

'Termination for breach' en ontbinding

De valkuilen van het gebruik van Anglo-Amerikaanse
modelcontracten



Naam: Tom de Groot
ANR: 452916
Instituut: Tilburg University
Faculteit: Rechtswetenschappen
Opleiding: Nederlands Recht, accent privaatrecht
Graad: Master
Naam begeleidsters: Sanne Boesten en Machteld de Hoon
Tweede lezer:
Datum: 26 oktober 2014

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	1
2.	Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules in de Nederlandse rechtspraak	3
2.1	Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules in modelcontracten	3
2.2	Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules in de rechtspraak	6
2.3	Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules in de literatuur	7
3.	Rechtsvergelijking tussen ontbinding in Nederland en Engeland	9
3.1	Ontbinding in Nederland	9
	3.1.1 Vereisten voor ontbinding	9
	3.1.2 De tenzij uitzondering	10
	3.1.3 De verhouding tussen ontbinding en andere remedies	11
3.2	Ontbinding in Engeland	12
	3.2.1 De vereisten voor 'Termination for breach'	13
	3.2.2 'Conditions', 'warranties' en 'intermediate terms'	14
	3.2.3 Kwalificatie van bepalingen	17
	3.2.4 'Fundamental breach'	20
	3.2.5 'Fundamental breach' versus 'material breach'	21
	3.2.6 De verhouding tussen 'termination for breach' en andere 'remedies'	22
3.3	Algemene verschillen tussen 'common law' en 'civil law'	23
3.4	Ontbinding v 'termination for breach'	25
	3.4.1 Verschil 1: geen onderscheid versus 'conditions', 'warranties' en 'intermediate terms'	25
	3.4.2 Verschil 2: de verhouding tussen ontbinding en andere remedies	26
	3.4.3 Verschil 3: tenzij uitzondering versus 'fundamental breach' hoofdregel	27
	3.4.4 Verschil 4: rechtsonzekerheid versus rechtszekerheid	28
	3.4.5 Verschil 5: wijze van toetsing van de ernst van de tekortkoming in de nakoming	28
	3.4.6 Verschil 6: redelijkheid en billijkheid versus 'good faith'	29
	3.4.7 Verschil 7: algemene versus gedeeltelijke verbintenis tot ongedaanmaking	30

4.	Valkuilen van het gebruik van Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules	31
4.1	Uitleg van Anglo-Amerikaanse clausules naar Nederlands recht	31
4.2	Valkuilen van Anglo-Amerikaanse bepalingen	32
	4.2.1 <i>'It shall be condition that' clausules</i>	32
	4.2.2 <i>'Time is of the essence' clausules</i>	33
	4.2.3 <i>'Warranty' clausules</i>	34
	4.2.4 <i>'Material breach' clausules</i>	35
4.3	Valkuilen van ontbrekende bepalingen in Anglo-Amerikaanse contractmodellen	36
	4.3.1 <i>Uitsluiting ontbinding</i>	36
	4.3.2 <i>Uitsluiting nakoming</i>	37
4.4	Het omzeilen van de valkuilen	37
5.	Conclusie	39
	Literatuurlijst	i
	Literatuur	i
	Jurisprudentie	iv
	Internetpagina's	v

Hoofdstuk 1 Inleiding

De aanleiding voor dit onderzoek is het op 5 april 2013 gewezen *Lundiform/Mexx* arrest.¹ In dit arrest heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de betekenis van een ‘entire agreement clause’ (EAC). Naar Nederlands recht heeft deze bepaling niet zonder meer de bijzondere betekenis en functie als naar Anglo-Amerikaans recht. De clause kan een relevante omstandigheid zijn bij de uitleg van de overeenkomst waarin deze is opgenomen. Welke betekenis aan een dergelijke clause toekomt, hangt af van de volgende omstandigheden van het geval: de bewoordingen van de clause, de aard, inhoud, strekking en mate van gedetailleerdheid van de overeenkomst en de wijze waarop de clause tijdens onderhandelingen ter sprake is gekomen en onderdeel van de overeenkomst is geworden (zie rov. 3.5.3).

Voornoemd arrest heeft mijn nieuwsgierigheid gewekt naar de valkuilen van het gebruik van Anglo-Amerikaanse clauses in Nederlandse contracten. Internationale handelspartijen maken regelmatig gebruik van Engelstalige modelcontracten.² Eén verklaring hiervoor is dat de Engelse taal veel wordt gebruikt bij internationale handel. Nog een verklaring is dat het advocatenkantoor of een partij Anglo-Amerikaanse wortels heeft. Bovendien bestaat er onder juristen een zekere copy-paste mentaliteit. ‘Beter goed gejat dan slecht bedacht’ is een kreet die ik persoonlijk regelmatig door juristen heb horen zeggen. Er is volgens Drion zelfs sprake van een traditionele intellectuele luiheid bij het opstellen van contracten.³ Als gevolg hiervan worden juristen in de Nederlandse rechtspraak dikwijls geconfronteerd met Anglo-Amerikaanse contractbepalingen. Onderzoek naar de valkuilen van het gebruik van deze bepalingen in de Nederlandse rechtspraak is daarom van praktisch belang voor juristen. Ook wetenschappelijk gezien is dit onderzoek van belang, omdat de uitkomst inzicht geeft in de verschillen tussen het Nederlandse en Anglo-Amerikaanse recht.

In het arrest *Lundiform/Mexx* spreekt de Hoge Raad over Anglo-Amerikaans recht. In de literatuur wordt deze term ook veel gebruikt.⁴ In feite bestaat er niet zoiets als één Anglo-Amerikaans rechtstelsel. Anglo-Amerikaans recht is een omschrijving van de rechtstelsels die afstammen van het Engelse recht. Tot het Anglo-Amerikaanse recht behoren de rechtstelsels van de volgende landen: Engeland, de V.S., Ierland, Australië, Nieuw-Zeeland en Canada.⁵ Gezien deze verspreiding over meerdere landen, is de exacte origine van Anglo-Amerikaanse clauses soms moeilijk te achterhalen. Op een modelcontract staat doorgaans immers niet ‘made in Engeland’. Het Engelse recht is echter

¹ HR 5 april 2013, *NJ* 2013, 214 (*Lundiform/Mexx*).

² Tjittes 2008, p.41.

³ Drion 2011, p. 1.

⁴ Zie onder andere Drion 2010, Tjittes 2008 en Uniken Venema 1971, p. 2.

⁵ Uniken Venema 1971, p. XVII.

wel de bakermat van het Anglo-Amerikaanse rechtssysteem.⁶ De focus van dit onderzoek ligt daarom bij rechtsvergelijking van het Nederlandse met het Engelse recht. Daar waar het relevant is, zal ik een uitstapje maken naar andere rechtssystemen, zoals het Amerikaanse recht. Ook zal ik het Draft Common Frame of Reference (hierna: DCFR) gebruiken ter reflectie. Aangezien het DCFR kan worden gezien als een soort gemene deler van het vermogensrecht van de verschillende Europese rechtssystemen, welke tot stand is gekomen door rechtswetenschappers uit verschillende Europese landen, is het interessant om te kijken in hoeverre ontbinding in het Nederlandse en Anglo-Amerikaanse recht hiervan afwijkt.⁷

Aangezien er teveel verschillende clausules en rechtsgebieden zijn om deze allemaal te behandelen, heb ik gekozen voor een specifiek soort clausules: de ontbindingsclausules. De reden dat ik specifiek heb gekozen voor ontbinding is erin gelegen dat ontbinding in Engeland anders is geregeld dan in Nederland. In Engeland wordt traditioneel een onderscheid gemaakt tussen 'conditions' en 'warranties'.⁸ Een dergelijk onderscheid is in Nederland vreemd.⁹ Daarnaast kent het Engelse recht het, voor Nederlandse begrippen vreemde, 'fundamental breach' criterium.¹⁰ Gegeven deze verschillen, ben ik nieuwsgierig naar de valkuilen bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules. Aangezien deze bepalingen vrijwel uitsluitend gebruikt worden door commerciële partijen, zal ik mij beperken tot commerciële contracten.

De centrale vraag van mijn onderzoek luidt:

Wat zijn, gegeven de verschillen tussen het Nederlandse en Anglo-Amerikaanse recht, de valkuilen van het gebruik van Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules?

Om deze vraag te beantwoorden, verken ik eerst welke Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules in de Nederlandse rechtspraktijk worden gebruikt (zie hoofdstuk 2). Vervolgens bespreek ik de verschillen tussen ontbinding in Nederland en Engeland (zie hoofdstuk 3). Daarna bespreek ik de valkuilen bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules (zie hoofdstuk 4). Tot slot eindig ik met een conclusie (zie hoofdstuk 5).

De methoden die ik gebruik in dit onderzoek zijn literatuuronderzoek en rechtsvergelijking. Voor de rechtsvergelijking met Engeland zal ik regelmatig verwijzen naar het handboek van Ewan McKendrick.¹¹

⁶ Uniken Venema 1971, p. XVIII.

⁷ Van Gulijk 2009, p. 374.

⁸ McKendrick 2012, p. 758.

⁹ Uniken Venema, p. 154.

¹⁰ McKendrick 2012, p. 779.

¹¹ McKendrick 2012.

Hoofdstuk 2 Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules in de Nederlandse rechtspraak

In dit hoofdstuk verken ik de in de Nederlandse rechtspraak gebruikte ontbindingsclausules van Anglo-Amerikaanse origine. Om een idee te krijgen van de clausules die in Nederland worden gebruikt, onderzoek ik enkele modelcontracten, rechtspraak en literatuur.

