

GEDEELTELIJKE ONTBINDING¹

Enige opmerkingen en mededelingen over de ontbinding bij duurovereenkomsten en de *actio quanti minoris*

1. Inleiding en plan van behandeling

Bij wanprestatie van de ene partij heeft de andere partij bij een wederkerige overeenkomst in beginsel de bevoegdheid om tot ontbinding van de overeenkomst over te gaan. Daarbij wordt in eerste instantie meestal gedacht aan een actie die partijen volledig van elkaar loskoppelt, die met andere woorden betrekking heeft op de gehele overeenkomst met al haar rechtsgevolgen.

Het is bekend dat dit echter lang niet altijd het door partijen gewenste resultaat is. In vrij veel gevallen namelijk zijn partijen meer gebaat bij een ontbinding die slechts een gedeelte van de overeenkomst of haar rechtsgevolgen betreft. Een dergelijke ontbinding wordt algemeen aangeduid als gedeeltelijke ontbinding. De wens om een overeenkomst gedeeltelijk te mogen ontbinden is vooral terug te voeren op de bijzondere kenmerken van een overeenkomst of de prestatie waartoe zij verplicht. Zo gaat het er bij overeenkomsten waarbij partijen zich verplichten tot het periodiek verrichten van een bepaalde prestatie, zoals de huur- of arbeidsovereenkomst, veelal slechts om voor de toekomst bevrijd te worden van een wanpresterende contractspartner. De periode vóór de wanprestatie zal vaak buiten de gevolgen van de ontbinding worden gehouden. Dit heeft met de aard van de prestatie te maken. Deze verzet zich tegen restitutie in strikte zin, terwijl zij bovendien behoorlijk is verricht: genoten huur kan niet worden teruggegeven en partijen denken daar eigenlijk ook niet aan. Maar zelfs wanneer de verrichte prestaties op zich teruggegeven kunnen worden (zoals geld en goederen), is het mogelijk dat de ontvanger hetgeen hij heeft gekregen wil behouden. Behoud van een gedeelte wordt dan verkozen boven teruggave.

De aard van de overeenkomst of de aard van de prestatie is dus van groot belang voor het vraagstuk van de gedeeltelijke ontbinding. De vraag naar de mogelijkheid van een gedeeltelijke ontbinding valt in belangrijke mate samen met het leerstuk van de ontbinding van duurovereenkomsten als de huur, de maatschap, de arbeids- en de verzekeringsovereenkomst.

De wenselijkheid van de gedeeltelijke ontbinding mag dan een gegeven zijn, daarmee is nog niet gezegd dat zij geoorloofd is. Naar huidig recht is de gedeeltelijke ontbinding zeker geen eenvoudige figuur. De heersende leer op dit stuk - die uiteindelijk de mogelijkheid van een gedeeltelijke ontbinding erkent - is het resultaat van een langdurige ontwikkeling in de rechtspraak. Van deze

¹ Met dank aan Arianne Luttik en Rieme-Jan Tjittes voor commentaar op een eerdere versie.

ontwikkeling wordt in eerste instantie een overzicht gegeven (2.1 - 2.8), waarbij een belangrijke plaats toekomt aan de wettelijke constructie van de wanprestatie als ontbindende voorwaarde. Deze constructie vormde aanvankelijk namelijk een sta in de weg voor de gedeeltelijke ontbinding doordat aan het intreden van de ontbindende voorwaarde terugwerkende kracht tot aan het moment van totstandkoming is verbonden (art. 1301 BW). De wetstekst lijkt deze consequentie aan *iedere* ontbinding te willen koppelen.

Hoewel met de uiteindelijke erkenning van de mogelijkheid een overeenkomst gedeeltelijk te ontbinden op zich voor veel bijzondere overeenkomsten de kou uit de lucht is genomen, heeft de constructie van de ontbindende voorwaarde een ander problematisch aspect voor de ontbinding van (een aantal van) diezelfde overeenkomsten. Ik doel hier op de opvatting van de Hoge Raad dat de wanprestatie zelf en niet de rechter de ontbinding teweegbrengt. Ik zal hier ook op ingaan (2.9 en 2.10). Vervolgens zal ik in een tweede gedeelte nagaan in hoeverre afdeling 6.5.5 NBW met dezelfde problemen als het huidige recht kampt (3.1 - 3.3)². Ook deze regeling gaat in ieder geval uit van een ontbinding die verplicht tot de restitutie van ontvangen prestaties. Afdeling 6.5.5 NBW kent verder een nieuwe kwestie, die samenhangt met een 'nieuwe' vorm van gedeeltelijke ontbinding die naar huidig recht niet geheel onbekend is, maar niet zo algemeen geregeld: de *actio quanti minoris* (3.4).

Tot slot wil ik over de terminologie die zal worden gebruikt nog het volgende opmerken: regelmatig zullen de termen ontbinding voor de toekomst of ontbinding voor zover de overeenkomst nog niet is uitgevoerd, opduiken. Daarnaast wordt gesproken over nakoming of instandhouding voor het verleden om aan te geven dat deze actie betrekking heeft op de periode van vóór de tekortkoming. Bij de 'klassieke' duurovereenkomsten als huur- en de arbeids-overeenkomst wordt meestal gesproken van ontbinding voor de toekomst, terwijl bij men overeenkomsten die verplichten tot het doen van goederenleveranties (leverings- of leverantiecontracten) ook de term ontbinding voorzover de overeenkomst nog niet is uitgevoerd tegenkomt. Daarmee wordt aangegeven dat de ontbindende partij wenst te behouden wat zij inmiddels heeft verkregen, maar afziet van nog niet gedane leveringen. In die zin zal de term in het vervolg dan ook gebruikt worden.

² Gezien het tijdstip van verschijnen (november/december 1991) is de volgende verklaring misschien ook niet overbodig: wanneer ik spreek over 'huidig recht' bedoel ik het recht onder vigueur van het BW 1838. De term 'komend recht' is gereserveerd voor het NBW 1992. Van 'komen' is immers nauwelijks sprake meer. Die opmerking is helemaal op haar plaats gezien recente rechtspraak waarin de Hoge Raad door wat sommigen beschouwen als een 'wel zeer dynamische uitleg' het NBW reeds invoert. Die uitleg is volgens diezelfde personen 'even gewenst als ongeoorloofd'. Ik wijs op HR 15 maart 1991 (Marbeth van Utrecht) en vooral op HR 8 juni 1991, RvdW 1991, 183 waarin de Hoge Raad de afdeling omtrent de algemene voorwaarden 'invoert'. Dat laatste is tegen de achtergrond van het overgangsrechtelijke regime - uitgestelde werking volgens art. 191 lid 1 OW - bizar.

2. Gedeeltelijke ontbinding naar het BW 1838

2.1 Erkenning en ontkenning. Ontwikkeling in de rechtspraak

De gedeeltelijke ontbinding kan op verschillende wijzen aan de rechter worden voorgelegd. Zo kan enkel ontbinding voor de toekomst of voor zover de overeenkomst nog niet is uitgevoerd worden gevorderd. Daarnaast is een vordering tot ontbinding voor de toekomst of voor zover niet uitgevoerd in combinatie met een vordering tot nakoming voor 'het verleden' mogelijk³. In het laatste geval rijst - in ieder geval - de vraag naar de geoorloofdheid van deze 'cumulatie' in verband met art. 1303 BW dat lijkt te dwingen tot een *keus* tussen nakoming en ontbinding.

Naar wordt aangenomen heeft de Hoge Raad aanvankelijk geen bezwaar gemaakt tegen een ontbinding die niet de gehele overeenkomst betreft. Dit wordt althans vooral afgeleid uit twee arresten van 1867 en 1868⁴. In HR 8 maart 1867, W 2880 oordeelt de Hoge Raad in navolging van Gregory in zijn conclusie dat art. 1303 BW inderdaad dwingt tot een keuze tussen ontbinding en nakoming. De Hoge Raad vervolgt echter: een eventuele ontbinding houdt niet in dat alle verplichtingen van vóór de ontbinding worden uitgewist, dat is bij een reeks handelingen veelal niet mogelijk zonder aantasting van - in termen van de Hoge Raad - 'verkregen rechten'. Ditzelfde vloeit ook voort uit HR 19 juni 1868, W 3018 waarin de Hoge Raad zijn Advocaat-Generaal Karseboom volgt en oordeelt dat art. 1301 BW niet spreekt over een algemene vernietiging maar over 'ophouden' van de verbintenis. Partijen zijn na ontbinding weer vrij, vóór de ontbinding 'verkregen rechten' zijn niet vervallen. In HR 12 februari 1869, W 3085 is ontbinding van de gehele overeenkomst gevorderd, terwijl de eiser al eerder nakoming had gevorderd en gekregen. Het Hof heeft deze vordering niet ontvankelijk verklaard. Volgens het Hof had eiser de ontbindingsvordering moeten beperken tot het niet uitgevoerde deel van de overeenkomst. Daarmee heeft het Hof naar het oordeel van de Hoge Raad een beslissing genomen die volkomen in overeenstemming is met art. 1303 BW⁵. Gedeeltelijke ontbinding is,

³ Scholten, Wanprestatie als ontbindende voorwaarde bij wederkerige overeenkomsten, diss. Amsterdam 1914, p. 109-110 meent dat het hier twee verschillende vorderingen betreft, die niet over één kam kunnen worden geschoren. Hij wijst er op, diss., p. 127, dat uit een ongeoorloofdheid van de ontbinding voor de toekomst de ongeoorloofdheid van de cumulatie volgt, maar het omgekeerde is niet het geval: uit de onmogelijkheid van cumulatie volgt niet per se de onmogelijkheid van de ontbinding *ex nunc*.

⁴ Naar het oordeel van Bockwinkel, Twee arresten van de HR over wanprestatie bij wederkerige overeenkomsten, NJB 1988, p. 1409 geeft de literatuur deze twee arresten niet goed weer. Algehele ontbinding zou namelijk niet eens mogelijk geweest zijn, terwijl de literatuur de arresten zo uitlegt dat daar nakoming voor een gedeelte en ontbinding voor de rest mogelijk wordt geacht. In dit verband wordt ook wel genoemd HR 22 oktober 1863, W 2529.

⁵ Karseboom gaat in zijn conclusie nog in op de vraag of de rechter wanneer - zoals in casu - algehele ontbinding is gevorderd de rechter indien algehele ontbinding moet worden afgewezen niettemin gedeeltelijke ontbinding kan toewijzen. Naar zijn mening is deze rechter

met andere woorden, mogelijk.

Latere jurisprudentie is echter minder ruimhartig. Deze wijziging in de opvatting van de Hoge Raad heeft plaats in een periode, die naar algemeen wordt aangenomen, wordt gekenmerkt door een legistische interpretatie door de Hoge Raad⁶. De door de Hoge Raad gebruikte argumenten bevestigen dit vermoeden: art. 1301 BW eist in de eerste plaats *steeds* herstel in vorige toestand, ook al is dit feitelijk moeilijk of onmogelijk of bezwaarlijk voor derden⁷. Als dit het geval is, dient dat naar het oordeel van de Hoge Raad aan de orde te komen bij de schadevergoedingsvraag⁸ ⁹. In de tweede plaats is een combinatie van een vordering tot nakoming voor het verleden en ontbinding voor de rest niet mogelijk; de tekst van art. 1303 BW laat daarvoor geen ruimte¹⁰.

2.2 Steun, kanttekeningen en oplossingen

Deze minder ruime leer van de Hoge Raad is niet met gejuich begroet: doch naast kritiek zijn de Hoge Raad ook steunbetuigingen ten deel gevallen.

2.2.1 Steun

Verschillende schrijvers stemden om niet steeds dezelfde redenen in met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zo is de gedachte van Van Maanen in zijn conclusie voor HR 8 juni 1883, W 4922 niet zonder aandacht gebleven. Deze betoogt dat - nog afgezien van het door de Hoge Raad in deze zaak gebruikte

niet bevoegd de ingestelde actie in deze zin te wijzigen.

⁶ Ankum, Voorouders van een boze fee, rede Leiden 1964, p. 24-25; Asser-Scholten, Algemeen deel, p. 291; Van Dunné, Verbintenissenrecht in ontwikkeling, suppl. 1989-1990, p. 31.

⁷ HR 2 januari 1881, W 4601. In dit arrest wordt de beslissing van het Hof, dat oordeelt dat een ontbindingsvordering die niet tot een echt herstel in de vorige toestand leidt niet ontvankelijk is, gecasseerd. Hetzelfde argument is ook terug te vinden in HR 8 juni 1883, W 4922. Dat een ontbinding niet tot een strikt herstel in de vorige toestand leidt, staat niet aan ontvankelijkheid van de ontbindingsvordering in de weg.

⁸ HR 2 januari 1881, W 4601 en HR 8 juni 1883, W 4922. In het laatste geval gaat het om een huurovereenkomst. De Hoge Raad merkt in deze zaak op dat bij de schadevergoeding ook in aanmerking moet worden genomen een post terzake van genoten huur die moet worden gewaardeerd tegen de huurprijs.

⁹ Overigens is er op gewezen dat de term schadevergoeding ongelukkig is. Beide partijen hebben immers recht op teruggave, terwijl alleen de ontbindende partij recht heeft op schadevergoeding. Het zou dan ook eigenlijk gaan om een zelfstandige actie, waarbij overigens de contractprijs bij niet voor restitutie vatbare prestaties veelal de beste waardetaxatie betreft. In deze zin Van Balveren, De rechtsvordering tot ontbinding van wederkerige overeenkomsten, diss. Leiden 1885, p. 70-71. Naar de heersende leer is inderdaad onbetwist dat het om zelfstandige acties uit onverschuldigde betaling (art. 1395 BW) gaat.

¹⁰ HR 8 juni 1883, W 4922. Ook hier is opvallend dat in het arrest niet alleen de slotsom maar ook de argumenten van Van Maanen terugkeren. Betekent dit dat de advocaten-generaal goed weten wat de Hoge Raad wil horen, met andere woorden is de conclusie conform het arrest, of is de Hoge Raad - in de woorden van Leijten - conform het Openbaar Ministerie? Zie Bruinsma, Cassatierechtspraak in civiele zaken, diss. Utrecht 1988, p. 68.

aan de tekst van art. 1303 BW ontleende argument - er een principieel bezwaar is tegen een vordering die nakoming voor het verleden en ontbinding voor de toekomst of de rest van de verschuldigde prestatie inhoudt. Met het verkrijgen van nakoming voor het verleden, is als het ware het onrecht tenietgedaan en valt de grond voor een eventuele ontbinding weg. Van Maanen heeft medestanders gevonden in Everts, Scholten en Besier¹¹. Naar mijn mening is deze opvatting op goede gronden bestreden door Noyon en Van Goudoever. Noyon betoogt in zijn conclusie voor HR 16 november 1917, NJ 1917, 1229 dat een onderscheid in een nagekomen en een niet nagekomen gedeelte niet een verdeling in verbintenissen ten aanzien waarvan wel en verbintenissen ten aanzien waarvan geen wanprestatie is gepleegd, inhoudt. Vooral Scholten was een voorstander van een dergelijk onderscheid¹². Noyon is, met andere woorden, van mening dat de wanprestatie hoe dan ook de hele overeenkomst betreft. Van Goudoever wijst er op dat het belang van de partij die ontbinding wenst, is gelegen in de vrees voor herhaling van tekortkomingen in de toekomst. Dit is een - legitieme - reden om de samenwerking te beëindigen¹³.

Belangrijker dan de bovengenoemde overwegingen is de opvatting dat men gedeeltelijke ontbinding - hoe fraai zij misschien ook is - in wezen niet nodig heeft. De gedachte is dat een algehele ontbinding met terugwerkende kracht de facto leidt tot hetzelfde resultaat als een gedeeltelijke ontbinding, omdat hetgeen partijen in het verleden hebben ontvangen tegen elkaar wordt weggestreept¹⁴. De praktijk heeft zich gered met dergelijke oplossingen: het verleden werd soms gezien als een afgedaan iets, de prestaties werden als zelfstandig beschouwd of de prestaties werden over en weer tegen elkaar weggestreept¹⁵. Dit betekent dan dat niet voor restitutie vatbare prestaties worden gewaardeerd tegen de

¹¹ Everts, De ontbindende voorwaarde, diss. Utrecht 1883, p. 268; Scholten, diss., p. 129 en Besier in zijn conclusie voor HR 20 april 1917, NJ 1917, 602.

¹² Scholten, t.a.p.

¹³ Van Goudoever, Wat ontbindt de wederkerige overeenkomst?, RM Themis 1939, p. 306. In gelijke zin Hofmann-Abas, Het Nederlands verbintenissenrecht (9e druk), p. 320 en Asser-Hartkamp, Algemene leer der overeenkomsten, 4-II (8e druk), p. 486 die er naar aanleiding van een overweging in HR 3 april 1930, NJ 1930, 1358 op wijst dat anders nooit ontbinding voor de toekomst mogelijk zou zijn.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld Van Balveren, diss., p. 70 en Asser-Van Goudoever, Verbintenissenrecht, 3-I (2e druk 1915), p. 237 en Van Oven, Bespreking Scholten diss. 1914, WPNR 2447, p. 557.

¹⁵ Voor voorbeelden uit de lagere rechtspraak Ruitinga, Ontbinding van overeenkomsten wegens wanprestatie naar Nederlandsch en Fransch recht, diss. Amsterdam 1936, p. 108 ev. Soms zit de gedachte er achter van deelbaarheid van verbintenissen, soms worden de respectievelijke prestaties als afzonderlijke overeenkomsten beschouwd. Zie Lodder, De artt. 1302 en 1303 B.W. in theorie en praktijk, diss. Leiden 1894, p. 115; Noyon in zijn conclusie voor HR 16 november 1917, NJ 1917, 1229 en tegen de constructie der afzonderlijke overeenkomsten Scholten, diss., p. 129 en Van Goudoever, Bespreking Scholten diss. 1914, W 9726. Uit HR 3 april 1930, NJ 1930, 1358 blijkt dat de door hen geschetste bezwaren dat ten aanzien van iedere 'overeenkomst' wanprestatie nodig is en steeds opnieuw ontbinding gevraagd moet worden niet denkbeeldig zijn.

contractsprijs¹⁶. Toch kleven er aan deze oplossing, nog afgezien van de vraag of een algehele ontbinding in de hier besproken gevallen niet onzuiver of onnatuurlijk is, bezwaren. In de eerste plaats behoeft de waarde niet per definitie te worden vastgesteld op de contractsprijs¹⁷. De waarde is in een aantal gevallen niet eenvoudig vast te stellen, zodat waardevergoeding veelal niet voor dadelijke vereffening vatbaar is¹⁸. Scholten wijst er verder op dat compensatie lang niet altijd mogelijk is¹⁹. Een ander bezwaar - dat ook betekenis heeft voor de vraag naar de mogelijkheid van een ontbinding ex nunc - is dat de oplossing waarin het verleden wordt weggedacht of wordt weggestreept niet werkt in die gevallen waarin van equivalentie geen sprake is²⁰.

