

Ex libris

D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, *Recht en Praktijk* nr. 176, Deventer: Kluwer 2009

Mw. mr. A.L.J.A. Schreuder*

Het recht op nakoming behoort tot de kern van het contractenrecht. Dit recht valt immers samen met een van de grondbeginselen van ons contractenrecht, de verbindende kracht van de overeenkomst, dat vaak met het adagium *pacta sunt servanda* wordt aangeduid. De nakomingsactie vormt, zoals in de meeste andere continentale rechtssystemen, de primaire remedie die de contractant ter beschikking staat indien de wederpartij haar contractverplichtingen schendt.

In dat licht verbaast het dan ook enigszins dat het recht op nakoming tot voor kort nooit zelfstandig onderwerp is geweest van een dissertatie. Met het proefschrift van D. Haas is hier verandering in gekomen.¹ Haas wijdt ruim driehonderd pagina's aan het onderwerp.

De centrale onderzoeksvraag die Haas hanteert luidt:

‘Waar liggen de grenzen van het recht op nakoming van de schuldeiser naar geldend Nederlands recht en welke aanbevelingen kunnen worden geformuleerd met het oog op het aanscherpen, verruimen dan wel verenigen van die grenzen?’

Haas stelt met recht in het inleidende hoofdstuk dat het onderzoek naar het recht op nakoming een onderzoek is naar het hart van het contractenrecht (p. 7).

In dit onderzoek heeft Haas zich laten sturen door een vijftal deelvragen. Door in te gaan op de positie van de verschillende actoren in het contractenrecht (i.e. de schuldeiser, de schuldenaar en de rechter) met betrekking tot het recht op nakoming en de plaats die het recht op

nakoming inneemt ten opzichte van de aan nakoming verwante rechtsfiguren, komt Haas tot een weergave van de grenzen van het recht op nakoming.

De opzet van het boek is de volgende. Na een rechtsvergelijkende rondgang in hoofdstuk 2 worden in de hoofdstukken 3 tot en met 8 achtereenvolgens de stelplichten van de schuldeiser die nakoming vordert onder de loep genomen, evenals de verweermiddelen van de schuldenaar, en tot slot de positie van de rechter, die verzocht wordt te oordelen over de vordering tot nakoming. In hoofdstuk 9 maakt Haas het beeld compleet door afsluitend kort aandacht te besteden aan de aan nakoming verwante rechtsfiguren. In hoofdstuk 10 geeft Haas een groot aantal aanbevelingen ter verduidelijking, verenging en uitbreiding van de grenzen van het recht op nakoming, waarbij hij onderscheid maakt tussen aanbevelingen voor de rechtspraktijk en aanbevelingen voor de wetgever.

Het proefschrift van Haas geeft een grondige analyse van het geldende recht met betrekking tot nakoming. Haas werkt op systematische wijze de rechtsregels uit en ontleeft schimmige leerstukken, zoals relatieve onmogelijkheid en tijdelijke mogelijkheid, verzuim en ingebrekestelling. Het onderzoek van Haas krijgt kleur doordat regelmatig de Nederlandse rechtsregels en doctrine worden gespiegeld aan die van buitenlandse rechtssystemen. Het zijn met name deze rechtsvergelijkende uitstapjes die dit proefschrift een extra dimensie geven. Het proefschrift draagt namelijk een sterk rechtstheoretisch karakter, wat zich deels ook laat verklaren uit de door Haas gekozen ‘klassiek juridische’ onderzoeksmethode. Het is echter jammer dat Haas minimale aandacht besteedt aan jurisprudentie en daarnaast ook zelf weinig praktijkvoorbeelden geeft. Dit maakt het boek wat taaie kost en wellicht

* Mw. mr. A.L.J.A. Schreuder is advocaat bij Baker & McKenzie te Amsterdam.

1. Dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam, 14 januari 2009, promotor prof. mr. R.P.J.L. Tjittes.

minder geschikt voor directe toepassing door de praktijkjurist, maar niet minder het lezen waard. Haas voert overigens zelf als reden aan dat er relatief weinig rechtspraak is op het gebied van nakoming. Dit neemt niet weg dat, ter verzachting van het dogmatische karakter, een wat uitvoeriger bespreking van de ter zake doende arresten² voor de lezer prettig zou zijn geweest en bovendien meer verdieping zou hebben geboden.

