

Ontbinding zonder formaliteiten

Prof.mr. W.H. van Boom*

Hoge Raad 8 juli 2011, LJN: BQ1684, *RvdW* 2011, 905 (*G4 vs. Hanzevast*)

De feiten en de procedure

Wanneer een partij bij een wederkerige overeenkomst deze wil ontbinden vanwege het tekortschieten van haar wederpartij, dan moet die partij ofwel een schriftelijke ontbindingsverklaring uitbrengen ofwel ten overstaan van de rechter de ontbinding vorderen (art. 6:267 BW). De eerste manier van ontbinden, ook wel buitengerechtelijke ontbinding genoemd, lijkt redelijk laagdrempelig. Vereist is dat de debiteur tekortschiet in de nakoming van een verbintenis en in verzuim is (tenzij nakoming tijdelijk of blijvend onmogelijk is, dan is verzuim niet nodig; art. 6:265 lid 2 BW). Als die twee voorwaarden zijn vervuld, kan een schriftelijke ontbindingsverklaring worden uitgebracht, die de contractsband beëindigt. Maar wat als dat geschrift ontbreekt?¹ De wet gaat ervan uit dat overeenkomsten niet vanzelf eindigen door de tekortkoming van een van de partijen. De partij die recht heeft op ontbinding, moet dat recht schriftelijk uitoefenen. Bij gebreke van een ontbindingsverklaring kan er dus geen ontbinding hebben plaatsgevonden, zo lijkt de simpele deductie. Toch zijn er complexe situaties denkbaar waar het weinig realistisch is om dat geschrift te eisen, zeker als partijen zich na de tekortkoming over en weer hebben gedragen alsof ze niet langer tot elkaar in een contractuele rechtsverhouding staan. Over een dergelijke complexe situatie gaat het geschil tussen G4 en Hanzevast.

Waar ging het om? Het voetbalstadion Euroborg, waar FC Groningen huist, is ontwikkeld en gebouwd door ontwikkelingsmaatschappij 'G4'.² Het nieuwe complex omvat overigens veel meer dan alleen een voetbalstadion. Zo zijn er ook kantoorruimtes beschikbaar. Over

de verkoop van een aantal kantoorruimtes treedt G4 op enig moment in onderhandeling met aspirant-koper Hanzevast.³ Bij brief van 27 mei 2004 doet Hanzevast een aanbod tot de aankoop van een aantal ruimtes tegen een bedrag van (uiteindelijk) ruim 9 miljoen euro. Vervolgens hebben partijen onderhandeld over de vormgeving en uitvoering van de kantoorruimte. Op 4 februari 2005 ontvangt G4 een technische omschrijving van Hanzevast, maar de 'wensenlijst' die daarin ligt besloten zou volgens G4 leiden tot ruim € 1,9 miljoen aan meerwerk. Partijen raken vervolgens in een uitleg-conflict over de vraag of er al een koopovereenkomst tot stand is gekomen, en zo ja, onder welke voorwaarden. Uiteindelijk wijzen zij naar elkaar als de partij die zich niet aan haar woord houdt. Bij brief van 29 juli 2005 bericht Hanzevast aan G4 dat geen overeenstemming is bereikt, en – subsidiair – dat als die wel bereikt zou zijn, G4 ernstig tekortgeschoten zou zijn omdat zij niet bereid was om tegen de afgesproken prijs het vereiste opleveringsniveau te leveren. In de brief stelt Hanzevast een ultimatum aan G4 om binnen 15 dagen alsnog te bevestigen dat zij tijdig zou leveren conform het vereiste niveau, bij gebreke waarvan Hanzevast de overeenkomst zou ontbinden.⁴

In deze procedure vordert G4 tweeërlei, te weten enerzijds een verklaring voor recht dat Hanzevast aansprakelijk is voor de door G4 geleden schade als gevolg van de tekortkoming van Hanzevast, en anderzijds de veroordeling van Hanzevast tot betaling van die schadevergoeding. G4 stelt zich op het standpunt dat Hanzevast wanprestatie heeft gepleegd door in haar brief van 29 juli 2005 te weigeren (en nadien te blijven weigeren) de kantoor-

* Met dank aan Siewert Lindenbergh en Ton Hartlief voor commentaar bij een eerdere versie.

1 Ik laat hier buiten beschouwing dat de ontbindingsverklaring op elektronische wijze mag worden uitgebracht wanneer het contract ook op elektronische wijze tot stand is gekomen. Zie art. 6:267 lid 2 BW jo. art. 6:227a lid 1 BW. Opmerkelijk genoeg moet echter de eventuele ingebrekestelling die aan de ontbinding voorafgaat,

nog steeds schriftelijk geschieden (art. 6:82 BW).

2 In deze rechtszaak wordt geprocedeerd door de commanditaire vennootschap (CV) Ontwikkelingsmaatschappij G4 en haar beherend vennoot Ontwikkelingsmaatschappij G4 Beheer B.V. Samen worden ze hier aangeduid als 'G4'.

3 In deze rechtszaak wordt geprocedeerd door Hanzevast Beleggingen III B.V., een projectvennootschap waarvan de aandelen gehouden worden

door Hanzevast Beleggingen B.V.