§ 2.1 Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules in modelcontracten

Op internet zijn diverse Engelstalige modelcontracten te vinden. De meesten hiervan zijn afkomstig van buitenlandse websites. Om er zeker van te zijn dat deze modelcontracten ook daadwerkelijk in Nederland worden gebruikt, heb ik gezocht naar modelcontracten van Nederlandse makelaardij. Voormalig advocaat (bij het van oorsprong Engelse advocatenkantoor Allen & Overy) en auteur Willem Wiggers heeft via zijn bedrijf Weagree B.V. gratis enkele Engelstalige modelcontracten beschikbaar gesteld.¹² Deze modellen zijn bedoeld voor de internationale handelspraktijk. De meest in het oog springende bepaling die ik heb gevonden, is de ‘material breach’ clause. Deze bepaling maakt onderdeel uit van de ‘model (commercial) agency agreement’ en is ook in de andere modellen van Wiggers terug te vinden. Deze bepaling luidt als volgt:

“Material breach. A Party may terminate this Agreement at any time for a material or persistent breach by the other Party. Where such breach is capable of being remedied, a Party may only terminate if the breaching Party has not remedied such breach within [90 days] after giving a written notice of such breach.”

Op grond van deze bepaling mag een partij de overeenkomst beëindigen wanneer sprake is van een ‘material or persistent breach’. De vraag is wanneer er sprake is van een ‘material breach’. Deze term komt binnen het Nederlandse rechtstelsel niet voor. Letterlijk vertaald betekent de term ‘material’ onder meer ‘significant or relevant’.¹³ Aangezien de bepaling in het Nederlandse recht niet voorkomt, is het vermoedelijk overgewaaid uit Engeland of de V.S.

In de V.S heeft de term ‘material breach’ wel een vaste juridische betekenis. Artikel 241 van de Restatement (Second) of Contracts 1981 noemt de omstandigheden die van belang zijn om te bepalen of een tekortkoming ‘material’ is of niet: “Whether the innocent party has received, or can

¹² www.weagree.com

¹³ www.oxforddictionaries.com

still receive, essentially what was promised, whether in such circumstances damages would be an adequate remedy, and whether and to what extent the behaviour of the party in breach is consistent with 'standards of good faith and fair dealing'."

In Engeland wordt soms de term 'serious breach' gebruikt. Dit blijkt uit een bepaling uit een Engels modelcontract van de University of Cambridge:

"11 Termination

11.1 (...) the University shall be entitled to terminate this Agreement with immediate effect and without any compensation or damages due to the Contractor, but without prejudice to any other rights or remedies the University may have, if the Contractor:

11.1.1 commits a serious breach of the terms of this Agreement which the Contractor fails to remedy within 14 days of receipt of written notice from the University specifying the breach and requesting specific remedy;"¹⁴

In plaats van 'material breach' wordt hier dus gesproken van 'serious breach'. Een soortgelijke bepaling is terug te vinden in een model franchise overeenkomst:

"14. Termination

(1) The Franchisor may terminate this Agreement forthwith by notice in writing to the Franchisee:

(a) If the Franchisee shall have committed any material breach of his obligations hereunder or shall have failed to remedy any remediable breach within a period of twenty-eight days of the receipt of a notice in writing of the Franchisor requiring him to do so",¹⁵

De term 'material breach' lijkt op het eerste gezicht op de term 'fundamental breach', afkomstig van het Engelse 'fundamental breach' criterium. Dit criterium houdt kort gezegd in dat de omstandigheden van het geval bepalen of een tekortkoming in de nakoming ernstig genoeg is om ontbinding te rechtvaardigen.¹⁶ Echter, door het opnemen van een 'termination clause' met de termen 'material', 'substantial' of 'serious' proberen partijen juist af te wijken van de mogelijkheden die partijen hebben om te ontbinden op grond van de 'common law'.¹⁷ Anders zou het ook geen zin

¹⁴ www.camgrad.cam.ac.uk

¹⁵ Dit contractmodel is verstrekt door M.W. de Hoon tijdens een college van het vak Designing and Managing Contracts aan Tilburg University.

¹⁶ Mckendrick 2012, p. 779.

¹⁷ Mckendrick 2012, p. 792-793.

hebben om deze bepalingen op te nemen in het contract. Het recht om te ontbinden op grond van een 'fundamental breach' bestaat dan immers al op grond van de 'common law' (zie ook § 3.2.5).

Een variant op de hierboven genoemde bepaling is te vinden in de 'model trademark license agreement' van Wiggers:

"Termination grounds. A Party shall be entitled to terminate this Agreement by giving written notice to the other if:

(a) the other Party breaches any material obligation and such breach has not been remedied within [specify: 30 days] after receipt of a written notice indicating the breach and the possibility of termination;"¹⁸

Op grond van deze bepaling mag de overeenkomst worden beëindigd bij een tekortkoming in de nakoming van een 'material obligation'. Het woord 'material' slaat hier niet op de tekortkoming in de nakoming zelf maar op de verbintenis die niet wordt nagekomen. Het woord 'material' kan worden vertaald als 'materieel', 'significant' of 'relevant'. Naar Nederlands recht is het vreemd om een onderscheid te maken tussen wezenlijke en niet wezenlijke bepalingen van overeenkomsten.¹⁹ Naar Engels recht wordt dit onderscheid wel gemaakt.²⁰ Het vermoeden bestaat daarom dat ook deze bepaling van Anglo-Amerikaanse oorsprong is.

Andere voor Nederlandse begrippen vreemde bepalingen zijn de diverse 'warranties' in de modelcontracten. Een voorbeeld hiervan staat in de model service agreement:

"Warranty. Service Provider warrants that, on the date of delivery of the Milestones or Work, and for a period of at least [30 days] after each such delivery, the Milestones or Work shall:

(b) conform to the Specifications as of such date; and

(c) be provided in a professional and workmanlike manner.

The warranties shall extend to Customer and not to Customer's customers, agents or representatives."

²¹

Een ander voorbeeld uit dezelfde modelovereenkomst luidt als volgt:

¹⁸ www.weagree.com

¹⁹ Uniken Venema 1971, p. 154.

²⁰ McKendrick 2012, p. 758.

²¹ www.weagree.com

“No infringement. Customer warrants that any Customer material and its use by Service Provider in relation to Service Provider performing its obligations under his Agreement shall not infringe the Intellectual Property Rights of any third party. Customer shall indemnify Service Provider against any losses, damages and expenses arising from any such infringement.”

De vraag is wat precies wordt bedoeld met ‘warrants that’ en wat hiervan de rechtsgevolgen zijn. Naar Engels recht wordt de term ‘warranty’ van oudsher gebruikt om een onderscheid te maken tussen belangrijke en minder belangrijke bepalingen.²² In de V.S. maakt men dit onderscheid niet.²³ Een ‘warranty’ heeft naar Amerikaans recht een vergelijkbare betekenis met de Nederlandse term ‘garantie’.²⁴

§ 2.2 Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules in de rechtspraak

Als gevolg van het gebruik van Anglo-Amerikaanse modelcontracten, worden Nederlandse rechters dikwijls geconfronteerd met voornoemde Anglo-Amerikaanse begrippen. Recentelijk kreeg de Rechtbank Oost-Brabant²⁵ een geschil onder ogen waarin zowel de term ‘warranties’ als ‘material obligations’ aan de orde waren. In dit geschil ging het onder meer over de vraag of ontbinding was toegestaan op grond van de volgende bepaling:

“Artikel 13 Termination

13.1 Termination for cause. (...) either Party has the right to terminate this Agreement (...) if:

a) the Defaulting Party is in breach or default of any of its material obligations under this Agreement (...)

d) Any representations or warranty contained herein shall be false or misleading in any material respect as of the date made or deemed to have been made.”

De term ‘material obligations’ kwam eveneens aan de orde tijdens een geschil bij de Rechtbank Amsterdam.²⁶

Het Hof in Leeuwarden²⁷ werd geconfronteerd met een bepaling over ‘material breach’:

²² McKendrick 2012, p. 758.

²³ Uniken Venema 1971, p. 155.

²⁴ Tjittes 2008, p. 41.

²⁵ Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 27 november 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:6627*.

²⁶ Rb. Amsterdam (KG) 24 december 2008, *ECLI:NL:RBAMS:2008:BH6227*.

²⁷ Hof Leeuwarden 29 mei 2012, *ECLI:NL:GHLEE:2012:BX0321*.

“Material Breach” shall mean (a) a violation or non-performance by a Party of a Material term, condition, covenant or warranty herein, or (...)

“Material” with respect to a particular matter (e.g. a Material Breach), shall mean that the matter is shown to effect adversely (a) the rights and benefits of the other Party under this Agreement; or (b) the ability of the other party to perform its obligations hereunder; and in either case, to such a degree that a reasonable person in the management of his or her own affairs would be more likely than not to decline to enter into this Agreement in view of the matter in question. (...)”

In de overeenkomst stond tevens dat ontbinding was toegestaan bij een ‘material breach’. Volgens de definitiebepaling duidt het woord ‘material’ op een tekortkoming in de nakoming die tot gevolg heeft dat een redelijk persoon bij wetenschap hiervan de overeenkomst niet zou zijn aangegaan. Het gaat in dit geval dus om de ernst van de tekortkoming in de nakoming.

De term ‘material breach’ was eveneens aan de orde in een geschil bij de Rechtbank Almelo.²⁸ Op grond van het contract kon de overeenkomst worden beëindigd bij een ‘material breach’. De rechtbank overwoog dat er sprake was van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een essentieel deel van de overeenkomst (rov. 3.6). Kennelijk achtte de rechtbank het van belang dat een essentiële bepaling van de overeenkomst was geschonden.

Het Hof in Amsterdam²⁹ werd geconfronteerd met een variant van de term ‘material’ in een zogenaamde ‘bad leaver’ bepaling. Deze bepaling was onderdeel van een aandelentransactieovereenkomst. Wanneer een deel van het management de onderneming zou verlaten als ‘bad leaver’, zou dit leiden tot vermindering van de koopprijs. Volgens het contract was sprake van een ‘bad leaver’ wanneer de arbeidsovereenkomst met een manager eindigde vanwege:

“the breach or failure to perform any of the fundamental material duties and obligations contained in the employment agreement or in any written directions of the management board and/or supervisory board by the member of the Management”

Het moest dus gaan om tekortkoming in de nakoming van ‘fundamental material duties and obligations’ door de manager. Wederom werd hier een onderscheid gemaakt tussen wezenlijke en niet wezenlijke verplichtingen.

