

Acties van de koper

In enkele recente arresten preciseert de Hoge Raad de mogelijke acties van de koper. Kan de koper zomaar kiezen tussen nakoming van de overeenkomst of schadevergoeding? Wanneer kan de koper de overeenkomst ontbinden en onder welke omstandigheden heeft hij recht op schadevergoeding?

mrs. M.A.J.G. Janssen
en M.M. van Rossum
advocaten te Eindhoven¹



De koper heeft jegens de verkoper recht op correcte nakoming van hetgeen waartoe de koopovereenkomst de verkoper verplicht. Afgezien van de art. 7:20 en 7:21 BW die als bijzondere nakomingregeling kunnen worden gekwalificeerd² heeft de verkoper blijkens art. 7:22 BW³ tevens te zijner dienste staan:⁴

De koper is bij de keuze tussen nakoming en schadevergoeding gebonden aan eisen van redelijkheid en billijkheid

- een vordering tot schadevergoeding in aanvullende en/of vervangende zin;
- de mogelijkheid de overeenkomst geheel te (doen) ontbinden;
- de mogelijkheid de overeenkomst gedeeltelijk te (doen) ontbinden, langs welke weg onder meer prijsverlaging kan worden verkregen.

Voorop staat dat indien een schuldenaar een opeisbare verbintenis niet (volledig of behoorlijk) nakomt en derhalve sprake is van een tekortkoming in de nakoming, de verkoper zijn recht op nakoming kan afdwingen door middel van een daartoe strekkende vordering ex art. 3:296 lid 1 BW. Is nu de crediteur geheel vrij in de keuze tussen nakoming en schadevergoeding?

In *Multi Vastgoed/Nethou* (HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79)⁵ had de opdrachtnemer (*Multi Vastgoed*) zich jegens de opdrachtgever (*Nethou*) verbonden tot het bouwen en leveren van een onroerend goedproject (*Turn Key*) waarbij de deugdelijkheid van de gevelbeplating werd gegarandeerd. Op een gegeven ogenblik werd corrosie geconstateerd op de randen van de gecoate aluminium gevelbeplating. *TNO* constateerde dat het ging om zogenaamde *filiforme corrosie*. Het gevolg was dat de op de aluminiumplaat aangebrachte coating

enigszins poreus was geworden op de buig-radii. Door de porositeit kunnen agressieve stoffen uit het milieu samen met water en zuurstof door de coating heendringen en (blaas- of draadvormige) corrosie van het aluminium om de coating veroorzaken. Nethou heeft Multi Vastgoed in gebreke gesteld en aanspraak gemaakt op de volledige vervanging van de gevelbeplating. In rechte heeft Nethou gevorderd dat Multi Vastgoed wordt gelast de gehele gevelbeplating te vervangen door een deugdelijke beplating onder verlening van een nieuwe garantie. Subsidiar heeft zij betaling gevorderd van de kosten van een volledige ver-

Dat de koper een minder bezwaarlijke mogelijkheid heeft, verhindert niet dat hij kan kiezen voor ontbinding van de overeenkomst

derd van de kosten van een volledige vervanging van de gevelbeplating door deugdelijk materiaal, althans een bijdrage in die kosten. De primaire vordering is door de rechtbank toegewezen.

Multi Vastgoed betoogde in hoger beroep dat de gevraagde complete vervanging van alle panelen disproportioneel is. Herstel als vorm van schadevergoeding diende volgens Multi Vastgoed in redelijke verhouding te staan tot de ernst c.q. de aard van het te herstellen gebrek. De vervanging van enkele, in het oog lopende, panelen, zou, aldus nog steeds Multi Vastgoed, gevoegd bij een extra, aangepast gevelonderhoudsprogramma op kosten van Multi Vastgoed, een adequaat antwoord zijn op de geconstateerde corrosie.

Het hof overwoog dat in het licht van de door Multi Vastgoed aan Nethou verstrekte garantie sprake is van een substantiële tekortkoming van Multi Vastgoed en dat het door haar aangeboden herstel zodanig op gespannen voet staat met deze garantie, dat deze volstrekt ontoereikend is. Het hof besliste bovendien dat de kosten van de gehele vervanging weliswaar aanzienlijk zijn – deze worden begroot op een bedrag van f 6.000.000 – maar tegen de achtergrond van het met de Turn Key-levering gemoeide bedrag van f 157.000.000 niet buitenproportioneel. Daarbij wees het hof erop dat de

zogenaamde correctiemethode onaanvaardbaar veel risico meebrengt, zoals het risico van beschadiging van de gevelpanelen en de daarop aangebrachte isolatie alsmede het risico van kleurverschillen.