2.2.2 Kritiek

Er moge dan door sommigen instemmend zijn gereageerd op het standpunt van de Hoge Raad, in de literatuur waren vooral de kritische kanttekeningen niet van de lucht. In de eerste plaats zijn daar de auteurs die vinden dat de aard der zaak of misschien beter de aard van de overeenkomst gedeeltelijke ontbinding meebrengt. Zo zou volgens Limburg een onderscheid gemaakt moeten worden tussen overeenkomsten die verplichten tot een enkele prestatie ineens en overeenkomsten wier uitvoering zich uitstrekt over een langere periode zoals de huur²¹. Volgens hem dwingt het gezond verstand tot het aannemen van de oplossing der nakoming voor het verleden met ontbinding voor de toekomst voor deze categorie. Deze overeenkomsten zijn immers vatbaar voor gedeeltelijke uitvoering die niet is ongedaan te maken. Bovendien krijgt ieder der partijen toch van dag tot dag het equivalent van de door haar verrichte prestatie²².

Ook het argument van de Hoge Raad ontleend aan de tekst van art. 1303 BW kan menigeen niet overtuigen. Volgens Diephuis herinnert deze bepaling er slechts aan dat niet alleen ontbinding mogelijk is, maar dat natuurlijk ook nakoming gevorderd kan worden²³. Daarmee is in bepaalde gevallen cumulatie van vorderingen tot nakoming en ontbinding uit de aard der zaak mogelijk.

¹⁶ Voor zover nog niet is betaald in het verleden, wordt via de waardevergoeding als het ware nakoming gerealiseerd.

¹⁷ In deze zin Van Goor, *De ontbindende voorwaarde bij overeenkomsten*, Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgelerdheid en wetgeving 1878, p. 429; Scholten, diss., p. 105 en Beekhuis, *Bespreking Ruitinga* diss. 1936, WPNR 3553, p. 59. Zie ook Hofmann-Abas, p. 327-328.

¹⁸ Beekhuis, t.a.p.

¹⁹ In zijn noot onder HR 9 december 1927, NJ 1928, 484.

²⁰ Zie Van Balveren, diss., p. 68; Lodder, diss., p. 67; Asser-Van Goudoever, p. 238; Van Goudoever, W 9726; Wolfsbergen, *De mate van terugwerking*, NJB 1934, p. 331-334 en voor voorbeelden Scholten, diss., p. 118-119.

²¹ Asser-Limburg, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk recht*, 3-I (1905), p. 181.

²² Tegen dit laatste valt nog wel wat in te brengen. Niet steeds is er sprake van equivalentie. Daar is door verschillende auteurs op gewezen. Zie hierboven (2.2.1 slot).

²³ Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, X (1886), p. 290.

De belangrijkste pijler waarop de rechtspraak steunde, is echter de constructie van de ontbindende voorwaarde die immers terugwerkt. Daar leek niet veel tegen in te brengen. Of toch wel?

Van Oven richt zijn pijlen op de gevolgen van het intreden van een ontbindende voorwaarde²⁴. Hij stelt dat de cumulatie van nakoming en ontbinding of de gedeeltelijke ontbinding inderdaad afstuit, wanneer de ontbindende voorwaarde althans terugwerkt²⁵, op de voorwaardeconstructie²⁶. Maar is dat wel het geval of nauwkeuriger gezegd werkt de ontbindende voorwaarde eigenlijk wel altijd terug? Volgens Van Oven is dit niet zo. In ieder geval kan het nooit de bedoeling geweest zijn bij overeenkomsten *qui tempus successivum habent*. Dat zijn vooral de overeenkomsten met verbintenissen om te doen of niet te doen. Werking ex tunc kan eigenlijk alleen bedoeld zijn bij prestaties die feitelijk kunnen worden ongedaan gemaakt zoals bij koop²⁷.

Belangrijker - en zeker succesvoller - zijn de oplossingen van Van Goudoever en vooral Suijling. Zij wijzen er op dat art. 1301 BW slechts regelend recht bevat, dat door partijen kan worden opzij gezet²⁸. Dit afwijken kan op verschillende manieren én op verschillende momenten gebeuren. Zo hoeft het niet uitdrukkelijk en kan het ook stilzwijgend. Volgens Van Goudoever kan het afwijken ook voortvloeien uit een zich niet verzetten door de wederpartij tegen een vordering tot gedeeltelijke ontbinding²⁹. Het is echter vooral Suijling geweest die zich sterk heeft gemaakt voor de weg van het contractueel afwijken van art. 1301 BW³⁰. In zijn opvatting geeft art. 1301 BW slechts aan wat partijen vermoedelijk zouden hebben afgesproken. De bepaling heeft betrekking op overeenkomsten die verplichten tot het leveren van een zaak en in het geheel niet op contracten die tot iets anders verplichten dan tot een geven. Bij deze overeenkomsten gaat het vermoeden dan ook niet op³¹. Daarmee is het probleem volgens Suijling gereduceerd tot een uitlegkwestie: men moet differentiëren naar aard en inhoud van de overeenkomst. Op eigendomsoverdracht gerichte overeenkomsten zijn aan terugwerking onderworpen, andere contracten niet³². Bij voortdurende prestaties betekent ontbinding ontslag voor de toekomst. Wanneer een niet volledige terugwerking er toe leidt dat één der partijen meer krijgt dan de andere, is restitutie van het waardeverschil de oplossing. Bij Suijling bestaat de gedeeltelijke ontbinding dan ook niet: ontbinding heeft altijd betrekking op de gehele

²⁴ Van Oven, De ontbindende voorwaarde, WPNR 2516 ev.

²⁵ Van Oven, WPNR 2516, p. 135 en WPNR 2519, p. 165.

²⁶ Van Oven, WPNR 2516, p. 133.

²⁷ Van Oven, WPNR 2517, p. 145-146.

²⁸ Asser-Van Goudoever, p. 237; Van Goudoever, W 9726; Suijling, Bespreking Scholten diss. 1914, Themis 1915, p. 623 ev.

²⁹ Asser-Van Goudoever, p. 238 die eraan toevoegt dat dit neerkomt op een wijziging van de overeenkomst.

³⁰ Suijling, Themis 1915, p. 625 ev.

³¹ Suijling, Themis 1915, p. 625-626.

³² Dezelfde gedachte is terug te vinden bij Van Goor, Nieuwe Bijdragen 1878, p. 420 ev; Lodder, diss., p. 67; Wolfsbergen, NJB 1934, p. 332. Zie ook Van Oven, WPNR 2517, p. 145-146.

overeenkomst, alleen is het de vraag of zij algehele terugwerkende kracht heeft of niet³³.

2.3 De opvatting Suijling in de rechtspraak

De opvatting dat partijen kunnen afwijken van art. 1301 BW heeft uiteindelijk geleid tot een kentering in de rechtspraak van de Hoge Raad. In een tweetal arresten uit 1917³⁴ schemert al door dat de Hoge Raad een gedeeltelijke ontbinding toelaatbaar acht, wanneer deze is terug te voeren op de wens van partijen te derogeren aan art. 1301 BW.

In HR 20 april 1917, NJ 1917, 602³⁵ wordt een vordering tot ontbinding van de overeenkomst voor zover deze niet is uitgevoerd door het Hof niet ontvanke-lijk verklaard. Volgens Besier in zijn conclusie kan gedeeltelijke ontbinding misschien iets zijn in het geval waarin partijen de overeenkomst voor uitvoering in gedeelten vatbaar achten, doch dit geval zou zich in het voorliggende geval niet voordoen. De Hoge Raad vindt inderdaad de wil om de overeenkomst bij gedeelten uit te voeren niet terug in hetgeen is vastgesteld door het Hof. De overwegingen van het Hof laten geen ruimte voor het aannemen van een leveringscontract, waarbij deze vatbaarheid voor nakoming in gedeelten zou bestaan. Volgt verwerping van het beroep.

Ook in HR 16 november 1917, NJ 1917, 1229 is ontbinding voor zover de overeenkomst niet is uitgevoerd, gevorderd. Het Hof oordeelt dat een ontbinding ex nunc alleen mogelijk is wanneer partijen dat zijn overeengekomen. Volgens Procureur-Generaal Noyon is daartoe geen uitdrukkelijke contractsbepaling vereist maar kan de strekking of de aard van de overeenkomst uitkomst bieden. Bij deelbaarheid is een onderscheid in een wel en een niet nagekomen gedeelte mogelijk. De wet zou zich volgens Noyon niet verzetten tegen een ontbinding voor zover de overeenkomst nog niet is uitgevoerd. Het hangt naar zijn oordeel af van de aard en inhoud van de overeenkomst, uitgelegd naar de bedoeling der partijen. De Hoge Raad doet het kort af: het Hof heeft geen afwijkende regeling aangetroffen en kennelijk volgt die volgens het Hof ook niet uit de aard van de overeenkomst³⁶.

De Hoge Raad komt aan de eigenlijke vraag naar de toelaatbaarheid van de gedeeltelijke ontbinding pas toe in 1926, wanneer hij in één week twee bekende arresten wijst.

³³ Suijling, Themis 1915, p. 627-632.

³⁴ HR 20 april 1917, NJ 1917, 602 en HR 16 november 1917, NJ 1917, 1229.

³⁵ Zie over deze zaak het opstel van de pleiter voor de Hoge Raad in deze kwestie: Polenaar, *Recht en Wet*, naar aanleiding der artt. 1301, 1302 en 1303 B.W., Themis 1917, p. 454 ev die zich terdege bewust is van de bedenkelijke kanten van het 'napleiten'.

³⁶ Tegen deze weergave van de overwegingen van het Hof richt zich De Kat in zijn onderschrift bij dit arrest in W 10204. Volgens De Kat eist het Hof waarschijnlijk toch een uitdrukkelijke bepaling, zoals Noyon ook al opmerkt en heeft het Hof helemaal niet aan de aard van de overeenkomst gedacht.

In HR 5 maart 1926, NJ 1926, 504 wordt ontbinding, voorzover de overeenkomst niet is uitgevoerd, gevorderd. De Advocaat-Generaal Besier wijst op de mogelijkheid om af te wijken van art. 1302 BW. Dat kan uitdrukkelijk, stilzwijgend, bij het aangaan van de overeenkomst, maar ook tijdens het geding gebeuren. Het laatste is naar de opvatting van Besier het geval in deze zaak, nu de wederpartij niet protesteert tegen de aard van de vordering³⁷. De Hoge Raad overweegt inderdaad dat de artt. 1301 en 1302 BW niet van openbare orde zijn, zodat partijen mogen afwijken. En, zo gaat hij verder, indien de gedaagde niet protesteert tegen een ontbinding voor de toekomst of voor zover de overeenkomst niet is uitgevoerd, mag de rechter het verweer niet aanvullen. Ambtshalve een niet-ontvankelijkverklaring uitspreken is niet toegestaan.

Ook in HR 11 maart 1926, NJ 1926, 508 blijft het oordeel van het Hof in stand: partijen mogen ook stilzwijgend een regeling treffen waarin wanprestatie slechts voor de toekomst werking aan de overeenkomst kan ontnemen. Het Hof heeft feitelijk vastgesteld dat partijen dit hebben gedaan. De aard van de overeenkomst naar de bedoeling van partijen brengt voldoening in gedeelten mee, zodat het uitgevoerde gedeelte los van het niet uitgevoerde moet worden gezien.

2.4 Kritiek van Scholten op Suijling en de Hoge Raad

Hoewel Scholten vindt dat lagere rechters terecht de leer van de Hoge Raad inhoudende dat ontbinding altijd terugwerkende kracht heeft niet steeds hebben gevolgd³⁸, acht hij de opvatting van Suijling³⁹ en de latere, daarbij aansluitende rechtspraak van de Hoge Raad gekunsteld. Partijen hebben niets afgesproken en de redelijke partijwil is een fictie, want in wezen gaat het om de overtuiging van de rechter. Het gaat er volgens Scholten om dat, nu de rechter vrijer staat tegenover aanvullend recht, hij ook een beperkte strekking mag aannemen voor zover de aanvullende regeling tot onbillijkheden aanleiding zou geven. Dat is precies wat de rechter doet bij leverantiecontracten en huur en dergelijke. Hiermee is het doel dat de wetgever voor ogen had ook niet miskend, terwijl de rechter evenmin in strijd komt met de historische ontwikkeling van de artt. 1301 en 1302 BW⁴⁰.

Scholten heeft nog een andere bedenking: nu stilzwijgend afwijken wordt

³⁷ Asser-Van Goudoever, p. 238 wijst reeds op die mogelijkheid (2.2.2).

³⁸ In zijn noot onder de arresten van 1926.

³⁹ En inmiddels hebben Van Goudoever, W 9726; Tak in zijn conclusie voor HR 4 februari 1916, NJ 1916, 466 en Noyon in zijn conclusie voor HR 16 november 1917, NJ 1917, 1229 zich bij Suijling aangesloten.

⁴⁰ Scholten doet in dit kader een beroep op Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, diss. Toulouse 1924 en het - veel genoemde, moeilijk leesbare en daardoor (?) nauwelijks inhoudelijk besproken - onderzoek van J.F. Houwing, *De oorsprong van art. 1302 B.W.*, WPNR 2391 ev. Zie overigens Scholtens, *Bespreking Ankum rede 1964*, RM Themis 1972, p. 201 ev.

afgeleid uit het niet protesteren tegen een vordering tot gedeeltelijke ontbinding, betekent dat eigenlijk dat de gedaagde moet stellen dat partijen géén afwijkende regeling zijn overeengekomen. Het ligt toch meer voor de hand dat de eiser moet stellen dat partijen wél zijn afgeweken.

2.5 Het gelijk van Scholten

In HR 9 december 1927, NJ 1928, 484 vindt men een uitspraak die illustreert hoezeer Scholten het gelijk aan zijn zijde had met zijn kritiek op de in 2.3 genoemde rechtspraak van de Hoge Raad die ook in het zojuist genoemde arrest wordt bevestigd. Het Hof verklaart een overeenkomst tot het drukken van een tijdschrift geheel ontbonden. De Hoge Raad overweegt conform de heersende leer dat de regeling van de artt. 1301 en 1302 BW bedoelt alle verbintenissen ook voor het verleden te vernietigen. Hier is men niet van deze regeling afgeweken en dus is een algehele ontbinding op haar plaats. Voor eventuele vergoedingen is men aangewezen op schadevergoeding of compensatie. Volgens Scholten⁴¹ had hij precies hiertegen gewaarschuwd: de leer van 1926 gaat uit van een fictie, miskent het karakter van de rechterlijke invulling van een contractuele regeling en leidt tot onbillijke resultaten. Immers de troost van de schadefactor is schraal⁴²; compensatie is veelal niet mogelijk. Anders zou men ook niet procederen. Het gaat dan ook niet om de wil van partijen, maar om de aard van de overeenkomst. Deze verzet zich bij opeenvolgende prestaties tegen terugwerking. Eggens heeft zich bij Scholten aangesloten⁴³. Afwijken van de regeling van de artt. 1301 en 1302 BW hoeft volgens Suijling niet *expressis verbis*, de wil daartoe kan ook indirect worden geuit. Maar indirect geuit is, volgens Eggens, niet geuit. Het gaat dan niet om de bedoeling van partijen, maar in wezen om de grond die een afwijken rechtvaardigt. Volgens hem kan beter met Scholten worden aangenomen dat de terugwerkende kracht van de ontbindende voorwaarde moet worden beperkt tot die gevallen waarvoor de wetgever dat heeft bedoeld. Zij geldt daarmee *niet* voor niet aflopende contracten met samengestelde prestaties.

2.6 Kapper-Turover

In HR 3 april 1930, NJ 1930, 1358 is een vordering tot betaling en ontbinding voor zover niet uitgevoerd, in het geding. Volgens Tak in zijn conclusie betreft dit geen ongeoorloofde cumulatie: de beide vorderingen hebben betrekking op verschillende delen van de overeenkomst⁴⁴. Volgens de Hoge Raad zijn slechts die vorderingen niet-ontvankelijk die naast elkaar onbestaanbaar zijn. In casu zou

⁴¹ In zijn noot onder het arrest.

⁴² In gelijke zin Star Busmann in zijn noot onder dit arrest in W 11769.

⁴³ Eggens, Nieuwe rechtspraak, WPNR 3044, p. 322.

⁴⁴ Zie in dit verband ook HR 28 juni 1929, NJ 1929, 1113.

dat het geval zijn bij nakoming en ontbinding voor hetzelfde gedeelte. Een vordering tot nakoming van een deel en ontbinding voor het overige kan in strijd met de aard van de overeenkomst zijn wanneer die naar de bedoeling van partijen niet voor splitsing in gedeelten vatbaar is. Het middel keert zich niet tegen het oordeel van het Hof dat zodanige splitsing toelaatbaar is, maar tegen de samenvoeging van de vorderingen in dezelfde dagvaarding. Terecht is naar het oordeel van de Hoge Raad de vordering tot ontbinding niet ontvankelijk verklaard nu ten aanzien van dat gedeelte der overeenkomst geen wanprestatie is gesteld⁴⁵.

Meijers⁴⁶ kan worden toegegeven dat de vraag in hoeverre een gedeeltelijke ontbinding is toegelaten inderdaad niet echt aan de orde is in deze zaak, het gaat om een cumulatieve vraag in verband met art. 1303 BW, maar de overwegingen van de Hoge Raad hebben toch wel betekenis voor de mogelijkheid van de gedeeltelijke ontbinding.

De Jong⁴⁷ meent dat de Hoge Raad met dit arrest tegemoet is gekomen aan de kritiek op de partijwil-constructie. Een vordering tot nakoming voor een deel en ontbinding voor het overige kan in strijd met de aard van de overeenkomst zijn die niet voor splitsing in gedeelten vatbaar is. Daarmee is er een verschil met de arresten van 1926: daar is gedeeltelijke ontbinding toegelaten voorzover partijen zijn afgeweken van de wettelijke regeling, terwijl nu gedeeltelijke ontbinding mogelijk is, tenzij de bedoeling van partijen is dat de overeenkomst een geheel vormt⁴⁸. Bij de beantwoording van de vraag of de overeenkomst voor splitsing in gedeelten vatbaar is, heeft de rechter houvast genoeg in de wet (artt. 1332 ev BW) en de aard van de overeenkomst (leverantiecontract e.d.).

2.7 Deugdelijkheid van de aanvankelijk gebruikte argumenten

Het aanvankelijke verzet van de Hoge Raad tegen de gedeeltelijke ontbinding kent twee pijlers: het algemene karakter van art. 1301 BW dat steeds algehele terugwerkende kracht zou meebrengen en de tekst van art. 1303 BW die zou dwingen tot een keus tussen nakoming en ontbinding.