§ 2.3 Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules in de literatuur

²⁸ Rb. Almelo (KG) 2 november 2011, *ECLI:NL:RBALM:2011:BU3513*.

²⁹ Hof Amsterdam 8 maart 2011, *ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6682*.

Naast bovengenoemde clausules worden in de literatuur nog enkele andere Anglo-Amerikaanse clausules genoemd die direct of indirect te maken hebben met ontbinding van overeenkomsten wegens wanprestatie. Eén van deze clausules is de zogenaamde 'condition precedent provision' (ontbindende voorwaarde). Een dergelijke voorwaarde kan worden gesteld aan de effectuering van een overname of fusie.³⁰ Dit type bepaling dient te worden onderscheiden van de 'condition' als in het onderscheid tussen 'conditions and warranties' en is daarom niet van belang voor dit onderzoek.³¹ Wel van belang voor dit onderzoek is de zogenaamde 'time is of the essence' clausule.³² Deze bepaling wordt gebruikt om aan te geven dat alle tijdsbepalingen in het contract essentieel zijn. Het opnemen van een dergelijke bepaling heeft tot gevolg dat op tijd presteren een 'condition' is.³³ Anders dan de 'warranty' en de 'material breach' clausule, gaat het bij de 'time is of the essence' clausule om een zogenaamde 'boilerplate'.³⁴ Dat wil zeggen: een standaardbepaling waarover vaak niet afzonderlijk wordt onderhandeld. Een andere 'boilerplate' clausule die te maken heeft met ontbinding is de 'no termination or dissolution' clausule.³⁵ Middels deze clausule kan ontbinding geheel worden uitgesloten.

³⁰ Weiffenbach en Berg 2011, p. 421.

³¹ McKendrick 2012, p. 759.

³² Tjittes 2008, p. 43.

³³ Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 31 juli 1986, *Lombard North Central PLC v Butterworth* [1987] QB 527.

³⁴ Zie uitgebreid over 'boilerplate clauses': McKendrick 2012, p. 390 e.v.

³⁵ Wiggers 2011, p. 225.

Hoofdstuk 3 Rechtsvergelijking tussen ontbinding in Nederland en Engeland

In dit hoofdstuk bespreek ik de verschillen tussen ontbinding in Nederland en Engeland. Allereerst zet ik kort de wettelijke regeling van ontbinding in Nederland uiteen. Vervolgens bespreek ik de wettelijke regeling van ontbinding in Engeland. Tot slot behandel ik de verschillen tussen ontbinding in de twee landen.

§ 3.1 Ontbinding in Nederland

Ontbinding is in Nederland bij wet geregeld in artikel 6:265 lid 1 BW. Daarnaast heeft de Hoge Raad zich herhaaldelijk over ontbinding uitgelaten en wordt ontbinding besproken in diverse handboeken en andere literatuur. Aangezien artikel 6:265 BW aanvullend recht is, kan ontbinding contractueel worden uitgesloten.³⁶ Bij grote transacties, zoals bij overnamecontracten, is het zelfs gebruikelijk om de mogelijkheid van ontbinding contractueel uit te sluiten.³⁷ Het contract bepaalt daarom in grote mate de bevoegdheid tot ontbinding. Consumenten worden door wettelijke bepalingen beschermd tegen uitsluiting van de mogelijkheid tot ontbinding.³⁸

§ 3.1.1 Vereisten voor ontbinding

De eerste voorwaarde voor ontbinding is dat de verbintenis voortvloeit uit een wederkerige overeenkomst.^{39 40} Beide partijen moeten een verbintenis op zich hebben genomen ter verkrijging van een prestatie van de wederpartij (artikel 6:261 lid 1 BW).⁴¹ Het tweede vereiste voor ontbinding is een

³⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 686 onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 6, p. 1011.

³⁷ Zie noot bij HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 m.nt. J.B.M. Vranken (*aandelenoverdracht*) en Wiggers 2011, p. 225.

³⁸ Op grond van artikel 6:236 onder b BW kan ontbinding niet worden uitgesloten in de algemene voorwaarden als het gaat om een consumentenovereenkomst. Evenmin kan ontbinding worden uitgesloten bij een consumentenkoop (artikel 7:6 BW).

³⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 678-680.

⁴⁰ Naast wederkerige overeenkomsten als in artikel 6:261 lid 1 BW kunnen ook andere, soortgelijke overeenkomsten worden ontbonden. Zie Bakels 2011, p. 28 voor meer informatie over dit onderwerp.

⁴¹ Bakels 2011, p. 27.

tekortkoming in de nakoming.⁴² Van een tekortkoming in de nakoming is sprake wanneer de prestatie van een partij ook maar enigszins achterblijft bij hetgeen is overeengekomen.⁴³ De tekortkoming in de nakoming ziet toe op verbintenissen die opeisbaar zijn.⁴⁴ Het begrip tekortkomen omvat zowel wanprestatie als overmacht. Het maakt dus niet uit of de tekortkoming in de nakoming toerekenbaar of niet-toerekenbaar is.⁴⁵ In beginsel rechtvaardigt iedere tekortkoming ontbinding.⁴⁶ Ontbinding heeft geen terugwerkende kracht (artikel 6:269 BW). Voor zover verbintenissen reeds zijn nagekomen, ontstaat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de ontvangen prestaties (artikel 271 BW).⁴⁷

§ 3.1.2 De tenzij uitzondering

Op de hoofdregel dat iedere tekortkoming ontbinding rechtvaardigt, bestaat een belangrijke uitzondering: de zogenaamde tenzij uitzondering.⁴⁸ Ontbinding is niet toegestaan indien de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt (artikel 6:265 lid 1 BW). De contractuele context bepaalt of een tekortkoming van geringe betekenis is voor de schuldeiser.⁴⁹ Een kleine overschrijding van een tijdsbepaling zal in veel gevallen geen ontbinding rechtvaardigen.⁵⁰ De rechter dient bij de beoordeling van de vraag of een tekortkoming voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen, rekening te houden met alle omstandigheden van het geval.⁵¹ Een voorbeeld van een omstandigheid die van invloed kan zijn op de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen, is de bijzondere aard van een aandelenoverdracht.⁵² Ontbinding van een aandelenoverdracht heeft, vanwege de ongedaanmakingsverbintenis van artikel 6:271 BW, enorme gevolgen voor de schuldenaar. Het belang van de schuldeiser bij ontbinding van de overeenkomst dient te worden afgewogen tegen het belang van de schuldenaar bij instandhouding.⁵³

⁴² Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 678.

⁴³ Bakels 2011, p. 33, verwijzend naar TM, Parl. Gesch. 6, 9. 258.

⁴⁴ De Jong 2011, p. 106.

⁴⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 681. Of een tekortkoming kan worden toegerekend, is wel van belang bij het recht op schadevergoeding (zie artikel 6:74 lid 1 BW).

⁴⁶ Dit is in de rechtspraak herhaaldelijk bevestigd. Zie o.a. HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (*De Bruin/Meiling*), HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (*aandelenoverdracht*) en HR 22 juni 2007, NJ 2007, 343.

⁴⁷ Zie uitgebreider: De Jong 2011, p. 225-228.

⁴⁸ Andere wettelijke beperkingen aan het recht tot ontbinding, zoals de klachttermijnen van de artikelen 6:89 en 7:23 BW en de wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst, laat ik buiten beschouwing.

⁴⁹ De Jong 2011, nr. 255.

⁵⁰ Overschrijding van een fatale termijn levert niet altijd grond voor ontbinding op. Uitleg van de bepaling, de tenzij uitzondering van artikel 6:265 lid 1 BW en/of een beroep op redelijkheid en billijkheid kunnen aan ontbinding in de weg staan. Zie De Jong 2011, nr. 231.

⁵¹ HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (*De Bruin/Meiling*), HR 4 februari 2000, NJ 2000/562 (*aandelenoverdracht*) en HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 (*Twickler/R.*).

⁵² HR 4 februari 2000, NJ 2000/562 (*aandelenoverdracht*) r.o. 3.4.

⁵³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 684.

De rechter onderzoekt niet ambtshalve of de tekortkoming voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen. De schuldenaar dient zich op de tenzij uitzondering te beroepen en zal hiervoor voldoende moeten stellen.⁵⁴ Evenmin mag de rechter, als het gaat om de vereisten voor ontbinding, op voorhand onderscheid maken tussen kernbedingen en niet-kernbedingen. Dit heeft de Hoge Raad bepaald in het arrest Twickler.⁵⁵ Verhuurder Twickler vorderde ontbinding van de huurovereenkomst van een marktstandplaats, waarop huurder R. een snackkraam exploiteerde. Als grond voor ontbinding voerde Twickler aan dat R., in strijd met de contractuele bepalingen, op onhygiënische wijze de snackkraam exploiteerde. In hoger beroep overwoog de Rechtbank Leeuwarden dat de wijze van exploitatie niet de kern van de overeenkomst raakte. Een tekortkoming in de nakoming van een dergelijke verbintenis leverde volgens de rechtbank niet direct een grond voor ontbinding op. Er zou eerst een belangenafweging moeten plaatsvinden. De verhuurder zou moeten stellen en bewijzen een voldoende relevant belang te hebben bij naleving van de contractuele bepaling. De Hoge Raad maakte korte metten met deze redenering. Iedere tekortkoming van een beding, ook al raakt het beding niet de kern van de overeenkomst, is in beginsel een grond voor ontbinding.