4 De schriftelijke ontbindingsverklaring kan al voorwaardelijk worden uitgebracht tegelijk met de ingebrekestelling waarin een termijn voor nakoming wordt gesteld. Blijft nakoming uit, dan kan aan het eind van de termijn de ontbinding als vanzelf volgen zonder dat nog een tweede brief nodig is.

ruimtes af te nemen tegen de overeengekomen voorwaarden. Hanzevast verweert zich met de stelling dat er nog geen definitieve koop was gesloten, en dat, als die er al was, Hanzevast rechtsgeldig ontbonden had door middel van de brief van 29 juli 2005. Het was immers G4 die toerekenbaar tekortschoot door te weigeren om de ruimtes op te leveren volgens het vereiste afleveringsniveau.

De rechtbank Groningen stelt G4 goeddeels in het gelijk. Zij oordeelt dat er wel degelijk een koopovereenkomst tot stand was gekomen, dat Hanzevast aanvullende eisen stelde die geen grond vonden in die overeenkomst en dat het dus niet G4 was die wanpresteerde maar Hanzevast. Deze laatste gaat in appel. Het Hof Leeuwarden oordeelt vervolgens dat G4, veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat zij het gelijk inderdaad aan haar zijde had, toch geen schadevergoeding kon vorderen. Immers, de overeenkomst is ook dan nog steeds niet ontbonden. Het Hof formuleert het zo:

‘G4 heeft de overeenkomst ook zelf niet ontbonden. Zij heeft geen ontbinding gevorderd en een buitengerechtelijke ontbindingsverklaring ontbreekt. Het hof ziet ook geen reden om G4 alsnog in de gelegenheid te stellen de overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden. Een dergelijke ontbinding zou, daargelaten of zij onder de gegeven omstandigheden nog rechtsgeldig zou kunnen geschieden, de procedure in een wel zeer laat stadium – immers na pleidooi in hoger beroep – op een geheel ander spoor zetten. Het hof acht dat in strijd met de goede procesorde. Het hof gaat er derhalve vanuit dat de overeenkomst volgens de eigen stellingen van G4 niet ontbonden is.’

De conclusie die daarop volgens het Hof moet volgen, is dat G4 ook geen schadevergoeding kan vorderen:

‘11. De schade die G4 als schadepost 1 vordert, is schade vanwege het niet doorgaan van de overeenkomst. Dat volgt uit de wijze waarop deze schade volgens G4 begroot dient te worden. G4 heeft, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, gesteld dat zij door de wanprestatie (...) (onder meer) aanspraak heeft op vergoeding van het positief contractsbelang (...). Dergelijke schade, vanwege het niet doorgaan van de overeenkomst, is slechts toewijsbaar wanneer de overeenkomst ten gevolge van een aan de wederpartij toerekenbare tekortkoming niet meer bestaat, doordat ze ontbonden is. In dat geval biedt de wet uitdrukkelijk grondslag voor vergoeding van het positief contractsbelang (artikel 6:277 lid 1 BW) (...). In geval van ontbinding van de overeenkomst heeft de gedupeerde contractant niet alleen aanspraak op vergoeding van de door de wanprestatie geleden schade (zoals verdragingschade en bijkomende schade), maar ook op vergoeding van schade die het gevolg is van de beëindiging van de overeenkomst (die inherent is aan de ontbinding). Zonder ontbinding ontbreekt een toereikende grondslag voor die schade echter. De overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenissen van partijen bestaan immers nog. De tekortschietende wederpartij kan, zolang niet ontbonden is, het verzuim zuiveren (artikel 6:86 BW), in welk geval van schade ten gevolge van het niet doorgaan van de overeenkomst in elk geval geen sprake meer is.’

Het Hof komt daarom tot het oordeel dat de vordering tot schadevergoeding niet toewijsbaar is nu de overeenkomst tussen partijen niet is ontbonden. De redenering is helder: zolang er niet ontbonden is, bestaat de verbintenis van Hanzevast nog steeds. Weliswaar is Hanzevast in verzuim, maar dat verzuim kan worden gezuiverd zolang de verbintenis bestaat, namelijk door alsnog na te komen en eventuele schade geleden in het overige vermogen van de wederpartij te vergoeden (art. 6:86 BW). Het toekennen van

vergoeding van het zogenaamde positief contractsbelang – kort gezegd de winst die G4 zou hebben gemaakt op de verkoop – kan niet aan de orde komen, aldus het Hof, zolang de overeenkomst niet ontbonden is en er dus nog uitzicht bestaat op zuivering van het verzuim door Hanzevast.

G4 gaat in cassatie tegen het arrest van het Hof. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Leeuwarden en verwijst naar het Hof Arnhem ter verdere behandeling. De Hoge Raad zet allereerst het stelsel van de wet uiteen:

‘3.3 Bij de beoordeling van het hiertegen gerichte middel dient het volgende tot uitgangspunt.

3.3.1 Volgens de T.M. op art. 6:265 BW is een niet-gerechvaardigde ontbindingsverklaring nietig (Parl. Gesch. Boek 6, blz. 1005). Daarmee is geen nietigheid in de zin van art. 3:40 BW bedoeld. De aangehaalde opmerking uit de wetsgeschiedenis moet aldus worden verstaan dat een niet-gerechvaardigde ontbindingsverklaring niet het daarmee beoogde rechtsgevolg heeft. Zij leidt op zichzelf niet tot ontbinding van de overeenkomst.