Om met de laatste pijler te beginnen: art. 1303 BW is slechts dan een obstakel wanneer partijen nakoming en ontbinding van hetzelfde gedeelte vorderen⁴⁹. Daarmee is de uitleg van Diephuis, inhoudende dat art. 1303 BW niet meer bedoelt dan eraan te herinneren dat naast ontbinding natuurlijk ook

⁴⁵ Over deze consequentie dat ten aanzien van ieder deel apart wanprestatie gesteld had moeten worden zie men Asser-Hartkamp, 4-II, p. 485-486. Wanneer men dit consequent zou toepassen zou nooit ontbinding voor de toekomst mogelijk zijn. In HR 8 maart 1946, NJ 1946, 186 is wanprestatie ten aanzien van de ene leverantie wel degelijk van invloed op andere leveranties.

⁴⁶ In zijn noot onder dit arrest in de NJ. In dezelfde zin Beekhuis, WPNR 3553, p. 58.

⁴⁷ In zijn noot onder dit arrest in W 12167.

⁴⁸ Dorhout Mees, Bespreking Hofmann, Het Nederlandsch Verbintenissenrecht (3e druk), RM Themis 1935, p. 304 verzet zich heftig tegen een uitleg in dezelfde zin door Hofmann.

⁴⁹ HR 3 april, NJ 1930, 1358.

het vorderen van nakoming mogelijk is, juist gebleken⁵⁰.

Aan de werking van art. 1301 BW is op twee wijzen te ontkomen: a. via de afwijkende partijbedoeling; b. met een beroep op de aard van de overeenkomst.

De Hoge Raad bedient zich aanvankelijk van het eerste argument: het gaat om de wil van partijen. De schrijvers wijzen er dan wel op dat deze jurisprudentie eigenlijk gebaseerd is op de aard van de overeenkomst⁵¹, voordat de Hoge Raad dit met zoveel woorden zegt, vloeit er nog heel wat water door de Rijn (2.8.2).

2.8 De ex tunc werking van art. 1301 BW en de aard van de overeenkomst

Waarom is de gedeeltelijke ontbinding nu zo gewenst? Anders gezegd: waarom pakt de ex tunc werking bij een aantal overeenkomsten niet goed uit?

Tot nu toe is eigenlijk aandacht besteed aan een vrij *algemene* kwestie: de terugwerkende kracht van art. 1301 BW leidt tot restitutie van verrichte prestaties, terwijl de karakteristieke prestatie vaak niet gerestitueerd kan worden. Dit probleem doet zich bijvoorbeeld voor bij huur, maatschap, de verzekeringsovereenkomst en de arbeidsovereenkomst. Maar een enkele overeenkomst heeft met *bijzondere* art. 1301 BW-problemen te kampen. De aard van de overeenkomst speelt daarbij een meer speciale rol. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de verzekeringsovereenkomst. Met de enkele erkenning van de mogelijkheid om van art. 1301 BW af te wijken zijn deze gevallen niet opgelost.

2.8.1 Ontbinding van de verzekeringsovereenkomst

Voor de vraag of ontbinding van de (schade)verzekeringsovereenkomst mogelijk is, is HR 16 januari 1959, NJ 1960, 46 van bijzonder belang. Naar vrij algemeen wordt aangenomen is ontbinding van een dergelijke overeenkomst mogelijk wanneer de premie niet wordt betaald⁵².

Op zich is de prestatie van de verzekeraar - het lopen van risico - niet ongedaan te maken. Daarmee speelt ook hier de meer algemene kwestie van de terugwerkende kracht van art. 1301 BW, maar deze werking heeft bijzondere consequenties wanneer het onzekere voorval reeds heeft plaatsgehad en de wanprestatie betrekking heeft op het niet meewerken aan een schaderegeling. Algehele ontbinding zou er dan toe leiden dat de verzekeraar wordt bevrijd van de verplichting tot uitbetaling die al te zijnen laste is gekomen. De Advocaat-Generaal Loeff gaat dat te ver. Hij concludeert dan ook tot onmogelijkheid van de algehele ontbinding in dit geval, doch hij acht wel mogelijk een gedeeltelijke ontbinding in de zin van een ontbinding voor de toekomst. Hij onderscheidt

⁵⁰ Zie Diephuis, p. 290 en in deze zin uitdrukkelijk HR 8 januari 1925, NJ 1925, 297 (2.2.2).

⁵¹ Zij het dat de bedoeling van partijen niet zonder enig belang is. Partijen kunnen algehele nakoming essentieel maken. Zie HR 3 april 1930, NJ 1930, 1358.

⁵² Zie voor vindplaatsen de conclusie van Loeff voor dit arrest.

daarbij twee periodes: één van de aanvang van de overeenkomst tot het einde of tot een eventueel voorval en één vanaf een eventueel voorval. Algehele ontbinding is in zijn ogen slechts in de eerste periode mogelijk. Voor terugwerking komen namelijk slechts in aanmerking de oorspronkelijke verbintenissen (risico lopen vs. premie betalen) niet die daar eventueel voor in de plaats gekomen zijn. In dit geval is in deze visie de verplichting van de verzekeraar om tot de concrete uitkering over te gaan in de plaats getreden van de verplichting risico te lopen⁵³.

De Hoge Raad acht ontbinding in dit geval inderdaad niet mogelijk, omdat het gevolg is dat de verzekeraar wordt bevrijd van een verlies dat reeds te zijnen laste is gekomen. Dit gevolg is niet gerechtvaardigd. De Hoge Raad wijst daarbij ook op het feit dat het hier niet gaat om typische in ruil toegezegde prestaties⁵⁴.

Wat is er nu zo bijzonder in deze zaak? Gezien de formulering van het arrest vooral de specifieke wanprestatie (het niet meewerken aan een schaderegeling): die rechtvaardigt dit gevolg niet. Latere uitleg heeft het ook over de bijzondere aard van de tekortkoming⁵⁵. Toch komt naar mijn idee een belangrijker plaats toe aan de aard van de overeenkomst: bij de verzekeringsovereenkomst is het mogelijk dat de wanprestatie wordt gepleegd na het voorval en daarmee na het ontstaan van een recht op uitkering door de verzekeraar. Loeff legt ook meer de nadruk op dat aspect: bij de verzekeringsovereenkomst maakt het verschil of de wanprestatie voor dan wel na het voorval is gepleegd. In het laatste geval zou alleen gedeeltelijke ontbinding mogelijk moeten zijn. De verzekeraar is dan voor de toekomst bevrijd. Tegen de achtergrond van de ten tijde van het arrest geldende leer van de partijwil-constructie is er op zich geen bezwaar tegen een ontbinding voor de toekomst. Maar de verzekeraar heeft daar juist niets aan. Hij kan zich inderdaad alleen van de verplichting om uit te keren ontdoen, wanneer de ontbinding terugwerkt tot aan de totstandkoming van de overeenkomst. Nogmaals: het bijzondere aspect zit voor dit onderwerp in de aard der overeenkomst, niet in het gewicht of de specifieke aard van de tekortkoming.

2.8.2 De aard van de overeenkomst in de rechtspraak erkend

Is gedeeltelijke ontbinding gebaseerd op de wil van partijen of inderdaad op de aard van de overeenkomst? Het zal tot 1987 duren voor de Hoge Raad dat laatste inderdaad met zoveel woorden zegt. Althans hij neemt dit aan voor de

⁵³ Tegen dit 'knippen in het synallagma' keert zich de annotator Hijmans van den Bergh. Desondanks is volgens hem ontbinding toch niet de juiste oplossing maar moeten enkele bepalingen uit het Wetboek van Koophandel die verval van het recht op uitkering in bepaalde gevallen meebrengen analogisch worden toegepast.

⁵⁴ Zie in kritische zin over deze beslissing, omdat zij consequenties heeft voor de verhouding tussen verzekerden en verzekeraars Dorhout Mees, Verzekering contractus pessimae fidei?, NJB 1951, p. 150-151.

⁵⁵ Naar aanleiding van deze zaak heeft de slotzin van art. 6:265 lid 1 NBW het over de bijzondere aard van de tekortkoming naast de geringe ernst van de tekortkoming.

arbeidsovereenkomst. De aard van deze overeenkomst verzet zich volgens de Hoge Raad tegen een ontbinding tegen een eerder tijdstip dan de wanprestatie⁵⁶. De precieze betekenis en reikwijdte van deze beslissing komt nog aan de orde (2.9.4 en 2.10.1.1), maar het argument van de aard der overeenkomst wordt nu in ieder geval uitdrukkelijk gebruikt.

2.9 Andere kwesties die samenhangen met de ontbindende voorwaarde-constructie

De gedeeltelijke ontbinding mag dan het antwoord zijn op de ex tunc werking, een andere kwestie die verbonden is aan de ontbinding van de overeenkomsten waar het hier om gaat is hiermee nog niet uit de wereld, namelijk de vraag of de overeenkomst nu door de rechter danwel door de wanprestatie zelf wordt ontbonden. Opnieuw gooit de constructie van de wanprestatie als ontbindende voorwaarde, althans de uitleg door de Hoge Raad daarvan, roet in het eten.

2.9.1 Welk rechtsfeit ontbindt de overeenkomst en wanneer?

De Hoge Raad legt art. 1302 BW zo uit dat de wanprestatie de overeenkomst ontbindt, terwijl de rechter deze werking van de wanprestatie constateert⁵⁷. Zonder vonnis is er geen ontbinding, maar het is de wanprestatie die de ontbinding bewerkstelligt⁵⁸. De ontbinding heeft, indien zij is uitgesproken, dan ook werking vanaf het moment van de wanprestatie. Het is dus niet de rechter die de overeenkomst ontbindt. Populair gezegd: wanprestatie-ontbinding en geen vonnis-ontbinding.

Deze uitleg door de Hoge Raad heeft tot spraakverwarring en problemen geleid. Als de rechter namelijk de ontbindende werking van de wanprestatie in zijn vonnis vaststelt, dan werkt dit als het ware terug. Achteraf gezien heeft, nu er een rechterlijk vonnis ligt, een ontbinding plaatsgehad op het moment van de wanprestatie. De verwarring zit in de twee vormen van terugwerkende kracht die men is gaan onderscheiden⁵⁹: in de eerste plaats die van het moment van de rechterlijke uitspraak tot de wanprestatie en vervolgens die van de wanprestatie tot het moment waarop het contract is gesloten (de eigenlijke terugwerkende kracht van art. 1301 BW)⁶⁰.

⁵⁶ HR 27 februari 1987, NJ 1987, 987.

⁵⁷ Zie voor rechtspraak de in noot 58 genoemde literatuur. Veel schrijvers zijn van mening dat het vonnis constitutief is zodat met andere woorden de rechter en niet de wanprestatie ontbindt. Enkele auteurs menen verder dat de Hoge Raad op dit punt recentelijk is omgegaan. Zie 2.10.3.1.

⁵⁸ Zie Hofmann-Abas, p. 313 ev en Asser-Hartkamp, 4-II, nrs. 517b ev.

⁵⁹ Zie Wolfsbergen, NJB 1934, p. 329 ev.

⁶⁰ Ruitinga, diss., onderscheidt de terugwerkende kracht van de ontbondenverklaring en de terugwerkende kracht van de ontbinding. Kritisch daarover Polak, Bespreking Ruitinga diss. 1936, RM Themis 1939, p. 201-202.

De werking van de ontbinding vanaf het moment van de wanprestatie is opnieuw bij een aantal duurovereenkomsten vervelend. Wat is namelijk het geval? Ná de wanprestatie, maar vóórdat de ontbindende werking door de rechter is vastgesteld, bestaat de overeenkomst nog steeds en is uitvoering dus mogelijk. Stelt de rechter echter de ontbinding vast dan wordt de fictie gehanteerd dat er vanaf het moment van de wanprestatie geen overeenkomst meer is geweest. Achteraf gezien komen daarmee de verrichte prestaties in de lucht te hangen. Wat betekent dit nu precies voor de ontbinding van de duurovereenkomsten?

2.9.2 Ontbinding van de maatschap

Bij de ontbinding van de maatschap is de mogelijkheid van een ontbinding die niet ziet op het verleden gewenst, nu de prestaties veelal niet kunnen worden gerestitueerd. Hierbij spelen de gehele in het voorgaande besproken problematiek van art. 1301 BW en de betekenis daarvan voor de gedeeltelijke ontbinding. Maar daarmee is men er niet: de werking van de ontbinding vanaf het moment van de wanprestatie is een minstens even belangrijk obstakel voor een probleemloze ontbinding.

De prestaties die in de tussenperiode van de wanprestatie tot (het uitspreken van) de ontbinding toch zijn verricht komen namelijk op losse schroeven te staan. Daarmee ontstaat niet alleen een onzekere situatie voor de verdere vennoten, maar vooral voor derden. Het is om deze reden dat de Hoge Raad eind 1948 oordeelde dat een ontbinding van de maatschap op basis van art. 1302 BW niet mogelijk is⁶¹.

Terwijl de Hoge Raad zich derhalve concentreert op de ontbindende werking vanaf het moment van de wanprestatie, houdt Berger zich in zijn conclusie juist bezig met de werking van art. 1301 BW: de ex tunc-werking tot aan de totstandkoming van de overeenkomst. Hij betoogt op die plaats dat aan de daaraan verbonden bezwaren (prestaties kunnen veelal niet worden teruggedraaid) kan worden tegemoet gekomen door een gedeeltelijke ontbinding en hij wijst daarbij op de Franse opvatting omtrent 1184 Cc. De Hoge Raad acht dit onjuist en legt ook uit waarom: de Fransen kennen de leer van de vonnis-ontbinding, terwijl art. 1302 BW juist uitgaat van de wanprestatie-ontbinding. Een ontbinding werkt in Frankrijk met andere woorden vanaf het vonnis, zodat de kwestie van de periode tussen de wanprestatie en het vonnis daar onbekend is. Juist de problemen die door deze tussentijd worden veroorzaakt, vormen ten onzent de achtergrond van de beslissing om art. 1302 BW niet toe te passen op de maatschap⁶².

⁶¹ HR 3 december 1948, NJ 1949, 358.

⁶² Zie daarover ook de noot van Ph.A.N. Houwing onder dit arrest.

2.9.3 Ontbinding van de huurovereenkomst

Ook bij de huur speelt naast het feit dat de prestatie van de verhuurder niet kan worden ongedaangemaakt - de kwestie die samenhangt met de werking van art. 1301 BW - de werking vanaf het moment van de wanprestatie een problematische rol. Bij overeenkomsten waarvan de beëindiging uitvoerig geregeld is, kan namelijk de vraag naar de verhouding tussen verschillende beëindigingsvormen rijzen. Dat is bij de huur-, maar ook bij de arbeidsovereenkomst het geval.

De werking vanaf het moment van de wanprestatie heeft ertoe geleid dat het aantrekkelijk kan zijn een reeds beëindigde overeenkomst alsnog te ontbinden in die gevallen waarin de wanprestatie een eerder tijdstip (dan dat van de beëindiging) betreft. In HR 21 mei 1982, NJ 1982, 404 is deze vraag aan de orde. De verhuurder wenst een reeds uit anderen hoofde geëindigde overeenkomst te ontbinden. Het middel betoogt dat de verhuurder daar geen belang bij heeft. Naar het oordeel van de Hoge Raad kan dit standpunt in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard⁶³. Daarmee is het dus niet uitgesloten dat een reeds beëindigde overeenkomst alsnog wordt ontbonden.

2.9.4 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst

Hoewel in art. 1639x BW met zoveel woorden staat dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis van art. 1302 BW mogelijk is⁶⁴, speelt daar in ieder geval een tweetal problemen.

Naast de kwestie van de terugwerkende kracht van art. 1301 BW (de prestatie van de werknemer is niet ongedaan te maken) geeft ook de ontbindende werking van de wanprestatie aanleiding tot bijzondere jurisprudentie. De Hoge Raad heeft in 1987 voor de arbeidsovereenkomst een belangrijke beslissing gegeven die op het eerste gezicht betekenis zou kunnen hebben voor beide kwesties.

Naar het oordeel van de Hoge Raad kan de arbeidsovereenkomst niet worden ontbonden tegen een eerder tijdstip dan de wanprestatie. Daar verzet de aard van de overeenkomst zich tegen, aldus HR 27 februari 1987, NJ 1987, 987. Wat betekent dit nu? De formulering lijkt beslissend: de aard van de overeenkomst verzet zich tegen de terugwerkende kracht (het effect op het verleden) van art. 1301 BW en niet tegen de werking vanaf het moment der wanprestatie. In de leer van de wanprestatie-ontbinding vindt ontbinding immers plaats op het moment van de wanprestatie, een ontbinding die ingaat op een eerder tijdstip is per

⁶³ Ten Kate meent in zijn conclusie dat de vraag of een verhuurder nog belang heeft bij ontbinding in haar algemeenheid niet kan worden beantwoord. Doch veelal zal het zinloos zijn. Hij wijst verder op de parallelle met de hieronder te bespreken problematiek van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (2.9.4).

⁶⁴ Voor de achtergrond van deze bepaling verwijs ik naar Bles, De Wet op de Arbeidsovereenkomst, vierde deel, p. 267 ev en de conclusie van Haak voor HR 12 december 1980, NJ 1981, 202.

definitie onmogelijk. De werking vanaf het moment van de wanprestatie heeft geleid tot eenzelfde vraagstuk als bij de huurovereenkomst, nu naast de ontbinding nog een aantal andere vormen van beëindiging mogelijk is. Bij de arbeidsovereenkomst valt te denken aan de ontbinding op grond van gewichtige redenen ex art. 1639w BW, het ontslag op staande voet wegens een dringende reden en de opzegging.

Er zijn in dit verband twee vragen gerezen: is er, systematisch gezien, binnen deze precies afgestemde regeling nog plaats voor een ontbinding wegens wanprestatie en in hoeverre heeft men daar als partij nog belang bij?

De eerste vraag heeft betrekking op de wenselijkheid van de mogelijkheid om wegens wanprestatie te ontbinden⁶⁵. Aan een 'afschaffen' van art. 1639x BW heeft de Hoge Raad zich niet gewaagd⁶⁶. Het is aan de wetgever om dit te doen, aldus ook annotator Stein.

Wat echter van de tweede vraag te denken? Wat kan men ervoor belang bij hebben om te ontbinden terwijl de weg van opzegging bijvoorbeeld ook open staat. Deze vraag wordt aan de orde gesteld in HR 12 december 1980, NJ 1981, 202. Het belang is terug te voeren op het verschil in moment van ingang. Zo werkt de ontbinding vanaf het moment van de wanprestatie, terwijl een opzegging werkt wanneer tegen een bepaalde dag is opgezegd of een termijn is verlopen⁶⁷. Dit betekent bijvoorbeeld dat een partij er belang bij kan hebben een reeds door opzegging beëindigde overeenkomst op grond van wanprestatie te ontbinden, omdat de wanprestatie op een eerder tijdstip plaatsvindt. Op die manier kan een werkgever zich bijvoorbeeld bevrijden van een loonbetalingsverplichting! De Hoge Raad acht dit mogelijk⁶⁸. Kennelijk is hij dus inderdaad van oordeel dat de aard van de arbeidsovereenkomst zich niet tegen de 'terugwerkende kracht' tot de wanprestatie verzet doch alleen tegen de terugwerkende kracht van art. 1301 BW tot het moment waarop het contract is gesloten⁶⁹.

