

Het keuzerecht bij de alternatieve verbintenis

1. Inleiding

X wil zijn schilderijencollectie uitbreiden en bezoekt daartoe een galerie, waar hij getroffen wordt door een drietal schilderijen van beroemde impressionisten uit de Haagse school. X, meer zakenman dan kunstkenner, vraagt de galeriehouder (G), te taxeren welke van de drie schilderijen als beleggingsobject het meeste waarde heeft en hem dat te leveren.

Tussen X en G bestaat een alternatieve verbintenis. Dit is een verbintenis, waarbij de schuldenaar verplicht is tot één van twee of meer verschillende prestaties ter keuze van hemzelf, van de schuldenaar of van een derde, aldus art. 6.1.4.1 lid 1 NBW¹. Kenmerkend voor de alternatieve verbintenis is, dat haar uitvoering afhankelijk wordt gesteld van het uitoefenen van een keuzerecht; pas wanneer één der partijen of een derde zijn keuze op één der alternatief verschuldigde prestaties heeft laten vallen, kan aan de verbintenis worden voldaan, door het verrichten van deze ene prestatie. Er rijzen problemen wanneer de keuzegerechtigde (in dit geval G) nalatig is in het bepalen van zijn keuze: er blijft dan namelijk onzekerheid bestaan over de uiteindelijk verschuldigde prestatie.

Het huidige BW geeft geen oplossing voor dit probleem. Het NBW kent wel een regeling voor het keuzeverzuim bij alternatieve verbintenissen en wel in art. 6.1.4.3:

1. Wanneer de keuze aan één der partijen toekomt, gaat de bevoegdheid om te kiezen op de andere partij over, indien deze haar wederpartij een redelijke termijn heeft gesteld tot bepaling van haar keuze en deze daarbinnen haar keuze niet heeft uitgebracht.
2. De bevoegdheid om te kiezen gaat echter niet over op de schuldeiser voordat deze het recht heeft om nakoming te vorderen, noch op de schuldenaar voordat deze het recht heeft om te voldoen.

1. Het NBW geeft een duidelijke definitie van de alternatieve verbintenis, welke in het huidige BW slechts kan worden afgeleid uit de artt. 1308 en 1309.

Wanneer G verzuimt zijn keuze te maken tussen één van de drie schilderijen, kan X, volgens deze bepaling, hem een redelijke termijn stellen waarbinnen hij zijn keuze moet uitbrengen. Bij gebreke hiervan gaat het keuzerecht dan over op X².

Nu is deze regeling voor het keuzeverzuim, zoals het NBW die geeft in de vorm van de overgang van het keuzerecht, niet de enig denkbare. In het onderstaande zal worden gezien welke andere mogelijkheden bestaan om de impasse in de uitvoering van de alternatieve verbintenis, die wordt veroorzaakt door het keuzeverzuim, te doorbreken.

2. Romeins recht

In het BW van 1838 worden maar liefst zes bepalingen, t.w. de artt. 1308-1313, gewijd aan de alternatieve verbintenis. Toch ontbreekt er in de wet een bepaling voor het keuzeverzuim. Daarom zijn in de literatuur de meest uiteenlopende oplossingen aangedragen voor het geval dat de keuzegerechtigde partij in verzuim is. Nu ontleent ons huidige BW vele van zijn bepalingen aan de Code Civil, die op zijn beurt vele romeinsrechtelijke beginselen bevat. Sommige schrijvers, die een oplossing voor het probleem van het keuzeverzuim bedachten, meenden dan ook in de romeinsrechtelijke bronnen te moeten zoeken naar een regeling van de "mora eligendi" en gebruikten daarbij verschillende Digestenplaatsen ter verdediging van hun standpunt³. Zo meende men uit de Digesten te kunnen aantonen dat het keuzerecht reeds door de mora eligendi van de debiteur⁴ overging op de crediteur (vgl. de regeling in het NBW: art. 6.1.4.3!). Men vond die "oplossing" in D. 13,4,2,3, waaruit het volgende citaat:

et generaliter definit Scaevola petitem electionem habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem. proinde mixta, inquit, rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem

2. Van Zeben, Parlementaire Geschiedenis boek 6, p. 137.

3. Zie pag. 76.

4. Nadere bijzonderheden over de mora eligendi creditoris zijn in de Digesten niet te vinden.

propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem.

(Vert: en Scaevola stelt de algemene regel op dat de crediteur de keuze heeft waar hij wil procederen, de debiteur waar hij wil betalen, dit natuurlijk totdat hij is gedagvaard. Het samenvallen van een alternatieve verbintenis waarbij uit meerdere zaken kan worden gekozen met een verbintenis waarbij een keuzerecht bestaat met betrekking tot de plaats wáár betaald kan worden, brengt noodzakelijkerwijze met zich mee dat de crediteur óók de keuze heeft met betrekking tot de zaak, vanwege het feit dat hij de plaats kan vaststellen waar geprocedeerd wordt: anders zou je hem zijn actie ontnemen, wanneer je die keuze aan de debiteur wilt laten.)

In de tekst waaraan dit citaat is ontleend doet zich echter een heel bijzonder geval voor, nl. de zgn. "alternatio locorum mixta alternationi rerum", de verbintenis waarbij niet alleen een keuzemogelijkheid bestaat tussen verschillende prestaties, een koe of een paard, maar bovendien omtrent de plaats van betaling, te Rome of te Capua. Deze "dubbele" alternatieve verbintenis maakt het de crediteur zeer moeilijk zijn vorderingsrecht te handhaven tegenover de debiteur. Immers: verzoekt hij de debiteur in Rome één van beide prestaties te leveren, dan zal deze verklaren juist in Capua de koe te willen leveren. Wordt de debiteur vervolgens te Capua tot betaling aangesproken, dan zal hij zijn keuze wederom op de andere prestatie en plaats van betaling laten vallen! Daarom zag Scaevola zich in dit speciale geval gedwongen (ex necessitate!) aan de crediteur reeds dadelijk de keuze te geven, wáár hij zijn vordering tegen de debiteur wil instellen en wélke prestatie hij wil eisen, zónder dat de debiteur per sé in mora eligendi behoefde te zijn. Een algemene regeling voor overgang van het keuzerecht op de wederpartij valt echter zeker uit D.13,4,2,3 niet af te leiden! Daartegen namelijk verzet zich Inst. 4,6,33d:

ideo autem plus petere intellegitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit: qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario et eo modo suam quidem meliorem condicionem facit, adversarii vero sui deterioorem.