3.3.2 Bestrijdt de wederpartij de gerechvaardigheid van de ontbindingsverklaring, dan bestrijdt zij in beginsel daarmee ook het met de ontbindingsverklaring beoogde rechtsgevolg. De rechter zal dan bij declaratoir vonnis over die gerechvaardigheid moeten oordelen. Beslist de rechter dat de ontbindingsverklaring gerechvaardigd was, dan staat daarmee vast dat deze tot het daarmee beoogde rechtsgevolg heeft geleid, zoals geregeld in de artikelen 6:270 en 6:271 BW. Beslist de rechter daarentegen dat de ontbindingsverklaring niet gerechvaardigd was, dan staat daarmee in beginsel niet alleen vast dat de overeenkomst partijen nog steeds bindt, maar ook dat de ontbindingsverklaring heeft geleid tot verzuim van de partij die deze verklaring aflegde.

3.3.3 Partijen kunnen zich naar aanleiding van een niet-gerechvaardigde ontbindingsverklaring zodanig tegenover elkaar gedragen dat daarin een nadere, tot beëindiging van de overeenkomst strekkende, beëindigingsovereenkomst ligt besloten. Daarnaast kan het beroep op het voortbestaan van de overeenkomst afstuiten op art. 6:248 lid 2 BW (vgl. HR 15 januari 1993, LjN: ZC0822, NJ 1993/193 en de MvA II bij art. 6:86, Parl. Gesch. Boek 6, p. 307: “Voorts kunnen redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de bevoegdheid tot nakoming eindigt (...).”

De wederpartij kan voorts bestrijden dat de ontbindingsverklaring gerechvaardigd was, maar zich erbij neerleggen dat degene die de ongerechvaardigde ontbindingsverklaring heeft uitgebracht de overeenkomst niet meer uitvoert; de wederpartij zal dan ook van haar zijde de overeenkomst niet (verder) uitvoeren. In een zodanig geval ziet de wederpartij weliswaar af van haar recht op nakoming, maar dat betekent niet zonder meer dat zij daarmee ook haar rechten prijsgeeft die voortvloeien uit de niet-gerechvaardigde ontbindingsverklaring.’

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de vraag of er ruimte is voor schadevergoeding in een dergelijk geval:

‘3.3.4 Art. 6:277 BW strekt ertoe buiten twiifel te stellen dat ook de schade die door de ontbinding wordt veroorzaakt en die bij keuze van andere rechtsmiddelen niet zou zijn geleden, voor vergoeding in aanmerking komt. Hiermee werd het in oudere vakliteratuur wel verdedigde standpunt verworpen dat ontbinding de schuldeiser slechts recht zou geven op vergoeding van schade die het gevolg was van de wanprestatie van de schuldenaar, maar niet van de ontbinding zelf: “De keuze van dit rechtsmiddel mag hem dus niet ten kwade worden geduid” (T.M., Parl. Gesch. Boek 6, blz. 1036). Art. 6:277 stelt echter wat betreft de schadeplichtigheid van de tekortschietende schuldenaar geen andere of verdergaande eisen dan voortvloeien uit art. 6:74 BW. Ook in laatstgenoemde bepaling ligt dus besloten dat (ook) de schade die het gevolg is van het niet (verder) uitvoeren van de overeenkomst, daaronder begrepen het zogenaamde positief contractsbelang, vergoed moet worden door de schuldenaar wiens verzuim heeft geleid tot het niet (verder) uit te voeren van de overeenkomst.’

Ten slotte oordeelt de Hoge Raad dat het Hof wat betreft de schadevergoedingsvordering tot een andere conclusie had moeten komen:

‘3.4 Onderdeel 2 keert zich tegen de rov. 12 en 13 van het bestreden arrest voor zover daarin is overwogen, kort gezegd, dat de door G4 gevorderde schade wegens “het niet doorgaan van de overeenkomst” slechts toewijsbaar is wanneer de overeenkomst is ontbonden, in welk geval art. 6:277 lid 1 BW grondslag biedt voor vergoeding van het positief contractsbelang.

Uit hetgeen hiervoor in 3.3.3. en 3.3.4 is overwogen, volgt dat het onderdeel doel treft. Het hof heeft ten onrechte overwogen dat schade wegens “het niet doorgaan van de overeenkomst” - waarmee kennelijk is bedoeld op het feit dat de overeenkomst (wederzijds) niet verder is uitgevoerd - slechts toewijsbaar is wanneer de overeenkomst is ontbonden. Weliswaar is op zichzelf juist dat de vordering van een partij bij een wederkerige overeenkomst tot vergoeding van het positief contractsbelang op de grond dat haar wederpartij als schuldenaar in verzuim verkeert, kan afstuiten op het in art. 6:86 BW besloten recht op zuivering van het verzuim van die wederpartij. Maar indien deze laatste van de mogelijkheid tot zuivering van haar verzuim geen gebruik heeft gemaakt (zoals ten aanzien van Hanzevast het geval is), kan zij aan de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang niet tegenwerpen dat de overeenkomst niet is ontbonden.

3.5 In aanmerking genomen dat G4 een groot aantal vindplaatsen heeft genoemd uit de stukken van de feitelijke instanties waarin zowel zijzelf als Hanzevast zich op het standpunt heeft gesteld, samengevat weergegeven, dat beide partijen zich tegenover elkaar hebben gedragen alsof de overeenkomst door de ontbindingsverklaring van Hanzevast was beëindigd (zie onder meer de in het middel onder 7 vermelde citaten), heeft het hof met zijn door het onderdeel bestreden overweging blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het onderdeel slaagt.’