Zowel Biegman-Hartogh als Stein⁷⁰ hebben gewezen op het verschil tussen dit geval en dat van de maatschap, waarvan de aard zich wel verzet tegen de terugwerkende kracht tot de wanprestatie. Bij deze overeenkomst staan, in

⁶⁵ Zie daarover de auteurs genoemd door Biegman-Hartogh in haar conclusie voor HR 27 februari 1987, NJ 1987, 987.

⁶⁶ HR 27 februari 1987, NJ 1987, 987.

⁶⁷ Zie de noot van Stein onder HR 12 december 1980, NJ 1981, 202; Biegman-Hartogh voor HR 27 februari 1987, NJ 1987, 987 en de noot van Stein onder dat arrest. Zij gaan ook in op de ontbinding ex art. 1639w BW die onmiddellijk of op een moment in de toekomst ingaat. Ook daar geldt dus dat een ontbinding op basis van art. 1639x BW aantrekkelijk kan zijn.

⁶⁸ HR 12 december 1980, NJ 1981, 202.

⁶⁹ Opvallend is dat de Hoge Raad op 7 oktober 1910, W 9065 en op 8 december 1927, NJ 1928, 158 nog oordeelt dat een reeds opgezegd contract niet alsnog kan worden ontbonden. Anders Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*, 2-I (2e druk 1934), p. 512-513. Meijers in zijn noot onder het arrest van 1928 veronderstelt dat men tegen de achtergrond van het streven de terugwerkende kracht van art. 1301 BW bij duurovereenkomsten te beperken een ontbinding van een reeds geëindigd contract zinloos acht. Het aantrekkelijke in de zaak van 1980 zit echter in de 'terugwerkende kracht' tot de wanprestatie.

⁷⁰ Respectievelijk in de conclusie voor en de noot bij HR 27 februari 1987, NJ 1987, 987.

tegenstelling tot bij de arbeidsovereenkomst, belangen van derden op het spel.

2.10 Oplossingen

Het blijkt dat bij de duurovereenkomsten niet alleen de werking *ex tunc* - gezien de aard van de prestatie of de aard van de overeenkomst - problematisch is: ook het feit dat een ontbinding uiteindelijk werking heeft vanaf het moment van de wanprestatie zorgt voor allerlei problemen. Er ontstaat dan namelijk een periode waarvoor achteraf (na het vaststellen van de ontbinding in het vonnis) moet worden geconcludeerd dat de overeenkomst niet meer bestaat. Dat leidt tot een onzekere situatie. Verder kan de werking vanaf het moment van de wanprestatie het aantrekkelijk maken om te ontbinden, in het geval dat ook een andere beëindigingsmogelijkheid bestaat, die andere gevolgen heeft en misschien wel beter aansluit bij de aard van de overeenkomst en de belangen van de partijen. Nu zou men deze problemen op verschillende manieren kunnen aanpakken. De belangrijkste oplossingen zitten in het uitsluiten van de mogelijkheid van ontbinding of bepaalde gevolgen daarvan op grond van de aard van de overeenkomst, het (zoveel mogelijk) gelijkschakelen van ontbinding met andere beëindigingsmogelijkheden en het aannemen van een discretionaire bevoegdheid van de rechter om te ontbinden. Ik zal deze mogelijkheden en hun consequenties kort bespreken.

2.10.1 Algehele of gedeeltelijke uitsluiting gezien aard van de overeenkomst

2.10.1.1 Werking *ex tunc* van art. 1301 BW

Problematisch bij de overeenkomsten die verplichten tot niet voor restitutie vatbare prestaties is in ieder geval de werking *ex tunc* van art. 1301 BW. Bij de arbeidsovereenkomst heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een ontbinding geen gevolgen kan hebben voor het tijdvak vóór de wanprestatie (2.9.4). Dat kan inderdaad ingegeven zijn door de overweging dat de prestatie van de werknemer niet voor restitutie vatbaar is, maar het is mogelijk dit gevoel ook (mede) terug te voeren op typische arbeidsrechtelijke problemen. Deze constatering is niet zonder belang omdat het laatste een - uit de aard der zaak - tot de arbeidsovereenkomst beperkte betekenis heeft, terwijl het eerste argument een meer algemene gelding heeft. Het aspect van de niet voor restitutie vatbare prestatie is bekend bij vele andere overeenkomsten, waarvan de belangrijkste in dit kader zijn de overeenkomsten die strekken tot het genot van een zaak (huur, pacht en

bruikleen) en de kansovereenkomsten (verzekeringsovereenkomst, lijfrente e.d.)⁷¹. Stoelt de beslissing van de Hoge Raad uit 1987 met andere woorden op het argument dat de karakteristieke prestatie niet voor restitutie vatbaar is, dan vloeit hieruit voort dat de werking *ex tunc* van art. 1301 BW is uitgesloten op grond van de aard van de overeenkomst bij bijvoorbeeld de huur, de pacht en ook de verzekeringsovereenkomst. Daarmee is dan ook een betere basis gegeven aan de - gekritiseerde - jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van de (schade)verzekerings-overeenkomst (2.8.1). Het argument van de bijzondere aard van de tekortkoming heeft men dan helemaal niet nodig om een algehele ontbinding te voorkomen. Ontbinding in het daar bedoelde geval houdt dan per definitie in dat zij slechts voor de toekomst werkt.

De vraag is echter of er reden is aan te nemen dat de Hoge Raad de beperking langs de weg van de aard der overeenkomst heeft willen reserveren voor de arbeidsovereenkomst? Daarop wijst alleen dat de Hoge Raad zich in zijn arrest uitdrukkelijk tot de arbeidsovereenkomst beperkt; noch Biegman-Hartogh in haar conclusie noch Stein in zijn noot dragen echter specifieke arbeidsrechtelijke argumenten aan. Zij wijzen beide op de algemene problematiek der duur-overeenkomsten.

2.10.1.2 Werking vanaf het moment van de wanprestatie

Met het eventuele uitsluiten van de werking *ex tunc* is de kwestie verbonden aan de werking vanaf het moment van de wanprestatie nog niet uit de wereld. Deze brengt mee dat er een bijzondere periode ontstaat die loopt van de wanprestatie tot het vonnis. Bij de maatschap heeft vooral dit aspect ertoe geleid dat de ontbinding op grond van wanprestatie is uitgesloten (2.9.2)⁷². Bij de maatschap is de onzekere situatie voor vennoten en vooral derden van bijzonder belang. Men is nu aangewezen op art. 1684 BW dat tot een ontbinding *ex nunc* leidt. Daarbij geldt volgens de HR dat, indien de wettige reden wanprestatie is, dan ook de schade geleden door het voortijdig eindigen van de maatschap moet worden vergoed, naast de schade geleden door de wanprestatie. In principe zijn daarmee alle aantrekkelijke kanten van een ontbinding behouden⁷³. Zou een uitsluiting van de terugwerkende kracht van het vonnis tot de wanprestatie op grond van de aard van de overeenkomst - in casu de maatschap - mogelijk zijn? Dit is een vraag die ook bij de huur- en arbeidsovereenkomst gesteld kan worden. In deze gevallen kan het soms aantrekkelijk zijn om te ontbinden, terwijl ook een

⁷¹ Hier wordt niet genoemd de categorie overeenkomsten die strekken tot het verrichten van werkzaamheden. Deze kent ook het probleem dat de verrichte prestatie veelal niet te restitueren is, maar heeft niet uit de aard der zaak ook het probleem dat samenhangt met het tijdsaspect. Overigens is dat bijvoorbeeld bij de arbeidsovereenkomst weer wel het geval.

⁷² HR 3 december 1948, NJ 1949, 358.

⁷³ Houwing gaat in zijn noot nog wel in op een aantal andere verschillen, maar die gelden heden ten dage niet meer.

andere vorm van beëindiging (opzegging, ontbinding wegens gewichtige reden, ontslag op staande voet) mogelijk is.

Nog afgezien van de vraag of deze aantrekkingskracht van de ontbinding misschien te maken heeft met juist in het geval van wanprestatie gerechtvaardigde belangen⁷⁴, zou een uitsluiting van deze 'terugwerkende kracht' inhouden dat de leer van de wanprestatie-ontbinding wordt verlaten. In deze theorie is een ontbinding die ingaat tegen een later tijdstip dan de wanprestatie per definitie onmogelijk. Daar wijst de Hoge Raad dan ook op in zijn arrest van 1948: in Frankrijk kent men de vonnis-ontbinding zodat juist daar de 'Nederlandse' problemen zich niet voor (kunnen) doen⁷⁵.

2.10.1.3 Algehele uitsluiting

Uit het voorgaande (2.10.1.2) is gebleken dat bij de maatschap de Hoge Raad in wezen niet anders kan doen dan de ontbindingsmogelijkheid uit te sluiten. Dit is alleen anders in het systeem van de vonnis-ontbinding. Overigens is de schade beperkt gebleven, nu art. 1684 BW juist voorziet in een ontbinding ex nunc. Algehele uitsluiting bij de huur zou niet gewenst zijn. Een ontbinding veroorzaakt in dit geval alleen beperkte problemen die in wezen op de werking van de wanprestatie zijn terug te voeren. Daarom is alleen een beperkte oplossing eventueel gerechtvaardigd. Niet een radicale uitsluiting. Dit nog afgezien van het feit dat de wet er vanuit gaat dat ontbinding is toegestaan, terwijl bovendien de opvatting mogelijk is dat de extra mogelijkheden die een ontbinding ten opzichte van bijvoorbeeld een opzegging biedt misschien juist gerechtvaardigd zijn in het geval van wanprestatie. In het laatste geval zou men toch snel van zijn partner af moeten kunnen. Bij de arbeidsovereenkomst is de algehele uitsluiting wel voorgesteld, maar naar huidig recht slecht te verenigen met art. 1639x BW dat met zoveel woorden bepaalt dat ontbinding mogelijk is. Zoals gebleken heeft de Hoge Raad zich niet laten verleiden tot een 'afschaffing' van deze bepaling⁷⁶. Opnieuw kan daarbij worden opgemerkt dat de extra mogelijkheden die de ontbinding biedt ten opzichte van bijvoorbeeld de opzegging misschien juist in het geval van wanprestatie gerechtvaardigd zijn. Zoals hieronder (3.3.2.4) nog zal blijken wordt in een voorgesteld art. 7:685 NBW de ontbinding wegens wanprestatie uitgesloten.

2.10.2 Gelijkschakelen van ontbinding en andere beëindigingsvormen

Voor het probleem dat bij ontbinding meer mogelijk is dan bij opzegging (of een andere beëindigingsvorm) zou het gelijkschakelen van de rechtsgevolgen van deze

⁷⁴ De gemiddelde contractpartij zal in eerste instantie denken dat zij direct verlost kan worden van een tekortschietende wederpartij.

⁷⁵ HR 3 december 1948, NJ 1949, 358.

⁷⁶ HR 27 februari 1987, NJ 1987, 987 (2.9.4).

figuren natuurlijk de oplossing zijn. Waar zitten nu - afgezien van het feit dat opzegging per definitie geen werking *ex tunc* heeft - de verschillen?

In ieder geval in het moment waarop de gevolgen intreden. De ontbinding geschiedt in beginsel op het moment van de wanprestatie, terwijl een opzegging een opzegtermijn dan wel opzegdag kent⁷⁷. Verder is er - naar wordt aangenomen - een verschil in de mogelijkheden om schadevergoeding te vorderen. Bij ontbinding zouden deze ruimer zijn dan bij opzegging.

Gezien deze twee als minder ingrijpend te kwalificeren gevolgen is een opzegging sneller gerechtvaardigd dan een ontbinding⁷⁸. Toch lijkt het in een wanprestatiesituatie in ieder geval in eerste instantie wenselijk om een overeenkomst tegen het moment van de wanprestatie en in ieder geval zonder termijn te kunnen beëindigen. Ontbinding zou dus in ieder geval zo iets moeten zijn als een opzegging zonder termijn⁷⁹. Overigens is dit in het geheel geen probleem wanneer de rechter de overeenkomst ontbindt (vonnis-ontbinding).

2.10.3 Discretionaire bevoegdheid van de rechter

Het meeste heil is te verwachten van een ontbindingssysteem waarin de rechter de bevoegdheid krijgt om de ontbinding uit te spreken en de gevolgen te bepalen. Constitutieve uitspraken hebben namelijk, voor zover de wet niet anders bepaalt, geen terugwerkende kracht⁸⁰. Een constitutief ontbindingsvonnis werkt per definitie voor de toekomst. Het is niet zo dat de overeenkomst achteraf tegen een eerder tijdstip is ontbonden. *Ex tunc* werking of het effect op het 'verleden' die leiden tot restitutie zijn in een dergelijk systeem waarin de rechter een constitutief vonnis wijst echter niet uitgesloten. Men denke bijvoorbeeld alleen maar aan de - hieronder nog te behandelen (3.3) - ongedaanmakingsverplichtingen uit afdeling 6.5.5 NBW.

Wanneer de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet, heeft de rechter in het hier besproken stelsel ook voldoende ruimte om daarmee rekening te houden. Hij kan de gevolgen van de ontbinding op de omstandigheden van het geval afstemmen.

Dit stelsel kent het Nederlandse recht in art. 56 PW. Alleen de pachtrechter mag de overeenkomst ontbinden en hij bepaalt daarbij zelfstandig het moment

⁷⁷ Voor de arbeidsovereenkomst moet nog worden gewezen op ontbinding *ex art.* 1639w BW. Een zodanige beëindiging gaat in op het moment van de rechterlijke uitspraak of op een moment in de toekomst. Zie voor andere verschillen de noot van Stein onder HR 27 februari 1987, NJ 1987, 987.

⁷⁸ Zie Asser-Abas, *Huur*, 5-II (7e druk), nrs. 215 en 216. Zie ook met zoveel woorden HR 16 december 1977, NJ 1978, 156 en HR 3 februari 1984, NJ 1984, 402.

⁷⁹ Bij de arbeidsovereenkomst zou de figuur van het ontslag op staande voet wegens een dringende reden natuurlijk in die behoefte kunnen voorzien. Doch daarbij moet worden aangetekend dat niet iedere wanprestatie een dringende reden is en andersom. Zie de literatuur genoemd door Biegman-Hartogh in haar conclusie voor HR 27 februari 1987, NJ 1987, 987 en HR 20 april 1990, NJ 1990, 702.

⁸⁰ Zie de conclusie van Van Oosten voor HR 26 mei 1966, NJ 1966, 345.

waarop de ontbinding ingaat. Deze ontbinding heeft geen effect op het verleden⁸¹. Onbekend is dit systeem van grote rechterlijke vrijheid - dat een oplossing biedt voor de meeste van de geschetste problemen - dus niet, maar het is niet het algemene stelsel. Al wordt daar - door een aantal schrijvers - wel anders over gedacht.

2.10.3.1 Ontbinding nu reeds ter discretie van de rechter?

In de literatuur vindt men in afwijking van de jurisprudentie van de Hoge Raad voornamelijk het standpunt verdedigd dat art. 1302 BW in wezen neerkomt op vonnis-ontbinding⁸². De rechter bepaalt zelfstandig of hij de overeenkomst ontbindt en hij mag daarbij letten op alle omstandigheden van het geval. Wanneer bovendien, zo willen in het algemeen dezelfde schrijvers, eenmaal is aanvaard dat de rechter de overeenkomst ontbindt, mag hij dat ook gedeeltelijk doen⁸³. Wie het meerdere mag, kan a fortiori het mindere⁸⁴. Dit door de literatuur voorgestane systeem is naar de huidige stand van zaken *geen geldend recht*.

De Hoge Raad is naar mijn idee nog steeds de opvatting toegedaan dat niet het vonnis doch de wanprestatie ontbindt. Brunner heeft naar aanleiding van het inderdaad in de wanprestatie-ontbinding slecht passende arrest van HR 11 juni 1982, NJ 1983, 695 betoogd dat de Hoge Raad is omgegaan⁸⁵, maar dit lijkt mij niet juist. Het enkele feit dat de Hoge Raad iets toestaat dat slecht in de wanprestatie-ontbinding past, kan niet de doorslag geven, daar de HR wel vaker zaken heeft toegestaan die hiermee slecht te verenigen zijn⁸⁶. Bockwinkel heeft zich bij Brunner aangesloten⁸⁷. Hij vindt doorslaggevend dat de HR in zijn arrest van 19 februari 1988, NJ 1989, 343 spreekt over een tot ontbinding strekkende rechterlijke uitspraak. Dit zou alleen passen in de leer dat het vonnis ontbindt.

⁸¹ Heersende leer is dat de ontbinding slechts voor de toekomst kan geschieden, doch geheel onbetwist is dat niet. Zie Asser-Brunner, *Pacht*, 5-II (7e druk), p. 558.

⁸² Zie de bij Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 517d genoemde auteurs.

⁸³ Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 524c.

⁸⁴ Daar lijkt wat voor te zeggen, althans wanneer het uiteindelijk toegewezen ook werkelijk het mindere is. Bockwinkel, NJB 1988, p. 1410 is echter van mening dat de redenering niet klopt. Gedeeltelijke ontbinding is iets anders dan gehele ontbinding en uit het feit dat de rechter deze laatste bevoegdheid heeft volgt niet dat hij ook over de eerste beschikt. Overigens is de ruimte voor de rechter naar mijn idee niet eens zo groot. Nu de aard van de overeenkomst zich in veel gevallen verzet tegen een ontbinding die effect heeft op het verleden, d.i. de periode van voor het vonnis, is de ontbinding in haar gevolgen per definitie beperkt tot de 'toekomst' (de betekenis van het arrest van 1987). De enige vraag is dan nog of de rechter ook tegen een latere datum dan het vonnis zou mogen ontbinden.

⁸⁵ In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat de rechter acht mag slaan op een na de wanprestatie gedaan aanbod om alsnog na te komen.

⁸⁶ In dezelfde zin Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 517e. Bovendien is het rekening houden met een eventueel zuiveringsaanbod - zoals in de zaak van 11 juni 1982 - volgens sommigen nu juist heel goed te verenigen met de leer dat de wanprestatie ontbindt en de rechter dat constateert. In deze zin bijvoorbeeld Van Goudoever, W 9726 en RM Themis 1939, p. 311-312.

⁸⁷ Bockwinkel, NJB 1988, p. 1408.

Naar mijn mening is echter ook in de opvatting dat de wanprestatie ontbindt het - noodzakelijke - rechterlijke vonnis een tot ontbinding strekkende rechterlijke uitspraak.