Open afweging

De Hoge Raad bevestigt dat een garantieverplichting, als hier aan de orde, meebrengt dat het achterwege blijven van de gegarandeerde eigenschappen van een geleverde zaak zonder meer een tekortkoming van de debiteur oplevert. De crediteur heeft dan in beginsel de keuze tussen nakoming,

gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen. Zulks komt bijvoorbeeld tot uiting in art. 7:21 BW voor het geval een afgeleverde zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt, alsmede in art. 7:12.8 Ontw. BW voor het geval van aanneming van werk, en er is geen grond uit deze bepalingen af te leiden dat een overeenkomstige regel bij andere gevallen van aflevering van een ondeugdelijke zaak niet behoort te worden gehanteerd.

Volgens de Hoge Raad dient in een geval als het onderhavige een afweging plaats te vinden van de belangen van de crediteur, Nethou, tegenover die van de debiteur, Multi Vastgoed, met het oog op enerzijds de door Nethou verlangde nakoming en anderzijds de door Multi Vastgoed aangeboden vorm van schadevergoeding. De Hoge Raad is van oordeel dat het hof deze



voorzover deze nog mogelijk is (dat wil hier zeggen: het alsnog aanbrengen van een gevelbeplating zonder filiforme corrosie) en schadevergoeding in enigerlei vorm (in dit geval de door Multi Vastgoed aangeboden vervanging van enkele panelen en een aangepast gevelonderhoudsprogramma op haar kosten). De Hoge Raad plaatst bij dit uitgangspunt echter uitdrukkelijk de hierna volgende kanttekening: 'De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de

belangenafweging ook heeft verricht. Vervolgens is het hof tot het oordeel gekomen dat Nethou aanspraak kan maken op complete vervanging van de gevelbeplating. Deze belangenafweging is verweven met waarderingen van feitelijke aard en kon door de Hoge Raad niet (verder) op haar juistheid worden getoetst.

Reeds voor dit arrest van de Hoge Raad was duidelijk dat de redelijkheid en billijkheid een rol spelen bij de keuze tussen nakoming en schadevergoeding. Art. 7:21 lid 1 BW

bepaalt immers sub b voor de verkoop in het algemeen dat in geval het afgeleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt, de koper kan eisen 'herstel van de afgeleverde zaak, *mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen*'. Zoals Hijma⁶ terecht opmerkt vereist de clausulering dat herstel:

- voor de verkoper mogelijk moet zijn;
- mede bedrijfseconomisch gezien in redelijkheid van de verkoper kunnen worden gevergd.⁷

Onzes inziens volgt uit het onderhavige arrest van de Hoge Raad dat de belangenafweging een open karakter heeft: het recht van de koper op nakoming staat niet voorop.⁸ Bij de afweging van alle belangen zal gewicht toekomen aan:

- aard en gebruiksdoel van de zaak;

Als herstel mogelijk is, dient de verkoper in verzuim te zijn voordat de koper aanspraak kan maken op schadevergoeding

- omvang der herstellkosten, mede in relatie tot de waarde van de zaak en de kosten van een eventuele vervanging;
- de omvang van de ondeugdelijkheid;
- de woonplaats van verkoper en koper.⁹

'Onmogelijk' en 'buiten verhouding'

Door de EG-richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen¹⁰, wordt art. 7:21 BW zo aangepast dat voor de consumentkoop de vordering tot herstel of vervanging aan de clausuleringen 'onmogelijk' of 'buiten verhouding' wordt onderworpen. In het nieuw voorgestelde vierde lid van art. 7:21 BW is dat als volgt geschied:¹¹ 'Bij een consumentkoop komt de koper in afwijking van lid 1 slechts dan geen herstel of vervanging van de afgeleverde zaak toe indien herstel of vervanging onmogelijk is of van de verkoper niet gevergd kan worden.'

Art. 3 lid 3 van de richtlijn bepaalt voorts dat het herstel of de vervanging binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de consument moet plaatsvinden, waarbij rekening moet worden gehouden met de aard van de goederen en het

gebruik van de goederen dat de consument wenst. In het nieuwe art. 7:21 lid 3 BW is dit tot uitdrukking gebracht, waarbij deze verplichtingen niet zijn beperkt tot alleen een consumentenkoop: 'De verkoper is verplicht 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 zijn in lid 1 bedoelde verplichtingen na te komen.'