Onwerkzame ontbinding, ‘echte’ ontbinding en quasi-ontbinding

Het conflict tussen contractspartijen G4 en Hanzevast gaat in essentie over de vraag wie van de twee tekortschiet. Wie gelijk heeft, weten partijen pas als de rechter een bindend oordeel heeft gegeven over hoe hun rechtsverhouding uitgelegd moet worden. In de tussentijd kan de andere partij evenwel een ontbindingsverklaring hebben uitgebracht en zich vervolgens gedragen alsof het contract beëindigd is. Dat is wat hier gebeurt: Hanzevast brengt de ontbindingsverklaring uit, maar achteraf blijkt dat niet Hanzevast maar G4 het recht daartoe had. Het was namelijk Hanzevast die tekortschoot in de plicht om het gekochte af te nemen tegen betaling van de koopprijs.⁵ De door Hanzevast uitgebrachte verklaring was – zo stelt de rechter achteraf vast – een ‘niet-gerechvaardigde ontbindingsverklaring’ die geen rechtsgevolg heeft gehad (HR r.ov. 3.3.1).

De rechter die over de gerechtvaardigdheid van een ontbindingsverklaring oordeelt, verklaart dus slechts ‘voor recht’ wat tussen partijen al gold vanaf het moment van

het uitbrengen van de verklaring. Blijkt de verklaring gerechtvaardigd, dan staat vast dat de ontbinding daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Blijkt het tegendeel, dan is de overeenkomst blijven bestaan én is degene die de onwerkzame verklaring uitbracht, vanaf het moment van uitbrengen in debiteursverzuim geraakt (r.ov. 3.3.2). De Hoge Raad geeft niet nader aan wat de wettelijke grond voor dat verzuim is.⁶ Advocaat-generaal Wissink noemt in zijn conclusie artikel 6:83 aanhef en sub c BW.⁷ Dat lijkt mij een juiste categorisering: als de wederpartij een ontbindingsverklaring uitbrengt, laat zij blijken niet van plan te zijn na te komen en dan treedt verzuim zonder ingebrekestelling in.⁸

De Hoge Raad geeft vervolgens (r.ov. 3.3.3) een tweetal wegen waarlangs kan worden beargumenteerd dat een overeenkomst na het uitbrengen van de onwerkzame ontbindingsverklaring toch beëindigd kan raken. In de eerste plaats kan in de berustende gedragingen van beide partijen een beëindigingsovereenkomst besloten liggen. In de tweede plaats is denkbaar dat het beroep op het voortbestaan van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).

Bij de eerste variant eindigt de overeenkomst door het sluiten van een nieuwe overeenkomst die de partijen bevrijdt van de eerste overeenkomst. Daarvoor moet de wederzijdse berusting – als daar sprake van is – dus kunnen worden uitgelegd als een stilzwijgende meerzijdige rechtshandeling.

Bij de tweede variant wordt het ontbreken van een schriftelijke ontbindingsverklaring als het ware geheeld door de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid: de wanprestant mag zich er onder bepaalde omstandigheden niet op beroepen dat de formaliteiten niet in acht zijn genomen. De tweede variant deed zich voor in het arrest uit 1993 waar de Hoge Raad naar verwijst.⁹ Het ging daar om een ondeugdelijk uitgevoerde reparatie van een Rolls-Royce. Toen de klant daar achter kwam, weigerde hij betaling. De reparateur verklaarde zich vervolgens wel bereid om de gebreken te herstellen, maar alleen als de klant eerst zou betalen. Zo ontstond een patstelling. De reparateur dagvaardde de klant tot betaling. Rechtbank en Hof wezen die vordering af, waarbij het Hof oordeelde dat de betalingsverplichting van de klant was vervallen. De reparateur klaagt zich vervolgens in cassatie over die redenering: er was immers geen ontbinding gevorderd door de klant, dus de betalingsplicht moest nog bestaan. De Hoge Raad oordeelt dat de hoofdregel inderdaad is dat ontbinding moet plaatsvinden maar dat in de gegeven omstandigheden een beroep op die hoofdregel naar maat-

5 Ik laat even daar de vraag of een koper die niet afneemt als debiteur tekortschiet of slechts als crediteur in verzuim raakt (art. 6:58 BW). Dat is een kwestie van uitleg van de overeenkomst. Overigens kan de koper die in crediteursverzuim raakt, logischerwijs niet tot ontbinding overgaan (art. 6:266 lid 1 BW). In elk geval schiet een koper die ten onrechte weigert de koopprijs te betalen, als debiteur tekort (art. 6:74 BW).

6 Overigens kan verzuim dan natuurlijk al zijn ingetreden op grond van het feit dat de partij die de onwerkzame verklaring uitbrengt, een voor de nakoming bepaalde termijn heeft laten verstrijken. Zie art. 6:83 aanhef en sub a BW.