2.11 Gedeeltelijke ontbinding naar het BW 1838. Samenvatting

De ontbinding van een aantal duurovereenkomsten heeft naar de wens van partijen slechts betrekking op een gedeelte van de overeenkomst en haar rechtsgevolgen. Voor de vraag of een gedeeltelijke ontbinding mogelijk is, is de constructie van de wanprestatie als ontbindende voorwaarde die bovendien terugwerkende kracht heeft van grote betekenis gebleken. Tegen de mogelijkheid van een gedeeltelijke ontbinding heeft zich in het bijzonder de uitleg van art. 1301 BW door de Hoge Raad verzet. Hij heeft zich lange tijd bediend van een legistisch interpretatieargument: elke ontbinding heeft terugwerkende kracht en daarmee is gedeeltelijke ontbinding logisch onmogelijk. De aantrekkingskracht van de gedeeltelijke ontbinding zit nu juist in de mogelijkheid om aan de vervelende en onpraktische gevolgen van dit effect op het verleden te ontkomen. Uitsluiting van de terugwerkende kracht is gewenst bij vele overeenkomsten, nu de aard van de karakteristieke prestatie zich bij deze contracten niet voor restitutie leent. De Hoge Raad heeft later afstand genomen van de legistische interpretatie en de mogelijkheid om aan de werking van art. 1301 BW te ontkomen inderdaad erkend. Daarbij heeft de Hoge Raad zich in navolging van Van Goudoever en vooral Suijling gebaseerd op de wil van partijen om van de wettelijke regeling af te wijken.

Toch is het in wezen de aard van de overeenkomst die dwingt tot het aannemen van een actie die geen gevolgen voor het verleden heeft. Dit hebben Scholten en Eggens reeds vroeg betoogd en is in een arrest van 1987 in ieder geval voor de arbeidsovereenkomst erkend. De betekenis van dit arrest is naar mijn mening echter niet tot dit contract beperkt: voor al die duurovereenkomsten waarbij de aard van de karakteristieke prestatie zich verzet tegen restitutie is ontbinding in haar gevolgen per definitie beperkt tot het tijdvak na de wanprestatie. Dit geldt bijvoorbeeld voor de huur, pacht- en de verzekeringsovereenkomst. Het betekent dat een ontbinding met betrekking tot deze overeenkomsten, voor zover althans aan de karakteristieke prestatie uitvoering is gegeven, hoe dan ook voor de toekomst werkt. Voor diezelfde duurovereenkomsten is de enkele erkenning van de mogelijkheid van een gedeeltelijke ontbinding niet de oplossing van alle problemen. De uitleg door de Hoge Raad van art. 1302 BW is van minstens even grote betekenis. Volgens de Hoge Raad is de overeenkomst onthouden door en op het moment van de wanprestatie, mits de rechter deze werking van de wanprestatie constateert. Daarmee is in de periode die loopt van de wanprestatie tot aan het vonnis de situatie onzeker. Deze jurisprudentie heeft geleid tot de uitsluiting van de ontbindingsmogelijkheid voor de maatschappen tot een grotere aantrekkingskracht van de ontbinding ten opzichte van andere beëindigingsvormen. Gebleken is dat deze problemen onvermijdelijk zijn in de

leer van de wanprestatie-ontbinding. De vonnis-ontbinding kent deze problemen niet, althans in deze opvatting kan aan de vermelde bezwaren worden ontkomen. Het is naar mijn mening niet het geval dat de Hoge Raad op dit punt recentelijk zou zijn omgegaan en de wanprestatie-ontbinding zou hebben verlaten.

3. Gedeeltelijke ontbinding naar het NBW 1992

3.1 Gedeeltelijke ontbinding bijzonder geregeld

De gedeeltelijke ontbinding kent in het NBW een eigen regeling. In de eerste plaats is zij te vinden in art. 6:265 NBW waar een partij bij een wederkerige overeenkomst terzake van een tekortkoming van de wederpartij het recht wordt toegekend de overeenkomst *geheel of gedeeltelijk* te ontbinden. Vervolgens is de gedeeltelijke ontbinding in art. 6:270 NBW nader uitgewerkt. De behoefte aan een gedeeltelijke ontbinding in de zin van een ontbinding die de gevolgen van een overeenkomst slechts gedeeltelijk ongedaan maakt doet zich volgens de toelichting bij een aantal overeenkomsten gevoelen⁸⁸. Zo is dat met name het geval bij duurovereenkomsten en leverantiecontracten.

Eén belangrijk beletsel voor de gedeeltelijke ontbinding is in ieder geval weggenomen⁸⁹: het stelsel van het NBW heeft de terugwerkende kracht van de ontbinding verlaten (art. 6:269 NBW)⁹⁰. Toch is de gedeeltelijke ontbinding naar NBW niet te beschouwen als een ontbinding zonder terugwerkende kracht. Dit zou misschien nog juist zijn bij de ontbinding van duurovereenkomsten, maar zou niet de oplossing bieden voor *andere* gevallen waarin naar het oordeel van de wetgever een gedeeltelijke ontbinding gewenst is⁹¹. Gedeeltelijke ontbinding bestrijkt in deze opvatting namelijk een ruimer gebied dan de ontbinding van duurovereenkomsten.

Een gedeeltelijke ontbinding houdt volgens art. 6:270 NBW een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties naar hoeveelheid of hoedanigheid in⁹². Er is dan ook een aantal vormen van gedeeltelijke ontbinding mogelijk⁹³:

⁸⁸ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1001.

⁸⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1002 en 1018.

⁹⁰ Aanvankelijk wordt de rechter de ruimte gelaten om naar eigen goeddunken te bepalen of en in hoeverre terugwerkende kracht moet worden toegekend. Uiteindelijk is in art. 6:269 NBW slechts die 'terugwerkende kracht' opgenomen die het mogelijk maakt een eventuele zuivering te voorkomen. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1017. Dit betekent dat aan het aanbod geen werking toekomt voorzover de rechter althans tot ontbinding wenst over te gaan. Het lijkt niets in te houden voor het eventuele moment waarop de ontbinding ingaat (3.3.1).

⁹¹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1019.

⁹² Door verschillende auteurs is er op gewezen dat de gedeeltelijke ontbinding eigenlijk is een omzetting, conversie of wijziging van de oorspronkelijke verbintenissen in andere met een verminderde, nieuwe, inhoud. Zie bijvoorbeeld Hijma-Olthof, Compendium van het Nederlands vermogensrecht (4e druk), p. 350; Brunner in zijn noot onder HR 12 mei 1989, NJ 1990, 235. Zie ook Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, p. 541; De Vries, Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding volgens NBW en BW, p. 143.

- a. een *inhoudelijke* vermindering: behoud van minder (op zich deugdelijke) goederen of prestaties of behoud van een ondeugdelijk goed of een onbehoorlijke prestatie;
- b. een *temporele* vermindering bij duurovereenkomsten: 1. ontbinding voor de toekomst; 2. ontbinding voor het verleden; 3. ontbinding voor toekomst en een gedeelte van het verleden of voor het verleden en een gedeelte van de toekomst;
- c. *combinatie* van een inhoudelijke en een temporele vermindering.

3.2 Keuzevrijheid

In beginsel heeft de teleurgestelde crediteur de 'vrije' keus tussen gehele en gedeeltelijke ontbinding⁹⁴. Hij mag er vanuit gaan dat hij de bevoegdheid heeft de overeenkomst geheel te ontbinden⁹⁵. Volstrekt willekeurig kan de keus toch ook weer niet uitvallen: er is een beperking in die zin dat de gekozen (vorm van) ontbinding tegen de achtergrond van de geringe ernst of de bijzondere aard van de tekortkoming niet gerechtvaardigd kan zijn (art. 6:265 lid 1 slot NBW)⁹⁶. Dat betekent dat soms een gedeeltelijke ontbinding meer voor de hand ligt dan een gehele of de ene vorm van gedeeltelijke ontbinding meer dan de andere⁹⁷.

3.3 Ontbinding van duurovereenkomsten

De temporele vermindering had aanvankelijk in art. 6.5.4.11 een eigen plaats gekregen. Volgens deze bepaling is bij een overeenkomst die deelbaar is naar tijdsruimte geen ontbinding mogelijk ten aanzien van de gedeelten waarin correcte nakoming heeft plaatsgehad⁹⁸. De gedachte achter deze beperking van

⁹³ Zie Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 525; Hijma-Olthof, p. 350-351.

⁹⁴ Hiertegen lijkt Dorhout Mees, Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe Burgerlijk wetboek: de wederkerige overeenkomsten, WPNR 4762, p. 159 enigszins te protesteren. Hij vraagt zich af of niet moet worden uitgegaan van gedeeltelijke ontbinding in bepaalde gevallen, tenzij partijen algehele nakoming essentieel achten. Dat lijkt ook het uitgangspunt van het bij de koop voorgestelde art. 7.1.6.3. Volgens de Parl. Gesch. Boek 6, p.1008 is deze uitleg echter onjuist, terwijl de bepaling inmiddels ook is geschrapt. Zie Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6) Boek 7, p. 274. Overigens spreekt uit het aanvankelijke art. 6.5.4.12 een andere opvatting dan die van Dorhout Mees. Deze bepaling verzet zich tegen gedeeltelijke ontbinding wanneer een onverbrekelijk verband bestaat tussen het ontbonden gedeelte en de rest. Dorhout Mees wijst op het verschil met art. 3.2.9, het latere art. 3:41 NBW, dat bij nietigheden de partiële nietigheid of vernietiging juist als uitgangspunt neemt.

⁹⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1008.

⁹⁶ Nu het slot van lid 1 van art. 6:265 NBW als uitzondering is geformuleerd rust de bewijslast echter op de gedaagde.

⁹⁷ Vooral bij duurovereenkomsten zal aan deze toets betekenis toekomen. Zie De Vries, p. 131 en Asser-Hartkamp, 4-II, p. 488.

⁹⁸ Dit alles behoudens het geval voorzien in art. 6.5.4.12. Deze bepaling verzet zich tegen een gedeeltelijke ontbinding indien er een onverbrekelijk verband bestaat tussen het te ontbinden gedeelte en andere. Voor een huur- of arbeidsovereenkomst zou deze bepaling niet zoveel betekenis hebben, maar bijvoorbeeld wel voor een eventueel leverantiecontract. Uiteindelijk

de ontbinding van overeenkomsten die verplichten tot voortdurende of periodieke prestaties is dat de waarde van het ontvangene immers niet verloren is gegaan, doordat de wederpartij inmiddels is tekortgeschoten⁹⁹. Uiteindelijk is deze bepaling geschrapt en wordt deze materie beheerst door de slotzin van art. 6:265 lid 1 NBW¹⁰⁰.

Nu bij de meeste 'typische' duurovereenkomsten de karakteristieke prestaties niet voor restitutie vatbaar zijn en de oplossing bij een algehele ontbinding dan waardevergoeding is (art. 6:272 lid 1 NBW), zal in het algemeen een algehele ontbinding ook niet verkieslijk zijn. Dat dit nooit het geval is, kan niet worden gezegd. Een wijziging in de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties na de totstandkoming van een contract kan een ontbinding voor een der partijen opeens aantrekkelijker maken dan het vorderen van nakoming. Zo is het mogelijk dat de contractsprijs lager is dan de *objectieve waarde op het moment van ontvangst* die op grond van art. 6:272 lid 1 NBW bij restitutie van de karakteristieke prestatie voor vergoeding in aanmerking komt¹⁰¹. In plaats van het vorderen van nakoming wordt een ontbinding voor de debiteur van de karakteristieke prestatie nu alleen al om die reden aantrekkelijk.

Een algehele ontbinding mag dan soms gewenst zijn, is zij ook mogelijk? In ieder geval zou zij kunnen afstuiten op de slotzin van art. 6:265 lid 1 NBW: deze ontbinding met haar gevolgen is niet gerechtvaardigd¹⁰². Naar mijn idee is in dit verband overigens het arrest uit 1987 met betrekking tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst van groter belang: de aard van de overeenkomst verzet zich volgens de Hoge Raad tegen een ontbinding ingaande op een eerdere dag dan de wanprestatie¹⁰³. Zoals ik eerder heb uiteengezet betekent dit dat de aard van de overeenkomst zich verzet tegen de terugwerkende kracht van art. 1301 BW, het effect op het verleden (2.9.4). Maar wanneer de aard van de overeenkomst zich tegen dit effect verzet dan geldt dat óók onder het NBW voor de ongedaanmaking. Daarmee is in ieder geval ontbinding van de arbeidsovereenkomst (indien die althans (gedeeltelijk) is uitgevoerd) per definitie een gedeeltelijke

is art. 6.5.4.12 geschrapt en wordt deze materie overgelaten aan de slotzin van art. 6:265 lid 1 NBW. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1023.

⁹⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1021-1022. Overigens wordt daarbij opgemerkt dat voor de verzekeringsovereenkomst een bijzondere regeling wenselijk kan zijn.

¹⁰⁰ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1023.

¹⁰¹ In dergelijke gevallen zou dan toch de contractprijs als waarde moeten worden genomen. Zie Hartlief, Ontbinding en onmogelijkheid van ongedaanmaking, Kwartaalbericht NBW 1989, p. 38-39.

¹⁰² Zie ook Asser-Hartkamp, 4-II, p. 488. Denk overigens ook aan art. 6:278 NBW dat een verplichting oplegt tot herstel van de waardeverhouding door bijbetaling wanneer aannemelijk is dat 'de stoot tot ongedaanmaking' is ingegeven door een voor de partij die ontbindt gunstige wijziging in de waarde tussen de wederzijdse prestaties. Over deze (aan het brein van J. Drion ontsproten?) bepaling merkt Dorhout Mees, WPNR 4763, p. 170 op: 'De stoot doet aan het biljartspel denken, maar dan is het hier een carambole over vijf banden of een biljart met zes zakken, kegels, kurk met muntstukken en wat er verder zoal bij te pas kan komen, en tenminste zeven ballen.'

¹⁰³ HR 27 februari 1987, NJ 1987, 987.

ontbinding in de zin van art. 6:270 NBW. Maar de reikwijdte van het arrest is naar mijn mening nog groter. Wanneer het bezwaar tegen het effect op het verleden zich namelijk richt tegen het terugkomen op over en weer deugdelijk verrichte prestaties, die niet voor restitutie in strikte zin vatbaar zijn, dan heeft het arrest - zoals ik reeds heb uitgelegd (2.10.1.1) - een zelfde betekenis voor bijvoorbeeld de huurovereenkomst, de maatschap en de verzekeringsovereenkomst. Ook daar zou dan de aard van de overeenkomst zich verzetten tegen een ontbinding die effect heeft op het tijdvak vóór de wanprestatie.

Met het uitgangspunt dat het correct uitgevoerde verleden in principe ongemoeid wordt gelaten, is nog niet de vraag beantwoord op welk tijdstip de ontbinding plaats heeft. Anders gezegd: op welk tijdstip heeft de ontbinding haar gevolgen?

3.3.1 Ontbinding van duurovereenkomsten. Tijdstip

Voor de beantwoording van deze vraag is kennisname van de parlementaire geschiedenis onontbeerlijk. In de eerste plaats blijkt van belang op welke wijze de overeenkomst wordt ontbonden. Geschiedt dat door een partij-verklaring (art. 6:267 NBW) of door een rechterlijke uitspraak?

Art. 6.5.4.10 Ontwerp Meijers

Het oorspronkelijke art. 6.5.4.10 OM kent in lid 2 verplichte rechterlijke tussenkomst wanneer de gedeeltelijke ontbinding iets anders inhoudt dan behoud van het ontvangene en ontbinding voor het overige. Wat betekent dit voor een duurovereenkomst?

Een buitengerechterlijke ontbinding is naar dit stelsel slechts mogelijk op het tijdstip van de niet-nakoming, terwijl een ontbinding op een ander tijdstip alleen door de rechter kan worden uitgesproken. Volgens de toelichting moet namelijk voorkomen worden dat partijen willekeurige ontbindingen totstandbrengen: ontbinding van een huurovereenkomst over 2 jaar bijvoorbeeld. Voor de rechter blijft het gewicht van de tekortkoming de maatstaf: die rechtvaardigt niet iedere gedeeltelijke ontbinding¹⁰⁴. Verder wordt de rechter bevoegd geoordeeld de ene gedeeltelijke ontbinding te weigeren en de andere toe te wijzen. Daarbij zou als richtsnoer moeten gelden dat een weigering gebaseerd is op het feit dat de afwijking van het overeengekomene de gedaagde onredelijk zou bezwaren. Maar: een wel door de rechter gerechtvaardigd geachte vorm van gedeeltelijke ontbinding moet vallen binnen *hetgeen de eiser heeft gevorderd*¹⁰⁵.

Het systeem van het Ontwerp Meijers is daarmee als volgt: buitengerechterlijk kan op het tijdstip van de niet-nakoming worden ontbonden; is een ander tijdstip

¹⁰⁴ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1019-1020.

¹⁰⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1020.

gewenst dan zal dat in rechte gevorderd moeten worden. De rechter bepaalt daarbij niet zelfstandig wat het beste is, maar is in beginsel gebonden aan de vordering. De rechter heeft met andere woorden te maken met een dubbel 'plafond' waartegen hij zich het hoofd kan stoten. Is hetgeen wordt gevorderd tegen de achtergrond van het gewicht van de tekortkoming niet gerechtvaardigd, namelijk omdat afwijking van het oorspronkelijk overeengekomene voor de gedaagde onredelijk bezwarend is, dan heeft de rechter de bevoegdheid om een andere gedeeltelijke ontbinding toe te wijzen wanneer hij daarbij althans blijft binnen het gevorderde. Is dat niet mogelijk, dan zal hij de vordering moeten afwijzen.

Art. 6.5.4.10 GO en art. 6:270 NBW

Het Gewijzigd Ontwerp - dat op dit punt ongewijzigd de vaststellingswet heeft gehaald - heeft dit systeem in art. 6.5.4.10 laten vallen: de verplichte rechterlijke tussenkomst wordt in lid 2 beperkt tot die gevallen waarin de tegenprestatie niet voor evenredige vermindering vatbaar is of de maatstaf waarnaar de vermindering moet plaatsvinden niet op eenvoudige wijze kan worden bepaald (lid 2)¹⁰⁶. Nu in het systeem van art. 6.5.4.10 OM een ontbinding tegen een ander tijdstip dan dat van de niet-nakoming op zichzelf niet is uitgesloten, maar alleen door de rechter kan worden uitgesproken en in het GO voor deze gevallen eigenlijk alleen de rechterlijke tussenkomst wordt geschrapt, lijkt daarmee ook onder het GO geen principieel bezwaar te bestaan tegen een ontbinding vanaf een ander tijdstip dan dat van de tekortkoming.

Bij de Invoeringswet is de rechterlijke tussenkomst geheel geschrapt, omdat zij niet strikt noodzakelijk zou zijn¹⁰⁸. Ook hier wordt geen principieel bezwaar ingebracht tegen een gedeeltelijke ontbinding op basis van art. 6:270 NBW die ingaat op een ander tijdstip dan dat van de tekortkoming. Dit betekent natuurlijk nog steeds niet dat iedere ontbinding mogelijk is. De rechter kan immers zowel in het systeem van art. 6.5.4.10 GO als dat van art. 6:270 NBW een gevorderde ontbinding afwijzen of een uitgebrachte ontbindingsverklaring nietig verklaren op de grond dat de ontbinding niet door de tekortkoming wordt gerechtvaardigd¹⁰⁹. Wanneer de ontbinding wordt *gevorderd*, kan hij daarbij overgaan tot

¹⁰⁶ Dit is in wezen ook de achtergrond van de verplichte bijstand door deskundigen in art. 1543 BW. Zie Dorhout Mees, WPNR 4762, p. 157.