Hierna zal ik in vogelvlucht de naar mijn mening interessantste hoofdstukken van het boek bespreken en hierbij inzoomen op een aantal van de in het oog springende aanbevelingen die Haas doet.

In hoofdstuk 2 beantwoordt Haas de deelvraag naar de plaats van het recht op nakoming in het remediearsenaal van het Duitse, Engelse en Franse recht en de meest wenselijke plaats van het recht op nakoming in een mogelijke regel van Europees contractenrecht.

Vanzelfsprekend treedt het principiële verschil naar voren tussen de continentale rechtssystemen (Nederland, Duitsland en Frankrijk), waar nakoming de primaire remedie is bij contractbreuk, tegenover het besproken Anglo-Amerikaanse rechtssysteem (Engeland), waar schadevergoeding de primaire remedie is en nakoming (*specific performance*) slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk is. Haas laat niet na ook enkele belanghebbende auteurs aan te halen (onder wie Lando, een van de ontwerpers van de *Principles of European Contract Law*), die de tegenstelling hebben genuanceerd door erop te wijzen dat de algemene uitgangspunten die de Engelse rechters hanteren bij de uitoefening van hun discretionaire beoordelingsvrijheid bij de toewijzing van een vordering tot nakoming, heel wel ook in de continentale rechtssystemen toepassing vinden (p. 45). Aardig is verder dat Haas in dit hoofdstuk ook enige aandacht besteedt aan de plaats van het recht op nakoming in niet-westerse rechtssystemen (o.a. het islamitische recht en het Chinese recht, p. 34-38).

Haas probeert tot een gefundeerde keuze tussen de continentale en Engelse hoofdregel te komen voor een regel op het niveau van het Europees contractenrecht en onderzoekt in dit verband onder andere rechtseconomische argumenten. De klassieke rechtseconomische discussie over de vraag welk rechtsmiddel als primaire remedie tot de meest efficiënte uitkomsten leidt, nakoming of schadevergoeding, vormt dan ook geen verrassend uitstapje. Evenmin komt Haas tot een verrassende conclusie als hij verklaart geen antwoord te kunnen vinden op de vraag wat de *'better law'* is (p. 41). Rechtseconomen blijven verdeeld en ook kan niet gezegd worden welke rechtsregel rechtvaardiger is. Een keuze voor de ene of andere rechtsregel is te zeer verweven met juridische tradities en rechtspolitieke overwegingen. Desalniettemin acht Haas de *civil law*-benadering wenselijk voor een rechtsregel op Europees niveau, om de simpele reden dat deze binnen Europa

dominant is (p. 47). De keuze is daarmee wel erg zwak verantwoord. Immers, dominantie kan geen zelfstandige redenen vormen. Hooguit is hiermee gegeven dat er een groter draagvlak bestaat voor een rechtsregel die op de *civil law*-traditie is geënt.

Het is begrijpelijk dat Haas in het licht van het actuele denken in de juridische wereld over een regeling voor het contractenrecht op Europees niveau aandacht besteedt aan de keuze tussen een *civil law*- of *common law*-benadering. Ik meen echter dat de bespreking van deze keuze niet zomaar kan worden geïsoleerd van de principiële voorvraag naar de wenselijkheid van een Europees contractenrecht. Bovendien, bij evident gebrek aan duidelijke argumenten die pleiten voor de ene of andere benadering, levert het mijns inziens ook weinig toegevoegde waarde op.

Haas bepleit dat een expliciete wettelijke basis voor het vorderingsrecht tot nakoming vanuit systeemtechnisch oogpunt aanbevelenswaardig is en verwijst naar het Duitse en Franse burgerlijk wetboek waarin het materiële recht op nakoming wel is verankerd. Volgens Haas zou een dergelijke codificatie in Boek 6 BW de coherentie van het remedierecht vergroten, een terechte wettelijke basis bieden voor het belangrijke *pacta sunt servanda*-beginsel en aansluiten bij (de hiervoor genoemde) andere continentale rechtssystemen (p. 18-19). Haas vermeldt dat de Nederlandse wetgever het recht op nakoming als zo een essentieel, en kennelijk vanzelfsprekend, onderdeel van de overeenkomst beschouwde dat hij het overbodig achtte om het een wettelijke basis te geven. Ik zou met Haas menen dat het nu juist om deze principiële betekenis van het recht op nakoming in ons contractenrecht is, mede gelet op het grondbeginsel van de verbindende kracht van overeenkomsten, dat een wettelijke basis op haar plaats is. Het feit dat het gemis aan een wettelijke basis van het materiële recht op nakoming in het Burgerlijk Wetboek het functioneren van dit recht niet hindert, doet hieraan niet af.