§ 3.1.3 De verhouding tussen ontbinding en andere remedies

Wanneer een schuldenaar een contractuele verbintenis niet nakomt, heeft de schuldeiser de keuze uit een aantal remedies: nakoming (al dan niet in combinatie met schadevergoeding), vervangende schadevergoeding, ontbinding en het opschorten van de eigen prestatie.⁵⁶ De schuldeiser heeft in beginsel de vrijheid om te kiezen voor ontbinding van de overeenkomst, ook als er een alternatieve, minder verstrekkende remedie voor handen is.⁵⁷ Dit betekent niet dat een schuldeiser geheel vrij is in zijn keuze. De keuzevrijheid wordt enerzijds beperkt door de verschillende wettelijke vereisten van de remedies en anderzijds door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Hieronder zal ik kort ingaan op de verhouding tussen ontbinding en andere remedies, en de rol van de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Nakoming kan worden gevorderd om een schuldenaar te veroordelen om iets te geven, te doen of na te laten (artikel 3:296 lid 1 BW). De verplichting die aan de vordering tot nakoming ten grondslag ligt, dient afdwingbaar en opeisbaar te zijn. Verzuim en toerekenbaarheid zijn niet vereist.⁵⁸ Voor ontbinding is wel verzuim vereist, tenzij nakoming tijdelijk of blijvend onmogelijk is (artikel 6:265 lid 2 BW). De drempel voor nakoming is daarmee lager dan die voor ontbinding.

⁵⁴ HR 31 december 1993, NJ 1994, 317 (*Abbas/Woningbouwvereniging*), HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (*De Bruin/Meiling*) en HR 22 juni 2007, NJ 2007, 343.

⁵⁵ HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 (*Twickler/R.*).

⁵⁶ De Jong 2011, p. 103.

⁵⁷ HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 (*Tromp/Regency*) en HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (*aandelenoverdracht*).

⁵⁸ Krans 2011, p. 76.

In tegenstelling tot nakoming, is voor schadeplichtigheid in beginsel wel vereist dat er sprake is van toerekenbaarheid.⁵⁹ Dit vereiste geldt niet voor ontbinding. Ook dient, voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is, de schuldenaar in verzuim te zijn alvorens hij schadeplichtig is (artikel 6:74 lid 2). Bij ontbinding geldt het vereiste van verzuim alleen voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is. De drempel voor ontbinding is daarom lager dan die voor schadevergoeding.

De keuze tussen remedies moet gerechtvaardigd zijn.⁶⁰ In het arrest *Multi Vastgoed/Nethou*⁶¹ is de norm aanvaard dat de schuldeiser de redelijke belangen van zijn wederpartij niet geheel mag veronachtzamen. Dit arrest ging niet over ontbinding, maar over de keuze tussen nakoming en schadevergoeding. Ook uit artikel 6:248 lid 1 BW volgt dat tot op zekere hoogte een belangenafweging plaats moet vinden.⁶² Aangezien het de schuldeiser in beginsel vrijstaat om voor ontbinding te kiezen,⁶³ is te verwachten dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen de eisen van redelijkheid en billijkheid aan deze keuzevrijheid in de weg zullen staan.

§ 3.2 Ontbinding in Engeland

Net als in Nederland, is ontbinding in Engeland geregeld in wetten en rechtspraak. Wat betreft rangorde gaan wetten vóór rechtspraak.⁶⁴ Anders dan in Nederland, is het contractenrecht in Engeland niet gecodificeerd in een uitgebreid wetboek. Parlementaire wetgeving over ontbinding is schaars. Vrijwel het gehele contractenrecht bestaat uit rechtspraak.⁶⁵ Dit is de belangrijkste bron voor het vinden van de rechtsregels over ontbinding. Gezien de grote rol van contractvrijheid in Engeland, is het contract zelf eveneens een belangrijke bron voor de mogelijkheid tot ontbinding. Een basisprincipe in het Engelse recht is dat partijen vrij zijn om te bepalen welke verplichtingen zij op zich nemen.⁶⁶ Partijen zijn daarom vrij om te bepalen in welke gevallen ontbinding mogelijk is. Ook kunnen partijen ervoor kiezen om ontbinding geheel uit te sluiten. De contractvrijheid om ontbinding uit te sluiten in consumentenovereenkomsten is beperkt door de wet.⁶⁷

⁵⁹ In geval van overmacht is de schuldenaar niet schadeplichtig, behalve in het geval de schuldenaar voordeel heeft bij de tekortkoming. Zie artikel 6:78 BW.

⁶⁰ De Jong 2011, p. 239.

⁶¹ HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (*Multi Vastgoed/Nethou*) r.o. 3.5.

⁶² Bakels 2011, p. 94.

⁶³ HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (*Tromp/Regency*) en HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (*aandelenoverdracht*).

⁶⁴ Cartwright 2013, p. 17.

⁶⁵ Cartwright 2013, p. 4.

⁶⁶ House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 14 februari 1980, *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827 (HL) nr. 848 (Lord Diplock).

⁶⁷ De consument wordt beschermd door de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999. Deze wet is aangenomen ter implementatie van richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG). Een bepaling die alleen de gebruiker van algemene voorwaarden het recht geeft om te ontbinden is onredelijk (schema 2, artikel 1 onder f). Een dergelijke bescherming geldt niet voor zakelijke overeenkomsten.

Alvorens ik in de volgende paragrafen inga op de vereisten voor ontbinding in Engeland, zal ik kort iets zeggen over de gebruikte terminologie. Ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming wordt in Engeland ‘termination for breach of contract’ of ‘repudiation’⁶⁸ (letterlijk: verwerping) genoemd. Een tekortkoming die ontbinding rechtvaardigt, noemt men een ‘repudiatory breach’. Ontbinding in de zin van ‘repudiation’ of ‘termination for breach’ dient te worden onderscheiden van ‘rescission’. Laatstgenoemde term wordt gebruikt in verband met ‘misrepresentation’ (dwaling) en heeft in tegenstelling tot ‘termination for breach’ wel terugwerkende kracht.⁶⁹ Andere termen zal ik bespreken daar waar ze ter sprake komen.

§ 3.2.1 De vereisten voor ‘Termination for breach’

Het eerste vereiste voor ontbinding is dat er sprake is van ‘consideration’. Dit houdt in dat een verbintenis alleen in rechte kan worden afgedwongen, indien tegenover deze verbintenis een verbintenis van de wederpartij staat. ‘Consideration’ kan bestaan uit een recht, belang, winst of voordeel voor de ene partij of een dulden, nadeel, verlies of verantwoordelijkheid voor de andere partij.⁷⁰ Het tweede vereiste is dat er sprake is van een ‘breach of contract’ (tekortkoming in de nakoming). Dit kan bestaan uit een weigering om te presteren, gebrekkig presteren of onbekwaamheid tot presteren. Het bestaan van een ‘breach of contract’ is niet afhankelijk van de intentie van de schuldenaar of diens toerekenbaarheid.⁷¹

In Engeland worden twee verschillende benaderingen van ontbinding gecombineerd.⁷² Traditioneel gezien ligt de nadruk op de bepaling die geschonden wordt. Indien de bepaling voldoende belangrijk is, rechtvaardigt tekortkoming in de nakoming van deze bepaling ontbinding. Een bepaling waarvan de tekortkoming in de nakoming in alle gevallen ontbinding rechtvaardigt, noemt men een ‘condition’. Betreft de tekortkoming in de nakoming een onbelangrijke bepaling, dan is ontbinding niet gerechtvaardigd. Een bepaling waarvan de tekortkoming in de nakoming geen ontbinding rechtvaardigt, maar alleen schadevergoeding, noemt men een ‘warranty’. Bij deze benadering wordt niet gekeken naar de gevolgen van de tekortkoming in de nakoming. Het onderscheid tussen ‘conditions’ en ‘warranties’ is dus van groot belang voor het vaststellen van de mogelijke remedie.

Vanwege de kritiek op voornoemde benadering, dat niet alle bepalingen duidelijk binnen de categorieën belangrijk of onbelangrijk vallen, is een tweede benadering ontstaan. Deze benadering is in de zaak Hong Kong Fir⁷³ in het Engelse recht geïntroduceerd (zie paragraaf 3.2.2). Dit houdt in dat

⁶⁸ Uniken Venema 1971, p. 154.

⁶⁹ McKendrick 2012, p. 799.

⁷⁰ McKendrick 2012, p. 146-147.

⁷¹ McKendrick 2012, p. 755.

⁷² McKendrick 2012, p. 758.