¹⁰⁷ Lid 3 van deze bepaling kent de rechter ook de bevoegdheid toe om in plaats van een vermindering aan der partijen de verplichting op te leggen een evenredig geldbedrag te betalen. Bij de Invoeringswet zijn zowel de leden 2 als 3 geschrapt onder de motivering dat de rechterlijke tussenkomst in deze gevallen niet strikt noodzakelijk is en niet goed zou aansluiten bij art. 37 Fw. Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6) Boek 6, p. 1833.

¹⁰⁸ Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6) Boek 6, p. 1833.

¹⁰⁹ Volgens Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005 zal de rechter niet te snel tot nietigverklaring over mogen gaan in verband met de eisen van rechtszekerheid. Een teleurgestelde contractpartij moet er van uit kunnen gaan het recht te hebben een overeenkomst te ontbinden. En in het algemeen geheel te ontbinden. Zie voor dat laatste Parl. Gesch. Boek 6, p. 1008.

het toewijzen van een andere vorm van gedeeltelijke ontbinding. Maar gezien de parlementaire historie van art. 6:270 is hij daarbij wel gebonden aan de vordering. Nu zal het een partij bij een duurovereenkomst in het algemeen gaan om bevrijding: een toewijzing tegen een andere meestal latere datum dan gevorderd zal door haar verre worden verkozen boven totale afwijzing van de vordering¹¹⁰. In zoverre is de gedachte dat het mindere mogelijk moet zijn wanneer zelfs het meerdere kan misschien zo gek nog niet. In die opvatting zou de rechter dan per definitie binnen de vordering blijven¹¹¹. Overigens kan strikt genomen bij een te ver gaande ontbindingsverklaring die eigenlijk nietig verklaard moet worden en in dat geval geen enkel rechtsgevolg heeft, nog gedacht worden aan omzetting van rechtswege in een wel toegestane ontbindingsverklaring¹¹². Voor dit onderwerp zou een ontbinding tegen een te vroeg tijdstip dan plaats maken voor een ontbinding tegen een later - wel toegestaan - tijdstip. De rechter zou dan vaststellen welke omzetting plaats heeft gehad. Deze benadering heeft het voordeel van de proceseconomie: er behoeft geen nieuwe verklaring uitgebracht te worden, terwijl partijen meteen weten waar zij aan toe zijn¹¹³. Aan de andere kant speelt het rechtszekerheidsargument dat in beginsel tot algehele nietigverklaring lijkt te dwingen¹¹⁴. Het gewicht van dit argument kan overigens per overeenkomst verschillen gezien de verschillende bij de overeenkomst betrokken belangen.

3.3.1.1 Art. 56 Pachtwet en de bevoegdheid van de rechter

In dit kader verdient de ontbinding van de pachtovereenkomst een bijzondere bespreking. Deze kan alleen door de rechter worden uitgesproken (art. 56 PW). De gedachte hierachter is de pachter te beschermen tegen een abrupte beëindiging¹¹⁵, hoewel ook in het - nauwelijks voor te stellen - geval dat de

¹¹⁰ Het is natuurlijk niet volstrekt uitgesloten ontbinding tegen een zeker tijdstip essentieel is. In dat geval preferert de eiser afwijzing van de vordering misschien boven toewijzing tegen een andere datum.

¹¹¹ Voor dit standpunt pleit dat de Hoge Raad in HR 28 juni 1929, NJ 1929, 1113 heeft geoordeeld dat een gewijzigde eis van algehele ontbinding in ontbinding voor de toekomst een toegestane *vermindering* van eis in de zin van art. 134 Rv betreft. Bockwinkel, NJB 1988, p. 1410 is echter van mening dat een gedeeltelijke ontbinding iets anders is dan een gehele. Anders Hofmann-Abas, p. 321-322 en Asser-Hartkamp, 4-II, p. 487.

¹¹² Hier kan aan conversie worden gedacht. Over de mogelijkheid van de omzetting of conversie van een nietige ontbindingsverklaring in een andere met een wel gerechtvaardigde ontbinding, ben ik niets tegen gekomen. Wel wijs ik volledigheidshalve op de problematiek van de ingebrekestelling die onjuist is uitgebracht. Daar wordt wel aan omzetting of conversie gedacht. Zie Asser-Hartkamp, De verbintenis in het algemeen, 4-I (8e druk), p. 301-303.

¹¹³ Natuurlijk speelt het probleem alleen in de gevallen dat de partij die de verklaring heeft uitgebracht verzuimt in reconventie alsnog ontbinding te vorderen.

¹¹⁴ Dit argument speelt als bekend bij het leerstuk van conversie een belangrijke rol. Zo geldt een ijzeren regel bij proeftijdbedingen: bedingen met een langere proeftijd dan toegestaan zijn absoluut nietig.

¹¹⁵ Zie Toelichting Meijers Boek 7 (Groene boeken), p. 972 en Asser-Brunner, 5-II, nrs. 6A ev.

pachter ontbinding wenst alleen de rechter kan ontbinden. Art. 56 PW is in zoverre (te) algemeen geformuleerd. Nu wordt in deze bepaling de rechter de bevoegdheid gegeven om zelf een tijdstip aan te geven waarop de ontbinding ingaat¹¹⁶. De rechter is hierbij *niet* gebonden aan de vordering. In het Ontwerp Meijers voor titel 7.5 zou deze bevoegdheid niet expliciet terugkeren met als motivering dat zij reeds opgesloten ligt in afd. 6.5.5 NBW¹¹⁷. In het bovenstaande (3.3.1) is uiteengezet, dat de rechter daar naar mijn idee een dergelijke vrijheid niet heeft gekregen. In ieder geval is de bewering moeilijk met de parlementaire geschiedenis van afdeling 6.5.5 NBW te verenigen. In beginsel is de rechter namelijk *wel* aangewezen op de vordering. Een eventuele afwijzing of toewijzing tegen een andere datum kan slechts stoelen op het argument dat het gevorderde niet door de tekortkoming wordt gerechtvaardigd in die zin dat het de gedaagde onredelijk zou bezwaren. Bovendien moet de rechter indien hij iets anders - d.i. een ander tijdstip - wenst toe te wijzen binnen de vordering blijven. Deze beperking levert echter weer geen problemen op in de opvatting dat een ontbinding tegen een bepaald moment per definitie het mindere is van een ontbinding tegen een eerder tijdstip. Er is dus in ieder geval een *gradueel* verschil: op basis van art. 56 PW bepaalt de rechter zelfstandig wat hem het beste lijkt¹¹⁸, terwijl hij bij toepassing van art. 6:270 NBW in beginsel kijkt of het gevorderde door de beugel kan¹¹⁹. *Volle* versus *marginale* toetsing.

In het kader van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 zijn de artt. 55 en 56 PW samengevoegd in een nieuw art. 55¹²⁰. Naar aanleiding van art. 6:267 NBW waarin een belangrijke plaats wordt toegekend aan de mogelijkheid om buitengerechtelijk te ontbinden vervalt de verplichte rechterlijke tussenkomst, wanneer de pachter wenst te ontbinden¹²¹. Dit is in overeenstemming met de gedachte dat de rechterlijke tussenkomst ter bescherming van *de pachter* is. De verpachter kan met andere woorden nog steeds slechts 'gerechtelijk' ontbinden. Verder is in art. 55 lid 7 PW afdeling 6.5.5 NBW van toepassing verklaard behoudens het in de aan lid 7 voorafgaande leden geregelde dat voor dit onderwerp niet van belang is, terwijl voor toelichting verwezen wordt naar die

¹¹⁶ Dat tijdstip ligt eigenlijk steeds in de toekomst, hoewel dat niet geheel onbetwist is. Zie Asser-Brunner, 5-II, p. 558.

¹¹⁷ Toelichting Meijers Boek 7 (Groene boeken), p. 972-973.

¹¹⁸ Dit zou volgens een aantal schrijvers ook in de leer van de vonnis-ontbinding naar huidig recht mogelijk zijn. Volgens hen heeft de rechter in deze theorie de 'discretionaire' bevoegdheid om al dan niet te ontbinden of eventueel gedeeltelijk te ontbinden. In ieder geval zou hij de beste oplossing mogen kiezen. Zie bijvoorbeeld Hofmann-Abas, p. 321-322; Pitlo-Bolweg, Algemeen deel van het verbintenissenrecht, p. 120 en Asser-Hartkamp, 4-II, p. 487 waartegen Bockwinkel, NJB 1988, p. 1410. Zie ook Suijling (1934), p. 518-519.

¹¹⁹ Zie overigens het pleidooi van De Vries, p. 132 die in navolging van Scholten in zijn noot onder HR 25 juni 1971, NJ 1971, 398 pleit voor een grotere vrijheid van de rechter in art. 6:265 lid 1 NBW.

¹²⁰ Zie over deze bepaling Heisterkamp, De wijziging van de Pachtwet door het NBW, Agrarisch Recht 1991, p. 340-343.

¹²¹ TK 1984-1985, 19 077, nrs. 1-3, p. 61.

bij art. 7.5.9.4 OM¹²². Dit houdt in dat ook voor art. 55 PW (nieuw) de hierboven geschetste bezwaren tegen (de toelichting bij) art. 7.5.9.4 OM gelden, namelijk dat de rechter daar (door de toelichting) een ruimere bevoegdheid wordt toegekend dan naar mijn idee uit afdeling 6.5.5 NBW voortvloeit¹²³.

3.3.2 Ontbinding van bijzondere overeenkomsten. Bijzondere problemen?

Onder het BW 1838 is reeds gebleken dat met de erkenning van de mogelijkheid tot gedeeltelijke ontbinding op zich veel, maar niet alle problemen die samenhangen met de ontbinding van de duurovereenkomsten zijn opgelost. Onder het huidige recht speelt bijvoorbeeld ook de wijze waarop de ontbinding is geconstrueerd de ontbinding van de maatschap, de verzekeringsovereenkomst en ook de huur- en arbeidsovereenkomst parten. De vraag is in hoeverre er na invoering van afdeling 6.5.5 NBW nog beren op ons pad zijn.

3.3.2.1 Ontbinding van de maatschap

Naar huidig recht is, zoals hierboven werd betoogd, bij de maatschap natuurlijk de werking ex tunc van art. 1301 BW, maar in het bijzonder de werking vanaf het moment van de wanprestatie problematisch. Met name het laatste aspect en de daaruit voortvloeiende onzekere situatie voor derden heeft ertoe geleid dat de Hoge Raad de weg van art. 1302 BW heeft afgesloten, zodat men in beginsel is aangewezen op art. 1684 BW dat uitgaat van een ontbinding ex nunc (2.9.2). De vraag nu of met het wegvallen van de terugwerkende kracht in art. 6:269 NBW aan de verschillende bezwaren is tegemoetgekomen, moet in beginsel ontkennend worden beantwoord. In de eerste plaats heeft de ontbinding van art. 6:265 NBW wel degelijk een effect op het verleden: de ongedaanmaking van de artt. 6:271 en 272 NBW¹²⁴. In zoverre is het bezwaar dat kleeft aan de werking van art. 1301 BW niet geheel weggenomen, doch een gedeeltelijke ontbinding in de zin van een temporele vermindering (art. 6:270 NBW) zou hier uitkomst kunnen bieden. Overigens kan in mijn opvatting reeds met een beroep op het arrest van 1987 worden gesteld dat een eventuele ontbinding van de maatschap per definitie een gedeeltelijke is, omdat de aard van de overeenkomst zich verzet tegen een effect op het verleden.

De bezwaren verbonden aan de werking vanaf de wanprestatie zijn in ieder geval minder onder de vigore van het NBW. Dit geldt tenminste voor de ontbinding die door de rechter uitgesproken wordt. Een dergelijk vonnis is constitutief (art. 6:267 NBW): de ontbinding gaat onmiddellijk of tegen een later

¹²² TK 1984-1985, 19 077, nrs. 1-3, p. 61.

¹²³ Vergelijk Heisterkamp, *Agrarisch Recht* 1991, p. 341-342.

¹²⁴ De Vries, 'Opzegging' en 'Ontbinding' wegens wanprestatie van (duur)overeenkomsten in het licht van het NBW: begripsverwarring, WPNR 5811 heeft er met recht op gewezen dat dit nog wel eens uit het oog wordt verloren.

tijdstip in¹²⁵. Maar naar komend recht kan de ontbinding ook door een buitengerechterlijke verklaring geschieden¹²⁶ en daarmee is onzekerheid onder het NBW dus niet geheel uitgesloten. Het is immers mogelijk dat de rechter gevraagd wordt een (declaratoire) uitspraak te doen over de deugdelijkheid van een dergelijke buitengerechterlijke verklaring¹²⁷. Het gevaar zit dan in de nietigverklaring van een dergelijke ontbindingsverklaring. Daarmee ontstaat als het ware een probleem dat het spiegelbeeld is van dat bij de wanprestatie-ontbinding naar huidig recht. Uitsluiting van de buitengerechterlijke ontbindingsmogelijkheid zou daarvoor natuurlijk de oplossing zijn.

In afwachting van een regeling in titel 7.13, is art. 1684 BW in het kader van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 voorlopig gewijzigd. De rechter heeft de bevoegdheid de maatschap te ontbinden wegens gewichtige redenen¹²⁸. Deze ontbinding heeft geen terugwerkende kracht (lid 2). In lid 3 is toepassing van de artt. 6:265-279 NBW uitgesloten, zij het dan dat voor de schadevergoeding art. 6:277 NBW overeenkomstig door de rechter mag worden toegepast¹²⁹. Volgens de toelichting zou toepasselijkheid van de genoemde bepalingen op een meerpartijenovereenkomst niet geheel zonder onzekerheden zijn. Duidelijk merkbaar is overigens de behoefte aan een oplossing die op de maat van het geval gesneden is: in lid 2 krijgt de rechter de bevoegdheid om voorwaarden te stellen en in de toelichting wordt er op gewezen dat de artt. 6:258 ev NBW wel van toepassing én aantrekkelijk zijn, gezien de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding en wijziging van de overeenkomst¹³⁰. Het is dan inderdaad de vraag of de ontbindingsregeling hiervoor voldoende gereedschap levert.

3.3.2.2 Ontbinding van de verzekeringsovereenkomst

In het huidige recht is een belangrijk probleem de werking ex tunc van art. 1301 BW die ertoe zou kunnen leiden dat een reeds ontstane verplichting tot uitkering voor de verzekeraar tenietgaat. De HR heeft om die reden ontbinding wegens

¹²⁵ Terugwerkende kracht kan niet worden verbonden aan de ontbinding. In het oorspronkelijke art. 6.5.4.9 OM heeft de rechter deze bevoegdheid wel. In art. 6:269 NBW is wel de mogelijkheid opgenomen om aan eventueel zuiveringsaanbod te ontkomen. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1017-1018.

¹²⁶ Zie over de wijze van ontbinding Hartlief en Luttik, De wijze van vernietiging en ontbinding in het Nieuw BW, Kwartaalbericht NBW 1990, p. 77 ev en Jordaans, Buitengerechterlijke vernietiging en ontbinding, BW-Krant Jaarboek 1990, p. 95 ev.

¹²⁷ Zie ook Van Nispen, Sancties in het vermogensrecht, Mon. NBW A-11, p. 67.

¹²⁸ De Toelichting Meijers (Groene boeken), p. 1101 bij art. 7.13.1.12 OM wijst er op dat van een gewichtige reden sprake is indien redelijkerwijs van één of meer vennoten geen voortzetting van het vennootschappelijk verband kan worden gevraagd. De beoordeling hiervan wordt overgelaten aan de rechter.

¹²⁹ Dit naar aanleiding van HR 3 december 1948, NJ 1949, 358 waarin de HR oordeelt dat niet alleen de schade geleden door het voortijdige beëindigen van de vennootschap maar ook de schade veroorzaakt door de wanprestatie moet worden vergoed. Par. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6) Aanpassing BW, p. 424.

¹³⁰ Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6) Aanpassing BW, p. 424.

wanprestatie in dit specifieke geval uitgesloten (2.8.1).

Deze redenering is - nog afgezien van het feit dat in art. 7.17.1.14 lid 4 NBW¹³¹ het geval, zoals aan de orde in de Benzol-zaak van 1959, speciaal geregeld wordt - naar mijn idee niet meer nodig. In de eerste plaats omdat een gedeeltelijke ontbinding ex art. 6:270 NBW mogelijk is en in de tweede plaats omdat ook hier het arrest van 1987 betekenis toekomt: de aard van de overeenkomst verzet zich tegen een effect op het verleden, zodat een ontbinding van een verzekerings-overeenkomst in mijn opvatting per definitie voor de toekomst werkt¹³².

3.3.2.3 Ontbinding van de huurovereenkomst

Het probleem van het effect op het verleden dat samenhangt met de niet voor restitutie vatbare prestatie, blijft in beginsel bestaan nu ook afdeling 6.5.5 NBW met de ongedaanmaking een effect op het verleden heeft. In beginsel zou een gedeeltelijke ontbinding in de zin van een temporele vermindering (art. 6:270 NBW) dan ook al de aangewezen oplossing zijn, maar ik wijs opnieuw op de betekenis van het arrest van 1987: de aard van de overeenkomst verzet zich tegen een effect op het verleden, zodat een ontbinding per definitie gedeeltelijk is en voor de toekomst werkt. Logischerwijze is het gevaar voor 'te ver gaande' ontbindingen aanzienlijk minder wanneer de rechter tot ontbinding overgaat. Nu brengt afdeling 6.5.5 NBW op dit punt in art. 6:267 in zoverre iets nieuws dat de buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheden nogal ruim zijn, terwijl juist voor de huur van woon- en bedrijfsruimte in de artt. 1623n en 1636 BW bij ontbinding door de verhuurder rechterlijke tussenkomst noodzakelijk is¹³³. In het kader van de invoeringswetgeving zijn deze bepalingen onverkort overgenomen, terwijl ook uit de toelichting op het schrappen van art. 1597 BW bij dezelfde operatie valt af te leiden dat men niet van plan is om in de gevallen die door art. 1623n en art. 1636 BW worden bestreken de buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheden uit

¹³¹ Zie daarover Dorhout-Mees, Het nieuwe verzekeringsrecht (deel III* van Nederlands handels- en faillissementsrecht) 1987), p. 52.

¹³² Scheltema-Mijnssen, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht, derde druk (1986), p. 238-239 hecht eveneens groot belang aan de aard van de overeenkomst.

