

Tilburg University

Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten

Vranken, J.B.M.; Hammerstein, A.

Published in:

Miscellanea Jurisconsulto Vero Dedicata

Publication date:

1997

Document Version

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Vranken, J. B. M., & Hammerstein, A. (1997). Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. In J. ten Kate (Ed.), *Miscellanea Jurisconsulto Vero Dedicata* (pp. 115-128). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

BEËINDIGEN EN WIJZIGEN VAN OVEREENKOMSTEN

Een kort overzicht

1. De boeken 3 en 6 van het BW bevatten geen afzonderlijke titel of afdeling over "het einde van de overeenkomst". Ook in de Nederlandse hand- en studieboeken over het algemene overeenkomstenrecht is het onderwerp niet als zodanig terug te vinden. De gebruikelijke indeling is dat eerst de totstandkoming van overeenkomsten wordt besproken en dat daarna - onderscheiden naar partijen¹ en derden² - de inhoud en rechtsgevolgen van overeenkomsten aan bod komen. Vervolgens wordt ingegaan op de nietigheden en vernietigbaarheden (Asser-Hartkamp, 4 II, 1993) of op de ontbinding wegens wanprestatie (Hofmann-Abas, deel 1, tweede gedeelte, 1977)³. Een gesystematiseerde behandeling van de vele manieren waarop overeenkomsten kunnen eindigen, treft men er echter niet in aan. De uitzondering die de regel bevestigt is, zoals zo vaak, de jubilaris van deze bundel, Jan van Dunné. In zijn Verbintenisrecht in ontwikkeling van 1985 en later in zijn Verbintenisrecht van 1993 heeft hij enkele beëindigingswijzen in één hoofdstuk bijeengebracht en besproken⁴. Wij willen deze

¹Met onderwerpen als redelijkheid en billijkheid, zowel aanvullend als beperkend, uitleg en de uitvoering van overeenkomsten.

²Met onderwerpen als derdenbeding, actio Pauliana, kwalitatieve rechten en plichten, blokkering van de paardensprong.

³Het studieboek van Bloembergen e.a., Rechtshandeling en overeenkomst, 1995 heeft een iets andere indeling doordat het ook de vertegenwoordiging en volmacht (titel 3.3 BW) behandelt.

⁴Hoofdstuk 7, p. 171 e.v. resp. deel 2, Hoofdstuk 7, p. 123 e.v.

aanzet verder uitbouwen. Behalve in deze bijdrage doen wij dat in een monografie nieuw BW (A 10), die tegen het einde van het jaar zal verschijnen.

2. Wij concentreren ons op de beëindiging van overeenkomsten en, in het verlengde daarvan, op de mogelijkheden om ter voorkoming van beëindiging, de inhoud van overeenkomsten te wijzigen. Beide verlangen een activiteit van één of van beide partijen, dit in tegenstelling tot het **eindigen** van de overeenkomst, dat meestal verbonden is aan het plaatsvinden van zekere gebeurtenissen, zoals het verstrijken van de tijd, het in vervulling gaan van een voorwaarde, het overlijden of faillissement van een partij.

3. **Beëindiging** vormt een inbreuk op het uitgangspunt dat partijen zich niet eenzijdig, maar alleen met wederzijds goedvinden kunnen onttrekken aan de verbintenissen die ze bij overeenkomst op zich hebben genomen. De inbreuken zijn tot enkele gevallen beperkt. De belangrijkste zijn opzegging, ontbinding en vernietiging. Wij lichten ze kort toe.

Opzegging kan overeengekomen zijn, maar kan ook voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid of berusten op de wet. Opzegging op grond van redelijkheid en billijkheid komt vooral voor bij onbenoemde duurovereenkomsten, zoals bijv. de distributieovereenkomst⁵. De benoemde contracten van de boeken 7 en 7A BW kennen vrijwel allemaal wettelijk gereguleerde opzeggingsbevoegdheden. Daaruit blijkt dat de opzegging soms slechts op limitatief omschreven gronden kan plaatsvinden. Het meest strikt hierin is de huurovereenkomst (art. 7A:1623e BW). De meeste andere overeenkomsten zijn soepeler en staan in het algemeen opzegging toe op grond van gewichtige redenen of wanneer dit redelijk is. Wel moet vaak een termijn in acht worden genomen.

⁵Onder meer Barendrecht, De redelijkheid en billijkheid en het einde van de distributieovereenkomst, NJB 1994, p. 561 e.v.