(Vert.: hij schijnt daarom meer te eisen dan hem toekomt omdat bij dit soort stipulaties de keuze bij de debiteur ligt of hij het geld dan wel de slaaf wil betalen: wie dus (i.h. procesformulier) stelt dat hem slechts het geld of slechts de slaaf behoort te worden gegeven, ontnemt zijn tegenstander

een keuzerecht en maakt op deze wijze zijn eigen rechtspositie sterker, maar die van zijn tegenstander zwakker.)

Wanneer de debiteur uit een "normale" alternatieve verbintenis nalatig was in het bepalen van zijn keuze, kon de crediteur niet zelf kiezen welke der prestaties de debiteur hem verschuldigd was. Hij moest dan ook altijd alternatief eisen, wanneer hij de debiteur in rechte tot nakoming wilde dwingen. Deed de crediteur dit niet, en beperkte hij zijn eis tot één der alternatief verschuldigde prestaties, dan eigende hij zichzelf een recht toe dat de alternatieve verbintenis hem niet verschafte, zodat hij zich schuldig maakte aan een zgn. "plus petitio".

De stelling dat Dig. 13,4,3,2 een algemene regeling zou bevatten voor overgang van het keuzerecht op de crediteur, reeds door de mora eligendi van de debiteur, valt evenmin te rijmen met Dig. 45,1,138,1:

Cum pure stipulatus sum "illud aut illud dari", licebit tibi quoties voles mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis (Vert.: Wanneer ik zuiver heb gestipuleerd "dat dit of dat gegeven wordt" heb jij de mogelijkheid zo dikwijls als je dat wenst je wil te veranderen met betrekking tot datgene dat je zult presteren.)

Uit deze plaats kan de conclusie worden getrokken, dat de debiteur zijn keuzerecht niet verloor voordat hij had gepresteerd. Pas wanneer hij één van de alternatief verschuldigde prestaties had geleverd, had hij tevens definitief zijn keuze gemaakt. Zodoende was het uitgesloten dat het keuzerecht overging op de crediteur, omdat dit recht onlosmakelijk was verbonden met de leveringsplicht van de debiteur.

Hoe kon in het Romeinse recht de onwillige debiteur uit een alternatieve verbintenis dan wel tot uitoefening van zijn keuzerecht worden gedwongen, nu vaststaat dat de mora eligendi geen overgang van het keuzerecht op de crediteur ten gevolge had? Wanneer de crediteur zijn onwillige debiteur in rechte tot nakoming van de alternatieve verbintenis wilde dwingen moest hij, zoals wij reeds gezien hebben, een alternatief geformuleerde dagvaarding uitbrengen (omdat hij zich immers anders aan een plus petitio schuldig maakte). Hoe luidde dan het vonnis van

de rechter? Bevatte dit een alternatieve veroordeling, zoals heden ten dage het geval is? Dan verschoof het probleem van de mora eligendi naar het moment van executie van het veroordelende vonnis. De vraag rijst dan immers: hoe moest dit worden ten uitvoergelegd? Had de debiteur het in zijn macht de uitvoering van dit vonnis te beletten, omdat hem het keuzerecht nog steeds was voorbehouden? In de Digesten zal men tevergeefs zoeken naar een regeling voor de tenuitvoerlegging van vonnissen, gewezen op grond van alternatieve verbintenissen. Een speciale regeling hiervoor was nl. overbodig, omdat de oplossing voor het probleem van de mora eligendi voortvloeide uit de aard van het Romeinse procesrecht!

Om dit te verduidelijken, is het noodzakelijk iets nader op enige relevante eigenaardigheden van het Romeinse procesrecht in te gaan⁵. In de geschiedenis van het Romeinse burgerlijk procesrecht neemt het "proces per formulam" een centrale plaats in. De "formula" was de akte, waarin partijen, onder toezicht van de praetor, het onderwerp van hun geschil nauwkeurig omljnden, vóórdát zij dit aan de rechter (de iudex) voorlegden. Deze formula was opgebouwd uit verschillende vaste bestanddelen. In de "demonstratio" van de formula werd een beschrijving gegeven van de feiten, waarop de eis was gebaseerd⁶. De "intentio" bevatte de conclusie van eis⁷. Wanneer het voorwerp van de eis niet duidelijk bepaalbaar was, moest dit tot uitdrukking worden gebracht in de formulering van de intentio. Een voorbeeld moge dit verduidelijken.

Had Numerius zich tegenover Aulus verplicht tot levering van een koe òf paard, ter keuze van hemzelf, dan kon niet precies worden aan gegeven wát het voorwerp van deze alternatieve verbintenis was, omdat niet vaststond wát er zou worden geleverd: de koe of het paard. Was Numerius vervolgens nalatig in het uitoefenen van zijn keuzerecht, dan mocht Aulus niet zèlf kiezen welke der prestaties hem verschuldigd was. Deed hij dit wel, en vorderde hij één van de alternatief verschuldigde prestaties in rechte

5. Zie hierover uitvoerig M. Kaser, Das römische Zivilprozessrecht (München 1966) blz. 238vv. en over de rechtsgevolgen der pluspetitio: blz. 247vv.