¹³³ Deze bepalingen zijn later ingevoegd met het oog op de belangen van vooral de huurder. Zie Ten Kate in zijn conclusie voor HR 30 november 1984, NJ 1985, 232 en Asser-Abas, 5-II, nr. 214. Ingevolge HR 29 oktober 1971, NJ 1972, 40 en HR 11 juni 1982, NJ 1983, 695 mag de rechter in het algemeen bij zijn oordeel of ontbinding van de overeenkomst tegen de achtergrond van de ernst van de wanprestatie gerechtvaardigd is alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemen, bij huur van woonruimte zal bij de beoordeling van de wanprestatie het woonbelang van de huurder dienen te worden afgezet tegen het gewicht van de tekortkoming. Zie HR 30 november 1984, NJ 1985, 232. Dat betekent in de praktijk dat een ontbinding niet te snel mag worden aangenomen zelfs wanneer het niet betaling van de huurprijs betreft. Zie Asser-Abas, 5-II, nr. 44. Overigens wordt in art. 56 lid 2 PW aan de pachtrechter in beginsel - behoudens de bevoegdheid een terme de grâce toe te kennen - de verplichting opgelegd om de ontbinding bij niet betaling van de pachtprijs uit te spreken. Zie Asser-Brunner, 5-II, nr. 96.

te breiden¹³⁴.

Bij de totstandkoming van titel 7.4 zal dit punt overigens nog aan de orde moeten komen, nu het Ontwerp Meijers waarin voor de ontbindingsmogelijkheden in beginsel wordt verwezen naar de algemene ontbindingsbevoegdheid¹³⁵ niet uitgaat van een verplichte rechterlijke tussenkomst. Die is er slechts in het geval dat de verhuurder ontbinding wenst terzake van schending van de verplichting van de huurder zich als een goed schuldenaar te gedragen (art. 7.4.3.1 OM uitgewerkt in de artt. 7.4.3.2 en 7.4.3.3 OM). Art. 7.4.3.4 OM schrijft in dat geval ter bescherming van de huurder voor dat de rechter moet worden ingeschakeld¹³⁶. Deze discrepantie is niet erg opzienbarend, nu het OM voor titel 7.4 van een eerdere datum is dan art. 1623n BW. Die bepaling is pas in 1979 in de wet opgenomen.

De vraag in hoeverre partijen *zelf* tot ontbinding over zouden kunnen gaan, is van belang omdat dan per definitie toch een onzekere periode ontstaat vanaf ontvangst van de verklaring tot aan een eventueel vonnis over de deugdelijkheid van de uitgebrachte verklaring. Voor zover de *rechter* ontbindt is het probleem dat samenhangt met de verhouding tussen opzegging en ontbinding grotendeels verleden tijd.

De ontbinding werkt dan immers niet vanaf het moment van de wanprestatie: een reeds beëindigde overeenkomst kan dus door de rechter niet alsnog tegen een eerder tijdstip worden ontbonden. Overigens is hiermee niet gezegd dat het moment van ontbinding samenvalt met dat van een eventuele opzegging.

3.3.2.4 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst

Het probleem van het effect op het verleden doet zich bij de arbeidsovereenkomst naar mijn idee gezien het arrest van 1987 in ieder geval niet voor. De aard van de overeenkomst verzet zich ook tegen ongedaanmaking in de zin van de artt. 6:271 en 272 NBW. Bovendien is in beginsel - voor zover althans de rechter ontbindt - het probleem van de werking vanaf het moment van de wanprestatie ook verdwenen. Een rechterlijke ontbinding heeft immers of onmiddellijk gevolg of vanaf een moment in de toekomst¹³⁷.

Art. 1639x BW is bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 in zoverre gewijzigd dat buitengerechterlijke ontbinding is uitgesloten. Juist bij ontbinding langs die weg zou nog een onzekere toestand vanaf de verklaring tot aan een eventueel vonnis kunnen ontstaan. Het wordt aan de rechter overgelaten om te beoordelen

¹³⁴ Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6) Aanpassing BW, p. 400. Zie ook hetzelfde werk, p. 382.

¹³⁵ Toelichting Meijers Boek 7 (Groene boeken), p. 915 en 936.

¹³⁶ Toelichting Meijers Boek 7 (Groene boeken), p. 929.

¹³⁷ Zoals hierboven is uiteengezet is een ontbinding tegen een eerder tijdstip dan het vonnis niet mogelijk, omdat de rechter niet de bevoegdheid heeft terugwerkende kracht aan de ontbinding te verlenen. Wel kan aan een eventueel zuiveringsaanbod worden ontkomen. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1017-1018.

of de wanprestatie in het licht van de wettelijke regeling en de aard van de arbeidsovereenkomst dit ingrijpende rechtsgevolg rechtvaardigt¹³⁸.

In het Ontwerp Meijers voor titel 7.10 wordt er nog vanuit gegaan dat aan ontbinding wegens wanprestatie geen of nauwelijks behoefte bestaat. Dit oordeel dateert dan ook van vóór het arrest van 1981 waarin de HR afstand neemt van eerdere jurisprudentie uit 1910 en 1927 en een alsnog-ontbinding van een reeds uit anderen hoofde geëindigde arbeidsovereenkomst mogelijk acht¹³⁹. Toch is toepassing van afdeling 6.5.5 NBW in titel 7.10 niet uitdrukkelijk uitgesloten¹⁴⁰, terwijl dat naar mijn mening - waarschijnlijk tegen de bedoeling van de toelichting bij titel 7.5 in - dan inhoudt dat ontbinding desondanks mogelijk is¹⁴¹. Het Regeringsontwerp uit 1989 van titel 7.10 NBW maakt met deze 'illusies' echter korte metten. Volgens het voorgestelde art. 7:685 is art. 6.5.4.6 (art. 6:265 TH) niet van toepassing op de arbeidsovereenkomst. Tegen de gebruikte argumenten valt echter nog wel iets in te brengen¹⁴².

In de eerste plaats zou het effect op het verleden dat de ontbinding door de verplichting tot ongedaanmaking heeft problematisch zijn: ongedaanmaking is niet wenselijk, leidt tot onzekerheid en zou het stelsel van ontslagbescherming ondermijnen¹⁴³. Nog afgezien van het feit dat een gedeeltelijke ontbinding in de zin van art. 6:270 NBW aan dit bezwaar tegemoet zou komen, ziet de toelichting naar mijn idee de betekenis van het arrest van 1987 over het hoofd. De aard van de overeenkomst verzet zich tegen ongedaanmaking: een ontbinding werkt hier per definitie 'gedeeltelijk'. Verder zouden de gevallen waarin ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van wanprestatie mogelijk is zo'n beetje samenvallen met de situaties die door art. 1639w BW (artt. 7:682 en 683 NBW; ontbinding wegens gewichtige reden) worden bestreken¹⁴⁴. De gronden voor beide ontbindingen zouden ongeveer samenlopen. Daarover verschillen echter de meningen¹⁴⁵. Tenslotte past de buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheid niet in het systeem van de wet¹⁴⁶. Een ontbinding van de arbeidsovereenkomst dient, net als bij art. 1639w BW, door de rechter te worden uitgesproken¹⁴⁷. Wat daar van zij, bij dit bezwaar past in beginsel de oplossing die art. 1639x BW zoals het

¹³⁸ Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6) Aanpassing BW, p. 417.

¹³⁹ Zie hierboven (2.9.4).

¹⁴⁰ Toelichting Meijers Boek 7 (Groene boeken), p. 1033 en 1058.

¹⁴¹ Dat zou althans uit de gelaagde structuur van het NBW voortvloeien. In het Regeringsontwerp van 1989 wordt de ontbinding wegens wanprestatie ook 'duidelijkheidshalve' uitgesloten. Aldus de toelichting op p. 15.

¹⁴² In dezelfde zin Van Peijpe, De arbeidsovereenkomst in het NBW (red. Van der Heijden), p. 37.

¹⁴³ Aldus de toelichting van de regering op p. 14.

¹⁴⁴ Aldus de toelichting van de regering op p. 14.

¹⁴⁵ Zie de weergave van de standpunten in de literatuur door Haak in zijn conclusie voor HR 12 december 1980, NJ 1981, 202 en Biegman-Hartogh vóór HR 27 februari 1987, NJ 1987, 987.

¹⁴⁶ Toelichting van de regering op p. 15.

¹⁴⁷ Daarbij verwijst de regering (p. 15) naar (de toelichting bij) art. 1639x BW zoals dat na Invoering van de boeken 3, 5 en 6 komt te luiden.

na invoering van de boeken 3, 5 en 6 luidt ook al kent: de uitsluiting van de buitengerechterlijke ontbinding¹⁴⁸.

3.4 Niet alleen ontbinding van duurovereenkomsten. *Actio quanti minoris*

De gedeeltelijke ontbinding is - zoals al aangegeven - mogelijk in verschillende vormen. De belangrijkste toepassing is de ontbinding 'voor de toekomst' bij duurovereenkomsten. Zo is het leerstuk ook volwassen geworden. Onder de noemer van gedeeltelijke ontbinding valt echter ook een andere figuur die bekend is geworden als de *actio quanti minoris*.

De ontvanger behoudt wat hij heeft gekregen onder een evenredige aanpassing van zijn verplichtingen. In het algemeen resulteert dat in een minderprijs-vergoeding. Dit is veelal ook het resultaat van een algehele ontbinding in die gevallen waarin de karakteristieke prestatie niet behoorlijk is verricht, maar niet kan worden ongedaan gemaakt. In zo'n geval volgt immers waardevergoeding (art. 6:272 lid 2 NBW), zodat eventueel na compensatie in wezen een andere, lagere, prijs is vergoed¹⁴⁹. Het bijzondere van de 'echte' *quanti minoris* zit in het *keuze*-element: anders dan in het net besproken geval, waarin de ontvanger als het ware *gedwongen is tot behoud*, kiest hij daar nu voor.

Er zijn nu twee belangrijke mogelijkheden: in de eerste plaats kan de keus betrekking hebben op (een hoeveelheid) op zich deugdelijke prestaties (meestal goederen), maar daarnaast is ook mogelijk dat de ontvanger kiest voor behoud van een op zich onbehoorlijke prestatie. De eerste mogelijkheid heeft veel gemeen met de temporele ontbinding van een leverantiecontract, tijd en hoeveelheid vallen daar in wezen samen, maar de andere figuur, de wijziging in hoedanigheid, is een geval apart. Onbekend is zij overigens niet: bij koop komt zij voor in de verborgen gebrekenregeling in art. 1543 BW en in de internationale regelingen in de artt. 46 LUVI en 50 CISG¹⁵⁰. Opvallend is echter dat, naar wordt aangenomen, art. 1543 BW geen gedeeltelijke ontbinding inhoudt, doch eerder een wijziging van de inhoud of een conversie van de overeenkomst¹⁵¹. Ook in de internationale koopverdragen worden de artt. 46 LUVI en 50 CISG als zelfstandige mogelijkheden gezien naast de gedeeltelijke ontbinding. Bovendien wordt in het NBW een soortgelijke figuur bij de wilsgebreken dwaling en misbruik van omstandigheden inderdaad geconstrueerd als een wijzigingsbe-

¹⁴⁸ Volgens Van Peijpe, p. 37 zou de praktische betekenis niet groot zijn, nu de weg van de ontbinding wegens gewichtige reden bijvoorbeeld nauwelijks rechtsmiddelen kent en daarom voordeliger is. Dat is op zichzelf nog geen reden om de mogelijkheid principieel uit te sluiten, nog afgezien van het feit dat het nu juist een vraag is of de ontbindingsgronden bij wanprestatie en gewichtige reden elkaar dekken.

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld HR 19 februari 1988, NJ 1989, 343 en de noot van Brunner.

¹⁵⁰ Verder kan ook worden gewezen op art. 1589 BW dat bij een gedeeltelijk vergaan van het gehuurde de huurder de keus tussen ontbinding en prijsvermindering geeft.

¹⁵¹ Lokin, Prota, p. 313.

voegdheid die in eerste instantie aan partijen toekomt, maar ook door de rechter kan worden uitgeoefend (resp. artt. 6:230 en 3:54 NBW)¹⁵².

3.4.1 Karakter van de actie

Ik wens in ieder geval een onderscheid te maken tussen het geval waarin de ontvanger kiest voor op zichzelf deugdelijke goederen of prestaties en dat waarin hij besluit een ondeugdelijke prestatie te behouden.

Het eerste wordt traditioneel gezien als gedeeltelijke ontbinding: het gaat om een ontbinding die betrekking heeft op slechts een gedeelte van de overeenkomst: voor zover deze niet of onbehoorlijk is uitgevoerd zijn partijen nu bevrijd. De ontbinding betreft met andere woorden niet het behoorlijk uitgevoerde gedeelte. In zoverre is er een parallel te trekken met de ontbinding van duurovereenkomsten¹⁵³. Waarschijnlijk is in deze categorie de consequentie van de ontbinding voor de wederpartij ook relatief eenvoudig te bepalen¹⁵⁴. Een indicatie voor de prijswijziging is veelal te vinden in de overeenkomst zelf of anders bij gebruikelijke prijzen en dergelijke.

Dat is anders in de situatie waarin een ondeugdelijke prestatie behouden blijft. Er is dan inderdaad ook een bevrijdend effect: het recht op herstel of alsnog-nakoming vervalt tegenover aanpassing van de verplichting van de wederpartij¹⁵⁵. Doch de ontbinding laat nu een *ondeugdelijk* gedeelte in stand. In wezen betreft het hier dan ook geen ontbinding en naar mijn mening ook geen gedeeltelijke¹⁵⁶. Wanneer de benadeelde partij het conform de overeenkomst gepresteerde behoudt (het verleden bij duurovereenkomst of deugdelijke goederen bij koop en ruil) en van de rest afziet (de toekomst bij duurovereenkomst of de rest van de goederen bij koop en ruil), is dit iets anders dan wanneer zij iets ondeugdelijks wil behouden en daartegenover haar eigen prestatie aangepast wil zien. Het eerste heeft duidelijk iets bevrijdends, een losmaken van een (gedeelte) van de contractsband, van ontbinding dus, terwijl het tweede geval dit niet kent. Hier staat het wijzigingsaspect toch veel duidelijker voorop. Wijziging van de overeenkomst in plaats van ontbinding, al moet Van der Velden worden toegegeven dat deze wijziging moeilijk op wilsovereenstemming kan

¹⁵² Naar huidig recht heeft de Hoge Raad op art. 6:230 NBW bij dwaling niet willen anticiperen. Zie HR 12 mei 1989, NJ 1990, 235 en de noot van Brunner; Hijma, Dwaling en quanti minoris, Kwartaalbericht NBW 1990, p. 25 ev; Van Rossum, De actio quanti minoris en de dwaling in het Nederlandse en het Engelse recht, in Nieuw BW in perspectief 1989, p. 270 ev; dezelfde, Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed, diss. Utrecht 1991, p. 98-99; Abas, Overzicht der Nederlandse rechtspraak: Verbintenissenrecht, WPNR 5971, p. 515 en Hartlief en Tjittes, Wijziging van de koopprijs door de rechter?, WPNR 5928, p. 502 ev.

¹⁵³ In dezelfde zin Stein, Rechtvaardigheid en doelmatigheid in het contractenrecht, in Recht, Rechtvaardigheid en doelmatigheid 1990, p. 184.

¹⁵⁴ Behalve eventueel in het geval van ruil van goederen.

¹⁵⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1018.

¹⁵⁶ In dezelfde zin Van der Velden, Het Weense Koopverdrag 1980 en zijn rechtsmiddelen, diss. Utrecht 1988, p. 349.

worden gebaseerd¹⁵⁷. Overigens is een belangrijk probleem dat in dit geval in het algemeen nauwelijks aanwijzingen zijn te vinden voor de bepaling van de prijswijziging¹⁵⁸. Dit is temeer bezwaarlijk nu de ontbindende partij ook hier *buitengerechtelijk* kan ontbinden¹⁵⁹. Gevaar voor misbruik is daarbij niet denkbeeldig¹⁶⁰.

3.4.1.1 Wijziging bij dwaling en misbruik van omstandigheden

Er valt hier een vergelijking te maken met de aan partijen en de rechter toegekende bevoegdheden bij de wilsgebreken misbruik van omstandigheden (art. 3:54 NBW) en dwaling (art. 6:230 NBW). Ook hier heeft één der partijen in eerste instantie belangrijke invloed én betreft het wijziging der overeenkomst.

Opheffingsvoorstel wederpartij benadeelde

De *wederpartij* van degene die de bevoegdheid heeft de overeenkomst wegens dwaling of misbruik van omstandigheden te vernietigen kan door een wijzigingsvoorstel te doen, bewerkstelligen dat deze bevoegdheid vervalt. Het moet daarbij gaan om een voorstel tot wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling dat het nadeel op afdoende wijze opheft. Indien het voorstel inderdaad afdoende is, heeft verval van de vernietigingsbevoegdheid automatisch plaats, *toestemming* van de 'benadeelde' is derhalve niet noodzakelijk. De wijziging berust daarmee dus niet op wilsovereenstemming. Of de wijziging van de overeenkomst kan plaatsvinden, hangt van het nadeel af. Heeft het betrekking op de gehele rechtshandeling, in die zin dat deze in het geheel niet zou zijn aangegaan, dan kan geen opheffing van het nadeel plaatsvinden. Deze bevoegdheid van de wederpartij heeft daarom betrekking op nadeel dat daarin bestaat dat de rechtshandeling zonder de stoornis wel zou zijn aangegaan doch een andere inhoud zou hebben gehad¹⁶¹.

Het bereik van deze bevoegdheid lijkt hetzelfde te zijn als bij ontbinding: het heeft (in de praktijk) betrekking op die gevallen waarin de 'benadeelde' door te vernietigen dan wel te ontbinden een 'echte' terugkeer in de 'vorige toestand' kan bereiken. Is de karakteristieke prestatie namelijk niet voor restitutie vatbaar dan

¹⁵⁷ Van der Velden, diss., p. 350 meent om die reden dat er van wijziging geen sprake is. Dat gaat te ver: het is geen op wilsovereenstemming gebaseerde wijziging.

¹⁵⁸ Zie ook Van der Velden, diss., p. 347 en p. 351.

¹⁵⁹ De verplichte rechterlijke tussenkomst die aanvankelijk in art. 6.5.4.10 is opgenomen en ook voor dit geval zou gelden, is immers geschrapt. Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6) Boek 6, p. 1833. Ook art. 1543 BW kent rechterlijke tussenkomst en de inschakeling van deskundigen.

¹⁶⁰ In deze zin Stein, p. 184. Overigens lijkt Stein, p. 183 er vanuit te gaan dat het steeds de rechter is die art. 6:270 NBW hier zal toepassen. Naar mijn mening schuilt een bijzonder probleem nu juist in het feit dat ook partijen op deze wijze mogen ontbinden.

¹⁶¹ Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, diss. Leiden 1988, p. 184-185 gebruikt daartoe de onderscheiding *alomvattend* versus *localiseerbaar* nadeel.

leidt waardevergoeding na ontbinding of vernietiging vanzelf tot het gewenste resultaat. Betaalt men teveel voor een prestatie die minder waard is en heeft men uit dien hoofde de bevoegdheid om tot vernietiging respectievelijk ontbinding over te gaan, dan moet men, wanneer de prestatie niet terug gegeven kan worden, de waarde vergoeden. Deze vergoeding is lager dan hetgeen door de benadeelde is betaald, zodat hij per saldo het nadeel terugkrijgt¹⁶².