7 Concl. onder 2.11 voetnoot 13.

8 Het moment waarop de mededeling als bedoeld in art. 6:83 aanhef en sub c BW wordt gedaan, is overigens minder van belang. HR 9 juli

2010, LJN: BM2334, NJ 2010, 417 (*Renault / Nieuwkoop*) bepaalt immers dat het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, ook indien de vordering op het moment van die mededeling nog niet opeisbaar was. In zoverre overlapt art. 6:83 aanhef en sub c BW met art. 6:80 lid 1 sub b BW. HR 15 januari 1993, LJN: ZC0822, NJ 1993, 193 (*Oosterhuis / Buitenhuis*).

staven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.¹⁰ Bij die omstandigheden behoorde natuurlijk het gegeven dat de reparateur steeds weigerde te herstellen zonder eerst betaald te worden, maar ook dat de klant inmiddels de Rolls-Royce had doorverkocht zodat herstel inmiddels definitief onmogelijk was geworden.

De derde variant, en die lijkt zich hier voor te doen, ligt in het verlengde van de tweede variant. Hoewel het erop lijkt dat de overeenkomst niet echt ontbonden raakt, komt wel het recht op nakoming over en weer te vervallen. In dat opzicht treedt dus hetzelfde rechtsgevolg in als bij ontbinding: met de ontbinding komt de verplichting tot nakoming van de primaire prestatie te vervallen en voor zover al is gepresteerd moet ongedaan worden gemaakt (art. 6: 271 BW).

De derde variant doet zich voor als de wederpartij van degene die de onwerkzame verklaring uitbrengt, zich erbij neerlegt dat deze laatste niet zal nakomen en zelf ook niet meer nakomt. In dat geval ziet de wederpartij af van haar recht op nakoming, maar bestrijdt zij wel de ontbindingsverklaring en wil zij haar overige rechten (zoals het recht op schadevergoeding) blijven uitoefenen (r.ov. 3.3.3). De Hoge Raad werkt deze derde variant niet heel precies uit. Als ik het goed zie, moet in de derde variant namelijk niet alleen de verbintenis (tot afname en betaling van de koopprijs) die rust op de wanpresterende koper komen te vervallen, maar ook de daar tegenoverstaande verbintenis van de verkoper (tot overdracht). Wat dan overblijft, zijn, in de woorden van de Hoge Raad, 'rechten die voortvloeien uit de niet-gerechvaardigde ontbindingsverklaring'. Dat lijkt mij ook niet heel precies: verkoper G4 heeft toch vooral schadevergoedingsrechten wegens het tekortschieten van Hanzevast en het uitblijven van een in alle opzichten perfecte nakoming. Uit de onwerkzame ontbindingsverklaring vloeit – als ik r.ov. 3.3.1 goed begrijp – hoogstens voort dat Hanzevast in verzuim raakt. De Hoge Raad lijkt hier een nauwelijks omlijnde figuur van quasi-ontbinding te creëren; ik kom daar op terug.

Schadevergoeding

Kan schade wegens 'het niet doorgaan van de overeenkomst' toegewezen worden wanneer de overeenkomst niet is ontbonden? Hier raakt het Hof in de knoop met artikel 6:277 BW door te stellen dat het zogenaamde positief contractsbelang alleen maar gevorderd kan worden als de overeenkomst ontbonden is.

Voordat we nader bekijken hoe de Hoge Raad hiermee omgaat, is het goed om op een rij te zetten wat schade wegens 'het niet doorgaan van de overeenkomst' eigenlijk is.

Wetstechnisch is het zo dat bij een wederkerige overeenkomst – hier de koop – twee primaire prestaties tegenover elkaar staan: de verbintenis tot betaling van de koopprijs en de verbintenis tot overdracht van de gekochte zaak. Zolang de overeenkomst niet is ontbonden, blijven deze primaire prestaties – althans volgens de wetssystematiek – verschuldigd. Zolang er niet ontbonden wordt, kunnen verbintenissen alleen vervallen door nakoming of omzetting in een verbintenis tot *vervangende schadevergoeding*.¹¹ Die laatste figuur is niet goed uitgewerkt in het BW, maar ze ligt besloten in artikel 6:74 BW en 6:87 BW. Vervangende schadevergoeding is kort gezegd het equivalent van de primaire prestatie in geld.¹² Als bijvoorbeeld een ring € 500 waard is, dan is € 500 de vervangende schadevergoeding die in de plaats zou kunnen treden voor een primaire verbintenis tot overdracht van de ring. Omzetting van een primaire verbintenis in een vervangende schadevergoeding geschiedt ofwel door het uitbrengen van een (schriftelijke!) omzettingsverklaring of van rechtswege indien nakoming van de primaire prestatie onmogelijk is geworden (art. 6:74 en 6:87 BW). Het geijkte voorbeeld hier is dat van een overeenkomst van schenking (art. 7:175 BW) waarbij de geschonken zaak ter waarde van € 40 na het totstandkomen van de overeenkomst, maar voor de overdracht aan de begiftigde tenietgaat door schuld van de schenker. In dat geval is nakoming blijvend onmogelijk en wordt de primaire verbintenis tot overdracht *van rechtswege* omgezet in een tot vervangende schadevergoeding ad € 40 (art. 6:74 BW, of ook wel art. 6:87 BW *a contrario*).