Ontbinding is de bevoegdheid tot het beëindigen van een wederkerige overeenkomst hetzij wegens het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis, hetzij op andere, tevoren overeengekomen of in de wet bepaalde gronden. Bij dit laatste denken wij met name aan de gehele of gedeeltelijke ontbinding op grond van gewijzigde omstandigheden van art. 6:258-6:260 (*imprévision*), aan de gewichtige redenen van art. 7:685 (art. 7A:1639w oud) bij de arbeidsovereenkomst en het daarmee vergelijkbare art. 7:440 bij de agentuurovereenkomst, alsmede aan de inhoudelijk niet nader omschreven gewichtige redenen van art. 7:460 bij de medische behandelingsovereenkomst en van art. 7:504 bij de reisovereenkomst.

Vernietiging van een overeenkomst doet in beginsel de rechtsgevolgen met terugwerkende kracht vervallen. De belangrijkste vernietigingsgronden zijn handelingsonbekwaamheid, wilsgebreken en onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden. In het BW van 1992 is de categorie van vernietigbaarheden toegenomen ten koste van de nietigheid, bijvoorbeeld bij misbruik van omstandigheden en in het geval een dwingendrechtelijke bepaling uitsluitend strekt tot bescherming van een van de partijen.

4. De bevoegdheid om de overeenkomst te **wijzigen of aan te passen** is soms in de overeenkomst zelf voorzien in de vorm van indexerings-, hardship-, force majeure-, aanpassings- of heronderhandelingsclausules. Waar het contract niets inhoudt, stonden partijen tot voor kort vrijwel met lege handen. Het BW van 1992 heeft in deze situatie verbetering gebracht.

Om te beginnen is dit gebeurd door middel van de hierboven reeds genoemde *imprévision* van art. 6:258-260. De bepalingen geven de rechter niet alleen de bevoegdheid om op verlangen van een der partijen de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, maar ook om deze onder nader te stellen voorwaarden en zo nodig met terugwerkende kracht te wijzigen. Maatstaf is dat zich onvoorziene (dit wil zeggen: niet verdisconteerde) omstandigheden voordoen die van zodanig ingrijpende aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van

redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. De Hoge Raad heeft op de bepaling geanticipeerd onder meer in zijn arrest van 27 april 1984, NJ 1984, 679 (NVB/Sipke Helder). Uiterlijk vanaf die datum wordt zij tot het geldende recht gerekend⁶.

Niet minder ingrijpend is het stelsel van *aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden* bij vernietiging. Zo kan de rechter ingevolge art. 3:53 lid 2 aan een vernietiging geheel of gedeeltelijk werking ontzeggen, indien het ongedaan maken van de reeds ingetreden rechtsgevolgen van de overeenkomst niet meer kan of te bezwaarlijk is. De rechter kan dan wèl de partij die daardoor onbillijk wordt beoordeeld verplichten tot een uitkering in geld. Bij misbruik van omstandigheden en bij dwaling vervalt de bevoegdheid tot vernietiging, indien de wederpartij tijdig een wijziging voorstelt die het nadeel afdoende opheft (art. 3:54 lid 1 en art. 6:230 lid 1). Bovendien kan de rechter op verlangen van een der partijen in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst wijzigen (art. 3:54 lid 2 en art. 230:lid 2). De bevoegdheden gelden niet bij dwang en bedrog, maar omdat ze wel analoog mogen worden toegepast bij nietigheden, is deze beperking volgens ons niet echt overtuigend⁷.

⁶Voor meer (rechtsvergelijkende) gegevens en ten dele ook een andere visie verwijzen wij naar Abas, *Rebus sic stantibus*, 1989. Identieke wijzigingsbevoegdheden zijn te vinden in art. 3:168 lid 3 (gemeenschap), art. 5:80 (erfdienstbaarheid), art. 5:97 (erfpacht) en art. 5:104 (opstal).

⁷Zie onder meer Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, 1988, p. 177-211 en p. 251-354; Van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, 1994, p. 207 e.v.; Nieuwenhuis, *Vernietigen, ontbinden of aanpassen*, WPNR 6164 en 6165 (1995), p. 23 e.v. en 37 e.v. en Hesselink, *Vragen bij de toepassing van*

Een horizontale vergelijking

5. Wat meteen opvalt bij deze schets van de beëindigings- en wijzigingsbevoegdheden van overeenkomsten is dat gewichtige redenen een grond kunnen zijn zowel voor ontbinding als voor opzegging. Dat duidt op inwisselbaarheid. Hetzelfde is het geval bij ontbinding wegens gewichtige redenen of als gevolg van onvoorziene omstandigheden. Dit laatste vindt bevestiging in HR 8 november 1996, RvdW 1996, 215 (Sijthoff/Ouwerkerk) waarin analoge toepassing van art. 7A:1639w (oud) - thans art. 7:685 - op een overeenkomst die leek op een arbeidsovereenkomst, is afgewezen met het argument dat daaraan geen behoefte bestaat, omdat de weg van de *imprévision* gevolgd kan worden. Daarentegen lijken de genoemde aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden bij vernietiging exclusief te zijn, in die zin dat ze niet (naar analogie) gelden bij ontbinding en opzegging.