⁷³ Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 20 december 1961, *Hongkong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26 (CA).

er alleen kan worden ontbonden indien de gevolgen van de tekortkoming in de nakoming voldoende ernstig zijn. Deze benadering wordt gehanteerd bij de zogenaamde 'intermediate terms'. Dit zijn 'conditions' noch 'warranties'. Door het creëren van een nieuwe categorie bepalingen is het mogelijk dat de twee benaderingen naast elkaar blijven bestaan. Dit zorgt wel voor complicaties. Ten eerste dient een partij in te schatten of er sprake is van tekortkoming in de nakoming van een 'condition', 'warranty', of 'intermediate term'. Ten tweede dient, in geval van tekortkoming in de nakoming van een 'intermediate term', te worden ingeschat of de tekortkoming in de nakoming voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen. Het is van groot belang dat de partij de juiste keuze maakt: indien een partij de overeenkomst ontbindt en deze ontbinding blijkt achteraf, door toetsing van de rechter, niet gerechtvaardigd, dan is de partij schadeplichtig op grond van 'wrongful termination'.⁷⁴

Ontbinding heeft geen terugwerkende kracht en leidt niet noodzakelijk tot teruggave van de overgedragen baten.⁷⁵ Het Engelse recht is zeer restrictief als het gaat om teruggave. De schuldeiser kan, indien hij een geldsom heeft betaald, alleen teruggave vorderen wanneer sprake is van 'total failure of consideration'.⁷⁶ Dat houdt in dat de schuldenaar geen enkele prestatie heeft verricht. Bij gedeeltelijke prestatie door de schuldenaar kan geen teruggave worden gevorderd.⁷⁷ De schuldeiser kan, indien hij goederen of diensten heeft geleverd, enkel een vordering instellen voor de overeengekomen prijs.⁷⁸ Bij gedeeltelijke nakoming door de schuldeiser kan een vordering worden ingesteld naar redelijkheid. De schuldenaar kan geldsommen terugvorderen wanneer de schuldenaar in het geheel niet heeft gepresteerd. Gedeeltelijk verleende diensten door de schuldenaar komen niet voor vergoeding in aanmerking.⁷⁹

§ 3.2.2 'Conditions', 'warranties' en 'intermediate terms'

Een tekortkoming in de nakoming van een 'condition' geeft, naar Engels recht, de wederpartij het recht om de overeenkomst te ontbinden.⁸⁰ Hierbij is er sprake van een 'condition' wanneer de bepaling de kern van het contract raakt.⁸¹ Echter, de term 'condition' wordt in de handelspraktijk ook op andere manieren gebruikt. Een voorbeeld hiervan uit de internationale handelspraktijk is het gebruik in de zin van 'terms and conditions' (algemene voorwaarden). Niet iedere bepaling in algemene voorwaarden is een 'condition' in de Engelse zin van het woord. Zelfs binnen het Engelse recht bestaan verschillende

⁷⁴ McKendrick 2012, p. 757.

⁷⁵ Beale 2010, p. 917.

⁷⁶ Beale 2010, p. 985.

⁷⁷ De rechters zijn wel enigszins flexibel als het gaat om het vereiste van 'total failure of consideration'. Zie Beale 2010, p. 985-986.

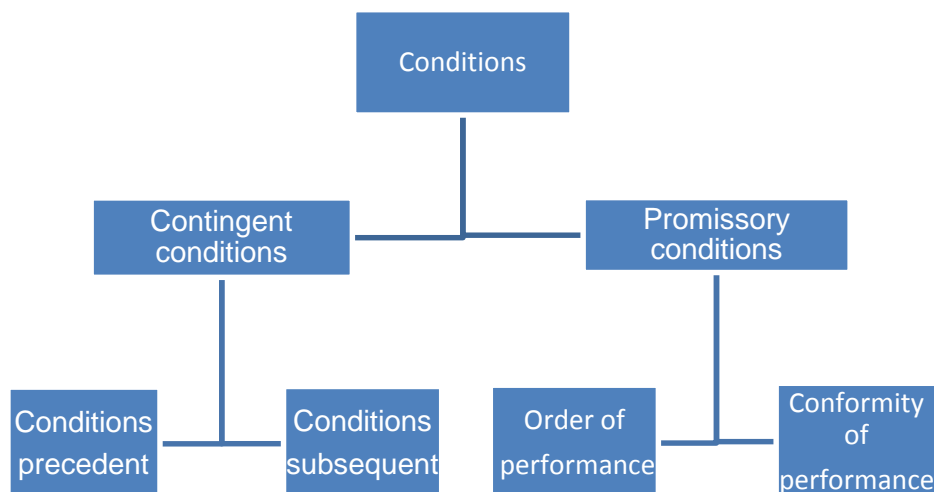
⁷⁸ Beale 2010, p. 986.

⁷⁹ Beale 2010, p. 986-987.

⁸⁰ McKendrick 2012, p. 758.

⁸¹ Beale 2010, p. 907.

vormen van 'conditions'. McKendrick onderscheidt een aantal vormen.⁸² Allereerst maakt hij onderscheid tussen 'contingent conditions' en 'promissory conditions'. De term 'contingent condition' ziet toe op het afhankelijk stellen van een verbintenis van een gebeurtenis die geen van partijen heeft beloofd tot stand te brengen.⁸³ Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen 'condition precedent' (opschortende voorwaarde) en 'condition subsequent' (ontbindende voorwaarde). Bij een 'condition precedent' ontstaat een verbintenis bij het intreden van een gebeurtenis. Bij een 'condition subsequent' vervalt de verbintenis bij het intreden van een bepaalde gebeurtenis. Helaas wordt de term 'condition precedent' niet consequent gebruikt om een opschortende voorwaarde aan te duiden. Soms wordt er ook een 'promissory condition' (verbintenis) mee bedoeld. 'Promissory conditions' zijn de verbintenissen van partijen, ook wel de 'terms of the contract' genoemd.⁸⁴ Binnen deze categorie maakt McKendrick onderscheid tussen bepalingen over de 'order of performance' en bepalingen over de 'conformity of performance'.⁸⁵ Het onderscheid is van belang, omdat bij een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die toeziet op de volgorde van prestaties, de schuldeiser zijn prestatie kan opschorten, maar niet in alle gevallen de overeenkomst kan ontbinden. Bij tekortkoming in de nakoming van een 'condition' over conformiteit van de prestatie kan de schuldeiser wel in alle gevallen ontbinden. Ter verduidelijking heb ik de verschillende 'conditions' naar Engels recht in onderstaand schema geplaatst.



⁸² McKendrick 2012, p. 759.

⁸³ Als voorbeeld noemt McKendrick dat een verplichting afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat beide partijen nog in leven zijn. Hierdoor ontstaat geen verplichting om in leven te blijven. De omstandigheid dat partijen in leven zijn, is 'condition precedent' aan de verplichting, McKendrick 2012, p. 759.

⁸⁴ Uniken Venema 1971, p. 154.

⁸⁵ Als voorbeeld van een 'promissory condition' over de 'order of performance' noemt McKendrick de verbintenis om te betalen nadat voltooiing van een bouwwerk. Het voltooiën van het bouwwerk is dan 'condition precedent' aan de betaling, McKendrick 2012, p. 759.

Dit onderzoek gaat over ontbinding wegens tekortkoming en de nakoming. Daarom staan de 'promissory conditions' centraal. De opschortende en ontbindende voorwaarden vallen buiten het bereik van dit onderzoek.

In tegenstelling tot tekortkoming in de nakoming van een 'condition', geeft tekortkoming in de nakoming van een 'warranty' de wederpartij geen recht op ontbinding.⁸⁶ Wanneer een 'warranty' wordt geschonden, heeft de schuldeiser wel recht op schadevergoeding. Volgens McKendrick is een 'warranty' "a lesser, subsidiary term of the contract". Uniken Venema omschrijft 'warranties' als "niet-essentiële 'terms of the contract'".⁸⁷ Tjittes omschrijft een 'warranty' als "een minder belangrijke contractsbepaling".⁸⁸ Het gaat volgens deze auteurs dus om een minder belangrijke, ondergeschikte bepaling. Deze omschrijving sluit aan met het traditionele onderscheid tussen 'conditions' en 'warranties'.

Tot de jaren zestig beschouwde men in Engeland alle bepalingen als 'conditions' of 'warranties'. Tegenwoordig beschouwt men veel bepalingen als geen van beide.⁸⁹ In de zaak Hong Kong Fir⁹⁰ zijn de zogenaamde 'intermediate terms' geïntroduceerd (ook wel 'innominate terms' genoemd). Dit zijn 'conditions' noch 'warranties'. In Hong Kong Fir ging het om de vraag of de tekortkoming in de nakoming van een bepaling over 'seaworthiness' het recht gaf om de overeenkomst te ontbinden. Een breed scala van gebreken levert een tekortkoming in de nakoming van deze bepaling op: van het ontbreken van een simpele spijker tot een gapend gat in de romp. De gevolgen kunnen nietszeggend of enorm zijn. Bij bestempeling als 'condition' of 'warranty' zou respectievelijk iedere of geen enkele tekortkoming in de nakoming tot ontbinding kunnen leiden. Dat vonden de 'Lords' ongewenst. Het is daarom niet nuttig om te discussiëren over de vraag of deze bepaling een 'condition' of een 'warranty' is. De introductie van de 'intermediate terms' geeft de rechter de mogelijkheid om aan de hand van de gevolgen van de tekortkoming in de nakoming te bepalen of ontbinding gerechtvaardigd is.⁹¹

De term 'warranty' als tegenhanger van de 'condition' dient te worden onderscheiden van de term 'warranty' naar Amerikaans recht. In de V.S. wordt namelijk geen onderscheid gemaakt tussen 'conditions' en 'warranties' als het gaat om ontbinding. De term 'warranty' heeft naar Amerikaans recht een soortgelijke, maar niet identieke betekenis als de Nederlandse garantie.⁹² Dit sluit aan bij de betekenis die Wiggers voor ogen heeft als het gaat om een 'warranty', namelijk dat het geen

⁸⁶ McKendrick 2012, p. 773.

⁸⁷ Uniken Venema 1971, p. 154.

⁸⁸ Tjittes 2008, p. 42.

⁸⁹ Cartwright 2013, p. 272-273.

⁹⁰ Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 20 december 1961, *Hongkong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26 (CA).

⁹¹ McKendrick 2012, p. 774.

⁹² Tjittes 2008, p. 41-42

verbintenis betreft, maar een 'statement of fact'.⁹³ Er kan dus geen sprake zijn van een tekortkoming in de nakoming, omdat het niet gaat om een verbintenis. Een 'warranty' kan volgens Wiggers juist of onjuist zijn. Het Engelse begrip 'warranty' duidt daarentegen wel op een verbintenis, te weten een minder belangrijke verbintenis.⁹⁴ Het doel van het opnemen van een 'warranty' is volgens Wiggers het weerspiegelen van die feiten of gebeurtenissen die belangrijk zijn voor de beslissing van de wederpartij om de overeenkomst aan te gaan.⁹⁵ Ook worden 'warranties' volgens Wiggers gebruikt 'to smoke out the facts'. Voorbeelden van een 'warranty' naar Amerikaans recht zijn de 'fitness for purpose warranty' en de 'merchantability warranty'.

