

# ONTWERP-BOEK 6 NIEUW BURGERLIJK WETBOEK VAN SURINAME

## MEMORIE VAN TOELICHTING

### Boek 6 - Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht

#### Algemeen

De stof die Boek 6 regelt, is ingedeeld in een vijftal titels, waarvan de eerste twee betrekking hebben op alle verbintenissen, de overige op verbintenissen uit verschillende bron: de onrechtmatige daad, andere oorzaken "uit de wet" (zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking) en de overeenkomst.

In bijzondere mate voor dit boek geldt dat zijn regels voortbouwen op het bestaande recht, zoals dat uit de wet is ontwikkeld door rechtspraak, rechtspraktijk en rechtsleer. In de hierna volgende toelichting, die per titel en afdeling is geordend, zal in het bijzonder aandacht voor de systematiek en voor de afwijkingen ten opzichte van het huidige recht worden gevraagd.

Een algemene trek van Boek 6 is dat het, veel meer dan het Derde Boek van het huidige BW, systematisch is opgezet. Zo zijn in titel 1, afdeling 10, regels omtrent de wettelijke verplichting tot schadevergoeding te vinden, onverschillig of die verplichting ontstaat uit overeenkomst, onrechtmatige daad of enige andere bron. Hierin uit zich de gelaagdheid van het nieuwe wetboek: wat omtrent een koopovereenkomst geldend recht zal zijn, volgt niet slechts uit de bijzondere regeling daaromtrent in titel 7.1, maar ook uit titel 6.5, titel 6.1 en tevens uit titel 3.2 inzake de rechtshandeling.

Het ontwerp bevat geen definitie van hetgeen onder "verbintenis" moet worden verstaan. Zij vormt die categorie van rechtsplichten die jegens een of meer bepaalde personen bestaan, aan wie een vorderingsrecht tot nakoming van een verschuldigde prestatie toekomt; dit vorderingsrecht is een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 en als zodanig een goed in de zin van artikel 3:1. Rechtsplichten die niet aan deze vereisten voldoen, zijn geen verbintenissen, maar hun schending kan wel een onrechtmatige daad opleveren, die kan leiden tot een verbod of bevel en, indien aan de eisen daarvoor is voldaan, tot een verbintenis tot schadevergoeding.

### Titel 6.1 - Verbintenissen in het algemeen

#### Algemeen

De afdelingen van deze titel bergen onder meer het meeste van hetgeen in de titels 1 en 4 van het Derde Boek van het BW is geregeld, doch slechts ten dele - zie in het bijzonder de afdelingen 2 tot en met 6 en afdeling 12 - in een indeling in afdelingen die vergelijkbaar is met die van de rubricering van het huidige wetboek; een deel is voorts overgebracht naar titel 6.2.

Voorts zijn sommige onderwerpen, zoals de nietigheid en vernietigbaarheid van verbintenissen - behalve die op grond van dwaling - geregeld in Boek 3 en wel in titel 3.2, tezamen met die omtrent andere rechtshandelingen.

Het belang van de titel komt ook hierin uit dat het aantal van zijn artikelen (ruim) de helft van het aantal van geheel Boek 6 beslaat.

### Afdeling 6.1.1 - Algemene bepalingen

Artikel 1 is van belang omdat het de mogelijke bronnen van verbintenissen aanduidt. Het artikel heeft een andere inhoud dan artikel 1254 BW thans. Dat ook de overeenkomst verbintenissen doet ontstaan, "vloeit" in de zin van artikel 1 uit de wet "voort".

Verbintenissen plegen te worden onderscheiden in die van het geschreven recht en die van het ongeschreven recht. Ook het ongeschreven recht leidt tot verbintenissen die uit de wet voortvloeien. Zo doen de wetsartikelen 2 en 248 verbintenissen uit redelijkheid en billijkheid ontstaan en schept artikel 162 een verbintenis tot schadevergoeding wegens een fout die onder andere kan bestaan in een doen of handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, enz. Uit de wet vloeien mede voort verbintenissen welke de rechter krachtens zijn wettelijke bevoegdheid oplegt en eveneens kunnen daartoe worden gerekend die welke in het stelsel der wet passen en

aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen (zie omtrent deze laatste reeds voor het geldende recht HR 30-1-1959, NJ 1959, 548, Quint-te Poel).

Artikel 2 verheft de regel van artikel 1359, derde lid, en artikel 1360 van het huidige BW betreffende overeenkomsten tot een regel die het gehele verbintenissenrecht beheerst (zie daarnaast artikel 248 in het bijzonder voor overeenkomsten). De term "goede trouw" wordt in dit - verbintenissenrechtelijk - verband niet meer gebezigd: hij wordt hier vervangen door "(de eisen van) redelijkheid en billijkheid". (De term "goede trouw" komt wettelijk nu nog slechts voor in zijn (andere) betekenis van "niet weten en niet behoeven te weten", zoals die met name in het goederenrecht gebruikelijk is; zie artikel 3:11.) Zie voor zijn nadere omschrijving artikel 3:12; vgl. ook de verwijzingen naar artikel 2 in de artikelen 3:166 en 5:124. Ook elders kan krachtens wet en rechtspraak de norm van redelijkheid en billijkheid rechtsverhoudingen beheersen - aldus bijvoorbeeld in het ontwerp artikel 8 en in de rechtspraak de precontractuele verhouding (HR 15-11-1957, NJ 1958, 67).

Men pleegt te onderscheiden tussen de aanvullende en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Voor de eerste denke men aan verplichtingen zoals die tot het verschaffen van inlichtingen en mededelingen, tot het voeren van overleg, tot het inachtnemen van opzegtermijnen.

Het eerste lid van artikel 2 behelst de algemene regel, het tweede lid spitst deze toe op de zgn. beperkende of derogerende werking daarvan, in een omschrijving die enerzijds afwijking van – zelfs dwingende – regels, voortvloeiend uit wet, gewoonte of rechtshandeling, kan toelaten, doch anderzijds de mogelijkheid tot die afwijking sterk begrenst. Te denken valt bijvoorbeeld aan de gevallen van rechtsverwerking en exoneration (vgl. HR 31-12-1993, NJ 1995, 389, waarin een beroep op de beperkende werking werd ontzegd). Zie ook HR 31-1-1992, NJ 1992, 686, voor derogatie aan een wettelijke bepaling, waarover verder bij de artikelen 4 en 130. Enkel tijdsverloop of enkel stilzitten is onvoldoende voor rechtsverwerking (HR 26-3-1999, NJ 1999, 445).

Uit de redelijkheid en billijkheid kunnen verbintenissen voortvloeien, doch ook kan niet-nakoming van de verplichting tot andere rechtsgevolgen leiden - zie HR 9-6-1995, NJ 1995, 639: als de bank niet aan degene ten behoeve van wie zij een bankgarantie heeft gesteld, mededeelt dat diens beroep niet aan de vereisten voldoet, kan het gevolg zijn ontzegging van haar recht zich op het gebrek te beroepen, doch, afhankelijk van de omstandigheden van het geval - waaronder de aard van het gebrek en de gevolgen van de niet-mededeling daarvan - is het ook mogelijk dat moet worden volstaan met, gehele of gedeeltelijke, vergoeding van schade.

De artikelen 3, 4 en 5 geven regels omtrent de natuurlijke verbintenis, die weliswaar verbintenis is, maar waarvan de verschuldigde prestatie niet kan worden afdwongen; zie echter wel de artikelen 56 en 131 die ondanks het intreden van verjaring van een rechtsvordering, waarna een natuurlijke verbintenis resteert, niettemin de bevoegdheden tot opschorting en verrekening handhaven. Voorbeelden van artikel 3, tweede lid, onderdeel a, zijn, behalve de verbintenissen uit spel en weddenschap (artikel 1807 van het geldende BW), de verbintenissen die overblijven na verjaring van de rechtsvordering en na homologatie van een faillissementsakkoord, van het tweede lid, onderdeel b, die tot het verzorgd achterlaten van een weduwe en het verstrekken van pensioen; zie ook HR 4-12-1987, NJ 1988, 610, inzake een recht tot vergoeding voor werkzaamheden door de ene echtgenoot ten behoeve van de ander verricht. Ook de regeling van de artikelen 3, 4 en 5 steunt op de rechtsontwikkeling onder het bestaande recht. Uit artikel 4 volgt onder meer dat voldoening aan een natuurlijke verbintenis als nakoming geldt, waarop titel 6.6 in beginsel van toepassing is, en niet een gift (al zal zo'n voldoening wel een onverplichte rechtshandeling in de zin van artikel 3:45 zijn). De schuldenaar van een natuurlijke verbintenis zal bijvoorbeeld ook kunnen verrekenen, als overigens aan de vereisten is voldaan; verrekening door de schuldeiser kan, behalve in het hierboven genoemde geval van artikel 131, bij wijze van uitzondering op de redelijkheid en billijkheid worden gegrond (HR 31-1-1992, NJ 1992, 686). Versterking, bijvoorbeeld door het stellen van borgtocht, is mogelijk.

Anders dan onder het geldende recht pleegt te worden aangenomen, laat artikel 5, eerste lid, omzetting van een natuurlijke verbintenis in een afdwingbare alleen bij overeenkomst toe. Uitgesloten wordt derhalve omzetting bij eenzijdige rechtshandeling, zoals bij uiterste wil - wel kan een legaat worden gegoten in de vorm van een aanbod tot het sluiten van de omzettingsovereenkomst.

#### Afdeling 6.1.2 - Pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid

De afdeling bevat één bepaling, artikel 6, omtrent pluraliteit van schuldenaren in het algemeen - het geval dat een aantal schuldenaren gezamenlijk tot één prestatie is gehouden - en betreft voor het overige de zgn. (passieve) hoofdelijkheid.

De laatste geldt als uitzondering op de hoofdregel van artikel 6, eerste lid, dat alle schuldenaren tegenover de schuldeiser tot een gelijk aandeel in de schuld zijn gebonden. Van deze hoofdregel is tweërlei afwijking mogelijk. In de eerste plaats aansprakelijkheid voor ongelijke delen van de schuld, die bijvoorbeeld in het erfrecht voorkomt, als de erfgenamen de erflater voor ongelijke delen opvolgen. In de tweede plaats hoofdelijkheid, wanneer elke schuldenaar tegenover de schuldeiser voor het geheel is verbonden. Deze laatste rechtsfiguur is veruit het ingewikkeldst; vandaar dat het ontwerp daaraan zijn meeste bepalingen wijdt.

Het huidige recht onderscheidt tussen actieve en passieve hoofdelijkheid, naar gelang er een veelheid van schuldeisers of een veelheid van schuldenaren is. Het ontwerp reserveert de term hoofdelijkheid voor het laatste geval; de veelheid van schuldeisers tot eenzelfde prestatie vindt haar behandeling in afdeling 6.1.3.

Het bestaande recht onderscheidt voorts het probleem der deelbaarheid van schulden van dat der hoofdelijkheid. In het ontwerp is ondeelbaarheid der prestatie een van de gevallen die hoofdelijkheid der schuldenaren meebrengen (artikel 6, tweede lid). De verplichting tot levering van één bepaalde zaak kan als ondeelbaar worden geconstrueerd: ook al kan elk der schuldenaren zijn aandeel daarin leveren, het belang van de schuldeiser vereist dat hij ook elk der medeschuldenaren voor het geheel kan aanspreken.

Het vervallen van het onderscheid tussen ondeelbaarheid en hoofdelijkheid, met zijn consequenties in het bestaande recht voor de rechtsgevolgen, vereenvoudigt de toepassing der wet.

Artikel 6, tweede lid, vereist voor hoofdelijkheid (naast het geval van ondeelbaarheid) dat de schuldenaren "ten aanzien van een zelfde schuld" ieder voor het geheel aansprakelijk zijn. Of er hoofdelijkheid is, volgt uit de wet, uit de gewoonte of uit een rechtshandeling, vooral overeenkomst en uiterste wil waarbij de schuldenaren voor het geheel worden verbonden "des dat de een betalende de anderen zullen zijn bevrijd".

Wettelijke hoofdelijkheid is er, wanneer de wet bepaalt dat de schuldenaren hoofdelijk, of elk voor het geheel zijn verbonden. Op ruimere schaal dan de huidige wet kent het ontwerp deze eigenschap toe aan schulden. Dat is onder meer het geval bij hetgeen onder het vigerende recht wordt aangeduid als de rechtsfiguur der toevallig samenlopende verbintenissen, die zich voordoet, wanneer meer dan één schuldenaar wettelijk gehouden is tot betaling van de, door een benadeelde geleden, volle schade. Het kan zijn dat ook dan zonder meer aan het vereiste van artikel 6, tweede lid, is voldaan al behoeft dit niet, namelijk dan, wanneer de verplichting tot schadevergoeding op verschillende grond berust. Ook deze toevallig samenlopende verbintenissen, die het vigerende recht onderscheidt van hoofdelijkheid wegens de daaraan verbonden consequenties, worden thans alle in artikel 102 bij de groep der hoofdelijke verbintenissen ondergebracht. (De vordering tot schadevergoeding uit verzekering behoort daar niet bij: deze verbondenheid is niet wettelijk, maar contractueel.)

Als nieuw geval, waarop de regels der hoofdelijkheid in beginsel toepassing vinden, zal de nieuwe wet voorts de borgtocht bestempelen: artikel 7:850, derde lid.

De verruiming van de toepasselijkheid van de bepalingen betreffende de hoofdelijkheid is gerechtvaardigd, omdat het ontwerp de zelfstandigheid der verschillende schulden die tezamen een onderlinge verhouding van hoofdelijke verbondenheid teweeg brengen, beter doet gelden dan het bestaande recht. Zo heeft kwijtschelding door de schuldeiser aan één schuldenaar in beginsel geen werking jegens de andere(n), anders dan uit artikel 1461 BW thans wordt afgeleid (HR 11-3-1988, NJ 1988, 580); zie artikel 9 van het ontwerp. Ook andere bepalingen die toepassing van de hoofdelijkheidsregels thans ongewenst maken, komen in het ontwerp niet meer voor. Zie aldus de artikelen 1307, 1960 en 2004 van het huidige BW.

Wegens de zelfstandigheid der schulden die in beginsel bestaat, kan de regeling van de invloed van handelingen tussen de schuldeiser en een of meer der medeschuldenaren op de (externe) verhouding der overigen tot de schuldeiser tot slechts enkele regels beperkt worden. Die invloed vindt zijn regeling in [artikel 7](#) (delging van de schuld door een of meer schuldenaren bevrijdt ook de anderen) en [artikel 9](#) (aanbod tot kwijtschelding en verlening van uitstel van betaling).

De overige artikelen betreffen de (interne) verhouding tussen de medeschuldenaren onderling. [Artikel 8](#) is een algemene bepaling: de eisen van redelijkheid en billijkheid beheersen ook deze verhouding.

De [artikelen 10 tot en met 14](#) regelen het onderling verhaal tussen de schuldenaren. Zulk verhaal bestaat voorzover de schuld ten laste van een schuldenaar is gedeeld voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Deze gedeelten kunnen

onderling gelijk zijn, maar ze kunnen ook onderling verschillen: zo zal de schuld de hoofdschuldenaar intern voor het geheel aangaan, de borg intern voor nihil; zie ook de regeling van artikel 102 voor het geval van "eigen schuld" van de benadeelde aan de schade.

Voor zijn verhaal heeft de schuldenaar jegens elk van zijn medeschuldenaren twee vorderingen van verschillende aard: een eigen regresvordering en de vordering van de schuldeiser waarin hij (ten dele) wordt gesubrogeerd. De eerste vindt haar grondslag in de bijdrageplicht zoals die in artikel 10 is neergelegd en nader is uitgewerkt in de artikelen 11 en 14: het regres kan worden uitgeoefend tot maximaal het aandeel van de medeschuldenaar in de schuld en de kosten.

Langs de weg van subrogatie verkrijgt krachtens artikel 12 de schuldenaar te wiens laste meer dan zijn interne aandeel in de delging der schuld is gekomen, bovendien voor dat meerdere de vordering van de schuldeiser. Dat betekent onder meer dat hij daarvoor mede gebruik kan maken van de zekerheidsrechten en de voorrechten die aan de oorspronkelijke vordering zijn verbonden. Anderzijds is verhaal langs deze weg meer beperkt. Zo kan de medeschuldenaar of derde alle verweermiddelen die hij jegens de schuldeiser had, aan de gesubrogeerde tegenwerpen en niet slechts in de beperkte mate die artikel 11 toelaat voor het eigen regres; het verschil blijkt bij kwijtschelding aan een der medeschuldenaren en bij verjaring van de rechtsvordering. Voorts is er - uiteraard - slechts subrogatie voor het aandeel in de schuld, niet in de kosten. In de rechten jegens medeschuldenaren en derden, zoals derden-hypotheekgevers, wie de schuld niet aangaat, vindt geen subrogatie plaats; zie voor afwijking bij borgtocht artikel 7:866, derde lid. De subrogatie in geval van hoofdelijkheid is zelfstandig geregeld naast die van artikel 150; wel zijn de artikelen 153 en 154 op haar van toepassing. Artikel 13 geeft een sluitstuk op de verhaalsregeling van de artikelen 10 en 12: een omslagregeling indien er medeschuldenaren zijn die ten tijde van het verhaal insolvent blijken te zijn; vgl. artikel 1314, tweede lid, van het huidige BW.

### Afdeling 6.1.3 - Pluraliteit van schuldeisers

Zoals afdeling 6.1.2 in artikel 6 tot uitgangspunt heeft dat de schuldenaren van één prestatie ieder voor een gelijk aandeel zijn verbonden, zo verklaart artikel 15 van afdeling 6.1.3 in beginsel de schuldeisers van één prestatie ieder voor zijn aandeel daartoe gerechtigd. Parallel aan artikel 6 kunnen uitzonderingen op de regel voortvloeien uit wet, gewoonte of rechtshandeling.

Naast de mogelijkheid van een vorderingsrecht voor ongelijke delen staat hier die van één gezamenlijk vorderingsrecht, hetzij wegens ondeelbaarheid der prestatie, hetzij wegens het bestaan van een gemeenschap tussen de schuldeisers waarin, ook al is de prestatie deelbaar, het vorderingsrecht valt.

Het begrip "actieve hoofdelijkheid" uit het bestaande recht is in het ontwerp vervangen door het vorderingsrecht dat aan de schuldeisers gezamenlijk toekomt.

De uitzonderingen op de regel zullen in de praktijk wellicht vaker voorkomen dan toepassing van de regel zelf. Bij een gemeenschap van schuldeisers kan men in het bijzonder denken aan de huwelijksgemeenschap, de ontbonden huwelijks-gemeenschap en de nalatenschap. De eerste wordt beheerst door de regels van het huwelijksgoederenrecht, tegenover de schuldenaar in het bijzonder door de bestuursregels. Op de beide andere zijn, naast de regels van het huwelijksgoederenrecht, respectievelijk erfrecht, de regels van titel 3.7 - zie met name artikel 3:189 - van toepassing. Voor de praktijk brengt het nieuwe recht hier een belangrijke verandering; terwijl artikel 1320 van het geldende BW ook erfgenamen elk voor zich jegens de schuldenaar aanspraak op hun aandeel in de vordering geeft, mag volgens artikel 3:170, tweede lid, in beginsel de in een gemeenschap vallende vordering slechts aan de schuldeisers gezamenlijk worden betaald; zie in dit verband HR 18-3-1994, NJ 1995, 410.

Artikel 16 ziet op een geval waarin er niet één vorderingsrecht in de zin van artikel 15, eerste lid, is, omdat de schuldeisers niet alleen gezamenlijk recht op de prestatie hebben, maar de schuldeisers jegens de schuldenaar - elk voor het geheel - de volle prestatie kunnen opeisen, des dat voldoening aan de één ook jegens de anderen bevrijdt. Het in de praktijk meest voorkomende, sprekende geval is de zgn. "en/of"-bank- of girorekening op naam van bijvoorbeeld twee echtgenoten die buiten gemeenschap zijn gehuwd.

Waren zij wel in gemeenschap gehuwd, dan was het recht omtrent die gemeenschap op de rekening van toepassing met de bijzonderheid dat beiden overeenkomstig het beding jegens de schuldenaar het volledige vorderingsrecht kunnen uitoefenen. Bestaat zo'n gemeenschap echter niet, dan verklaart artikel 16, met dezelfde bijzonderheid, dat wil zeggen in afwijking van de hoofdregel van artikel 3:170, tweede lid, tweede zin, slot, de externe regels van titel 3.7 in de verhouding tot de schuldenaar van overeenkomstige toepassing op het vorderingsrecht.

#### Afdeling 6.1.4 - Alternatieve verbintenissen

De afdeling met de artikelen 17 tot en met 20 vervangt de artikelen 1293 tot en met 1298 van het BW, betreffende de alternatieve verbintenis, dat wil zeggen de verbintenis die verplicht tot één uit verschillende ter keuze gestelde prestaties; door het uitbrengen van de keuze wordt de verbintenis enkelvoudig. Het ontwerp houdt met meer situaties rekening dan de bestaande wet - bijvoorbeeld het geval dat de keuze aan een derde toekomt, overgang van het keuzerecht bij gebreke van een keuze door de bevoegde -, maar verschilt vooral daarin dat de keuze, behalve in het geval van artikel 20, tweede lid, kan worden uitgebracht op een prestatie die inmiddels onmogelijk is geworden of gebleken; geschiedt dat, dan zal vervolgens de regeling van de niet-nakoming van verbintenissen toepassing vinden.

#### Afdeling 6.1.5 - Voorwaardelijke verbintenissen

De bepalingen der afdeling vervangen de artikelen 1274 tot en met 1288 van het geldende BW en wijken daarvan in enige opzichten af.

In artikel 21 is tot uitdrukking gebracht dat in beginsel elke rechtshandeling de werking van de verbintenis, als voorwaardelijk, van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk kan stellen; vgl. artikel 3:38. De rechtshandeling kan meerzijdig, bijvoorbeeld een overeenkomst, zijn, doch ook eenzijdig, bijvoorbeeld de uiterste wil; op de voorwaarden in een uiterste wil zijn, eventueel bij voorrang, de bepalingen van erfrecht van toepassing. In een overeenkomst kan de verbintenis van de een - bijvoorbeeld het verstrekken van een van het in leven zijn afhankelijke pensioenuitkering - voorwaardelijk zijn, die van de ander - de voorfinanciering - onvoorwaardelijk; vgl. HR 12-11-1993, NJ 1994, 229. De afdeling is niet van toepassing op voorwaarden die de wet aan verbintenissen stelt. Als vereiste voor de voorwaarde geldt dat de gebeurtenis toekomstig en onzeker is. Niet is overgenomen het slot van artikel 1284, eerste lid, BW dat daarmee gelijkstelt "een reeds gebeurde, doch aan partijen nog onbekende zaak": in dat geval is er of reeds een "zuivere" verbintenis, óf in het geheel geen verbintenis. Dat neemt niet weg dat partijen de werking van hun verbintenis wél afhankelijk kunnen stellen van het toekomstig bekend worden van enig feit.

Artikel 22 maakt het bekende onderscheid tussen de opschortende en de ontbindende voorwaarde.

De voorwaardelijke verbintenis bestaat reeds vóór het plaatsvinden van de gebeurtenis, alleen haar werking is daarvan afhankelijk. Voor de verbintenis onder ontbindende voorwaarde spreekt dit vanzelf, maar ook die onder opschortende voorwaarde bestaat in beginsel vanaf het verrichten van de rechtshandeling; zij kan worden overgedragen, zij kan tot een veroordeling in rechte leiden (artikel 3:296, tweede lid) enz. Zie artikel 26.

Dat de zuiver potestatieve voorwaarde geen echte voorwaarde is, behoeft niet uitdrukkelijk te worden bepaald - artikel 1277 BW is niet overgenomen. Hetzelfde geldt voor de onmogelijke voorwaarde van artikel 1275 BW en de noodzakelijke. Op de voorwaarden die in strijd met de wet, de openbare orde en de goede zeden zijn, is titel 3.2 van toepassing.

Artikel 23 is vergelijkbaar met artikel 1281 BW, maar is enerzijds ruimer - bepalend is niet of de schuldenaar de vervulling der voorwaarde heeft verhinderd, doch of is ingegrepen door degene die bij het al of niet vervullen belang had - en anderzijds soepeler doordat naar de redelijkheid en billijkheid wordt verwezen.

Een belangrijke verandering ten opzichte van het geldende recht - artikelen 1282 en 1286 BW - is dat de vervulling der voorwaarde geen terugwerkende kracht meer heeft. Wel heeft zij "zakelijke werking" ten opzichte van derden: levering van een goed onder ontbindende voorwaarde geeft de verkrijger een voorwaardelijk recht (artikel 3:84, derde lid), dat vervalt wanneer de - ontbindende - voorwaarde wordt vervuld. Het goed keert dan van rechtswege terug naar de vervreemder, tenzij dat onmogelijk is of de verkrijger kan profiteren van een bepaling van derdenbescherming uit Boek 3. Daarnaast geeft artikel 24 de schuldenaar die zich onder ontbindende voorwaarde heeft verbonden en gepresteerd, bij vervulling een obligatoir recht op herstel en op de nadien afgescheiden, respectievelijk opeisbaar geworden vruchten en, op de voet van de rechtsverhouding tussen eigenaar en bezitter, op vergoeding van schade en kosten; de regeling van afdeling 6.4.2 is niet rechtstreeks van toepassing, omdat de betaling niet onverschuldigd was of is geworden.

Bij de vervulling van een opschortende voorwaarde zal zich zo'n situatie niet voordoen, tenzij de schuldenaar reeds voor de vervulling heeft gepresteerd; alsdan verklaart artikel 25 de regeling der ongedaanmaking in geval van onverschuldigde betaling van toepassing.

Artikel 1287 BW, dat aan de ontbinding van een wederkerige overeenkomst op grond van wanprestatie de werking van de vervulling van een ontbindende voorwaarde toekent, is niet in het onderhavige ontwerp overgenomen. Dientengevolge zal de ontbinding niet alleen voortaan terugwerkende kracht ontberen, maar ook de op de wet gebaseerde "zakelijke werking"; ontbinding zal volgens artikel 269 voortaan slechts obligatoire gevolgen hebben. Dit sluit niet uit dat wanprestatie wel contractueel als ontbindende voorwaarde kan worden geconstrueerd.

De verbintenissen met tijdsbepaling vormen in het huidige BW onderwerp van een, zij het kleine, afdeling: de zesde afdeling van titel 1 van het Derde Boek (artikelen 1289 tot en met 1292). Zo'n afdeling is in Boek 6 niet opgenomen; de nodige bepalingen zijn in afdeling 6.1.6 (Nakoming van verbintenissen) verwerkt.

#### Afdeling 6.1.6 - Nakoming van verbintenissen

Nakoming van een verbintenis betekent voldoening van een schuld; de termen nakoming en voldoening zijn synoniemen en worden door elkaar gebezigd. Eveneens wordt de term betaling in deze betekenis gebruikt, ook daar waar de wetgever niet speciaal het oog op geldschulden heeft.

Betaling heeft echter tevens een ruimere betekenis, namelijk die van een prestatie, ook waar geen schuld blijkt te bestaan en die leidt tot toepassing van de regels der onverschuldigde betaling (afdeling 6.4.2) en, in de onderhavige afdeling, in sommige gevallen van de artikelen 31 tot en met 35 waar de betaling niet tot voldoening leidt - de betaling niet "bevrijdend" is.

Onder de term aflevering wordt verstaan de voldoening aan een verbintenis die ertoe strekt de wederpartij bezitter of houder van een zaak te maken.

In het geldende wetboek wordt de betaling geregeld in de eerste afdeling van de vierde titel van het Derde Boek, in de artikelen 1403 tot en met 1424. De daarin vervatte regels liggen voor een belangrijk deel ten grondslag aan de bepalingen van het ontwerp, die hen preciseren en verder uitwerken. De plaatsing in de huidige vierde titel - Van het tenietgaan der verbintenissen - is in zoverre niet geheel correct dat betaling van een schuld niet steeds betekent dat de schuld tenietgaat - zo kan de vordering door subrogatie op een ander overgaan (zie de artikelen 1421 tot en met 1424 BW).

Ook aan een andere afdeling van het Derde Boek van het huidige wetboek - de zesde van de eerste titel, Van verbintenissen met tijdsbepaling - (artikelen 1289 tot en met 1292) - zijn enige bepalingen van het ontwerp ontleend. Ten slotte begint de afdeling met een regel die in het vigerende BW is te vinden in artikel 1256, eerste lid, slot.

De samenhang tussen oud en nieuw laat zich als volgt weergeven.

<u>Artikelen ontwerp</u>	<u>Artikelen (oud) BW</u>
27 zorgplicht vóór aflevering	1256, eerste lid, slot
28 kwaliteit genuszaak	1413
29 algehele nakoming	1411
30 nakoming door derde	1403 en 1404
31 betaling aan handelingsonbekwame	1408
32 betaling aan onbevoegde derde	1406
33 betaling aan onbevoegde schuldeiser	1409
34 betaling door schuldenaar te goeder trouw aan onbevoegde	1407
35 betaling door derde aan derde	-
36 verhaal door ware gerechtigde	-
37 opschortingsbevoegdheid	-
38 terstond nakomen	-
39 tijdsbepaling	1290 en 1291
40 verval tijdsbepaling	1292
41 aflevering haalschuld	1414
42 aflevering door onbevoegde	1405
43 toerekening van betaling	1417 en 1420
44 toerekening betaling geldsom	1418
45 inbetalinggeving	1410

46	betaling per cheque e.d.	-	
47	kosten van betaling	-	1416
48	kwitantie	-	
49	afgifte van of kwijting op papier	-	
50	vermoeden van betaling	-	1415
51	zekerheidsstelling	-	

De afdeling behelst regels die in het algemeen van toepassing zijn op alle soorten van voldoening. Regels die speciaal de betaling van geldschulden betreffen, zijn, behalve in artikel 44, te vinden in afdeling 11 (artikelen 111 tot en met 126).

De volgende bepalingen verdienen nog bijzondere aandacht.

Ten opzichte van artikel 1413 van het huidige BW is het criterium, opgenomen in artikel 28, iets verscherpt: de kwaliteit van de genuszaak moet van een goed gemiddelde zijn.

De artikelen 30 tot en met 36 regelen de rechtsgevolgen van betalingen (van een bestaande schuld) die niet geschieden door de schuldenaar en/of niet aan de, bevoegde en bekwame, schuldeiser. In de artikelen wordt telkens aangegeven onder welke omstandigheden zulke betalingen kunnen gelden als bevrijdend, dat wil zeggen als een geldige voldoening van de schuld. Uit de termen "indien" en "tenzij" ligt opgesloten op wie de bewijslast van zulke omstandigheden rust. De weigering om een bevrijdende betaling in ontvangst te nemen, kan meebrengen dat de schuldeiser in verzuim komt, met de gevolgen die afdeling 8 daaraan verbindt; zie echter bepalingen als artikel 30, tweede lid, en artikel 44, tweede lid.

Aan artikel 30, eerste lid, wordt slechts voldaan, indien de derde welbewust en zonder pressie de verbintenis van de schuldenaar nakomt; zie HR 22-4-1983, NJ 1984, 726.

De artikelen 1408 en 1406 van het huidige BW gebruiken beide de term dat de schuldeiser door de betaling "werkelijk gebaat" moet zijn, wil de betaling bevrijdend zijn. In artikel 31 wordt, anders dan in artikel 32, de term "gebaat" niet overgenomen, om tot uitdrukking te brengen dat er een verschil in vereisten is: de onbekwame moet van de betaling werkelijk voordeel hebben gehad door de wijze van besteding der betaling; voor de toepassing van artikel 32 is zulke besteding niet vereist, maar is voldoende dat de betaling in de macht van de schuldeiser of andere bevoegde is gekomen. Het onderscheid in uitleg wordt reeds onder het geldende recht gemaakt.

In artikel 33 is de regel van artikel 1409 van het BW verruimd door de vermelding van een beperkt recht (artikel 3:210 voor vruchtgebruik, artikel 3:246 voor pandrecht) en bewind.

Artikel 34 betreft niet betaling aan een pseudo-vertegenwoordiger (vandaar de beperking "aan degene aan wie betaald moest worden"): daarvoor geldt artikel 3:61, tweede lid, dat vereist dat degene aan wie moest worden betaald door een verklaring of gedraging de schijn van volmacht heeft gewekt. Evenmin is het artikel van toepassing bij betaling aan de cedent: de vordering gaat pas door mededeling aan de schuldenaar op de cessionaris over (artikel 3:94).

Wel kan het artikel toepassing vinden wanneer een beding iemand als bevoegd tot ontvangst der betaling aanwijst, hoewel hij die bevoegdheid door wijziging van omstandigheden op grond van de wet heeft verloren; zie HR 18-3-1994, NJ 1995, 410, waar de vordering in een gemeenschap was komen te vallen. Alsdan stelt artikel 34 een minder strenge eis van goede trouw dan uit de onderzoeksplicht van artikel 3:11 zou kunnen worden afgeleid.

Artikel 34, tweede lid, is in het bijzonder van belang indien de bevoegdheid om betaling te ontvangen na de betaling alsnog, met terugwerkende kracht, wordt vernietigd; onder het nieuwe wetboek vervalt de terugwerkende kracht van de vervulling der voorwaarde en van de ontbinding der wederkerige overeenkomst, zodat de bepaling daarop niet van toepassing is.

Artikel 35 breidt de werking der bevrijdende betaling van artikel 34 uit zowel naar de derde - bijvoorbeeld derde-pand- of hypotheekgever - die betaalt (eerste lid), als naar de schuldenaar voor wie een ander heeft betaald (tweede lid).

Het recht van verhaal dat artikel 36 toekent, is een eigen regresrecht - subrogatie is hier niet bedoeld.

Artikel 37 geeft de schuldenaar een bijzondere bevoegdheid tot opschorting, naast die van de artikelen 52, 262 en 263;

de bepalingen van afdeling 6.1.7 zijn zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing.

Artikel 38 geeft de regel dat een schuld zonder tijdsbepaling onmiddellijk kan worden betaald en onmiddellijk opeisbaar is, volgens artikel 39 betekent een tijdsbepaling in een verbintenis dat zij wordt vermoed te zijn gesteld in het belang van de schuldenaar - welk vermoeden weerlegbaar is -, maar dat dit niet meebrengt dat een betaling vóór de vervaldag als onverschuldigd geldt - voor de opschortende voorwaarde geldt volgens artikel 25 het omgekeerde.

In vergelijking met artikel 1292 van het bestaande BW voegt artikel 40, onderdeel b, nog een grond tot verval van een tijdsbepaling toe. Verschafft de schuldenaar niet de volledige door hem toegezegde zekerheid, maar is de zekerheid die hij wel verschafft, voldoende ter waarborging van de nakoming van zijn verbintenis, dan zou een beroep op de bepaling in strijd met redelijkheid en billijkheid zijn. Onderdeel c verruimt het criterium van toedoen van de schuldenaar tot een aan hem toe te rekenen oorzaak.

Artikel 41, onderdeel b, wijkt af van artikel 1414, tweede lid, van het BW, dat de verplichting tot aflevering van een genuszaak tot brengschuld verklaart. Het geval van verhuizing wordt in het ontwerp niet geregeld, maar wordt overgelaten aan de regels van redelijkheid en billijkheid (artikel 2).

Een geldschuld blijft volgens artikel 116, eerste lid, in beginsel een brengschuld.

Artikel 42 geeft duidelijker regels dan artikel 1405, eerste lid, van het huidige BW.

De artikelen 43 en 44 leiden tot vrijwel hetzelfde resultaat als het bestaande recht. Hetzelfde geldt voor artikel 45.

Artikel 46 heeft vooral betaling van geldschulden op het oog; men denke echter ook aan levering van ceel of cognossement als nakoming van een verbintenis.

Artikel 50 is, anders dan artikel 1415 van het geldende BW, niet beperkt tot kwitanties voor periodieke betalingen, terwijl het zijn vermoeden reeds hecht aan de afgifte van twee kwitanties over achtereenvolgende termijnen, in plaats van die aan drie.

Artikel 51 verruimt en versoepelt de, slechts voor borgtocht geldende, regeling van de artikelen 1848 tot en met 1851 van het BW. Het artikel is bedoeld voor een verplichting tot het stellen van zekerheid die uit de wet voortvloeit, daartoe kan ook worden gerekend de verplichting die door de rechter op grond van de wet wordt opgelegd.

#### Afdeling 6.1.7 - Opschortingsrechten

Onder het geldende recht vindt het opschortingsrecht slechts incidenteel, en dan vooral in de vorm van een retentierecht, steun in de wet; zie bijvoorbeeld de artikelen 1499 en 1537 van het BW. Het recht, een algemene bevoegdheid om onder aangegeven omstandigheden de nakoming van de eigen verbintenis op te schorten zolang de wederpartij niet presteert, is ontwikkeld in rechtspraak (bijvoorbeeld HR 31-1-1958, NJ 1958, 97) en literatuur, in het bijzonder als een bevoegdheid die wordt gereguleerd door de redelijkheid en billijkheid welke een contractuele verhouding beheerst. Vgl. HR 20-3-1981, NJ 1981, 640, inzake opschorting van leveranties door een openbaar nutsbedrijf in geval van wanbetaling.

Ook onder het nieuwe recht zullen redelijkheid en billijkheid het opschortingsrecht in sterke mate blijven beheersen. De aard der bevoegdheid is een verweermiddel: degene die er zich op beroept, moet duidelijk maken of hij uiteindelijk nakoming, ontbinding of schadevergoeding wenst (vgl. HR 23-9-1994, NJ 1995, 26) en indien hij wegens ondeugdelijke levering zijn eigen verplichting wil opschorten, het geleverde ter beschikking van de wederpartij stellen (vgl. HR 31-1-1958, NJ 1958, 97). Het resultaat is dat zijn schuld niet opeisbaar is en hij niet in verzuim kan komen.

De bevoegdheid tot opschorten is te rekenen onder de gevolgen van niet-nakoming van een verbintenis (in casu van de wederpartij) in de zin van afdeling 6.1.9.

Afdeling 6.1.7 geeft de algemene regeling omtrent de opschortingsrechten, met daarnaast enige bijzondere bepalingen - de artikelen 262, 263 en 264 - voor de wederkerige overeenkomst; bovendien kan gerechtvaardigde uitoefening van het opschortingsrecht tevens schuldeisersverzuim van de wederpartij tot gevolg hebben (artikel 59). Vindt de verplichting tot afgifte van een zaak haar grond in een obligatoire rechtsverhouding, dan uit het opschortingsrecht zich als retentierecht en zijn de artikelen van afdeling 3.10.4 daarop bij voorrang toepasselijk: artikel 57. Berust het

opschortingsrecht op een andere rechtsgrond - bijvoorbeeld de bevoegdheid die artikel 3:120, derde lid, de bezitter te goeder trouw verleent tegenover de revindicerende eigenaar - dan zijn de bepalingen van afdeling 6.1.7 niet rechtstreeks van toepassing, al wordt analogische toepassing niet uitgesloten. Zie HR 28-6-1996, NJ 1997, 397. Hetzelfde geldt voor de in Boek 6 speciaal genoemde gevallen van een opschortingsrecht, die, zoals de artikelen 37, 48, derde lid, 49, vierde lid, 117 en 139, niet rechtstreeks aan de omschrijving van de vereisten van artikel 52 voldoen. De bepalingen zijn in beginsel van regeland recht, doch voor regeling bij algemene voorwaarden in "consumentencontracten" geldt het bepaalde in artikel 236, onderdeel d.