Wij willen deze en andere vormen van inwisselbaarheid en exclusiviteit van de beëindiging- en wijzigingsbevoegdheden van overeenkomsten nader en meer systematisch bestuderen. Wij doen dat door middel van een horizontale vergelijking aan de hand van - in deze bijdrage - zes ijkpunten. Duidelijkheids halve stellen wij voorop dat met inwisselbaarheid is bedoeld dat er meerdere manieren zijn om hetzelfde of een soortgelijk resultaat te bereiken. Van exclusiviteit is sprake indien er rechtsgevolgen zijn die alleen met een bepaalde manier van beëindigen of wijzigen kunnen worden bereikt.

6.A. *In of buiten rechte*. Bij de vernietiging van een rechtshandeling en bij de ontbinding ex art. 6:265 heeft de wetgever gekozen voor een tweewegen-leer⁸. Behoudens uitzonderingen in de wet, bijv. art. 7:686 (art. 7A:1639x oud), of in

artikel 6:230, WPNR 6191 en 6192 (1995), p. 541 e.v. en 563 e.v.

⁸Deze term is afkomstig van Hijma, 1988 (nt. 7), p. 142.

de overeenkomst kan het beroep worden gedaan in of buiten rechte. In het eerste geval wijst de rechter een constitutief vonnis, in het tweede geval roept de partij het gevolg door haar verklaring in het leven. In de praktijk bestaat er nog een tussenvorm die erop neerkomt dat de verklaring die wordt uitgebracht door de partij vervolgens aan de rechter ter toetsing wordt voorgelegd. Deze doet dan uitspraak in de vorm van een declaratoir dat de rechtsgeldigheid van de verklaring bevestigt of ontkracht.

Op deze tweewegen-leer wordt een uitzondering gemaakt in art. 6:258. Blijkens de wetsgeschiedenis⁹ ligt daaraan de gedachte ten grondslag dat de toepassing van deze bepaling tot een definitief geheel of ten dele opnieuw vaststellen van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding leidt. De wetgever acht zo'n beslissing "meer ingrijpend van aard" dan de ontbinding wegens wanprestatie. Deze motivering snijdt echter geen hout, alleen al omdat de met de *imprévision* vergelijkbare aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden bij vernietiging meestal wél buiten rechte kunnen worden ingeroepen. Ook de vraag of sprake is van een (toerekenbare) tekortkoming is vaak ingewikkelder dan het vaststellen van omstandigheden die door partijen niet in hun overeenkomst zijn verdisconteerd. Voorts zijn de gevolgen van vernietiging van een rechtshandeling soms zeker zo ingrijpend. Tenslotte sluit het voorschrift ook niet aan bij art. 6.2.3 Unidroit Principles noch bij art. 2.117 Principles of European Contract Law. Beide artikelen leggen de verantwoordelijkheid voor aanpassing primair bij partijen. Zij worden verplicht tot heronderhandelen en pas als ze er in onderling overleg niet uitkomen, kunnen ze zich tot de rechter wenden.

7. De buitengerechtelijke vernietiging van een rechtshandeling kan vormvrij plaatsvinden (art. 3:50 lid 1; zie de beperking in lid 2). Hetzelfde geldt in beginsel voor de opzegging.

⁹PG boek 6, p. 974.

Alleen de ontbinding moet ingevolge art. 6:267 lid 1 schriftelijk geschieden. Dit verschil in benadering is in de literatuur bestreden¹⁰. Hijma¹¹ heeft er terecht op gewezen dat het verschil niet is te rechtvaardigen vanuit de door de wetgever gekozen invalshoek die erop neerkomt dat degene die een ontbindingsverklaring ontvangt niet achteraf geconfronteerd mag worden met een ontkenning ervan. Dat argument geldt immers in principe ook voor de vernietigingsverklaring en voor de opzegging. De enige die verdedigt dat een mondelinge ontbinding ondanks het voormelde voorschrift rechtsgevolg dient te hebben is Van Dunné¹². Bakels¹³ acht die stelling weinig kansrijk, maar ziet nog een ontsnapping via de redelijkheid en de billijkheid. Inderdaad dient een beroep op een vormvoorschrift gepasseerd te worden, indien de bescherming die dat voorschrift beoogt niet in het geding is. In dit verband heeft Van Dunné (t.a.p.) terecht gewezen op de deformaliserende rechtspraak met betrekking tot herstelexploiten¹⁴.

8.B.Terminj. De verjaring bij vernietiging van een rechtshandeling is geregeld in art. 3:52. De termijn is drie jaren waarbij de aanvang telkens afzonderlijk is bepaald voor (a) onbekwaamheid, (b) bedreiging of misbruik van omstandigheden, (c) dwaling en (d) een restgroep. Het criterium onder

¹⁰Zie vindplaatsen bij Bakels, *Wederkerige overeenkomsten en ontbinding wegens tekortkoming*, Mon NBW-B58, 1994, p. 14.