§ 3.2.3 Kwalificatie van bepalingen

Er zijn drie manieren om een contractuele bepaling als een 'condition', 'warranty' of 'intermediate term' te kwalificeren: door de wetgever, door de rechtspraak en door de partijen zelf.⁹⁶ In de eerste plaats bepaalt de wet in sommige gevallen of er sprake is van 'condition'. Een zeldzaam voorbeeld hiervan is de Sale of Goods Act 1979. Deze wet classificeert sommige bepalingen als 'condition', zoals conformiteit met de omschrijving (artikel 13 lid 1). Andere bepalingen worden volgens deze wet vermoed een 'warranty' te zijn, zoals tijdsbepalingen over betaling (artikel 10 lid 1). Op grond van de Sale of Goods Act 1979 gaf iedere tekortkoming in de nakoming van een 'condition' de wederpartij het recht op ontbinding. In 1994 is in de herziene Sale of Goods Act 1979 hierop een belangrijke uitzondering gemaakt. Op grond van het huidige artikel 15A lid 1 heeft de koper geen recht op ontbinding wanneer de tekortkoming in de nakoming van een 'condition' zo gering is dat ontbinding onredelijk zou zijn. Deze uitzondering geldt niet voor consumenten.

De tweede manier om een contractuele bepaling als 'condition', 'warranty' of 'intermediate term' te kwalificeren, is door de rechtspraak. De rechter maakt een afweging tussen een reeks factoren. Hieronder zal ik ter illustratie een aantal zaken bespreken waarin de rechters zich hierover uitlaten. In de zaak *The Mihalis Angelos* oordeelde Lord Justice Megaw dat de bepaling "expected ready to load under this charter about 1 July 1965" een 'condition' is. Enkele factoren die bij de afweging een rol speelden, waren: rechtszekerheid, rechtvaardigheid van de gevolgen van het bestempelen als 'condition' en de omstandigheid dat deze clause in andere soorten overeenkomsten ook als een 'condition' werd gezien. Echter, door de woorden "expected ready to load" leverde de

⁹³ Wiggers 2011, p. 192-196.

⁹⁴ McKendrick 2012, p. 773.

⁹⁵ Wiggers 2011, p. 192-196.

⁹⁶ McKendrick 2012, p. 760.

enkele overschrijding van tijd geen tekortkoming in de nakoming op. Daarvoor is nodig dat de verwachting niet in eerlijkheid of redelijkheid is opgewekt.⁹⁷

In de zaak *The Hansa Nord*⁹⁸ werd de bepaling dat goederen in goede staat diende te worden geleverd als een 'intermediate' term gezien, omdat partijen de bepaling niet uitdrukkelijk als 'condition' of 'warranty' hadden bestempeld en de rechter niet door wet of rechtspraak gebonden was deze bepaling als zodanig te beschouwen.⁹⁹ Lord Justice Roskill overwoog dat een bepaling niet te snel als 'condition' dient te worden beschouwd, omdat contracten in beginsel bedoeld zijn om nagekomen te worden. Het is volgens hem niet de bedoeling dat overeenkomsten worden ontbonden, omdat de marktprijs fluctueert.¹⁰⁰

In de zaak *Bunge*¹⁰¹ leidde een aantal factoren tot de conclusie dat er sprake was van een 'condition': de behoefte aan rechtszekerheid in commerciële transacties, de behoefte aan duidelijke regels in een markt waar kopers en verkopers de ene dag koper zijn en de volgende dag verkoper, de onderlinge afhankelijkheid van de contractuele verbintenissen, de omstandigheid dat het om ervaren zakelijke partijen ging, de omstandigheid dat de schade moeilijk vast te stellen zou zijn en schadevergoeding daarom geen goed alternatief was en de verwerping van de veronderstelling dat van een 'condition' alleen sprake kan zijn als een tekortkoming in de nakoming de schuldeiser ontnemt van vrijwel zijn gehele voordeel.¹⁰² Uit deze zaak blijkt eveneens dat tijdsbepalingen in handelscontracten over het algemeen als 'conditions' worden beschouwd, tenzij partijen expliciet anders overeenkomen. Lord Wilberforce overwoog hierover dat "broadly speaking time will be considered of the essence in 'mercantile' contracts". Het verschil met *Hong Kong Fir* is dat het daar ging om een bepaling die op veel manieren geschonden kan worden, terwijl een termijnbepaling slechts op één manier geschonden kan worden, te weten door tijdsoverschrijding. Het is dan onpraktisch om de methode van een 'intermediate term' te hanteren, aldus Lord Wilberforce.

In de zaak *Rice*¹⁰³ komt dit eveneens naar voren. Lady Justice Hale overwoog in deze zaak dat "the contract should not be interpreted in such a way as to defeat its commercial purpose". Tevens

⁹⁷ Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 1 juli 1970, *Maredelanto Compania Naviera SA v Bergbau-Handel GmbH (The Mihalis Angelos)* [1971] 1 QB 164 r.o. 60.

⁹⁸ Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) *Cehave NV v Bremer Handelsgesellschaft mbH (The Hansa Nord)* [1976] QB 44.

⁹⁹ McKendrick 2012, p. 782. De omstandigheid dat een bepaling niet bij wet of door partijkeuze als een 'condition' wordt beschouwd, betekent niet automatisch dat het een 'intermediate term' betreft. De rechtspraak is hierover verdeeld.

¹⁰⁰ Bij de beoordeling of ontbinding gerechtigd is, wordt in het Engelse recht niet naar de motieven voor de ontbinding gekeken. Brownsword pleit voor een alternatieve aanpak. Hij stelt voor om het recht op ontbinding afhankelijk te maken van de vraag of de motieven voor de ontbinding in overeenstemming zijn met de goede trouw. Zie Brownsword 1996, p. 127. In Nederland pleit Van Kogelenberg voor een grotere rol van opzettelijke tekortkoming in de nakoming bij het bepalen van de remedie. Zie Van Kogelenberg 2014.

¹⁰¹ House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 25 februari 1981, *Bunge Corporation (New York) v Tradax Export SA (Panama)* [1981] APP. L.R. 02/25 p. 2.

¹⁰² Zie voor een uitgebreid commentaar over deze zaak McKendrick 2012, p. 788.

¹⁰³ Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 30 juni 2000, *Rice (t/a Garden Guardian) v Great Yarmouth Borough Council* [2000] APP.L.R. 06/30.

overwoog zij dat “the notion that this term would entitle the council to terminate a contract such as this at any time for any breach of any term flies in the face of commercial common sense”.

Uit de hierboven besproken zaken blijkt dat commercieel belang een belangrijke rol speelt bij de afweging van de rechter of een bepaling een ‘condition’, ‘warranty’ of ‘intermediate term’ is. McKendrick omschrijft de rol van commercieel belang als volgt: “The courts in each case are engaged in a delicate balancing exercise and the demands of commerce and certainty are but one factor, albeit an important factor, in that balancing exercise.”¹⁰⁴

De derde manier van kwalificeren is door partijen zelf. Partijen kunnen overeenkomen om een verbintenis als een ‘condition’ te bestempelen, mits zij dit in duidelijke bewoordingen doen.¹⁰⁵ Daarbij maakt het niet uit hoe insignificant de verbintenis is. Het gebruik van de term ‘condition’ is een indicatie dat de technische betekenis bedoeld wordt. Maar gegeven de vele verschillende vormen waarin de term wordt gebruikt, is het niet doorslaggevend. Het gaat om de bedoeling zoals deze blijkt uit het contract als geheel.¹⁰⁶ Het gebruik van de term ‘warranty’ of de woorden ‘warrants that’ heeft evenmin in alle gevallen tot gevolg dat tekortkoming in de nakoming van de bepaling alleen recht geeft op schadevergoeding. Rechters zijn namelijk niet snel geneigd om aan te nemen dat de term ‘warranty’ wordt gebruikt in de technische zin. Het moet duidelijk zijn dat partijen bedoeld hebben dat bij tekortkoming in de nakoming alleen schadevergoeding kan worden gevorderd.¹⁰⁷

Vornoemd belang van het gebruik van duidelijke bewoordingen wordt evident in de zaak *Schuler v Wickman*.¹⁰⁸ Ten eerste bevatte het contract de bepaling: “It shall be condition of this agreement that.” Op zichzelf duidt dit op een ‘condition’ in technische zin. Daarnaast bevatte het contract een tweede bepaling die ontbinding mogelijk maakte wanneer er sprake was van een ‘material breach’, die na ingebrekestelling niet binnen zestig dagen werd hersteld. De ‘Lords’ oordeelden dat de bepalingen in combinatie met elkaar gelezen moesten worden. Een tekortkoming in de nakoming van de eerste bepaling leverde een ‘material breach’ op zoals omschreven in de tweede bepaling. Het gevolg hiervan was dat er niet direct mocht worden ontbonden, maar dat er eerst een ingebrekestelling diende te worden verstuurd.

Indien partijen wel duidelijk aangeven dat een bepaling een ‘condition’ is, zijn de gevolgen soms bikkelhard. Een voorbeeld hiervan is het opnemen van een ‘time is of the essence’ clause. Dit heeft tot gevolg dat op tijd presteren een ‘condition’ is.¹⁰⁹ In dat geval kan zelfs een overschrijding van slechts tien minuten ontbinding rechtvaardigen. Zulks blijkt uit de zaak *Union Eagle Ltd v Golden*

¹⁰⁴ McKendrick 2012, p. 789.

¹⁰⁵ McKendrick 2012, p. 767.

¹⁰⁶ McKendrick 2012, p. 765.

¹⁰⁷ McKendrick 2012, p. 774.

¹⁰⁸ House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 4 april 1973, *L Schuler AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd* [1974] AC 235.

¹⁰⁹ Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 31 juli 1986, *Lombard North Central PLC v Butterworth* [1987] QB 527.