Ontbinding is recht van crediteur

De vraag rijst of een belangenafweging op basis van de redelijkheid en billijkheid ook plaats dient te vinden indien verkoper of koper de koopovereenkomst geheel of gedeeltelijk wenst te ontbinden, ex art. 6:265 BW. Uit een tweetal recente arresten

van de Hoge Raad¹² blijkt dat in geval van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de crediteur *recht* heeft op ontbinding, tenzij de bijzondere aard of de geringe betekenis van de tekortkoming daaraan in de weg staat. Indien de debiteur meent dat de beweerde tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt, dan dient hij dat – voldoende gemotiveerd – naar voren te brengen. De rechter dient met dit verweer rekening te houden in het licht van alle omstandigheden van het geval, onzes inziens ook voorzover deze na de tekortkoming hebben plaatsgevonden. De Hoge Raad heeft derhalve beslist dat de redelijkheid en billijkheid de bevoegdheid tot ontbinding kunnen aantasten. De actieradius daarvan is echter zeer beperkt, zoals blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 4 februari 2000, 562 (Mol/Meijer)¹³ over de koop van aandelen.

Dit laatste arrest toont aan dat de Hoge Raad niets van het systeem van art. 6:265 BW wil 'afknabbelen'.¹⁴ De koper nam alle aandelen van een vennootschap over. De verkopers deelden niet aan de koper mede dat de vennootschap enige tijd een illegale bron had geëxploiteerd en illegaal afvalwater had geloosd. In het koopcontract hadden de

verkopers een aantal garanties gegeven, waaronder garanties voor de juistheid van de jaarcijfers. Naar aanleiding van een hogere voorlopige aanslag van het waterschap ging de koper op onderzoek uit, waarbij de illegale bron werd ontdekt. De koper vorderde vervolgens ontbinding respectievelijk vernietiging van de koopovereenkomst en daarnaast schadevergoeding. Het hof ontbond de koopovereenkomst en veroordeelde de verkopers tot medewerking aan de teruglevering van de aandelen. Voorts moesten zij de inmiddels door de koper in de vennootschap gestorte bedragen terugbetalen.

In cassatie werd betoogd dat het hof had miskend dat naar huidige rechtsopvatting van de mogelijkheid van ontbinding terughoudend gebruik dient te worden gemaakt. Het hof zou geen onderzoek hebben ingesteld naar de relevante omstandigheden of had de wel in zijn beoordeling betrokken feiten verdisconteerd op een wijze die niet met voormelde terughoudendheid is te rijmen. Verder werd in cassatie aangevoerd dat in ieder geval bij overeenkomsten als deze van de mogelijkheid van ontbinding terughoudend gebruik dient te worden gemaakt nu ongedaanmaking zeer bezwaarlijk zo niet onmogelijk is en schadevergoeding mogelijk en passend is.

De Hoge Raad gaat met deze gedachtegang niet mee. Indien zich niet het geval voordoet dat wegens de bijzondere aard of de geringe betekenis van een tekortkoming, zoals bedoeld in art. 6:265 lid 1 BW, ontbinding niet gerechtvaardigd is, staat het de schuldeiser vrij te kiezen voor ontbinding van de overeenkomst. Daaraan kan volgens de Hoge Raad niet afdoen dat aan de koper een voor de verkoper minder bezwaarlijke mogelijkheid van redres ter beschikking staat. Ook is er geen grond om in het geval van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst strekkende tot overdracht van (de aandelen in) de onderneming, de bevoegdheid of ontbinding verder te beperken dan in art. 6:265 lid 1 BW is voorzien. De Hoge Raad wijst erop dat de aard van een dergelijke overeenkomst wel van invloed kan zijn op de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen. Ten slotte geeft de Hoge Raad aan dat een beroep op de redelijkheid en bil-

lijkheid ter afwering van de ontbinding slechts in beperkte mate mogelijk is, zulks gelet op de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van art. 6:265 BW, waaruit blijkt dat in geval van tekortkoming een vordering tot ontbinding van de overeenkomst toewijsbaar is, tenzij de bijzondere aard of de geringe betekenis van de tekortkoming daaraan in de weg staat.

