

## DE TEKORTKOMING IN HET NBW

Mr P.C. Knol

*Van de in boek 6 NBW geregelde onderwerpen behoort de regeling van de "wanprestatie" waarschijnlijk (ook voor de praktijk) tot de belangrijkste. De problemen rond het thema niet-nakoming zijn in het NBW uitvoerig geregeld in, met name, de afdelingen 6.1.6A, 6.1.7, 6.1.8, 6.1.9, 6.1.9A en 6.5.4. Een centrale rol in deze regeling speelt het begrip "tekortkoming", dat door de wetgever geïntroduceerd is. Al vóór het NBW is ingevoerd bestaat er strijd over de precieze inhoud van dit begrip. Hartkamp noemt in het hiervoor afgedrukte interview (blz. 17) dit punt een "puur technische aangelegenheid". Dat wekt de suggestie dat er praktisch geen verschil tussen beide opvattingen zou bestaan. In dit artikel wordt bezien in hoeverre dat juist is en of het NBW zelf in deze controverse meer steun aan de ene of de andere opvatting geeft.<sup>1)</sup>*

### Inleiding

1. Van een nieuwe wetgeving mag men verwachten dat de centrale begrippen die gebruikt worden een vaststaande en duidelijk omschreven betekenis hebben. In het NBW hebben de meeste termen dat ook. De meeste van die begrippen worden in de toelichtende stukken uitvoerig beschreven en besproken.

Ten aanzien van het begrip tekortkoming moet men allereerst te rade gaan bij art. 6.1.8.1 en de toelichting daarop. Art. 6.1.8.1 luidt:

"-1. Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldenaar daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.

-2. Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, vindt lid 1 slechts toepassing met inachtneming van hetgeen is bepaald in de tweede paragraaf betreffende het verzuim van de schuldenaar."

Het discussiepunt ten aanzien van het begrip tekortkoming in deze bepaling is nu of men, indien de prestatie nog mogelijk is, slechts van een tekortkoming kan spreken indien verzuim is ingetreden, of dat men al voordien van een tekortkoming kan spreken, met dien

verstande dat voor een vordering tot schadevergoeding aan een nader vereiste - namelijk het intreden van verzuim - moet zijn voldaan. De eerste opvatting (I) wordt met name door Hartkamp verdedigd.<sup>2)</sup> De tweede visie (II) wordt onder meer aangehangen door Hijma en Olthof.<sup>3)</sup>

Ten aanzien van art. 6.1.8.1 lijkt de discussie inderdaad niet anders dan een twist over een puur technische aangelegenheid, zoals Hartkamp stelt.<sup>4)</sup> In beide opvattingen moet men immers langs de bepalingen van art. 6.1.8.6 en volgende (over het verzuim) alvorens de schuldeiser een schadevergoedingsvordering krijgt. Het is echter de vraag of men in andere artikelen waarin met dezelfde term wordt gewerkt tot dezelfde conclusie kan komen. Om dat na te gaan zullen hieronder de verschillende bepalingen waarin het begrip tekortkomen, ofwel het synoniem tekortschieten (zie nr. 2), aan de orde komt worden besproken. Hierbij heb ik mij beperkt tot boek 6 en de titels van boek 7 die tegelijk met boek 6 zullen worden ingevoerd. Door deze opzet - het zij toegegeven - is deze bijdrage in ieder geval zeer technisch van aard.

2. Voordat ik op de diverse bepalingen in ga wil ik echter nog aandacht besteden aan de parlementaire geschiedenis op art. 6.1.8.1, omdat daarin de begrippen tekortkomen en tekortschieten worden besproken. Allereerst een vrij uitvoerig citaat uit de Toelichting<sup>5)</sup>:

"De begrippen "tekortschieten in de nakoming" en "tekortkoming" hebben, zoals uit het voorafgaande blijkt, in het ontwerp een bijzonder ruime betekenis en omvatten alle gevallen waarin hetgeen de schuldenaar verricht, in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt. Anders dan in het begrip "wanprestatie" ligt in "tekortschieten" en "tekortkoming" niet opgesloten dat de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend."