6. Vgl. Gaius IV, 40

7. Gaius IV, 41

op, dan was hij te veeleisend! Het instellen van een dergelijke pluspetitio maakte, dat de crediteur zijn proces verloor en niet nogmaals kon ageren⁸.

Wilde Aulus de nakoming van de alternatieve verbintenis in rechte afdwingen, dan stelde hij derhalve een zgn. actio incerti in, welke luidde volgens vaste bewoordingen:

Quidquid (een incertum!) ob eam rem Nm Nm AoAo dare facere praestare oportet⁹.

(Vert.: Alwat Numerius Negidius terzake behoort te doen of te presteren aan Aulus Agerius)

De formula eindigde tenslotte met de "condemnatio", welke de rechter de opdracht gaf gedaagde te veroordelen, indien de beweringen van de eiser juist bleken te zijn.

Nu gold in het Romeinse procesrecht het beginsel van de zgn. condemnatio pecunaria, volgens hetwelk de gedaagde uitsluitend kon worden veroordeeld tot betaling van een geldsom, ongeacht de aard van de in het geding gebrachte verbintenis:

omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecunariam aestimationem condemnatio concepta est¹⁰.

(Vert.: Van alle procesformulieren die een opdracht tot veroordeling (condemnatio) bevatten, luidt die condemnatio op een geldsbedrag.)

Wanneer in de condemnatio niet precies kon worden aangegeven tot welk geldsbedrag de rechter gedaagde moest veroordelen, omdat het voorwerp van de eis "incertum" was (zoals bij de alternatieve verbintenis!), werd de condemnatio, evenals de intentio, als een incerta geformuleerd:

quanti ea res est tantam pecuniam iudex condemnato¹¹

(Vert.: De rechter moet tot een zo groot geldsbedrag veroordelen als de zaak waard is)

Een dergelijke condemnatio verschafte de rechter dan de opdracht

8. Inst. 4,6,33^d

9. Gaius IV, 54

10. ib. 48

11. ib. 49-50

gedaagde te veroordelen tot betaling van een geldsom en tevens de omvang van dit bedrag vast te stellen.

Wanneer partijen aldus overeenstemming hadden bereikt over de aard en inhoud van hun geschil en dit in het procesformulier, de zgn. "formula", hadden neergelegd, konden zij naar de rechter stappen. Als deze van mening was dat de in de formula omschreven rechtsbetrekking zich inderdaad voordeed, moest hij uitspraak doen, zoals de formula hem dit voorschreef. Vóórdat zij echter de rechter verzochten vonnis te wijzen, moesten partijen bij voorbaat verklaren zich daaraan gebonden te achten. Dit geschiedde in de zgn. "litis contestatio", een overeenkomst tussen de gedingvoerende partijen, waarin zij verklaarden zich te zullen onderwerpen aan 's rechters oordeel. Een heel belangrijk gevolg van deze litis contestatio was de zgn. novatio necessaria (lett. noodzakelijke schuldvernieuwing). Zij bracht teweeg dat de in het geding gebrachte verbintenis werd tenietgedaan. In plaats daarvan ontstond een voorwaardelijke verbintenis uit het toekomstige vonnis, de zgn. "obligatio iudicati". Dit vonnis nu, luidde, ten gevolge van het zojuist genoemde beginsel der condemnatio pecunaria, altijd op een geldsom.

Deze beide bijzonderheden uit het Romeinse proefsrecht - de "novatio necessaria" en "condemnatio pecunaria" - verklaren waarom de Romeinen geen speciale regeling nodig hadden voor de tenuitvoerlegging van vonnissen gewezen op grond van een alternatieve verbintenis. Immers, de novatio necessaria wijzigde de alternatieve verbintenis in een voorwaardelijke verbintenis uit het toekomstige vonnis en dit vonnis luidde niet alternatief, maar op een geldsom! De alternatieve verbintenis werd, met andere woorden, door het voeren van een procedure altijd omgezet in een enkelvoudige verbintenis die een geldsbedrag tot object had!

3. Nederlands recht

De artt. 1308 - 1313, in de afdeling "Van alternatieve verbindtenissen of van verbindtenissen die ter keuze van eene der partijen staan" (boek 4 BW, titel 1, afd. 7), zijn een vrijwel

letterlijke weergave van de artt. 1189 - 1196 uit de Code Civil¹².

De inhoud van het Franse burgerlijk wetboek is, op dit stuk, grotendeels ontleend aan het Romeinse recht. Voor de samenstelling van dit onderdeel van de Code ging men nl. te rade bij Pothier's "Traité des Obligations"¹³ en deze baseerde zijn verhandeling over het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht op het (materiële) recht van het Corpus Iuris. De regeling voor de alternatieve verbintenis in het BW van 1838 is dus de Romeinsrechtelijke. Nu ontbreekt er in deze regeling een bepaling over het keuzeverzuim, om de eenvoudige reden dat het Romeinse materiële recht een dergelijke bepaling niet kende. De - hierboven uiteengezette - eigenaardigheden uit het Romeinse procesrecht maakten immers een speciale regeling overbodig!

Het is een bekend feit, hoezeer het procesrecht de basis vormde van het Romeinse materiële recht. Wanneer tussen partijen een punt van geschil rees, bezagen zij dit vooral op zijn procesrechtelijke mérites. Zij stelden zich daarbij niet zozeer de vraag: "Heb ik een vordering tegen mijn wederpartij A?", maar vooral de (procesrechtelijke) vraag: "Kan ik met succes een actie tegen A instellen?" Een strenge scheiding tussen het materiële recht en het procesrecht, zoals wij die kennen (vgl. de begrippen vorderingsrecht, resp. rechtsvordering), werd in het Romeinse recht niet gemaakt. Dit gegeven nu, nl. dat van de eenheid tussen het Romeinse materiële en formele recht, werd over het hoofd gezien bij de codificatie van het Romeinse recht in de Code Civil. Men nam uit de Digesten (of, zo men wil, uit Pothier) de materieelrechtelijke bepalingen over, zonder zich te realiseren dat deze vaak gecomplementeerd werden door het procesrecht, dat niet werd overgenomen.