In hoofdstuk 3 staat de positie van de schuldeiser centraal. Haas behandelt in dit verband de stelplichten van de schuldeiser en onderzoekt de juistheid van het imago van nakoming als een 'makkelijke remedie'. Haas concludeert dat de stelplichten van de schuldeiser die nakoming vordert inderdaad beperkt zijn nu hij slechts het bestaan van een overeenkomst en de daaruit voor de schuldenaar voortvloeiende verbintenis dient te stellen en bij tegenspraak te bewijzen (p. 51 e.v.). Haas noemt vervolgens twee redenen waarom het hieruit voortvloeiende risico dat schuldeisers te lichtvaardig het wapen van de nakomingsactie ter hand zullen nemen, gerelativeerd moet worden (p. 53). Een eerste reden is het risico dat de schuldeiser loopt om in de proceskosten te worden veroordeeld indien de schuldenaar zich ter zitting bereid verklaart de prestatie uit te voeren. Een tweede reden is volgens hem gelegen in de stelplicht ten aanzien van de opeisbaarheid van de verbintenis. Tot slot zal misbruik van het vorderingsrecht op artikel 3:13 BW afstuiten.

2. Ik doel hier met name op de arresten inzake de verzuimregels, zoals HR 6 juni 1997, LJN ZC2389 (Van Bommel/Ruijgrok), HR 27 november 1998, LJN ZC2790 (Van der Meer/Beter Wonen), HR 4 februari 2000, LJN AA4732 (Kinheim/Pelders), HR 11 januari 2002, LJN AD4925 (Schwarz/Gnjatovic), HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 596 (Endlich/Bouwmaschinen).

In de inleiding van het hoofdstuk kondigt Haas aan dat voor verschillende onderdelen van het tekortkomingsbegrip betoogd kan worden dat zij ook voor het recht op nakoming moeten gelden. Dit betoog is echter niet goed terug te vinden in de daaropvolgende paragrafen. De uiteindelijke conclusie van Haas is dat eigenlijk alleen het opeisbaarheidsvereiste ook op (de uitoefening van) het recht op nakoming van toepassing is. Dit lijkt mij overigens geheel juist. Immers, de vordering tot nakoming van een contractuele prestatie zal slechts voor toewijzing in aanmerking komen voor zover de litigieuze prestatie opeisbaar is.³

Hoofdstuk 6 vormt zonder meer een van de interessantste hoofdstukken. Haas neemt hier het onderwerp relatieve onmogelijkheid onder de loep bij zijn onderzoek naar de stellingen die de schuldenaar kan opvoeren om zich tegen een vordering tot nakoming te weren. Hiermee wordt voortgebouwd op de eerdere weren betreffende het persoonlijke karakter van de verbintenis en overmacht, die in respectievelijk hoofdstuk 4 en 5 centraal staan.

Haas zet de relatieve mogelijkheid als billijkheidscorrectie af tegen de andere twee beperkingsgronden die een nakomingsactie kunnen blokkeren, te weten de derogerende werking van artikel 6:248 lid 2 BW en de door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf in HR 5 januari 2001,⁴ inmiddels bekend als de zogenoemde 'Multi Vastgoedtoets' (p. 136 e.v.). Haas onderscheidt drie gemeenschappelijke kenmerken (p. 140). Een eerste overeenkomst is dat ze alle drie een uitwerking zijn van het beginsel van redelijkheid en billijkheid dat het contractenrecht beheerst. Daarnaast betreffen het open normen, die restrictief worden toegepast. Slechts in gevallen waarin sprake is van een zeer grote disbalans tussen de belangen van de schuldenaar en die van de schuldeiser, kunnen deze normen dan ook meebrengen dat het recht op nakoming afdwingbaarheid ontbeert.