Deze passage lijkt het meest aan te sluiten bij opvatting II van hierboven. Tekortkomen en tekortschieten zijn immers neutrale begrippen, waarvan men kan spreken als "in enig opzicht" de prestatie achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt. Tevens leert deze passage dat beide begrippen, tekortkomen en tekortschieten, synoniem zijn, zodat zij beide besproken moeten worden. De volgende passage uit de Memorie van Antwoord<sup>6)</sup> zou echter volgens mij in beide opvattingen verklaard kunnen worden:

"Duidelijk is dat op verschillende wijzen in de nakoming van een verbintenis kan worden tekortgeschoten. Het is daarom

van belang dat het gewijzigd ontwerp, evenals het ontwerp deed, een regel voorop stelt, waardoor voor alle soorten van tekortkomingen in de nakoming buiten twijfel gesteld wordt dat de schuldeiser recht op schadevergoeding heeft, tenzij de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. In het gewijzigd ontwerp wordt daaraan in het tweede lid terstond een bepaling verbonden die herinnert aan een belangrijke onderscheiding die in het nieuwe wetboek ten aanzien van het tekort schieten in de nakoming is aangebracht aan de hand van de vraag in hoeverre de prestatie al of niet blijvend onmogelijk is. Voorzover de prestatie niet reeds blijvend onmogelijk is, gelden de bepalingen van de tweede paragraaf van deze afdeling betreffende het verzuim van de schuldenaar. Het eerste lid kan dan slechts met inachtneming van deze bepalingen toepassing vinden, zoals ook voor de bevoegdheid tot ontbinding van de wederkerige overeenkomst waaruit de vordering wellicht voortspuit, aan de in die paragraaf voor het verzuim van de schuldenaar gestelde eisen moet zijn voldaan. Men zie art. 6.5.4.6 lid 2 van het gewijzigd ontwerp.

Dit impliceert dat ook aan het in het gewijzigd ontwerp gekozen stelsel gestalte wordt gegeven door middel van het begrip verzuim."

De verlangde duidelijkheid op het besproken punt wordt hiermee nog niet gegeven. Heeft dit nu gevolgen voor de toepassing van het NBW?

#### De tekortkoming in afdeling 6.1.8

3. De termen tekortkomen en tekortschieten komen (begrijpelijkerwijze) het meest voor in de afdeling 6.1.8. Ik noem de volgende artikelen: 6.1.8.1, 6.1.8.2, 6.1.8.3a, 6.1.8.4, 6.1.8.5-1a, 6.1.8.11 lid 2, 6.1.8.13, (het inmiddels vervallen art.) 6.1.8.14a, 6.1.8.17 en 6.1.8.18 lid 1 voor het tekortkomen en 6.1.8.5-1b en 1c, 6.1.8.8, 6.1.8.13 en 6.1.8.16 voor het begrip tekortschieten. Art. 6.1.8.1 kwam hierboven reeds ter sprake. Volgens mij passen beide visies in dit artikel. Want of men tekortkoming nu in ruime (II) of meer beperkte zin (I) opvat, in beide opvattingen moet men langs de verzuimregeling voordat de schuldeiser schadevergoeding kan vorderen.

Hetzelfde zal dan waarschijnlijk moeten gelden voor de art. 6.1.8.2, 6.1.8.3a en 6.1.8.4. In deze artikelen wordt immers de slotzinsnede van art. 6.1.8.1 lid 1 uitgewerkt. De artikelen betreffen alle drie de regeling van de "overmacht" in het NBW. Het belangrijkste gevolg van overmacht is dat geen schadevergoedingsverplichting ontstaat voor de schuldenaar. De band met verzuimre-

geling is dan ook aanwezig, in visie I alleen al door het woord tekortkoming, in visie II door het verband met art. 6.1.8.1.