Zo ook bij de alternatieve verbintenis. De procesrechtelijke eigenaardigheden van de litis contestatio en novatio necessaria, die de alternatieve verbintenis wijzigden in een enkelvoudige (en daarmee het probleem oplosten van de executie van een alter-

12. Zie over de artt. 1189-1196 Cc: Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, Tome XII, p. 29 e.v.

13. R.J. Pothier, Traité des Obligations (1873), p. 88 e.v.; J.C. Voorduin, Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche Wetgeving, V (1838), p. 39 e.v.

natieve verbintenis), zijn immers niet terug te vinden in het moderne burgerlijk procesrecht! Voor ons recht is derhalve een expliciete regeling voor het keuzeverzuim noodzakelijk geworden. Omdat de wetgever de noodzaak voor een dergelijke regeling niet heeft ingezien, zijn in de literatuur verschillende oplossingen aangedragen voor het geval dat de keuzegerechtigde partij nalatig is in het bepalen van zijn keuze. Enige van deze oplossingen zullen wij in het onderstaande bezien.

In een drietal negentiende eeuwse proefschriften¹⁴, die handelen over de alternatieve verbintenis, wordt een verschillende regeling voor het keuzeverzuim gegeven. Opvallend is, dat in alle drie proefschriften eerst bij het Romeinse recht te rade wordt gegaan en dat men daarbij stuit op Dig. 13,4,3,2, waarin voor het keuzeverzuim een regeling wordt gegeven in de vorm van een overgang van het keuzerecht op de crediteur. In de proefschriften wordt echter unaniem geconstateerd dat Dig. 13,4,3,2 ziet op het speciale geval van de "alternatio rerum alternationi locorum mixta" en wordt vervolgens door elk der schrijvers een eigen oplossing gegeven.

Wanneer de crediteur de optie heeft is hij, aldus Fokker, alleen dan in keuzeverzuim, als de debiteur hem alle zaken ter prestatie aanbiedt. Neemt hij geen daarvan in ontvangst, dan loopt hij het risico van al de aangeboden zaken. De crediteur zou anders, aldus Fokker, steeds kunnen uitstellen en, bij het vergaan van één der zaken, de andere komen eisen, zodat hij het risico van de debiteur wederrechtelijk zou verlengen. In geval van keuzeverzuim van de debiteur wil Fokker de rechter de bevoegdheid geven, hem te veroordelen tot de waarde van de mindere zaak¹⁵. Boas is het met laatstgenoemde opvatting niet eens. Wanneer één of beide prestaties bestaan in iets te doen, valt immers niet uit te maken welke zaak de minst waardevolle is. Bovendien, zo meent Boas, zou het karakter van de alternatieve verbintenis komen te vervallen, wanneer de rechter en niet de debiteur kiest. Boas is van mening dat de rechter, op verzoek van de crediteur, een termijn dient te bepalen waarbinnen de debiteur

14. E. Fokker, Over alternatieve verbintenissen (Leiden 1872); J. Gelinde van Blom, Onbepaalde verbintenissen (Leiden 1890); L.S. Boas, Alternatieve verbintenissen (Amsterdam 1880)

15. Fokker, o.c. p. 84 e.v.

zijn keuzerecht moet uitoefenen. Voldoet deze daaraan niet binnen de gestelde termijn, dan gaat het keuzerecht over op de crediteur¹⁶. Boas spreekt niet over het keuzeverzuim van de crediteur.

Gelinde van Blom staat een vergelijkbare regeling voor ogen, maar verbindt aan het niet-kiezen van de debiteur het gevolg, dat deze zijn keuzerecht ziet overgaan op de rechter (en niet op de crediteur). Bij het keuzeverzuim van de crediteur echter, verliest deze zijn keuzerecht weer wèl aan zijn wederpartij (en niet aan de rechter)¹⁷.

In verschillende handboeken over het burgerlijk recht wordt, bij de behandeling van de alternatieve verbintenis, het ontbreken van een wettelijke regeling opgemerkt¹⁸.

Diephuis¹⁹ meent dat, wanneer de debiteur in verzuim is, de crediteur slechts een alternatieve veroordeling kan uitlokken (vgl. de pluspetitio!). Bij nalatigheid van de keuzegerechtigde crediteur zal de debiteur de schuld moeten laten voortduren of tot consignatie van de alternatief verschuldigde zaken moeten overgaan (vgl. de oplossing van Fokker). Een afdoende regeling van het keuzeverzuim lijkt hiermee echter door Diephuis niet te worden gegeven. De keuzegerechtigde partij heeft het immers, ook ná een alternatieve veroordeling of consignatie nog steeds in haar macht de uitvoering van de alternatieve verbintenis te beletten, omdat haar het keuzerecht (onveranderd) blijft voorbehouden.

Suyling²⁰ zoekt aansluiting bij de wetsbepalingen van het algemene verbintenissenrecht, nu de wet geen speciale voorziening treft voor het keuzeverzuim. Wanneer er sprake is van een wederkerige overeenkomst, wil hij de belanghebbende partij een vordering tot schadevergoeding en/of ontbinding geven tegen zijn

16. Boas, o.c. p. 43 e.v.

17. Gelinde van Blom, o.c. p. 69 e.v.

18. Niet alle schrijvers nemen overigens notitie van deze lacune in de wet; Opzoomer (Het burgerlijk wetboek verklaard, V, 2e druk, p. 196 e.v.) en Land (Verklaring van het burgerlijk wetboek IV, 2e druk, p. 90 e.v.) zwijgen erover, waarbij laatstgenoemde wel de "eigenaardige moeilijkheden" onderkent die het keuzeverzuim met zich mee kan brengen.