¹¹Hijma, 1988 (nt 7), p. 137-138.

¹²Van Dunné, *Verbintenissenrecht*, 1993, deel 2, p. 39.

¹³Bakels, 1994 (nt. 10), p. 14; dez., *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. 1993, p. 126.

¹⁴ Zie ook art. 7.3.2 *Unidroit Principles*: A party's right to terminate the contract is exercised by notice to the other party.

(d) is bedoeld als de algemene formule: drie jaren nadat de bevoegdheid om de vernietigingsgrond in te roepen aan degene aan wie de bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan. Het beroep op verjaring vervalt door een bevestiging (art. 3:55).

De rechtsvordering tot ontbinding verjaart door verloop van vijf jaren na de dag waarop de tekortkoming bekend werd en in elk geval na twintig jaren (art. 3:311). In aansluiting daarop bepaalt art. 6:258 dat de bevoegdheid tot buitengerechtelijke ontbinding vervalt door verjaring van de rechtsvordering tot ontbinding, maar dat de verjaring niet in de weg staat aan de gerechtelijke of buitengerechtelijke ontbinding bij wijze van verweer. Uit deze bepaling kan worden afgeleid dat een vordering in reconventie niet nodig is en na de verjaring zelfs riskant genoemd kan worden¹⁵. Bij vernietiging staat eenzelfde regel in art. 3:51 lid 3, met dien verstande dat het beroep in rechte gedaan moet worden (waarbij uiteraard de aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden toepasselijk blijven). Voor dit verschil tussen beide bepalingen zien wij geen duidelijke grond. Bij de opzegging vormt de verjaring geen afzonderlijk probleem.

9.C.Tijdslijn. De bevoegdheden tot het beëindigen of wijzigen van overeenkomsten moeten hun grondslag vinden in de omstandigheden van het geval. Hierbij bestaat een belangrijk verschil tussen vernietiging enerzijds en opzegging, ontbinding en wijziging anderzijds. Een vernietiging kan uitsluitend gebaseerd worden op de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Een recent voorbeeld is HR 5 januari 1996, NJ 1996, 320 (Sietsema/Stingel), waarin is geoordeeld dat een verzwaring achteraf van een borgstelling geen reden is voor een vernietiging wegens misbruik van omstandigheden, omdat, aldus de Hoge Raad, het voor de beantwoording van de

¹⁵Bakels, 1993 (nt. 13), p. 142 e.v.; Hartlief, *Ontbinding*, diss. 1994, p. 111 e.v.

vraag of sprake is van misbruik van omstandigheden enkel aankomt op omstandigheden bij het aangaan van de overeenkomst.

Bij opzegging, ontbinding en wijziging zijn in beginsel de omstandigheden van ná de overeenkomst beslissend. Hieraan doet niet af dat de latere omstandigheden vaak moeten worden afgemeten aan of worden afgezet tegen de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Dat spreekt voor zich: of sprake is van wanprestatie kan nu eenmaal niet worden beoordeeld los van wat partijen hebben afgesproken. Ook bij de opzegging spelen aard en inhoud van de overeenkomst een belangrijke rol, maar, aldus HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (Kakkenberg/Kakkenberg), de rechter mag zich daartoe niet beperken. Alle omstandigheden van het geval, ook latere, dienen te worden meegewogen.

10. Het onderscheid naar het tijdsmoment waarop omstandigheden (niet meer) relevant zijn of worden, is niet altijd eenvoudig te maken. In de praktijk vindt met name een overlapping plaats tussen dwaling en wanprestatie. Een voorbeeld is de kast die als een antiek meubelstuk is verkocht. De overlapping hangt samen met de mededelingsplicht van de verkoper. Mededelingen (of het ontbreken ervan) kunnen gebreken opleveren in de fase van het sluiten van de overeenkomst, maar zij kunnen ook de inhoud van de overeenkomst zelf bepalen¹⁶. Moeilijk is ook de precieze afbakening van dwaling en onvoorziene omstandigheden, maar aan het debat hierover is de scherpte ontnomen doordat thans ook onvoorziene omstandigheden aanleiding kunnen geven tot een beëindiging van de overeenkomst¹⁷. Alleen geschiedt dit bij dwaling door een vernietiging en bij *imprévision* door een ontbinding. Is dit verschil wezenlijk? Wij komen

¹⁶Onder meer M.M. van Rossum, *Dwaling*, in het bijzonder bij koop van onroerend goed, 1991, p. 63-65.