Toch kan men in de wet hier aanwijzingen vinden dat opvatting II bedoeld is. In art. 6.1.8.6 wordt het verzuim omschreven. Van verzuim is sprake gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de vereisten van de art. 6.1.8.7 en 8 (in het algemeen een ingebrekestelling) is voldaan, *behalve voor zover de vertraging niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend* (of de nakoming blijvend onmogelijk is). Indien er niet kan worden toegerekend ('indien er overmacht is') is er dus geen sprake van verzuim. Met deze kennis is art. 6.1.8.2 in visie I moeilijk te lezen. Het begrip tekortkoming impliceert dan immers (soms) verzuim, maar als aan de vereisten van het artikel is voldaan kan van verzuim geen sprake zijn! Ik ben er van overtuigd dat ook in deze visie de regeling van de overmacht voor niemand een probleem zal opleveren, maar mijns inziens is de formulering van de artikelen in deze visie niet gelukkig.

Hiermee hangt samen dat voor overmacht in het NBW geen verhindering (lijkt mij soortgelijk aan onmogelijkheid) van de nakoming vereist is.<sup>7)</sup> In uitzonderingsgevallen<sup>8)</sup> is ook bij prestaties die nog verricht zou kunnen worden een beroep op overmacht mogelijk. Hieruit blijkt dat de toerekeningsvraag eerder beantwoord mag worden dan de vraag of er van verzuim sprake is. Met andere woorden: het begrip tekortkoming in 6.1.8.2 zal niet altijd verzuim impliceren, indien de prestatie nog mogelijk is, zoals in opvatting I wordt aangenomen.

Hetzelfde geldt voor de art. 6.1.8.3a en 6.1.8.4 lid 1-aanhef. Daarnaast wordt in art. 6.1.8.4 lid 1 het begrip tekortkoming nog eens gebruikt. In de meest recente tekst luidt het lid:

"Indien een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, maar hij in verband met die tekortkoming een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad, heeft de schuldeiser met toepassing van de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking recht op vergoeding van zijn schade tot ten hoogste het bedrag van dit voordeel."

Ook de tweede maal dat het begrip tekortkoming hier wordt gebruikt past dit naar mijn mening in opvatting II. Het voordeel dat door de tekortkoming genoten wordt is onafhankelijk van enig verzuim ontstaan. In visie I wordt het artikel te beperkt gelezen.

Indien men alleen rekening zou houden met het voordeel dat in verband met verzuim genoten is, doet men in dit opzicht afbreuk aan de strekking van het artikel.

4. De begrippen tekortkomen en tekortschieten in 6.1.8.5 leveren geen aanwijzingen op voor één van beide visies. Het gaat hier om de situatie dat de vordering nog niet opeisbaar is. Van verzuim kan dan ook nooit sprake zijn; vgl. art. 6.1.8.6. Wel van belang zijn de art. 6.1.8.8 sub c en 6.1.8.11 lid 2. In opvatting II leveren deze artikelen geen enkel probleem op. In opvatting I lijken we echter in een cirkel verzeild te raken. Art. 6.1.8.8:

"Het verzuim treedt zonder ingebrekestelling in: .....  
-c. wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenissen zal tekortschieten."

Lezen we dit tekortschieten in de zin die visie I er aan geeft dan wordt het artikel vreemd. Tekortschieten, dat verzuim zou impliceren als voorwaarde voor verzuim. Net als hierboven onder 3 lijkt me dat de genoemde artikelen op dit punt voor niemand een probleem zullen opleveren, maar een letterlijke toepassing van het begrip tekortschieten zoals in visie I wordt voorgestaan is onlogisch. Of mag men het werkwoord tekortschieten niet in dezelfde zin opvatten als het zelfstandig naamwoord tekortkoming? De hierboven geciteerde toelichting schakelt beide in ieder geval wel gelijk.

In art. 6.1.8.13 komen we zowel "tekort geschoten" als "tekortkoming" (2x) tegen. In visie I heeft dit artikel een beperkter werkingsgebied. Alleen de schuldenaar die in verzuim is kan zijn schuldeiser een termijn stellen waarbinnen deze keuze moet maken welke middelen hij wenst uit te oefenen. Indien hij zijn keuze bepaalt op nakoming wil hij dat verzuim gezuiverd zien. In de andere opvatting is de termijnstelling al mogelijk vóór verzuim. In deze opvatting zal de schuldeiser die ontbinding of schadevergoeding wil vorderen alsnog een ingebrekestelling uit dienen te brengen, ook als hij zijn keuze gemaakt heeft, tenzij men uit de termijnstelling door de schuldenaar al kan opmaken dat aanmaning nutteloos zal zijn; vgl. 6.1.8.7 lid 2 (en eventueel 6.1.8.8 sub c). Beide visies zijn mijns inziens in het artikel te passen, al zal het toepassingsgebied enigszins verschillen.