De vervangende schadevergoeding zal veelal niet aan de orde zijn bij de wederkerige overeenkomst omdat ontbinding in de regel veel eenvoudiger is, maar in theorie zou vervangende schadevergoeding ook bij wederkerige overeenkomsten een rol spelen. Ik leg dat uit aan de hand van een strikt theoretisch voorbeeld. Stel dat een contract A ertoe verplicht om aan B een zaak te leveren tegen betaling door B van € 100. De zaak heeft echter een marktwaarde van € 120 zodat B een nettowinst kan realiseren van (laten we aannemen) € 20. Als A niet levert, en B niet ontbindt maar de plicht tot levering door A omzet in een tot vervangende schadevergoeding, blijft het contract in stand. B zal € 100 aan A moeten betalen en B zal de objectieve waarde van de prestatie ad € 120 aan B moeten betalen bij wijze van vervangende schadevergoeding. Omdat het hier om prestaties gaat die elk in geld zijn uitgedrukt, zal verrekening kunnen plaatsvinden (art. 6:127 BW). Na verrekening blijft voor B een netto vergoeding over van € 20. Dit is natuurlijk een theoretisch voorbeeld, want B kan per saldo hetzelfde resultaat bereiken door niet een

¹⁰ Vermeld zij nog dat op de feiten van dit arrest het voor 1992 geldende oude BW van toepassing was. Het oude recht stond buitengerechtelijke ontbinding alleen toe als dat bedongen was. Indien daar geen sprake van was, moest de rechter eraan te pas komen. De Hoge Raad verwijst niettemin ongeclausuleerd naar het arrest en daarom mag m.i. worden aangenomen dat de Hoge Raad van oordeel is dat de ratio van dat arrest ook opgeld doet onder het huidige regime.

¹¹ Vervangende schadevergoeding en aanvullende schadevergoeding – hoewel zeer verschillend – liggen beiden besloten in art. 6:74 BW. Zie verder omtrent het onderscheid C.J.H. Brunner e.a., *Verbintenissenrecht algemeen* (studiereeks burgerlijk recht), 3e druk, Deventer: Kluwer 2011, nr. 198; A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*,

Deventer: Kluwer 2008, nr. 380 e.v.; G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW deel B-33), Deventer: Kluwer 2006, nr. 30.

¹² De begroting van vervangende schadevergoeding dient m.i. te geschieden door de waarde te bepalen die de prestatie objectief gezien had op het moment van tekortschieten. Zie nader HR 26 april 2002, LjN: AD9339, NJ 2004, 210 (*Sparrow / Van Beukering*).

omzettingsverklaring ex art. 6:87 BW (en een verrekeningsverklaring) uit te brengen maar een ontbindingsverklaring ex art. 6:267 BW. Het dogmatische verschil tussen de twee varianten zit hierin dat bij ontbinding de primaire verbintenissen ophouden te bestaan (art. 6:271 BW) en er dus niet nog over en weer € 100 en € 120 betaald c.q. verrekend moet worden. Bij de ontbinding blijft op grond van artikel 6:277 BW het recht op de netto vergoeding van € 20 over: dat is het positief contractsbelang omdat dat de vermogenstoename is die B bij een volledig correcte nakoming door A zou hebben genoten.

De reden waarom ik hier de vervangende schadevergoeding in verband breng met het positief contractsbelang van artikel 6:277 BW, is om te laten zien dat er een natuurlijk verband tussen de twee bestaat en dat het vorderen van positief contractsbelang zonder ontbinding wetstechnisch inpasbaar is.¹³

Tegen deze achtergrond kunnen we nu wellicht beter begrijpen wat de Hoge Raad overweegt ten aanzien van het recht op schadevergoeding. G4 vordert in deze procedure vergoeding van de schade 'wegens het niet doorgaan van de overeenkomst'. Om die schade te bepalen, heeft G4 laten berekenen wat de marktwaarde van de verkochte ruimtes was op het moment dat Hanzevast weigerde af te nemen en de (ongeldige) ontbindingsverklaring uitbracht. G4 vordert in deze procedure bij wijze van schadevergoeding het verschil tussen de afgesproken koopprijs en de werkelijke marktwaarde. Het Hof oordeelt dat deze schade niet vergoed kan worden omdat de overeenkomst nog bestaat, Hanzevast het verzuim nog zou kunnen zuiveren door alsnog tegen de afgesproken prijs af te nemen (binnen de grenzen van art. 6:86 BW), en artikel 6:277 BW alleen van toepassing kan zijn na ontbinding. De Hoge Raad overweegt in essentie (r.ov. 3.3.4) dat artikel 6:277 BW alleen maar buiten twijfel stelt dat bij wanprestatie van de ene partij, de andere partij het recht heeft om voor ontbinding te kiezen en dat die keuze hem niet tegenovergesteld mag worden. Maar of er nu ontbonden wordt of niet, de andere partij heeft er recht op om in de situatie te worden gebracht waarin hij bij volledig correcte nakoming zou hebben verkeerd. Zowel artikel 6:277 BW als artikel 6:74 BW brengt met zich mee, aldus de Hoge Raad, 'dat (ook) de schade die het gevolg is van het niet (verder) uitvoeren van de overeenkomst, daaronder begrepen het zogenoemde positief contractsbelang, vergoed moet worden door de schuldenaar wiens verzuim heeft geleid tot het niet (verder) [uitvoeren] van de overeenkomst'.¹⁴