19. G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, X (Groningen 1886), p. 211, 212.

20. J.Ph. Suyling, Inleiding tot het burgerlijk recht, II, 2e druk, nrs 213 en 150.

nalatige wederpartij (artt. 1302, 1303 BW). Ook wordt door Suyling de mogelijkheid geopperd om het keuzerecht over te doen gaan op de debiteur, wanneer de keuzegerechtigde crediteur, ondanks aanmaning, blijft weigeren zijn keuzerecht uit te oefenen (vgl. art. 6.1.4.3. lid 1 NBW, dat ook aan het keuzeverzuim van de debiteur een dergelijk rechtsgevolg verbindt).

Bij zijn bespreking van de koop met specificatie maakt Zeylemaker²¹ onderscheid tussen het keuzeverzuim van de verkoper en van de koper. In het eerste geval kan de koper tegen de nalatige verkoper een (normale) schadevergoedingsactie uit wanprestatie instellen. Meer problemen levert echter het bij de koop met specificatie veel vaker voorkomende geval op, waarin de koper de keuze moet doen en dit nalaat. Hierdoor wordt het de verkoper onmogelijk gemaakt aan zijn leveringsplicht te voldoen, nu onzeker blijft wat de inhoud is van de uiteindelijk verschuldigde prestatie. Zeylemaker geeft het voorbeeld, waarbij 10.000 meter kledingstoffen wordt verkocht, in verschillende patronen en tegen verschillende prijzen en waarbij de koper moet bepalen hoeveel hij van elke stof zal afnemen. Door het grote aantal keuzemogelijkheden heeft de verkoper geen idee wat hij moet leveren, wanneer de koper nalaat zijn keuze te bepalen. Bij een regeling voor het keuzeverzuim van de koper moet, aldus Zeylemaker, vooropstaan dat de verkoper niet de dupe mag worden van het niet kiezen door de koper. Dit uitgangspunt is neergelegd in par. 375 lid 2 van het Duitse Handelsgesetzbuch²²:

Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann der Verkäufer die Bestimmung statt des Käufers vornehmen ... Der Verkäufer hat dann die von ihm getroffene Bestimmung dem Käufer mitzuteilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen. Wird eine solche innerhalb der Frist

21. J.B. Zeylemaker Jzn, Handelskoop (Zwolle 1939), p. 70,71: het is de moeite waard Zeylemaker's visie op een regeling van het keuzeverzuim voor de koop met specificatie hier weer te geven, omdat deze koop grote gelijkenis vertoont met de alternatieve verbintenis; de uitvoering van deze bijzondere koopovereenkomst is nl. pas mogelijk nadat de juiste inhoud (naar maat, soort, gewicht e.d.) van de prestatie door één der partijen (doorgaans de koper) is gekozen.

22. Par. 264 lid 2 BGB geeft een nagenoeg gelijkluidende regeling voor het keuzeverzuim van de crediteur uit een alternatieve verbintenis, zie pag. 80.

von dem Käufer nicht vorgenommen, so ist die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung massgebend.

Indien het keuzerecht tevens keuzeplicht is, wat volgens Rutten²³ veelal het geval is, levert het keuzeverzuim tevens wanprestatie op, zodat schadevergoeding kan worden gevorderd en, aldus Rutten, ook de mogelijkheid bestaat van veroordeling der weigerachtige partij tot het doen van een keuze, onder verbeurte van een dwangsom (artt. 611^a Rv e.v.) voor het geval hij aan die veroordeling niet mocht voldoen (vgl. ook Pitlo-Bolweg, p. 131). Rutten opteert echter voor de eenvoudiger oplossing, dat de rechter zelf de keuze uit mag brengen, nadat de keuzeplichtige een, door de rechter gestelde, keuzetermijn heeft laten verstrijken²⁴. Wanneer de keuze behoort aan meer dan één persoon (de erfgenamen van de oorspronkelijk gerechtigde bijv.) of aan een derde, en deze niet tot uitoefening van hun keuzerecht overgaan, moet het eveneens aan de rechter worden overgelaten de keuze uit te brengen.

Na dit scala van mogelijke regelingen voor het keuzeverzuim de revue te hebben laten passeren, betuigt Rutten tenslotte zijn instemming met de regeling van het keuzeverzuim, zoals het NBW die geeft in art. 6.1.4.3²⁵.

4. Duits, Frans en Engels recht

Het Bürgerliches Gesetzbuch bevat een regeling voor de alternatieve verbintenis (Wahlschuld) in de par. 262-265. Het keuzeverzuim wordt behandeld in par. 264 BGB:

- (1) Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder auf die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung

23. Asser, Verbintenissenrecht I (De verbintenis in het algemeen, 6e druk, 1981), p. 61.

24. Vgl. Gelinde van Blom o.c., nt 14.

25. In de nieuwste druk van Asser, Verbintenissenrecht I (De verbintenis in het algemeen volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek, 7e druk 1982) bespreekt Hartkamp alléén de regeling van het NBW, p. 101,102.

ganz oder zum Teil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien.

- (2) Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt.

De commentaren op par. 264 BGB²⁶ benadrukken alle, dat het keuzerecht niet tevens keuzeplicht is, dat derhalve dit keuzerecht op zichzelf niet een aparte inzet voor een geding kan vormen, waarin de nalatige partij tot nakoming van zijn keuzerecht wordt gedwongen.

De twee leden van par. 264 BGB bevatten een verschillende regeling voor het keuzeverzuim van de debiteur en dat van de crediteur.