Ten aanzien van de art. 6.1.8.16, 6.1.8.17 lid 3 en 6.1.8.18 lid 1, die alle over het boetebeding gaan, lijkt mij ook opvatting II beter te passen. Indien deze artikelen moeten worden begrepen in de zin die daaraan in opvatting I wordt gegeven, dan krijgt het boetebeding een beperkter werkingsgebied. Alleen "boeten" gesteld op een tekortkoming ten aanzien waarvan de prestatie blijvend onmogelijk is, of ten aanzien waarvan verzuim is ingetreden zouden dan onder deze regeling vallen. Dat dit niet de bedoeling van de wetgever is blijkt uit art. 6.1.8.17a:

"Voor het vorderen van nakoming van het boetebeding is een aanmaning of een andere voorafgaande verklaring nodig in dezelfde gevallen als deze is vereist voor het vorderen van schadevergoeding op grond van de wet."

Als de regeling niet zou slaan op tekortkomingen waarbij nog niet van verzuim sprake is, dan is deze bepaling overbodig. Het bestaan ervan toont aan dat de wetgever hier het begrip tekortkoming heeft gebruikt in de zin die daarin in opvatting II wordt gegeven.

#### De tekortkoming elders in boek 6

5. Buiten afdeling 6.1.8 komen de termen tekortkoming en tekortschieten meermalen voor. In vele gevallen maken beide opvattingen weinig verschil. Zo lijkt de term "tekortgeschoten in de zorg" in de art. 6.1.7.7 en 6.5.4.7 lid 2 in de discussie geen rol te spelen, omdat hier het tekortschieten in een iets andere (meer beperkte) betekenis wordt gebruikt.<sup>9)</sup> In de artikelen 6.5.2A.3 sub d en sub k en 6.5.2A.4 sub 1 worden de termen alleen gebruikt als verwijzing naar (met name) de afdelingen 6.1.8 en 6.5.4, zodat het gebruik van de termen daar niet veel invloed heeft op de interpretatie ervan. En ten aanzien van de artikelen 6.5.4.6, 6.5.4.20 en 6.5.4.22 geldt in grote lijnen hetzelfde als hierboven bij art. 6.1.8.1. Bij art. 6.5.4.6 blijkt uit lid 2 al dat verzuim een noodzakelijke voorwaarde is, zoals dat voor schadevergoeding blijkt uit art. 6.1.8.1 lid 2. Dat voor de schadevergoedingsvordering van art. 6.5.4.20 verzuim vereist is indien de prestatie nog mogelijk is, blijkt in visie I uit het gebruik van het begrip tekortkoming. In visie II komt men echter tot hetzelfde resultaat. Het artikel verwijst door de formulering "wier tekortkoming een grond voor ontbinding heeft opgeleverd" naar een voltooide ontbinding.

Volgens art. 6.5.4.6 lid 2 is daarvoor in dat geval verzuim vereist. Voor art. 6.5.4.22 leden 2 en 3 geldt iets soortgelijks.

In één hier relevant opzicht loopt de schadevergoeding niet parallel aan de mogelijkheid tot ontbinding. In art. 6.5.4.6 is krachtens lid 2 in geval van tijdelijke onmogelijkheid geen verzuim vereist, terwijl dat voor een vordering tot schadevergoeding ex art. 6.1.8.1 wel vereist is. In dit geval ontstaat het verzuim door een schriftelijke mededeling; zie art. 6.1.8.7 lid 2. In opvatting II levert dit punt geen probleem op, doordat het vereisen van verzuim los wordt gezien van de tekortkoming. In opvatting I is er de merkwaardigheid dat door het woord tekortkoming in lid 1 te gebruiken verzuim wordt vereist, terwijl voor de tijdelijke onmogelijkheid daar in lid 2 impliciet een uitzondering op wordt gemaakt. Ook in deze visie lijkt me de bedoeling van de wetgever volstrekt duidelijk, maar het verschil tussen art. 6.1.8.1 en art. 6.5.4.6, waar hetzelfde begrip tekortkoming wordt gebruikt, is minder eenvoudig te verklaren.