Terughoudend gebruik

Een aantal schrijvers heeft betoogd dat van de ontbinding een terughoudend gebruik moet worden gemaakt,¹⁵ maar zoals gezegd houdt de Hoge Raad vast aan het systeem van art. 6:265 lid 1 BW.¹⁶ Hij geeft wel een extra uitzondering op de ontbindingsbevoegdheid: de redelijkheid en billijkheid,

Het recht op ontbinding is weliswaar geen strikt ultimum remedium, maar veel ruimte voor de redelijkheid en billijkheid is er niet

maar de ruimte hiervoor is beperkt.¹⁷

De aard van de overeenkomst dwingt weliswaar niet op voorhand om een vordering tot ontbinding af te wijzen maar deze kan wel van invloed zijn op de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is om de ontbinding te rechtvaardigen. Hetzelfde geldt met betrekking tot de zwaarwegende gevolgen van de ontbinding van de overeenkomst. Annotator Vranken wijst erop dat de Hoge Raad in verband met de ontbindingsvraag huiverig is voor het geven van vuistregels of algemenere gezichtspunten.¹⁸ Zo is een onderscheid op voorhand tussen kernbedingen die in beginsel wel recht geven op ontbinding en niet-kernbedingen die dat niet doen, door de Hoge Raad in de ban gedaan.¹⁹ Ook accepteert de Hoge Raad niet dat pas ontbonden kan worden als sprake is van een serieuze tekortkoming (*fundamental breach*). De rechter heeft voorts niet de discretionaire bevoegdheid om op grond van subsidiariteit en proportionaliteit vast te stellen welke remedie in een concreet geval de beste is. De verwerping door de Hoge Raad van de leer van het redelijk alternatief maakt dit duidelijk.²⁰

Herstelbaar verzuim

Uit art. 6:74 lid 1 BW vloeit voort dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de verkoper verplicht de schade die de koper daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de verkoper niet kan worden toegerekend. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat lid 1 slechts toepassing vindt met inachtneming van hetgeen in de artikelen 6:81-6:87 BW is bepaald betreffende het verzuim van de verkoper. Voor het intreden van de schadevergoedingsplicht van de verkoper is daardoor onder meer relevant in hoeverre nakoming zijnerzijds al niet reeds blijvend onmogelijk is. Indien nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, moet de verkoper in beginsel door middel van een ingebrekestelling ex

art. 6:82 lid 1 BW in verzuim zijn, voordat hij tot schadevergoeding gehouden is.

Van een blijvende onmogelijkheid tot nakoming wordt gesproken indien deze niet meer door een nadere nakoming – alsnog presteren, herstel, aanvulling, vervanging – kan worden geheeld.²¹ Daarom dient bij iedere tekortkoming van de verkoper te worden nagegaan of nakoming van de desbetreffende verbintenis al niet blijvend onmogelijk is. Tekortkomingen worden onderverdeeld in (a) niet tijdige nakoming, (b) ondeugdelijke nakoming en (c) onontkoombare niet nakoming. Nakoming is blijvend onmogelijk bij (a) onherstelbare ondeugdelijke nakoming en (b) onontkoombare niet nakoming, terwijl nakoming niet blijvend onmogelijk is bij (a) niet tijdige nakoming en (b) herstelbare ondeugdelijke nakoming. Als herstel mogelijk is, dient de verkoper in verzuim te zijn voordat de koper aanspraak kan maken op schadevergoeding. Ingevolge art. 6:81 BW is de verkoper in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en



aan de eisen van de art. 6:82 en 6:83 BW is voldaan, behalve voor zover de vertraging hem niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is. In het kader van de hierna te bespreken arresten van de Hoge Raad zijn met name relevant de art. 6:82 BW en 6:83 BW. Uit deze bepalingen volgt de hoofdregel dat in beginsel verzuim eerst intreedt wanneer de verkoper in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld en nakoming binnen deze termijn uitblijft.

Blijvende onmogelijkheid

In het arrest van de Hoge Raad inzake

De leerstukken verzuim en ingebrekestelling worden sterk beïnvloed door de redelijkheid en billijkheid

Kinheim/Pelders²² was het bepaalde in art. 6:82 lid 2 BW aan de orde. Volgens dit artikel kan de ingebrekestelling plaatsvinden door een schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat de verkoper voor het uitblijven van de nakoming aansprakelijk wordt gesteld, indien hij tijdelijk niet kan nakomen of uit zijn houding blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn. Het betrof een afnemer (Kinheim) die aan een producent (Pelders) opdracht had gegeven tot het vervaardigen van schroefelementen. Deze voldeden niet aan de verwachtingen. Kinheim heeft Pelders gedagvaard en schadevergoeding gevorderd. Zij heeft daaraan ten grondslag gelegd dat Pelders tussen april 1992 en augustus 1993 schroefelementen heeft geleverd die, achteraf, niet aan de overeengekomen eisen bleken te voldoen. Omstreeks oktober 1992 zijn afnemers van Kinheim melding gaan maken van schroefelementen die niet voldeden. Aanvankelijk heeft Kinheim de desbetreffende elementen vervangen, doch in de loop van 1993 is het aantal klachten van afnemers over de kwaliteit van de onderdelen zodanig toegenomen dat Kinheim zich genoodzaakt zag niet langer onderdelen van Pelders af te nemen.