Relatieve onmogelijkheid is alleen aan de orde voor zover komt vast te staan dat de schuldenaar onevenredig belastende offers moet brengen om na te komen, die alle omstandigheden in aanmerking nemende, in redelijkheid niet van hem gevegd kunnen worden. De 'onaanvaardbaarheidsmaatstaf' van artikel 6:248 lid 2 BW is zoals bekend een uiterst stringente maatstaf. Haas merkt de maatstaf die de Hoge Raad in het Multi Vastgoed-arrest aanlegt als de minst restrictieve aan, maar benadrukt hierbij wel dat de Hoge Raad nadrukkelijk de keuzevrijheid voor de nakomingsactie vooropstelt (p. 140). Naar zijn mening is nog een verschil tussen de 'Multi Vastgoedtoets' en de relatieve onmogelijkheid dat de belangenafweging die plaatsvindt bij toepassing van de eerste norm geschiedt in het licht van de aanwezigheid van een alternatief voor nakoming, terwijl bij de relatieve onmogelijkheid de belangenafweging algemener is (p. 140, nt. 16). Ik zou willen stellen dat bij de 'Multi Vastgoedtoets' de nadruk op het subsidiariteitsbeginsel leidend is, terwijl bij

de relatieve onmogelijkheid het proportionaliteitsbeginsel dominant is. Het zou mijns inziens tot meer diepgang hebben geleid als Haas in zijn bespreking de relativiteit tegenover de proportionaliteit zou hebben geplaatst.

Terecht stelt Haas dat de drie redelijkheidsnormen niet duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn en dat tot op heden ook onduidelijk is hoe de 'Multi Vastgoed-toets' en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zich tot de relatieve onmogelijkheid verhouden,⁵ terwijl ook vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de verhouding tussen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de 'Multi Vastgoed-toets' (p. 140-141). Parallel hieraan stelt Haas dat de scherpte van de contouren van een belangrijk leerstuk van het Nederlands contractenrecht wordt vertroebeld door de open normen die dit recht begrenzen (p. 141). De formuleringen van de omslagpunten die uit de wet en de jurisprudentie naar voren treden zijn tamelijk diffuus: 'nakoming brengt voor de schuldenaar offers mee die in redelijkheid niet van hem kunnen worden gevegd',⁶ 'nakoming is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' (art. 6:248 lid 2 BW) en 'bij de keuze voor nakoming heeft de schuldeiser onvoldoende rekening gehouden met de redelijke belangen van de wederpartij'⁷ (p. 142). Dit is problematisch vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, maar ik zou hieraan willen toevoegen dat dergelijke formuleringen c.q. formules wel erg aansluiten op onze rechtsdogmatiek en rechtsstelsel, die immers doordrenkt zijn van normen van redelijkheid en billijkheid.

Dit brengt mij bij een van de opvallendste aanbevelingen van Haas. Zijns inziens is in dit verband namelijk de introductie in het Burgerlijk Wetboek van een gefixeerd omslagpunt gewenst, waardoor voor de rechtszoekende duidelijk wordt wanneer het nadeel van nakoming voor de schuldenaar het nakomingsbelang van de schuldeiser overtreft (en waardoor de uitkomst van de belangenafweging beter voorspelbaar is). Haas pleit voor de introductie van de zogenoemde '130%-richtlijn' (p. 143 e.v.). Deze norm houdt in dat indien de kosten van nakoming meer dan 130% van het geobjectiveerde schuldeisersbelang⁸ bedragen, het belang van de schuldenaar om niet na te komen prevaleert boven het recht van de schuldeiser op nakoming. De gedachte van een procentueel omslagpunt is op zichzelf niet nieuw. Haas put met name inspiratie uit het Duitse recht en de Duitse doctrine en refereert onder andere aan een uitspraak van het Duitse *Bundesgerichtshof* inzake een vordering van schadevergoeding van de herstelkosten van een non-conforme zaak, waarin als

3. Het moment van opeisbaarheid zal meestal uit de overeenkomst zelf volgen en dient anders aan de hand van art. 6:38-6:40 BW te worden vastgesteld.

4. NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

5. Haas verwijst hier naar T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Garantie, nakoming en schadevergoeding*, WPNR 6577, 2004, p. 363-368.