6. Ook de leden 2 van de art. 6.5.4.2 en 6.5.4.4 zijn in opvatting I niet logisch geformuleerd. Deze artikelen gaan over opschortingsrechten bij wederkerige overeenkomsten. Voor een beroep op een opschortingsrecht is heel uitdrukkelijk niet vereist dat de wederpartij in verzuim is. Om de toelichting op art. 6.5.4.2 te citeren<sup>10)</sup>:

"Voorwaarde voor de bevoegdheid tot opschorting is in het onderhavige artikel, dat de wederpartij haar verbintenis hetzij in het geheel niet, hetzij slechts gedeeltelijk of niet behoorlijk nakomt. Niet vereist is dat de schuldenaar wanprestatie pleegt of in verzuim is; het is dus onverschillig of de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend, en of deze in gebreke is gesteld."

Het gebruik van het woord tekortkoming in zowel de bedoelde artikelleden, als in dit citaat uit de toelichting zijn alleen in opvatting II te begrijpen. In opvatting I kan men hier niet mee uit de voeten.

Het laatste artikel uit boek 6 dat ik wil bespreken is art. 6.5.4.7 lid 1:

"Geen ontbinding kan worden gegrond op een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis ten aanzien waarvan de schuldeiser zelf in verzuim is."

Deze bepaling spreekt eigenlijk voor zich. De schuldeiser die in schuldeisersverzuim verkeert kan geen ontbinding vorderen. Volgens art. 6.1.7.4 sluiten schuldeisersverzuim en (schulde-naars-)verzuim elkaar uit. In visie I zou er dan, zo de prestatie nog mogelijk is, nooit van een tekortkoming worden gesproken. Daarmee is in deze visie aan het artikel alle zin ontnomen. In de ruimere opvatting II heeft artikel daarentegen voor bepaalde gevallen zeker betekenis.<sup>11)</sup> Hier zal overigens de uitkomst in beide opvattingen gelijk zijn.

#### De tekortkoming in boek 7

7. Ook in de te zamen met boek 6 in te voeren titels van boek 7 worden de begrippen tekortkoming en tekortschieten gebruikt. Allereerst in art. 7.1.1.4a, waarin wordt bepaald dat bij een consumentenkoop de rechten en vorderingen van de koper ter zake van een tekortkoming in de nakoming door de verkoper alleen bij standaardregeling kunnen worden beperkt of uitgesloten.

In de toelichting op dit artikel<sup>12)</sup> wordt gesteld dat met deze formulering bedoeld wordt dat het dwingende karakter van de regeling zich met name uitstrekt tot het recht op schadevergoeding (afd. 6.1.8) en ontbinding (afd. 6.5.4) en niet tot bijvoorbeeld de opschortingsrechten. Hartkamp haalt deze passage uit de toelichting aan als steun voor zijn opvatting.<sup>13)</sup> Legt men deze passage naast het Compendium van Hijma en Olthof<sup>14)</sup>, dan wijken deze laatste inderdaad af van de toelichting op art. 7.1.1.4a. Volgens Hijma en Olthof is voor een opschortingsrecht een tekortkoming vereist. Datzelfde bleek ook hierboven, onder 6, bij de bespreking van art. 6.5.4.2. Hier meldt de toelichting echter uitdrukkelijk dat een opschortingsrecht niet van het bestaan van een tekortkoming afhankelijk is gemaakt. Aldus wordt in de toelichting op boek 7 eigenlijk gekozen voor opvatting I. Het enige verschil tussen beide passages lijkt namelijk gelegen te zijn in het al dan niet begrijpen van verzuim in de tekortkoming. Op het punt van het verzuim na wordt toch voor een opschortingsrecht niets anders vereist dan een "tekortkomen"; een ten achter blijven van de prestatie dat niet door een opschorting van de andere kant gerechtvaardigd is. Wat hier niet direct uit de wettekst blijkt is in de toelichting te lezen: de wetgever hangt in art. 7.1.1.4a opvatting I aan.