Artikel 52 veronderstelt een verbintenrechtelijke verhouding tussen twee partijen die elkaars schuldeiser zijn, terwijl hun beider vordering opeisbaar is (uitzonderingen op dit laatste vereiste vormen de gevallen van de artikelen 56, 80 en 263); niet is vereist dat de vordering van de opschortende schuldenaar ook liquide - vatbaar voor dadelijke vereffening - is. De bevoegdheid van een der partijen bestaat dan als gevolg van de niet-nakoming van de verbintenis van de wederpartij. Daarbij is de veronderstelling dat deze wederpartij óf als eerste behoort te presteren, óf er een verhouding van "gelijk oversteken" is en uit de gedragingen van de wederpartij of uit andere omstandigheden valt af te leiden dat het daarvan aan de zijde van de wederpartij niet zal komen. Niet is vereist dat deze ook wegens een haar toe te rekenen tekortkoming in verzuim is - de bevoegdheid kan in beginsel bijvoorbeeld ook bestaan, zolang de nakoming voor deze tijdelijk onmogelijk is. Is de nakoming evenwel blijvend onmogelijk, dan kan de bevoegdheid, bij wijze van inleiding op ontbinding, slechts worden uitgeoefend tussen partijen bij een wederkerige overeenkomst (artikel 54, onderdeel b, jo artikel 264).

Tenslotte vereist artikel 52, eerste lid, dat er tussen de wederzijdse vorderingen "voldoende samenhang" bestaat, hetgeen aan de hand van een tweetal voorbeelden in het tweede lid wordt uitgewerkt. Prototype van het eerste daarvan is de wederkerige overeenkomst, doch niet steeds wordt aangenomen dat ook hieruit de wederzijdse verbintenissen tegenover elkaar staan - zie enerzijds HR 4-3-1977, NJ 1977, 337 (reparatie tv-toestel), anderzijds HR 30-6-1978, NJ 1978, 693 (reparatieplicht verhuurder) en, meer genuanceerd, HR 4-1-1991, NJ 1991, 723. Het tweede voorbeeld is ontleend aan HR 26-4-1934, NJ 1934, 1612: blijft een partij in gebreke met de nakoming uit een contract, dan komt de wederpartij een opschortingsrecht met betrekking tot haar verbintenis uit een opvolgend contract toe.

Bij de, in artikel 53 genoemde, schuldeisers van de wederpartij dient gedacht te worden aan hen die derdenbeslag leggen. Het recht kan tevens worden ingeroepen tegen de curator in het faillissement van de wederpartij. Onverschillig is, of de vordering van de schuldeiser van de wederpartij vóór of na de eigen vordering is ontstaan; volgens artikel 3:291 is dat anders, indien het opschortingsrecht de vorm van een retentierecht heeft. Zie voorts artikel 145, dat in geval van overgang van een vordering ook voor de opschortingsbevoegdheid geldt.

Artikel 54, dat in drie gevallen de bevoegdheid tot opschorting aan een schuldenaar onthoudt, geldt voor toepassing bij een wederkerige overeenkomst alleen voor het in onderdeel a vermelde: in de in de onderdelen b en c genoemde gevallen kan er aan opschorting, als inleiding op maatregelen tot ontbinding, behoefte bestaan (artikel 264). Zie bij het in onderdeel a bedoelde geval HR 16-9-1994, NJ 1995, 8. Onderdeel b geldt ook als de blijvende onmogelijkheid van de prestatie niet aan de schuldenaar is toe te rekenen.

Ook artikel 55 geldt in de door artikel 264 aangegeven gevallen niet bij wederkerige overeenkomsten. Hoewel door verjaring een rechtsvordering aan een vorderingsrecht komt te ontvallen, blijft dit laatste nog wel enige effecten behouden boven die welke aan natuurlijke verbintenissen eigen zijn; zie naast artikel 56 ook artikel 131, eerste lid.

#### Afdeling 6.1.8 - Schuldeisersverzuim

Een algemene regeling van het onderwerp van deze afdeling komt in het geldende BW niet voor; wel is daarin, als wijze van tenietgaan van verbintenissen, in de artikelen 1425 tot en met 1433, de detailregeling van het aanbod van gereede betaling, gevolgd van consignatie of bewaargeving, te vinden - zie ook het desbetreffende Besluit van 10 februari 1874 (G.B. no. 2) houdende aanwijzing der plaats tot het ontvangen van consignaties. Voorts is het onderwerp ten dele in de rechtspraak en literatuur ontwikkeld.

Buiten de afdeling komt in de artikelen 30, 44, 54 en 266 jo artikel 265 een enkele bepaling omtrent schuldeisersverzuim voor.

Schuldeisersverzuim is niet het spiegelbeeld van schuldenaarsverzuim. Het laatste doet bepaalde rechtsgevolgen ontstaan, wanneer de schuldenaar zijn verbintenis niet nakomt. Bij schuldeisersverzuim is er echter juist geen verbintenis waaraan de crediteur - in zijn functie van crediteur - niet voldoet: ieder op wie een verbintenis rust, is in zoverre per definitie schuldenaar. Bij schuldeisersverzuim komt dan ook geen ingebrekestelling te pas en, anders dan schuldenaarsverzuim, doet het zich ook voor bij blijvende onmogelijkheid van de prestatie. De rechtsgevolgen verschillen dan ook van die van schuldenaarsverzuim.

Schuldeisersverzuim doet zich in twee gevallen voor:

a. de schuldenaar kan zijn, aan de inhoud der verbintenis beantwoordende, prestatie niet kwijt wegens een omstandigheid die de schuldeiser kan worden toegerekend, bijvoorbeeld omdat deze zijn medewerking aan de aflevering niet verleent (artikel 58);

b. de schuldenaar schort de nakoming van zijn verbintenis op wegens, de schuldeiser toe te rekenen, niet-nakoming van een verplichting, veelal een verbintenis, die op deze in diens rol van wederkerig schuldenaar rust (artikel 59).

Geval a veronderstelt dat de medewerking van de of aanvaarding door schuldeiser aan het (af)leveren van de prestatie, hoewel niet verplicht, toch noodzakelijk is. Zie voor een bijzonder geval artikel 30: de schuldeiser weigert bevrijdende betaling door een derde, terwijl zich niet de omstandigheden van het tweede lid van dat artikel voordoen. In geval b zal het dikwijls gaan om opschorting door A van zijn verbintenis uit een wederkerige overeenkomst, omdat wederpartij B haar verbintenis uit die overeenkomst niet nakomt: B komt door A's opschorting in schuldeisersverzuim ten aanzien van A's verbintenis. Maar ook kan het gaan om een verplichting van B van andere aard dan een verbintenis, indien de niet-nakoming daarvan opschorting rechtvaardigt, bijvoorbeeld als door toedoen van B zich het geval van artikel 37 voordoet.

Essentieel is in beide gevallen het vereiste dat nakoming door de schuldenaar van diens verbintenis achterwege blijft op grond van een omstandigheid aan de zijde van de schuldeiser die aan deze moet worden toegerekend. Bij crediteursovermacht of andere onmogelijkheid van rechtsuitoefening ontbreekt dit laatste element. In dit geval kan op grond van artikel 265 een wederkerige overeenkomst wel worden ontbonden, als de prestatie tijdelijk of blijvend onmogelijk is, maar verder is deze situatie aan redelijkheid en billijkheid overgelaten - niet zelden is het dan trouwens niet zo eenvoudig uit te maken, of er crediteursovermacht is dan wel of de schuldenaar in de nakoming tekort schiet.

Schuldeisersverzuim heft de werking der verbintenis op: het is een situatie van overmacht die niet voor rekening van de schuldenaar komt. Evenmin is deze dan schadevergoeding verschuldigd (buiten het geval van artikel 78). Weliswaar blijft de verbintenis in stand, maar krachtens artikel 60 kan de rechter op vordering van de schuldenaar deze van zijn verbintenis ontheven verklaren. Zie artikel 7, tweede lid, dat bepaalt dat deze verklaring in beginsel mede de hoofdelijke schuldenaren bevrijdt en artikel 7:33 dat bij koop mede in geval van crediteursverzuim onder omstandigheden ontbinding toelaat. De schuldeiser van zijn kant kan tijdens zijn verzuim een wederkerige overeenkomst niet ontbinden: artikel 266 bepaalt dat voor het geval van artikel 58, terwijl in het geval van artikel 59 de schuldenaar wegens de opschorting van zijn verbintenis niet in de nakoming daarvan tekort schiet.

De verdere gevolgen van schuldeisersverzuim in de verhouding tot de schuldenaar zijn geregeld in de artikelen 61 tot en met 71.

Zo bevat artikel 61 de regel dat het schuldeisersverzuim het schuldenaarsverzuim verdringt.

Artikel 64 beperkt in enkele opzichten de aansprakelijkheid van de schuldenaar, wanneer tijdens schuldeisersverzuim een omstandigheid opkomt die de nakoming van diens verbintenis geheel of ten dele onmogelijk maakt: de aansprakelijkheid bestaat alleen bij schuld van de schuldenaar zelf of van een ondergeschikte en de bewijslast van deze omstandigheid rust op de schuldeiser.

De artikelen 66 tot en met 71 vormen een reeks betreffende inbewaringstelling die de artikelen 1425 tot en met 1433 van het BW vervangt. In beginsel is daarop afdeling 7.9 van toepassing, maar de regeling veronderstelt een nadere wettelijke uitwerking bij wet.

Anders dan volgens het geldende recht doet de regeling van de artikelen 66 e.v. de verbintenis niet tenietgaan: zij blijft in beginsel op de schuldenaar rusten, totdat hij daarvan volgens artikel 60 wordt bevrijd. Artikel 90 geeft de schuldenaar onder omstandigheden de bevoegdheid zich door verkoop van af te leveren zaken te ontdoen, in plaats van hen in

bewaring te stellen.

In de artikelen 72 en 73 wordt tenslotte de werking van het schuldeisersverzuim tegen derden geregeld. In [artikel 72](#) is dat de werking jegens hoofdelijk verbonden medeschuldenaren, die voor het gevolg van artikel 60 in artikel 7 van de beslissing van de rechter afhankelijk wordt gesteld.

Verzet de schuldenaar zich niet tegen de voldoening door een derde, maar weigert de schuldeiser die te aanvaarden, dan komt deze daardoor in verzuim en is afdeling 6.1.8 rechtstreeks van toepassing.

Artikel 30, tweede lid, geeft de schuldeiser de bevoegdheid om zonder in verzuim te komen de door een derde aangeboden voldoening met goedvinden van de schuldenaar te weigeren. Heeft de derde echter een gerechtvaardigd belang bij die voldoening, zoals wanneer hij met executie van de door hem gestelde zekerheid wordt bedreigd, dan zou het gevolg van die weigering voor hem onbillijk zijn. Op dat geval verklaart daarom [artikel 73](#) een aantal artikelen uit afdeling 6.1.8 van overeenkomstige toepassing.

#### Afdeling 6.1.9 - De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis

De afdeling vervangt ruwweg de bepalingen omtrent wanprestatie en overmacht volgens het huidige recht, met uitzondering van de regels omtrent ontbinding van wederkerige overeenkomsten, die in de nieuwe versie in afdeling 6.5.4 zijn opgenomen. De bepalingen der afdeling gelden in beginsel voor elke verbintenis, onverschillig haar aard of bron.

De afdeling is onderverdeeld in een viertal paragrafen, te weten:

§ 1 Algemene bepalingen (artikelen 74 tot en met 80);

§ 2 Verzuim van de schuldenaar (artikelen 81 tot en met 87);

§ 3 Verdere gevolgen van niet-nakoming (artikelen 88, 89 en 90);

§ 4 Boetebeding (artikelen 91 tot en met 94).

De afdeling bevat regeland recht, met uitzondering van artikel 94, dat in het eerste lid een semi-dwingende regel inhoudt. Het staat partijen bijvoorbeeld vrij contractueel bepaalde handelingen bij voorbaat als wanprestatie aan te wijzen ("garantie") en anderzijds - binnen de grenzen van titel 3.2 en afdeling 6.5.3 - door exoneratiebedingen de aansprakelijkheid te beperken.

Het systeem van afdeling 6.1.9 - tezamen met dat van de regeling der ontbinding in afdeling 6.5.4 - wijkt in opzet, uitwerking en terminologie aanmerkelijk af van het bestaande recht. Zo vervalt de onderscheiding die het huidige recht wel maakt tussen het in het geheel niet voldoen en de niet tijdige en de niet behoorlijke voldoening; dit alles valt onder het ene begrip "niet-nakoming".

In het nieuwe recht zijn voor de gevolgen van niet-nakoming twee andere criteria van fundamenteel belang, namelijk het onderscheid tussen toerekenbare en niet toerekenbare tekortkoming en de vraag of de niet-nakoming berust op - tijdelijke of blijvende - onmogelijkheid van nakoming.

De in § 3 (artikelen 88, 89 en 90) geregelde gevolgen treden in, onverschillig of de tekortkoming toerekenbaar is; voor artikel 90 is verhindering in de nakoming, onverschillig de oorzaak, vereist.

Uit de omschrijving van [artikel 75](#) volgt uit welke bronnen de maatstaven van toerekening van een tekortkoming voortvloeien. De formulering is negatief om te doen uitkomen dat het de schuldenaar is op wie de bewijslast rust om aan te tonen dat de tekortkoming hem niet valt toe te rekenen. Het artikel noemt twee rubrieken van toerekening: schuld en risico. Schuld veronderstelt verwijtbaarheid, die bij risico ontbreekt. Risico komt voor rekening van de schuldenaar, indien dat voortvloeit uit de wet, uit een rechtshandeling of uit de verkeersopvattingen.

Toerekenbaarheid buiten schuld [krachtens de wet](#) wordt in het bijzonder uitgewerkt in de [artikelen 76](#) (aansprakelijkheid voor zgn. hulppersonen) [en 77](#) (aansprakelijkheid voor zaken); zie ook bijvoorbeeld artikel 84. De aansprakelijkheid voor zaken is minder strikt geformuleerd dan die voor hulppersonen: bij de uitvoering van een verbintenis moet een schuldenaar dikwijls gebruik maken van apparaten of stoffen, zoals medicijnen, die met onverwachte gebreken kunnen zijn behept, waarvoor eventueel de producent aansprakelijk kan worden gesteld, maar die de schuldenaar redelijkerwijs niet kunnen worden toegerekend. Voor de maatstaven van toerekening vergelijk men HR 5-1-1968, NJ 1968, 102 (Vliegtuigvleugel). Onder hulppersonen zijn niet slechts ondergeschikten te begrijpen, maar ook zelfstandigen die voor

de uitvoering der verbintenis worden ingeschakeld; zie echter artikel 64, voor het geval dat de schuldeiser zelf in verzuim is.

Bij de toerekening buiten schuld krachtens rechtshandeling denke men aan afwijkende bedingen in een overeenkomst, zoals die hierboven zijn aangestipt.

Tekortkomingen buiten schuld die krachtens verkeersopvatting voor rekening van de schuldenaar komen, zijn onder andere de hem persoonlijk betreffende omstandigheden, zoals zijn onbekwaamheid of onervarenheid en zijn financieel onvermogen. Ziekte zal, indien de schuldenaar de verbintenis persoonlijk moet nakomen, hem veelal niet kunnen worden toegerekend.

Kan de schuldenaar de tekortkoming niet worden toegerekend, dan verkeert hij in een toestand van - tijdelijke of blijvende - overmacht.

Een andere onderscheiding die voor de toepassing van de regels omtrent niet-nakoming op verschillende plaatsen naar voren komt, is of de nakoming nog al dan niet mogelijk is en, in het laatste geval, of die onmogelijkheid tijdelijk of blijvend is. Onmogelijkheid van nakoming wordt niet alleen aangenomen als de nakoming fysiek of logisch onmogelijk is geworden - bijvoorbeeld de voor nakoming bepaalde termijn is verstreken, of de te leveren zaak is tenietgegaan -, maar ook als ze niet van de schuldenaar kan worden geleverd, bijvoorbeeld omdat de prestatie van overheidswege is verboden, of de nakoming een onevenredig offer van de schuldenaar eist (HR 21-5-1976, NJ 1977, 73).

Waar het ontwerp het criterium van blijvende onmogelijkheid stelt, zal moeten worden uitgemaakt of de bedoelde oorzaken als blijvend zullen moeten worden aangemerkt. Als bijzonder geval van blijvende onmogelijkheid geldt de ondeugdelijke prestatie waarvan het gebrek of het - schade toebrengend - gevolg onherstelbaar is. Is het gebrek onherstelbaar, dan behoeft de schuldeiser daarmee geen genoegen te nemen, ook niet als aanvullende schadevergoeding wordt aangeboden. Is het gebrek in de prestatie op zichzelf wel herstelbaar en is derhalve in zoverre de nakoming niet blijvend onmogelijk, dan kan de ondeugdelijkheid niettemin zgn. gevolgschade hebben teweeggebracht - bijvoorbeeld schade door explosie of verspreiding van ziektekiemen (vgl. HR 20-2-1976, NJ 1976, 486; HR 4-2-2000, NJ 2000, 258 en HR 11-1-2002, NJ 2003, 255) - en in zoverre geldt de (correcte) nakoming dan als blijvend onmogelijk.

Wat de verhouding tussen de onderscheiding al dan niet toerekenbaar en die tussen mogelijkheid en onmogelijkheid van nakoming betreft: een niet toerekenbare tekortkoming (overmacht) veronderstelt steeds onmogelijkheid van nakoming, maar, omgekeerd, onmogelijkheid van nakoming kan uiteraard wel degelijk toerekenbaar zijn.

De hierboven aangeduide onderscheidingen, tezamen met de gebezigde terminologie, leveren de hoofdtekken van het volgende, in het ontwerp ontwikkelde, systeem op.

De meest algemeen gebezigde term is niet nakomen van de verbintenis. Deze term is neutraal - zij is ook van toepassing, als de vordering uit de verbintenis nog niet opeisbaar is of het voor tekortkoming vereiste verzuim nog niet is ingetreden in de in § 2 der afdeling omschreven gevallen. Ook aan deze enkele niet-nakoming kan een rechtsgevolg zijn verbonden. Aldus artikel 80: de gevolgen van niet-nakoming, ook die van een tekortkoming, treden voor de, in het artikel omschreven gevallen, reeds in voordat er in technische zin van een tekortkoming sprake is. Ook kan reeds een bevoegdheid tot opschorting bestaan, wanneer nog geen termijn voor nakoming is gesteld of overschreden; zie de toelichting op afdeling 6.1.7 onder 2 en 3 (ad artikel 52). De aard der verbintenis, namelijk of ze strekt tot resultaat of tot inspanning, bepaalt wanneer er van niet-nakoming sprake is.

Met uitzondering van artikel 80 veronderstellen de bepalingen der afdeling voor de gevolgen der niet-nakoming echter een tekortkoming in de nakoming (tekortschieten), waartoe de enkele niet-nakoming zich kan verscherpen. Deze toestand ontstaat bij niet-nakoming van een opeisbare vordering (welke niet wordt gerechtvaardigd door bevoegde uitoefening van een opschortingsrecht) en wel indien óf de niet-nakoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, óf, als dat wel het geval is, indien de nakoming blijvend onmogelijk is of de schuldenaar in verzuim is geraakt.

Is er een tekortkoming, dan verschillen de gevolgen al naar gelang zij kan worden toegerekend.

Kan ze niet aan de schuldenaar worden toegerekend, dan is er sprake van overmacht; vgl. voor overmacht in geval van niet-nakoming van een resultaatsverbintenis HR 23-2-1968, NJ 1968, 103. Zolang deze toestand duurt, kan geen nakoming worden geëist (HR 9-5-1969, NJ 1969, 338 en HR 21-5-1976, NJ 1977, 73); soms zijn de omstandigheden dan zo dat de schuldeiser nog wel kan executeren of verrekenen (artikel 79). Schadevergoeding kan de schuldeiser vorderen voorzover zich het geval van artikel 78 voordoet. Wenst hij van zijn eigen verbintenis uit een wederkerige overeenkomst definitief te worden ontslagen, dan moet hij die overeenkomst (doen) ontbinden (artikel 265). In geval van ontbinding is artikel 78 voor het recht op schadevergoeding van overeenkomstige toepassing (artikel 277, tweede lid). Tenzij anders is bedongen, kan een boetebeding niet tegen de schuldenaar worden ingeroepen (artikel 92, derde

lid).

Kan de tekortkoming wel aan de schuldenaar worden toegerekend (wanprestatie), dan kan de schuldeiser alleen geen nakoming vorderen indien de nakoming blijvend, dan wel zolang ze tijdelijk onmogelijk is: zie de hierboven vermelde arresten. Daarnaast kan hij schadevergoeding verlangen - zowel ter vervanging van de ondeugdelijke prestatie (vervangende schadevergoeding) als voor de schade die, zoals vertragingsschade en gevolgschade, daarnaast is ontstaan (aanvullende schadevergoeding). Deze vergoeding kan hij zonder meer vorderen, voorzover de nakoming blijvend onmogelijk is (artikelen 74 en 81, slot; zie voor onmogelijkheid die tijdens verzuim intreedt artikel 84). Voorzover de nakoming niet blijvend onmogelijk is - en correcte nakoming van de verbintenis dus nog niet uitgesloten is - kan vergoeding van de door deze tekortkoming veroorzaakte schade pas worden gevorderd vanaf het tijdstip waarop de schuldenaar in verzuim is geraakt (artikel 74, tweede lid); in de regel geschiedt dit door ingebrekestelling (artikel 82), soms reeds doordat zich bijzondere omstandigheden voordoen (artikel 83; men lette in het bijzonder op onderdeel a, dat, tegenovergesteld aan artikel 1259 BW, het vermoeden bevat dat een bepaalde termijn "fataal" is). Overigens kan onder omstandigheden de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat een ingebrekestelling achterwege kan blijven (HR 4-10-2002, NJ 2003, 257; HR 6-10-2000, NJ 2000, 691; en HR 28-11-2003, NJ 2004, 237).

Het intreden van het verzuim beperkt de schuldeiser in zijn bevoegdheid tot zuivering van de tekortkoming (artikel 86). Pas vanaf het tijdstip waarop het verzuim is ingetreden, wordt de schuldenaar vergoeding van vertragingsschade verschuldigd (artikel 85). Ook eerst van dat tijdstip af kan de schuldeiser zijn recht op nakoming omzetten in een recht op vervangende schadevergoeding; anders dan het huidige recht eist het ontwerp daarvoor een bijzondere, schriftelijke, verklaring; zuivering wordt daardoor uitgesloten (artikel 87).

Zie voor analogische toepassing van de schadevergoedingsregels op het boetebeding artikel 92, tweede lid, en artikel 93, die overigens van regelen recht zijn.

De schuldeiser kan, bij wanprestatie door de schuldenaar, de wederkerige overeenkomst ontbinden, zowel wanneer deze laatste in verzuim is, als wanneer de nakoming blijvend of ook slechts tijdelijk onmogelijk is (artikel 265), althans wanneer hij niet zelf in verzuim verkeert (artikel 266); voor het recht op schadevergoeding in dat geval zie artikel 277, eerste lid. Ontbinding kan niet slechts door een rechterlijke uitspraak worden verkregen, doch ook, evenals omzetting in een aanspraak op vervangende schadevergoeding, door een schriftelijke verklaring worden bewerkstelligd.

§ 3 komt in een drietal artikelen de schuldenaar tegemoet. Krachtens artikel 88 kan hij de schuldeiser door termijnstelling nopen, op straffe van beperking van diens rechten, zich uit te spreken over hetgeen hij naar aanleiding van de tekortkoming in de nakoming verlangt. Artikel 89 verplicht de schuldeiser om "binnen bekwame tijd" na de ontdekking (of het kunnen ontdekken) een beroep te doen op het gebrek in de prestatie - vgl. artikel 1528 van het huidige BW; de regel is een uitwerking van de rechtsverwerking. Artikel 90 geeft de schuldenaar die niet kan afleveren, in noodgevallen de bevoegdheid - en legt hem soms zelfs de verplichting op - tot verkoop van de af te leveren zaken.

Bepalingen uit § 4 (artikelen 91 tot en met 94) zijn in het voorgaande reeds verspreid ter sprake gekomen. Artikel 91 geeft een ruime omschrijving, omdat meestal verschillende overwegingen aan het beding ten grondslag liggen. De regeling is, op de rechterlijke bevoegdheid tot matiging na (artikel 94, eerste lid jo derde lid), van regelen recht. Dit geldt ook voor de drie regels van artikel 92, inhoudende een drietal uitlegbepalingen van aanvullend recht die alle een toepassing zijn van het beginsel dat een boetebeding waarvan de strekking niet duidelijk is in het voordeel van de schuldenaar moet worden uitgelegd. De op grond van het beding te vorderen boete is een afhankelijk recht in de zin van de artikelen 3:7 en 3:82 en een nevenrecht in de zin van artikel 142, maar volgt niettemin niet de hoofdvordering wanneer deze nietig is of wordt, indien met het beding (mede) wordt beoogd de schadevergoeding voor zo'n geval te regelen. Wat betreft de matiging van artikel 94 zij opgemerkt dat het enkele uiteenlopen van schade en boete onvoldoende grond voor matiging is, maar dat aan de maatstaf wel kan zijn voldaan in het geval dat de bedongen boete in verhouding tot de schade buitensporig is (HR 11-2-2000, NJ 2000, 277). Aan de maatstaf zal in beginsel zijn voldaan indien een boetebeding één bedrag bevat voor vele, uiteenlopende tekortkomingen (HR 13-2-1998, NJ 1998, 725 en HR 26-10-2001, NJ 2002, 595).

#### Afdeling 6.1.10 - Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding

De regels van de afdeling zijn van toepassing op de gevallen waarin de wet zelf verplicht tot het vergoeden van schade.

De belangrijkste gevallen daarvan zijn die van niet-nakoming van een verbintenis (afdeling 6.1.9) en die van (of in verband met) onrechtmatige daad (titel 6.3). Maar ook denke men aan schadevergoeding in geval van zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking (titel 6.4) en aan de vele incidentele gevallen buiten Boek 6, zoals de artikelen 3:70, 3:188, 3:282, 5:54 e.v., 7:36 tot en met 7:38 en 7:658 (het huidige artikel 1614x BW), veelal met eigen aanvullende regels. Evenzeer vallen eronder gevallen waarin de wet niet de term schadevergoeding (of schadeloosstelling) bezigt, maar verplicht tot bijvoorbeeld vergoeding van kosten en uitgaven (bijvoorbeeld artikel 3:120); ook regresvorderingen zijn als vorderingen tot schadevergoeding aan te merken.

De regeling der wettelijke rente wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, is in afdeling 6.1.11 opgenomen in de artikelen 119 en 120 (zie ook artikel 125).

Buiten de (rechtstreekse) toepasselijkheid van de afdeling vallen de schadevergoedingsverplichtingen die, onverschillig of zij regeling in de wet vinden, hun grondslag hebben in een, op die vergoeding gerichte, overeenkomst, zoals de overeenkomst van schadeverzekering en het boetebeding. Wel kan afdeling 6.1.10 dan als inspiratiebron fungeren (vgl. HR 2-5-1997, NJ 1998, 281).

De huidige wet kent niet een, voor elke vorm van wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding in beginsel geldende, regeling. De enkele bepalingen die de tegenwoordige artikelen 1267, 1268 en 1269 BW bevatten, gelden volgens het wettelijk systeem slechts voor wanprestatie (de artikelen 1268 en 1269 keren in het nieuwe wetboek niet terug) en de artikelen 1391 e.v. BW gelden slechts voor onrechtmatige daad. Het voordeel van het nieuwe systeem is dat vorderingen tot schadevergoeding uit bijvoorbeeld wanprestatie en onrechtmatige daad, gebaseerd op dezelfde feiten, in het algemeen ook tot dezelfde schadevergoeding leiden; samenloop geeft aldus minder problemen.

De bepalingen van afdeling 6.1.10 geven overigens wel in hoge mate het thans, door rechtspraak en literatuur ontwikkelde, geldende recht weer. Nieuw is artikel 104 - begroting van de schade op het bedrag van de onrechtmatig genoten winst - als algemene regel en voorts zijn er nieuwe regels en nuanceringen in de artikelen 106, 107 en 108. Nieuw zijn ook de algemene regeling van het rechterlijk matigingsrecht in artikel 109 en de wettelijke mogelijkheid tot limitering van vergoedingsbedragen in artikel 110; artikel 109, eerste lid, is de enige bepaling der afdeling, waarvan niet contractueel kan worden afgeweken.

Artikel 95 maakt het bekende onderscheid tussen vermogensschade en ideële schade. De eerste wordt in artikel 96 gespecificeerd, de tweede komt slechts voor vergoeding in aanmerking voorzover de wet het recht daarop toekent, waarop artikel 106 aansluit (zie ook bijvoorbeeld artikel 7:510 inzake de reisovereenkomst).

Zie bij artikel 96, eerste lid, artikel 1267 van het geldende BW, dat formeel echter alleen bij wanprestatie geldt. Artikel 96, tweede lid, onderdeel a, beperkt zich niet tot de ná het toebrengen der schade gemaakte kosten - zie reeds voor het huidige recht de arresten betreffende de kosten van reservemateriaal (onder andere HR 31-3-1950, NJ 1950, 592 en HR 1-5-1959, NJ 1961, 571). Onverschillig is voorts, of de maatregelen ook zouden zijn genomen, als de schadeveroorzakende gebeurtenissen waarop de aansprakelijkheid berust, achterwege zouden zijn gebleven (HR 23-9-1988, NJ 1989, 743). Onder het tweede lid, onderdeel b, vallen bijvoorbeeld expertisekosten en kosten voor het verzamelen van bewijs. Vergoeding is verschuldigd ook al blijkt dat er geen (andere) schade is, mits het redelijk was deskundige bijstand in te roepen en de kosten redelijk zijn (HR 11-7-2003, NJ 2005, 50). Ook intern gemaakte bedrijfskosten komen in beginsel in aanmerking (HR 1-7-1993, NJ 1995, 150 en HR 16-10-1998, NJ 1999, 196). De in onderdeel c genoemde post kan ook een zelfstandige schade betekenen, gemaakt bijvoorbeeld in een procedure strekkende tot nakoming van een verbintenis. Zie voor het criterium van de redelijkheid der kosten bijvoorbeeld HR 2-11-1962, NJ 1963, 61 en HR 16-10-1998, NJ 1999, 196; niet vereist is bijvoorbeeld dat de kosten, in onderdeel a genoemd, de schade ook daadwerkelijk hebben voorkomen of beperkt.

Artikel 97 betreft de begroting van de omvang van de schade en laat in een geding daarbij in beginsel de rechter grote vrijheid, zij het dat de wet op sommige punten bijzondere regels stelt: uit de eerste zin volgt dat de gewone regels van stel- en bewijslast hier niet gelden, terwijl de tweede zin de motiveringsplicht van de rechter in belangrijke mate verlicht. Het begrip begroting laat toe een schatting, wanneer de schade niet nauwkeurig is vast te stellen. Dit alles stemt overeen met hetgeen voor het huidige recht wordt aangenomen.

Begroting van de schade kan plaats vinden op basis van abstracte, dan wel op die van concrete berekening. In de regel is aan de rechter de keus gelaten welke in het voorliggende geval het meest passend is. Reeds onder het huidige recht zijn normen ontwikkeld voor schadebegroting op basis van abstracte waardering, zoals de marktprijs of de objectieve

herstelkosten, ook als herstel plaatsvindt in het eigen bedrijf van de benadeelde.

Een voorbeeld van wettelijke abstracte schadebegroting vormt de wettelijke rente van de artikelen 119 en 120; zie ook de artikelen 7:36 tot en met 7:38 voor schadevergoeding op basis van de marktprijs bij koop.

Element in een concrete waardering der schade is bijvoorbeeld, welke schade is toegebracht in de functie die het beschadigde object vervulde (zie bijvoorbeeld HR 20-9-1985, NJ 1986, 211, Meerstoelarrest). Zie voor een geval van concrete schadeberekening HR 18-4-1986, NJ 1986, 567 (produktiecapaciteit ENCI). Bij schade aan een gebouw is het uitgangspunt dat de benadeelde aanspraak heeft op herstel, indien dat verantwoord is, ook als de kosten daarvan de waardevermindering overtreffen, tenzij dat in de gegeven omstandigheden niet redelijk zou zijn (HR 1-7-1993, NJ 1995, 43 en HR 7-5-2004, NJ 2005, 76).

Abstracte berekening van schade leent zich voor vaststelling zodra ze is toegebracht, bij toepassing van de concrete methode is men mede afhankelijk van rekeningen welke nadien worden ingediend.

Ook artikel 98 inzake het causaal verband tussen de schadetoebrengende gebeurtenis enerzijds en de schade en haar omvang anderzijds sluit zich aan bij de rechtsontwikkeling gedurende de laatste decennia in literatuur en rechtspraak. Daarbij wordt niet langer vastgehouden aan de voorzienbaarheid als enig criterium, zoals de artikelen 1268 en 1269 van het huidige BW dat voor wanprestatie voorschrijven: het criterium dat artikel 98 stelt, laat de rechter meer ruimte: het wordt wel het "redelijkheidscriterium" genoemd.

Indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel - dat wil zeggen behoudens tegenbewijs - gegeven (HR 26-1-1996, NJ 1996, 607; zie reeds HR 16-11-1990, NJ 1991, 55, voor onrechtmatige daad). Over deze zgn. omkeringsregel zie HR 29-11-2002, NJ 2004, 304-305.

Causaal verband wordt vereist zowel tussen de gebeurtenis en het ontstaan der schade als tussen de gebeurtenis en de omvang der schade.

Als factoren bij de toerekening noemt het ontwerp bij name de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade. Bij de eerste denke men aan het verschil tussen schade door wanprestatie en door onrechtmatige daad, tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid en dergelijke. In de rechtspraak komt in het bijzonder ook naar voren het belang van de aard van de geschonden norm: zo brengt de aard van verkeers- en veiligheidsregels mee dat aan de voorzienbaarheid van het gevolg der overtreding - in het bijzonder de omvang der schade - geen zware eisen voor de toerekening worden gesteld. Bij de aard der schade is van belang het onderscheid tussen overlijdens- en letselschade enerzijds en zaak- en vermogensschade anderzijds en voorts de typische schade waarop de wettelijke regels omtrent risicoaansprakelijkheid het oog hebben (vgl. HR 13-6-1975, 509, Amercentrale, en, inzake de aansprakelijkheid voor dieren, HR 24-2-1984, NJ 1984, 415 en HR 29-11-1985, NJ 1987, 291).

Artikel 99 keert de bewijslast omtrent het causaal verband om, indien de schade door meer dan één gebeurtenis kan zijn veroorzaakt, waarvoor verschillende personen aansprakelijk zijn (zgn. alternatieve causaliteit).

Ook deze regel heeft onder het bestaande recht reeds toepassing gevonden in het geruchtmakende DES-dochters-arrest (HR 9-10-1992, NJ 1994, 535). Handelen in groepsverband is hier niet vereist, anders dan in artikel 166 voor aansprakelijkheid voor een onrechtmatige daad, waarin geen disculpatie wordt toegelaten. Evenmin hoeft te worden bewezen dat er causaal verband is tussen de gedraging van de aangesprokene (of voor wat hem wordt toegerekend) en de in concreto geleden schade, noch hoeft komen vast te staan wie tot de kring der aansprakelijke personen behoren. Zie voor een geval van milieuaansprakelijkheid HR 17-1-1997, NJ 1997, 230.

De in artikel 100 opgenomen regel omtrent voordeelstoerekening stemt eveneens overeen met de stand van zaken, zoals die onder het geldende recht in rechtspraak en literatuur is ontwikkeld. Een voordeel dat verkregen wordt uit de gebeurtenis die ook de schade heeft veroorzaakt, wordt met die schuld verrekend, voorzover dit - naar het oordeel van de rechter - redelijk is. Staat een voordeel tegenover schadeposten van verschillende aard, dan staat het ter beoordeling van de rechter in hoeverre het redelijk is dat voordeel in rekening te brengen op een of meer van die schadeposten; zo zal het in de regel niet redelijk zijn een uitkering ter dekking van inkomensschade te verrekenen met geleden immateriële schade (vgl. HR 17-12-1976, NJ 1977, 351). Een zodanig voordeel kan bijvoorbeeld bestaan uit de besparing van kosten die anders hadden moeten worden gemaakt. De discussie omtrent de redelijkheid speelt zich in het bijzonder af met betrekking tot verzekeringsuitkeringen. Inzake uitkeringen van schadeverzekering wordt voordeelstoerekening in beginsel toegepast, doch in de regel betekent dit, wegens subrogatie van de verzekeraar, geen verlichting

van de last van de aansprakelijke persoon. Daarentegen wordt gewoonlijk aangenomen dat uitkeringen van sommenverzekering, zeker indien vrijwillig gesloten en bekostigd door de benadeelde, in beginsel niet voor verrekening in aanmerking komen; wellicht zal een uitzondering worden gemaakt voorzover de verzekering in het bijzonder met het oog op de dekking van schade is gemaakt. Dit betekent niet dat een sommenverzekering buiten zo'n uitzonderingsgeval bij de schadevergoeding geheel buiten beschouwing blijft. Bij de toepassing van artikel 106 kan zij een factor vormen voor de toekenning van vergoeding van immateriële schade naar billijkheid, voor de toepassing van artikel 108 heeft zij tot gevolg dat de schade door het derven van levensonderhoud vermindert en bij toepassing van artikel 109 kan zij een factor voor de beoordeling van de wenselijkheid van matiging vormen. Over fiscale voor- en nadelen zie HR 19-5-1995, NJ 1995, 531 en HR 19-11-1999, NJ 2000, 70.

Artikel 101 geeft, in aansluiting op geldend, buitenwettelijk, recht de regels weer die strekken tot vermindering van aansprakelijkheid, indien de schade mede is veroorzaakt door gedragingen die afwijken van hetgeen een redelijk mens behoort te doen en die aan de benadeelde worden toegerekend. Dit betreft in de eerste plaats diens "eigen schuld"- de term waaronder het onderwerp veelal in de literatuur bekend staat, onder andere bij het nalaten van maatregelen ter voorkoming of vermindering van de schade, maar ook onder omstandigheden zijn gedragingen waaraan schuld, in de zin van verwijtbaarheid, ontbreekt (zie artikelen 162, derde lid, en artikel 165) en eveneens gebeurtenissen waarvoor hij risicoaansprakelijkheid draagt (zie in het bijzonder de artikelen 76, 77 en 169 tot en met 184). Zelfs daarbuiten is toerekening niet uitgesloten; zie HR 20-3-1959, NJ 1959, 81 (toerekening van gedragingen van echtgenote), alsmede de uitbreiding in artikel 101, tweede lid. Aan een (minderjarig) kind kan niet een fout van zijn ouders worden toegerekend (HR 31-5-1985, NJ 1986, 690).