¹⁷Vergelijk ook PG boek 6, p. 903, waarin een samenloop van dwaling en onvoorziene omstandigheden niet uitgesloten wordt geacht.

erop terug, hierna bij F over de rechtsgevolgen. Niet wezenlijk verschillend, en mitsdien inwisselbaar, zijn in ieder geval de aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden bij beide. Weliswaar kan de *imprévision* niet buiten rechte worden ingeroepen, maar dat dit anders kan en moet, hebben wij al onder A betoogd.

11. Soms is het onderscheid naar tijdsmoment niet alleen moeilijk te maken, maar tevens (bijna) onwerkbaar. Het bekendste voorbeeld hiervan is de vernietiging van bedingen in algemene voorwaarden. Het is de uitdrukkelijk bedoeling van de wetgever dat uitsluitend de omstandigheden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst in aanmerking mogen worden genomen. Latere omstandigheden kunnen slechts in het kader van de redelijkheid en billijkheid of van de *imprévision* een rol spelen. Kan dit wel? Ja, zeggen de meeste schrijvers¹⁸. Neen, zegt met name Heisterkamp¹⁹. Neem het geval dat elektronische apparatuur is verkocht onder algemene voorwaarden waarin een exoneratiebeding is opgenomen. Een dergelijk beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Het is aan de verkoper om aan te tonen dat dit vermoeden in het concrete geval niet terecht is. Stel nu dat zich hierover een conflict voordoet nadat onverwacht en jaren na de verkoop is gebleken dat de elektronische apparatuur bij de gebruiker een ernstige ziekte kan veroorzaken en in het concrete geval ook heeft veroorzaakt. Dat is een omstandigheid die vanzelfsprekend van belang is bij de vraag of de verkoper zich op het exoneratiebeding mag beroepen: hij heeft geen voorzieningen getroffen, de verzekering dekt de schade niet en het (algeheel) verwerpen van zijn beroep op het exoneratiebeding zou hem in ernstige

¹⁸Onder meer Hijma, *Algemene Voorwaarden*, Mon NBW-B55, 1997, nrs. 25, 26 en 27 met veel verdere verwijzingen.

¹⁹Heisterkamp, *Vernietigbaarheid en billijkheid bij algemene voorwaarden*, *in*: CJHB (Brunner-bundel), 1994, p. 163-171.

financiële problemen kunnen brengen. Moet de rechter desondanks het beroep van de koper tot vernietiging van het exoneratiebeding eerst toetsen aan de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst toen de ziekte nog niet bekend was²⁰? Vervolgens: wat gebeurt er als die toets negatief voor de verkoper uitvalt, dit wil zeggen als het exoneratiebeding is vernietigd? Kan de rechter dan nog wel toekomen aan de door de verkoper ingeroepen beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of aan de *imprévision*? Of kan hij hiertoe meteen overgaan, de andersluidende eis van de koper ten spijt?

12.D.*Duurovereenkomsten*. De in het voorbeeld geschetste problemen doen zich uitsluitend voor bij overeenkomsten die zich over een langere periode uitstrekken. Voor die duurovereenkomsten zou in plaats van de vernietiging met zijn strikte tijdslijn, een toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, zoals onder het oude recht gebeurde, praktischer zijn. Inhoudelijk leidt dit niet tot andere beslissingen. Het voorkomt alleen dogmatisch gekisbis. Ook voor andere situaties van vernietiging van algemene voorwaarden in duurovereenkomsten zou dit aan te bevelen zijn. Bijvoorbeeld in een geval als door Hijma²¹ geschetst. A heeft zich jegens B verbonden om vijf jaar lang maandelijks een bepaalde hoeveelheid grondstoffen te leveren. Stel dat in de tiende maand een geschil ontstaat over de kwaliteit van de

²⁰Van een dergelijke ingrijpende nieuwe omstandigheid als waarvan in het voorbeeld sprake is, is het waarschijnlijk nog wel mogelijk te abstraheren, maar kan de rechter dat ook bij zijn afweging van "de belangen van partijen" en van "de overige omstandigheden van het geval"? Zeker bij duurovereenkomsten zal het volgens ons uiterst moeilijk, zo niet, na verloop van tijd, onmogelijk zijn zich te verplaatsen in de situatie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.

²¹Hijma, 1997 (nt. 18), nr. 47.

levering. B spreekt A tot schadevergoeding aan en vordert vernietiging van het in de algemene voorwaarden opgenomen exoneratiebeding. De rechter wijst toe, omdat sprake was van grove nalatigheid aan de zijde van B. Wanneer dan twee jaar later opnieuw een conflict ontstaat - B wordt verhinderd tijdig te leveren als gevolg van een staking bij toeleveranciers -, kan B geen beroep meer doen op het exoneratiebeding, ook niet als in de concrete omstandigheden van het geval het beroep gerechtvaardigd zou zijn geweest: door de eerdere vernietiging maakt het beding immers geen deel meer uit van de overeenkomst tussen A en B. Hijma pleit voor partiële nietigheid. Een mogelijke oplossing bieden ook de aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden, maar eenvoudiger zou zijn om voor duurovereenkomsten terug te keren naar het stelsel van het oude recht, de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.