8. Ten aanzien van art. 7.1.3.9 lijken mij beide opvattingen toepasbaar. De rechten ter zake van de in art. 7.1.3.7 bedoelde tekortkoming waarnaar het artikel verwijst omvatten schadevergoeding en ontbinding. Dat voor het uitoefenen van die rechten verzuim nodig is spreekt met het oog op art. 6.1.8.1 en 6.5.4.6 vanzelf, ook in opvatting II. Ten aanzien van de art. 7.7.1f (7.7.1.8), 7.7.4a (7.7.2.4a) en 7.9.7 geldt eigenlijk hetzelfde. Deze artikelen betreffen schadevergoedingsvorderingen, terwijl de band met art. 6.1.8.1 duidelijk wordt aangegeven.

Het laatste te bespreken artikel is art. 7.14.1.6:

"1.- De borg is niet gehouden tot nakoming voordat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekort geschoten. 2.- De schuldeiser die de hoofdschuldenaar overeenkomstig artikel 6.1.8.7 in gebreke stelt, is verplicht gelijktijdig aan de borg mededeling te doen."

De twee leden van dit artikel in onderling verband gelezen lijken mee te brengen dat alleen opvatting I hier zinvol is.<sup>15)</sup> De bedoeling van het artikel lijkt immers te zijn, dat de borg gewaarschuwd moet worden vóór hij aangesproken kan worden. De term tekort geschoten in lid 1 moet dan verzuim impliceren, omdat anders de waarschuwing van het tweede lid te laat komt. Deze waarschuwing heeft immers alleen zin als de borg pas na het daarna intredende verzuim tot nakoming gehouden is. In opvatting II is de borg al vóór de waarschuwing aan te spreken, omdat voordien al is tekort geschoten.

Men kan dit artikel echter ook op andere wijze lezen en de ontstaansgeschiedenis ervan geeft aanleiding om aan te nemen dat die andere lezing bedoeld is.<sup>16)</sup> Lid 1 van het artikel geldt dan alleen voor de nakomingsvordering van de schuldeiser tegen de borg. Deze is tot nakoming gehouden indien de schuldeiser "het nodige heeft gedaan om te constateren dat de hoofdschuldenaar niet tot betaling overgaat", aldus de toelichting.<sup>17)</sup> Dit zal natuurlijk, mede in verband met bewijskwesities, veelal door middel van een ingebrekestelling geschieden, maar nodig is dit dan wellicht niet. Lid 2 ziet in deze lezing alleen op de vordering tot schadevergoeding tegen de borg, uitgezonderd de vertragungsschade, waarvoor art. 7.14.1.7 geldt. Als men het artikel op deze wijze leest, waarbij de artikkelleden over verschillende onderwerpen gaan, dan is visie II er zeer wel in te lezen. Met het oog op de

toelichting die hierboven geciteerd is mag deze opvatting zelfs waarschijnlijker worden genoemd.

Ten aanzien van dit artikel is er dus enige onzekerheid, die wordt gevoeld door het feit dat lezing ervan in eerste instantie een andere indruk wekt dan mogelijk bedoeld is.

### Conclusie

9. In het voorafgaande werd min of meer in vogelvlucht gezien of de wetsartikelen waarin de termen tekortkoming, tekortkomen, of tekortschieten worden gebruikt enig licht werpen op de discussie die gaande is over de inhoud van deze begrippen. Ik ben mij ervan bewust dat deze benadering onvolledig is. Een duidelijke keuze tussen de beide onder 1 genoemde opvattingen verlangt een diepgravender onderzoek naar het gehele systeem ter zake van niet-nakoming in het NBW. De omvang van dit artikel staat mij echter niet toe om meer dan een aanzet te geven.

Een voorzichtige conclusie uit het voorgaande is dat de termen niet steeds op dezelfde wijze worden gebruikt. Waar de artikelen van boek 6 volgens mij per saldo meer in de richting van opvatting II gaan, vindt men in boek 7 soms ook opvatting I neergelegd. Ik laat mij niet uit over de wenselijkheid van één van beide opvattingen, maar stel wel de vraag of we gelukkig kunnen zijn met de onduidelijkheid ten aanzien van de begrippen.