In beginsel geschiedt de toerekening naar de verhouding van de causaliteit van de gebeurtenissen - niet van de schuld daaraan - die voor rekening van de aansprakelijke persoon enerzijds en van de benadeelde zelf anderzijds komen, maar op grond van het slot van het eerste lid is afwijking - bijvoorbeeld toerekening naar de mate van schuld - mogelijk (HR 2-6-1995, NJ 1997, 700 en HR 5-12-1997, NJ 1998, 400). Aan het oordeel, dat veelal op intuïtief inzicht berust, kunnen slechts beperkte motiveringseisen worden gesteld (HR 31-12-1993, NJ 1994, 275). Ook onder het huidige recht is hiervan gebruik gemaakt, bij groot verschil in de ernst van de gemaakte fouten, maar in het bijzonder ook ten gunste van jonge kinderen en bij verkeersongevallen ook van voetgangers en fietsers en ten nadele van bestuurders van motorrijtuigen (zie onder meer HR 30-6-1978, NJ 1978, 685, HR 28-2-1992, NJ 1993, 566 en HR 24-12-1993, NJ 1995, 236). De overwegingen die hieraan ten grondslag liggen, verliezen echter aan gewicht, indien de schade van het slachtoffer ten laste van een verzekeraar is gekomen; dan geldt weer de hoofdregel van artikel 101, eerste lid (HR 2-6-1995, NJ 1997, 700-702). De consequentie, hieruit getrokken, is dat dan ook de schade die omgekeerd de benadeelde in zulke gevallen aan de aansprakelijke persoon toebrengt, ten laste van deze laatste blijft (zgn. reflexwerking: HR 6-2-1987, NJ 1988, 57).

Het tweede lid veronderstelt het geval van schade, door A toegebracht aan een zaak van B, die door deze voor C werd gehouden, terwijl de schade mede aan een gedraging van deze laatste kan worden toegerekend. In dit geval komt C's gedrag voor de toepassing van artikel 101 voor rekening van B.

Artikel 102 is reeds bij afdeling 6.1.2 inzake de hoofdelijkheid ter sprake gekomen. De tweede zin specificiert de norm voor de onderlinge bijdrageplicht van artikel 10 tot de regels die artikel 101 geeft voor de "eigen schuld", indien ook deze bij het veroorzaken der schade een rol heeft gespeeld. Voor wettelijke afwijkingen zie artikel 165, tweede lid, artikel 166, tweede lid, en artikel 170, derde lid. Voor een geval van samenlopende oorzaken zie HR 24-12-1999, NJ 2000, 351.

Het tweede lid regelt de combinatie van hoofdelijke aansprakelijkheid van twee of meer personen met eigen schuld van de benadeelde. De laatste kan dan elk van de aansprakelijke personen - onafhankelijk van de mate van aansprakelijkheid van de ander(en) - aanspreken volgens de norm van artikel 101, met uiteraard de beperking dat hij in totaal niet meer vergoeding kan krijgen dan bij toepassing van artikel 101.

Ter verduidelijking het volgende voorbeeld. A heeft een schade van 4800 geleden, voor 1/8 door eigen schuld, voor 3/8 door B en voor de helft (4/8) door C veroorzaakt. Uiteindelijk moet A derhalve zelf 600 dragen en moet de schade voor het overige voor rekening van B en C in de verhouding 3:4 komen. Als A nu eerst B aanspreekt, kan deze zich op A's eigen schuld beroepen, zodat tegenover hem het schadebedrag van 4800 in de verhouding 1:3 moet worden verdeeld: voor B's rekening komt dan 3/4, d.i. 3600, voor A's eigen rekening 1200. Alsdan kan A nog 600 van C vorderen. De totale, voor rekening van B en C gezamenlijk te vergoeden schade bedraagt dan 4200, door hen te delen in de verhouding 3:4, d.i. 1800:2400. B, die reeds 3600 aan A heeft betaald, kan nu in een regresprocedure C tot het betalen

van een bijdrage van 1800 nopen, waardoor de juiste verhouding tenslotte wordt bereikt.

Als A eerst C zou hebben aangesproken, was de onderlinge verhouding 1:4 geweest: 4/5 van 4800, 3840, was voor rekening van C gekomen, A had zelf 960 moeten dragen. De 360 die boven zijn aandeel in de schade uitgaan, had hij nog van B kunnen opeisen. C zou tenslotte voor 1440 regres op B hebben. Vermeden wordt aldus dat in de eerste procedure ook zou moeten worden beslist over de verhouding tussen de benadeelde en de andere aansprakelijke personen die niet in het geding zijn betrokken. Deze verhoudingen komen dan in eventuele vervolg- en regresprocedures aan de orde, terwijl in een omslagprocedure wegens insolventie van een der aansprakelijke personen de anderen de benadeelde zelf kunnen betrekken (tweede lid, tweede zin).

Artikel 103 stelt als hoofdregel voorop dat schadevergoeding in de vorm van geld wordt uitgekeerd. De benadeelde kan echter schadevergoeding in andere vorm vorderen en de rechter is, bij wege van discretionaire bevoegdheid, dan vrij om deze vordering al dan niet toe te wijzen. Vergoeding in natura kan bestaan in allerlei vorm (zie HR 28-6-1974, NJ 1974, 400, Kamsteeg), onder andere in het verrichten van feitelijke handelingen, zoals herstel of vervanging, maar ook in het verrichten van rechtshandelingen; in die zin onder het huidige recht reeds HR 17-11-1967, NJ 1968, 42 (Pos-van den Bos).

Artikel 104 geeft aan de wijze van schadevergoeding van artikel 70, vierde lid, van de Nederlandse Rijsoctrooiwet 1995 een ruimere toepassing. De daar bedoelde afdracht van onrechtmatig genoten winst kan nu ter zake van elke onrechtmatige daad en wanprestatie - doch niet daarbuiten - worden gevorderd - de "desbewustheid" van artikel 70, derde lid, van de Rijsoctrooiwet 1995 is geen vereiste - en de rechter kan deze vordering toewijzen, als hij een zodanige schadevergoeding een passende sanctie acht. Bij onrechtmatige daad denke men in het bijzonder aan schending van absolute rechten, ongeoorloofde mededinging en publicaties in "roddelbladen", bij wanprestatie aan schending van concurrentiebedingen. Indien in het geheel geen schade is geleden, is voor toepassing geen plaats (HR 24-12-1993, NJ 1995, 421).

Ook toekomstige schade kan voor vergoeding in aanmerking komen. Artikel 105 regelt, in aansluiting op het geldende recht, welke vrijheid de rechter hier heeft. Op de begroting van de schade zelf is artikel 97 van toepassing. Begroot de rechter de schade voordat deze is ingetreden, dan heeft hij de keuze tussen een veroordeling tot het betalen van een bedrag ineens en een tot betaling van periodiek uit te keren bedragen. Bij het verdisconteren van goede en kwade kansen komt het aan op de redelijke verwachtingen van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen (HR 15-5-1998, NJ 1998, 624).

Onder het huidige recht is onzeker, of, naast de gevallen van letsel (artikel 1392), belediging (1393 en 1396 BW) en enkele andere bij de wet geregelde gevallen zoals artikel 1614x BW, vergoeding voor immateriële schade (smartegeld) gevorderd kan worden; zie de terughoudendheid in HR 14-11-1958, NJ 1959, 15 en HR 4-2-1983, NJ 1984, 631.

Artikel 106 noemt thans uitdrukkelijk de gevallen waarin de vordering van smartegeld kan worden ingesteld; de opsomming is limitatief, behoudens een wettelijke aanvulling (zie aldus artikel 7:510 inzake de reisovereenkomst). Het bedrag van smartegeld wordt naar billijkheid vastgesteld: met alle relevante omstandigheden, zoals de mate van schuld en de wederzijdse economische verhoudingen moet rekening worden gehouden; zie voorts HR 8-7-1992, NJ 1992, 714. In het eerste lid behelst onderdeel a een verruiming ten opzichte van de artikelen van het huidige wetboek. Onderdeel b is ruimer dan hetgeen thans de artikelen 1392 en 1393 BW omvatten - ook aantasting van de persoonlijkheid op andere wijze dan letsel en belediging komt daarvoor in aanmerking, zoals vrijheidsberoving en inbreuken op de persoonlijke levenssfeer; vgl. reeds HR 30-10-1987, NJ 1988, 277. Daaronder wordt echter niet gerekend het verdriet om het overlijden of letsel van een ander, tenzij wellicht in een bijzonder geval van "shockschade" ten gevolge van de schrik die bij het meemaken van een daartoe leidend ongeval kan worden ervaren (HR 8-4-1983, NJ 1984, 717 en HR 22-2-2002, NJ 2002, 240). Onderdeel c preciseert enigermate het tegenwoordige artikel 1396 BW. Over een staat van bewusteloosheid zie HR 20-9-2002, NJ 2004, 112.

De vorderingen tot smartegeld zijn in beginsel hoogst persoonlijk; voor overdracht en beslag zijn zij pas vatbaar, als zij een zekere vaste vorm hebben aangenomen: aldus het tweede lid.

Artikel 107 vervangt artikel 1392 van het BW, doch geldt nu ook buiten onrechtmatige daad en betreft zowel de vermogensschade, inclusief bijvoorbeeld kosten van revalidatie en inkomensschade, als de immateriële schade die het gevolg van letsel zijn. Het slot van het eerste lid ziet op zgn. "verplaatste schade", dat wil zeggen schade die door de

gekwetste wordt geleden, doch door anderen die tot hem in een nauwe betrekking staan, wordt gedragen - men denke bijvoorbeeld aan ziekenhuiskosten die de ouders van het gekwetste kind dragen, maar ook aan kosten als huishoudelijke hulp, door een huisgenoot geleverd, en kosten van bezoek door nauwe relaties. Zie Hr 28-5-1999, NJ 1999, 564. Erbuiten valt de uitkering waartoe een schadeverzekeraar is verplicht; deze zal in de regel worden gesubrogeerd. Eveneens valt erbuiten het loon tot doorbetaling waarvan de werkgever is verplicht; zie daaromtrent artikel 107a. Evenmin hebben anderen die door het letsel van de benadeelde zelf schade lijden, een eigen aanspraak op vergoeding; zie bijvoorbeeld voor een vennootschap HR 12-12-1986, NJ 1987, 958. Voorzover de schade bestaat uit betalingen die zij, verplicht of onverplicht, aan de gekwetste of te diens behoefte doen, kunnen zij die onder omstandigheden bij wijze van voorschot verrichten of zich de vordering van de gekwetste op de aansprakelijke persoon laten cederen. De in artikel 107 bedoelde derde heeft een eigen vordering, maar de aansprakelijke persoon kan tegen hem hetzelfde verweer voeren als tegen de gekwetste zelf (tweede lid).

Artikel 107a regelt de positie van de werkgever - in ruime zin - die tijdens ziekte of andere arbeidsongeschiktheid, daartoe verplicht aan zijn gekwetste ondergeschikte het loon doorbetaalt. Hierbij valt zowel te denken aan artikel 7:629 voor de arbeidsovereenkomst, als aan een publiekrechtelijke dienstbetrekking.

Het doorbetaalde loon heeft twee aspecten. In de eerste plaats vermindert het de schade van de gekwetste, anderzijds wordt (een deel van de) schade afgewenteld op de werkgever. Het eerste lid van artikel 107a behandelt het eerste aspect, in het tweede en het derde lid gaat het om het tweede.

Het artikel heeft slechts betrekking op doorbetaling van loon tijdens arbeidsongeschiktheid, waartoe de werkgever verplicht is. Voorzover hij dat onverplicht doet, vermindert dit uiteraard ook de schade van de benadeelde, doch de werkgever heeft dan geen wettelijk recht op schadevergoeding; om niettemin vergoeding te ontvangen, kan hij een van de, in de toelichting op artikel 107 bedoelde, constructies bezigen.

Het tweede lid schept voor de werkgever een zelfstandig, zij het mede van de rechtspositie van de gekwetste afhankelijk recht op schadevergoeding. Enerzijds hoeft hij niet te bewijzen dat het veroorzaken van het letsel van de benadeelde werknemer ook jegens hem onrechtmatig is, anderzijds betreft zijn recht slechts zijn "loonschade" - bedrijfsschade die hij lijdt door het uitvallen van zijn ondergeschikte, komt niet voor deze vergoeding in aanmerking: aansprakelijkheid jegens de gekwetste brengt van rechtswege aansprakelijkheid jegens de werkgever mee, doch slechts voor het verplicht doorbetaalde loon.

De vergoeding waarop de werkgever recht heeft, heeft twee grenzen: het bedrag van het door hem betaalde loon en het aan schadevergoeding jegens de gekwetste verschuldigde bedrag, vermeerderd met het loonbedrag doch verminderd met het aan de gekwetste in feite verschuldigde bedrag. De betekenis van de laatste grens komt uit in de gevallen waarin de aansprakelijke persoon slechts beperkt jegens de gekwetste aansprakelijk is, zoals op grond van diens eigen schuld (artikel 101). Bijvoorbeeld de totale schade van de gekwetste bedraagt 80, te vermeerderen met diens fictieve loonschade, het door de werkgever doorbetaalde loon 20, tezamen 100, die door de aansprakelijke persoon slechts voor de helft moet worden vergoed. De werkgever heeft dan ook slechts aanspraak op de helft van het doorbetaalde loon:  $1/2 \times 100 - 1/2 \times 80 = 10$ .

Het derde lid stelt een mede-ondergeschikte van dezelfde werkgever als die van de gekwetste, vrij van aansprakelijkheid jegens de werkgever, behalve in het geval dat hij het letsel opzettelijk of in bewuste roekeloosheid heeft toegebracht. De bepaling past in de lijn van de jurisprudentie waarin verhaal van de werkgever op zijn werknemers voor door hem begane fouten wordt uitgesloten, tenzij hem ernstig verwijt treft (HR 26-6-1959, NJ 1959, 551, HR 4-2-1983, NJ 1983, 543 en HR 3-4-1987, NJ 1987, 606; vgl. artikel 170).

In het Nederlandse BW is een artikel 107a van dezelfde strekking ingevoegd bij wet van 21 december 1995, Stb. 691 naar aanleiding van een herziening van de daar geldende Ziektewet, als gevolg waarvan de werkgever met loondoorbetaling gedurende het eerste jaar van arbeidsongeschiktheid is belast. Verwijzingen naar de Nederlandse wetgeving zijn in het ontwerp uiteraard achterwege gelaten, terwijl een enkele verbetering en verduidelijking is aangebracht. Daardoor heeft artikel 107a in het ontwerp enerzijds een ruimere reikwijdte dan in de Nederlandse wet; anderzijds legt artikel 1614c BW hier te lande op de werkgever slechts een beperkte loondoorbetalingsverplichting, in tegenstelling tot de, tevoren daarmee equivalenten, Nederlandse bepaling.

Evenals artikel 1391 BW thans geeft artikel 108 bepaalde nabestaanden - niet noodzakelijk ook erfgenamen - een eigen vordering ter zake van iemands overlijden waarvoor een ander aansprakelijk is. Deze vordering draagt niet het karakter van smartegeld, maar er bestaat aanspraak ter voorziening in schade door derving van levensonderhoud, zij het dat ze

niet op één lijn met de familierechtelijke alimentatie mag worden gesteld (HR 5-6-1981, NJ 1982, 221). Conform de algemene strekking van afdeling 6.1.10 beperkt artikel 108 de grondslag der vordering niet tot onrechtmatige daad, doch ook overlijden ten gevolge van wanprestatie kan als grondslag dienen.

De kring der rechthebbenden wordt in artikel 108, eerste lid, verruimd, zoals uit de omschrijving der vier categorieën in de onderdelen a tot en met d blijkt, met dien verstande dat de van tafel en bed gescheiden echtgenoot uit die kring wegvalt; of en in hoeverre vereist is dat de overledene reeds in hun onderhoud voorzag, blijkt uit deze omschrijving die voor elk der categorieën in dit opzicht verschilt; zie voor het postume kind reeds HR 10-2-1961, NJ 1961, 184. Wel kan een nabestaande, die aan de daarvoor gestelde criteria voldoet, eventueel kiezen uit de verschillende categorieën. In onderdeel d is aan onderhoud "in natura" gedacht; vgl. reeds HR 5-6-1981, NJ 1982, 221. Een andere verruiming is dat de beperking tot onderhoud uit arbeid(sinkomen) niet langer wordt gemaakt.

Verzekeringssuitkeringen ter zake van het overlijden zullen de schade voor de nabestaanden kunnen verminderen; zie over eventuele voordeelstoerekening de aantekeningen bij artikel 100.

Het tweede en het derde lid wijken af van hetgeen de rechtspraak onder het huidige recht heeft uitgemaakt; zie voor het tweede lid: HR 27-2-1925, NJ 1925, 566, al worden de kosten van lijkbezorging in de praktijk ook thans wel vergoed, en voor het derde lid HR 22-12-1950, NJ 1951, 222, zodat voortaan niet alleen "eigen schuld" van het slachtoffer, maar ook contractuele exoneratiebedingen, tevoren met het slachtoffer gemaakt, aan de nabestaanden kunnen worden tegengeworpen, dit in afwijking van HR 22-12-1950, NJ 1951, 222.

De "wederzijdse stand en fortuin" van artikel 1391 BW vervallen als waarderingsmaatstaven; de schade wordt begroot volgens de maatstaven voor levensonderhoud waarnaar artikel 108 verwijst; voor matiging kan artikel 109 toepassing vinden.

Artikel 109 geeft algemene regels omtrent matiging van wettelijke schadevergoeding waartoe de rechter, uit hoofde van hem toekomende bevoegdheid die het artikel hem verleent, kan besluiten. Het criterium daarvoor is dat volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Onder die omstandigheden rekent de wet, enumeratief, de aard der aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande verhouding en hun beider draagkracht. Voor het eerste zij verwezen naar de aantekeningen bij artikel 98, waarin het begrip "de aard van de aansprakelijkheid" ook reeds voorkomt. In het bijzonder kan hierbij worden gedacht aan het onderscheid tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid. Voor toetsing aan de verhouding tussen partijen kan bijvoorbeeld van belang zijn of de schade door onrechtmatige daad wordt toegebracht, dan wel bij de uitvoering van een overeenkomst, bijvoorbeeld met een bedrijf, wordt veroorzaakt. Dat de schade is ontstaan bij kosteloze dienstverlening door de aansprakelijke personen, kan een reden tot matiging zijn (zie reeds HR 3-12-1971, NJ 1972, 144). Voor de draagkracht van beide partijen zie reeds de rechtspraak op de wederzijdse stand en fortuin, een begrip, gebezigd in de artikelen 1391 en 1392 van het huidige BW.

Andere omstandigheden die van belang kunnen zijn, zijn bijvoorbeeld de mate van schuld bij de aansprakelijke persoon, de mogelijke omstandigheid dat de aansprakelijke persoon bij het werken in zijn dienstverband een fout maakte (zie in verband hiermee ook artikel 257) en de omvang van de schade die de aansprakelijke persoon zelf lijdt. De invloed van een aansprakelijkheidsverzekering die de aansprakelijke persoon heeft gesloten of had moeten sluiten, wordt in het tweede lid uitgewerkt.

Het derde lid verklaart het eerste lid tot dwingend recht.

In het bijzonder risicoaansprakelijkheid voor ernstige ongevallen kan leiden tot onvoorspelbare bedragen van schadevergoeding die niet meer goed zijn te verzekeren. Limitering van zulke bedragen, een vorm van wettelijke matiging, teneinde verzekeraarbaarheid te bevorderen, kan dan wenselijk zijn. Artikel 110 opent daartoe de mogelijkheid. In het bijzonder in het vervoersrecht met betrekking tot kernenergie-ongevallen gelden daarvoor in internationaal verband reeds regels. Een toepassing is niet de vaststelling van een minimum-bedrag voor een verplichte verzekering, zoals krachtens de wet van 14 augustus 1979, regelende de verplichte verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid inzake motorrijtuigen (S.B. 1979, 33) is geschied: de schadevergoeding kan het verzekerd bedrag overtreffen - voor matiging van het excedent kan eventueel artikel 109 worden ingeroepen.

Artikel 110 opent in het algemeen op nationaal niveau de weg tot limitering bij wege van staatsbesluit. Van zo'n delegatie is tot nog toe in Nederland geen gebruik gemaakt.

#### Afdeling 6.1.11 - Verbintenissen tot betaling van een geldsom

De afdeling is geheel gewijd aan de bijzondere problematiek van vorderingen en schulden die in geld zijn uitgedrukt, onverschillig of dat hier te lande wettig betaalmiddel is of vreemd geld en of, in het laatste geval, het vreemd geld "effectief" behoort te worden betaald, of, naar een geldende koers, ook in een andere waarde mag of moet worden voldaan. Buiten de afdeling vallen echter transacties waarin geld - munten, bankbiljetten enz. - niet vanwege zijn eigenschap als rekeneenheid en ruilmiddel, maar om bijvoorbeeld zijn zeldzaamheidswaarde of curiositeit wordt verhandeld.

De afdeling sluit aan bij afdeling 6.1.6 - en wijkt daarvan ook wel af: vgl. de artikelen 115 tot en met 118 met artikel 41 - terwijl de artikelen 119 en 120 een bijzondere regeling geven ten opzichte van artikel 97. Enige bepalingen geven weer hetgeen volgens het huidige BW reeds krachtens (extensieve interpretatie van) titel 13 van het Derde Boek inzake verbruiklening als geldend recht wordt beschouwd.

Voor een belangrijk deel zijn de bepalingen van de afdeling voortvloeidend uit de - overigens niet in werking getreden - verdragen Convention Européenne relative aux obligations en monnaie étrangère (CEME - 1968) en de Convention Européenne relative au lieu de paiement des obligations monétaires (CELP - 1972).

De afdeling behelst de artikelenreeksen:

- a. artikelen 111 tot en met 114: de wijze van betaling;
- b. artikelen 115 tot en met 118: de plaats van betaling;
- c. artikelen 119 en 120: de wettelijke rente;
- d. artikelen 121 tot en met 126: betaling van in vreemd geld uitgedrukte schulden.

De bepalingen bevatten regels die niet van dwingend recht zijn.

Artikel 111 drukt het zgn. nominaliteitsbeginsel uit: het bedrag verandert niet als gevolg van inflatie of deflatie. Aldus reeds artikel 1775 volgens de befaamde uitleg van HR 2-1-1931, NJ 1931, 274 (Mark is Mark). Onbillijkheden kunnen worden weggenomen door partijen onderling, door het volgen van wellicht in bepaalde branches bestaande gewoonten, door buitengewoon ingrijpen van de wetgever en eventueel door een beroep op de redelijkheid en billijkheid, in het bijzonder door toepassing van artikel 258.

Artikel 112 erkent een tweede, voor de hand liggend beginsel: het (chartale) geld waarin een schuld wordt betaald, moet gangbaar, courant, zijn in het land in welks geld die betaling geschiedt. Het moet daar voor geldige betaling als muntgeld, muntbiljet of bankbiljet, worden aanvaard. De schuldeiser kan op zulk geld aanspraak maken en kan omgekeerd een betaling daarin niet straffeloos weigeren. Verliest het geld tussen het ontstaan van de verbintenis en de betaling zijn gangbaarheid, in het bijzonder door wettelijke geldhervorming, dan moet na omrekening het bedrag in een wél gangbare geldsoort worden betaald.

Het artikel is van regelend recht: zo kan de schuldeiser door toepassing van artikel 116, tweede lid, betaling in gangbaar chartaal recht uitsluiten. Redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat een groot bedrag slechts in giraal geld kan of moet worden voldaan.

Artikel 114, eerste lid, kent de schuldenaar de bevoegdheid tot girale betaling toe op een daartoe bestemde rekening in het land van betaling. Anders dan bij betaling in gangbaar chartaal geld kan de schuldeiser een girale betaling echter eenzijdig uitsluiten. Men kan zo'n uitsluiting bijvoorbeeld aannemen voor girale betaling van kleine bedragen voor de koop van zaken die contant in de winkel van de schuldeiser worden verkocht. Wordt ondanks uitsluiting toch giraal betaald, dan kan de schuldeiser opnieuw betaling - en eventueel schadevergoeding - verlangen (HR 28-2-1997, NJ 1998, 218), maar hij is dan verplicht het giraal betaalde terug te geven, waarbij hij een verklaring van de schuldenaar tot verrekening kan voorkomen.

Het tweede lid van het artikel geeft een algemene regel over het tijdstip van girale betaling: het tijdstip waarop de bank of giro-instelling het betaalde bedrag overboekt op de rekening van de schuldeiser. Bij overboeking van de rekening van de debiteur bij instelling A naar de rekening van de crediteur bij instelling B, geeft dus de bijschrijving het tijdstip van betaling aan; wél geldt dat door de afschrijving en verdere afwerking door A het bedrag uit het vermogen van de (mogelijk inmiddels gefailleerde) debiteur is geraakt (HR 31-3-1989, NJ 1990, 1). Een geldbedrag tot welks overschrijving een schuldenaar opdracht heeft gegeven, valt zelfs niet meer onder derdenbeslag onder de schuldenaar (of bank) als de opdracht ten tijde van de beslaglegging niet meer kan worden herroepen, ook al is de overschrijving nog niet voltooid (HR 21-3-1969, NJ 1969, 304). Omgekeerd valt een nog niet op de rekening van de crediteur overgeschre-

ven geldbedrag wel onder het, onder de bank gelegde, derdenbeslag ten laste van de crediteur, omdat hier (evenals bij faillissement) het criterium is, of de bank het bedrag aan deze verschuldigd is (HR 7-6-1929, NJ 1929, 1285). Evenmin pleegt het tijdstip der betaling het tijdstip te zijn dat beslissend is voor de renteberekening ("valuterig").

De artikelen 115 tot en met 118, die de plaats van betaling van geldstukken betreffen, zijn ontleend aan de, hierboven genoemde, CELP. Zij gelden ook wanneer overeenkomstig artikel 46 ter betaling van een geldschuld een cheque e.d. wordt aangeboden.

Zie voor wettelijke bijzondere bepalingen omtrent de plaats van betaling de artikelen 7:26, tweede lid, (koop) en 7:622 (arbeidsovereenkomst) van het BW, 219 (wissels), 247 (orderbriefjes) en 279, leden 3 e.v. (cheques) van het Wetboek van Koophandel en 184 van de Faillissementswet 1935 (faillissementsuitkering).

Artikel 116, eerste lid, geeft, in overeenstemming met de hoofdregel van artikel 1414, tweede lid, BW als algemene regel voor de plaats van betaling van een geldschuld de woonplaats van de schuldeiser aan: een geldschuld is een brengschuld; de regel is een *lex specialis* naast artikel 41, onderdeel b. Zie voor "de woonplaats" van een natuurlijke en een rechtspersoon de artikelen 10 tot en met 15 van Boek 1 (nieuw). Aanwijzing van een andere plaats van betaling overeenkomstig het tweede lid kan onder andere geschieden door aanwijzing van (een betalingsrekening bij) een bank- of giro-instelling. Het artikel geldt mede bij verandering van woonplaats van de schuldeiser ook naar een ander land.

Artikel 117 biedt de schuldenaar verweer tegen een verplichting tot betaling op een andere plaats dan die hij bij het ontstaan van de verbintenis mocht verwachten, indien zo'n verandering de betaling aanmerkelijk bezwaarlijker zou maken. Zo'n verandering kan het gevolg zijn van uitoefening van de bevoegdheid van artikel 116, tweede lid, maar ook van verhuizing van de schuldeiser of van cessie van of subrogatie in de vordering. Het verweermiddel is in zo'n geval een bevoegdheid van de schuldenaar tot opschorting met de daaraan verbonden sancties zoals die welke uit schuldeisersverzuim kunnen voortvloeien.

Artikel 118 heeft een bijzondere regeling voor de vorderingen uit bedrijf en beroep: de plaats van vestiging in plaats van de woonplaats van de schuldeiser. Verschil met artikel 1:14 is dat hier, voor de betaling van een geldschuld, kantoor of filiaal niet mede als woonplaats gelden, maar daarvoor in de plaats komen.

De artikelen 119 en 120 betreffende de wettelijke rente ("moratoire interessen") vervangen de artikelen 1271, 1272 en 1273 van het BW. De strekking - de schade als gevolg van vertraging in de betaling van een geldsom wordt gefixeerd op een krachtens de wet vastgesteld percentage (zie HR 1-2-1985, NJ 1985, 560) - blijft daarbij gelijk: er is hier aanleiding tot een uniforme behandeling, met als uitgangspunt dat de schade bestaat uit de rente die de schuldeiser zelf had moeten betalen, als hij het verschuldigde bedrag bij een bank had moeten lenen. Vragen, wat bijvoorbeeld de individuele schuldeiser met het bedrag, ware het tijdig voldaan, had kunnen doen, worden aldus afgesneden. De belangrijkste wijziging is dat volgens het ontwerp de wettelijke rente begint te lopen vanaf het intreden van het verzuim - zie § 2 van afdeling 6.1.10 - en niet pas vanaf de oproeping of een aanmaning, zoals volgens het huidige recht. Schuldenaarsverzuim wordt verdrongen door schuldeisersverzuim (artikel 61) en zolang op de vordering derdenbeslag onder de schuldenaar ligt, is deze geen wettelijke rente verschuldigd (HR 31-5-1991, NJ 1992, 261). In het voorgestelde systeem, waarin de rente vanaf het intreden van het verzuim gaat lopen, is er geen ruimte voor het vorderen van "compensatoire interessen", gebaseerd op de schade die de schuldeiser door het missen van het geld in feite heeft geleden doordat hij bijvoorbeeld bij een bank een bedrag heeft moeten lenen, niet alleen over het tijdperk waarover ook moratoire interessen kunnen worden gevorderd (aldus reeds voor het bestaande recht HR 26-3-1993, NJ 1995, 42), maar ook niet die over de periode waarover hij nog geen wettelijke rente kan vorderen. Wel kan naast de wettelijke rente overeenkomstig artikel 125 vergoeding wegens koerswijziging worden gevorderd, evenals vergoeding van de kosten, bedoeld in artikel 96, eerste lid.

Wil er sprake zijn van vertraging, dan moet de vordering in elk geval opeisbaar zijn. Strekt de vordering tot schadevergoeding, dan is van belang of deze abstract of concreet wordt berekend. Bij abstracte berekening is de vergoeding opeisbaar zodra de schade is gevallen en treedt ook het verzuim van rechtswege terstond in (artikel 83, onderdeel b), bij concrete berekening, zoals bij ziekenhuiskosten, wordt de vordering pas opeisbaar als de rekening bij de benadeelde persoon wordt ingediend.

Wel kan wettelijke rente worden toegewezen over een geldsom waarvan de omvang nog niet vaststaat (HR 26-3-1993, NJ 1995, 42).

Een andere wijziging is dat in artikel 119, tweede lid, de thans nog geldende beperkingen op de aanspraak op samengestelde interest ("anatocisme", rente op rente) vervallen.

In artikel 119, derde lid, wordt bepaald dat een bedongen rente, indien hoger dan de wettelijke, in de plaats van deze laatste blijft doorlopen.

Artikel 120 regelt de vaststelling van de hoogte der wettelijke rente bij staatsbesluit en het gevolg van een nieuwe vaststelling voor een lopende rente (vgl. artikel 1271 van het huidige BW: "bij wet"). In het overgangsrecht zal worden bepaald dat zolang geen staatsbesluit terzake is genomen, het percentage van de wettelijke rente 12% zal zijn.

Bijzondere, van artikel 119 afwijkende, bepalingen zijn te vinden in de artikelen 7:625 BW (arbeidsovereenkomst) en 224, 225 (wissels, die buitenslands zijn uitgegeven of betaalbaar gesteld) en 284, derde en vierde lid, (cheques idem) van het Wetboek van Koophandel.

De artikelen 121 tot en met 126 zijn in belangrijke mate ontleend aan de hierboven reeds vermelde CEME. Zij betreffen zgn. eigenlijke valutaschuld, dat wil zeggen de verbintenis die strekt tot voldoening van een geldsom in ander geld dan dat van het land van betaling, in tegenstelling tot de zgn. oneigenlijke valutaschulden die moeten worden voldaan in het geld van het land van betaling, maar die worden berekend op de tegenwaarde van een bedrag in ander geld; problemen die in deze artikelen worden behandeld, spelen bij deze laatste niet of nauwelijks een rol. Volgens HR 17-2-1995, NJ 1995, 423, geven de artikelen 123, 124 en 125 ook het geldende recht weer.

Artikel 121, eerste lid, bepaalt dat ook de schuldenaar van een eigenlijke valutaschuld deze in beginsel mag voldoen in het geld van de plaats van betaling (zonder door de bank berekende provisie voor omruil) - voor de koers waartegen dat kan geschieden - zie de artikelen 124 tot en met 126. Uit de bevoegdheid, die de valutaschuld tot een bijzonder geval van een facultatieve verbintenis maakt, vloeit voort dat hij ook mag verrekenen met een vordering in geld van de plaats van betaling die hij op zijn schuldeiser heeft; deze laatste mag dat pas als blijkt dat de schuldenaar zijn bevoegdheid uit het onderhavige artikel daadwerkelijk wil uitoefenen.

Het tweede lid geeft de uitzondering op de regel. Zie voor bijzondere gevallen de artikelen 215 en 273 van het Wetboek van Koophandel (wissels en cheques).

Tegenover de bevoegdheid die artikel 121, tweede lid, de schuldenaar toekent, stelt artikel 122 de bevoegdheid van de schuldeiser om betaling in geld van de plaats van betaling te vorderen - zelfs als de verbintenis tot betaling effectief strekt - doch slechts beperkt tot het in het eerste lid omschreven geval. Door de bepaling wordt een beroep op overmacht beperkt.

Artikel 123 voegt aan het vorige een geval toe waarin de schuldeiser de keuze heeft tussen betaling effectief en in hier te lande gangbaar geld (eerste lid) en het geval waarin hij bij executie hier te lande het verschuldigde in hier gangbaar geld kan opeisen (tweede lid). Het artikel ontnemt overigens de schuldenaar niet de bevoegdheid die artikel 121 hem toekent.

De artikelen 124, 125 en 126 houden zich in het bijzonder bezig met de koers van omrekening en wijzigingen daarin. De verwijzing in artikel 124 naar afdeling 6.1.9 heeft betrekking op de omzetting volgens artikel 87 van het recht op nakoming in een vordering tot (vervangende) schadevergoeding en wel in de valuta waarin de schade het best kan worden uitgedrukt of vergoed.

Artikel 125 opent de mogelijkheid om schade door koerswijziging tijdens verzuim te verhalen naast de ver-tragingsschade van artikel 119 - aldus reeds HR 8-12-1972, NJ 1973, 377. Of schade is geleden en tot welk bedrag en of ze toerekenbaar is aan de schuldenaar, moet overeenkomstig de afdelingen 6.1.9 en 6.1.10 worden beoordeeld. Het tweede lid sluit vergoeding van zulke schade echter uit, als de verbintenis buiten de rechtssfeer hier te lande ligt.

Artikel 126 wijst als de koers van vreemd geld voor valutaschulden aan de aankoopkoers waartegen dat geld bij een bank op de plaats van betaling verkrijgbaar is.

#### Afdeling 6.1.12 - Verrekening

##### Algemeen

De afdeling vervangt de artikelen 1446 tot en met 1456 - titel 4, afdeling 4 - van het huidige Derde Boek van het BW.

Het opschrift van die afdeling luidt "Van compensatie of vergelijking van schuld", in het nieuwe BW wordt het verschijnsel betiteld als: verrekening. Verrekening waardoor wederzijdse vorderingen tenietgaan, is een voor de hand liggende praktische afwikkeling van schulden die over en weer tussen partijen bestaan: "men betaalt met gesloten beurzen". Als zodanig heeft zij veel met (het effect van) wederzijdse betaling gemeen. Anderzijds scheidt de bevoegdheid tot verrekening ook een waarborg van voldoening van een schuld: ze geschiedt onafhankelijk van de gegoedheid of de goede wil van de schuldenaar. Zie in dit verband mede artikel 79. Bijzonder belang heeft de verrekeningsbevoegdheid dan ook in faillissement en surséance van betaling, waarvoor bijzondere, van afdeling 6.1.12 afwijkende bepalingen voorkomen; zie de artikelen 49 tot en met 52 en 224 en 225 van de Faillissementswet 1935, die enerzijds de mogelijkheden tot verrekening verruimen, anderzijds die beperken ter voorkoming van misbruik. De bepalingen bevatten regelend recht; zo behouden bijvoorbeeld banken zich de bevoegdheid tot verrekening voor, ook in gevallen waarin niet ten volle aan de door de wet gestelde vereisten is voldaan; zie echter voor algemene voorwaarden artikel 237, onderdeel g (vermoeden van onredelijk bezwarende algemene voorwaarde) en ook artikel 236, onderdeel f. Zie voorts de beperking van verrekening met een loonschuld artikel 7:632.

Artikel 127, eerste lid, beslist een vraag die lang wegens onduidelijkheid der huidige wet onbeantwoord is gebleven: verrekening werkt volgens het ontwerp niet van rechtswege, doch treedt slechts in als daarop door een der partijen een beroep wordt gedaan, tenzij artikel 140 (rekening-courant enz.) van toepassing is. Het gevolg van de verklaring is dat de wederzijdse vorderingen tot hun gezamenlijk beloop tenietgaan.

De verklaring - zie voor haar werking artikel 3:37 - moet worden gericht tot de schuldeiser, ook als het geval van artikel 130, eerste lid, zich voordoet en de schuldeiser niet zelf tevens de schuldenaar van de tegenoverstaande verbintenis is. Het tweede lid - beperkt door het derde lid - stelt, in een enkel opzicht enigszins afwijkend van het huidige recht, de vereisten voor de bevoegdheid tot verrekening:

a. partijen zijn over en weer schuldeiser en schuldenaar

Verrekening is uitgesloten, indien een partij haar vordering en schuld niet in dezelfde hoedanigheid heeft: bijvoorbeeld een privé-schuld tegenover een vordering als voogd. Pandhouder en vruchtgebruiker zijn, evenals een vertegenwoordiger, als zodanig geen schuldeiser ook al zijn ze tot inning bevoegd. Afscheiding van vermogen, zoals in het derde lid bedoeld, kan worden veroorzaakt door bewind of door aanvaarding van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving.

b. de prestatie waarop zij recht hebben, beantwoordt aan hun schuld

Verrekening vindt praktisch steeds tussen geldvorderingen plaats. Zie de artikelen 121, 122 en 123 voor de vraag of een valutavordering beantwoordt aan een vordering in ander geld.

c. de partij die wil verrekenen, moet bevoegd zijn tot betaling van haar schuld

Aan dit vereiste is ook voldaan, als de schuld weliswaar nog niet voor onmiddellijke vereffening vatbaar is, bijvoorbeeld omdat ze nog niet opeisbaar is.

d. zij moet bovendien bevoegd zijn tot het afdwingen van de nakoming van haar vordering.

Betaling van een vordering is in elk geval niet afdwingbaar, zolang de vordering niet opeisbaar is. Ook als zij opeisbaar is, kan de nakoming voor de schuldeiser niet afdwingbaar zijn in een geval als bedoeld in artikel 33. Zie voor uitzonderingen de artikelen 79 en 131.

Artikel 128 stelt enige nadere vereisten omtrent de verrekening van een vordering aan order of toonder.

Artikel 129, eerste lid, doet de verrekeningsverklaring terugwerken tot het tijdstip waarop de bevoegdheid tot verrekening is ontstaan en verleent haar daardoor in dat opzicht het effect van een verrekening die van rechtswege werkt (zie bij artikel 127); vaak wordt de verklaring in de praktijk pas achteraf afgelegd.

Het tweede en het derde lid geven uitzonderingen op de regel van het eerste lid. Het tweede lid beperkt de terugwerkende kracht tot het tijdstip waarop, na het ontstaan van de bevoegdheid, de termijn eindigt, waarover op een of beide schulden nog rente is betaald. Het derde lid zondert van de terugwerkende kracht uit het effect daarvan op de koersberekening van artikel 124: deze is niet die van de dag van het ontstaan van de verrekeningsbevoegdheid doch die van de dag van het afleggen der verklaring.

De artikelen 130 en 131 breiden de bevoegdheid tot verrekening uit over een aantal gevallen, waarin niet aan de vereisten van artikel 127, tweede lid, is voldaan. Ook de artikelen 49 en 224 van de Faillissementswet 1935 bevatten, naast beperking, ook uitbreiding van de bevoegdheid tot verrekening, met name indien niet aan het vereiste van

opeisbaarheid is voldaan.