6. HR 21 mei 1976, LJN AC5738 (Oosterhuis/Unigro).

7. Afgeleide van de formulering van de Hoge Raad in HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

8. De wijze waarop dit belang dient te worden bepaald ligt Haas nader toe in paragraaf 6.3.2. De vaststelling van dit belang, wederom ontleend aan de Duitse doctrine, is een uiterst lastige. Het belang van de schuldeiser op nakoming dient allereerst geabstraheerd te worden van immateriële belangen en vervolgens gesteld te worden op de waarde in geld uitgedrukt die de schuldeiser aan de prestatie hecht aan de hand van objectieve, voor derden kenbare indicatoren (zoals de waarde van de tegenprestatie en de kosten die de schuldeiser door nakoming uitpaart).

richtlijn wordt gegeven dat de schuldeiser recht heeft op vergoeding van de herstelkosten indien deze lager zijn dan 130% van de vervangingswaarde.⁹

Haas draagt een aantal argumenten aan (p. 162-164) ter onderbouwing van de 130%-richtlijn die ik hier kort samenvat. Allereerst voert Haas aan dat het percentage niet uit de lucht is gegrepen, maar is ingegeven door het *pacta sunt servanda*-beginsel. Een dergelijke bevrijdingsgrens staat hier dan ook naar zijn mening niet haaks op. Haas benadrukt dat slechts het primaat van nakoming uit het *pacta sunt servanda*-beginsel volgt, maar dat het beginsel geenszins voorschrijft dat een schuldenaar pas is ontslagen van zijn nakomingsverplichting als er sprake is van een grove wanverhouding tussen het schuldeisersbelang en het schuldenaarsbelang. Volgens Haas verankert de 130%-grens het primaat van nakoming zonder dat een extreme wanverhouding moet worden aangenomen (zoals naar geldend recht doorgaans het geval zal zijn). Tegen de kritiek dat de betrokken belangen niet kunnen worden gereduceerd tot een getal brengt Haas in dat de 130%-richtlijn als bewijsvermoeden zou moeten worden gehanteerd, dat niet in de plaats treedt van een belangenafweging. Bovendien stelt hij voor dat het percentage van 130% vatbaar is voor bijstelling naar beneden of boven, indien de relevante omstandigheden en belangen van crediteur of debiteur hiertoe nopen in het licht van de redelijkheid en billijkheid. Verder stelt Haas dat een dergelijk percentage omslagpunt niet nieuw is in het Nederlandse privaatrecht en noemt de in het verkeersaansprakelijkheidsrecht gehanteerde 50%-regel en 100%-regel.

In zijn betoog probeert Haas de kritiek op het door hem voorgestane omslagpunt te ontzenuwen. Dit is gezien de aard van de kritiek een lastige opgave. Zo blijft de kritiek dat een percentage arbitrair is en een in procenten uitgedrukt omslagpunt ongeschikt is om aansluiting te vinden bij de concrete betrokken belangen en omstandigheden van het geval wat mij betreft onaangestaan. Een cijfermatige benadering acht ik per definitie niet geschikt daar waar de redelijkheid en billijkheid bij uitstek leidend zijn. Ook blijft het percentage van 130% arbitrair voorkomen. Anders dan Haas meen ik dat de codificatie van een bepaald omslagpunt, hoe zeer ook wenselijk omwille van de rechtszekerheid, indruist tegen het wezen van het contractenrecht, dat immers de verbindende kracht van de overeenkomst voorop stelt, en de uitzonderingen hierop – waarbij een partij ontslagen wordt van haar verplichting tot nakoming – beperkt behoren te blijven tot zeer uitzonderlijke gevallen gedictieerd door de redelijkheid en billijkheid. Bovendien lijkt een reëel gevaar dat, hoe mooi ook in theorie, de '130%-regel' door zijn lastige toepassing tot gekunstelde resultaten zou leiden en het beoogde effect – versterkte rechtszekerheid – uiteindelijk illusoir zou worden.

Tot slot wil ik nog enige aandacht wijden aan hoofdstuk 7, het laatste hoofdstuk waarin Haas de stellingen van de schuldenaar onderzoekt waarmee deze zich tegen een vor-

dering tot nakoming kan verweren. Haas geeft hier een analyse van de begrippen gedeeltelijke onmogelijkheid en tijdelijke en blijvende onmogelijkheid en ontleedt daarbij het weerbarstige stelsel van verzuim en ingebrekestelling. Dit stelsel wordt in het algemeen vanwege zijn complexiteit en ambiguïteit in de literatuur bekritiseerd¹⁰ en ook uit de rechtspraak volgt dat men niet makkelijk met dit systeem uit de voeten kan.¹¹