Eenzijds concludeerde ik hierboven al meermalen dat het verschil in opvatting meestal niet meebrengt dat men het niet eens is over de strekking of werking van bepaalde artikelen. Ondanks verschil in uitgangspunt lijkt veelal geen verschil in uitkomst. Anderzijds lijkt het niet wenselijk dat het centrale begrip van de toch al niet erg toegankelijke afdelingen die niet-nakoming regelen, wat de inhoud betreft aan discussie onderhevig is. Het lijkt mij dan ook nuttig dat de wetgever op dit punt alsnog duidelijkheid verschaft. Een enkele uitspraak in de parlementaire stukken zal hier echter niet voldoende zijn, omdat niet alle bepalingen geheel passend zijn in of de ene of de andere opvatting. Aanpassing van één of enkele artikelen in de richting van opvatting II zou mijns inziens verreweg het meest eenvoudig te realiseren zijn, omdat deze opvatting in de meeste artikelen beter past. Sterker, en ietwat stoutmoedig, gezegd: het lijkt er op dat opvatting II de

oorspronkelijke inhoud van het begrip tekortkoming weergeeft en opvatting I eerst later is opgekomen. Alleen in de meer recente teksten en toelichtingen is immers deze opvatting beter te passen.

Het NBW schiet in dit opzicht nog niet tekort, maar verwarring is niet denkbeeldig.

#### Noten

- 1) Een algemeen overzicht over de regeling van de gevolgen van niet-nakoming in het NBW wordt hier niet gegeven. Zie daarvoor bijvoorbeeld: M.M. Olthof, *Capita NBW*, blz. 235-278. Om de omvang van deze bijdrage niet al te omvangrijk te laten worden, heb ik er van afgezien alle besproken wetsartikelen te citeren. In vele gevallen verdient het wellicht aanbeveling de artikelen er bij te lezen.
- 2) A.S. Hartkamp, *Compendium* (1984), nr. 270 en Asser-Rutten-Hartkamp I, zevende druk (1984), nr. 307, blz. 212. Zo ook: Syllabus van de landelijke PAO-cursus NBW, aide memoire bij week 5 (niet-nakoming).
- 3) Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium* (1984), nrs. 349, 366 en 378 en M.M. Olthof, *Capita Nieuwe BW*, blz. 236. In deze zin ook: O.K. Brahn, *Zwaartepunten van het nieuwe vermogensrecht*, tweede druk (1984), blz. 250-251 en G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding volgens NBW en BW*, Studiepocket privaatrecht nr. 32, blz. 6-8.  
Niet helemaal duidelijk in dit opzicht is G. Hamaker, *Jonge Baliebundel 1981*, blz. 173, die het meest bij opvatting II lijkt aan te sluiten.
- 4) In het hiervoor afgedrukte interview, blz. 17.
- 5) *Parlementaire geschiedenis*, boek 6, blz. 258.
- 6) *Parlementaire geschiedenis*, boek 6, blz. 253.
- 7) *Parlementaire geschiedenis*, boek 6, blz. 263.
- 8) Zie Asser-Rutten-Hartkamp I, nr. 318.
- 9) Vergelijk over deze artikelen Asser-Rutten-Hartkamp I, nr. 293.
- 10) *Parlementaire geschiedenis*, boek 6, blz. 994.
- 11) Ook in deze visie heeft het artikel trouwens beperkte betekenis, maar wel op andere gronden. Zie Jac Hijma en M.M. Olthof, *Compendium*, nr. 520.
- 12) *MvT wetsontwerp 16 979*, blz. 24.
- 13) Asser-Rutten-Hartkamp, nr. 307.

- 14) Jac. Hijma en M.M. Olthof, Compendium, nrs. 331, 349 en 515.
- 15) Zoals ik ook al concludeerde in het Kwartaalbericht Nieuw BW 1984/4, blz. 138.
- 16) Zie de toelichting op art. 7.14.1.6, wetsontwerp 17 779, blz. 25 in verband met de toelichting op art. 7.14.1.7 van het voorontwerp van 1972, blz. 1121.
- 17) Wetsontwerp 17 779, nr. 3, blz. 25.