De schade omvatte hoofdzakelijk kosten

van de door deze afnemers aan Kinheim geretourneerde en onbetaald gelaten onderdelen, de kosten van vervangende onderdelen die Kinheim grotendeels van andere fabrikanten heeft betrokken en aan haar afnemers ter beschikking heeft gesteld, en winstderving. De rechtbank wees de vordering van Kinheim af omdat zij had nagelaten Pelders in gebreke te stellen, zodat Pelders niet in verzuim was geraakt. In hoger beroep heeft Kinheim een aantal redenen aangevoerd die volgens haar ieder afzonderlijk tot de conclusie leiden dat er sprake was van een blijvende onmogelijkheid tot nakoming, waardoor de rechtbank niet toe had mogen komen aan de vraag of er sprake was van verzuim en/of ingebreke-

stelling. Het hof heeft alle redenen ongegrond geoordeeld en geconcludeerd dat er geen blijvende onmogelijkheid tot nakoming kan worden aanvaard.

Kinheim heeft in cassatie onder meer betoogd dat de schade ten minste gedeeltelijk valt aan te merken als gevolgschade, zodat voor dat deel van de vordering de eis van een ingebrekestelling niet geldt. Het hof had dit betoog verworpen met de overweging dat een bespreking van de desbetreffende schadepost eerst aan de orde komt indien is komen vast te staan dat Pelders een wanprestatie heeft gepleegd en dat het hof niet toekomt aan de vraag of dat het geval is geweest, aangezien Pelders niet in verzuim is geraakt wegens het ontbreken van een deugdelijke ingebrekestelling. In cassatie wordt erover geklaagd dat het hof daarmee blijf heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

De Hoge Raad deelt deze opvatting: 'Indien een schuldenaar aanvankelijk een ondeugdelijke prestatie heeft geleverd doch deze vatbaar is voor herstel door alsnog een deugdelijke prestatie te leveren of het gebrek in de geleverde prestatie te herstellen, en van de schuldeiser gevergd kan worden dat hij de schuldenaar daartoe in de

gelegenheid stelt, zal verzuim te dien aanzien in beginsel pas intreden nadat de schuldeiser de schuldenaar op de voet van art. 6:82 lid 1 BW de gelegenheid tot herstel heeft gegeven. Wanneer evenwel de schuldenaar die ondeugdelijk heeft gepresteerd, nog de gelegenheid heeft alsnog deugdelijk na te komen, bestaat de mogelijkheid dat de schuldeiser ten gevolge van het gebrek in de aanvankelijk geleverde prestatie schade heeft geleden die hij niet zou hebben geleden indien aanstonds deugdelijk was geleverd, en die niet door de vervangende prestatie wordt weggenomen. In zoverre is de tekortkoming dan niet voor herstel vatbaar en is de nakoming blijvend onmogelijk in de zin van art. 6:74 en art. 6:81'.

Hieruit blijkt dat een ondeugdelijke prestatie enerzijds herstelbaar kan zijn, anderzijds tot blijvende onmogelijkheid kan leiden.²³ Er dient derhalve een onderscheid te worden gemaakt tussen vertragungsschade (de schade die ontstaat door het uitblijven van nakoming gedurende enige tijd) en gevolgschade of bijkomende schade.²⁴ In geval van gevolgschade is geen ingebrekestelling vereist.²⁵ Het is erg onhelder wanneer er sprake is van tijdelijke onmogelijkheid bij een situatie waarin de schuldenaar niet op korte termijn kan presteren, zoals De Jong onzes inziens terecht opmerkt.²⁶ Het lijkt verstandig om bij enige twijfel zekerheidshalve ook een aanmaning te verzenden, zoals bedoeld in art. 6:82 lid 1 BW.²⁷

Mededeling van tekortschieten

Overigens is de verhouding tussen art. 6:82 lid 2 BW en art. 6:83 sub c BW (uit de mededeling van de schuldenaar blijkt dat hij tekort zal schieten) niet duidelijk, zoals ook blijkt uit het arrest van de Hoge Raad inzake Verzicht/Rowi.²⁸ De zaak betrof weliswaar een huurovereenkomst, maar de cruciale rechtsoverwegingen van de Hoge Raad zijn eveneens relevant voor de koopovereenkomst.