Men hoeft dus niet altijd de formaliteit van de ontbindingsverklaring te volgen om het positief contractsbelang vergoed te krijgen. Maar hoe zit dat dan wetstechnisch in

elkaar? De argumentatie van de Hoge Raad is op dit punt niet helder. Op een tijdslijn gezien, kunnen we stellen dat de onwerkzame ontbindingsverklaring Hanzevast in verzuim brengt. Dat verzuim wordt door G4 niet benut om van haar zijde een ontbindingsverklaring uit te brengen. Het gevolg daarvan is dat de verbintenis van Hanzevast nog bestaat en dat zij, zolang deze bestaat, haar verzuim kan zuiveren. Kennelijk is er vervolgens ergens in de tijd gemeten een moment gekomen waarop het verzuim van Hanzevast definitief niet meer gezuiverd werd, dat G4 van haar recht op nakoming af zag en dat zij vervolgens het positief contractsbelang mocht vorderen. Het komt erop neer dat als G4 na de onwerkzame ontbindingsverklaring ervoor kiest om niet langer nakoming te vorderen maar alleen het netto positief contractsbelang, en Hanzevast intussen niets doet om haar verzuim te zuiveren, dit er kennelijk toe leidt dat de verbintenissen over en weer komen te vervallen en dat het recht op vergoeding van het netto positief contractsbelang bij wijze van schadevergoedingsverbintenis overblijft. Wat echter ontbreekt is de wettelijke grondslag voor het verval van de verbintenis tot betaling van de koopprijs (en de eventuele verbintenis houdende een afnameplicht) en een duidelijke markeringspunt van het moment waarop dit gebeurt.¹⁵

De argumentatie van de Hoge Raad scharniert om het oordeel dat Hanzevast niet kan tegenwerpen dat de overeenkomst niet is ontbonden omdat ze niets heeft gedaan om haar verzuim te zuiveren (r.ov. 3.4). Een begrijpelijke gedachtegang, maar zij past niet goed in de wettelijke systematiek. Het niet-zuiveren van verzuim kan allerlei rechtsgevolgen hebben die in de wet zijn neergelegd, maar het leidt niet zomaar tot het verval over en weer van verbintenissen. Het is volgens de wet integendeel de wederpartij van degene die in verzuim verkeert, die geacht wordt een formaliteit te verrichten: het verzuim geeft de wederpartij *het recht* om een schriftelijke omzettingsverklaring of schriftelijke ontbindingsverklaring uitbrengen. Als men dat recht niet uitoefent, eindigt de verbintenis niet.

Wellicht doelt de Hoge Raad, waar hij oordeelt dat Hanzevast het niet uitbrengen van een ontbindingsverklaring 'niet kan tegenwerpen' aan G4, op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid als instrument om de ontbindingsformaliteiten te omzeilen? Een verwijzing naar artikel 6:248 lid 2 BW zou – afgezien van de vraag of dat cassatietechnisch mogelijk en opportuun was – welkom zijn geweest. Dan was in elk geval duidelijk geweest hoe de Hoge Raad de inpassing van zijn beslissing precies ziet. Dat zou de inpassing overigens ook om een andere reden eenvoudiger hebben gemaakt: als men wil aannemen dat artikel 6:248 lid 2 BW het ontbreken van een ontbin-

13 Let wel: in deze casus kan verkoper G4 niet goed omzetten zoals in het voorbeeld: G4 kan wellicht wel de prestatie van Hanzevast om te betalen en af te nemen, omzetten in een vervangende schadevergoeding, maar hij kan zijn eigen leveringsplicht niet omzetten. Wat G4 in essentie vordert is betaling van dat deel van de koopprijs dat hem winst had bezorgd (het positief contractsbelang). Ik zou dat overigens niet, zoals A-G Wissink in

zijn conclusie (nr. 2.39) doet, een aanvullende schadevergoeding noemen. Het is toch echt een (partiële) vervanging van de primaire prestatie die de koper verschuldigd was.

14 De tekst van het arrest spreekt van 'uit te voeren' maar dit zal 'uitvoeren' moeten zijn.

15 Ik merk op dat bij het vorderen van positief contractsbelang langs de weg van de omzetting van de primaire verbintenissen (en verrekening

van de aldus gecreëerde geldverbintenissen; zie eerder in de hoofdtekst) dat markeringspunt er wel is: ofwel op het moment dat nakoming van de primaire verbintenis onmogelijk is geworden ofwel op het moment dat een omzettingsverklaring (en verrekeningsverklaring) wordt uitgebracht. Dit alles is strikt theoretisch, maar laat wel zien dat de door de Hoge Raad gekozen route geen 'hectometerpaaltjes' heeft.

dingsverklaring kan 'helen', dan kan men vervolgens ook aannemen dat er wel een ontbinding heeft plaatsgevonden en dat dus artikel 6:277 BW wel rechtstreeks van toepassing is. Het lijkt erop dat de Hoge Raad hier een quasi-ontbinding mogelijk acht.

Inpassing van ontbinding zonder formaliteiten

Dat het Hof zich in deze zaak netjes aan de letter van de wet heeft gehouden, is begrijpelijk: als er geen ontbinding heeft plaatsgevonden en er is evenmin een beëindigingsovereenkomst gesloten, dan bestaat het contract nog en de verbintenissen dus ook. G4 had alle tijd gehad om een ontbindingsverklaring uit te brengen (of om ontbinding tijdig in procedure te vorderen). De eis van een verklaring is er niet voor niets: zij creëert duidelijkheid en markeert het einde van de contractsband (al is het soms de rechter die dat veel later pas vaststelt). Door die verklaring niet uit te brengen, speelde G4 het spel niet volgens de regels van het BW. Die regels, die ertoe dienen om duidelijkheid te creëren in een situatie waarin de crediteur uit verschillende opties kan kiezen, zijn in de literatuur overigens wel bekritiseerd. Het schriftelijkheidsvereiste is wel afgedaan als een te hoge drempel. Volgens verschillende auteurs zouden ontbindingsverklaringen ook vormvrij moeten kunnen worden uitgebracht en in handelingen besloten moeten kunnen liggen.¹⁶