Artikel 130 regelt de bevoegdheid tot verrekening van een schuldenaar, als de bevoegdheid van de schuldeiser tot inning in andere handen is overgegaan of door beslag is geblokkeerd, de materie die thans in de artikelen 1448 en 1451 van het BW is geregeld. Het artikel onderscheidt tweeërlei situatie:

- a. overgang van de vordering van de oorspronkelijke schuldeiser op een andere door cessie, subrogatie, contractsoverneming, overgang van een kwalitatief recht (eerste lid);
  - b. beslag, vestiging van vruchtgebruik (artikel 3:210) of pand (artikelen 3:236 en 3:246) (tweede lid).
- Hoewel in deze gevallen aan de vereisten van artikel 127, tweede lid, niet langer is voldaan, is de schuldenaar dan in een tweetal gevallen niettemin tot verrekening bevoegd: (1) indien de bevoegdheid tot verrekening reeds vóór de overgang enz. bestond; (2) indien de tegenvordering van de schuldenaar, hoewel pas later ontstaan, voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding als zijn schuld, bijvoorbeeld door ontbinding van de overeenkomst die een vordering tot schadevergoeding tot gevolg heeft.

Met name dit laatste is een uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid onder het bestaande recht. Vgl. in dit verband ook HR 31-1-1992, NJ 1992, 686, inzake verrekening van een schuld met een vordering uit een natuurlijke verbintenis krachtens dezelfde rechtsverhouding.

Beslag op de vordering zal de schuldeiser van een hem eventueel toekomende bevoegdheid tot verrekening beroven: hij kan betaling van zijn vordering niet langer afdwingen.

Het derde lid onthoudt de toepasselijkheid van het eerste en het tweede lid aan overdracht en dergelijke van order- en toondervorderingen.

Een contractueel beding tot uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid is ook geldig ten opzichte van de derde (HR 30-1-1984, NJ 1984, 512). Zie voorts artikel 236, onderdeel f, voor algemene voorwaarden, mede met betrekking tot de verrekeningsbevoegdheid.

Ook artikel 131 breidt de bevoegdheid tot verrekening uit tot gevallen waarin niet aan de vereisten van artikel 127, tweede lid, is voldaan. Het noemt daartoe een tweetal gevallen: (a) de tegenvordering van de schuldenaar die wil verrekenen, is verjaard (eerste lid) en (b) uitstel van betaling, bij wijze van gunst door de schuldeiser verleend (terme de grâce) verhindert deze niet de bevoegdheid uit te oefenen (tweede lid).

De artikelen 132 en 133 regelen twee gevallen waarin de wederpartij van degene die de verrekeningsverklaring aflegt, daaraan haar werking kan ontnemen. Evenals de oorspronkelijke verrekeningsverklaring heeft ook de ongedaanmaking terugwerkende kracht. Zie ook artikel 137, tweede lid, en artikel 138, tweede lid.

Artikel 132 betreft het geval dat de wederpartij een grond had om nakoming van haar verbintenis te weigeren (voorzover althans artikel 79 niet van toepassing is).

De wederpartij was bijvoorbeeld bevoegd tot opschorting, of kon de overeenkomst vernietigen of ontbinden. De verklaring tot ongedaanmaking moet onverwijld - dat wil zeggen zonder onnodige vertraging - door haar worden afgelegd nadat zij de verrekeningsverklaring heeft ontvangen en zij tot de ongedaanmaking in staat was geraakt; er moet rekening mee worden gehouden dat het laatste niet altijd onmiddellijk het geval is, bijvoorbeeld als pas later wanprestatie blijkt of dwaling wordt ontdekt.

Artikel 133 regelt als tweede geval dat van een verrekening die verder terugwerkt, omdat de wederpartij eerder de bevoegdheid tot verrekening kreeg dan degene die de eerste verklaring aflegde, bijvoorbeeld omdat zij, hoewel de vordering op haar niet opeisbaar was, wel tot betaling bevoegd was. Het belang schuilt met name in de verplichting tot betaling van rente en eventueel in toerekening volgens artikel 137; bovendien houdt ten gevolge van de tweede verrekening verzuim eerder op. Over de term "onverwijld" zie bij artikel 132.

Artikel 134 behandelt het geval waarin een verrekeningsverklaring aan een andersoortige verklaring, namelijk die tot ontbinding van een wederkerige overeenkomst (artikel 267) haar werking ontnemt: de verrekening maakt, met terugwerkende kracht, een einde aan de niet-nakoming die de grond tot ontbinding vormde. Zie ook hier voor het begrip "onverwijld" bij artikel 132.

Artikel 135 behelst twee gevallen waarin de bevoegdheid tot verrekening door een schuldenaar voor bepaalde vorderingen van zijn wederpartij is uitgesloten. De rubriek in onderdeel a is dezelfde als die welke artikel 54, onderdeel c, van de bevoegdheid tot opschorting uitsluit en die ook reeds in artikel 1450, onderdeel ten 3°, van het huidige BW wordt bedoeld. De rubriek, bedoeld in onderdeel b, geldt slechts schulden tot vergoeding van schade die door de schuldenaar zélf opzettelijk is toegebracht. Uit de wet of haar systeem kan voorts ook in andere gevallen onbevoegdheid

worden afgeleid - zie aldus HR 11-4-1924, NJ 1924, 646, voor verrekening van een belastingschuld met een vordering op de overheid; zie echter HR 16-6-1995, NJ 1996, 508, waarin onder meer wordt overwogen dat het publiekrechtelijk karakter van een vordering op de fiscus en de daar tegenover staande schuld van de fiscus aan toepassing van enige bepalingen van de compensatieregeling van het (oude) BW niet in de weg staat.

Artikel 136 behelst een geval waarin de rechter het beroep op de verrekening afwijst, zulks in aansluiting op het slot van artikel 1448, eerste lid, van het huidige BW: het vereiste van de liquiditeit van de vordering. Artikel 136 geeft de rechter hier, anders dan artikel 1448, een discretionaire bevoegdheid, doch niet meer is vereist dan dat naar zijn oordeel de tegenvordering van een gedaagde die zich, bij wijze van verweer, op verrekening beroept, "niet op eenvoudige wijze is vast te stellen" en de vordering van eiser wel voor toewijzing vatbaar is.

Aan het eerste vereiste is onder meer voldaan, als de omvang van de vordering van gedaagde nog niet vaststaat (tenzij wél vaststaat dat zij groter is dan zijn schuld) en wanneer die vordering wordt betwist en de beslissing daarop niet eenvoudig is.

Evenals artikel 1454 van het BW verklaart artikel 137 de volgorde van toerekening (imputatie) bij betaling van overeenkomstige toepassing op die bij verrekening indien de verrekeningsverklaring zelf niet voldoende duidelijkheid verschaft, of, in geval van protest van de wederpartij, afwijkt van de regel van artikel 44, eerste lid.

In het tweede lid wordt aan de gehele verrekeningsverklaring haar werking ontnomen, niet slechts de volgorde der toerekening. Voor het vereiste dat het protest "onverwijld" moet worden geuit, zie de toelichting bij artikel 132 op die term.

Artikel 138 houdt in de eerste plaats in dat verschil in de plaats van betaling in beginsel geen reden is om verrekening te verhinderen op grond dat vordering en schuld niet van elkaar beantwoorden. Voor het uitzonderingsgeval geeft het artikel de wederpartij hetzij een schadevergoedingsvordering, hetzij de bevoegdheid tot ongedaanmaking der verrekening; zie voor "onverwijld" de toelichting bij artikel 132.

Gaat een schuld door verrekening teniet, dan vervallen ook de zekerheden daarvoor en is bijvoorbeeld de borg bevrijd.

Artikel 139 behandelt de positie van de borg in het geval dat de vereisten voor verrekening voor de schuldeiser van de vordering waarvoor hij zich heeft verbonden, zijn vervuld, doch verrekening (nog) niet heeft plaats gevonden; met de borg wordt gelijkgesteld degene wiens goed voor de schuld van een ander is verbonden: de derde-pand- of hypotheekgever en de derde-rechthebbende in de gevallen van artikel 3:284, tweede lid, artikel 3:287, tweede lid, en artikel 3:292. Al deze mede-verbondenen kunnen dan hun verbintenis opschorten, indien de eigen schuld van de schuldeiser opeisbaar is (eerste lid) en bevrijding van hun aansprakelijkheid invoeren, als de schuldeiser zijn bevoegdheid tot verrekening, bijvoorbeeld door betaling van zijn eigen schuld, heeft doen verloren gaan (tweede lid). Dit is slechts anders, indien de schuldeiser een redelijke grond daarvoor had of hem geen schuld trof, bijvoorbeeld omdat hij dwaalde omtrent het bestaan van zijn vordering, of verrekende met een andere vordering, die niet door zekerheid was gedekt.

Voor de toepasselijkheid van het eerste lid is vereist dat de schuld van de schuldenaar opeisbaar is, voor de toepasselijkheid van het tweede lid geldt dit vereiste niet.

Artikel 139 bouwt voort op de gedachten die ook thans aan de artikelen 1451 en 1456 van het BW ten grondslag liggen, maar, behalve dat deze zich tot de positie van de borg beperken, is de nieuwe regeling ook duidelijker en meer genuanceerd. Evenmin als artikel 1451 laat ze toe een beroep van een schuldenaar dat een vordering op een mede-schuldenaar voor verrekening vatbaar is.

Artikel 140 geeft enkele regels voor de rekening-courant en daarmee verwante rekeningen, zoals beheersrekeningen, waarin wederzijdse geldvorderingen tussen partijen worden opgenomen: doordat zij in één rekening komen, worden zij "dadelijk en van rechtswege" en in volgorde van opnemings doorlopend verrekend, zodra ze voor verrekening vatbaar worden, en is te allen tijde slechts het saldo verschuldigd, met de gevolgen daarvan voor rente en beslag en faillissement. Hiermee wordt afgeweken van artikel 127, eerste lid, en artikel 137. Het voorgaande betekent niet dat door de opnemings in de rekening op zichzelf de vorderingen hun zelfstandigheid verliezen - schuldvernieuwing wordt niet aangenomen, zodat de vorderingen, totdat zij zijn verrekend, hun zelfstandigheid behouden, met de gevolgen voor nevenrechten zoals pand en hypotheek, voor verweermiddelen enz. Dat is voor verjaring en verval anders, wanneer de rekening wordt afgesloten - niet slechts bij opheffing, doch ook jaarlijks - en het saldo wordt vastgesteld: het vastgestelde saldo gaat dan

een eigen leven leiden: zie het tweede tot en met vierde lid.

Voor het overige hangen de voorwaarden voor en de gevolgen van opneming in de rekening in de eerste plaats af van de contractuele verhouding die aan de rekening ten grondslag ligt en die van de bepalingen van afdeling 6.1.12, inclusief artikel 140, kan afwijken. Zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat ook niet opeisbare vorderingen voor de opneming en verrekening vatbaar zijn.

Artikel 141 verklaart artikel 48, eerste en tweede lid, bepalingen uit afdeling 6.1.6 betreffende nakoming (betaling), inzake het bewijs van de nakoming van overeenkomstige toepassing op verrekening.

## Titel 6.2 - Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen

### Algemeen

Titel 6.2 bestaat uit een viertal afdelingen:

6.2.1 Gevolgen van overgang van vorderingen (artikelen 142 tot en met 149)

6.2.2 Subrogatie (artikelen 150 tot en met 154)

6.2.3 Schuld- en contractoverneming (artikelen 155 tot en met 159)

6.2.4 Afstand en vermenging (artikelen 160 en 161)

Van de wijzen van overgang van vordering en schulden worden in deze titel alleen de subrogatie en de schuld- en contractoverneming behandeld. De overgang van vorderingen en schulden onder algemene titel vindt men in het erfrecht en, tot op zekere hoogte, in het huwelijksgoederenrecht, overdracht en overgang door verjaring in titel 3.4, overgang door toedeling uit een gemeenschap in artikel 3:186, overgang van kwalitatieve vorderingen en schulden in de artikelen 251 en 252, enz.

De bepalingen omtrent subrogatie zijn in het huidige wetboek te vinden in de artikelen 1421 tot en met 1424, over schuldvernieuwing in de artikelen 1434 tot en met 1445, over kwijtschelding in de artikelen 1459 tot en met 1464 en over vermenging in de artikelen 1457 en 1458.

### Afdeling 6.2.1 - Gevolgen van overgang van vorderingen

In de afdeling worden een aantal algemene gevolgen van overgang van vorderingen geregeld, die in beginsel gepaard gaan met overgang op iedere wijze.

Artikel 142 houdt in dat nevenrechten van rechtswege de vordering bij overgang volgen. Nevenrechten zijn ten dele - namelijk voor pand, hypotheek en borgtocht - afhankelijke rechten in de zin van artikel 3:7; zie ook artikel 3:82. Maar er zijn afhankelijke rechten, zoals servituten, die geen nevenrecht zijn, omdat zij niet aan een vordering zijn verbonden, en anderzijds zijn er nevenrechten - zie de overige rechten in de opsomming van artikel 142 - die geen afhankelijk recht zijn, omdat zij geen vermogensrecht zijn.

De opsomming in artikel 142 is enuntiatief: tot de nevenrechten behoort bijvoorbeeld ook de bevoegdheid tot het uitbrengen van een keuze bij een alternatieve verbintenis.

Geen nevenrechten zijn de rechten op aanvullende en vervangende schadevergoeding en de bevoegdheid tot opzegging en tot vernietiging en ontbinding van een overeenkomst, omdat zij niet slechts de overgaande vordering, maar een gehele rechtsverhouding betreffen. Evenmin het retentierecht, de voorbehouden eigendom en de eigendom tot zekerheid (HR 18-2-1994, NJ 1994, 462): worden zij niet afzonderlijk overgedragen, dan verblijven zij bij de oorspronkelijke schuldeiser. "Nevenrechten" die uitsluitend ten behoeve van de oorspronkelijke schuldeiser zijn bedongen, vallen niet onder artikel 142.

Het recht op toekomstige rente kan, als toekomstig goed, overeenkomstig artikel 3:97, afzonderlijk worden overgedragen - zie de toelichting op genoemd artikel.

Artikel 143 geeft een nadere uitwerking van de overgang van de nevenrechten van vorderingen, bedoeld in artikel 142.

Artikel 144 veronderstelt het geval dat op een schuldeiser bepaalde verplichtingen rusten, die met de vordering op zijn opvolger overgaan: de voormalige schuldeiser staat dan in voor de nakoming ervan. De bepaling geldt alleen voor

cessie, niet voor subrogatie, die zich veelal onafhankelijk van de wil van de oorspronkelijke schuldeiser voltrekt. Evenmin geldt de bepaling voor overgang onder algemene titel en, volgens het tweede lid, bij overdracht van order- en toondervorderingen.

Artikel 145 heeft tot strekking dat de schuldenaar door de overgang van de vordering niet wordt benadeeld, evenmin als wanneer slechts de inningsbevoegdheid overgaat op pandhouder of vruchtgebruiker; hij behoudt zijn verweermiddelen die hij - reeds - tegenover de oorspronkelijke schuldeiser had, afgezien van de werking van artikel 3:36.

Gelden de verweermiddelen uitsluitend de overgegangene vordering, of dienen zij tot verweer in een procedure tussen de nieuwe schuldeiser en de schuldenaar omtrent de vordering - de vraag of de schuld reeds is voldaan, bedingen omtrent bewijsmiddelen en arbitrage, beroep op voorwaarde of tijdsbepaling - dan kan hij die aan de nieuwe schuldeiser tegenwerpen. Eveneens, als de vordering wegens nietigheid niet bestaat. Wil de schuldenaar de gehele rechtsverhouding waaruit de vordering voortspuit, door vernietiging of ontbinding ongedaan maken, dan dient hij zijn verklaring tot de oorspronkelijke schuldeiser te richten, met mededeling aan diens opvolger (artikel 149, tweede lid); tegen deze heeft hij dan onder omstandigheden wel een bevoegdheid tot opschorting. Een uitzondering vormt een beroep op een grond tot vernietiging of ontbinding, bij wijze van verweer na de verjaring van de rechtsvordering daartoe - zie artikel 3:51, derde lid, en artikel 268, tweede zin -: deze moet tot de nieuwe schuldeiser worden gericht, met mededeling aan de oorspronkelijke schuldeiser (artikel 149, tweede lid).

Zie omtrent de bevoegdheid tot verrekening artikel 130.

De plaats van betaling van een geldsom verschuift in beginsel naar de woonplaats van de nieuwe schuldeiser: artikelen 116 en 117.

Uit de aard van een vordering aan order of toonder volgt dat de regel van artikel 145 slechts beperkt toepassing kan vinden op deze vorderingen. Aldus artikel 146, voor het geval van overdracht overeenkomstig artikel 3:93 (waaronder niet valt afgifte van het papier ter incasso).

Onder de openbare registers, bedoeld in het tweede lid, vallen het register van de burgerlijke stand, het huwelijksgoederenregister, curatelenregister, handelsregister, faillissementregister en surséanceregister

Artikel 147 sluit zich bij artikel 146 aan voor het geval dat het order- of toonderpapier tegen de wil van de daarin als schuldenaar aangeduide persoon in omloop is gebracht of dat diens handtekening vals is, dan wel het papier vervalst: de verkrijger en diens rechtsoptvolgers worden dan beschermd, indien zo'n omstandigheid aan die persoon is toe te rekenen.

Ook artikel 148 geeft nog een regel omtrent order- en toondervorderingen: de artikelen 146 en 147 zijn van overeenkomstige toepassing bij vestiging van een beperkt recht (vruchtgebruik of pand) op de vordering.

Artikel 149, eerste en tweede lid, is reeds bij artikel 145 ter sprake gekomen; het derde lid verklaart het eerste en het tweede lid eveneens van overeenkomstige toepassing bij vestiging van een beperkt recht.

#### Afdeling 6.2.2 - Subrogatie

Subrogatie is, naast cessie, een van de wijzen waarop een vordering onder bijzondere titel op een ander overgaat. Artikel 150 geeft de gevallen aan waarin door subrogatie een vordering op een derde overgaat. Zie daarnaast subrogatie van een hoofdelijke (mede)schuldenaar volgens artikel 12, met rechtsgevolgen die ten dele afwijken van die krachtens subrogatie volgens artikel 150. Tenslotte zijn er ook buiten deze reeksen enkele wettelijke gevallen van subrogatie, waarvan die van de schadeverzekeraar krachtens artikel 7:962 de belangrijkste is.

Overgang door subrogatie heeft tot gevolg dat de gesubrogeerde derde dezelfde vordering verkrijgt als de oorspronkelijke schuldeiser had. Enerzijds vallen hem de nevenrechten van die vordering toe (artikel 142 - zie echter artikel 151, tweede lid), anderzijds behoudt de schuldenaar zijn verweren (artikel 145). In deze opzichten verschilt de subrogatie van de toekenning van een eigen recht van regres aan een derde die de schuld van een ander heeft betaald. Soms lopen overigens beide vormen samen en heeft de derde de keus.

De artikelen 151 en 152 gelden slechts voor subrogatie krachtens artikel 150, de artikelen 153 en 154 voor alle gevallen van subrogatie.

Voorwaarde voor het intreden van subrogatie volgens artikel 150 is dat een schuld is voldaan ten laste van het vermogen van een ander dan de schuldenaar.

De gevallen van subrogatie, in de artikelen 1422 en 1423 van het huidige BW opgenomen, komen slechts ten dele overeen met die van artikel 150. Subrogatie bij overeenkomst, thans in artikel 1423 BW geregeld, wordt in het ontwerp in soepeler vorm ondergebracht in onderdeel d van artikel 150. De gevallen a en b van artikel 150 vervangen ten dele het geval van artikel 1423, onderdeel ten 3°, BW, voor het overige vindt dit onderdeel, voor hoofdelijke schuldenaren, zijn plaats in artikel 12. Artikel 150, onderdeel c, vervangt artikel 1423, onderdeel ten 1°, BW. Artikel 1423, onderdeel ten 2°, BW dat resulteert in hypotheek op eigen goed, valt systematisch niet te verdedigen, doet daardoor moeilijk oplosbare vragen rijzen en keert daarom niet terug. Artikel 1423, onderdeel ten 4°, BW zal, in andere opzet, worden vervangen door een erfrechtelijke bepaling.

Het in artikel 150, onderdeel a, bedoelde geval doet zich voor, wanneer de schuldeiser verhaal neemt op een goed dat aan een ander dan de schuldenaar toebehoort. Dat doet zich met name voor bij de derde wiens goed door pand of hypotheek voor de schuld is verbonden, waarvoor een retentierecht geldt (artikel 3:291) of waarop krachtens de artikelen 3:284, tweede lid, of 3:287, tweede lid, een vordering met voorrang kan worden verhaald. Voor de borg zie men artikel 12 jo artikel 7:850, derde lid, en artikel 7:866.

Onderdeel b veronderstelt een zelfde soort recht op verhaal op het goed van de derde, maar deze derde betaalt nu om uitwinning te voorkomen.

Onderdeel c verruimt artikel 1423, onderdeel ten 1°, van het huidige BW. Het veronderstelt als eerste mogelijkheid dat de derde een beperkt recht heeft op een goed waarop de schuldeiser verhaal kan nemen en dat recht door het verhaal zou vervallen - men denke bijvoorbeeld aan de tweede hypotheekhouder. Als tweede mogelijkheid wordt genoemd het geval waarin de derde zelf ook een vordering heeft op degene op wiens goed verhaal kan worden genomen, terwijl dat verhaal de voldoening van zijn vordering in gevaar brengt - men denke bijvoorbeeld aan een huurder van het huis waarop verhaal kan worden genomen. Deze tweede mogelijkheid in het bijzonder heeft ruime reikwijdte.

Artikel 150, onderdeel d, behelst de contractuele subrogatie die eveneens ruim wordt toegelaten.

De artikelen 151 en 152, die beide slechts van toepassing zijn bij subrogatie krachtens artikel 150, veronderstellen medeaansprakelijkheid van anderen naast de schuldenaar.

Artikel 151, eerste lid, sluit de subrogatie van de derde uit voorzover de schuld hem aangaat in zijn verhouding tot de schuldenaar voor wie hij betaalde, met andere woorden voorzover hij zelf "intern draagplichting" is. Krachtens het tweede lid heeft de subrogatie, in afwijking van het geldende recht, geen werking jegens andere derden wie de schuld niet aangaat. Deze regel die onderlinge subrogatie van derden-pand-en hypotheekhouders uitsluit, wordt gemotiveerd doordat anders de aangesproken derden op hun beurt weer zouden worden gesubrogeerd. De regeling van artikel 151, tweede lid, zou onbillijk zijn, als de gesubrogeerde feitelijk het verhaal op de schuldenaar - of de medeschuldenaar wie de schuld aangaat - zou ontvallen op grond van hun onvermogen: alleen de gesubrogeerde zou met zijn betaling blijven zitten, terwijl er nog andere derde-hypotheekgevers enz. zijn, die krachtens artikel 151, tweede lid, in eerste instantie van verhaal zijn bevrijd.

Artikel 152 trekt dit recht, door de gesubrogeerde een eigen regresrecht jegens deze derden te verlenen in een omslagregeling; de maatstaf voor deze omslag is - uiteraard - niet evenredigheid naar de mate waarin de schuld hun intern aangaat - voor geen van allen geldt immers die grond - maar de mate waarin de schuldeiser op hen verhaal had kunnen nemen.

Artikel 153 geeft een bijzondere regel voor de overgang van het recht op bedongen rente, in geval van subrogatie, naast artikel 142, tweede lid. Volgens artikel 142 verkrijgt de nieuwe schuldeiser in het algemeen zo'n aanspraak voor de nog niet opeisbare rente, maar in het geval van artikel 153 krijgt hij bij subrogatie die aanspraak slechts over het tijdvak na de overgang, ook voorzover de rente over het voorafgaande tijdvak niet opeisbaar is.

Artikel 154 geeft een algemene strekking aan de regel die in artikel 1869 van het huidige BW (borgtocht) en in het huidige artikel 356, slot, van het Wetboek van Koophandel (verzekering) is bepaald: de oorspronkelijke schuldeiser is aansprakelijk voor alle handelingen waardoor hij de laatste in een slechtere toestand brengt; men denke bijvoorbeeld aan het prijsgeven van rechten, verweermiddelen of bewijsmogelijkheden. In afwijking van artikel 1869 van het huidige BW is de sanctie niet ontslag uit de schuld, doch een recht op vergoeding van de door de gesubrogeerde geleden schade.

#### Afdeling 6.2.3 - Schuld- en contractoverneming

Terwijl de afdelingen 6.2.1 en 6.2.2 de overgang van de vordering regelen, hebben de artikelen 155 tot en met 158 betrekking op de overgang van de schuld en artikel 159 op de overgang van een gehele contractuele verhouding, dat wil zeggen van alle vorderingen, bevoegdheden en schulden.

De artikelen van de onderhavige afdeling zijn toegesneden op overgang door (de rechtshandeling van) overneming en gelden dus niet rechtstreeks voor overgang van kwalitatieve verbintenissen - zie artikel 251, tweede lid, en artikel 252.

De overneming is niet een verbintensscheppende overeenkomst, zodat daarop artikel 216 en artikel 261, tweede lid, van toepassing zijn. Voorts wordt van de overneming, anders dan voor overdracht van een goed (artikel 3:84) niet een geldige titel vereist - zij is een abstracte rechtshandeling. De rechtshandeling die aan de overneming ten grondslag ligt (bijvoorbeeld overgang van de onderneming van de schuldenaar op een ander) heeft in beginsel geen invloed op de overneming - zie artikel 158, waar uit de formulering - "weer op de vorige schuldenaar doen overgaan" - het abstracte karakter van de overneming blijkt.

Bij schuldoverneming blijft de identiteit van de schuld zelf in stand; daarin verschilt zij van de - in het nieuwe BW niet meer geregelde - schuldvernieuwing (novatie), die zich tussen dezelfde partijen afspeelt, maar in de systematiek van het nieuwe BW uiteenvalt in afstand van een vordering en het aangaan van een nieuwe verbintenis.

Bij de enkele schuldoverneming gaan bevoegdheden die niet aan de schuld zelf zijn verbonden, maar aan de rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar, zoals vernietiging en ontbinding, niet mee over op de nieuwe schuldenaar (vgl. de toelichting op artikel 142). Daarmee hangt samen dat schuldoverneming een tweepartijovereenkomst tussen de oude en de nieuwe schuldenaar is, die de toestemming van de schuldeiser behoeft, wil zij haar werking jegens de schuldeiser hebben (artikel 155) en contractoverneming een driepartijovereenkomst waarvoor de medewerking van de schuldeiser is vereist (artikel 159). Op de contractoverneming zijn, behalve bepalingen omtrent schuldoverneming - zie artikel 159, derde lid - in beginsel ook bepalingen omtrent de overgang van vorderingen van toepassing - behalve uiteraard artikel 149. Voorbeelden van wettelijke contractovergang bieden artikel 7:226 (huur) en artikel 7:948 (verzekering). Zie tenslotte artikel 3:179, derde lid, dat de bepalingen van afdeling 6.2.3 op de toedeling van een schuld uit een gemeenschap van overeenkomstige toepassing verklaart.

#### Artikel 155

Het vereiste voor schuldoverneming is de enkele overeenkomst tussen de oude en de nieuwe schuldenaar. Op het tijdstip van de overeenkomst gaat de schuld over, maar de oude schuldenaar is dan niet van zijn schuld ontslagen, zolang de schuldeiser zijn toestemming niet heeft verleend nadat (beide) partijen hem van de overeenkomst hebben verwittigd. De toestemming kan in elke soort verklaring of gedraging worden gegeven. In het systeem van het ontwerp kan zo'n toestemming ook bij voorbaat zijn verleend (zie artikel 156). Omgekeerd heeft de toestemming geen terugwerkende kracht: aan haar voorafgaande handelingen jegens de oude schuldenaar worden daardoor niet ongedaan gemaakt. De toestemming is uiteraard vereist om te voorkomen dat de schuldeiser een minder solvabele schuldenaar wordt opgedrongen. Derden die een gelijksoortig belang bij de solvabiliteit van de schuldenaar hebben, kunnen de overneming vernietigen op grond van artikel 3:45 (Pauliana).

Zie voor pand en hypotheek artikel 157, tweede lid, en voor voorrechten artikel 157, derde lid; vgl. voor vruchtgebruik artikel 3:207, tweede lid, tweede zin.

De nieuwe schuldenaar kan jegens de schuldeiser een beroep doen op de verweermiddelen, die aan de schuld zelf zijn gehecht, bijvoorbeeld een voorwaarde, tijdsbepaling of opschortingsrecht, doch niet op die welke de gehele rechtsverhouding betreffen, namelijk vernietiging en ontbinding, uiteraard wel op het gevolg daarvan, indien de schuldeiser of de oude schuldenaar van hun bevoegdheden dienaangaande gebruik hebben gemaakt. Ook kan hij zich verweren op grond van gebreken in de (rechtshandeling van) schuldoverneming zelf, doch niet op gebreken in de onderlinge rechtsverhouding tussen de nieuwe en de oude schuldenaar die aan de overneming ten grondslag ligt.

Artikel 156 is reeds bij artikel 155 ter sprake gekomen. Voor toestemming bij voorbaat is schriftelijke kennisgeving door partijen aan de schuldeiser vereist. Zie voor toestemming bij voorbaat krachtens een beding in algemene voorwaarden artikel 236, onderdeel e.

Ook artikel 157 is, voor het tweede en derde lid, reeds bij artikel 155 aangehaald. Het eerste lid vormt het spiegelbeeld van artikel 142, eerste lid, het vierde lid dat van artikel 142, tweede lid. Het tweede lid leent zich voor analogische toepassing op de in het ontwerp niet geregelde, doch ook niet uitgesloten, eigendom tot zekerheid.

De achtergrond van artikel 158 is in de toelichting op artikel 155 eveneens aan de orde gekomen.

Voor artikel 159 inzake contractsovername zij verwezen naar de algemene opmerkingen bij deze afdeling. Zie wat betreft de medewerking van de wederpartij ook HR 23-4-1999, NJ 1999, 497.

Contractsovername is een zelfstandige rechtsfiguur naast overgang van vorderingen en schulden (en overdracht van vorderingen): voor haar totstandkoming gelden andere vereisten en bij de overgang gaan ook de uit de overgaande overeenkomst voortvloeiende bevoegdheden, zoals die tot opzegging, ontbinding en vernietiging mee over. Ook wijkt artikel 159, tweede lid, af van artikel 142, tweede lid, en artikel 157, vierde lid.

Contractsovername is veelal een gevolg van overgang van een gehele onderneming door verkoop of door inbreng in een vennootschap. Zie in dit verband de uitsluiting van de overgang van rechtswege van een concurrentiebeding volgens HR 31-3-1978, NJ 1978, 325.

#### Afdeling 6.2.4 - Afstand en vermenging

De afdeling behandelt twee gevallen van tenietgaan van een vorderingsrecht (met de daar tegenover staande schuld). Zie in het huidige BW de artikelen 1457 en 1458 voor vermenging en de artikelen 1459 tot en met 1464 voor "kwijtschelding" van een schuld. Daarnaast behelzen de artikelen 1434 tot en met 1445 nog een afzonderlijke regeling van de rechtsfiguur der schuldvernieuwing; in het systeem van het nieuwe wetboek is dit een voorbeeld van afstand van een vordering onder bezwarende titel, namelijk door het aangaan van een nieuwe overeenkomst.

Artikel 160 geeft enkele regels over afstand van een vorderingsrecht, waarvoor steeds een overeenkomst, dat wil zeggen wilsovereenstemming, tussen schuldeiser en schuldenaar is vereist. Dat geldt, anders dan onder het huidige recht, ook voor afstand om niet, zij het dat de aanvaarding van het daartoe strekkende aanbod spoedig wordt aangenomen (tweede lid; vgl. ook artikel 5 en artikel 253, vierde lid).

De bepalingen omtrent de totstandkoming van overeenkomsten en rechtshandelingen in het algemeen (afdeling 6.5.2 en titel 3.2) zijn overigens van toepassing.

Derden die belang hebben bij het voortbestaan van de vordering, kunnen een beroep doen op artikel 3:45 e.v. (Pauliana; zie voor vruchtgebruik ook artikel 3:207, tweede lid, slot).

#### Artikel 161

Verbintenisrechtelijke vermenging is een gevolg van overgang van een vordering of een schuld, waardoor één persoon tegelijk schuldeiser en schuldenaar wordt, met op zijn beurt als gevolg dat in beginsel vordering en schuld teniet gaan. Het bekendste geval is vererving van een vordering aan de schuldenaar. Met de zakenrechtelijke vermenging van artikel 5:15 is er geen enkel verband, wel is er verwantschap met de goederenrechtelijke vermenging van artikel 3:81, tweede lid, onderdeel e, wanneer hoofdrecht en beperkt recht in één hand geraken. De verwantschap komt ook daarin uit dat beide relatieve werking kunnen hebben.

Vermenging dient de praktijk: ze behoort geen, of althans niet haar volle werking, te hebben als er een belang tot handhaving van vordering en schuld is.

Geen effect heeft de vermenging in de in het tweede lid bedoelde gevallen. Bij onderdeel a kan men bijvoorbeeld denken aan de erfgenaam die de nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving heeft aanvaard of voor wie zijn erfdeel onder bewind is gesteld (HR 11-9-1992, NJ 1992, 730). A fortiori is er geen vermenging, als niet de vordering zelf, doch slechts de inningsbevoegdheid in handen komt van de schuldenaar: men denke aan de voogd, bewindvoerder, vruchtgebruiker, pandhouder. Door de regel van onderdeel b kan het waardepapier zonder bezwaar weer in omloop worden gebracht. Terwijl vernietiging van een rechtshandeling terugwerkende kracht heeft, waardoor de vermenging zelf ongedaan wordt gemaakt, mist de vervulling van een (ontbindende) voorwaarde in het nieuwe recht dat effect. Vandaar dat aan de bepaling van onderdeel c behoefte komt te bestaan.

Het derde lid ontnemt aan vermenging ten dele haar gevolg: vordering en schuld gaan wel teniet, maar dat heeft geen gevolg ten aanzien van een derde die bij het bestaan van de vordering een belang heeft, in het bijzonder indien deze tot zekerheid aan een pandhouder is verbonden. Te denken valt ook aan voorrechten. Het derde lid leent zich voorts tot analogische toepassing, bijvoorbeeld ten gunste van een beslaglegger; ook onderhuur vervalt niet, als de huurder eigenaar wordt. Anderzijds werkt vermenging niet ten voordele van derden-pand- en hypotheekgevers, die intern wel bijdrageplichtig zijn - zie de artikelen 12, 151 en 152. Een verwant geval biedt bijvoorbeeld HR 3-12-1982, NJ 1983,

400: boedelmenging door het huwelijk van schuldeiser en schuldenaar heeft niet tot gevolg dat de aansprakelijkheidsverzekeraar van zijn verplichting wordt ontslagen.

### Titel 6.3 - Onrechtmatige daad

De titel bestaat uit een viertal afdelingen, te weten 6.3.1 (Algemene bepalingen), 6.3.2 (Aansprakelijkheid voor personen en zaken), 6.3.3 (Productenaansprakelijkheid) en 6.3.4 (Misleidende reclame). De titel regelt niet alle vraagstukken die men met de onrechtmatige daad in verband pleegt te brengen. Zo zijn de regels omtrent causaliteit en schadevergoeding te vinden in afdeling 6.1.10. Voor het verband met misbruik van bevoegdheid zie men artikel 3:13, voor dat met hinder de artikelen 5:37 e.v.

Titel 6.3 beperkt zich in hoofdzaak tot omschrijving van de gevallen waarin aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad al of niet wordt gevestigd - voor de omschrijving van de vereisten voor de vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad zelf steunt het op het huidige recht, zoals dit vooral door de ontwikkeling in de rechtspraak is gevormd, doch naast schuldaansprakelijkheid aanvaardt het ontwerp nu ook risicoaansprakelijkheid - zie bijvoorbeeld de artikelen 162, derde lid, 165 en 167, tweede lid, en verschillende van de bepalingen van de afdelingen 6.3.2 tot en met 6.3.4, waarin een onrechtmatige gedraging geen element is en dus althans niet behoeft te worden aangetoond.

Artikel 162 spreekt alleen van de verbintenis tot schadevergoeding als sanctie; daarnaast is er de rectificatie van artikel 167. Maar dit sluit niet uit een bevel of verbod in geval van (dreigende) schade, dat op artikel 3:296 is gebaseerd; zie in dit verband artikel 168.

Samenloop van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad met die uit contract blijft, evenals het tegenwoordige recht, mogelijk (zie onder andere HR 19-12-1955, NJ 1956, 157). Onder het nieuwe recht neemt het verschil in gevolgen verder af, niet slechts doordat afdeling 6.1.10 voor beide gemeenschappelijk geldt, maar ook doordat bijvoorbeeld artikel 171 de buiten-contractuele aansprakelijkheid in de richting van artikel 76 uitbreidt en ook overigens in afdeling 6.3.2 de risicoaansprakelijkheid is uitgebreid. Exoneratiebedingen gelden als mede ten aanzien van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad te zijn gemaakt.

In de titel is geen regeling gegeven van de bijzondere normen die door een onrechtmatige daad op een bepaald terrein worden geschonden. Dientengevolge ontbreken bepalingen omtrent de onrechtmatige daad door rechtspersonen in het algemeen en door de overheid in het bijzonder, alsmede omtrent bijvoorbeeld de onrechtmatige daad in concurrentieverhoudingen, op het gebied van het verkeer, arbeidsongevallen, beroepsfouten en milieuschade. De ontwikkeling is hier door de wet opengelaten en, evenals thans, aan rechtspraak en literatuur overgelaten.

Artikel 162 vormt het uitgangspunt voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Deze ontstaat, als schade wordt toegebracht door een onrechtmatige daad die aan derden kan worden toegerekend. De "toerekenbare onrechtmatige daad" wordt in het vervolg ook "fout" genoemd - zie bijvoorbeeld de artikelen 169 e.v. Afdeling 1 heeft betrekking op de aansprakelijkheid voor eigen fouten, afdeling 2 op de aansprakelijkheid voor fouten en andere gedragingen van anderen en voor schade toegebracht door zaken en stoffen, los van de vraag of deze aan een fout is te wijten, afdeling 3 op de aansprakelijkheid voor (gevolg)schade door gebreken in producten. Afdeling 4 geeft bijzondere regels voor schade door misleidende reclame.

### Afdeling 6.3.1 - Algemene bepalingen

De artikelen 162 en 163 vormen tezamen de grondslag voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De artikelen 164 en 165 betreffen een uitwerking van het element der toerekening, artikel 166 stelt personen aansprakelijk voor gedragingen in een groep ook al ontbreekt wellicht het causaal verband tussen een individuele gedraging en de schade. Artikel 167 voegt rectificatie toe aan de sancties tegen onrechtmatige daad door misleidende publicatie en artikel 168 onthoudt de sanctie van een verbod - en in het tweede lid ook die van schadevergoeding - ter zake van onrechtmatige gedragingen die zwaarwegende maatschappelijke belangen dienen.

De artikelen 162 en 163 stellen tezamen de algemene vereisten voor de aansprakelijkheid van de schade wegens onrechtmatige daad. De vereiste elementen zijn: de onrechtmatigheid van de gedraging, de toerekening aan de dader, de schade, het causaal verband tussen daad en schade en het verband tussen de geschonden norm en de schade ("relativi-

teitsbeginsel" - artikel 163). Van deze elementen hebben de schade en het causaal verband hun behandeling reeds gevonden in de - algemene - regels van afdeling 6.1.10.