Tijdens hevige regenval ontstond er in een door Rowi van Verzicht gehuurde winkel een lekkage. Deze lekkage was ontstaan doordat de waterafvoeren waren verstopt, deels door overlakking met een bepaalde

dakdekking. Rowi stelde Verzicht aansprakelijk voor de schade die zij als gevolg van deze lekkage had geleden, waaronder de kosten van herstel van de elektrische installatie in het gehuurde pand. Deze reparatie had zij reeds kort na de lekkage door een derde laten verrichten.

Volgens de Hoge Raad heeft de rechtbank haar oordeel dat Rowi gerechtigd was zonder ingebrekestelling van Verzicht tot herstel van de elektrische installatie over te gaan hierop gegrond, dat gelet op de houding van Verzicht, Rowi onder de gegeven omstandigheden ervan mocht uitgaan dat Verzicht in het geheel niet aan haar verplichtingen ten aanzien van het herstel van de elektrische installatie zou voldoen. In dit oordeel ligt naar het oordeel van de Hoge Raad besloten de opvatting dat onder deze omstandigheden²⁹ Verzicht zich er naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid achteraf niet op kan beroepen dat Rowi haar niet voorafgaand aan de werkzaamheden in gebreke heeft gesteld.

De Hoge Raad wijst erop dat art. 6:83 BW niet een limitatieve opsomming geeft van de gevallen waarin verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, maar dat ook de redelijkheid en billijkheid een rol kunnen spelen. Op grond van een en ander concludeert de Hoge Raad dat vorenbedoelde beslissing van de rechtbank geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

Indien het gaat om een weigerachtige verkoper heeft de koper, gelet op vorenstaand arrest van de Hoge Raad, een aantal alternatieven. In de allereerste plaats zijn er de twee in de wet geregelde situaties van art. 6:82 lid 2 BW en art. 6:83 sub c BW. Laatstvermeld artikel brengt mee dat verzuim zonder ingebrekestelling intreedt wanneer de koper uit de mededeling van de verkoper mocht afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis tekort zal schieten. Uit de parlementaire geschiedenis³⁰ blijkt dat hier gedacht moet worden aan het geval dat de schuldenaar aan de schuldeiser heeft doen weten niet of zonder tekortkoming te zullen nakomen. Indien slechts uit de gedragingen van de schuldenaar of uit diens mededelingen jegens derden valt af te leiden dat hij de schulden niet

zal nakomen, dan is aansprakelijkheidstelling als bedoeld in art. 6:82 BW vereist.³¹

Naast de hiervoor genoemde wettelijke wegen van art. 6:82 lid 2 en art. 6:83 sub c BW is er blijkens voormeld arrest van de Hoge Raad nog een mogelijkheid,³² die van de redelijkheid en billijkheid, die meebrengen dat onder bepaalde omstandigheden een schuldenaar er zich niet op mag beroepen geen ingebrekestelling te hebben ontvangen. De Hoge Raad is bereid de schuldeiser (lees de koper) in behoorlijke mate tegemoet te komen, indien hij gelet op de omstandigheden van het geval het niet noodzakelijk oordeelde de tekortschietende schuldenaar (lees de verkoper) in gebreke te stellen.

Immers, in de zaak Verzicht/Rowi had Rowi zich beroepen op het bepaalde in art. 6:83 sub c BW met dien verstande dat Rowi stelde uit de houding van Verzicht te hebben moeten afleiden dat deze niet haar verplichting tot reparatie zou nakomen. Daarbij had Rowi zich beroepen op haar brief aan Verzicht d.d. 28 september 1993, waarin Rowi aan Verzicht heeft laten weten te begrijpen dat Verzicht iedere aansprakelijkheid voor schade van Rowi afwijst, waaronder de expliciet genoemde schade aan haar elektrische installatie. Verzicht heeft daarop niet kenbaar gemaakt dat Rowi zulks onjuist had begrepen. Onder die omstandigheden mocht de rechtbank volgens de Hoge Raad oordelen dat Rowi gerechtigd was zonder ingebrekestelling van Verzicht tot herstel van de elektrische installatie over te gaan. Onzes inziens is het in een zodanig geval te billijken dat het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt.

Plaats van redelijkheid en billijkheid

Het bepaalde in art. 6:248 BW geldt eveneens voor de koopovereenkomst. Dit heeft tot gevolg dat de koopovereenkomst ook die rechtsgevolgen heeft die, naar de aard van de overeenkomst, voortvloeien uit de wet, de gewoonte of de eisen van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) en dat een tussen partijen als gevolg van de koopovereenkomst geldende regel niet van toepassing is, voorzover dit in de gegeven

omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6: 248 lid 2 BW)³³.