Bij de bespreking van de gedeeltelijke onmogelijkheid richt Haas zich met name op het 'schemergebied' tussen gedeeltelijke en gehele onmogelijkheid, de zogenoemde quasi-gehele onmogelijkheid. Haas stelt dat het voor de hand ligt om in die gevallen het subjectieve belang van de schuldeiser tot uitgangspunt te nemen, omdat de schuldeiser geen gedeeltelijke prestatie mag worden opgedrongen indien hij zich had ingesteld op het ontvangen van een volledige prestatie. Haas spiegelt dit uitgangspunt aan het Duitse recht, waarin de tendens (alleen in de literatuur, zo begrijp ik) zichtbaar is naar een objectivering van het oordeel over de rechtsgevolgen van gedeeltelijke onmogelijkheid (p. 210). Uiteindelijk staat ook Haas een dergelijke objectievere benadering voor, met als ratio voorkoming van een te snelle gelijkstelling met volledige onmogelijkheid (p. 211). Bij de bespreking van de tijdelijke onmogelijkheid stelt Haas het gemengde karakter van deze notie vast: enerzijds vertoont zij overeenkomsten met de vertraging in de nakoming, anderzijds vertoont zij overeenkomsten met de blijvende onmogelijkheid, gezien het feit dat nakoming geblokkeerd is (p. 213 e.v.). Vervolgens stelt Haas dat de Nederlandse wetgever bij de indeling van de tijdelijke onmogelijkheid een compromis heeft gekozen. Immers, bij schadevergoeding wordt in geval van tijdelijke onmogelijkheid de weg van de verzuimregeling gevolgd door een schriftelijke aansprakelijkstelling, terwijl bij ontbinding tijdelijke onmogelijkheid gelijkgesteld wordt met de volledige onmogelijkheid en het verzuimvereiste dus niet geldt. Haas concludeert dat de reden voor deze wetstechnische inconsistentie gezocht moet worden in het verzuimbegrip zelf, dat een toerekeningselement in zich draagt. Juist deze verwevenheid van toerekening en verzuim merkt Haas aan als een

10. In het bijzonder Streefkerk heeft uitgebreid kritiek geuit op de bestaande regels en stelt een alternatieve regeling voor. Zie C.A. Streefkerk, Ingebrekestelling en verzuim bij wanprestatie, NTBR 2004, 2, p. 2-32. Deze vereenvoudigde regeling steunt in essentie op twee principiële wijzigingen. Ten eerste zou Streefkerk het begrip blijvende onmogelijkheid een marginale rol willen toekennen en de gehele verzuimregeling slechts van toepassing verklaren voor zover de schade het gevolg is van het uitblijven van nakoming. Hiermee zou de verzuimvereiste slechts gelden voor schade die het gevolg is van (te) late levering. Schadeplichtigheid voor schade die het gevolg is van de (kwalitatieve) ondeugdelijkheid van een levering treedt in het door Streefkerk bepleite stelsel altijd meteen in.

Zie ook M.A.J.G. Janssen en M.M. Van Rossum, Verzuim en ingebrekestelling bij schadevergoeding en ontbinding, NTBR 2004, p. 62-72 en het fraaie artikel van V. van den Brink, MvV 2005, p. 182-203. Tot slot verwijst ik naar de bijdrage van De Jong in dit blad, G.T. de Jong, De eis van ingebrekestelling: recente ontwikkelingen, Contracteren 2005/1, p. 2-3.

11. Een mooi voorbeeld vormt de recente uitspraak van de Hoge Raad van 27 juni 2008 (C06/292HR Mol/Moerings). Zie uitgebreid T.H.M. van Wechem, Over verzuim en Sinterklazerij, Contracteren 2009/1, p. 9-13 en van dezelfde auteur en C.E. Drion: Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2009, nr. 14, p. 843 e.v.

onnodig complicerend aspect van de verzuimregeling (p. 220).

Met betrekking tot de blijvende onmogelijkheid bekritiseert Haas de vanzelfsprekendheid waarmee wordt aangenomen dat van rechtswege een recht op vervangende schadevergoeding ontstaat. Haas verzandt hier enigszins in een theoretische discussie, waarbij de kerngedachte is dat blijvende onmogelijkheid slechts tot verval van de rechtsvordering tot nakoming leidt, maar niet tot het tenietgaan van de primaire verbintenis. Op die grond acht Haas de omzetting van rechtswege in een vervangende schadevergoeding 'een overbodige fictie' (p. 216). De schuldeiser die een vervangende schadevergoeding wenst, zou de keuze voor omzetting veeleer bij dagvaarding dienen uit te oefenen. Ik meen dat op dit punt aan de praktische implicaties wordt voorbijgegaan.