De artikelen 162 en 163 geven voor de overige elementen in hoofdzaak de stand van zaken weer waartoe de ontwikkeling in rechtspraak en literatuur reeds onder het geldende recht heeft geleid. Zij bieden dezelfde ruimte tot verdere ontwikkeling als het huidige recht.

In artikel 162, tweede lid, zijn de varianten van onrechtmatigheid - bij ontbreken van een rechtvaardigingsgrond - weergegeven in nauwe aansluiting aan het befaamde arrest HR 31-1-1919, NJ 1919, 161. De daarin gebezigde terminologie "hetgeen indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid" is samengevat in de zinsnede: in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht ..... betaamt.

In artikel 162, derde lid, wordt bepaald dat in twee gevallen de daad aan de dader wordt toegerekend, namelijk indien zij te wijten is aan zijn schuld, of indien zij te wijten is "aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt". Het eerste criterium komt ook reeds voor in artikel 1382 van het huidige BW, het tweede is nieuw.

Het geheel stemt overeen met de vereisten voor toerekening van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, die artikel 75 stelt (daargelaten de daar opgenomen, maar in artikel 162 niet passende toerekening op grond van een rechtshandeling). Voor toerekening op grond van de wet zie men in het bijzonder artikel 165 (geestelijke of lichamelijke tekortkoming - gedragingen van andere personen voor wie men volgens afdeling 6.3.2 of 6.3.3 mede aansprakelijk is, worden niet volgens artikel 161, tweede lid, aan de aansprakelijke persoon toegerekend). Voor toerekening krachtens verkeersopvattingen zij verwezen naar de toelichting op artikel 75.

Uitwerking van het relativiteitsbeginsel is, evenals die van het vereiste der onrechtmatigheid, te vinden in de jurisprudentie - zie nog de recente arresten HR 9-2-1990, NJ 1991, 462, HR 24-4-1992, NJ 1993, 643-644 en HR 7-5-2004, NJ 2004, 67. In het eerstgenoemde arrest komt ook ter sprake de verhouding tussen het relativiteitsbeginsel en de, daarvan te onderscheiden, vraag, of het aangetaste belang wel behoort tot de, thans door artikel 162, beschermde belangen (zie over deze, niet in de wet zelf geregelde kwestie, voorts onder andere HR 9-11-1973, NJ 1974, 91).

Voor de concrete betekenis van deze elementen, voorzover zij geen nieuw recht brengen, worde hier volstaan met een verwijzing naar rechtspraak en literatuur.

De artikelen 164 en 165 snijden een vraag van de mogelijkheid van toerekening af en wel die of gedragingen van jonge kinderen - beneden veertien jaren - en van personen met een lichamelijke of geestelijke tekortkoming hun, indien zij voldoen aan het vereiste van artikel 162, tweede lid, als onrechtmatige daad kunnen worden toegerekend. Artikel 164 beantwoordt deze vraag voor de kinderen negatief, artikel 165 voor personen met een tekortkoming in beginsel positief. Op het ontbreken van aansprakelijkheid volgens artikel 164 stelt artikel 169, eerste lid, het complement:

aansprakelijkheid van ouders en voogd. Artikel 164 objectieveert aldus ten gunste van de kinderen de criteria voor hun aansprakelijkheid, zoals ontwikkeld door de Hoge Raad sinds het arrest 9-12-1966, NJ 1967, 69. In de Surinaamse rechtspraak wordt reeds aangesloten bij de veertienjaarsgrens

Ook artikel 165, eerste lid, beslecht een punt dat sinds lang in discussie is geweest, ook al werd in de rechtspraak de aansprakelijkheid ontkend op grond van het ontbreken van het in artikel 1386 van het huidige BW neergelegde vereiste van schuld (HR 9-12-1960, NJ 1963, 1).

Het artikel stelt de betrokken persoon wel aansprakelijk voor "een als doen te beschouwen gedraging" die onrechtmatig is in de zin van artikel 162, tweede lid, niet voor een niet-doen. Voor het eerste geldt als overweging dat het niet billijk is de benadeelde in zo'n geval met de door de ander aangerichte schade te laten zitten, voor het tweede geldt als overweging dat een dove nu eenmaal geen hulpgeroep hoort, een verlamde niet in het water kan springen om een ander te redden, enz. Voor een niet-doen is de gehandicapte wél aansprakelijk, als zijn gedraging hem valt te verwijten, bijvoorbeeld wanneer hij iets nalaat waartoe hij, naar hij beseft, verplicht en bij machte is. Toerekening is volgens de tekst ook mogelijk niet alleen als het gebrek de schuld zou wegnemen, maar ook de gedraging zelf van haar onrechtmatigheid zou beroven, bijvoorbeeld wanneer een plotseling bewusteloos geraakte persoon een verkeersongeluk veroorzaakt.

Onder een als "doen" te beschouwen gedraging vallen voorts niet slechts bewust verrichte gedragingen, doch ook bijvoorbeeld onwillekeurige reflex-bewegingen en een vallen als gevolg van bewusteloos geraken.

Artikel 165, tweede lid, geeft nog een, ten opzichte van de artikelen 10, 101 en 102, bijzondere regel voor de interne draagplicht jegens de dader van de - jegens het slachtoffer eveneens aansprakelijke - toezichthouder: de mate van die interne draagplicht is dezelfde als die van de externe aansprakelijkheid, bij hoofdelijkheid derhalve, behoudens "eigen schuld" van de benadeelde en medeaansprakelijkheid van anderen, tot het volle bedrag der schade.

Terwijl de beide voorgaande artikelen het element toerekening nader uitleggen, heeft artikel 166, eerste lid, betrekking op het element der causaliteit: indien vanuit een groepsverband aan iemand onrechtmatig schade wordt toegebracht, is elk lid van die groep aansprakelijk ook al kan niet worden aangetoond dat de schade door een gedraging van hem is veroorzaakt. In plaats daarvan is, voor het element der onrechtmatigheid, vereist dat de kans op het toebrengen van de schade hem had behoren te weerhouden van zijn gedragingen in groepsverband.

Deelneming aan een groep die duidelijk op relletjes uit is, valt daaronder, deelneming aan een operatieteam niet. Demonstraties moeten naar de omstandigheden worden beoordeeld: het maakt doorslaggevend verschil of de organisatoren maatregelen tot een vreedzaam verloop hebben genomen, of wel de menigte, bijvoorbeeld blijkens het meedragen van stokken en projectielen, duidelijk uit is op relletjes.

Voorts is wel vereist dat de schade onrechtmatig wordt toegebracht, niet dat de daad de feitelijke dader ook kan worden toegerekend. Een lichamelijk of verstandelijk gehandicapte is niet aansprakelijk als hij zich wegens zijn handicap niet (tijdig of op eigen gelegenheid) aan de groep kan onttrekken, wel als hij actief aan de gedragingen van de groep deelneemt, omdat dit als een "doen" is te beschouwen. Een kind beneden veertien jaren is nimmer aansprakelijk, zijn ouders of voogd zijn dat volgens artikel 169, eerste lid, wél voorzover het kind actief aan de gedragingen der groep heeft deelgenomen.

Anders dan bij de toepassing van artikel 99 komt bij die van artikel 166 de mogelijkheid van tegenbewijs inzake causaliteit niet aan de orde, indien moet worden aangenomen dat de betrokkene heeft deelgenomen aan de gedragingen van een groep, waaraan hij zich had behoren te onttrekken.

Het tweede lid neemt als uitgangspunt voor de (interne) bijdrageplicht een verdeling van de schuld voor gelijke delen, maar laat correctie op billijkheidsgronden toe.

Artikel 167 biedt een bijzondere sanctie, namelijk die van een door de rechter op te leggen openbaarmaking van een rectificatie van een onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard. De rechter kan deze rectificatie (discretionair) opleggen en daarom ook inhoud en wijze van publicatie, bijvoorbeeld kolom en lettertype van een krant, bepalen. Het tweede lid biedt de mogelijkheid tot het opleggen van rectificatie ook indien aan de publicatie, althans voor de gedaagde, de onrechtmatigheid ontbreekt of zij hem niet als zodanig kan worden toegerekend, indien hij de onjuistheid of onvolledigheid der gepubliceerde gegevens niet kende noch ook behoefde te kennen; volgens het derde lid kan de rechter in dat geval bepalen dat de kosten geheel of ten dele door de eiser worden gedragen, zij het met regres op personen die wél aansprakelijk zijn.

De sanctie kan worden opgelegd aan de auteur, maar ook aan de verspreider, zoals (de hoofdredacteur van) een krant, de rectificatie kan ook worden bevolen in een ander medium dan dat waarin de publicatie geschiedde; tenslotte kan de rechter toevoeging van commentaar verbieden.

Rectificatie moet worden onderscheiden van een recht op een weerwoord door de benadeelde zelf. Zij kan ook buiten gevallen van aantasting van eer en goede naam worden opgelegd.

Naast de rectificatie staat publicatie van een veroordelend rechterlijk vonnis, die hetzij als schadevergoeding anders dan in geld (artikel 103) of mogelijk zelfs ter nakoming van een verplichting uit ongeschreven recht (artikel 3:296) kan worden opgelegd. Artikel 196 ter zake van misleidende reclame derogert aan artikel 167.

Artikel 168 tenslotte behelst eveneens een bijzondere bepaling die niet op de vereisten van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad betrekking heeft, maar op het rechtsgevolg: gevallen waarin wel schadevergoeding kan worden toegewezen, maar niet een eis tot verbod van de onrechtmatige gedraging en wel op de grond dat deze behoort te worden geduld wegens "zwaarwegende maatschappelijke belangen".

De bepaling heeft haar geschiedenis in arresten als HR 19-3-1943, NJ 1943, 312 (Voorste Stroom VI) en HR 18-2-1944, NJ 1944, 226 (duinwaterleiding), beide inzake overheidsaansprakelijkheid. De gedragslijn welke de overheid volgde, kon gerechtvaardigd en zelfs geboden zijn, maar zij moest de nadelige gevolgen die daardoor (voor particulieren) ontstonden, niettemin voor haar rekening nemen. Over de juistheid van de beslissingen en de constructie van deze aansprakelijkheid heeft lang verdeeldheid bestaan - zie nader HR 19-12-1952, NJ 1953, 642 (Voorste Stroom VII: de hinder is onrechtmatig, maar kan door bijkomende omstandigheden, zoals het aanbieden of betalen van schadevergoeding, zijn onrechtmatig karakter verliezen). Thans verkrijgt de erkenning van de aansprakelijkheid onder uitsluiting van de sanctie van een verbod in artikel 168, eerste lid, een wettelijke grondslag. De beperking tot overheids-handelen, hinder en algemeen belang zijn daarbij verruimd tot in het algemeen "zwaarwegende maatschappelijke belangen".

Het artikel is slechts van toepassing indien er sprake is van een onrechtmatige gedraging; bestaat voor een gedraging een rechtvaardigingsgrond, dan kan zij in het geheel niet als onrechtmatig worden verboden en is er evenmin plaats voor schadevergoeding ex artikel 162.

### Afdeling 6.3.2 - Aansprakelijkheid voor personen en zaken

De bepalingen der afdeling behelzen gevallen van risicoaansprakelijkheid: men wordt aansprakelijk gesteld voor gedragingen van anderen (artikelen 169 tot en met 172) en voor schade veroorzaakt door zaken (inclusief dieren en stoffen) (artikelen 173 e.v.). De aansprakelijkheid is kwalitatief: men wordt niet wegens eigen gedragingen aansprakelijk gesteld, maar omdat men een bepaalde hoedanigheid bezit.

De aansprakelijkheid voor personen beperkt zich tot die voor hun onrechtmatige daden, die hun kunnen worden toegerekend ("fouten"). Kunnen die personen zich op een rechtvaardigingsgrond beroepen dan is er geen onrechtmatige daad en vervalt ook de aansprakelijkheid op grond van de artikelen 169 tot en met 172; idem als zij beroep kunnen doen op een schulduitsluitingsgrond, tenzij de daad hun ook bij ontbreken van schuld kan worden toegerekend. Alleen artikel 169 gaat in dit alles verder. De (mede)aansprakelijk gestelde persoon staat tot de dader in een bijzondere betrekking, namelijk als ouder of voogd (artikel 169), werkgever (artikel 170), opdrachtgever enz. (artikel 171), vertegenwoordigde (artikel 172).

De artikelen 169 en 170 zetten de aansprakelijkheid krachtens artikel 1388 van het BW voort, de artikelen 171 en 172 zijn van dit laatste een uitbreiding, terwijl de speciale aansprakelijkheid van "schoolonderwijzers en werkmeesters" vervalt. Anders dan in Nederland geldt het vermoeden van schuld der ouders in artikel 169, tweede lid, niet slechts kinderen tussen de veertien en zestien jaren, maar alle minderjarige kinderen ouder dan veertien jaren: dus tussen veertien en achttien jaren.

De aansprakelijkheid voor zaken is uitgewerkt voor gebrekkige roerende zaken (artikel 173), opstallen (artikel 174) en dieren (artikel 179). Bij artikel 173 vergelijk men artikel 1388, eerste lid, van het BW (waaruit echter geen risicoaansprakelijkheid wordt afgeleid), bij artikel 174 artikel 1390 BW, bij artikel 179 artikel 1389 BW. Afzonderlijk, in afdeling 6.3.3, is de productenaansprakelijkheid geregeld.

De risicoaansprakelijkheid voor zaken geldt niet voor elk risico. In het bijzonder zie men de in de artikelen 173, 174 en 179 voorkomende beperking: tenzij aansprakelijkheid op grond van afdeling 6.3.1 zou hebben ontbroken, indien enz. De aansprakelijkheid wordt daardoor ook in deze gevallen gent op die uit onrechtmatige daad. Er wordt enerzijds mee aangegeven dat weliswaar wordt geabstraheerd van het vereiste van een "fout" van de aansprakelijke persoon zelf (zie voor de precisering daarvan de formulering achter het "indien"), maar niet van de overige vereisten voor de aansprakelijkheid, zoals causaliteit, relativiteit, het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond en voor vergoeding in aanmerking komende schade.

Anderzijds volgt uit de voorwaarde achter het "indien", waar de grens van deze (risico-)aansprakelijkheid ligt. In het bijzonder moet men denken aan van buiten komende oorzaken als menselijk of natuurgeweld, die eerst een gebrek in een roerende zaak of gebouw veroorzaken, zodat als gevolg daarvan schade wordt veroorzaakt. De directe oorzaak valt in al deze gevallen wel onder de omschrijving van de vereisten voor de risicoaansprakelijkheid (bijvoorbeeld het gebrek in de zaak), maar deze is zelf weer een gevolg van overmacht die de in beginsel aansprakelijke persoon redelijkerwijs niet kan voorkomen en waarvoor hij redelijkerwijs ook niet aansprakelijk kan worden gesteld, omdat hij bijvoorbeeld niet de tijd en gelegenheid heeft gehad om het gebrek te repareren of voor het gevaar te waarschuwen. In de bijzondere artikelen zijn ook overigens wel elementen te vinden, die de strekking hebben het risico te beperken tot bepaalde omstandigheden, zoals de bekendheid van het gevaar als gevolg van het gebrek in een zaak.

De aansprakelijkheid volgens de artikelen 173, 174 en 179 rust in beginsel op de bezitter, maar kan overeenkomstig artikel 180 naar de exploitant verschuiven. Zie voor de verhouding tussen de bezitter en de eigenaar artikel 3:120, tweede lid.

De risicoaansprakelijkheid wordt gemotiveerd door de bijzondere band die tussen de aansprakelijk gestelde persoon en de persoon voor wie of de zaak waarvoor hij aansprakelijk is en veelal ook door het gevaar dat hij door zijn, dikwijls als winstgevend bedoelde, activiteiten schept. In het algemeen kan men zeggen dat het billijker is hem met het dragen der - financiële - schade te belasten dan een willekeurige derde die het slachtoffer wordt, terwijl ook zijn vermogen in de regel

beter verhaal zal bieden. Men denke ook aan de bewijsmoeilijkheden die de benadeelde bij zijn verhaal zou ondervinden, wanneer hij zou moeten uitzoeken door wie de bedrijfshandelingen die tot schade hebben geleid, zijn gepleegd. Het is, zowel in het belang van de slachtoffers als in het algemeen belang de aansprakelijkheid te "kanaliseren", bij voorkeur naar degene die de gevaarlijke zaken en stoffen exploiteert.

De artikelen 180 e.v. geven nog nadere regels, zoals die omtrent de bedrijfsaansprakelijkheid volgens artikel 181.

Veelal zal naast de volgens deze afdeling aansprakelijke persoon ook een ander aansprakelijk zijn. Beiden, eventueel allen, zijn dan hoofdelijk verbonden en hun aansprakelijkheid en bijdrageplicht wordt dan volgens de daarvoor gestelde algemene regels afgewikkeld; zie omtrent werknemers in hun interne verhouding tot de werkgever voorts artikel 168, tweede lid, artikel 170, derde lid, en artikel 257, alsmede artikel 7:661; zie voorts HR 16-10-1992, NJ 1993, 264. Ook kan zich samenloop voordoen. In beginsel kan de benadeelde op de aansprakelijkheidsregelingen naar keuze een beroep doen. Overigens zullen de regelingen in de praktijk dikwijls bij dezelfde aansprakelijke persoon uitkomen. Zie echter artikel 173, tweede lid, voor samenloop tussen aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken en productenaansprakelijkheid.

Artikel 169 is te beschouwen als de voortzetting van artikel 1388, tweede lid, van het BW. Er bestaan echter belangrijke verschillen. Anders dan artikel 1388 BW onderscheidt artikel 169 naar, objectief vastgelegde, leeftijdscategorieën. Het eerste lid vormt daarbij het complement van artikel 164: aan een kind beneden veertien jaren kunnen gedragingen niet als onrechtmatig worden toegerekend, daarvoor dragen zijn ouders - voorzover zij het ouderlijk gezag uitoefenen - of voogd risicoaansprakelijkheid, althans voorzover die gedragingen als een doen zijn te beschouwen (vgl. voor dit laatste artikel 165 en de toelichting op artikel 166, alsmede, voor het huidige recht inzake de aansprakelijkheid van kinderen voor nalatigheid, HR 22-11-1974, NJ 1975, 149). Voor de toepassing van de maatstaf van het eerste lid voor de aansprakelijkheid van ouders of voogd dient men zich af te vragen of het kind, ware het veertien jaren of ouder geweest, voor zijn gedragingen aansprakelijk zou zijn geweest; zou een volwassene aansprakelijk zijn, omdat de daad onrechtmatig was en hem toe te rekenen zou zijn - inclusief het geval van artikel 165 - dan zijn ouders en voogd aansprakelijk, als de daad als een doen is te beschouwen.

Het tweede lid komt voor de leeftijdsgroep van veertien- tot achttienjarigen overeen met het huidige recht: een vermoeden van verwijtbaarheid, in het bijzonder wegens gebrek aan toezicht, aan ouders of voogd (HR 26-11-1948, NJ 1949, 149: rekening moet worden gehouden met leeftijd en aard van het kind, met de eisen van het dagelijks leven en met de levensomstandigheden der ouders); een geestelijke of lichamelijke tekortkoming die de onrechtmatige daad en de schade veroorzaakt, ontslaat het kind niet van aansprakelijkheid (artikel 165), maar zal anderzijds van de ouders en voogd ook extra zorg eisen en het tekortschieten daarin maakt hen te eerder aansprakelijk. Ouders en voogd zijn - hoofdelijk (artikel 102) - naast het kind aansprakelijk. In Nederland is het vermoeden van schuld beperkt tot veertien- en vijftienjarigen.

Ouders en voogd dragen niet langer risicoaansprakelijkheid.

Noch het eerste lid, noch het tweede lid beperkt de aansprakelijkheid tot die voor kinderen die bij ouders of voogd inwonen.

Krachtens artikel 170, eerste lid, is de werkgever - in ruime zin - aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een fout van de hem ondergeschikte - is aan de in het artikel gestelde vereisten voldaan, dan kan hij zich niet disculperen. Dit geldt in de eerste plaats als er tussen werkgever en ondergeschikte een - privaatrechtelijk of publiekrechtelijk - dienstverband bestaat, ook al geniet de werknemer bij de uitoefening van zijn taak grote zelfstandigheid. Maar de bepaling kan ook van toepassing zijn, indien de ondergeschikte in opdracht buiten dienstverband werkt, zoals bijvoorbeeld de "uitgeleende" werknemer; zie omtrent zulke verhoudingen reeds de rechtspraak onder het regime van artikel 1388 van het BW.

Evenals artikel 1388 van het BW vereist artikel 170 daarnaast een zeker functioneel verband tussen de fout van de ondergeschikte en de werkzaamheden die hem zijn opgedragen; zie het slot van het eerste lid en voorts, beperkter, voor huispersoneel en dergelijke het tweede lid. Daaruit volgt bijvoorbeeld dat de werkgever slechts zelden aansprakelijk zal zijn voor hetgeen de ondergeschikte in zijn vrije tijd doet.

Het derde lid is als wetsbepaling geheel nieuw, maar is reeds sinds HR 26-6-1959, NJ 1959, 551 (buschauffeur), geleidelijk in rechtspraak en literatuur ontwikkeld. Hoewel de ondergeschikte in beginsel aansprakelijk blijft, rust op de

werkgever in de regel niet slechts externe mede-aansprakelijkheid, maar ook interne draagplicht - zie de laatste alinea van de algemene opmerkingen inzake deze afdeling.

Nieuw is artikel 171 dat artikel 170 aanvult met aansprakelijkheid voor personen die in de uitoefening van een bedrijf van een ander werken, doch aan deze niet ondergeschikt zijn, zoals een onderaannemer, of een vervoerder. Ook hier is een functioneel verband tussen fouten en overeengekomen werkzaamheden vereist. Het artikel geldt niet voor personen die werken voor de opdrachtgever in privé of in de uitoefening van diens beroep (bijvoorbeeld een arts die voor een andere arts waarneemt), maar anderzijds vallen onder de bepaling wel een overheidsbedrijf en een ziekenhuis. De aansprakelijkheid van de opdrachtgever geldt ook voor de fouten van de ondergeschikte van de opdrachtnemer. De bepaling moet restrictief worden toegepast (HR 21-12-2001, NJ 2002, 75).

Dikwijls zullen onrechtmatige daden van een vertegenwoordiger aan de vertegenwoordigde kunnen worden toegerekend - aldus bijvoorbeeld voor de gedragingen van een orgaan van een rechtspersoon (nog uit te breiden met die van gedragingen van anderen die in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de rechtspersoon hebben te gelden: HR 6-4-1979, NJ 1980, 34). Daaraan voegt artikel 172 - in afwijking van HR 10-6-1955, NJ 1955, 552 - een risicoaansprakelijkheid van de vertegenwoordigde in het algemeen toe voor fouten van zijn vertegenwoordigers, ook indien door een niet ondergeschikte buiten bedrijfsuitoefening wordt gehandeld en wel in de uitoefening van diens bevoegdheden als zodanig. Men denke aan bedrog bij het sluiten van een overeenkomst, of handelingen van een voogd of (faillissements)curator.

In artikel 173 begint de reeks van risicoaansprakelijkheid voor zaken en stoffen, zie daaromtrent in het algemeen de algemene opmerkingen inzake deze afdeling. Artikel 173 zelf stelt aansprakelijk voor gebreken in een roerende zaak; zie voor de begrippen "zaak" en "roerend" de artikelen 3:2 en 3:3.

Het tweede en het derde lid geven beperkingen in de reikwijdte van het eerste lid: dit lid geldt niet, wanneer voor de schade productaansprakelijkheid bestaat (die niet naar de bezitter of bedrijfsexploitant, doch naar de producent of importeur wordt gekanaliseerd), of wanneer de roerende zaak een dier, motorrijtuig, schip of luchtvaartuig is, waarvoor eigen aansprakelijkheidsregels bestaan.

Het eerste lid vereist voor het ontstaan van aansprakelijkheid dat de zaak een "gebrek" heeft: een zaak "waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert". Gewoonlijk zal dit zijn een gebrek in (de constructie van) de zaak zelf; men denke echter ook aan een het tegen gerechtvaardigde verwachting in geladen zijn van een geweer. Een vloeistof in een fles, een gas in een tank e.d. zijn ook te beschouwen als zaken, waarvoor aansprakelijkheid volgens dit artikel bestaat, als daaraan een gebrek kleeft. Voor een geval van brandbaar isolatiemateriaal zie HR 20-10-2000, NJ 2000, 700.

De vereiste bekendheid met het gevaar - niet het concrete gebrek zelf - doelt op bekendheid in de kring van de aansprakelijke persoon: behalve algemene bekendheid valt daaronder ook bekendheid die hij als bezitter (respectievelijk exploitant van een bedrijf of beroepsbeoefenaar) verondersteld mag worden te hebben.

Voor de formulering van het gebrek vergelijk men die in de artikelen 186 en 7:17. Het is, anders dan bij de aansprakelijkheid volgens artikel 176, het gebrek - het abnormale aan de concrete zaak - dat het gevaar schept en waarop de aansprakelijkheid berust wanneer dat gevaar zich verwezenlijkt. Die aansprakelijkheid ontstaat niet als een normale zaak onverwachts een gevaar schept. Verder is vereist dat het gebrek een "bijzonder" gevaar veroorzaakt, buiten of boven de kans op onheil die ook van een normaal exemplaar, zoals een wapen, het gevolg kan zijn en dat dit gevaar zich verwezenlijkt. Voor vergoeding komen in aanmerking letselschade en zaakschade, maar ook bijvoorbeeld bedrijfsschade die van een van beide het gevolg is.

Voor de terminologie van de uitzondering in de "tenzij ....., indien ....."-clausule zij verwezen naar de algemene opmerkingen ter zake in de toelichting bij de onderhavige afdeling.

In beginsel rust de aansprakelijkheid op de bezitter; zie echter de artikelen 180, 181 en 183.

Artikel 174 vervangt het huidige artikel 1390 BW, maar de omschrijving van de vereisten voor de aansprakelijkheid voor opstallen loopt goeddeels parallel aan die voor de aansprakelijkheid (gebrek en verwezenlijking van gevaar, de "tenzij....., indien....."-clausule) voor roerende zaken volgens artikel 173 - zie daarvoor bij dat artikel en onder 3 van de toelichting op de afdeling. Ook wordt, evenals in artikel 173, in beginsel de bezitter aansprakelijk gesteld, met verplaatsing overeenkomstig artikel 181; het tweede lid voegt daaraan nog andere gevallen van verplaatsing toe, terwijl het vierde lid een vermoeden van bezit formuleert. Zie voorts artikel 180. Het derde lid geeft een omschrijving van

opstallen, waaronder niet alleen gebouwen, maar ook werken (onder andere leidingen en wegen) moeten worden verstaan - vgl. de artikelen 3:3 en 5:20, onderdeel e.

Niet is vereist dat het geschapen gevaar "bijzonder" moet zijn, zoals in artikel 173, maar wel moet het door het gebrek zijn ontstaan (vgl. HR 13-6-1975, NJ 1975, 509, over de "typische gevolgen"). Het gevaar verwezenlijkt zich niet slechts door instorting, zoals artikel 1386 van het BW bepaalt (maar dat vrij ruim werd uitgelegd), doch bijvoorbeeld ook door het vallen van een losgeraakte dakpan. Ook is de beperking in de oorzaak van het gebrek tot "verzuim van onderhoud of ..... een gebrek in de bouw of inrichting" van artikel 1386 vervallen.

In het Nederlandse wetboek zijn, bij afzonderlijke wet, de artikelen 175 tot en met 178 in Boek 6 ingevoegd. Zij behelzen een gedetailleerde regeling van de risicoaansprakelijkheid voor schade door gevaarlijke stoffen, op een stortplaats gestorte (afval)stoffen en uit een boorgat gestroomde delfstoffen; voor het vervoer van gevaarlijke stoffen heeft de regeling een speciaal vervolg in het in Nederland geldende Boek 8 van het BW inzake verkeersmiddelen en vervoer.

Voorgesteld wordt de nogal gecompliceerde regeling voorshands hier te lande niet over te nemen. De regeling steunt in Nederland in belangrijke mate op een daar uitgewerkte milieu- en vervoerswetgeving, zoals die hier niet geldt. Zonder zo'n steun is de regeling hier te lande moeilijk te verwezenlijken.

De bedoelde vier artikelen worden derhalve vooralsnog gereserveerd, terwijl uiteraard verwijzingen naar deze artikelen in de artikelen 181 en 184 van de Nederlandse tekst niet zijn overgenomen en artikel 182 eveneens is gereserveerd.

Artikel 179 betreft de aansprakelijkheid voor gedragingen van dieren en is aldus de opvolger van artikel 1389 van het huidige BW, doch het stelt niet de eigenaar of gebruiker, doch de bezitter aansprakelijk. In afwijking van eerdere jurisprudentie heeft de Hoge Raad, anticiperend op het nieuwe recht, bij arrest van 7-3-1980, NJ 1980, 353, ook voor het laatstgenoemd artikel de keuze voor risicoaansprakelijkheid gemaakt voor het geval de begeleider het dier niet in zijn macht heeft of het niet als "instrument" gebruikt (zie HR 23-2-1990, NJ 1990, 365). Haar grondslag vindt deze aansprakelijkheid in het gevaar dat schuilt in de eigen energie van het dier en het onberekenbare element dat die energie losmaakt. Onder het bereik van de bepaling valt daarom niet de schade door besmetting met ziekte door het dier die niet een gevolg is van door het dier toegebrachte letsel (HR 24-2-1984, NJ 1984, 415). Uit een behandelingsovereenkomst voor het dier met een dierenarts kan voortvloeien dat artikel 179 buiten toepassing blijft (HR 27-4-2001, NJ 2002, 54); hetzelfde is denkbaar bij een manageovereenkomst (HR 25-10-2002, NJ 2004, 556).

De "tenzij...."- formule beperkt de ontheffing van aansprakelijkheid door niet alleen te verlangen dat de bezitter ook bij toepassing van afdeling 6.3.1 niet aansprakelijk zou zijn geweest, maar ook door daarbij te eisen dat hij dan niet aansprakelijk zou zijn geweest zelfs als hij het dier in zijn macht zou hebben gehad. Er is op die grond dus wel aansprakelijkheid als het dier door schrik, bijvoorbeeld wegens een bliksemschicht, bevangen of opgehitst op hol slaat. Geen aansprakelijkheid is er alleen, als hij ondanks het welbewust toelaten van het toebrengen der schade vrijuit zou zijn gegaan, in het bijzonder als hem dan beroep op een rechtvaardigingsgrond zou toekomen - aldus bijvoorbeeld het geval van een waakhond die een inbreker aanvalt (noodweer).

De artikelen 180 tot en met 184 geven aan de voorafgaande artikelen der afdeling nadere nuancering.

Artikel 180, eerste lid, stelt medebezitters hoofdelijk aansprakelijk ten gerieve van de benadeelde. Het tweede lid doet het risico van de bezitter overgaan op, in het bijzonder, de huurkoper.

Artikel 181, eerste lid, legt de aansprakelijkheid volgens de artikelen 173, 174 en 179 op degene die het bedrijf uitoefent, indien de zaak, de opstal of het dier daarin wordt gebruikt. De uitzondering aan het slot geldt vooral, indien het bedrijf de opstal heeft gehuurd en de schade ook los van de bedrijfsuitoefening zou zijn voorgevallen. Het tweede lid schuift de aansprakelijkheid door naar het feitelijk gebruikend bedrijf (of in geval van het derde lid ook naar de feitelijk gebruikende beroepsbeoefenaar).

"Bedrijf" in de zin van dit artikel moet ruim worden genomen: ook een overheidsinstelling en een ziekenhuis vallen daaronder.

Artikel 182 is gereserveerd; zie de toelichting op de artikelen 175 tot en met 178.

Artikel 183, eerste lid, ontzegt een beroep op de ontheffing van aansprakelijkheid volgens de artikelen 164 en 165 voor de risicoaansprakelijkheid van afdeling 6.3.2: ook het jeugdige kind en de gehandicapte worden belast met de risicoaansprakelijkheid van afdeling 6.3.2. Het tweede lid maakt hierop ten aanzien van het jeugdige kind evenwel een uitzondering voor de aansprakelijkheid voor (niet in de uitoefening van een bedrijf gebruikte) roerende zaken en dieren: de risicoaansprakelijkheid daarvoor rust - volgens de regel van artikel 169 - op ouders of voogd.

Artikel 184 breidt de regel van artikel 96, tweede lid, onderdeel a, uit: de in het eerste lid bedoelde kosten, alsmede schade en verlies, zijn vatbaar voor vergoeding, ook indien zij zijn gemaakt door derden die zelf niet rechtstreeks zijn bedreigd, in het bijzonder ook de overheid.

#### Afdeling 6.3.3 - Productenaansprakelijkheid

De afdeling komt overeen met de – bij wet van 9 december 1995 (S.B. 1995, no. 101) vastgestelde – artikelen 1401a tot en met 1401i van het huidige BW en behoeft daarom niet opnieuw toelichting. Wel is, overeenkomstig wat in Nederland geldt sedert de wet van 29 november 2000, Stb. 493 (in verband met de “gekke koeien ziekte”), in de omschrijving van “product” in artikel 187, eerste lid, de uitzondering voor landbouwproducten en producten van de jacht komen te vervallen. Hiermee is ook een einde gemaakt aan de onzekerheid over de vraag wanneer gezegd kan worden dat landbouwproducten “een eerste bewerking of verwerking” (zie het huidige artikel 1401c, eerste lid, onderdeel a, slot, BW) hebben ondergaan zodat zij daarom toch onder het productenaansprakelijkheidsregiem vallen. In het nieuwe artikel 190, eerste lid, onderdeel b, is met het oog op de rechtszekerheid de aansprakelijkheidsfranchise in geld uitgedrukt en bepaald op SRD 2.000,- in plaats van dat wordt volstaan met een vage norm (“een door de rechter in redelijkheid en billijkheid te bepalen bedrag”, zoals in het huidige artikel 1401f BW). Voorts is tot uitdrukking gebracht dat het hier gaat om een aftrekfranchise (“eigen risico”) en niet een drempelfranchise (waarbij het gehele schadebedrag wordt vergoed zodra de drempel is overstegen).

#### Afdeling 6.3.4 - Misleidende en vergelijkende reclame

Ook deze afdeling behelst overwegend bestaand recht, te weten de – eveneens bij voornoemde wet van 9 december 1995 (S.B. 1995, no. 101) in het bestaande Surinaamse BW geïntroduceerde – artikelen 1401j tot en met 1401l BW en behoeft daarom in zoverre niet opnieuw toelichting. De nieuwe afdeling is echter aangevuld met een bepaling inzake vergelijkende reclame (artikel 194a), gebaseerd op de Nederlandse wet van 28 maart 2002, Stb. 187, ter implementatie van een richtlijn van de Europese Unie. Het eerste lid van artikel 194a geeft een ruime definitie, waardoor ook gevallen bestreken worden die niet op het eerste gezicht als vergelijkende reclame gelden. Het tweede en derde lid geeft (negen) cumulatieve voorwaarden voor goorloofde vergelijking.

In Nederland wordt afdeling 6.3.4 nog gevolgd door een afdeling 6.3.5, welke een tijdelijke regeling voor de verhaalsrechten van sociale en particuliere verzekeraars inhoudt. De uitbreiding van de risicoaansprakelijkheid, in het bijzonder als gevolg van de nieuwe regeling van afdeling 6.3.2, betekent dat niet alleen de benadeelde zelf, doch ook diens sociale en particuliere verzekeraar krachtens het hem toegekende verhaalsrecht of de voor hem geldende subrogatie of een eventuele cessie een ruimere aanspraak jegens de aansprakelijke persoon verkrijgt. Deze verruiming ten behoeve van de verzekeraar werd voorshands niet volledig gerechtvaardigd geacht, zodat in artikel 197, als enig artikel van afdeling 6.3.5, te zijnen aanzien voorshands bij wege van compromis het oude recht werd gehandhaafd. Hier tegen rijzen echter bezwaren. Het valt niet goed in te zien waarom een aansprakelijke persoon wel tegenover de benadeelde zelf het bedoelde risico draagt, maar niet tegenover diens verzekeraar die een van de benadeelde afgeleide vordering heeft. Zolang goede grond voor het verhaalsrecht of de subrogatie aanwezig wordt geacht, kan het maken van zo'n onderscheid weinig bevredigen. Om deze reden wordt dan ook voorgesteld artikel 197 hier te lande niet over te nemen.

#### Titel 6.4 - Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst

De titel behelst een drietal afdelingen, te weten 6.4.1 (Zaakwaarneming; artikelen 198 tot en met 202), 6.4.2 (Onverschuldigde betaling; artikelen 203 tot en met 211) en 6.4.3 (Onrechtmatige verrijking; artikel 212). In het huidige BW is regeling van de eerste twee bronnen van verbintenissen "uit de wet" naast onrechtmatige daad te vinden in de artikelen 1375 tot en met 1379, respectievelijk 1380 tot en met 1385; de nieuwe bepalingen bouwen daarop voort. De summiere regeling van de ongerechtvaardigde verrijking vindt haar oorsprong in de ontwikkeling in literatuur en jurisprudentie, de laatste in het bijzonder gemarkeerd in HR 30-1-1959, NJ 1959, 548 (Quint-Te Poel).

#### Afdeling 6.4.1 - Zaakwaarneming

De ontworpen regeling wijkt niet essentieel af van die in de huidige wet. Artikel 198 geeft een omschrijving van het begrip zaakwaarneming, artikel 199 geeft aan welke hoofdverbintenissen op de zaakwaarnemer rusten, artikel 200 welke op de belanghebbende, artikel 201 regelt de bevoegdheid van de zaakwaarnemer om de belanghebbende te vertegenwoordigen en artikel 202 de bevoegdheid van deze laatste om gebreken in verrichte handelingen door goedkeuring te helen.

Daar zaakwaarnemer en belanghebbende over en weer in een verbintenisrechtelijke verhouding staan, zijn de bepalingen van titel 6.1 in beginsel daarop van toepassing - aldus bijvoorbeeld afdeling 6.1.7 inzake opschortingsrechten, met het retentierecht van de zaakwaarnemer volgens afdeling 3.10.4 als sequeel (zie reeds HR 10-12-1948, NJ 1949, 122) en afdeling 6.1.10 omtrent de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.

Artikel 198 stelt de vereisten voor zaakwaarneming:

a. behartiging van de belangen van een ander

De belangenbehartiging kan bestaan uit het verrichten van materiële handelingen (bijvoorbeeld hulp bij een ongeval) of rechtshandelingen, zoals het sluiten van overeenkomsten of het ontvangen van betalingen ten behoeve van een ander tijdens diens afwezigheid, deze rechtshandelingen kunnen worden verricht hetzij op eigen naam, hetzij op die van de ander.

Zaakwaarneming is niet beperkt tot handelingen op vermogensrechtelijk gebied. Behartiging van andermans belang sluit niet uit dat de zaakwaarnemer tevens eigen belang behartigt (aldus reeds HR 24-1-1902, W 7714 en HR 26-6-1959, NJ 1959, 586).