Als algemeen aandachtspunt komt onzes inziens naar voren de plaats die wordt ingenomen door de redelijkheid en billijkheid. In het kader van de verschillende acties die de koper ter dienste staan bij een tekortkoming van de verkoper, lijkt een grotere rol voor de redelijkheid en billijkheid te zijn weggelegd – indien het betreft de vraag of de koper bij tekortschieten van de verkoper aanspraak kan maken op nakoming (e.g. herstel) of genoeg moet nemen met een bepaalde vorm van schadevergoeding – dan wanneer het gaat om de vraag of de koper recht heeft op ontbinding ex art. 6:265 lid 1 BW. Bij de keuze tussen nakoming en schadevergoeding oordeelt de Hoge Raad dat een wederzijdse afweging tussen de belangen van de verkoper enerzijds en de belangen van de koper anderzijds dient plaats te vinden. Het recht op ontbinding daarentegen is weliswaar geen strikt ultimatum remedium, maar veel ruimte voor de redelijkheid en billijkheid is er niet.

Ook de leerstukken verzuim en ingebrekestelling worden sterk beïnvloed door de redelijkheid en billijkheid. Door art. 6:83 BW (verzuim zonder ingebrekestelling) niet limitatief te interpreteren en in het kader van de vraag of een ingebrekestelling vereist is een rol toe te kennen aan de redelijkheid en billijkheid, wordt de schuldeiser (de koper) die het niet noodzakelijk vond zijn toerekenbare tekortschietende schuldenaar (de verkoper) in gebreke te stellen, door de Hoge Raad in bepaalde omstandigheden tegemoet gekomen. Dit lijkt ons terecht.³⁴