Ook ten aanzien van de schadecategorieën neemt Haas een aantal interessante standpunten in, waarvan ik er hier twee noem. Haas acht het zinvol dat als nakoming tijdelijk onmogelijk is, voor het ontstaan van een recht op vervangende schadevergoeding het verzuim in beginsel door een ingebrekestelling met aanmaning in plaats van de toepasselijke 'afgeslankte' ingebrekestelling intreedt (p. 224 e.v.). Als niet bekend is wanneer de verhinderende eindigt, kan het fixeren van een uiterlijke nakomingstermijn (voor zover niet reeds in de overeenkomst zelf bepaald) naar zijn idee duidelijkheid bieden. Enerzijds klinkt hierin bijna een *contradictio in terminis* door. In de praktijk zullen partijen nu juist verdeeld blijven over de duur van een geschikte nakomingstermijn. Anderzijds is de gedachte hierbij dat het geïndiceerd kan zijn om de schuldenaar ook in geval van tijdelijke onmogelijkheid een termijn te gunnen alvorens schadeplichtigheid intreedt (p. 227 e.v.), alleszins aanvaardbaar. De uitzonderingen op de normale ingebrekestelling (met aanmaning) dienen volgens Haas beperkt te blijven tot die gevallen waarin op voorhand duidelijk is dat een aanmaning zinloos is. Haas laat niet na ook uitvoerig de vertragungsschade onder de loep te nemen vanuit het kader van de tijdelijke en blijvende onmogelijkheid (p. 227 e.v.). De stelling is hier dat vertragungsschade ook bij blijvende onmogelijkheid vergoedbaar moet zijn, waarbij een loskoppeling van verzuim en vertragungsschade gewenst is, zodat aan de barrière van het verzuimvereiste ontkomen wordt. Haas lijkt hier de benadering van Hartkamp en Sieburgh¹² te onderschrijven, volgens welke bij blijvende onmogelijkheid (bepaalde) vertragungsschade automatisch wordt geconverteerd in gevolgschade en daardoor wel voor vergoeding in aanmerking komt (p. 230). Dit terwijl de wet expliciet bepaalt dat vertragungsschade slechts verschuldigd is over de periode van verzuim (art. 6:85 BW).

Afrondend besteedt Haas nog specifiek aandacht aan de kwalificatie van blijvende onmogelijkheid bij duurovereenkomsten (p. 233 e.v.).¹³

Wat ik mis in het onderzoek van Haas aangaande gedeeltelijke, tijdelijke en blijvende onmogelijkheid en verzuim

is aandacht voor de rol van het beginsel van proportionaliteit¹⁴ en reflecties over de zogenoemde proportionele redelijkheid en billijkheid.¹⁵ Hiermee had Haas nu juist aansluiting kunnen zoeken bij belangwekkende, actuele ontwikkelingen in ons contractenrecht.

Vooropgesteld dat een groot aantal van de onderwerpen die Haas aanroert in zijn uitgebreide werk hier (noodzakelijkerwijs) onbesproken blijft, kom ik tot een afronding. Het boek van Haas is prettig geschreven en gedegen. De grenzen van het recht op nakoming in samenhang met hieraan gerelateerde problematiek, worden hierin helder in kaart gebracht. Toch leent dit boek zich minder voor directe toepassing door de praktijkjurist. Dat neemt echter niet weg dat de procesadvocaat hieruit inspiratie voor de te hanteren '*line of defense*' kan putten, mede gelet op de opzet van dit boek. Voorts vormen de inzichten van Haas zonder meer een belangrijke bijdrage aan het debat over complexe onderwerpen als relatieve nakoming en de verzuimregeling en ze bieden waardevolle referentiepunten voor reflectie in theorie en praktijk. ■

12. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* (2008), nr. 401.

13. In dat kader is het arrest Van Bommel/Ruijgrok de 'leading case', HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128, (Van Bommel/Ruijgrok) m.nt. PAS.

14. Zie hierover M.M. Stolp, Ontbinding, schadevergoeding en nakoming: de remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, Serie Recht en Praktijk nr. 51, Deventer: Kluwer 2007, p. 201 e.v.

15. Verwezen zij naar I. Giesen en T.F.E. Tjong Tjin Tai, Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht, Preadvies 2008 voor de Vereniging van Burgerlijk Recht, Deventer, Kluwer: 2008.