Niet is vereist dat de belanghebbende al bestaat - men denke aan het handelen voor een nog op te richten rechtspersoon (HR 8-1-1982, NJ 1982, 333) - of zelf tot de handeling bevoegd is (HR 2-5-1935, NJ 1935, 1461), dan wel zelf niet tot de handeling in staat of in de gelegenheid is (HR 10-12-1948, NJ 1949, 122).

b. willens en wetens

De zaakwaarnemer moet de wil hebben tot behartiging van andermans belang en tevens weten dat hij dat doet. Wie meent allen zijn eigen belang te behartigen, bijvoorbeeld zijn eigen schuld te betalen, is geen zaakwaarnemer (HR 6-1-1938, NJ 1938, 525 en HR 10-4-1953, NJ 1953, 630).

c. op redelijke grond

Een zekere terughoudendheid om spoedig zaakwaarneming aan te nemen, is op haar plaats: de handelingen geschieden immers niet alleen in het belang van de ander, maar ook voor diens rekening. Bemoezucht behoort niet te worden beloond. Wel kan volgens artikel 202 zulk optreden zonder redelijke grond door goedkeuring worden geheeld.

d. zonder bevoegdheid op grond van een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding  
Zaakwaarneming is niet de vervulling van een opdracht, al of niet in dienstverband, evenmin valt daaronder bijvoorbeeld belangenbehartiging als voogd. Wel is het mogelijk als zaakwaarneming te aanvaarden handelingen waardoor een bestaande bevoegdheid wordt overschreden, uiteraard mits aan de overige vereisten is voldaan. Hulpverlening aan een hulpbehoevende, ook waar die strafrechtelijk is verplicht, is niet een "in de wet geregelde rechtsverhouding" die de bevoegdheid schept - hier is sprake van zaakwaarneming.

Artikel 199 somt, in overeenstemming met het huidige recht, de verbintenissen van de zaakwaarnemer op: betrachten van de nodige zorg, voortzetting van de begonnen zaakwaarneming, afleggen van verantwoording en doen van rekening. Van deze verbintenissen kan de belanghebbende nakoming eisen; niet-nakoming leidt tot schadevergoeding overeenkomstig afdeling 6.1.10.

Artikel 200 stelt tegenover de verbintenissen van de zaakwaarnemer die van de belanghebbende: vergoeding van schade en, voorzover de zaakwaarnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf heeft gehandeld - bijvoorbeeld medische verrichtingen - een vergoeding voor zijn diensten. Voorwaarde is niet alleen dat aan de vereisten voor zaakwaarneming is voldaan, doch ook dat het gediende belang behoorlijk is behartigd; een gebrek in dit laatste kan weer door goedkeuring volgens artikel 202 worden geheeld.

De zaakwaarnemer kan in eigen naam de rechtshandelingen verrichten die voor de belanghebbende nodig zijn, maar mag krachtens artikel 201 ook in naam van de belanghebbende optreden. Volgens artikel 3:78 is dan een aantal bepalingen uit de titel Volmacht van overeenkomstige toepassing. Is het belang niet naar behoren behartigd, dan is er onbevoegde vertegenwoordiging, waardoor de belanghebbende, behoudens het bepaalde in artikel 3:61, tweede lid, niet wordt gebonden. De zaakwaarnemer zelf is jegens de wederpartij op grond van artikel 3:70 jo 3:78 aansprakelijk; de

belanghebbende kan echter de onbevoegde vertegenwoordiging bekrachtigen (artikel 3:69).

Artikel 202 is in het voorgaande reeds ter sprake gekomen.

#### Afdeling 6.4.2 - Onverschuldigde betaling

Overeenkomstig de traditie bezigt het opschrift van de afdeling de term "onverschuldigde betaling". Uit artikel 203 blijkt dat de term betaling ruim dient te worden genomen - zie ook de inleidende opmerkingen bij afdeling 6.1.6. De term doet in het spraakgebruik het eerst denken aan betaling van een geldsom, maar deze is niet het uitgangspunt van de regeling en komt pas in het tweede lid van artikel 203 naar voren en wel bij wijze van versoepeling van het eerste lid. Blijkens het eerste lid is het uitgangspunt van de afdeling de afgifte van een goed - zowel de juridische levering als een feitelijke afgifte - zonder rechtsgrond en daarop is de afdeling in hoofdzaak afgestemd. In het derde lid wordt daar het verrichten van een prestatie van andere aard, in het bijzonder een doen, zonder rechtsgrond aan vastgehecht en in artikel 210 worden de regels die gelden voor de teruggave van het goed daarop van overeenkomstige toepassing verklaard. In het eerste en het derde lid van artikel 203 worden bovendien in plaats van "onverschuldigd" de woorden "zonder rechtsgrond" gebruikt, die op vergelijkbare wijze een iets ruimere reikwijdte dan "onverschuldigd" hebben; zie HR 17-11-2000, NJ 2001, 580. Het verschil schuilt in het bijzonder daarin dat een prestatie in strikte zin onverschuldigd kan zijn, zonder een rechtsgrond te missen. Zo verplicht een overeenkomst van levensverzekering de verzekeringnemer veelal niet tot premiebetaling, doch zegt de verzekeraar alleen voorwaardelijk een uitkering toe, als premie wordt betaald. Niettemin geschiedt de betaling van de premie niet zonder rechtsgrond en ze kan dan ook niet als "onverschuldigd" worden teruggevorderd.

De regeling van de onverschuldigde betaling is van verbintenisrechtelijke aard, die in de eerste plaats strekt tot teruggave van een goed. Zo'n teruggave zal, als ze een zaak betreft, in beginsel ook langs de zakenrechtelijke weg van de revindicatie kunnen worden gevorderd en in geval van samenloop kan de eiser dan kiezen. Om de gevolgen van die keuze zo weinig mogelijk te laten verschillen, verklaart artikel 206 enige bepalingen uit de bezitsregeling van titel 3.5 van overeenkomstige toepassing, terwijl in artikel 208 aansluiting is gezocht bij artikel 3:122, eveneens uit afdeling 3.5.

Onder het regime van het huidige BW is lang betwist geweest, of de grondslag van de vordering uit onverschuldigde betaling moet worden gezocht in een aanspraak tot vergoeding van ongerechtvaardigde verrijking van de wederpartij. In het ontwerp zijn beide vorderingen duidelijk onderscheiden. Voor de vordering uit onverschuldigde betaling is in beginsel onverschillig in hoeverre de wederpartij door de betaling is verrijkt of niet (zie echter als uitzondering artikel 209 ten aanzien van de onbekwame als ontvanger van de betaling en voorts artikel 210, tweede lid). Evenmin is de vordering uit onverschuldigde betaling beperkt tot het bedrag der verarming - onderwerp van de vordering is de verrichte prestatie dan wel haar waarde ten tijde van de ontvangst (artikel 210), terwijl de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is geconstrueerd als een tot schadevergoeding (artikel 212).

In de praktijk blijkt de aard der vordering uit onverschuldigde betaling onder meer, indien de betaling is gedaan aan of door een tussenpersoon. Indien deze bevoegdelijk als vertegenwoordiger van een derde is opgetreden of indien artikel 3:61, tweede lid, van toepassing is, wordt die betaling aan deze derde toegerekend. Is de tussenpersoon echter in eigen naam opgetreden, of was hij als vertegenwoordiger onbevoegd en vindt artikel 3:61, tweede lid, geen toepassing, dan blijft de derde buiten spel en is de tussenpersoon zelf - als gedaagde of eiser - partij bij de vordering (zie echter de uitzondering, uit billijkheidsoverwegingen voorzien in artikel 204, tweede lid).

Afdeling 6.4.2 wordt in artikel 25 van toepassing verklaard, indien iemand vóór de vervulling van een opschortende voorwaarde zijn prestatie verricht, doch slechts indien hij de teruggave vordert vóór de vervulling van de voorwaarde. De vordering wordt uitgesloten, indien vóór afloop van een gestelde termijn wordt betaald (artikel 39, tweede lid). Bij ontbinding van een wederkerige overeenkomst blijft, anders dan in geval van vernietiging van een rechtshandeling, die immers terugwerkende kracht heeft (artikel 3:53, eerste lid), de rechtsgrond voor de reeds geleverde prestaties in stand, zodat afdeling 6.4.2 voor de daarop gegronde verbintenis tot ongedaanmaking niet van toepassing is - zie de eigen regeling in de artikelen 271 tot en met 276.

De afdeling is ook van toepassing indien op grond van een publiekrechtelijke verhouding onverschuldigd is betaald, voorzover niet uit de wet het tegendeel voortvloeit. De vordering is dan echter niet toewijsbaar, voorzover dat in de

gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Bij de beoordeling van een vordering van de overheid moet rekening worden gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zie omtrent dit alles HR 25-10-1991, NJ 1992, 299 en HR 26-3-2004, RvdW 2004, 56.

De vordering strekt in beginsel tot teruggave van de prestatie en wel in de staat waarin deze verkeerde, toen de betaling werd verricht. Bij niet-nakoming van deze verbintenis zijn in beginsel de bepalingen van afdeling 6.1.9 van toepassing. Afdeling 6.4.2 behelst echter verschillende bepalingen waarin de gevolgen daarvan worden aangepast of verzacht. Zie de artikelen 204, 205 en 209, artikel 210, tweede lid, en artikel 211.

Artikel 203 stelt de algemene vereisten voor de vordering uit onverschuldigde betaling. Zie daaromtrent de inleidende opmerkingen bij deze afdeling. Betaling zonder rechtsgrond kan geschieden uit dwaling, doch een welbewust onverschuldigde betaling wordt evenzeer door deze afdeling bestreken (aldus reeds HR 20-4-1917, NJ 1917, 600 en HR 25-2-1926, NJ 1926, 361). Zie voor welbewuste betaling van de schuld van een ander onder druk van de schuldeiser HR 22-4-1983, NJ 1984, 726; in het algemeen ontbeert echter betaling van andermans schuld geen rechtsgrond, ook al weet de betaler dat hij zelf geen schuldenaar is. Zelfs een onbewuste prestatie, zoals vervoer van een verstekeling, kan als onverschuldigde betaling worden beschouwd.

Voldoening van een nietige verbintenis leidt in beginsel tot de vordering uit onverschuldigde betaling; zie echter artikel 211. Inbetalinggeving ter voldoening aan een overeenkomst is geen onverschuldigde betaling, ook niet als de waarde van het in betaling gegevene het bedrag van de schuld overtreft (HR 2-12-1977, NJ 1978, 130).

Artikel 204 behelst in het eerste lid een bepaling die de gevolgen van niet-nakoming, in casu van artikel 27 (zie de laatste inleidende opmerking bij deze afdeling) verzacht voor de ontvanger van een onverschuldigde betaling: wordt de niet-nakoming ingevolge deze bepaling niet toegerekend, dan treden de gevolgen van overmacht in; zie de toelichting op afdeling 6.1.9. Een vordering uit artikel 78 is niet uitgesloten. Het tweede lid onthefte de ontvanger van een onverschuldigd ontvangen geldsom in het daarin omschreven bijzonder geval. Tegen de, in deze bepaling bedoelde, andere derde blijft in beginsel de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking of eventueel bijvoorbeeld onrechtmatige daad bestaan. Zie HR 31-3-1978, NJ 1978, 363, waaraan de bepaling is ontleend.

Artikel 205 stelt degene die "te kwader trouw" de onverschuldigde betaling heeft ontvangen, zonder ingebrekestelling in verzuim - zie voor andere gevallen artikel 83. De term "te kwader trouw" stelt scherpere eisen dan "niet te goeder trouw": vereist wordt dat de ontvanger wist of althans vermoedde dat de betaling niet hem toekwam - hij omvat niet degene die niet wist, maar had behoren te weten. Wist ook de betaler dat de betaling niet verschuldigd was, met name omdat beide partijen zich er van bewust waren een nietige overeenkomst uit te voeren, dan kan niet van kwade trouw worden gesproken. Wetenschap van de onverschuldigdheid die pas achteraf ontstaat, valt evenmin onder kwade trouw.

Voor artikel 206 zie men de inleidende opmerkingen ter zake. Bepalingen uit het bezitsrecht omtrent vruchten, kosten, schade en retentierecht worden van overeenkomstige toepassing verklaard, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de bezitter (en houder) te goeder trouw en degene die niet te goeder trouw bezit of houdt (vgl. hierboven bij artikel 205), alsmede de regeling omtrent het wegnemingsrecht.

Artikel 207 sluit hierbij aan voor de kosten van ontvangst en teruggave van het terug te geven goed (of andere prestatie) voor de ontvanger die niet te kwader trouw is en voor verdere uitgaven gedurende de tijd dat hij nog niet met de teruggave rekening behoefde te houden, doch alles binnen de grenzen der redelijkheid.

Artikel 208 bevat een bepaling, analoog aan artikel 3:122: de wederpartij van de ontvanger kan afstand doen van het verkrijgen van het goed of de prestatie om aldus de kosten, bedoeld in de artikelen 206 en 207, te besparen. Terwijl artikel 3:122 zakenrechtelijk is geformuleerd, is artikel 208 verbintenissenrechtelijk ingekleed; zakenrechtelijk is het artikel slechts in zoverre dat de wederpartij afstand doet van zijn vorderingsrecht, waarvoor medewerking van de ontvanger is vereist (artikel 3:98). Op de afstand van het vorderingsrecht is artikel 160 van toepassing, zodat daarvoor een overeenkomst tussen partijen is vereist.

Artikel 209 biedt een bijzondere bescherming aan de onbekwame die een onverschuldigde betaling heeft ontvangen, geheel analoog aan artikel 31 voor betaling aan een onbekwame schuldeiser; verwezen zij naar de opmerkingen bij dat

artikel - zie voorts artikel 276 voor de ongedaanmaking in geval van ontbinding. Is de ontvanger vóór het instellen van de vordering jegens hem handelingsbekwaam geworden, dan is het artikel van toepassing over de daaraan voorafgaande periode.

Artikel 210 geeft regels omtrent ongedaanmaking wegens onverschuldigde betaling van een prestatie die bestaat in iets anders dan het geven van een goed. Volgens het eerste lid zijn in beginsel daarop de voorafgaande bepalingen omtrent de teruggave van een goed van toepassing. Zo zal een rechtshandeling gewoonlijk door een rechtshandeling in tegengestelde richting kunnen worden teruggedraaid. Op niet-nakoming van de verplichting daartoe - toerekenbaar of door overmacht - zijn de bepalingen van afdeling 6.1.9 in beginsel van toepassing. Het tweede lid maakt daarop echter inbreuk voor prestaties die zich door hun aard niet tot (zinvolle) ongedaanmaking lenen. Zo is een eenmaal genoten gebruik van een zaak, een reis, e.d. niet meer ongedaan te maken. Het vervaardigen van een product kan wel feitelijk ongedaan worden gemaakt door het te vernielen, maar dat is geen zinvolle handeling die voor degene die de prestatie verrichtte, de oorspronkelijke toestand herstelt. Volgens de hoofdregel van de niet-nakoming zou in al deze gevallen de ontvanger van de prestatie schadevergoeding moeten betalen, tenzij de niet-nakoming hem niet is toe te rekenen (artikel 74 - zie ook artikel 78). Het tweede lid stelt echter voor deze gevallen een andere regel in de plaats: de schadevergoeding gaat niet verder dan vergoeding van de waarde der prestatie en wel die ten tijde van de ontvangst, zij is slechts verschuldigd voorzover die vergoeding redelijk is en alleen als zich bovendien één (of meer) van de in de bepaling opgesomde gevallen voordoet.

Daarbij kan nog het volgende worden opgemerkt. De waarde die moet worden vergoed is die in het maatschappelijk verkeer, berekend volgens objectieve maatstaf. Vergoeding is niet altijd redelijk, bijvoorbeeld wanneer de ontvanger de dupe van misbruik van omstandigheden is geworden of is bedrogen. Bij het geval van ongedaanmaking wegens onverschuldigde betaling is, anders dan bij toepassing van artikel 212, niet vereist dat de wederpartij is verarmd: de verstekeling kan er zich niet op beroepen dat het vliegtuig toch niet was volgeboekt. Toerekening van het verrichten van de prestatie aan de ontvanger doet zich bijvoorbeeld voor als een overeenkomst is vernietigd wegens door de ontvanger gepleegd misbruik van omstandigheden of bedrog, of omdat de wederpartij door een gedraging van de ontvanger heeft gedwaald.

Het tweede lid is niet van toepassing, als de prestatie naar haar aard wel ongedaanmaking toelaat, doch feitelijke omstandigheden die ongedaanmaking verhinderen - bijvoorbeeld omdat de ontvanger niet meer over de daartoe nodige middelen kan beschikken; alsdan is het eerste lid van toepassing met de (gewone) gevolgen van niet-nakoming. Zie ook HR 13-4-2001, NJ 2001, 581 en HR 12-12-2003, NJ 2005, 431.

Artikel 211 geeft nog een correctie voor een geval waarvoor in de geschiedenis nimmer een geheel bevredigende oplossing is gevonden (enigszins verhuld in de spreuk: *nemo suam turpitudinem allegans auditur*).

Het geval doet zich voor wanneer iemand een ander een beloning toezegt (of betaalt) voor het verrichten van een rechtens of moreel ongeoorloofde handeling; men denke, behalve aan huurmoord, ook bijvoorbeeld aan ambtelijke corruptie voor het verkrijgen van vergunningen, enz. De overeenkomst is nietig, maar daarmee is niet opgelost wat met de beloning moet gebeuren, indien desondanks de overeenkomst door het verrichten van de ongeoorloofde prestatie is uitgevoerd. Zo'n prestatie behoort niet te worden beloond, maar het is evenzeer in strijd met het rechtsgevoel als degene die haar heeft uitgelokt, zijn zin heeft gekregen en bovendien zijn tegenprestatie kan weigeren.

Het ontwerp kiest in overeenstemming met het huidige recht volgens HR 28-6-1991, NJ 1992, 787, een soort tussenweg: de ontvanger van de, op grond van een nietige rechtshandeling geleverde, prestatie die naar haar aard niet ongedaan kan worden gemaakt (zie artikel 211) en ook niet op geld behoort te worden gewaardeerd, behoeft zijn toegezegde tegenprestatie - veelal een geldsom - niet te leveren, maar als hij niettemin heeft betaald, kan hij haar ook niet ongedaan doen maken, voorzover dat deswege - namelijk omdat de prestatie ook niet ongedaan kan worden gemaakt - in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn. In strijd met de redelijkheid en billijkheid zal bijvoorbeeld niet worden geacht teruggave van door chantage afgeperst zwijggeld; degene die heeft betaald is, in zijn verhouding tot de ontvanger, niet uitlokter doch slachtoffer, de geleverde prestatie, het verzwijgen, zal trouwens veelal niet ongeoorloofd zijn. Men bedenke bij de gekozen oplossing dat deze slechts het civielrechtelijke aspect, de verhouding tussen partijen, bestrijkt; voor het dienen van het algemeen belang dient uiteraard een beroep op het strafrecht te worden gedaan. Is ingevolge de nietige overeenkomst onverschuldigd een goed geleverd, dan is er, omdat een geldige titel ontbreekt, geen geldige overdracht (artikel 3:84). Nu de prestatie niet ongedaan mag worden gemaakt, zou het recht op het goed zwevend blijven. In het belang van het rechtsverkeer gedooft het tweede lid hier een "abstracte" wijze van overdracht.

### Afdeling 6.4.3 - Ongerechtvaardigde verrijking

Onder de werking van het huidige BW is het bestaan van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking - ook wel ongegronde vermogensvermeerdering genoemd - zeer betwist geweest. De lagere jurisprudentie heeft haar herhaaldelijk aanvaard, maar een algemene vordering, daartoe strekkend, is door de Hoge Raad bij het arrest van 30-1-1959, NJ 1959, 548 (Quint-te Poel), afgewezen. Volgens de Hoge Raad kan het bestaan van zo'n vordering echter wel worden aanvaard in door de wet niet geregelde gevallen als oplossing die in het stelsel der wet past en aansluit bij wél geregelde gevallen.

In artikel 212 wordt het bestaan van de vordering erkend, terwijl haar begrenzing wordt gezocht enerzijds in het vereiste van de elementen "verrijking" en "verarming" en anderzijds in het vereiste dat de verrijking "ongerechtvaardigd" moet worden geacht en dat schadevergoeding slechts wordt verschuldigd "voorzover dit redelijk is".

De vordering strekt niet tot teruggave, zoals die uit onverschuldigde betaling, doch tot schadevergoeding: afdeling 6.1.10 is, genuanceerd door de bepalingen van artikel 212, tweede en derde lid, van toepassing. Voor de verhouding tot afdeling 6.4.2 zie de algemene opmerkingen ter zake bij die afdeling.

De vordering is niet subsidiair van aard. Bij samenloop kan zij in beginsel worden ingesteld naast die uit onrechtmatige daad (zie echter HR 14-10-1994, NJ 1995, 720: nu het handelen niet onrechtmatig was, was de verrijking in casu niet ongerechtvaardigd), zaakwaarneming of onverschuldigde betaling; zie HR 27-6-1997, NJ 1997, 719. Dit kan leiden tot alternativiteit - schadevergoeding kan maar één keer en dus op één grond worden toegewezen - maar ook tot cumulatie: zo kan naast teruggave uit onverschuldigde betaling schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking door het gebruik van het onverschuldigd betaalde goed worden gevorderd. De mogelijkheid van verarming wordt niet uitgesloten door het enkele feit dat een vordering tot schadevergoeding op andere grond is ontstaan tegen een andere, maar bijvoorbeeld insolvable, schuldeiser. Is niet voldaan aan de vereisten voor bijvoorbeeld onrechtmatige daad, zaakwaarneming of onverschuldigde betaling, dan kan wel schadevergoeding worden verlangd voor ongerechtvaardigde verrijking, als aan de vereisten van artikel 212 is voldaan.

Artikel 212 vereist voor de vordering tot schadevergoeding dat er een ongerechtvaardigde verrijking is. Berust de verrijking op een rechtshandeling tussen de verarmde en de verrijkte, dan is zij gerechtvaardigd, mits de rechtshandeling niet nietig of vernietigd is - onevenredigheid van wederzijdse prestaties maakt verrijking niet ongerechtvaardigd. Wél kan een rechtshandeling tussen een persoon en een in eigen naam ten behoeve van een ander handelend tussenpersoon tot een vordering op of schuld aan die ander uit ongerechtvaardigde verrijking aanleiding geven, naast de vordering op of de schuld aan de tussenpersoon uit onverschuldigde betaling - zie de algemene opmerkingen ter zake bij afdeling 6.4.2.

Uit het systeem der wet moet volgen of verrijking op grond van een wetsbepaling de verrijking al dan niet rechtvaardigt; vgl. HR 30-1-1959, NJ 1959, 548, hierboven reeds genoemd; vgl. ook het geval van artikel 204, tweede lid.

Vloeit de verrijking voort uit een wettelijke regel inzake bescherming van de wederpartij of een derde, dan geldt zij als gerechtvaardigd, evenals de verrijking die het gevolg is van het verlopen van een verjarings- of vervaltermijn. Hetzelfde geldt ook voor de eigendomsovergang van een verloren zaak op de vinder en voor de verkrijging van het recht op de vruchten door de bezitter te goeder trouw (artikel 3:120). Ongerechtvaardigd daarentegen wordt verrijking door natrekking, vermenging en zaaksvorming (artikelen 5:14 tot en met 5:16) geacht; zij leidt tot schadevergoeding, in beginsel in geld, doch eventueel in natura (artikel 103).

Als verrijking geldt zowel het verkrijgen van voordeel als het ontgaan van nadeel, zoals uitsparing van kosten. Als verarming geldt zowel verlies als derving van winst; het verrichten van werkzaamheden ten behoeve van een ander betekent op zichzelf nog geen verarming (HR 11-4-1986, NJ 1986, 622).

De verrijking moet volgens het eerste lid zijn bereikt "ten koste van" de verarmde, maar de verrijking behoeft, naar aard noch bedrag, met de verarming overeen te stemmen. Het verschil tussen beide komt echter voor vergoeding niet in aanmerking. Voorts komt de schade slechts voor vergoeding in aanmerking "voorzover dat redelijk is".

Het tijdstip waarnaar de schade wordt berekend, is uiteraard in beginsel dat waarop ze is ontstaan, maar het tweede en het derde lid nuanceren dit uitgangspunt door vermindering van de verrijking in bepaalde gevallen de verrijkte niet toe te rekenen - en derhalve als niet toerekenbare schade te behandelen (vgl. artikel 204; zie, conform het derde lid, reeds voor het huidige recht HR 29-1-1993, NJ 1994, 172).

## Titel 6.5 - Overeenkomsten in het algemeen

Deze titel, met algemene bepalingen omtrent de overeenkomst als bron van verbintenissen, is in een vijftal afdelingen ingedeeld:

- 6.5.1 - Algemene bepalingen (artikelen 213 tot en met 216);
- 6.5.2 - Het totstandkomen van overeenkomsten (artikelen 217 tot en met 230);
- 6.5.3 - Algemene voorwaarden (artikelen 231 tot en met 247);
- 6.5.4 - Rechtsgevolgen van overeenkomsten (artikelen 248 tot en met 260);
- 6.5.5 - Wederkerige overeenkomsten (artikelen 261 tot en met 279).

Overeenkomstig zijn plaats in Boek 6 behandelt de titel in beginsel slechts de verbintenisscheppende overeenkomst - zie aldus de omschrijving in artikel 213.

Het begrip "overeenkomst" als wilsovereenstemming met bepaalde, beoogde, rechtsgevolgen omvat meer dan de verbintenisscheppende overeenkomst. Zo onder andere haar tegendeel, de liberatoire overeenkomst, zoals de kwijtschelding, die partijen van hun verbintenissen ontslaat. Op verschillende terreinen van het recht doen zich voorts zulke overeenkomsten die geen vermogensrechtelijke verbintenissen scheppen, voor, zoals het huwelijk als familierechtelijke overeenkomst en de zakelijke overeenkomsten, gericht op de overdracht van goederen en op de vestiging en afstand van beperkte rechten.

Titel 6.5 is op deze vormen niet rechtstreeks van toepassing, maar artikel 216 verklaart een groot aantal bepalingen van de titel - namelijk de afdelingen 6.5.1 tot en met 6.5.4 - van overeenkomstige toepassing, voorzover hun strekking in verband met de aard van die rechtshandelingen zich daartegen niet verzet; zie voor afdeling 6.5.5 de iets beperktere bepaling van artikel 261, tweede lid. Voor publiekrechtelijke overeenkomsten houde men bovendien rekening met artikel 3:14. Een belangrijk gevolg is dat aldus aan artikel 248, inzake de norm van redelijkheid en billijkheid een bijzonder ruime werking wordt gegeven. Vgl. ook voor precontractuele verhoudingen HR 15-11-1957, NJ 1958, 67.

De - verbintenisscheppende - overeenkomst valt onder de categorie der rechtshandelingen. In de eerste plaats zijn op haar derhalve de bepalingen van titel 3.2 van toepassing. Een aantal bepalingen van titel 6.5 is als aanvulling daarop te beschouwen - aldus bijvoorbeeld die van afdeling 6.5.2. Op de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien, zijn uiteraard de titels 6.1 en 6.2 van toepassing; afdeling 6.5.5 geeft daarop bijvoorbeeld aanvulling voor het opschortingsrecht bij en de ontbinding wegens niet-nakoming van wederkerige overeenkomsten. De bijzondere regels over de "benoemde" overeenkomsten zullen in Boek 7 worden vastgesteld.

### Afdeling 6.5.1 - Algemene bepalingen

De afdeling houdt algemene bepalingen van verschillende inhoud in.

Artikel 213, eerste lid, is hierboven reeds ter sprake gekomen. Het tweede lid geeft een beperkende bepaling met betrekking tot "meerpartijen-overeenkomsten": zij geven moeilijkheden in de praktijk, omdat twee partijen niet zonder meer tegenover elkaar staan, maar met meer personen aan dezelfde rechtsverhouding deelnemen: de vraag is dan, of en hoe de verhouding tussen hen de verhouding met die anderen kan en mag beïnvloeden; zie voor nadere bepalingen artikel 279. Op dit terrein, waarop de verhoudingen telkens verschillend zijn, zal veel, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, aan de rechter moeten worden overgelaten.

In het Nederlandse BW houdt artikel 214 een aantal bepalingen omtrent de zgn. standaardregeling in, dat wil zeggen een regeling omtrent een bepaalde overeenkomst, die door een van overheidswege aangewezen commissie kan worden vastgesteld voor een bepaalde bedrijfstak of een bepaald bedrag. In Nederland is overigens van de mogelijkheid hiertoe nog geen gebruik gemaakt. Ook hier te lande lijkt de behoefte aan vaststelling van zo'n regeling zeer gering, zo mogelijk nog geringer dan in Nederland met zijn meer geformaliseerde structuren. Voorgesteld wordt dan ook het artikel hier niet over te nemen.

Artikel 215 geeft een vuistregel voor de zgn. gemengde overeenkomst, die onder de omschrijving van twee (of meer) benoemde overeenkomsten valt, zodat er zich een geval van samenloop van wetbepalingen voordoet; een bekend

voorbeeld is de pensionovereenkomst, die aspecten van huur, voedselverstrekking door koop en dienstbetoon in zich verenigt. Artikel 215 kiest als uitgangspunt voor cumulatie, dat wil zeggen, dat de bepalingen omtrent beide, eventueel alle typen, van toepassing zijn. Bij strijd zal men echter moeten kiezen, evenals wanneer een wettelijke bepaling voor een der overeenkomsten niet strookt met de aard der bijzondere overeenkomst. Vgl. artikel 1613c van het huidige BW, dat in geval van strijd de arbeidsovereenkomst, met haar dwingend recht, laat prevaleren.

Het belang van de schakelbepaling van artikel 216 is hierboven, onder de algemene opmerkingen bij deze titel, reeds toegelicht.

#### Afdeling 6.5.2 - Het totstandkomen van overeenkomsten

De afdeling geeft een aantal bijzondere, voor overeenkomsten geldende, bepalingen naast die welke artikel 3:2 voor rechtshandelingen in het algemeen bevat.

Voor de totstandkoming beperkt zij zich tot de - enigszins schematische - voorstelling van totstandkoming door aanvaarding van een aanbod (artikel 217, eerste lid). In de praktijk komen ingewikkelde overeenkomsten gewoonlijk in een proces van onderhandelingen tot stand. Zie HR 18-6-1982, NJ 1983, 723 (Plas-Valburg) en, na een voorstel tot vastlegging daarvan in het nieuwe BW, HR 23-10-1987, NJ 1988, 1017, HR 31-5-1991, NJ 1991, 647, HR 16-6-1995, NJ 1995, 705, HR 24-11-1995, NJ 1996, 160 en HR 12-8-2005, NJ 2005, 467.

Hieromtrent geven de arresten het volgende beeld. Onderhandelende partijen zijn verplicht hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten leiden; ieder van hen is vrij de onderhandelingen af te breken, tenzij dat op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met andere omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn. In die situatie, namelijk wanneer partijen door onderhandelingen op hoofdpunten reeds overeenstemming hebben bereikt, kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding voor gederfde winst. Een verplichting tot vergoeding van de in het kader van de voorafgaande onderhandelingen gemaakte kosten kan voorts bestaan als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zijn geraakt dat de ene partij te goeder trouw die onderhandelingen niet meer had mogen afbreken, maar reeds wél in een stadium dat zulk afbreken hem in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door de andere partij gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor zijn rekening te nemen.

Ook als partijen anders dan door "onderhandelen" betrokken zijn bij het voorbereiden van een tussen hen te sluiten overeenkomst, zal in het algemeen dezelfde maatstaf als bij afgebroken onderhandelingen moeten worden gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of het afbreken tegenover de wederpartij onaanvaardbaar is.

De artikelen 217 tot en met 225 houden regels omtrent aanbod en aanvaarding in. Artikel 226 heeft betrekking op de vorm van voorovereenkomsten, artikel 227 op de bepaalbaarheid van de inhoud van overeengekomen verbintenissen. De artikelen 228 tot en met 230, betreffende dwaling en voortbouwende overeenkomst, regelen enige gebreken die aan de overeenkomst bij haar totstandkoming kunnen kleven.

Artikel 217, eerste lid, geeft de hierboven besproken grondregel omtrent aanbod en aanvaarding weer. Een uitnodiging om te onderhandelen, zoals bij een advertentie waarin een bepaald goed, bijvoorbeeld een huis, te koop of te huur aan het publiek wordt "aangeboden", is nog geen aanbod in de zin van het artikel - de adverteerder verplicht zich daarmee niet de overeenkomst te sluiten met iemand die op de uitnodiging ingaat (HR 1-4-1981, NJ 1981, 532). Een openbaar aanbod (in de zin van het artikel) zal gewoonlijk gelden onder het voorbehoud "zolang de voorraad strekt".

Aanbod en aanvaarding zijn rechtshandelingen; voor de vereisten daaraan te stellen, zie de artikelen 3:32 e.v., voor hun werking zie artikel 218 met toelichting.

Het tweede lid geeft aan de artikelen 219 tot en met 225 het karakter van aanvullende bepalingen. Onder "andere rechtshandeling" kunnen worden verstaan de uiterste wil en de statuten van een rechtspersoon.

Artikel 218 houdt een bijzondere regel voor het aanbod in. Vanaf de aanvaarding is de totstandgekomen overeenkomst een meezijdige rechtshandeling en als zodanig geldig, vernietigbaar of nietig. Artikel 218 heeft tot gevolg dat de regels hiervoor ook reeds voor een (nog) niet aanvaard aanbod gelden. Voor een tot een bepaald persoon gericht aanbod maakt het overigens nauwelijks uit, of het als eenzijdig of als meezijdig geldt: zie artikel 3:32, tweede lid, en artikel 3:34, tweede lid.

Aanvaarding van het aanbod leidt tot de overeenkomst, waarin de aanvaarding, evenals het aanbod, ophoudt zelfstandig

te zijn - vraagstukken van geldigheid, nietigheid en vernietigbaarheid hebben dan niet meer het aanbod of de aanvaarding afzonderlijk tot onderwerp, doch de overeenkomst zelf.

Artikel 219, eerste lid, gaat ervan uit dat een aanbod in beginsel herroepelijk is; is een termijn voor aanvaarding gesteld, dan wordt in beginsel aangenomen dat het gedurende die termijn onherroepelijk is. De overeenkomst komt, krachtens artikel 3:37, derde lid, tot stand op het tijdstip dat de verklaring van (gave) aanvaarding de aanbieder bereikt.

Het tweede lid geeft regels omtrent de vraag gedurende welke periode het aanbod uiterlijk nog geldig kan worden herroepen. De eerste zin verkort die periode tot het tijdstip van de verzending van de aanvaarding, maar de tweede zin verlengt die voor het, als vrijblijvend gedaan aanbod tot na de aanvaarding, mits de herroeping onverwijld, dat wil zeggen zonderodeloze vertraging, geschiedt; zie voor intrekking van het aanbod artikel 3:37, vijfde lid.

Het derde lid duidt de optie als een onherroepelijk aanbod.

Een uitloving, waarbij een beloning voor een bepaalde prestatie wordt toegezegd, wordt in artikel 220 gezien als een (openbaar) aanbod. Wordt dit aanbod voor een bepaalde tijd gedaan, dan geldt het gedurende die tijd volgens artikel 219, eerste lid, als onherroepelijk. Artikel 220 laat echter, in afwijking daarvan, herroeping of wijziging wegens gewichtige redenen wel toe. Wordt het aanbod, hetzij krachtens het eerste lid, hetzij volgens de bepalingen van het aanbod zelf, hetzij wanneer het voor onbepaalde tijd is gedaan, herroepen of gewijzigd, dan kan volgens het tweede lid een billijke schadeloosstelling op haar plaats zijn - vgl. de in de algemene opmerkingen van de toelichting bij deze afdeling vermelde arresten.

Artikel 221 geeft nog enkele, niet dwingende, regels voor het aannemen van het vervallen van een aanbod.

Artikel 222 geeft eveneens enkele regels van aanvullende aard omtrent omstandigheden die een aanbod niet doen vervallen. Ook faillietverklaring van de aanbieder doet het aanbod niet vervallen, doch voor een door aanvaarding daarvan totstandgekomen overeenkomst gelden, met betrekking tot de boedel, de gewone faillissementsregels.

Wordt een aanbod te laat aanvaard, dan geldt het als vervallen (artikel 221), maar artikel 223 nuanceert deze regel.

Artikel 224 bepaalt het tijdstip waarop een overeenkomst tot stand komt, indien een aanvaarding de aanbieder niet of tijdig bereikt en niettemin werking heeft.

Artikel 225, eerste lid, laat in beginsel een aanvaarding die van het aanbod afwijkt, gelden als een nieuw aanbod en als verwerping van het eerste. Het tweede lid verzacht dit gevolg.

Het derde lid geeft een speciale, niet dwingende, regel voor de gelding van algemene voorwaarden, als aanbod en aanvaarding naar verschillende van zulke voorwaarden verwijzen ("battle of forms").

Als uitdrukkelijke afwijzing zal niet gelden enkele verwijzing naar "eigen" voorwaarden, als standaard op briefpapier gedrukt. Afwijking van de regels van het derde lid kan worden aangenomen, indien partijen reeds eerder onder bepaalde algemene voorwaarden met elkaar hebben gehandeld en de wil tot afwijking niet duidelijk blijkt.

Of men kan zeggen dat de algemene voorwaarden zijn aanvaard als zij pas in een later stadium, dat van de bevestiging van de order of de factuur, te berde worden gebracht, hangt van de omstandigheden af. Is vóór de bevestiging de overeenkomst door aanbod en aanvaarding reeds "compleet", dan kan de ene partij de ander geen algemene voorwaarden meer opdringen. Is het aanbod echter nog maar globaal gedaan en aanvaard en behoeft het nadere uitwerking, dan is er voor de algemene voorwaarden nog ruimte en geeft het derde lid een regeling voor eventuele botsing. Zie HR 10-6-1994, NJ 1994, 611.

Artikel 226 geeft een regel omtrent de vorm van voorovereenkomsten, dat wil zeggen overeenkomsten waarbij ten minste een der partijen zich ertoe verbindt in de toekomst en al dan niet onder zekere voorwaarden, een bepaalde overeenkomst, of overeenkomsten van een bepaalde soort, met de wederpartij of een derde aan te gaan.

De overeenkomst waartoe de voorovereenkomst verbindt, kan aan een vormvoorschrift zijn onderworpen dat strekt tot bescherming van een der partijen. Teneinde te voorkomen dat die partij zonder inachtneming van een dergelijk voorschrift zich bij de voorovereenkomst verplicht tot het sluiten van de (hoofd)overeenkomst en zo in feite het tot zijn bescherming strekkende voorschrift zou worden ontkracht, stelt het artikel dat ook voor de voorovereenkomst een soortgelijk vormvoorschrift voor de geldigheid is vereist. Men denke aan de vormvoorschriften die gelden voor schenking en huurkoop; het vormvoorschrift voor de oprichting van een naamloze vennootschap geldt echter niet voor

een voorovereenkomst tot oprichting, omdat het niet de strekking heeft, de oprichters zelf te beschermen. Zie voor particuliere borgtocht nog artikel 7:859, derde lid, dat echter een bewijsvoorschrift behelst. De sanctie op artikel 226 zal in de regel vernietigbaarheid van de voorovereenkomst zijn: zie artikel 3:40, tweede lid.

Artikel 1341, onderdeel ten 3<sup>o</sup>, stelt thans aan de bestaanbaarheid van een overeenkomst het vereiste van "een bepaald onderwerp", een vereiste dat in artikel 1354 wordt uitgewerkt. In de rechtspraak - zie bijvoorbeeld HR 13-1-1938, NJ 1938, 566 en HR 14-6-1968, NJ 1968, 331 - is het vereiste soepel uitgelegd, in die zin dat de verbintenissen van partijen bepaalbaar behoren te zijn: waartoe partijen zich precies hebben verbonden, moet, eventueel achteraf, aan de hand van de bij de overeenkomst gestelde criteria zijn vast te stellen. Zo kan die nadere vaststelling zijn opgedragen aan een der partijen of aan een derde, die zich daarbij naar de eisen van redelijkheid en billijkheid moet gedragen.