Noten

- 1 Janssen en Van Rossum zijn werkzaam bij het Wetenschappelijk Bureau van AKD Prinsen Van Wijmen, Eindhoven. Mr. Janssen is tevens universitair docent burgerlijk recht aan de KUN.
- 2 Zie uitgebreid terzake Asser-Hijma, 5-I, 2001, met name nrs 380 t/m 401.
- 3 Hierin is bepaald dat de bijzondere nakomingregels van de art. 7:20 en 7:21 BW niet afdoen aan alle andere rechten of vorderingen van de verkoper.
- 4 Asser-Hijma, deel 5-I, 2001, nr. 420.
- 5 Zie over dit arrest M.J.W.E. Hillen-Muns, *NbBW* 2001/nr. 3, pag. 31-33, M.A. Leijten, *Bb*, 2001/nr. 5, p. 43-46 en M.A.M.C. van den Berg, 'De keuze tussen nakoming, schadevergoeding of ontbinding en de belangen van de crediteur,' in: *WPNR*, 2001/6439, p. 299-308.
- 6 Asser-Hijma, deel 5-I, 2001, nr. 390.
- 7 Zie ook NvW 1, *Parlementaire geschiedenis boek 7 BW*, p. 138. Overigens is art. 7:21 lid 1 BW van toepassing op koopovereenkomsten maar uit het onderhavige arrest van de Hoge Raad vloeit voort dat de regeling analogoog kan worden toegepast op andere gevallen van aflevering van een ondeugdelijke zaak, bijvoorbeeld in het kader van aan-neming van werk.
- 8 Zo ook Asser-Hijma, deel 5-I, 2001, nr. 390.
- 9 Zie over de problematiek rond nakoming M. Veldman, *WPNR* 01/6455, p. 727-738, R.P.J.L. Tjittes, RM Themis 2001/6, p. 161-162.
- 10 Richtlijn 99/44/EG van 25 mei 1999.
- 11 Zie Tweede Kamer, Vergaderjaar 2000-2001, 27 809, nr. 3, p. 7. Hierbij is aan het begrip 'buiten verhouding' in het nieuw voorgestelde vijfde lid invulling gegeven overeenkomstig art. 3 lid 3 van de richtlijn.
- 12 HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 (Twickler/R) en HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (Mol/Meijer).
- 13 Zie over dit arrest Jac. Hijma, *Bb* 2000/nr. 7, p. 69-71.
- 14 Deze terminologie is ontleend aan M.H. Wissink, *Bb* 1999/nr. 23, p. 228.
- 15 Zie o.m. F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (dissertatie) 1993, p. 226 e.v. alsmede T. Hartlief, *Ontbinding* (dissertatie) 1994, p. 138 en 139 en p. 204 e.v., M.M. van Rossum 'Het recht op ontbinding en de gerechtvaardigde belangen van partijen', *NJB* 1997, p. 577-580; M.M. Stolp, 'De bevoegdheid tot ontbinding ex art. 6:265 lid 1 BW in het licht van de subsidiariteit en proportionaliteit', *NTBR* 2000/8, p. 352-366.
- 16 In deze lijn o.m. HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp/Regency); zie ook HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 en HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 317.
- 17 Zie de conclusie van A.G. Hartkamp, par. 6 bij dit arrest waarin hij voor enkele voorbeelden verwijst naar het eind-arrest van het hof, rechtsoverweging 9 waarin het overweegt: 'Te denken valt aan min of meer ernstige organisatorische, andere fouten aan de zijde van appellanten waardoor, los van de gebreken van de waterhuishouding, de bedrijfsvoering van Provamo B.V. zou zijn geschaad. De feiten en omstandigheden waaruit voortvloeit dat een dergelijk geval zich voor doet zijn door geïntimeerden niet gesteld en te bewijzen aangeboden'.
- 18 J.B.M. Vranken, noot, paragraaf 4A onder HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562.
- 19 Zie Twickler/R, HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208.
- 20 Zie noot Vranken, paragraaf 6 sub a, b, c onder HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562. Zie dezelfde noot, onder par. 6 sub f voor Vrankens vraag terzijde of de verkoper een beroep had kunnen doen op art. 6:278 BW met de stelling dat de koper alleen maar voor ontbinding heeft gekozen om te kunnen profiteren van de gewijzigde waardeverhouding bij ongedaanmaking. De koper krijgt immers de koopsom en (een deel van) de investeringen terug en hoeft harerzijds niet meer terug te geven dan een inmiddels gefailleerd bedrijf.
- 21 Zie Hijma-Olthof, *Nederlands Vermogensrecht, leidraad voor het nieuwe BW*, 1999, p. 256 e.v.
- 22 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000/258. Zie over dit arrest S.Y.Th. Meijer, *NbBW* 2000/nr. 4, p. 53-55.
- 23 Zie ook *Verbintissenrecht*, (losbladige Kluwer), aantekening 32.2 op art. 6:74 BW, waar als voorbeeld wordt genoemd het leveren van een ondeugdelijke machine, waardoor schade aan de geproduceerde artikelen is ontstaan: de tekortkoming is in zoverre herstelbaar dat alsnog een nieuwe machine kan worden geleverd, zodat de dien aanzien verzuim is vereist, maar de productieschade is definitief geleden, zodat te dien aanzien sprake is van blijvende onmogelijkheid.
- 24 Conclusie A-G Hartkamp, paragraaf 2.16 voor Hoge Raad 4 februari 2000, *NJ* 2000/258.
- 25 Zie onder meer G.T. de Jong, *NJB* 2001, p. 708 e.v.
- 26 G.T. de Jong, *NJB* 2001, p. 712.
- 27 Zie in deze ook T. Hartlief, *WPNR* 2000/6427, p. 899-901. Overigens: de parlementaire geschiedenis (zie TM, boek 6 BW, p. 289) maakt duidelijk dat uiteindelijk de rechter beoordeelt of de schuldeiser uit de houding van de schuldenaar mocht afleiden dat een aanmaning nutteloos zou zijn.
- 28 HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000, 691. Zie over dit arrest ook G.J. Knijp, *NbBW* 2000/nr. 12, p. 159-162.
- 29 Die volgens de Hoge Raad een vergelijkbare situatie als beschreven in art. 6:83 onder c BW opleveren (het verzuim treedt zonder ingebrekestelling in wanneer de schuldeiser uit de mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten).
- 30 MvA II, *Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW*, pag. 290.
- 31 Tekst en commentaar Burgerlijk Wetboek, J.H. Nieuwenhuis e.a., 2001, aantekening 4 op art. 6:82 BW, pag. 1739.
- 32 Zie ook G.T. de Jong, *NJB* 2001, p. 710.
- 33 Asser-Hijma, 5-I, 2001, nrs. 25-27.
- 34 Zie ook G.T. de Jong, *NJB* 2001, p. 713. Zie verder over de rol van de redelijkheid en billijkheid bij een vordering tot nakoming, ontbinding, schadevergoeding en een beroep op opschorting: G.J. Rijken, *Monografie Nieuw BW*, nr. A5, m.n. p. 38-40.

Correctie: gerechtsdeurwaarderswet in euro

In het artikel van de gerechtsdeurwaarders Paul Otter en Jaap Bottenburg over de nieuwe gerechtsdeurwaarderswet (*Advocatenblad* 2001-16, p. 603-605) staan op p. 604 over de afstortingsverplichting abusievelijk de bedragen in guldens vermeld. In plaats van 10.000 gulden en 500 gulden had daar moeten staan 10.000 euro, respectievelijk 500 euro. (LH)