* 2003, p. 136.
- [46] F.B. Bakels, Inzake het redelijk alternatief, *WPNR* 6693, p. 12-21.