De Hoge Raad neigt in deze casus voorzichtig naar deze meer materiële benadering: partijen hebben zich na het ontstaan van hun geschil gedragen alsof het contract beëindigd was en het geschil spitste zich vooral toe op de vraag of G4 het ontgane voordeel vergoed kon krijgen. Het is dan – zo herformuleer ik het arrest van de Hoge Raad gemakshalve – onoorbaar om in de procedure opeens een beroep te doen op het ontbreken van een papertje terwijl uit alles blijkt dat beide partijen het er wel over eens waren dat dit contract nooit meer uitgevoerd zou worden. Voor die benadering is natuurlijk ook veel te zeggen. Formaliteiten moeten geen valkuilen worden. Ik denk daarom dat ik het per saldo meer eens ben met het oordeel van de Hoge Raad. Maar zoals hiervoor uiteengezet, hapert de argumentatie en lijkt gekozen te worden voor een quasi-ontbinding. Overzichtelijker lijkt het mij om wél aan het uitgangspunt van ontbinding vast te houden, maar om tegelijk te aanvaarden dat dit soms zonder verklaringsformaliteit mogelijk moet zijn.

Langs die lijnen geredeneerd, zie ik drie categorieën van ontbinding zonder ontbindingsverklaring.¹⁷ In alledrie de gevallen is 'echte' ontbinding het rechtsgevolg, zo zou ik willen verdedigen. De ontbindingsverklaring kan achterwege blijven als 1) beide partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend instemmen met beëindiging van de contracts-

band en aldus een beëindigingsovereenkomst hebben gesloten; 2) partijen zich na het ontstaan van het conflict over de uitvoering zo hebben gedragen dat daaruit kan worden afgeleid dat zij de uitvoering van de overeenkomst niet langer als een reële optie hebben gezien of 3) de opstelling van het gedrag van de wanpresterende partij zodanig is geweest dat zij zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag beroepen op het ontbreken van de ontbindingsverklaring.

Het fundament voor de eerste mogelijkheid is gelegen in wilsovereenstemming (art. 6:216 BW) en vertoont trekken van de overeenkomst van afstand van recht (art. 6:160 BW). De tweede mogelijkheid ligt in het verlengde daarvan maar is minder omvattend. Zo kan het bestaan van een onvoorwaardelijke liberatoire overeenkomst ter beëindiging van een obligatoire overeenkomst niet zomaar worden afgeleid uit het feit dat partijen inactief blijven op het punt van het vorderen van wederzijdse nakoming. Dat zij geen nakoming vorderen hoeft namelijk niet te betekenen dat zij ook zondermeer afstand doen van andere rechten zoals schadevergoedingsrechten.¹⁸ Die inactiviteit kan mogelijk wel worden uitgelegd als een beperkte 'afstand van het recht om een beroep te doen op het ontbreken van een ontbindingsverklaring'. Dat is geen echte afstand van recht in de zin van artikel 6:160 BW omdat het meer wegheeft van het doen van afstand van een verweermiddel dan van een vorderingsrecht.

Mogelijk kan hier ook aansluiting worden gezocht bij de figuur van rechtsverwerking: de debiteur heeft in beginsel het verweermiddel in handen jegens de crediteur dat zonder ontbindingsverklaring geen ontbinding kan intreden, maar de gedragingen van beide partijen danwel van de debiteur alleen kunnen – in combinatie met bijzondere omstandigheden – bij de crediteur het gerechtvaardigd vertrouwen wekken dat de debiteur dit verweermiddel niet (meer) zal inroepen. Een beroep op het ontbreken van de ontbindingsverklaring kan dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 lid 2 BW).¹⁹ Men zou mogelijk ook kunnen stellen dat het gerechtvaardigd vertrouwen bij de crediteur heeft geleid tot een rechtsgeldige 'afstand van het verweermiddel' onder de werking van artikel 3:33 jo. artikel 3:35 BW.

De tweede mogelijkheid loopt als het ware over in de derde mogelijkheid. Die laatste is gegrond in de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, gegeven het onoorbare gedrag van de debiteur en/of dier onoorbare beroep op het ontbreken van de ontbindingsverklaring. Hier staat niet zozeer het vertrouwenwekkende element richting crediteur centraal maar het onoorbare gedrag van de debiteur, en in zoverre kunnen (maar dat hoeft niet!) de tweede en derde mogelijkheid de verschillende zijden van dezelfde munt zijn. ■

¹⁶ Zie de verwijzingen bij F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW deel B-58), Deventer: Kluwer 2011, nr. 9.

¹⁷ Ik laat hier buiten beschouwing de situatie waarin de werkzame ontbindingsverklaring reeds

bij voorbaat wordt uitgebracht of besloten ligt in de (schriftelijke) ingebrekestelling.

¹⁸ Het blijft een kwestie van uitleg: inactiviteit kan namelijk ook als een beroep op opschorting (art. 6:262 BW) worden gekwalificeerd.

¹⁹ Zie over rechtsverwerking bijv. HR 29 september 1995, LJN: ZC1827, NJ 1996, 89 (*Van den Bos / Provincial*).