Het keuzerecht van de debiteur moet worden onderscheiden van zijn prestatieplicht; voor het keuzeverzuim geldt dan ook een andere regeling dan voor de wanprestatie (Leistungsverzug: par. 286 e.v. BGB). Voorts wordt aan het keuzeverzuim van de debiteur niet het gevolg verbonden dat zijn keuzerecht nu overgaat op de crediteur. Bij nalatigheid van de keuzegerechtigde debiteur kan de crediteur slechts een alternatieve veroordeling uitlokken. Weigert de debiteur ook ná een alternatieve veroordeling zijn keuze te bepalen, dan kan de crediteur de executie van het vonnis op één van de alternatief verschuldigde prestaties richten. Het is echter niet zo dat, op het moment van de executie, het keuzerecht van de debiteur is overgegaan op de crediteur. Aan de debiteur blijft het keuzerecht voorbehouden zodat hij, ook na de aanvang van de executie, nog steeds één van de alternatief verschuldigde prestaties kan kiezen. Wel is zijn vrijheid nu in zoverre beperkt dat hij niet meer, zoals vóór de aanvang van de executie, door een enkele wilsverklaring²⁷ zijn

26. J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (12e druk), par. 262-265; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil (München 1979), p. 131 e.v.; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (München 1979), par. 262-265; Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB-RGRK), Band II, Teil I (Berlin, New York 1976), par. 262-265.

27. Par. 263 BGB: (1.) Die Wahl erfolgt durch die Erklärung gegenüber dem anderen Teile.

keuze kan bepalen, maar slechts door daadwerkelijke levering van één der prestaties.

De debiteur heeft zijn keuzerecht natuurlijk geheel verspeeld, wanneer de executerende crediteur de (door hem gekozen) prestatie geheel of gedeeltelijk ontvangen heeft.

Voordat keuzeverzuim bij de crediteur kan worden aangenomen, moet eerst vaststaan dat hij in "Verzug" is. Met "Verzug" in par. 264, abs. 2 wordt "Annahmeverzug" bedoeld (par. 293 ev. BGB). Voor het vaststellen van dit schuldeisersverzuim is het, bij de alternatieve verbintenis, reeds voldoende dat de debiteur de crediteur mondeling opgaaf heeft gedaan van de verschillende prestaties waaruit hij moet kiezen ("ein wörtliches Angebot", zie par. 295). Blijft de crediteur vervolgens weigerachtig zijn keuze te bepalen, zodat derhalve schuldeisersverzuim intreedt, dan kan de debiteur hem, onder het stellen van een bepaalde termijn, tot het doen van de keuze dwingen. Maakt de crediteur binnen deze termijn geen gebruik van zijn keuzerecht, dan gaat dit over op de debiteur. Wij zullen dit punt in het onderstaande nog nader ter sprake brengen.

Zoals wij hierboven reeds opmerkten, bevat de Code Civil²⁸ geen regeling voor het keuzeverzuim. Op verschillende wijzen wordt in de Franse literatuur getracht, deze lacune in de wet op te vullen.

Planiol en Ripert²⁹ menen dat, wanneer de debiteur uit een alternatieve verbintenis geen gebruik maakt van zijn keuzerecht, de crediteur de rechter kan verzoeken aan zijn nalatige wederpartij een termijn te stellen, waarbinnen deze een keuze moet maken. Na het verstrijken van de termijn mag de rechter zelf één van de alternatief verschuldigde prestaties kiezen. Eenzelfde oplossing wordt voorgesteld, indien de keuzegerechtigde crediteur nalatig is in het uitoefenen van zijn keuzerecht.

Mazeaud³⁰ voorziet in een veroordeling, desnoods met behulp van

28. Zie pag. 75

29. Planiol-Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Tome VII, deuxième partie, Obligations (Parijs 1954), nrs. 1048 e.v.

30. H. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Tome II, premier volume, Obligations (Parijs 1969), p. 933.

een dwangsom, van de nalatige debiteur³¹ tot het verrichten van één der alternatief verschuldigde prestaties. Mazeaud wil aan het keuzeverzuim van de debiteur niet het gevolg verbinden dat de rechter nu, in plaats van de debiteur, de keuze krijgt (de oplossing van Planiol en Ripert). Wèl wil hij de rechter de bevoegdheid geven om aan de gedupeerde wederpartij van de nalatige debiteur vervangende schadevergoeding toe te kennen. Bij het bepalen van de hoogte van dit geldsbedrag heeft de rechter een zekere keuzevrijheid, nu hij de waarde van de verschillende prestaties moet schatten.

Delvincourt³² tenslotte, meent dat de crediteur de rechter kan verzoeken aan de nalatige debiteur een termijn te stellen voor de uitoefening van zijn keuzerecht. Laat de debiteur deze termijn ongebruikt voorbijgaan, dan gaat zijn keuzerecht over op de crediteur.

Voor het Belgische recht, dat ook geen wettelijke regeling voor het keuzeverzuim kent, staat Kluyskens³³ eenzelfde regeling voor ogen.

Het Engelse recht bevat, voorzover ik heb kunnen nagaan³⁴, geen bijzondere regeling voor het keuzeverzuim. Wèl stuitte ik op de met ons probleem samenhangende vraag of, door het onmogelijk worden van één der reeds gekozen prestaties, de keuzegerechtigde debiteur gedwongen wordt zijn keuze te laten vallen op de overige alternatief verschuldigde prestatie(s), of dat hij geheel bevrijd is³⁵. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de bedoeling van partijen, voorzover men die kan afleiden uit de aard en de bewoordingen van het contract en van de omstandighe-

31. Mazeaud besteedt geen aandacht aan het keuzeverzuim van de crediteur.

32. M. Delvincourt, Cours de Code Civil, Tome V (Brussel 1825), p. 157 e.v. Ook deze schrijver laat zich niet uit over het keuzeverzuim van de crediteur.