13. De meer algemene conclusie die men uit de beide casus kan trekken is dat het algemene deel van het overeenkomstenrecht niet is gericht op duurverhoudingen, maar op éénmaligheid, dit wil zeggen op overeenkomsten waarin iedere partij slechts eenmalig hoeft te presteren, zodat met het over en weer verrichten van de prestatie de overeenkomst is uitgewerkt. Dat levert soms problemen op, zoals bij de vernietiging van bedingen in algemene voorwaarden. Soortgelijke problemen hebben zich eerder voorgedaan bij de ontbinding en zijn inmiddels opgelost door de erkenning van de gedeeltelijke ontbinding. In het begin - jaren twintig - is de gedeeltelijke ontbinding vrijwel uitsluitend op duurovereenkomsten toegepast: nakoming voor het verleden, ontbinding voor de toekomst. Pas later is zij zich ook gaan uitstrekken tot de inhoud van de overeenkomst.

De gerichtheid op éénmaligheid manifesteert zich ook anderszins. Zo valt op dat ontbinding, vernietiging en wijziging wel zijn geregeld in het algemene deel van het overeenkomstenrecht van het BW, maar de opzegging niet. Dat komt omdat opzegging met name van belang is bij duurovereenkomsten.

Daarom is het niet toevallig dat in de boeken 7 en 7A de meeste opzeggingsbepalingen juist bij dit soort overeenkomsten te vinden zijn en niet bijvoorbeeld bij koop. Of dit moet veranderen en of ook voor de opzegging een plaats moet worden ingeruimd in het algemene deel van het overeenkomstenrecht, al dan niet als onderdeel van een regeling van duurverhoudingen, staat nog te bezien, onder meer naar aanleiding van de vragen die rijzen bij de nu volgende vergelijkingspunten, de evenredigheid en de rechtsgevolgen.

14.*E.Evenredigheid.* Evenredigheid is één van de centrale beginselen van ons gehele recht en derhalve ook van het vermogensrecht. Het breekt met het "alles of niets"-denken. Voor het vermogensrecht zijn vooral de jaren twintig van deze eeuw van belang. Toen heeft het beginsel een geweldige sprong vooruit gemaakt. Merkwaardigerwijs heeft het vervolgens tot de jaren tachtig geduurd voordat een nieuwe golf zich aandiende, maar dit terzijde. Wij concentreren ons op de wijze waarop de evenredigheid heeft ingewerkt op de bevoegdheid tot ontbinding, vernietiging en opzegging. Wel moeten wij ons in verband met de omvang van onze bijdrage, een forse beperking opleggen. Wij volstaan daarom met de twee meest opvallende conclusies.

15. De eerste is dat alle beëindigings- en wijzigingsbevoegdheden - soms bijna naar hun aard - onderworpen zijn aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid met uitzondering van de ontbinding wegens wanprestatie. Buiten de eis dat de ontbinding gerechtvaardigd moet zijn door de ernst en de aard van de tekortkoming en buiten de gevallen van zuivering en van gedeeltelijke ontbinding, is de vrijheid van de schuldeiser om te kiezen voor het wapen van de ontbinding niet aan beperkingen onderworpen. Deze leer is onlangs fundamenteel bestreden door Bakels en Hartlief²². Hun voorstel is,

²²Bakels, 1993 (nt. 13); dez., 1994 (nt. 10); Hartlief, 1994 (nt. 15).

kort gezegd, om de bevoegdheid tot ontbinding uit te sluiten, te beperken of aan voorwaarden te verbinden indien er voor de schuldeiser andere juridische wegen openstaan om hetzelfde of een vergelijkbaar resultaat te bereiken, terwijl de ontbinding voor de schuldenaar onnodig of anderszins onredelijk nadeel veroorzaakt. Vooralsnog heeft hun pleidooi geen genade gevonden bij de Hoge Raad²³, maar het is de vraag of dit nog lang zal duren.

16. De vraag wordt nog pregnanter onder druk van de tweede conclusie die volgens ons uit de horizontale vergelijking van de opzegging, de ontbinding en de vernietiging dient te worden getrokken. Die conclusie heeft betrekking op de aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden. Waarom strekken deze zich niet uit tot de ontbinding en de opzegging? Ontbinding en opzegging kunnen soms even ingrijpend en soms even onwenselijk of onge-rechtvaardigd zijn als een vernietiging. Waarom bestaat dan niet ook bij ontbinding en opzegging in beginsel de mogelijkheid tot aanpassing of wijziging? Uiteraard betekent dit niet dat partijen vrijwel nooit meer van elkaar af zouden kunnen komen. Zo werken de *imprévision* en de aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden bij vernietiging ook niet. Net als daar en net als bij de ontbinding of opzegging wegens gewichtige redenen, zal veel afhangen van het oordeel of in redelijkheid van de schuldeiser verlangd kan worden dat de overeenkomst in gewijzigde vorm in stand blijft.