Achievement Ltd:¹¹⁰ De koper van een woning was tien minuten te laat met betalen en de verkoper ontbond de overeenkomst. De koper vocht de ontbinding tevergeefs aan: te laat is te laat. Zakelijke partijen moeten er volgens het hof op kunnen vertrouwen dat expliciete afspraken kunnen worden afgedwongen. Een discretionaire bevoegdheid van de rechter zou tot rechtsonzekerheid en tot meer gerechtelijke procedures kunnen leiden. Er zou een onwenselijke discussie kunnen ontstaan over de vraag welke overschrijding wel en welke niet het recht geeft tot ontbinding.

§ 3.2.4 'Fundamental breach'

In het geval van een tekortkoming in de nakoming van een 'intermediate term' is ontbinding alleen toegestaan wanneer deze tekortkoming voldoende ernstig is.¹¹¹ Er dient sprake te zijn van een 'fundamental breach' (ook wel 'repudiatory breach' genoemd).¹¹² Of er sprake is van een 'fundamental breach' hangt af van de omstandigheden van het geval. Rechters kijken volgens McKendrick onder meer naar de volgende omstandigheden om te bepalen of de gevolgen van een tekortkoming in de nakoming voldoende ernstig zijn: de verliezen, de kosten die nodig zijn voor herstel, de waarde van de door de schuldenaar verrichte prestatie, de bereidheid van de schuldenaar om de gevolgen ongedaan te maken of te compenseren, de waarschijnlijkheid van een volgende tekortkoming in de nakoming en de geschiktheid van schadevergoeding als remedie.¹¹³ Hieronder bespreek ik kort enkele zaken waarin het 'fundamental breach' criterium aan de orde komt.

In de zaak Hong Kong Fir¹¹⁴ omschrijft Lord Diplock de vraag of er sprake is van een 'fundamental breach' als volgt: "Does the occurrence of the event deprive the party who has further undertakings still to perform of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties as expressed in the contract that he should obtain as the consideration for performing those undertakings?" Hieruit blijkt dat het gaat om de gevolgen van de tekortkoming in de nakoming: worden door de tekortkoming in de nakoming de baten die de schuldeiser normaliter uit de overeenkomst zou krijgen vrijwel geheel ontnomen? Lord Justice Upjohn omschrijft het 'fundamental breach' criterium als volgt: "Does the breach of the stipulation go so much to the root of the contract that it makes further commercial performance of the contract impossible, or in other words is the whole contract

¹¹⁰ Court of Appeal (Hong Kong) 3 februari 1997, *Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd* [1997] AC 519.

¹¹¹ McKendrick 2012, p. 779.

¹¹² Het 'fundamental breach' criterium dient niet te worden verward met de 'doctrine of fundamental breach'. Deze doctrine werd vóór de invoering van de Unfair Contract Terms Act 1977 gebruikt door de rechters om onredelijke uitsluitingsclausules te beheersen. De leer hield in dat bij een 'fundamental breach' geen beroep kon worden gedaan op een uitsluitingsclausule. Deze leer is in middels verlaten. Zie McKendrick 2012, p. 417-419.

¹¹³ McKendrick 2012, p. 779.

¹¹⁴ Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 20 december 1961, *Hongkong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26 (CA) r.o. 41.

frustrated?” Het gaat er dus om of de tekortkoming in de nakoming de kern van het contract raakt en verdere commerciële uitvoering van de overeenkomst onmogelijk maakt. Uit de zaak Rice¹¹⁵ volgt dat cumulatie van tekortkomingen in de nakoming van belang kan zijn bij de afweging of er sprake is van een ‘repudiatory breach’. Een reeks aan kleinere tekortkomingen in de nakoming kan daarom tot gevolg hebben dat er sprake is van een ‘fundamental breach’. In de zaak The Hansa Nord¹¹⁶ was geen sprake van een ‘fundamental breach’. Een kleine hoeveelheid goederen was beschadigd. De kopers mochten niet de gehele levering weigeren, omdat de goederen nog wel doorverkocht konden worden.

§ 3.2.5 ‘Fundamental breach’ versus ‘material breach’

Uit de vorige paragraaf blijkt dat het ‘fundamental breach’ criterium een behoorlijk zwaar criterium is. Alleen als de gevolgen van de tekortkoming in de nakoming ‘very serious’ zijn, is sprake van een ‘fundamental breach’.¹¹⁷ In contracten wordt vaak gebruik gemaakt van een ontbindingsclausule met daarin de term ‘material breach’.¹¹⁸ Dit is niet hetzelfde als een ‘fundamental breach’. De term ‘material breach’ heeft naar Engels recht geen specifieke betekenis.¹¹⁹ Desondanks geeft de Engelse rechtspraak wel enig inzicht in hoe er met het begrip wordt omgegaan. Zo heeft de High Court of Justice zich in 2006 uitgelaten over de vraag of er sprake was van een ‘material breach’.¹²⁰ Het geschil ging over de vraag of de overeenkomst mocht worden ontbonden op grond van de volgende bepaling:

“14.2. In the event of one of the parties (the “DEFAULTING PARTY”) being in material breach of any of its obligations hereunder (...) then the NON DEFAULTING PARTY shall have the right to terminate this Agreement forthwith by notice in writing to the DEFAULTING PARTY.”

Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie, overwoog het hof dat een ‘material breach’ niet hetzelfde is als een ‘repudiatory breach’, oftewel een ‘fundamental breach’. Of sprake is van een ‘material breach’ hangt volgens het hof af van de omstandigheden van het geval, waaronder de contractuele bepalingen, de duur van het contract, de aard, de gevolgen en de oorzaak van de tekortkoming.

¹¹⁵ Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 30 juni 2000, *Rice (t/a Garden Guardian) v Great Yarmouth Borough Council* [2000] APP.L.R. 06/30.

¹¹⁶ Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) Cehave NV v Bremer Handelsgesellschaft mbH (*The Hansa Nord*) [1976] QB 44.

¹¹⁷ McKendrick 2012, p. 779.

¹¹⁸ McKendrick 2012, p. 792.

¹¹⁹ Godwin e.a. 2009.

¹²⁰ High Court of Justice (Verenigd Koninkrijk) 27 januari 2006, *Dalkia Utilities Services Plc v Celtech International Ltd* [2006] EWHC 63 (Comm), r.o. 92-102.

In 2008 heeft het hof bevestigd dat een 'material breach' niet 'repudiatory' hoeft te zijn.¹²¹ Het hof verwijst naar een overweging van Justice Neuberger uit een eerdere, niet gepubliceerde, uitspraak van 16 mei 2000 (*Phoenix Media Limited v Cobweb Information*):

"Materiality involves considering the following: the actual breaches, the consequence of the breaches to [the innocent party]; [the guilty party's] explanation for the breaches; the breaches in the context of the agreement; the consequences of holding the agreement determined and the consequences of holding the agreement continues".¹²²

Hieruit blijkt dat volgens de Engelse rechtspraak het criterium 'material breach' weliswaar duidt op een significante tekortkoming in de nakoming, maar niet noodzakelijk op een zo wezenlijke tekortkoming in de nakoming als een 'fundamental breach'. Ook een minder ernstige tekortkoming in de nakoming kan een 'material breach' opleveren.

In tegenstelling tot in Engeland, heeft de term 'material breach' in de V.S. wel een specifieke juridische betekenis. Ontbinding is alleen toegestaan indien er sprake is van een 'material breach'. Van een 'material breach' is sprake indien het belang van de wederpartij bij voortzetting van de overeenkomst zodanig wordt geschaad, dat ontbinding de beste manier is om dit te herstellen.¹²³

§ 3.2.6 De verhouding tussen 'termination for breach' en andere 'remedies'

Indien de voorwaarden voor ontbinding zich voordoen, is de schuldeiser in beginsel vrij om te kiezen of hij de overeenkomst wel of niet ontbindt.¹²⁴ Deze keuzevrijheid wordt beperkt door de vereisten van de verschillende remedies en enigszins door de eisen van 'good faith' (goede trouw). Hieronder zal ik kort ingaan op de verhouding tussen ontbinding en andere remedies, en de rol van 'good faith'.

De hoofdremedie naar Engels recht is schadevergoeding.¹²⁵ Iedere tekortkoming in de nakoming van een contract geeft het recht op schadevergoeding.¹²⁶ Het maakt dus niet uit of het gaat om tekortkoming in de nakoming van een 'warranty', 'intermediate term' of 'condition'. De vereisten voor ontbinding zijn aanzienlijk strenger: er dient sprake te zijn van een 'fundamental breach' of tekortkoming in de nakoming van een 'condition'. Daarnaast is de geschiktheid van schadevergoeding als remedie een omstandigheid die van belang is om te bepalen of er sprake is van een 'fundamental

¹²¹ High Court of Justice (Verenigd Koninkrijk) 18 april 2008, *Gallaher International Ltd v Thais Enterprises Ltd* [2008] EWHC 804.

¹²² *Phoenix Media Limited v Cobweb Information*, niet gepubliceerd, 16th May 2000.

¹²³ Barnett 2010, p. 205.

¹²⁴ McKendrick 2012, p. 798-799.

¹²⁵ Cartwright 2013, p. 265 en Lord Diplock in House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 14 februari 1980, *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827 (HL).

¹²⁶ McKendrick 2012, p. 813.

breach'.¹²⁷ Ook werd de geschiktheid van schadevergoeding als remedie meegewogen in de zaak Bunge¹²⁸ om te bepalen of er sprake was van een 'condition'. Dit is tevens een indicatie dat in Engeland schadevergoeding de primaire remedie is en ontbinding de uitzondering.