Er is wel een belangrijk verschil met de gedeeltelijke ontbinding. Terwijl bij het wijzigingsvoorstel het initiatief ligt bij de *wederpartij van de benadeelde*, komt de benadeelde bij de gedeeltelijke ontbinding *zelf* in actie¹⁶³. Dat is van belang: waar de benadeelde bij ontbinding zelf kan aangeven dat hij behoud wenst en daarmee het nadeel als 'localiseerbaar' kwalificeert, is het bij het wijzigingsvoorstel de wederpartij die in beginsel moet stellen en bewijzen dat behoud voor de benadeelde niet bezwaarlijk is.

Wijziging door de rechter

Is in lid 1 van de artt. 3:54 en 6:230 NBW het initiatief gelegd bij de wederpartij van de benadeelde, in lid 2 wordt aan *de rechter* de bevoegdheid toegekend de gevolgen van de rechtshandeling ter opheffing van het nadeel te wijzigen op verlangen van een der partijen¹⁶⁴.

Voor de wederpartij komt in eerste instantie het opheffingsvoorstel van lid 1 in beeld, dat zo gauw als het afdoende is, leidt tot automatisch verval van de vernietigingsbevoegdheid. Het belang van deze rechterlijke bevoegdheid zit daarom vooral in de situatie dat de benadeelde om wijziging verzoekt.

De benadeelde kiest voor behoud tegen aanpassing van de eigen verplichting, maar dat laatste gaat de wederpartij kennelijk te ver. Anders zou zij wel hebben ingestemd en zou een op wilsovereenstemming gebaseerde wijziging hebben plaatsgehad. De rechter kan daarom alleen tot wijziging besluiten indien - en daarbij gebruik ik een aan het leerstuk van conversie ontleend criterium - de strekking van de gesloten overeenkomst in zodanige mate aan die van een andere beantwoordt dat aannemelijk is dat deze laatste overeenkomst zonder de stoornis zou zijn gesloten¹⁶⁵. Op de bevoegdheid van de wederpartij heeft dit geval voor dat nu de benadeelde zelf voor behoud kiest. Bovendien betreft het duidelijk *wijziging* van de overeenkomst, die aan de *rechter* is voorbehouden.

¹⁶² Zie voor de ontbinding hierboven (3.4) en voor de vernietiging Hartlief en Tjittes, WPNR 5928, p. 504.

¹⁶³ De gedeeltelijke ontbinding is op dit punt beter te vergelijken met de gedeeltelijke vernietiging. Zie hieronder.

¹⁶⁴ Ook hier geldt dat de uitoefening van de bevoegdheid slechts mogelijk is bij 'localiseerbaar' nadeel.

¹⁶⁵ In deze zin Castermans, Schadevergoeding bij dwaling, RM Themis, p. 146; Van Nispen, p. 78; Hartlief en Tjittes, WPNR 5928, p. 505. Anders Hijma, Kwartaalbericht NBW 1990, p. 27 die van mening is dat het leerstuk van conversie slechts bedoeld is om een 'verbeterende vertaling' van de rechtshandeling te geven, niet om een contractueel evenwicht bij te stellen.

Bezwaarlijk blijft dat de 'benadeelde' kan gaan knabbelen aan de prijs¹⁶⁶, terwijl ook de bepaling van de omvang van de prijsvermindering - voorzichtig uitgedrukt - meestal niet eenvoudig is.

Belangrijk is de uitdrukkelijke erkenning van het *wijzigingskarakter*: het is *geen* gedeeltelijke vernietiging, die gebaseerd zou kunnen worden op de gedachte 'wie het meerdere kan, mag ook het mindere'. Deze mogelijkheid wordt algemeen ontkend: partiële vernietiging (art. 3:41 NBW) in de zin van behoud tegen aanpassing van de prijs is niet minder, maar anders¹⁶⁷. Het zou *bijstellen* betreffen in plaats van *terzijdestellen*¹⁶⁸.

3.4.2 Ongelukkige regeling. Wat mag de rechter trouwens?

Wat is nu de betekenis van deze uitwijding voor de *actio quanti minoris* in de vorm van een gedeeltelijke ontbinding? Afgezien van het gevaar voor misbruik, moet erkend worden dat deze vorm van gedeeltelijke ontbinding meer een wijzigingskarakter heeft dan ontbindingskenmerken draagt. Daarmee is het in ieder geval een vreemde eend in de bijt. Het is niet het mindere van het meerdere (algehele ontbinding).

Dit heeft consequenties: waar de gedachte soms nog mogelijk is dat de rechter in plaats van een gevorderde algehele ontbinding een gedeeltelijke kan toewijzen, is dit hier niet mogelijk¹⁶⁹. Behoud van een ondeugdelijke prestatie tegen een aangepaste prijs is iets heel anders dan teruggave over en weer. Opmerkelijk is verder dat bij de parallelle figuur van de partiële vernietiging de keus voor behoud tegen een aangepaste prijs niet mogelijk wordt geacht. Wel is bij enkele vernietigbaarheden soms wijziging van de overeenkomst door de rechter mogelijk. Daarbij bestaat in beginsel het voordeel dat de rechter de omvang van de minderprijs bepaalt, terwijl dat bij de gedeeltelijke ontbinding in beginsel de benadeelde contractspartij zelf is. Daarmee is de figuur van de rechterlijke wijziging, hoewel ook zij het gevaar van misbruik door een der partijen in zich heeft, in ieder geval beter geregeld dan de gedeeltelijke ontbinding.

De *actio quanti minoris* van art. 6:270 NBW is niet alleen op opmerkelijke wijze, maar ook niet goed geregeld.

¹⁶⁶ Dat is de angst van Stein, p. 184.

¹⁶⁷ Hijma, diss., p. 289-294; Hartlief en Tjittes, WPNR 5928, p. 503 en Asser-Hartkamp, 4-II, p. 451.

¹⁶⁸ Hijma, Kwartaalbericht NBW 1990, p. 26.

¹⁶⁹ Zie ook Dorhout Mees WPNR 4762, p. 160. Dit alles natuurlijk er vanuitgaande dat behoud niet subsidiair gevorderd is.

3.4.3 Bijzondere vorm: quanti minoris voor de toekomst

Een bijzondere vorm van de quanti minoris is mogelijk bij de duur-overeenkomsten huur en pacht. Prijsvermindering kan daar gewenst zijn in het geval dat het genot dat de huurder of pachter heeft van het object afneemt door een bepaalde, tijdelijke of zelfs blijvende, omstandigheid.

Naar huidig recht voorziet de wet in een specifieke prijsverminderingsmogelijkheid in een aantal gevallen (artt. 1589, 1591, 1593 BW). De meest bekende is die van art. 1589 BW. Deze bepaling heeft betrekking op geheel of gedeeltelijk tenietgaan van het gehuurde object. Gaat het gedeeltelijk teniet, dan wordt de huurder de keus gesteld tussen ontbinding en aanpassing van de huurprijs. Het betreft hier als het ware een quanti minoris voor de toekomst.

Art. 1589 BW, zoals dat bij de Invoering van de Boeken 3, 5 en 6 komt te luiden, spreekt over de keus tussen het *vorderen* van een prijsvermindering of een ontbinding. Ontbinding kan naar NBW zowel in als buiten rechte plaatsvinden. Gezien de terminologie ('vorderen') kan een prijsvermindering alleen door de rechter worden uitgesproken¹⁷⁰. Voor de pacht kan vooral worden gewezen op art. 24 PW dat bij een genotbelemmerend gebrek recht geeft op vermindering van de pachtprijs. Ook deze vermindering wordt door de pachtrechter bepaald¹⁷¹.

In het Ontwerp Meijers is in een meer algemene bepaling voorzien. Art. 7.4.2.5 bepaalt dat iedere genotbeperkende omstandigheid recht geeft op prijsvermindering. Ook deze moet *gevorderd* worden. Volgens de toelichting is dat misschien bezwaarlijk voor de huurder nu deze niet snel tot rechtsmaatregelen zal overgaan, maar de belangen van de verhuurder prevaleren. De huurder moet niet de mogelijkheid hebben op eigen gezag tot huurvermindering over te gaan¹⁷². Door de bevoegdheid uitsluitend aan de rechter toe te bedelen wordt voorkomen dat de huurder zich te makkelijk aan de betalingsverplichting onttrekt, terwijl de rechterlijke tussenkomst ook een rem vormt tegen al te onbelangrijke verminderingen.

Het systeem van het OM is echter dat de bijzondere bevoegdheden de algemene onverlet laten¹⁷³. Dit houdt dan in dat afdeling 6.5.5 NBW geldt naast de in titel 7.4 toegekende mogelijkheden. Nu is strikt genomen ook op basis van afdeling 6.5.5 NBW een quanti minoris voor de toekomst ingevolge art. 6:270 NBW mogelijk (3.1). Het bezwaar hierbij is dat deze ook buitengerechtelijk kan plaatsvinden. Dat lijkt gezien de voorlopige wijziging van art. 1589 BW, de tekst van en de toelichting bij art. 7.4.2.5 OM niet de bedoeling. Art. 7.4.2.5 OM geldt overigens niet alleen voor de huur, maar ingevolge art. 7.5.6.1 OM ook voor de pacht. Ook voor de pacht blijft de algemene regeling van afdeling 6.5.5 NBW van

¹⁷⁰ Zie ook Asser-Abas, 5-II, nr. 66.

¹⁷¹ Asser-Brunner, 5-II, nr. 64.

¹⁷² Toelichting Meijers Boek 7 (Groene boeken), p. 921.

¹⁷³ Toelichting Meijers Boek 7 (Groene boeken), p. 915.

toepassing (art. 7.5.9.4 lid 7 OM). Daarmee bestaat ook hier het bezwaar dat een buitengerechterlijke prijsvermindering langs de weg van art. 6:270 NBW gerealiseerd zou kunnen worden. Bij de uiteindelijke vaststelling van de titels 7.4 en 7.5 zou men er goed aan doen met deze bedenking rekening te houden.

3.5 Gedeeltelijke ontbinding naar het NBW 1992. Samengevat

De gedeeltelijke ontbinding is naar NBW in vele vormen mogelijk. De ontbinding van de duurovereenkomst kampt onder het huidige recht met de terugwerkende kracht en onder NBW met de ongedaanmaking.

Naar mijn mening heeft het arrest van 1987 bijzondere betekenis voor iedere restitutie van deugdelijke uitgevoerde duurovereenkomsten, wanneer de karakteristieke prestatie zich tegen strikte teruggave verzet. De aard van de overeenkomst verzet zich tegen de terugwerkende kracht, maar dan ook tegen de ongedaanmaking van afd. 6.5.5 NBW. Dat geldt dus bijvoorbeeld voor de huur, de arbeids- en de verzekeringsovereenkomst.

Niet eenvoudig is overigens de bepaling van het tijdstip waarop de ontbinding ingaat. Daarbij is van belang of het een buitengerechterlijke ontbinding dan wel een rechterlijke ontbinding betreft. Maar ook in het laatste geval lijkt de parlementaire geschiedenis te dwingen tot zekere gebondenheid van de rechter aan de vordering. Een ontbinding tegen een eerder tijdstip dan dat van het vonnis lijkt niet mogelijk. Het tijdstip zal daarmee in beginsel in de toekomst liggen. Wel lijkt het mogelijk, onder gebruik van het adagium 'wie het meerdere mag, kan ook het mindere', te zeggen dat de rechter een later tijdstip mag toewijzen, wanneer hij althans het gevorderde te ver vindt gaan met het oog op de belangen van de wederpartij. Beter ware een duidelijke regeling in de zin van art. 56 PW of art. 1639w BW geweest. De rechter heeft daar de bevoegdheid gekregen zelfstandig een tijdstip (onmiddellijke ingang of in de toekomst) te bepalen. Opvallend is dat de wetgever deze praktijk voor de pacht ook na Invoering van de Boeken 3, 5 en 6 wenst voort te zetten onder verwijzing naar de afd. 6.5.5 NBW (art. 55 PW nieuw). Naar mijn mening wordt hier aan de rechter een ruimere bevoegdheid toegekend dan uit die afdeling voortvloeit.

Voor de maatschap zouden het arrest van 1987 en in ieder geval art. 6:270 NBW uitkomst bieden tegen het effect op het verleden. De onzekere toestand die onder huidige recht heeft geleid tot een uitsluiten van art. 1302 BW is onder komend recht mogelijk bij een buitengerechterlijke ontbinding. In dat geval namelijk is een nietigverklaring door de rechter mogelijk. In de Invoeringswet is echter niet slechts de mogelijkheid om buitengerechterlijk te ontbinden uitgesloten, maar blijft ontbinding wegens wanprestatie onmogelijk. Voor de arbeidsovereenkomst wordt de ontbindingsmogelijkheid uitgesloten op basis van een niet geheel overtuigende argumentatie. De beste oplossing zou daar de uitsluiting van de buitengerechterlijke ontbindingsmogelijkheid zijn. De gedeeltelijke ontbinding in het komend recht heeft een ruimer toepassingsgebied dan van de duurovereenkomsten of leverantiecontracten gekregen. Zo is ook de

actio quanti minoris in de vorm van een gedeeltelijke ontbinding mogelijk: de ontvanger kiest daarbij voor behoud tegen aanpassing van zijn eigen prestatie. De constructie van gedeeltelijke ontbinding is opvallend: in de internationale koopregelingen is het een zelfstandige figuur, terwijl bij de vernietiging is gekozen voor een wijzigingsbevoegdheid van de rechter. Inderdaad lijkt de quanti minoris meer op een wijziging van de inhoud der overeenkomst of haar rechtsgevolgen. In ieder geval is er bij de wijziging het voordeel dat de rechter de belangen kan afwegen en de omvang van de prijsvermindering kan bepalen waar dat bij gedeeltelijke ontbinding in principe door een der partijen geschiedt. Overigens kan de rechter deze vorm van gedeeltelijke ontbinding niet toewijzen wanneer dat niet gevorderd is. Dit is iets geheel anders dan een gehele ontbinding of een 'klassieke' gedeeltelijke ontbinding.

4. Conclusies

Ik heb de problematiek van de gedeeltelijke ontbinding niet onderzocht vanuit een bepaalde vraag of met een zekere probleemstelling. De titel van dit opstel zegt het al: het zijn kanttekeningen. Opmerkingen en mededelingen.

Omdat het stuk vrij lang is geworden en de lezer licht het overzicht verliest, zal ik in de vorm van een vijftiental stellingen nog eens de kernpunten van mijn betoog de revue laten passeren.

Deze stellingen hebben een nogal verschillend karakter. Zij variëren van constatering en aanbevelingen tot kritische kanttekeningen en voorstellen tot wijziging.

1. Pas in 1987 heeft de Hoge Raad de partijwil-constructie verlaten en de mogelijkheid der gedeeltelijke ontbinding op de aard der overeenkomst gebaseerd (2.6 - 2.8).
2. De betekenis van het arrest van 1987 is niet tot de arbeidsovereenkomst beperkt: elke duurovereenkomst die verplicht tot een karakteristieke prestatie, die niet gerestitueerd kan worden, kan slechts voor de toekomst worden ontbonden (2.10.1.1).
3. Deze betekenis heeft het arrest ook voor het NBW 1992: de aard van de duurovereenkomst, die verplicht tot een niet te restitueren karakteristieke prestatie, verzet zich ook tegen de ongedaanmaking van de artt. 6:271 en 272 NBW (3.3).
4. In de leer van de wanprestatie-ontbinding is het arrest van 1948 met betrekking tot de maatschap onvermijdelijk (2.9.2 en 2.10.1.2).
5. Het arrest van 1959 met betrekking tot de (schade)verzekeringsovereenkomst dient niet zozeer in de sleutel van de bijzondere aard van de tekortkoming te worden gelezen, maar meer in die van de aard van de overeenkomst (2.8.1).
6. De Hoge Raad zou door om te zijn gegaan en de leer der wanprestatie-ontbinding te hebben verlaten veel typische BW 1838-problemen

- hebben opgelost (2.10.3).
7. Anders dan wel wordt geleerd, heeft de Hoge Raad recentelijk niet de vonnis-ontbinding omhelsd (2.10.3.1).
8. Het systeem van art. 56 PW met betrekking tot de vrijheid van de rechter om een tijdstip voor de ontbinding van een duurovereenkomst vast te stellen, vloeit niet voort uit (de parlementaire geschiedenis van) afdeling 6.5.5 NBW. Ten onrechte wordt door de toelichting bij art. 55 PW (nieuw) anders gesuggereerd (3.3.1.1).
9. De vrijheid van de rechter om gedeeltelijk in plaats van geheel te ontbinden of de ene vorm van gedeeltelijke ontbinding te weigeren en de andere toe te wijzen, strekt niet zover dat hij in plaats van algeheel te ontbinden de actio quanti minoris kan toepassen. Daartoe is een (subsidiare) vordering noodzakelijk (3.3.1 en 3.5).
10. Voor de maatschap naar NBW 1992 zou de uitsluiting van de buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheid veel kou uit de lucht nemen (3.3.2.1).
11. Titel 7.4 en de toelichting daarbij moeten worden aangepast aan het gegeven dat bij huur van woon- en bedrijfsruimte rechterlijke tussenkomst bij ontbinding door de verhuurder inmiddels noodzakelijk is (3.3.2.3).
12. Het probleem van de werking vanaf het moment der wanprestatie is naar NBW 1992 verdwenen, hoewel in geval van een buitengerechtelijke ontbinding een onzekere periode na het uitbrengen van de verklaring tot aan een eventueel vonnis niet is uitgesloten (3.3.2.1).
13. De argumenten van de regering voor het uitsluiten van de toepassing van art. 6:265 NBW op de arbeidsovereenkomst rechtvaardigen eerder een uitsluiten van de buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheid (3.3.2.4).
14. De figuur van de actio quanti minoris als gedeeltelijke ontbinding is ongelukkig. Wijziging zou een betere constructie zijn. In ieder geval is een groot gevaar verbonden aan de mogelijkheid om buitengerechtelijk tot vermindering van de prijs over te gaan (3.4 en 3.4.1).
15. De titels 7.4 en 7.5 en de toelichting daarbij moeten op het punt van de actio quanti minoris 'voor de toekomst' beter aansluiten bij art. 6:270 NBW. Op basis van die bepaling is namelijk ook een buitengerechtelijke vermindering van de prijs mogelijk (3.4.3). Dat lijkt voor de huur en pacht niet gewenst.

Tot slot. De figuur der gedeeltelijke ontbinding op zich lijkt een volstrekt vanzelfsprekende mogelijkheid en naar het zich in eerste instantie laat aanzien een weinig problematisch leerstuk. Schijn bedriegt wel vaker.