Wij menen dat wanneer dit aanvaard wordt aan een afzonderlijke leer van het redelijk alternatief voor de ontbinding, zoals bepleit door Bakels en Hartlief, geen behoefte meer bestaat, omdat wat met deze leer wordt nagestreefd algemeen geldt voor zowel de vernietiging als de ontbinding als de opzegging.

²³HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 (Tromp/Regency) en HR 26 april 1996, NJ 1996, 489 (Van der Wal/Junior).

17.F.Rechtsgevolgen. De door ons besproken wijzen van beëindiging van een overeenkomst hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat partijen worden ontslagen van hun verplichtingen uit bestaande verbintenissen. De vernietiging roept dat rechtsgevolg in het leven door de verbintenis zelf in de bodem aan te tasten. De consequentie hiervan is dat al hetgeen in het kader van de overeenkomst is gepresteerd als onverschuldigd betaald kan worden teruggevorderd. De partij die zich op ontbinding beroept, vindt in de omstandigheden van na het sluiten van de overeenkomst grond om terug te komen op haar gegeven woord. De ontbinding bevrijdt haar en de wederpartij van de daardoor getroffen verbintenissen (art. 6:271). Nu de tekortkoming niet meer wordt gezien als een ontbindende voorwaarde is ook zonder dat de wet het zegt duidelijk dat een ontbinding geen terugwerkende kracht heeft. Indien al is gepresteerd - wat niet altijd het geval is - leidt dit tot het ontstaan van een verbintenis tot ongedaanmaking, dit wil zeggen tot herstel van het verstoorde evenwicht.

Het verschil tussen ontbinding en vernietiging is in zoverre relatief dat de bepalingen van de onverschuldigde betaling en van de ongedaanmaking vrijwel identiek zijn²⁴. Aan de ontbinding op grond van art. 6:258 kan de rechter wel terugwerkende kracht toekennen en dan komt deze ontbinding wat de gevolgen betreft nóg dichterbij in de buurt van vernietiging. Niet zonder reden geldt daarom zowel bij dwaling als bij de *imprévision* de norm dat een beroep daarop niet kan worden gegrond op omstandigheden die in verband met of krachtens de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening moeten blijven van degene die zich erop beroept.

De opzegging heeft een veel beperkter rechtsgevolg. Daarmee wordt alleen een einde gemaakt aan de - in beginsel

²⁴Recent weer in deze zin M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, 1997, p. 146-254, waarin tevens veel verdere verwijzingen.

onbepaalde - duur van de overeenkomst. Opzegging werkt dus alleen naar de toekomst. Tussen opzegging van een overeenkomst die voor bepaalde tijd is aangegaan, en ontbinding ex art. 6:258 bestaat dan ook geen principieel verschil. De criteria zijn identiek, maar de ontbinding kan - anders dan opzegging - ook betrekking hebben op het verleden.

18. Samenvattend: vernietiging strekt tot het geheel ongedaan maken van een overeenkomst, ontbinding ontnemt aan de overeenkomst de gevolgen voor zover dat door de relevante omstandigheden gerechtvaardigd is en opzegging ontnemt aan een overeenkomst de werking voor de toekomst. Art. 6:258 bestrijkt in beginsel al deze gevolgen. De verschillen vinden hun verklaring in de uiteenlopende gronden waarop een beroep moet worden gedaan: wilsgebrek, tekortkoming, niet verdisconteerde (wijziging van) omstandigheden, of omstandigheden die het voortduren van de verplichting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken.

Sluitstuk is dat de partij die reden geeft voor de beindiging schadeplichtig kan worden in verband met de gevolgen voor de wederpartij. Bij de ontbinding van art. 6:265 geeft de wet een uitdrukkelijke regeling in art. 6:277. Deze bepaling stelt buiten twijfel dat niet alleen de schade die het gevolg is van een toerekenbare tekortkoming, maar óók de schade die voortvloeit uit het feit van de ontbinding zelf voor vergoeding in aanmerking komt. Bij een beroep op dwaling kan, omdat dan geen sprake meer is van contractuele schade, alleen op grond van art. 6:162 schadevergoeding worden gevorderd. Het feit dat de wederpartij in dwaling is gebracht, leidt dus niet ipso facto tot schadeplichtigheid. Inzichtelijk is dit verschil niet, zeker niet wanneer men in aanmerking neemt dat in veel gevallen van onvoldoende prestatie zowel dwaling als wanprestatie mogelijk is. Bovendien kan herstel van nadeel (schadevergoeding) bij vernietiging in voorkomend geval wel verkregen worden met behulp van de aanpassings- en wijzigingsbevoegheden. Waarom kan het dan niet rechtstreeks, op vergelijkbare wijze als bij de ontbinding?