33. A. Kluyskens, Beginselen van Burgerlijk recht, eerste deel, De Verbintenissen (1948), p. 221.

34. Chitty, On Contracts, Common Law Library "The Law of Contracts", volume I, General Principles (London, 24th edition, 1977), nrs. 1265, 1266. Halsbury, Laws of England, volume 9, (London, 4th edition, 1974), nrs. 446, 476.

35. Het BW en het NBW bevatten daarentegen wel bijzondere risicoregels voor het geval dat één der prestaties onmogelijk wordt vóórdat de keuze is gemaakt (artt. 1311, 1312 BW en 6.1.4.4 NBW).

den van het geval³⁶. In het algemeen zal de debiteur de nog overgebleven prestatie(s) voorzover deze wèl mogelijk zijn, moeten verrichten³⁷.

Het Nederlandse recht (NBW) komt, zo men weet, tot een andere conclusie: art. 6.1.4.2 bepaalt namelijk, dat de alternatieve verbintenis tot een enkelvoudige wordt, door het uitbrengen van de keuze door de daartoe bevoegde. Wanneer de debiteur tevóren reeds gekozen heeft voor de ene prestatie en deze wordt láter door overmacht onmogelijk, dan ontvangt de crediteur niets, omdat de verbintenis geconcentreerd was op deze ene prestatie³⁸. Het Engelse recht verbindt echter aan het uitbrengen van de keuze geen enkel rechtsgevolg³⁹, zodat de debiteur zich niet op overmacht kan beroepen ten aanzien van de door hem gekozen prestatie; de debiteur is verplicht zijn keuze nu uit te brengen op de andere prestatiemogelijkheden en maakt zich bij niet-nakoming van deze verplichting, schuldig aan keuzeverzuim.

5. Art. 6.1.4.3 NBW

Het Ontwerp heeft een zo eenvoudig mogelijke regeling willen geven voor het keuzeverzuim. Verschillende wetboeken bevatten,

36. Halsbury, o.c. nr. 446. M.i. wordt hier met zoveel woorden onderscheid gemaakt tussen een alternatieve en een facultatieve verbintenis; vgl. Bunge Y Born Co v. Brightman (H.A.) & Co (1925) All E.R. Rep. 607; hierbij was sprake van een verbintenis tussen de eigenaar van een schip en een bevrachter, tot het laden van het schip met tarwe en/of mais en/of gerst ter keuze van de bevrachter en binnen een bepaalde termijn. Beslist werd dat het uitvaardigen van een exportverbod voor tarwe weliswaar het oorspronkelijke plan van de bevrachter, zijn schip vol te laden met tarwe, doorkruiste, maar dat dit hem niet belette zijn keuze te wijzigen en het schip vol te laden met de mais en/of de gerst.

37. Barkworth v. Young (1856) 26 L.J.Ch. 153.163: "If the court is satisfied that the clear intention of the parties was, that one of them should do a certain thing, but he is allowed at his option to do it in one or other of two modes, and one of the modes becomes impossible by the act of God, he is still bound to perform it in the other mode."

38. De normale risicoregels voor een enkelvoudige verbintenis gelden dan dus (art.6.1.8.2 NBW en artt. 1480, 1481 BW).

39. Men leze de "opinion" van Viscount Radcliffe in: Reardon Smith Line Ltd. v. Ministry of Agriculture (1963) 1 All E.R., p. 551, 552.

aldus de MvT bij art. 6.1.4.3 NBW, een onnodig gecompliceerde regeling, doordat voor het geval van een crediteurskeuze een regeling van geheel andere opzet geldt dan voor dat van de debiteurskeuze⁴⁰. Zonder onderscheid te maken tussen het keuzeverzuim van de crediteur of de debiteur, wordt daarom aan de wederpartij van de nalatige keuzegerechtigde de bevoegdheid gegeven een redelijke termijn te stellen waarbinnen laatstgenoemde zijn keuze uit moet brengen. Wanneer hij daarmee in gebreke blijft, gaat het keuzerecht over op zijn wederpartij. Met een dergelijke regeling voor het keuzeverzuim wordt vermeden dat partijen zich tot de rechter moeten wenden om de impasse in de uitvoering van hun verbintenis te doorbreken⁴¹. Men zou de regeling kunnen vergelijken met de ingebrekestelling: vóórdat het keuzerecht overgaat, is de tot de keuze gerechtigde tijdig gewaarschuwd voor het gevolg van zijn nalatigheid in het doen van de keuze en kan hij binnen de gestelde termijn zijn keuze alsnog uitoefenen⁴².

Aan het begrip "redelijke termijn" wordt meer inhoud gegeven in lid 2: de keuzegerechtigde kan reeds worden gemaand om zijn keuzerecht uit te oefenen vóórdat zijn wederpartij het recht heeft om nakoming te vorderen of te voldoen. Het keuzerecht gaat echter pas over op de wederpartij op het tijdstip waarop de vordering opeisbaar is, of kan worden voldaan.

6. Slotbeschouwing

De uitvoering van een alternatieve verbintenis is afhankelijk van de daad van één der partijen of een derde: het uitoefenen van een keuzerecht. Is de keuzegerechtigde nalatig in het uitoefenen van zijn recht, dan blijft onzekerheid bestaan over de inhoud van de verbintenis en wordt haar uitvoering onmogelijk. Het keuzeverzuim is dan ook een executieprobleem. De verschillende oplossingen voor het probleem van het keuzeverzuim, welke in het bovenstaande zijn behandeld, beogen alle hetzelfde resul-

40. Van Zeben, Parlementaire Geschiedenis boek 6, p. 137, noot 1.

41. Van Zeben, ibidem.

42. J. de Ruiter, De alternatieve verbintenis, WPNR 15 juni 1968, p. 269.

taat, nl. dat de verbintenis zich uiteindelijk concentreert op één prestatie, zodat haar uitvoering mogelijk wordt.

