

# Risico en proportionaliteit

*L. Reurich\**

## 1. INLEIDING

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

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

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

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

## 2. RISICO VAN BUITEN DE OVEREENKOMST

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

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

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

1. Aldus de definitie in art. 7:1.

2. Parlementaire Geschiedenis Boek 6, MvA II, p. 1010. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 514; W. Snijders, *Risico-overgang bij koop*, Dorhout Mees-bundel (1974), Deventer 1974, p. 318.

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

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

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

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

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

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

### 3. ONTBINDING EN HET ECONOMISCH RISICO VOOR VERSLECHTERING VAN DE ZAAK

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. HET MOMENT VAN RISICO-OVERGANG

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

##### *4.1 Het Weens Koopverdrag*

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

##### *4.2 Het definitieve Ontwerp van een richtlijn consumptiegoederen*

In augustus 1996 is een voorstel voor een richtlijn inzake de garantie consumentengoederen<sup>12</sup> bij het Europees Parlement en Raad inge-

10. Art. 67 CISG ziet op de overhandiging door de koper aan een vervoerder, art. 68 CISG op verkoop tijdens vervoer: in het eerste geval is het moment van overhandiging, in het tweede geval het moment van contractsluiting beslissend.

11. U.Magnus, Stand und Entwicklung des UN-Kaufrechts, ZueP, p. 202-215.

12. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verkoop en de waarborgen voor consumptiegoederen, PbEG 1996, C 307-308.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

19. Asser-Schut-Hijma, nr. 506.

20. TM, Parlementaire Geschiedenis, Boek 7, p. 98. Zie ook Jongeneel die de term ‘bezorging’ opvat als ‘feitelijk in handen komen van de koper’, Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Deventer 1997, p. 28.

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

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

#### 4.3 Resultaat

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

### 5. HET INHOUDELIJK VERBAND TUSSEN TEKORTKOMING EN ONTBINDING

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

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

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

### 5.1 Wat is het evenredigheidsbeginsel?<sup>24</sup>

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

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

23. Zie noot 4.

24. De term 'evenredigheidsbeginsel' en 'proportionaliteitsbeginsel' zijn twee namen voor hetzelfde beginsel; ik gebruik ze door elkaar.

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

ene prestatie wordt aldus uitgedrukt in termen van de andere prestatie.<sup>26</sup>

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

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

26. Door die kwantificering kan een prestatie die in kwalitatieve zin bij de verbintenis achter blijft een zeker waarderingsprobleem opleveren.

27. A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Miscellanea (Van Dunné-bundel), Deventer 1997, p. 124 die spreken van het 'centraal beginsel' van het vermogensrecht dat op de leerstukken 'inwerkt'; T. Hartlief, *Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht*, AA 46 (1997), p. 196-202.

28. J.H. Nieuwenhuis, *Vernietigen, ontbinden of aanpassen I en II*, WPNR 6164-6165 (1995), p. 38 r.k..

29. Meer in het algemeen maken de vele mogelijkheden van aanpassing die het huidige BW bevat, de relatie tussen de contractuele verhouding enerzijds en een op die verhouding 'ingrijpend' objectief recht anderzijds, problematisch. De scherpe tegenstelling zoals bijvoorbeeld Eggens die neerzet (Een man een man, een woord een woord, VPO Deel 2, p. 200-211) is stellig met deze moderne aanpassingsmogelijkheden niet verenigbaar.

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

### *5.2 De ontbinding in proportie*

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

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

Indien noch kosteloze reparatie noch vervanging mogelijk is of indien na de reparatiepoging het gebrek aan overeenstemming niet is verholpen, heeft de consument het recht een vermindering van de prijs of ontbinding van de overeenkomst te verlangen'.

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

30. Zie voor een overzicht: U. Magnus, *Stand und Entwicklung des UN-Kaufrechts*, *ZeuP* 1995, p. 210.

31. E. Hondius, *Kaufen ohne Risiko: Der Europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkauf und zur Verbrauchergarantie*, *ZueP*, 1997, p. 138.

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

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

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

## 6. CONCLUSIE

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

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

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

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