In de gevallen van *imprévision* en opzegging dient de vergoeding vaak een ander doel: de gevolgen van de beëindiging dragelijk maken voor de wederpartij.

Conclusies

19. Wij menen dat de praktijk gediend is met een samenhangende regeling en bespreking van de diverse wijzen waarop overeenkomsten kunnen worden beëindigd - vernietiging, ontbinding, opzegging - en kunnen worden gewijzigd²⁵. Onze horizontale vergelijking laat zien dat er soms nodeloze en/of onbegrijpelijke verschillen en leemten bestaan. Als voorbeeld noemen wij de tweewegenleer die algemeen geldt met uitzondering van art. 6:258 en de eis van een schriftelijke beëindigingsverklaring die alleen voor de ontbinding is voorgeschreven. Voorts kan gedacht worden aan het ontbreken van aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden bij ontbinding en opzegging, alsmede aan de regel dat schadevergoeding bij vernietiging over de band van art. 6:162 moet worden gespeeld. Deze verschillen zijn niet te rechtvaardigen, gegeven onder meer (a) dat de vernietiging op grond van dwaling en de ontbinding wegens wanprestatie in concrete gevallen vaak beide mogelijk zijn, (b) dat de rechtsgronden bij de opzegging en bij de *imprévision* gelijk zijn en (c) dat de onverschuldigde betaling bij vernietiging en de ongedaanmaking bij de ontbinding elkaar inhoudelijk nauwelijks ontlopen. Voorts missen wij in de boeken 3 en 6 aandacht voor duurverhoudingen. Met name wreekt dit zich bij de vernietiging van algemene voorwaarden. Ook een algemene regeling van de opzegging in de boeken 3 en 6 zou volgens ons het overwegen waard zijn.

²⁵Wij tekenen aan dat ook de *Unidroit Principles* een dergelijke regeling niet bevat. De *Principles of European Contract Law* zijn in dit opzicht iets beter. Zie hoofdstuk 4, afdeling 3 (art. 4.301 t/m art. 4.309), getiteld de *Termination of the Contract*.

20. Belangrijker echter dan het voorgaande is dat de horizontale vergelijking aanleiding geeft tot de voorzichtige constatering dat de bevoegdheden tot vernietiging, ontbinding en opzegging, behalve aan het evenredigheidsbeginsel, meer en meer onderworpen lijken te worden aan het beginsel van subsidiariteit. Hiermee bedoelen wij dat zich een tendens begint af te tekenen dat vernietiging, ontbinding en opzegging slechts als laatste redmiddel mogen worden ingezet. In deze gedachten-gang zal voordat tot een volledige beëindiging kan worden besloten, eerst moeten worden onderzocht of partijen door heronderhandelingen²⁶ zélf een redelijke aanpassing of wijziging van de overeenkomst kunnen realiseren. De wet zou dan een bepaling moeten bevatten die de rechter de bevoegdheid geeft partijen tot serieuze heronderhandelingen te verplichten, niet alleen bij onvoorziene omstandigheden, zoals in de beide Principles is opgenomen, maar ook bij vernietiging, ontbinding en opzegging. Pas als partijen er zelf niet uitkomen, zou de rechter moeten kunnen worden ingeschakeld teneinde de in het concrete geval meest passende oplossing te vinden: doorgaan, aanpassen of wijzigen, al of niet met schadevergoeding en onder voorwaarden, dan wel het geheel of gedeeltelijk beëindigen van de overeenkomst.

Het is de vraag met hoeveel kracht het subsidiariteitsbeginsel moet worden bevorderd. We hebben erop gewezen dat het niet zo mag zijn dat partijen vrijwel nooit meer van elkaar af kunnen komen. Soms/vaak zal in alle redelijkheid niet van (één van) hen kunnen worden verlangd de overeenkomst, in gewijzigde vorm, voort te zetten. Waar echter ligt de grens of, beter nog, wat is het vertrekpunt: dat in beginsel geprobeerd moet

²⁶Het onderwerp heeft altijd veel belangstelling gehad van de jubilaris van deze bundel. Zie Van Dunné, 1993 (nt. 12), p. 101 e.v. en dez., De verplichting tot heronderhandelen in geval van hardship, *in*: *Justitia et amicitia*, 1985, p. 117 e.v.

worden de breuk te lijmen of juist omgekeerd? In onze monografie komen we op deze vraag terug.

A. Hammerstein

J.B.M. Vranken