De oplettende lezer zal intussen hebben opgemerkt, dat in deze oplossingen een tweedeling te maken valt, welke nauw samenhangt met een verschillende opvatting over de aard van het keuzerecht. Men kan het keuzerecht van de debiteur of crediteur opvatten als een (neven)recht (vgl. artt. 6.2.1.1 en 6.2.3.12 NBW), onlosmakelijk verbonden met de overige rechten en plichten uit de alternatieve verbintenis; pas wanneer de debiteur uit een alternatieve verbintenis één van meerdere alternatief verschuldigde prestaties levert, heeft hij tegelijk zijn keuzerecht uitgeoefend; prestatieplicht en keuzerecht vallen samen. Bij de keuzebevoegde crediteur: het uitoefenen van zijn keuzerecht (-plicht) vormt de noodzakelijke medewerking aan de debiteur bij de uitvoering van de alternatieve verbintenis.

In een andere opvatting is het keuzerecht een op zich zelf staand recht, aan welks uitoefening bindende rechtsgevolgen zijn verbonden, nl. het enkelvoudig worden van de verbintenis (zie art. 6.1.4.2 NBW): "Doordat de crediteur of debiteur dit keuzerecht heeft uitgeoefend, wordt de uitvoering van hun (enkelvoudige) verbintenis mogelijk."

In de eerste opvatting wordt het keuzeverzuim op één lijn gesteld met de wanprestatie en het schuldeisersverzuim: de keuzegerechtigde debiteur die niet kiest, pleegt tegelijk wanprestatie, omdat hij ook in gebreke blijft met zijn prestatieplicht (artt. 1279 BW en 6.1.8.6 NBW) en de crediteur die niet kiest tussen de verschillende prestaties, treedt tegelijk in crediteursverzuim, omdat hij niet meewerkt aan de nakoming van de verbintenis door de debiteur (artt. 6.1.7.1 en 2 NBW).

De andere zienswijze, welke men terugvindt in het NBW, vat het keuzerecht op als een bijzonder recht (náást de normale rechten en plichten van crediteur en debiteur), waarvoor een aparte regeling wordt gegeven in art. 6.1.4.3. Wanneer de keuzegerechtigde nalatig is in het uitoefenen van zijn recht, kunnen partijen zèlf, via de redelijke termijnstelling, de impasse in de uitvoering van hun verbintenis doorbreken; blijft de keuzegerechtigde ook dan nog weigerachtig, dan zal zijn wederpartij, op wie het keuzerecht is overgegaan, dit recht kunnen uitoefenen, zodat de alternatieve verbintenis tot een enkelvoudige wordt.

Schiet de oorspronkelijk keuzegerechtigde partij vervolgens (66k) tekort in de nakoming van de (nu enkelvoudig geworden) verbintenis, dan kan zij in rechte worden aangesproken op grond van wanprestatie of crediteursverzuim. Het voornaamste verweer van de nalatige zal dan hoogstwaarschijnlijk zijn: "Mijn wederpartij stelde mij een termijn, waarbinnen ik moest kiezen, welke niet redelijk was; ik hoefde nog niet te kiezen en zou, wanneer mij voldoende tijd gegund was, zelf een andere prestatie hebben gekozen dan degene die nu in rechte wordt gevorderd." Niet een gemakkelijke (bewijs)kwestie om (wellicht na zeer lange tijd) uit te moeten maken of de termijn inderdaad een redelijke is geweest, dan wel in een redelijke termijn is geconverteerd (art. 3.2.8. NBW)⁴³.

Door het (keuze)recht in eigen hand te nemen, riskeert de nieuwkeuzegerechtigde partij om later in het ongelijk te worden gesteld, wanneer zij in rechte nakoming vordert van de - in haar ogen enkelvoudig geworden - verbintenis⁴⁴. Afgezien van dit risico, zal de wederpartij van de nalatige keuzegerechtigde partij er dikwijls ook geen belang bij hebben, dat het keuzerecht op haar overgaat, omdat bij haar de deskundigheid ontbreekt voor het maken van de keuze: de reden waarom juist in veel gevallen het keuzerecht wordt toebedeeld aan de oorspronkelijk keuzegerechtigde (vgl. het voorbeeld van de galeriehouder in de inleiding)!

Het komt mij om deze reden verstandiger voor het moment van het keuzeverzuim en het tijdstip waarop sprake is van wanprestatie niet theoretisch van elkaar te scheiden, zoals het NBW in art. 6.1.4.3 doet, maar deze beide momenten te laten samenvallen. Keuzeverzuim is dan wanprestatie en omgekeerd. In het - zich waarschijnlijk zelden voordoende - geval dat de crediteur keuzeplichtig is, levert keuzeverzuim crediteursverzuim op: art. 6.1.7.3 geeft de debiteur dan de bevoegdheid om te vorderen dat de rechter hem van zijn verbintenis bevrijdt. In dit geval wordt het keuzeverzuim als executieprobleem verschoven naar het moment van de tenuitvoerlegging van het veroordelend vonnis; want hoe moet dit worden tenuitvoergelegd? Heeft de debiteur het in zijn

43. Van Zeben, *ibidem*, p. 137.

44. Zo ook J. de Ruiter, *ibidem*, p. 270.

macht de uitvoering van dit vonnis te beletten, omdat het keuze-recht hem nog stééds is voorbehouden? Een goede uitweg in dit probleem is, de nalatige debiteur te laten veroordelen tot het uitbrengen van een keuze, met daarbij de bepaling, dat hij een dwangsom zal verbeuren voor iedere dag, week of maand dat hij daarmee in gebreke zal blijven. (611a e.v. RV.).

Dit komt neer op een reeds door Rutten voor het huidige recht geopperde mogelijkheid. Zij is, alles nader in overweging genomen hebbend, zo onbevredigend nog niet als wel is aangenomen.

A.C. Steenbeek

Groningen, september 1986