Deze opvatting is nu in artikel 227 van het ontwerp neergelegd. Vgl. het iets scherper geformuleerde vereiste van artikel 3:84, tweede lid, voor de titel van een overdracht, die onder meer verhindert dat iemand al zijn toekomstige vorderingen aan een ander overdraagt. Voor het vereiste van redelijkheid en billijkheid bij de nadere vaststelling zie onder het nieuwe recht artikel 7:904 (vaststellingsovereenkomst).

In artikel 3:44 is een opsomming gegeven van wilsgebreken die in beginsel iedere rechtshandeling vernietigbaar maken: bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden. Aan die opsomming ontbreekt dwaling, omdat de regels daarvoor niet zonder meer op eenzijdige rechtshandelingen, zoals de uiterste wil, toegepast kunnen worden. Voor de meezijdige rechtshandelingen, overeenkomsten en, via artikel 216, meezijdige rechtshandelingen van andere aard, stelt artikel 228 hier de regels (zie echter voor de verdeling van een gemeenschap artikel 3:199 en voor dwaling in het kader van een verzekeringsovereenkomst artikel 7:931).

Als dwaling in de zin van artikel 228 wordt niet beschouwd de zgn. oneigenlijke dwaling, het geval waarin een partij iets anders verklaart dan hij bedoelt; zie hiervoor de artikelen 3:33 tot en met 3:35.

De vorm waarin artikel 228 is gegoten, wijkt in sterke mate af van die van het huidige artikel 1343 BW, maar zij sluit wel aan bij de ontwikkeling die het leerstuk der dwaling in rechtspraak en literatuur heeft ondergaan. Zie in dit verband in het bijzonder HR 15-11-1957, NJ 1958, 67 (Baris-Riezenkamp): door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst komen partijen tot elkaar te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding; deze brengt mee dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen der wederpartij.

Dwaling kan in het algemeen worden omschreven als het hebben van een onjuiste voorstelling van zaken ten tijde van het sluiten van een overeenkomst.

Niet elke dwaling geeft aanleiding tot de bevoegdheid tot vernietiging daarvan. In de eerste plaats moet daartoe de dwaling haar grond vinden in de een onjuiste voorstelling omtrent bestaande feiten. Onjuiste toekomstverwachtingen geven op zichzelf geen grond tot een vernietiging (artikel 228, tweede lid; HR 10-6-1932, NJ 1933, 5); wel echter, als die verwachtingen zijn gebaseerd op ten onrechte veronderstelde omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst (HR 21-1-1966, NJ 1966, 183, Booy-Wisman). Vervolgens is vereist dat de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken in het geheel niet of alleen op andere voorwaarden zou zijn gesloten (artikelen 228, eerste lid, inleiding) - de omstandigheid waaromtrent is gedwaald, moet voor het sluiten van de overeenkomst essentieel zijn geweest. Voorts geldt in het algemeen dat men gehouden is om zelf binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat men de overeenkomst sluit onder invloed van onjuiste voorstellingen (HR 15-11-1957, NJ 1958, 67, Baris-Riezenkamp). Op inlichtingen van bevoegden en deskundigen zal men in het algemeen mogen afgaan zonder eigen nader onderzoek, ook al blijken de inlichtingen achteraf onjuist te zijn geweest (zie HR 13-2-1981, NJ 1981, 441). Om die reden wordt een, tot vernietiging leidend, beroep op dwaling slechts in drie gevallen toegekend:

- a. een door de wederpartij gegeven misleidende inlichting;
- b. een ten onrechte door de wederpartij verzwegen inlichting;
- c. wederzijdse dwaling.

In al deze gevallen is bovendien op verschillende wijze uitgedrukt dat de wederpartij moet hebben begrepen dat de omstandigheid waaromtrent werd gedwaald, van essentieel belang voor het sluiten van de overeenkomst was (zgn. eis der kenbaarheid). In de onderdelen a en c is dit vereiste in een "tenzij"-formule gevat, hetgeen tot gevolg heeft dat de bewijslast in beginsel op de wederpartij rust.

Ad a: In het algemeen mag men afgaan op (serieuze) inlichtingen die de wederpartij verstrekt - redelijkheid en billijkheid zullen zich er tegen verzetten dat de wederpartij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat ten onrechte op de juistheid van haar mededelingen is vertrouwd (HR 21-1-1966, NJ 1966, 183, hierboven reeds vermeld).

De inlichtingen kunnen ook in een eerder stadium dan dat van het aangaan van de overeenkomst zijn gedaan (HR 16-6-2000, NJ 2001, 559).

Ad b: Of spreekplicht bestaat, hangt van de concrete omstandigheden van het geval af, vgl. HR 19-6-1953, NJ 1960, 59 (Kantharos van Stevensweert) en HR 25-4-1947, NJ 1947, 270 (alimentatieregeling). Zie voorts naast elkaar HR 30-11-1973, NJ 1974, 97 en HR 18-4-1986, NJ 1986, 747, voor de vraag wie onderzoek moet doen en voor wiens risico het komt, indien een essentiële inlichting niet wordt gegeven. Dat een bedongen prestatie elders goedkoper, in een betere vorm, op betere voorwaarden of met minder ongemak is te verkrijgen, leidt voor wederpartij die daarvan op de hoogte is, nog niet tot een spreekplicht. Zie voorts HR 19-5-1995, NJ 1997, 648 (voor kredietverlening om met behulp daarvan te kunnen deelnemen in een onderneming, geldt niet de voor particuliere borgtocht door HR 1-6-1990, NJ 1991, 759 aangenomen verplichting tot voorlichting over risico's).

Ad c: Voor toepasselijkheid van de dwalingsregeling in dit geval is vereist dat ook voor de wederpartij van de dwalende de ten onrechte veronderstelde omstandigheid een rol heeft gespeeld: ook zij moet daarvan zijn "uitgegaan". Met de beweegredenen van de ander om de overeenkomst aan te gaan, heeft de wederpartij niet te maken, indien deze voor haarzelf voor het aangaan van de overeenkomst niet relevant zijn, ook al is het belang voor de dwalende aan haar kenbaar. Aldus bijvoorbeeld indien iemand een bruiloftscadeau koopt en de bestemming ook aan de verkoper mededeelt, doch geen van beiden weet dat de verlovingsinmiddels is verbroken - voor de verkoper is dit alles niet van belang en van wederzijdse dwaling die tot toepassing van artikel 228, eerste lid, kan leiden, kan hier dan ook niet worden gesproken.

Het tweede lid noemt, naast dwaling in een uitsluitend toekomstige omstandigheid - zie hierboven - nog een algemene negatieve omstandigheid die een beroep op dwaling in de weg staat, namelijk dat op grond van de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven. De rechter moet de verschillende omstandigheden in concreto afwegen: vgl. HR 15-4-1994, NJ 1995, 614.

Zie voor de aard der overeenkomst artikel 1879, tweede lid, inzake dading, een overeenkomst die onder het nieuwe recht in de regeling der vaststellingsovereenkomst (afdeling 7.15) zal opgaan; zie in dit verband ook HR 15-11-1985, NJ 1986, 228.

Ook in andere overeenkomsten zal een beroep op dwaling uitsluitende onzekerheid vaak al zijn verdisconteerd, bijvoorbeeld bij de koop van een ongesigneerd schilderij.

Van de overwegingen in de bij dit artikel aangehaalde arresten zal veel in de verkeersopvattingen steun vinden. Een beroep op rechtsdwaling is niet uitgesloten, maar zal toch niet al te spoedig mogen worden aanvaard. Een verkoper zal door zijn aanbod in beginsel zijn beroep op dwaling verspelen: blijkt achteraf dat de zaak onvermoede hoedanigheden had, dan kan hij haar niet door vernietiging van de verkoop terugkrijgen, tenzij bijvoorbeeld de koper als deskundige beter wist (HR 19-6-1959, NJ 1960, 59).

Voor de gevolgen van een beroep op dwaling zie titel 3.2, alsmede nog artikel 230.

#### Artikel 229

Het huidige recht behelst de uitdrukkelijke bepaling dat voor de geldigheid van een overeenkomst een "geoorloofde oorzaak" is vereist (artikel 1341, onderdeel ten 4<sup>o</sup>, van het BW) - zo is een overeenkomst zonder oorzaak krachteloos (artikel 1356). Daargelaten de vraag, wat "oorzaak" in dit verband betekent - waarover veel strijd is gevoerd -, naast het terrein, bestreken door de reeds bekende gronden van nietigheid (artikel 3:40) en de wilsgebreken (artikelen 3:44 en 6:228) enerzijds en dat van de niet-nakoming (afdeling 6.1.9) anderzijds, blijft er slechts weinig plaats voor een overeenkomst zonder oorzaak. Zo wordt het klassieke geval van koop van eigen zaak opgelost door hetzij de bepalingen omtrent dwaling, hetzij die omtrent niet-nakoming toe te passen.

Er blijven slechts over overeenkomsten die voortbouwen op een rechtsverhouding en beogen die te wijzigen, nader vast te stellen, op te heffen (schuldvernieuwing), voort te zetten of over de uitvoering nadere regels te geven, terwijl blijkt dat die rechtsverhouding niet bestaat; zie voor zo'n geval HR 9-9-1994, NJ 1995, 270, inzake een opvolgende verzekering. Weliswaar zal ook hier meestal aan de vereisten voor dwaling zijn voldaan, maar nodig is dit niet. Voor zulke gevallen is artikel 229 geschreven. Omdat deze dicht naast dwaling liggen, is er ter voorkoming van nodeloze haarkloverij voor gezorgd dat de regeling geheel aansluit bij die der dwaling, zowel wat het rechtsgevolg der vernietigbaarheid betreft, als ten aanzien van de maatstaven der niet-toepasselijkheid ("tenzij .....").

Artikel 230 behelst voor de dwaling en de voortbouwende overeenkomst dezelfde bepaling als artikel 3:54 voor misbruik van omstandigheden; naar de toelichting op dat artikel zij verwezen. Zie ook HR 18-1-2002, NJ 2002, 106.

### Afdeling 6.5.3 - Algemene voorwaarden

Talrijke contracten worden tegenwoordig mede geregeld door zgn. algemene voorwaarden, die een ondernemer pleegt te bedingen voor overeenkomsten van een bepaald type. Soms worden ze opgesteld door de ondernemer zelf, soms door zijn organisatie of door enige organisaties in onderling overleg. Ook de overheid en semi-overheid maken er, bijvoorbeeld voor de levering van gas, water en elektriciteit en van vervoersdiensten, gebruik van.

Het voordeel van zulke algemene voorwaarden is duidelijk: er behoeft niet telkens opnieuw over allerlei details te worden onderhandeld, voor allerlei mogelijke bronnen van geschillen worden bij voorbaat regels gesteld. Nadelen zijn dat de voorwaarden (meestal) eenzijdig worden vastgesteld, in het bijzonder door leveranciers van goederen en diensten en als zodanig het gevaar lopen van onevenwichtigheid ten opzichte van de afnemers en dat deze laatsten de inhoud veelal niet of nauwelijks (kunnen) kennen ("kleine lettertjes", verwijzing naar publicatie elders).

Een bijzondere wettelijke regeling bestaat thans niet. Wel zijn de problemen, onder meer ten aanzien van exoneratiebedingen, aan de orde gekomen in de rechtspraak: zie HR 19-5-1967, NJ 1967, 261 (Saladin-HBU), HR 20-2-1976, NJ 1976, 486 (Pseudo-vogelpest), HR 25-4-1986, NJ 1986, 714 (gemeente Smilde) en HR 16-1-1987, NJ 1987, 553 (Hooyen-Tilburgse Hypotheekbank). Daarin gaat het enerzijds om de vraag of de algemene voorwaarden wel van toepassing kunnen zijn, indien de wederpartij van degene die ze bedong, niet of nauwelijks van hun inhoud op de hoogte kon zijn, anderzijds om de vraag of het beding naar zijn inhoud geheel of ten dele als onredelijk bezwarend moet worden beschouwd en een beroep op dat beding om die reden in strijd met de goede trouw komt.

Zie voorts HR 15-6-1992, NJ 1992, 565: verwijzing naar algemene voorwaarden op facturen van een of andere transactie noopt er niet zonder meer toe toepasselijkheid daarvan op latere overeenkomsten te aanvaarden, maar dat betekent geenszins dat een dergelijke verwijzing die slotsom nimmer zou wettigen - bij de beantwoording van de vraag of dat het geval is, mogen geen andere maatstaven worden aangelegd dan die van de artikelen 3:33 en 3:35.

Tenslotte zij in dit verband verwezen naar artikel 225 met de toelichting daarop.

In het ontwerp is een regeling van het onderwerp opgenomen, die enerzijds de "wederpartij" van de "gebruiker" van "algemene voorwaarden" - zie de begripsomschrijvingen in artikel 231 - bindt aan de, door haar globaal aanvaarde, algemene voorwaarden, ook als zij de inhoud daarvan niet kende en de gebruiker dat begreep of behoorde te begrijpen (artikel 232; vgl. ook artikel 225, tweede lid), anderzijds een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar verklaart, als het onredelijk bezwarend is of indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (artikel 233).

De strekking van de regeling is vooral de "zwakke" contractspartij te beschermen tegen aan haar opgedrongen onereuze bedingen; vandaar dat de bepalingen van dwingend recht zijn (artikel 246).

Bij de uitwerking van artikel 233 zijn dan ook van bijzonder belang de zgn. "zwarte lijst" van artikel 236 en de zgn. "grijze lijst" van artikel 237, die in het bijzonder de consument - de wederpartij, natuurlijk persoon die niet in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf handelt - beschermen. De eerste lijst bevat een opsomming van allerlei bedingen die als onredelijk bezwarend worden aangemerkt - en dus door de consument als wederpartij zonder meer vernietigd kunnen worden, de tweede een opsomming van allerlei bedingen die worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn - en waar het dus op de weg van de gebruiker rust aannemelijk te maken dat zij niettemin tegenover de wederpartij redelijk zijn, bijvoorbeeld omdat tegen het beding een concreet voordeel voor de consument staat. De lijsten geven niet alleen een zeker houvast voor de aanvaardbaarheid van algemene voorwaarden, maar zullen daarop ook invloed van preventieve aard hebben.

De sanctie op de wettelijke vereisten voor de geldigheid van algemene voorwaarden is hun vatbaarheid voor vernietiging, indien zij niet aan die vereisten voldoen. Het is in het algemeen de wederpartij van de gebruiker die de bevoegdheid daartoe kan uitoefenen; zie echter artikel 235, tweede lid. Zolang een beding niet is vernietigd, blijft het tussen partijen gelden; zo is een beding in algemene voorwaarden dat een geschil aan een beslissing bij bindend advies onderwerpt, zonder meer vernietigbaar (artikel 236, onderdeel n), maar het is zeer wel mogelijk dat de wederpartij niet tot vernietiging overgaat en het zelfs gaarne aanvaardt als een goedkope en informele wijze van oplossing van zijn geschil.

Omtrent de omschrijvingen in artikel 231 valt nog het volgende op te merken.

Algemene voorwaarden kunnen zowel in de overeenkomst zelf worden opgenomen, doch ook door verwijzing daarnaar toepasselijk worden verklaard. Ontlening aan een model bij het opstellen van een contract door een notaris of advocaat maakt zulke bedingen nog niet tot algemene voorwaarden.

Als kernbedingen, die krachtens de omschrijving in onderdeel a niet tot de algemene voorwaarden behoren, zijn te beschouwen de bedingen waarover partijen het eens moeten zijn, wil er van een overeenkomst sprake kunnen zijn: bijvoorbeeld bij een koop de zaak, of, bestaat deze uit een of meer soortzaken, soort en aantal of hoeveelheid en anderzijds de bedongen prijs, althans de wijze waarop deze zal worden bepaald; zie HR 21-2-2003, NJ 2004, 567. De kernbedingen moeten, ingevolge het slot van onderdeel a, wel duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn.

Een algemene voorwaarde verliest haar karakter niet als daarover door partijen bij het sluiten van de overeenkomst uitdrukkelijk onderhandeld is of indien tegenover het bezwarende beding een voordeel voor de wederpartij is gesteld.

Artikel 232 is, met zijn achtergrond, reeds bij de algemene opmerkingen behandeld.

Datzelfde geldt voor artikel 233. Onderdeel a noemt een aantal maatstaven waaraan mede moet worden getoetst of een bepaald beding - in de concrete omstandigheden van het geval waarin de bepaling wordt ingeroepen - als onredelijk bezwarend moet worden beschouwd. Bij de afweging van de wederzijdse belangen van partijen bij de bedingen komen alleen die in aanmerking die ook aan de ander kenbaar zijn - zo zal aan de wederpartij niet steeds kenbaar zijn, in welke positie de gebruiker zich tegenover zijn "voorschakel" bevindt (vgl. artikel 244). Reeds ter sprake zijn gekomen de omstandigheden dat tegenover het beding een voordeel voor de wederpartij staat en dat partijen er uitdrukkelijk over onderhandeld hebben. Verder zij verwezen naar de omstandigheden waarop de Hoge Raad ter toetsing wees in de hierboven genoemde arresten van 19-5-1967, NJ 1967, 261, 20-2-1976, NJ 1976, 486 en 23-3-1990, NJ 1991, 214. Voor overeenkomsten met consumenten zal het voorkomen op de zwarte of grijze lijst uiteraard van groot belang zijn; voor contracten buiten die sfeer zullen die lijsten indirect van belang kunnen zijn ("reflex-werking").

Onderdeel b noemt de tweede mogelijke grond van vernietiging, het gebrek aan kenbaarheid van de algemene voorwaarden. Het beperkt als het ware de tegemoetkoming van artikel 232 aan de gebruiker van de algemene voorwaarden. Het onderdeel wijkt af van het corresponderende onderdeel b Ned.BW, ermee samenhangende dat artikel 234 Ned.BW niet is overgenomen (zie hierna).

Samenloop met vernietigbaarheid op een andere grond of op gebreken in de totstandkoming der wilsovereenstemming is niet uitgesloten. Evenmin een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, bijvoorbeeld in geval van rechtsverwerking, of omgekeerd, conversie van een nietig beding, maar naast de uitgewerkte bepalingen van afdeling 6.5.3 zal dit toch van beperkt praktisch belang zijn.

Niet is overgenomen artikel 234 Ned.BW waarin het vereiste van artikel 233, onderdeel b, Ned.BW nader (en limitatief) is uitgewerkt. Deze Nederlandse bepalingen hebben in de rechtspraak al de nodige moeilijkheden opgeleverd (zie HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207 en HR 6 april 2001, NJ 2002, 385). Het onderhavige onderdeel b van artikel 233 is ontleend aan het Nederlandse regeringsvoorstel (zie de Nederlandse Parlementaire Geschiedenis van het nieuw Burgerlijk Wetboek, Invoering Boek 6, p. 1588). De gedachte van de onderhavige regeling van algemene voorwaarden is dat voor de gebondenheid aan algemene voorwaarden voldoende is dat de wederpartij ze heeft aanvaard en dat de vraag of dit het geval is aan de hand van de regels van titel 3.2 moet worden beantwoord. Voor een zodanig aanvaarden zal in het algemeen wel vereist zijn dat de wederpartij weet of moet begrijpen dat de andere partij algemene voorwaarden gebruikt, maar niet dat hij de inhoud daarvan ten tijde van het sluiten van de overeenkomst kent. Dit stelsel is gebaseerd op de gedachte het accent van een regeling ter bestrijding van misbruik van onereuze algemene voorwaarden behoort te vallen op een toetsing van de inhoud daarvan en niet op het stellen van strenge eisen voor de inlassing van de algemene voorwaarden in de overeenkomst. Men bedenke hierbij dat de wederpartij zelfs als zij tijdig over de algemene voorwaarden beschikt, deze veelal toch niet zou lezen dan wel begrijpen.

Deze overwegingen nemen echter niet weg dat de mogelijkheid voor de wederpartij om kennis te nemen van de algemene voorwaarden gewaarborgd moet zijn. Deze waarborg is in onderdeel b langs de weg van een vernietigingsgrond gerealiseerd. De bepaling maakt het de gebruiker van de algemene voorwaarden op verschillende wijzen mogelijk de vernietigbaarheid te ecarteren. Hij kan de algemene voorwaarden vooraf of bij het sluiten van de overeenkomst ter hand stellen. Hij kan ook de algemene voorwaarden op verzoek van de wederpartij onverwijld aan haar toezenden. De kosten van terhandstelling of toezending komen voor rekening van de gebruiker.

De laatste zinsnede van onderdeel b houdt rekening met het geval dat terhandstelling of toezending in redelijkheid niet van de wederpartij kan worden gevergd; men denke aan heel omvangrijke algemene voorwaarden. Voor zulke

gevallen is bepaald dat de gebruiker kan volstaan met een redelijke mogelijkheid te verschaffen van de algemene voorwaarden kennis te nemen, bijvoorbeeld door deponering bij de griffie van het Hof van Justitie of Kamer van Koophandel en Fabrieken. Dit is echter alleen dan voldoende als inderdaad terhandstelling of toezending door de gebruiker "niet van hem kan worden gevergd". Aldus wordt op een bevredigende wijze tegemoet gekomen aan de belangen van beide partijen.

Artikel 235, eerste lid, breidt de reikwijdte van de regeling der algemene voorwaarden uit. Normaliter is het de wederpartij van de gebruiker van algemene voorwaarden aan wie de bevoegdheid tot vernietiging van onereuze bedingen toekomt. Voor het begrip van het eerste lid moet men denken aan een geval als het volgende. Een particulier sluit via een beroepstussenpersoon een verzekeringsovereenkomst met een verzekeringsmaatschappij op de, bij die tussenpersoon gebruikelijke, voorwaarden, die ook - geheel of nagenoeg geheel - in de gehele verzekeringsbranche gelijk zijn. In dit geval is, ten gevolge van de vertegenwoordiging de particulier niet wederpartij maar zelf gebruiker en, zonder het in het eerste lid bepaalde, zou hij derhalve van de bescherming van afdeling 6.5.3 verstoken blijven.

De in het eerste lid veronderstelde situatie zal zich vooral voordoen in branches waar op grote schaal van gelijke voorwaarden gebruik wordt gemaakt. Ook bij het tweede lid dient men zich zo'n situatie voor te stellen: in het onderling verkeer bedient de ene branchegenoot zich tegenover de andere van dezelfde voorwaarden. Dan is het niet redelijk dat men onder een van zulke voorwaarden die men zelf tegenover anderen bezigt, probeert uit te komen.

De algemene regeling omtrent de vernietiging van rechtshandelingen is te vinden in titel 3.2; artikel 3:52 daarvoor heeft betrekking op de verjarings- en vervaltermijn van die bevoegdheid daartoe. Uit het eerste lid, onderdeel d, van dat artikel zou zijn af te leiden dat de bevoegdheid in het onderhavige geval zou verjaren drie jaren na het sluiten van het contract, waarop de algemene voorwaarden van toepassing zijn. Deze uitkomst zou, zeker bij langlopende contracten, onbillijk zijn, omdat het jaren kan duren voor een situatie zich voordoet waarop een bepaalde, onereus geachte, voorwaarde van toepassing is. Daarom verschuift het derde lid de aanvangstermijn naar de dag, volgende op die waarop door de gebruiker een beroep op de voorwaarde is gedaan.

Het eerste, tweede en derde lid zijn in de tekst van het Nederlandse wetboek genummerd als tweede, derde en vierde lid, omdat daar aan deze leden nog een lid voorafgaat, dat de bijzondere regeling omtrent algemene voorwaarden niet van toepassing verklaart op ondernemingen van zekere omvang. De argumenten voor deze uitsluiting, die ook in Nederland door sommigen wordt betreurd, zijn weinig overtuigend, omdat niet goed valt in te zien waarom deze ondernemingen niet gelijke bescherming tegen onereuze voorwaarden behoeven.

#### Artikelen 236 en 237

In de algemene opmerkingen van de toelichting bij deze afdeling reeds gewezen op de functie van deze twee artikelen en op het verschil tussen de "zwarte lijst" van artikel 236 en de "grijze lijst" van artikel 237. Aan beide lijsten is het karakter van consumentenrecht gemeen, dat wil zeggen dat alleen een consument - omschreven als "wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf" - op deze artikelen een rechtstreeks beroep kan doen - hetgeen natuurlijk niet wegneemt dat de karakterisering van de bedingen in deze lijsten ook wel zal kunnen uitstralen naar verhoudingen waarin niet een consument de wederpartij is.

De lijsten van beide artikelen hebben een vergelijkbare opbouw:

1. bedingen die de wettelijke rechten van de wederpartij of de wettelijke verplichtingen van de gebruiker beperken: artikel 236, onderdelen a tot en met g, artikel 237, onderdelen a tot en met h;
2. bedingen die de wettelijke verplichtingen van de wederpartij of de wettelijke rechten van de gebruiker uitbreiden: artikel 236, onderdelen h tot en met j, artikel 237, onderdelen i en j;
3. bedingen van andere aard: artikel 236, onderdelen k tot en met n, artikel 237, onderdelen k tot en met n.

Binnen de onder 1 bedoelde groep vallen nader de volgende subgroepen te onderscheiden:

- in artikel 236:
  - a. bedingen betreffende tekortkoming in de nakoming: onderdelen a tot en met d;
  - b. bedingen inzake overgang van verplichtingen en rechten van de gebruiker op een derde: onderdelen e tot en met f;
  - c. verkorting van een wettelijke verjarings- of vervaltermijn tot minder dan een jaar: onderdeel g;
- in artikel 237:
  - a. termijn voor de gebruiker om te reageren: onderdeel a;
  - b. bedingen ter zake van (niet-)nakoming: onderdelen b tot en met e;

- c. exoneratiebeding: onderdeel f;
- d. verrekening: onderdeel g;
- e. verval van rechten en bevoegdheden van de wederpartij.

Artikel 238 sluit aan bij de lijsten van artikel 236 en 237: ook dit artikel beschermt een consument-wederpartij tegen een beroep op algemene voorwaarden, in dit geval toegespitst op overeenkomsten die door een gevolmachtigde van de gebruiker tot stand zijn gebracht. Onderdeel a veronderstelt dat de gevolmachtigde tegenover de wederpartij de indruk heeft gewekt voor zichzelf te zijn opgetreden, naderhand beweert dat niet hijzelf, doch zijn volmachtgever is gebonden en deze bewering alleen doet steunen op een beding in de algemene voorwaarden waaruit de wederpartij zijn positie als vertegenwoordigde had moeten begrijpen.

Onderdeel b ontzegt een beroep op een beding in algemene voorwaarden dat zeer ongebruikelijke beperkingen stelt aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de gevolmachtigde. De bepaling is als het ware een verlengstuk van artikel 3:61, derde lid, voor de niet openbaar gemaakte, doch in algemene voorwaarden opgenomen volmacht.

Artikel 239 biedt in het Nederlandse wetboek de mogelijkheid om door gedelegeerde wetgeving de grijze lijst van artikel 237 te wijzigen, waardoor aan dit deel van het consumentenrecht een grotere soepelheid zou kunnen worden gegeven. Daartegen pleit echter dat in het algemeen de wetgever met delegatie van zijn bevoegdheid op het gebied van het burgerlijk recht zeer terughoudend behoort te zijn; zie artikel 98, eerste lid, van de Staatsregeling. Het valt niet goed in te zien waarom juist op het terrein van de algemene voorwaarden van deze stelregel zou moeten worden afgeweken, temeer daar de rechter toch krachtens het algemene artikel 233, onderdeel a, voldoende leiding kan geven aan de ontwikkeling van de toetsing der algemene voorwaarden. Noodzaak tot onverwijld ingrijpen van de wetgever is daarom weinig waarschijnlijk; blijkt uit de zich vormende jurisprudentie op den duur de wenselijkheid tot aanvulling of wijziging der lijsten, dan kan de gewone wetgever daarin voorzien. Om deze redenen wordt voor artikel 239 de Nederlandse wet niet gevolgd.

De artikelen 240 tot en met 243 behelzen in het Nederlandse wetboek een regeling van de bevoegdheid van organisaties tot collectieve actie tegen een individuele gebruiker van algemene voorwaarden of tegen een organisatie die voor haar leden het gebruik daarvan bevordert. Voor de situatie hier te lande is deze regeling te zwaar en te ingewikkeld. Voor het voeren van zulke collectieve acties komen hier uitsluitend consumentenorganisaties in aanmerking. In de praktijk komen ondernemersorganisaties die zich actief met algemene voorwaarden inlaten, niet voor, zodat er vooralsnog geen behoefte bestaat aan een speciale regeling van collectieve acties op dit terrein op initiatief van dan wel gericht tegen zulke organisaties.

In de artikelen 240 e.v. van het ontwerp is daarom slechts behouden een regeling van de bevoegdheid van een consumentenorganisatie, gericht tegen een (individuele) gebruiker van algemene voorwaarden. In verband hiermee wijkt de tekst van de onderhavige artikelen op onderdelen van de Nederlandse tekst af.

In artikel 240, eerste lid, wordt de bevoegdheid tot toetsing van algemene voorwaarden door middel van collectieve actie neergelegd. Deze actie richt zich tegen een concrete voorwaarde die door een individuele ondernemer wordt gebruikt (of door hem voor zulk gebruik is bestemd). De toetsing kan betreffen de vraag of het bestreden beding er een is dat op een van de lijsten van de artikelen 236 en 237 voorkomt - voor zo'n geval zijn die artikelen van overeenkomstige toepassing -, maar kan ook betreffen de vraag of het, los daarvan, onredelijk bezwarend is in de zin van artikel 233, onderdeel a, in welk geval de rechter, meer in abstracto dan in geval van individuele toetsing, in aanmerking moet nemen de aard en inhoud van de overeenkomsten waarvoor de voorwaarden zijn bestemd en de personen met wie, als wederpartij, de overeenkomsten plegen te worden gesloten, met hun belangen en eigenschappen. Terwijl de individuele wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden zich rechtstreeks kan richten op de vernietiging van een beding, strekt de collectieve actie tot een declaratoir, inhoudend dat een beding als onredelijk bezwarend zal gelden; hierop steunend kan de individuele wederpartij van de gebruiker zo'n beding in zijn eigen overeenkomst vernietigen (artikel 243).

Het tweede lid geeft een omschrijving van de consumentenorganisaties waaraan de bevoegdheid tot deze collectieve actie wordt toegekend, het derde en het vierde lid waarborgen dat de eisende organisatie niet rauwelijs of onredelijk daarvan gebruik maakt.

De tekst van het tweede lid van het Ned. BW is, voorzover deze is gehandhaafd, in het eerste lid van het ontwerp verwerkt.

Artikel 241 bevat enkele processuele voorzieningen inzake procedures als bedoeld in artikel 240. In het eerste lid wordt het Hof van Justitie als enig bevoegde rechter aangewezen. In het tweede lid worden voeging en tussenkomst (artikel 214 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) en derdenverzet (artikel 287 van laatstgenoemd wetboek) mogelijk gemaakt, het laatste echter zonder de bevoegdheid van schorsing (artikel 290 van dat wetboek), omdat deze in verband met het onderhavige artikel 243 van Boek 6 BW teveel onzekerheid zou teweeg brengen.

De tekst van deze leden verschilt uiteraard van de Nederlandse paralleltekst, die in het eerste lid het Gerechtshof te 's-Gravenhage aanwijst en in het tweede lid de desbetreffende artikelen van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering noemt.

In het derde lid worden maatregelen opgesomd waarmee het Hof aan zijn uitspraak kracht kan bijzetten, het vierde lid verklaart het Hof bevoegd om - ook ambtshalve - aan te geven hoe het beding door wijziging der voorwaarden de toets der redelijkheid wel zou kunnen doorstaan.

Het vijfde lid betreft executiegeschillen en oplegging van een dwangsom.

Het zesde lid maakt het mogelijk de abstracte toetsing ook tot inzet van een kort geding te maken; ook hier is gekozen voor concentratie van rechtspraak.

Artikel 242 biedt degene tegen wie de uitspraak is gedaan, de mogelijkheid herziening of opheffing van de uitspraak van het Hof uit te lokken, indien wegens wijziging in de omstandigheden de grond daaraan is ontvallen. Heeft de rechtspersoon op wiens vordering de uitspraak is gedaan, inmiddels opgehouden te bestaan, dan volgt volgens het tweede lid een behandeling van het verzoek buiten geding of tegenspraak. De tekst wijkt enigszins af van de in Nederland geldende tekst, die naar het daar geldend procesrecht verwijst.

Artikel 243 regelt de doorwerking van de uitspraak in de collectieve actie naar de verhouding tussen de gebruiker en de individuele consument. Deze laatste verkeert in een betere positie dan de consument die zich alleen op artikel 233, onderdeel a, kan beroepen: het staat namelijk vast dat het beding als onredelijk bezwarend geldt, zodat de vernietiging niet kan worden betwist.

Artikel 244 veronderstelt het bestaan van een keten van leveranciers en afnemers, die kan lopen tussen producent en consument, verbonden door overeenkomsten, terwijl ten minste op één daarvan algemene voorwaarden van toepassing zijn waaruit een beding is vernietigd. De schakel tegen wie de uitspraak is gedaan, kan nu "bekneld" geraken, doordat hij in zijn verhouding tot zijn voorschakel hetzelfde of een dergelijk beding - al dan niet in algemene voorwaarden vervat - heeft moeten aanvaarden. In zo'n geval ontzegt artikel 244 de voorschakel een beroep op het gebruik - waarna, bij wijze van dominostenen-effect - ook aan de voorafgaande schakels een beroep op soortgelijke bedingen kan ontvallen (zie het tweede lid).

Artikel 245 zondert arbeidsovereenkomsten en collectieve arbeidsovereenkomsten van de toepasselijkheid van de overige bepalingen der afdeling uit. De wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst is zo uitvoerig en reeds voorzien van zoveel eigen nietigheden ten aanzien van afwijkende bedingen dat er geen behoefte aan zal bestaan daarop ook nog afdeling 6.5.3 van toepassing te verklaren. Collectieve arbeidsovereenkomsten worden tussen (organisaties van) werkgevers en organisaties van werknemers gesloten, die voor de belangen van hun leden zullen waken. De leden van de werknemersbonden worden bovendien rechtstreeks gebonden aan de inhoud der c.a.o., zodat de omschrijving van artikel 231, onderdeel a, daarop niet zou passen.

Artikel 246 verklaart de regeling van afdeling 6.5.3 (voor zoveel dat zin heeft) tot dwingend recht; zie daarover nog de algemene opmerkingen bij de toelichting bij deze afdeling. Het artikel zelf wordt in de reeks van dwingend verklaarde bepalingen uiteraard niet genoemd; hetzelfde geldt voor de artikelen 245 en 247, die blijkens hun tekst geen afwijking toelaten.

Artikel 247 geeft, in het eerste, tweede en vierde lid, enige regels van internationaal privaatrecht, die de bepalingen van de afdeling al (eerste en derde lid) dan niet (tweede lid) van toepassing verklaren, ongeacht het recht dat - overigens - van toepassing is op de overeenkomst waarvoor de algemene voorwaarden gelden. De regel van het vierde lid gaat, in het belang van de consument, het verst. Verblijft de consument niet gewoonlijk hier te lande, dan zal afdeling 6.5.3 van toepassing zijn indien ook op de overeenkomst als geheel het hier te lande geldende recht van toepassing is.

#### Afdeling 6.5.4 - Rechtsgevolgen van overeenkomsten

De eerste drie artikelen - de artikelen 248 tot en met 250 - geven enkele bepalingen van algemene aard, de artikelen 251 tot en met 257 regelen rechtsgevolgen in de verhouding tot derden (251: kwalitatieve rechten, 252: kwalitatieve verplichtingen, 253 tot en met 256: derdenbeding, 257: verweer van een ondergeschikte tegen de "paardensprong"), de artikelen 258 tot en met 260 geven de rechter de bevoegdheid in te grijpen in gevolgen van overeenkomsten (258: onvoorziene omstandigheden, 259: voortdurende verplichtingen).

Artikel 248 is de opvolger van de bekende bepalingen in artikel 1359, derde lid, en artikel 1360 van het huidige BW: de rol van goede trouw, billijkheid, gebruik en wet. De volgorde van deze factoren is enigszins gewijzigd: na de overeengekomen gevolgen noemt artikel 248 de wet, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid, doch zakelijk is hier geen verandering bedoeld en een rangorde wordt met deze volgorde ook niet gegeven. Evenmin is met de vervanging van de "goede trouw" door "redelijkheid en billijkheid" materiële wijziging bedoeld. Eerstbedoelde term is gereserveerd voor de zgn. objectieve ("zakenrechtelijke") goede trouw; vgl. de artikelen 3:11 en 3:12.

Voor de "overeengekomen gevolgen" van de overeenkomst zij verwezen naar de artikelen 3:33 tot en met 3:35 inzake de rol van wil, verklaring en vertrouwen bij de totstandkoming van rechtshandelingen.

De bepalingen van de wet kunnen aanvullend of dwingend zijn - voor het recht dat op de overeenkomst van toepassing is, geldt dat uit de bewoordingen of de aard der bepalingen moet blijken dat het dwingend is.

Een gewoonte kan algemeen of plaatselijk zijn, of ook binnen een bepaalde groep, bijvoorbeeld een bedrijfsbranche, gelden. De gelding van een bestendig gebruikelijk beding, zoals thans door artikel 1368 BW wordt geformuleerd, is in het ontwerp niet geregeld: een zodanig beding, voorzover dat niet de kracht van een gewoonte heeft verworven, geldt slechts, indien het door partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend, volgens de normen van de artikelen 3:33 en 3:35 is aanvaard.

De formulering van de eisen van redelijkheid en billijkheid, algemeen in het eerste lid en voor de beperkende werking in het tweede lid, is analoog aan die van artikel 2 voor de verbintenis. Er is hier echter geen herhaling, slechts gedeeltelijke samenvatting: artikel 2 betreft de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar bij de enkele verbintenissen, onverschillig of die ontstaan uit wet en overeenkomst, artikel 248 geldt voor alle rechtsgevolgen van de verhouding tussen partijen bij een overeenkomst of een rechtshandeling als bedoeld in artikel 216. Zo kan opzegging van een overeenkomst zonder inachtneming van een opzegtermijn onder omstandigheden in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn (HR 23-12-1994, NJ 1995, 263).

Evenals in artikel 2, tweede lid, wordt in artikel 248, tweede lid, de term "onaanvaardbaar" gebezigd, om uit te drukken dat de rechter terughoudend moet zijn in de toepassing ("marginale toetsing"); deze kan partiële nietigheid tot gevolg hebben - zie laatstelijk HR 15-2-1991, NJ 1991, 493.

Met de huidige artikelen 1359 en 1360 BW is er slechts in zoverre verschil dat voortaan niet - in de eerste plaats - artikel 248, doch afdeling 6.5.3 de verhouding van partijen zal beheersen, voorzover daarop algemene voorwaarden van toepassing zijn en dat het nieuwe wetboek ook op enkele andere terreinen, zoals de vaststellingsovereenkomst in titel 7.15 een eigen, zij het ook op redelijkheid en billijkheid afgestemde, regeling brengt. Voor het overige echter blijven rechtspraak en literatuur onder het huidige recht relevant.

Artikel 249 geeft de regel dat degene die een partij bij een overeenkomst onder algemene titel, in het bijzonder vererving, opvolgt, in diens contractuele rechten, bevoegdheden en verplichtingen treedt, zodat de overeenkomst met hem wordt voortgezet. De regel is niet zonder uitzondering. Bij beding kan er van worden afgeweken, ook de strekking kan meebrengen dat de overeenkomst een zo persoonlijke prestatie vergt dat deze niet op de opvolger overgaat en evenzeer doet de wet de rechtsverhouding soms met de dood eindigen; zie bijvoorbeeld artikel 7:415 voor lastgeving. Ook bij opvolging door boedelmenging wordt bijvoorbeeld aangenomen dat de andere echtgenoot niet zelf medeschuldenaar uit de overeenkomst wordt, hoewel de schuld mede op de gemeenschapsgoederen kan worden verhaald. De tweede volzin van artikel 249, die met het nieuwe erfrecht samenhangt, strekt ertoe te bewerken dat in geval van de wettelijke verdeling zowel de uit overeenkomst voortvloeiende schulden als eventuele aan de overeenkomst verbonden bevoegdheden (bijvoorbeeld tot opzegging) uitsluitend bij de langstlevende echtgenoot terecht komen en niet bij de kinderen.

Artikel 250 wijkt voor een aantal bepalingen af van de regel dat het overeenkomstenrecht niet van dwingend recht is.

In de huidige wet is in de artikelen 1336 en 1361 BW het beginsel uitgedrukt dat een overeenkomst haar werking slechts tot partijen uitstrekt. Als uitzonderingen op dit beginsel erkent zij in het bijzonder de overgang van kwalitatieve rechten, het derdenbeding, de regel van artikel 1597 BW ("koop breekt geen huur") en 330 van het Wetboek van Koophandel (overgang van verzekering).

Het nieuwe recht regelt in de onderhavige afdeling hiervan de kwalitatieve rechten (artikel 251) en het derdenbeding (artikelen 253 tot en met 256) en breidt de reeks uit met de kwalitatieve verbintenissen (artikel 252) en het beroep van een ondergeschikte op een door zijn werkgever gemaakt exoneratiebeding (artikel 257). Ook elders voorziet de nieuwe wet in verschillende gevallen in de werking van een overeenkomst tegenover derden - aldus bijvoorbeeld de artikelen 3:291 (retentierecht), 6:11 (verweer van een hoofdelijk schuldenaar tegen een aanspraak op bijdrage) en 7:419 tot en met 7:421 (lastgeving).

Mede wegens deze uitbreidingen en ook omdat zich in de jurisprudentie enkele gevallen van derdenwerking van overeenkomsten hebben voorgedaan - zie HR 7-3-1969, NJ 1969, 249 (gegaste uien) en HR 12-1-1979, NJ 1979, 362 (Securicor), alsmede gevallen waarin het profiteren van contractsschending als onrechtmatige daad werd aangemerkt - is afgezien van een zo algemene wettelijke regel als in de artikelen 1332 en 1357 is vervat.

De artikelen 251 en 252 behandelen, als eerste voorbeelden van de doorwerking van overeenkomsten naar derden, de overgang van rechtswege van zgn. kwalitatieve rechten, respectievelijk verplichtingen, dat wil zeggen contractuele rechten en verplichtingen die nauw samenhangen met een bepaalde kwaliteit en wel die van rechthebbende op een bepaald goed, indien dat goed onder bijzondere titel overgaat. Van bijzonder belang zijn hier bijvoorbeeld concurrentiebedingen, bedongen ten bate, respectievelijk ten laste van een op een bepaalde plaats gevestigde onderneming. Bij kwalitatieve rechten denke men bijvoorbeeld ook aan garanties behorend bij een gekochte zaak, zoals een auto die weer wordt doorverkocht. Als voorbeeld van een kwalitatieve verbintenis kan gelden de verplichting van een contractspartij om te dulden dat de wederpartij van een niet openbare weg gebruik maakt.

Onder het oude recht werden beide categorieën geacht te zijn geregeld in artikel 1339 BW, tot de Hoge Raad bij arrest van 3-3-1905, W 8191 (Blaauboer-Berlips), besliste dat het woord "bedingen" in dat artikel gebezigd, niet omvat het "zich verbinden": het artikel zou anders immers de veel strakkere regeling omtrent de erfdiensbaarheden, met haar waarborgen in het bijzonder van openbaarmaking, ondermijnen. Vandaar dat de nieuwe regeling in artikel 252 van het ontwerp vergelijkbare waarborgen ten behoeve van derden scheidt.

Voor de toepasselijkheid van artikel 251 is vereist het bestaan van een contractueel recht dat zo nauw verbonden is met een, aan de schuldeiser toebehorend, goed dat de rechthebbende bij overgang van dat goed zijn belang bij het recht verliest; is het recht voor overgang vatbaar, dan gaat het met het goed van rechtswege over (zie de artikelen 142 e.v.). Het tweede en het derde lid betreffen de eventuele tegenprestatie die de rechthebbende verschuldigd is; het derde lid is dwingend recht (artikel 250).

Het beding waarop artikel 252 betrekking heeft, is dat van kwalitatieve overgang van een obligatoire verplichting bij overgang van het goed waaraan het verbonden is. De vereisten die dit artikel stelt, zijn strenger dan die van het vorige. De kwalitatieve verplichtingen die voor overgang vatbaar zijn, zijn beperkt tot een dulden of niet doen (eerste lid) en dan niet inhoudend een beperking van de beschikkingsbevoegdheid (vijfde lid), terwijl het goed waarmee zij kunnen zijn verbonden, slechts een registergoed kan zijn. Wel wordt uitdrukkelijk bepaald dat ook de gebruiksgerechtigden op het goed, zoals huurders, bij de overgang in beginsel mede worden gebonden.

Zoals reeds is opgemerkt, ligt de kwalitatieve verbintenis dicht naast de erfdiensbaarheid en kan het door beide bestreken terrein ook gemakkelijk samenvallen. Maar, is het servituut een zakelijk recht, de kwalitatieve verbintenis blijft, evenals het er tegenoverstaande recht, obligatoir van aard, zij dient de belangen van de schuldeiser als persoon, meer dan die in zijn kwaliteit van rechthebbende op het goed. Zo zijn partijen zelf door de enkele overeenkomst reeds verbonden. Binding van de rechtsopvolgers van de schuldenaar alsmede (latere) gebruiksgerechtigden wordt bewerkstelligd door de - in het tweede lid vereiste - notariële akte gevolgd door inschrijving; van dit vereiste kan niet worden afgeweken (artikel 250).

Het derde lid beperkt de werking van het beding. Het vierde lid heeft betrekking op de kwalitatieve overgang van de tegenprestatie; vgl. artikel 251, derde lid.

De regeling omtrent de kwalitatieve verbintenis ondervangt voor het door haar bestreken gebied de behoefte aan het kettingbeding waarvan de huidige praktijk gebruik maakt. Ze beschermt tegen doorbreking van de keten - vgl. de Antilliaanse zaak HR 17-5-1985, NJ 1986, 760 (Curaçao-Boyé), al is ze wel evenals het kettingbeding, onderworpen aan de beperkingen van artikel 259. Waar de regeling van de kwalitatieve verbintenis niet van toepassing kan zijn - de

verplichting bestaat in een doen of in het niet vervreemden of bezwaren van het goed - blijft de behoefte aan het kettingbeding bestaan.

De artikelen 253 tot en met 256 regelen het beding ten behoeve van een derde (derdenbeding), te vinden in artikel 1338 van het huidige BW. De nieuwe regeling onderscheidt zich ten opzichte van de bestaande niet alleen door haar grotere uitvoerigheid, waardoor enige dubia worden opgeheven, doch ook doordat zij een beperking voor haar geldigheid laat vallen, namelijk dat de bedinger ("stipulator") mede iets voor zichzelf bedingt, of wanneer hij zijn wederpartij, de belover ("promissor") tevens een gift doet. Van de regeling is alleen artikel 253, eerste lid, dwingend (artikel 250). Het derdenbeding komt in vele vormen in het dagelijks leven voor. De bekendste zijn wel de begunstiging bij een levensverzekeringsovereenkomst, de aanwijzing van de geadresseerde bij een vervoersovereenkomst, de (bank)garantie, onder andere verbonden aan de gegarandeerde betaalcheque of creditkaart en voorts ook bedingen ten behoeve van een op te richten rechtspersoon (zie het huidige artikel 59 van het Wetboek van Koophandel). Vereist is dat voor de derde wordt bedongen een eigen recht op de overeengekomen prestatie of een eigen bevoegdheid om zich anderszins op een beding uit de overeenkomst, zoals een exoneration, te beroepen. (Vgl. als gevallen waarin de wet een derde zo'n recht toekent artikel 6 van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen en artikel 257 hierna.) Enkele aanwijzing als betaaladres geeft de derde nog geen eigen recht om de betaling af te dwingen en is dus geen derdenbeding.

Niet vereist is dat de derde zijn recht om niet verkrijgt - men denke aan verzending onder rembours.

Het recht van de derde ontstaat door aanvaarding - de zgn. rechtsverkrijgende verklaring, die vormvrij is, doch tot een der partijen bij de overeenkomst moet zijn gericht (artikel 253, eerste en derde lid).

In de regel is het beding herroepelijk tot aan de aanvaarding (artikel 253, tweede lid), maar afwijking is mogelijk: het beding kan onherroepelijk zijn gemaakt, maar herroeping ook na aanvaarding kan zijn voorbehouden en ook kan zijn bedongen dat aanvaarding tijdens het leven van de stipulator slechts met diens toestemming geldig is. Is het beding voor aanvaarding vatbaar, dan kan het ook door de curator in het faillissement van de derde ten behoeve van de boedel worden aanvaard (HR 5-12-1913, W 9610).

Vgl. bij artikel 253, vierde lid, artikel 5, tweede lid: men mag tegen zijn zin geen gunsten krijgen opgedrongen, doch de aanvaarding wordt spoedig aangenomen.

Door aanvaarding wordt de derde partij bij de overeenkomst tussen stipulator en promissor, tenzij anders is bedongen (artikel 254, eerste lid). Hetgeen tussen hen beiden is overeengekomen, geldt ook voor hem en in zoverre is zijn recht afhankelijk van het bestaan en de inhoud der overeenkomst. Als partij kan hij nakoming vorderen; zie voor het recht van de stipulator ten deze artikel 256. Bij wanprestatie van de promissor komt de derde een recht op schadevergoeding toe. Tezamen met de stipulator kan hij dan ook ontbinding vorderen (artikel 279, derde lid).

De aanvaarding heeft geen terugwerkende kracht, maar de derde kan in beginsel wél rechten over de periode vóór de aanvaarding aan het beding ontleen (artikel 254, tweede lid). Zo bijvoorbeeld, wanneer de derde het te zijnen behoeve gemaakte exonerationebeding pas aanvaardt, nadat hij aansprakelijk is gesteld.

Artikel 255 geeft nog een regeling voor het geval er geen derde is die het beding kan aanvaarden. Partijen kunnen in dit geval reeds tevoren voorzien door een subsidiaire begunstiging.

Artikel 257 veronderstelt dat iemands aansprakelijkheid voor handelingen van zijn ondergeschikte (zie de artikelen 76 en 170) bij overeenkomst of krachtens de wet is uitgesloten of beperkt. Op zichzelf staat het de benadeelde vrij in plaats van deze persoon de ondergeschikte (voor het volle bedrag) aan te spreken, doch artikel 257 kent de ondergeschikte alsdan mede een beroep op het verweer toe. Het artikel regelt aldus een deel van hetgeen bekend staat onder de naam van de problematiek van "de paardensprong", doch alleen ten behoeve van de ondergeschikte. Deze kan zich nu verweren, als ware hij zelf partij bij de overeenkomst. Hij kan derhalve onafhankelijk van zijn "werkgever" een beroep op het verweer doen, ook al heeft de laatste zijn recht daarop verwerkt; omgekeerd zal hij geen verweer hebben als hij de schade opzettelijk heeft veroorzaakt.

De artikelen 258 tot en met 260 vormen in zoverre een groep dat de artikelen 258 en 259 de rechter onder bepaalde omstandigheden de bevoegdheid toekennen een overeenkomst te wijzigen of geheel of gedeeltelijk - naar prestatie of naar tijdsduur, bijvoorbeeld voor de toekomst - te ontbinden, terwijl artikel 260, eerste tot en met derde lid, enkele aan beide

gevallen gemeenschappelijke bepalingen toevoegt.

Artikel 258 behandelt het geval van wijziging enz. van overeenkomsten (en andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen: artikel 216) op grond van "onvoorziene omstandigheden", artikel 259 die van zulke overeenkomsten en rechtshandelingen die de rechthebbende op of gebruiker van een goed als zodanig (langdurig) lasten opleggen; beide bepalingen zijn van dwingend recht, evenals artikel 260.

Een beroep op een der bepalingen kan bij rechtsvordering, doch ook bij wijze van verweer worden gedaan. Artikel 260, eerste lid, bepaalt dat de rechter bij zijn uitspraak tot wijziging of ontbinding voorwaarden kan stellen, bijvoorbeeld tot schadeloosstelling kan verplichten; het tweede lid van dat artikel geeft de rechter de bevoegdheid om aan zo'n uitspraak nog toe te voegen dat een partij, alvorens de uitspraak in werking treedt, de overeenkomst geheel mag ontbinden. Het derde lid regelt dat de uitspraak in de openbare registers kan worden ingeschreven, als ook de overeenkomst zelf daarin is - of alsnog wordt - ingeschreven. Het vierde en vijfde lid geven nadere bepalingen omtrent de ingeschreven overeenkomsten.

Artikel 258 veronderstelt voor zijn toepassing dat zich na het sluiten van de overeenkomst onvoorziene omstandigheden voordoen die van dien aard zijn dat haar ongewijzigde instandhouding niet mag worden verwacht. Niet vereist is dat de omstandigheden ook onvoorzienbaar waren - het criterium is dat voor de omstandigheden de overeenkomst niet een passende voorziening biedt. Dat de rechter niet te spoedig mag ingrijpen, volgt uit de formulering, die even "marginaal" van karakter is als die van artikel 248, tweede lid (zie ook HR 19-11-1993, NJ 1994, 156 en HR 20-2-1998, NJ 1998, 493). Het verschil met toepassing van deze bepaling bestaat daarin dat de rechter hier bij constitutief vonnis de overeenkomst zelf wijzigt of geheel of gedeeltelijk ontbindt. Hij heeft daarin grote vrijheid; zo is ook een combinatie van wijziging voor het verleden - zie de laatste zin van het eerste lid - en ontbinding voor de toekomst mogelijk. De beslissing van de rechter kan bij vordering worden uitgelokt, maar ook bij wege van verweer, hetgeen volgt uit de term "op verlangen".

Het tweede lid geeft een nadere uitwerking aan het eerste lid. Het derde lid heeft tot gevolg dat een beroep op de onvoorziene omstandigheden ook kan worden gedaan door of tegen een cessionaris, een gesubrogeerde of degene op wie ingevolge de artikelen 251 of 252 de kwaliteit van schuldeiser of schuldenaar is overgegaan.

Het artikel is in beginsel ook van toepassing op publiekrechtelijke overeenkomsten; vgl. HR 23-7-1989, NJ 1991, 673.

Artikel 259 heeft betrekking op langlopende rechtsverhoudingen, betrekking hebbend op een registergoed, die, hetzij voortdurend, hetzij periodiek, hetzij incidenteel, een der partijen tot een prestatie verplichten. Als zodanig geldt niet de rechtsverhouding van voortdurend houderschap zelf die ontstaat door huur of - bij toepassing van artikel 216 - door erfpacht, vruchtgebruik en dergelijke; evenmin de erfdienstbaarheid, waarvoor de artikelen 5:78 tot en met 5:80 een eigen regeling geven. Vooral moet worden gedacht aan de kwalitatieve verbintenis van artikel 252 en aan een kettingbeding - ook de verplichting tot het doorgeven van het kettingbeding zelf is zo'n prestatie; een beperking tot een dulden of een niet doen, zoals in artikel 252, is hier niet.

Het in het eerste lid, onderdeel a, genoemde geval doet zich bijvoorbeeld voor als het beding de omgeving economisch te zwaar belast, het in het eerste lid, onderdeel b, bedoelde geval bijvoorbeeld als het beding ten behoeve van de wederpartij de concurrentie beperkt, doch het bedrijf van de wederpartij niet langer bestaat.

Omtrent de berekening van de in het eerste lid, onderdeel a, bedoelde termijn geeft het tweede lid een nadere bepaling.

Het lid bevat bovendien de bepaling dat geen termijn als bedoeld in het eerste lid, geldt, indien het beding in de weg staat aan een ruimtelijke ordeningsplan, dat kan worden beschouwd als equivalent van het "bestemmingsplan", waarnaar de tekst van de Nederlandse bepaling hier verwijst.

Anders dan bij toepassing van artikel 258 kan de wijziging of ontbinding krachtens artikel 259 geen terugwerkende kracht verkrijgen.

#### Afdeling 6.5.5 - Wederkerige overeenkomsten

De afdeling is opgenomen, omdat voor de overeenkomsten waarop zij betrekking heeft, bijzondere bepalingen behoren te gelden inzake opschortingsrechten (artikelen 262 tot en met 264) en ontbinding (artikelen 265 tot en met 278). Artikel 261 is een inleidende bepaling die aangeeft op welke tweezijdige betrekkingen de afdeling (in beginsel) van toepassing is, artikel 279 in hoeverre zij van overeenkomstige toepassing is op meerpartijenovereenkomsten.

Artikel 261, eerste lid, geeft een omschrijving van hetgeen onder een wederkerige overeenkomst wordt verstaan;

essentieel is dat beide partijen verbintenissen jegens elkaar op zich nemen, elk ter verkrijging van recht op de tegenprestatie. Deze omschrijving komt overeen met hetgeen ook thans met het begrip wederkerige overeenkomst wordt bedoeld - men denke aan koop, arbeidsovereenkomst, huur, enz. Daarbij moet er echter rekening mee worden gehouden dat een overeenkomst als verbruikleen, thans een eenzijdige, "reële", overeenkomst - waarbij slechts een der partijen (hoofd)verbintenissen op zich neemt, i.c. tot teruggave en, meestal rentebetaling - in het komend recht als wederkerig geconstrueerd zal worden; er zal dan van worden uitgegaan dat ook de uitlener zich verbindt en wel tot het ter leen verstrekken.

Het tweede lid breidt het terrein van de afdeling in beginsel uit tot een aantal rechtsfiguren die dicht tegen de wederkerige overeenkomst aan liggen. In de eerste plaats zijn dat de zgn. onvolmaakt wederkerige overeenkomsten, zoals de schenking onder last en de lastgeving zonder loon: zo rusten op de lastgever geen hoofdverbintenissen, maar wel nevenverbintenissen, in het bijzonder vergoeding van onkosten van de lasthebber.

Vervolgens is het tweede lid toepasselijk op overeenkomsten waarbij de ene partij zich tot een prestatie verbindt, onder voorwaarde dat ook de wederpartij een prestatie levert, waartoe deze zich echter niet verbindt; levensverzekeringsovereenkomsten kunnen hiertoe dikwijls worden gerekend, omdat de verzekeringnemer zich niet tot premiebetaling verplicht.

Ten slotte kan men bij het tweede lid denken aan rechtsverhoudingen die niet uit overeenkomst zijn ontstaan, in het bijzonder het legaat tegen inbreng.

Ook in deze drie genoemde gevallen zijn derhalve de bijzondere bepalingen omtrent opschorting en ontbinding van deze afdeling van toepassing, voorzover de aard der rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. Zo zal de aard van de schenking onder last zich er wél tegen verzetten haar gedeeltelijk te ontbinden als de last niet wordt vervuld.

In het hierna volgende zullen, tenzij anders blijkt, wanneer de term wederkerige overeenkomst wordt gebezigd, daaronder ook de rechtsfiguren van het tweede lid worden begrepen.

De artikelen 262 tot en met 264 vullen voor de wederkerige overeenkomst de bepalingen van afdeling 6.1.7 (artikelen 52 tot en met 57) aan en wijken daarvan ten dele af.

Voor het systeem van de opschortingsrechten zij verwezen naar de toelichting bij afdeling 6.1.7.

Voor uitoefening van het opschortingsrecht is vereist dat de wederpartij haar verbintenis niet nakomt, ook al is er nog geen sprake van een tekortkoming in de nakoming, omdat zij nog niet in gebreke is gesteld; evenmin is vereist dat de tekortkoming, zo deze er wél is, aan de wederpartij kan worden toegerekend. Voor niet-nakoming is wél vereist dat de verbintenis van de wederpartij opeisbaar is en dat deze óf eerst moet presteren óf dat partijen "gelijk moeten oversteken".

Dit alles geldt mede voor de toepassing van artikel 262. Het artikel legt in het eerste lid slechts vast, dat aan de vereisten van artikel 52 bij de wederkerige overeenkomst in ieder geval is voldaan indien de wederpartij haar verbintenis die tegenover die van de opschortende partij staat, niet nakomt (zgn. exceptio non adimpleti contractus). Zo zal een koper betaling van de koopprijs mogen opschorten, zolang de verkoper niet behoorlijk levert, of ook zolang hij de verschuldigde vervangende schadevergoeding niet betaalt. Zulk verband is echter niet door artikel 262 gegeven bij de verbintenissen die uit ongedaanmaking wederzijds ontstaan: hier is toetsing aan het algemene criterium van artikel 52 op haar plaats.

Het tweede lid brengt een redelijkheidsbeperking aan; vgl. voor ontbinding artikel 265, eerste lid, slot. Hier wordt wel de term "tekortkoming" gebezigd - bedoeld is de tekortkoming die ontstaat indien de gedeeltelijke of niet behoorlijke niet-nakoming niet wordt geheeld.

Artikel 263 breidt de bevoegdheid tot opschorting uit tot een geval waarin nog niet van niet-nakoming door de wederpartij sprake is omdat degene die opschort als eerste moet presteren, zodat de verbintenis van de wederpartij nog niet opeisbaar is; hij mag niettemin opschorten als hij moet vrezen voor een dreigende niet-nakoming aan de zijde van de wederpartij (zgn. onzekerheidsexceptie). Slaat de onzekerheid om in zekerheid van niet-nakoming, dan wordt artikel 80 van toepassing. Zie voor het bezigen van de term "tekortkoming" in het tweede lid de toelichting bij artikel 262, tweede lid.

Artikel 264 verklaart enkele bepalingen uit afdeling 6.1.7 niet van toepassing op de wederkerige overeenkomst, omdat de opschorting hier, anders dan daarbuiten, mag en ook veelal zal, worden gebezigd als inleiding op (de verklaring tot) ontbinding - zie hieromtrent bij de artikelen 54 en 55.

De artikelen 265 tot en met 278 regelen de ontbinding van wederkerige overeenkomsten als sanctie op "tekortkoming in de nakoming". De regeling is niet alleen uitvoeriger dan die van de huidige artikelen 1287 en 1288 BW, maar vertoont daarmee ook belangrijke verschillen. De voornaamste daarvan zijn de volgende:

- a. ontbinding kan zowel bij rechterlijk vonnis als, ook zonder desbetreffend beding, bij schriftelijke verklaring worden uitgesproken (artikel 267);
- b. zo'n vonnis of verklaring is niet alleen vereist bij wanprestatie ("toerekenbare tekortkoming", mits de schuldenaar in verzuim is), maar ook bij overmacht ("niet toerekenbare tekortkoming") (artikel 265): partijen worden in geval van overmacht niet van rechtswege van haar verbintenis ontheven;
- c. het is dan ook niet de wanprestatie die ontbindt, maar het vonnis, respectievelijk de verklaring (artikel 267);
- d. de ontbinding heeft noch terugwerkende kracht, noch zakelijke werking (artikel 269) - partijen kunnen anders overeenkomen, maar dit beding werkt niet tegenover derden;
- e. de ontbinding kon gedeeltelijk zijn, zowel naar prestatie als naar de tijd (bijvoorbeeld voor de toekomst) (artikel 270);
- f. na ontbinding moeten geleverde prestaties waar nodig ongedaan worden gemaakt, waartoe een vordering dient die gelijk is op die uit onverschuldigde betaling, met dien verstande dat de ontbinding, die in beginsel niet terugwerkt, aan de geleverde prestaties hun rechtsgrond niet ontnemt (artikel 271).

Aldus wordt het rigoureuze stelsel van de artikelen 1287 en 1288 van het huidige BW, dat wegens zijn terugwerkende kracht in het rechtsverkeer, in het bijzonder met derden, bezwaren meebrengt en daarom bij onroerend-goed-transacties steeds wordt uitgesloten, vervangen door een soepeler en meer genuanceerd systeem. Wel blijft het partijen vrijstaan al dan niet toerekenbare tekortkoming in hun overeenkomst als ontbindende voorwaarde te construeren, waaraan geen terugwerkende kracht, doch, zij het beperkt door de regels van derdenbescherming, zakelijke werking is verbonden (zie artikel 3:38). Zakelijke werking heeft wel het eigendomsvoorbehoud van artikel 3:92 en voorts de bijzondere vorm van ontbinding, die de uitoefening van het reclamerecht bij koop is (artikel 7:39 e.v.).

Het nieuwe in artikel 265 is dat algehele blijvende overmacht niet meer van rechtswege partijen van hun verbintenissen ontslaat, zoals thans op grond van HR 17-6-1949, NJ 1949, 544 (AKU-Stalen Steiger), wordt aangenomen en dat de overeenkomst ook bij tijdelijke overmacht kan worden ontbonden. De overeenkomst kan, zolang de schuldenaar in gebreke blijft, worden ontbonden door - of op initiatief van - de wederpartij. Op de schuldenaar rust aldus, totdat hij heeft gepresteerd, ook in geval van overmacht, het risico voor de tegenprestatie door de wederpartij: gaat de zaak die hij moet leveren, vóór de levering teniet, dan kan de wederpartij ontbinden en is deze van haar verbintenis ontslagen. Door de prestatie van de schuldenaar gaat diens risico over op de schuldeiser, die wegens hetgeen nadien eventueel nog met de prestatie gebeurt, niet meer kan ontbinden en zijn tegenprestatie moet leveren. Voor koop van een bepaalde zaak is dit aldus uitgewerkt dat onder het nieuwe recht artikel 7:10 het risico van de verkoper voor schade aan de zaak in beginsel bij de aflevering doet overgaan en dat dit risico niet meer, zoals artikel 1481 BW thans, reeds bij het sluiten van de koopovereenkomst op de koper overgaat.

Dat voor ontbinding geen plaats is als de tekortkoming haar niet rechtvaardigt wegens haar bijzondere aard of geringe betekenis, stemt overeen met het huidige recht (vgl. HR 16-1-1959, NJ 1960, 467 en HR 25-6-1971, NJ 1971, 398). Denkbaar is dat de tekortkoming onvoldoende is ter rechtvaardiging van algehele ontbinding, doch wel van gedeeltelijke. Betalingen, na het intreden van het verzuim gedaan, kunnen nog meewegen bij het oordeel over de vraag of de tekortkoming van geringe betekenis is (HR 11-6-1982, NJ 1983, 695). De vraag of de tekortkoming ontbinding rechtvaardigt, zal gewoonlijk nauw met de feitelijke omstandigheden zijn verweven (zie de Arubaanse zaak HR 24-11-1995, NJ 1996, 160). Naar de vraag of ontbinding is gerechtvaardigd, stelt de rechter niet ambtshalve een onderzoek in (HR 31-12-1993, NJ 1994, 317).

Artikel 266 behelst een beperking van de bevoegdheid tot ontbinding. Het eerste lid sluit aan bij artikel 54, onderdeel a; evenmin als een schuldenaar die zelf ten aanzien van een verbintenis op grond van artikel 58 of artikel 59 in verzuim is, de nakoming kan opschorten, kan hij op de tekortkoming ontbinding baseren - hij blijft tot nakoming van zijn verbintenis gehouden. Het tweede lid grijpt terug op artikel 64, dat de aansprakelijkheid van de schuldenaar tijdens schuldeisersverzuim verlicht: hij is slechts aansprakelijk in geval de onmogelijkheid van nakoming te wijten is aan gebrek aan zorg van hemzelf of zijn ondergeschikten. In datzelfde geval laat artikel 266, tweede lid, de ontbinding door de schuldeiser toe, daarbuiten blijft hij gebonden en is het risico voor zijn rekening.

Onder het huidige recht kan ontbinding door partijverklaring slechts geschieden als dat bedongen is; voortaan is zo'n

beding niet meer nodig - [artikel 267](#). Een, voorwaardelijke, ontbindingsverklaring kan, bij toepassing van artikel 265, tweede lid, worden gecombineerd met een ingebrekestelling waar die voor het intreden van verzuim is vereist (artikelen 81 e.v.).

Een rechterlijke uitspraak tot ontbinding is constitutief.

De regeling omtrent verjaring en verval van het recht op ontbinding in [artikel 268](#) vormt het equivalent van die van vernietiging van een rechtshandeling in de artikelen 3:52, tweede lid, jo 3:51, derde lid.

Omtrent de termijn van verjaring van de vordering tot ontbinding zie men artikel 3:311.

Wegens het ontbreken van terugwerkende kracht en zakelijke werking - [artikel 269](#) - kan een vóór de ontbinding geleverde zaak niet worden gerevindiceerd - vandaar artikel 271. Partijen kunnen wel terugwerkende kracht bedingen, maar alsdan kan slechts van de wederpartij zelf worden gerevindiceerd, niet van een derde-verkrijger. Zie voor de uitoefening van het reclamerecht bij koop die wel zakelijke werking heeft, de artikelen 7:39 e.v. De artikelen 273 en 274 verlenen voor de verbintenis tot ongedaanmaking enige terugwerkende kracht aan de ontbinding.

Een rechterlijke uitspraak tot ontbinding heeft in zoverre nog terugwerkende kracht dat zij zuivering, op grond van een aanbod gedaan tussen het instellen der vordering en de uitspraak, uitsluit.

Ondanks het ontbreken van een wettelijke regeling wordt de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding thans in de rechtspraak wel erkend. [Artikel 270](#) bevestigt dat met een wetbepaling. Gedeeltelijke ontbinding houdt in een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties. Zij kan verschillende vormen aannemen en wel naar hoeveelheid of prijs. Vermindering naar hoeveelheid geschiedt, indien de te leveren hoeveelheid zaken wordt verminderd, bijvoorbeeld beperkt tot de hoeveelheid die deugdelijk is geleverd, waartegenover de bedongen prijs in gelijke verhouding wordt beperkt. Vermindering naar prijs, indien de geleverde goederen, hoewel in kwaliteit minder dan bedongen, door de koper worden behouden tegen prijsreductie. De gedeeltelijke ontbinding kan naar het criterium van een tijdstip worden bepaald: bijvoorbeeld alleen voor het verleden of alleen voor de toekomst - men denke in het bijzonder aan duurovereenkomsten en afleveringscontracten.

#### Artikelen 271 tot en met 277

Uit het systeem van het wettelijk ontbindingsrecht volgens het ontwerp - geen terugwerkende kracht, geen zakelijke werking, geen "onverschuldigheid" van reeds gedane "betalingen" - volgt dat reeds vóór de ontbinding geleverde prestaties ongedaan behoren te worden gemaakt met een eigensortige vordering, die noch, als de revindicatie, zakenrechtelijk van aard is, noch een vorm van de vordering uit onverschuldigde betaling is. Wel is de vordering in de artikelen 272 tot en met 277 gemodelleerd naar analogie van de genoemde vorderingen, terwijl daarnaast ook aansluiting op het overige verbintenissenrecht, zoals afdeling 6.1.9, is gezocht.

De vordering heeft twee modaliteiten: de fysieke ongedaanmaking door teruggave van het gepresteerd (artikel 271) en de verbintenis tot waardevergoeding (artikel 272). Deze vorderingen ontstaan door en tegelijk met de ontbinding en van dat tijdstip af zijn dus in beginsel de algemene bepalingen omtrent verbintenissen, onder meer die omtrent nakoming en niet-nakoming, daarop van toepassing, in plaats van op de door de ontbinding getroffen verbintenissen. Wel kunnen restanten van deze eerste verbintenissen nog in stand blijven, zoals een boetebeding.

[Artikel 271](#) verplicht tot teruggave van de prestatie in de staat waarin zij is ontvangen. Is dat, buiten het geval van artikel 272, niet meer mogelijk, dan treden de gevolgen van afdeling 6.1.9 in, die afhankelijk zijn van de al dan niet toerekenbaarheid van de tekortkoming - zie echter artikel 273.

[Artikel 272](#) sluit aan bij artikel 210, tweede lid, voor de vordering uit onverschuldigde betaling - zie de toelichting bij dat artikel. De hoogte der vergoeding zal in het algemeen worden bepaald naar de waarde in het economisch verkeer - zie artikel 97 e.v. Het tweede lid vormt een uitzondering hierop.

De [artikelen 273 en 274](#) breiden enige rechtsgevolgen van verbintenissen uit over de periode waarover de verbintenis tot ongedaanmaking nog niet bestond. In zoverre heeft derhalve ook hier de ontbinding een zekere terugwerkende kracht. Bedoelde rechtsgevolgen zijn op grond van artikel 273 de zorgverplichting van artikel 27 en de beperkte vergoedingsverplichting van artikel 78. De eerste verplichting begint te lopen vanaf het tijdstip waarop de partij op wie de teruggaveverplichting gaat rusten, redelijkerwijs met de ontbinding rekening moest gaan houden, de tweede geldt ook reeds over de periode daarvóór.

Artikel 274 laat het verzuim in geval van ontvangst te kwader trouw van de prestatie ingaan op het tijdstip van die

ontvangst. Zie de artikelen 204 en 205 voor onverschuldigde betaling. Het praktisch belang schuilt vooral in de toepasselijkheid van artikel 84 (verzwaarde aansprakelijkheid) en artikel 85 (vertragingsschade).

Artikel 275 verklaart een vijftal artikelen uit titel 3.5 omtrent de verhouding tussen bezitter en rechthebbende inzake de afgifte van vruchten en de vergoeding van kosten en schade van overeenkomstige toepassing op de verhouding tussen de partijen bij een overeenkomst die ontbonden is. De bepaling is analoog aan artikel 206 voor de vordering uit onverschuldigde betaling, met dien verstande dat in artikel 275 ook artikel 3:122 in de reeks is opgenomen, anders dan in artikel 206, omdat bij de onverschuldigde betaling artikel 208 een eigen bepaling omtrent afstand en overdracht bevat. Zie overigens de toelichting bij artikel 206.

Artikel 276 heeft dezelfde inhoud als de artikelen 31 en 209; naar de toelichting op die artikelen zij verwezen.

In overeenstemming met het huidige recht kan in geval van wanprestatie naast ontbinding schadevergoeding worden gevorderd - artikel 277. Voor vergoeding komt in aanmerking niet alleen de schade die door de wanprestatie is geleden, doch ook die door de ontbinding ontstaat, omdat de overeenkomst - geheel of ten dele - van de baan is (het zgn. positief contractsbelang).

Ook in geval van overmacht kan, anders dan onder het geldende recht, er aanleiding zijn tot een recht op schadevergoeding, doch dan alleen binnen de grenzen van artikel 78.

Artikel 278, eerste lid, strekt tot het keren van misbruik van de ontbindingsbevoegdheid en wel in die gevallen waarin het aannemelijk is dat zij juist door de schuldeiser wordt gekozen om een ongerechtvaardigd voordeel in de wacht te slepen. Voorwaarde daarvoor is dat de overeenkomst reeds - geheel of ten dele - is uitgevoerd en dat de ontbinding verplicht tot restitutie, terwijl er na de levering der prestaties een verandering in de omstandigheden heeft plaatsgevonden die tot gevolg heeft dat de ontbindende partij er voordeel bij heeft dat de prestaties ongedaan worden gemaakt. Zo'n verandering kan bestaan in wijziging van de prijsverhouding tussen de prestaties, maar ook bijvoorbeeld doordat de ontbindende partij door overmacht wordt verhinderd de door haar ontvangen prestatie terug te geven. Voorwaarde voor de toepassing van artikel 278 is voorts dat de ontbindende partij een voor de wederpartij minder bezwarende weg had kunnen kiezen, bijvoorbeeld gedeeltelijke in plaats van algehele ontbinding, of prijsvermindering in plaats van teruggave, dan wel gewone aanvullende schadevergoeding. Het middel dat zich tegen dit misbruik richt, is afgifte van het voordeel voorzover het de oorspronkelijke waardeverhouding herstelt.

Het tweede lid breidt het rechtsgevolg van het eerste lid uit door de regeling ook analogisch van toepassing te verklaren op de ongedaanmaking krachtens andere handelingen dan ontbinding, zoals omzetting in vervangende schadevergoeding (artikel 87), vernietiging (artikel 3:49) in verband met afdeling 6.4.2 en uitoefening van het reclamerecht.

Het artikel zal, naar mag worden verwacht, mede preventieve werking hebben. Deze mogelijkheid van correctie ontbreekt in het huidige recht: zie HR 24-11-1995, NJ 1996, 160, in een Arubaanse zaak.

#### Artikel 279

Artikel 213, tweede lid, bepaalt dat de artikelen van de afdelingen 6.5.1 tot en met 6.5.4 (rechtstreeks) van toepassing zijn op zgn. meerpartijenovereenkomsten, voorzover niet hun strekking in verband met de aard van de betrokken overeenkomst zich daartegen verzet. Voor de onderhavige, vijfde, afdeling van titel 6.5. geeft artikel 279 een ietwat afwijkende constructie: de artikelen 261 tot en met 278 zijn op de meezijdige overeenkomst van overeenkomstige toepassing, voorzover de aard der overeenkomst zich daartegen niet verzet, terwijl in het tweede en het derde lid twee speciale bepalingen met betrekking tot ontbinding van een meerpartijenovereenkomst worden gegeven. Voorbeelden bieden HR 23-1-1998, NJ 1999, 97 en HR 14-1-2000, NJ 2000, 307.

Overeenkomsten tussen meer (dan twee) partijen kunnen verschillend van aard zijn: elke partij kan zich hetzij jegens alle andere, hetzij tegenover elk hunner afzonderlijk verbinden; elke partij verbindt zich tegenover een of enkelen der anderen (driepartijenruil bijvoorbeeld); een of meer partijen ontlenen aan de overeenkomst tussen twee anderen recht op een prestatie (met name het aanvaarde derdenbeding).

Het eerste lid heeft tot gevolg dat in het algemeen de bepalingen omtrent opschorting en ontbinding, al dan niet met aanvullende schadevergoeding, van afdeling 6.5.5 ook op de meerpartijenovereenkomst kunnen worden toegepast. Ontbinding echter geeft bijzondere problemen: ontbinding betekent niet slechts dat de ontbindende partij zich van haar verbintenissen bevrijdt, maar tevens dat een eind komt aan de verbintenissen tussen de anderen, tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit.

Het tweede lid bepaalt dat een partij die zelf verbintenissen op zich heeft genomen, dus bijvoorbeeld een partij bij een driepartijenruil of de promissor bij een derdenbeding, kan ontbinden als een of meer van de anderen tekortschieten in de nakoming van de daartegenover bedongen prestatie. Een derde die, zonder tot tegenprestatie te zijn verplicht, een te zijnen behoeve gemaakt beding heeft aanvaard, komt zo'n ontbinding dus niet toe - wel de stipulator jegens wie de promissor tekortschiet.

Het derde lid bepaalt dat indien een der partijen in de nakoming van haar verbintenis tekortschiet, in elk geval de anderen gezamenlijk kunnen ontbinden. Deze bepaling geldt derhalve wél ten behoeve van degene die het derdenbeding heeft aanvaard: hij kan tezamen met de stipulator ontbinden.