'Specific performance' (nakoming) is naar Engels recht een nog grotere uitzondering dan ontbinding.¹²⁹ Een veroordeling tot nakoming is naar Engels recht slechts mogelijk in uitzonderlijke gevallen.¹³⁰ 'Specific performance' is ontstaan uit het 'equity' recht. Binnen de 'common law' bestaat 'specific performance' niet, behalve als nakoming tot voldoening van een verschuldigde geldsom. Als gevolg hiervan is 'specific performance' geen wettelijk recht, maar een discretionaire bevoegdheid van de rechter. De rechters hanteren als vuistregel dat 'specific performance' niet wordt bevolen als schadevergoeding een adequate remedie is. Of schadevergoeding een adequate remedie is, hangt af van de omstandigheden van het geval.¹³¹

In Engeland bestaat geen algemene regel dat een partij zijn rechten in redelijkheid of 'in good faith' dient uit te oefenen.¹³² Een tekortkoming in de nakoming levert een 'breach of contract' op, ongeacht of deze 'in good faith' of 'in bad faith' (te kwader trouw) is gepleegd.¹³³ Desondanks is er rechtspraak waarin de rechters aandacht schenken aan de 'good faith' van de schuldenaar als het gaat om de vraag of de tekortkoming in de nakoming ontbinding rechtvaardigt.¹³⁴ Een voorbeeld hiervan is de zaak Vaswani,¹³⁵ waarin een verkoper per abuis een verkeerde prijs opgeeft aan de koper. Aangezien het een eerlijke vergissing betrof, zag de rechter deze tekortkoming in de nakoming niet als 'repudiatory', dus was ontbinding niet gerechtvaardigd. Het gaat er in dit type zaken om of, gezien de omstandigheden van het geval, vanuit het perspectief van de redelijke persoon, objectief kan worden vastgesteld dat de schuldenaar de bedoeling had de prestatie te weigeren.¹³⁶

§ 3.3 Algemene verschillen tussen 'common law' en 'civil law'

Voordat ik inga op de verschillen tussen ontbinding in Nederland en Engeland, bespreek ik enkele algemene verschillen tussen 'common law' en 'civil law'.¹³⁷ Het eerste verschil is dat in Engeland, in

¹²⁷ McKendrick 2012, p 779.

¹²⁸ House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 25 februari 1981, *Bunge Corporation (New York) v Tradax Export SA (Panama)* [1981] *APP. L.R.* 02/25 p. 2.

¹²⁹ Cartwright 2013, p. 265.

¹³⁰ Krans 2011, p. 76.

¹³¹ McKendrick 2012, p. 925-926.

¹³² Cartwright 2013, p. 275-276.

¹³³ McKendrick 2012, p. 795.

¹³⁴ McKendrick 2012, p. 793.

¹³⁵ Privy Council (Verenigd Koninkrijk) datum onbekend, *Vaswani v Italian Motors (Sales and Services) Ltd* [1996] 1 *WLR* 270, Privy Council.

¹³⁶ McKendrick 2012, p. 795.

¹³⁷ De term 'common law' heeft meerdere betekenissen. Soms wordt het gebruikt als omschrijving van de gehele Anglo-Amerikaanse rechtsfamilie, als tegenovergesteld aan de 'civil law' familie. In engere zin betekent 'common law' dat

tegenstelling tot in Nederland, geen uitgebreide codificatie van burgerlijk recht heeft plaatsgevonden. Door de introductie van de Koninklijke 'Courts of Law' had Engeland al vroeg een grote mate van rechtseenheid.¹³⁸ Hierdoor bestond er minder behoefte aan codificatie dan op het continent.¹³⁹ Dit verklaart waarom Engeland, in tegenstelling tot Nederland, geen uitgebreid burgerlijk wetboek heeft. Engeland heeft meer dan andere landen vastgehouden aan haar eigen rechtstradities. Daarnaast heeft er geen opname van het Romeinse recht plaatsgevonden in Engeland.¹⁴⁰ Overigens is het verschil niet meer zo groot als vroeger. Aan de ene kant hebben de Engelse gerechten hun leidende rol als wetgever verloren door de komst van diverse parlementaire wetten. Aan de andere kant gebruiken de continentale wetgevers steeds vaker algemene formuleringen, zoals open normen, zodat de last van juridische creativiteit bij de gerechten komt te liggen.¹⁴¹

Een tweede, wellicht belangrijker, verschil is gelegen in de methode van rechtsvinding en rechtstoepassing die juristen hanteren. In tegenstelling tot in 'civil law' systemen, is in 'common law' systemen de methode van rechtswetenschap niet primair gericht op interpretatie van wetteksten. Evenmin probeert men in 'common law' systemen concrete problemen in een systeem te passen. De 'common law' jurist is vooral geïnteresseerd in precedentes en bepaalde typen gevallen. Hij is toegewijd aan de zorgvuldige en realistische discussie van bestaande problemen. Ook handelt hij eerder in concrete en historische termen dan dat hij systematisch of abstract denkt.¹⁴² Er is bij 'common law' geen sprake van deductie van een universele aanname naar het concrete geval: de 'common law' jurist redeneert juist van concrete gevallen naar een algemeen principe.¹⁴³ De 'common law' rechter redeneert van zaak tot zaak. Met het concrete probleem in gedachte, haalt hij rechtsregels uit precedentes. Aan de hand daarvan formuleert hij een oplossing, die hij vervolgens toetst aan eerdere zaken.¹⁴⁴ Daarentegen wordt in continentale systemen een rechtsregel toegepast door te kijken binnen welke categorie het geval past. Dit betekent overigens niet dat jurisprudentie op het continent geen rol speelt. Sterker nog, doordat wetteksten op het continent een te algemene strekking hebben om direct en in iedere situatie toegepast te kunnen worden, dient ook de rechter op het continent steeds vaker te kijken naar eerdere rechtszaken.¹⁴⁵

gedeelte van het Engelse recht dat is ontstaan door de Koninklijke 'Courts of Law' (de 'common law courts'), in tegenstelling tot de 'equity law', dat is ontwikkeld door de 'Court of Chancery'. Met een beroep op moraliteit en goed geweten konden partijen om een gunst vragen. De Chancellor beoordeelde van geval tot geval of de aanvrager deze gunst moest krijgen "*for the love of God and in the way of charity*". De 'equity' rechtspraak zette de 'common law' niet aan de kant, maar vulde het aan en corrigeerde het waar nodig. Zweigert & Kötz 1998, p. 188-190 en Uniken Venema 1971, p. XIX.

¹³⁸ Uniken Venema 1971, p. 2.

¹³⁹ Zweigert & Kötz 1998, p. 184.

¹⁴⁰ Zweigert & Kötz 1998, p. 181.

¹⁴¹ Zweigert & Kötz 1998, p. 201.

¹⁴² Zweigert & Kötz 1998, p. 181.

¹⁴³ Zweigert & Kötz 1998, p. 259.

¹⁴⁴ Zweigert & Kötz 1998, p. 263.

¹⁴⁵ Zweigert & Kötz 1998, p. 264.

Een derde verschil is dat contracten, wetten en rechtsfeiten in ‘common law’ systemen veel uitvoeriger en gedetailleerder worden geformuleerd dan in ‘civil law’ systemen.¹⁴⁶ Dit verschil vloeit voort uit de hiervoor genoemde verschillen, namelijk het ontbreken van een uitgebreide codificatie en algemene rechtsbeginselen. Daarnaast is het in Engeland noodzakelijk om alle contractuele rechten en plichten zeer gedetailleerd te formuleren in verband met de ‘parol evidence rule’ en de restrictieve interpretatie.¹⁴⁷ Het formuleren van rechtsfeiten speelt op het continent een minder belangrijke rol dan in ‘common law’ landen. Nederlandse rechters formuleren de rechtsfeiten over het algemeen ‘samenvattend’ of ‘kort gezegd’. Bovendien worden algemene rechtsregels uit arresten in ‘civil law’ landen geformuleerd en gebruikt zonder dat opnieuw naar de feiten van de zaak wordt gekeken.¹⁴⁸ In ‘common law’ landen worden de rechtsfeiten juist wel uitvoerig besproken in verband met de ‘doctrine of binding force’: rechters zijn in beginsel gebonden aan eerdere jurisprudentie. Anglo-Amerikaanse juristen hebben dan ook een grote vaardigheid verworven in ‘distinguishing’: door onderscheid te maken tussen de feiten van verschillende zaken, kunnen ongewenste precedentes worden uitgeschakeld.¹⁴⁹

Tot slot noem ik als algemeen verschil dat de Anglo-Amerikaanse rechter niet bevoegd is tot aanvulling van de overeenkomst op grond van redelijkheid en billijkheid.¹⁵⁰ De rechter kan wel via de zogenaamde ‘implied terms’ bepalingen toevoegen aan het contract, wanneer dit naar het oordeel van de rechter de onuitgesproken intentie van partijen is geweest.¹⁵¹ In sommige gevallen kan hiermee hetzelfde resultaat worden bereikt.¹⁵² Naar Nederlands recht geeft artikel 6:248 lid 1 BW een grondslag voor aanvulling van de overeenkomst op grond van redelijkheid en billijkheid.

§ 3.4 Ontbinding versus ‘termination for breach’

In de vorige paragraaf heb ik enkele algemene verschillen tussen ‘common law’ landen en ‘civil law’ landen besproken. In deze paragraaf bespreek ik enkele verschillen op het gebied van ontbinding van overeenkomsten tussen Nederland en Engeland.

§ 3.4.1 Verschil 1: geen onderscheid versus ‘conditions’, ‘warranties’ en ‘intermediate terms’

¹⁴⁶ Zweigert & Kötz 1998, p. 264-267.

¹⁴⁷ Uniken Venema 1971, p. 179.

¹⁴⁸ Zweigert & Kötz 1998, p. 264-265

¹⁴⁹ Uniken Venema 1971, p. 20.

¹⁵⁰ Uniken Venema 1971, p. 157.

¹⁵¹ McKendrick 2012, p. 346 e.v.

¹⁵² Uniken Venema 1971, p. 157.

In Nederland geeft een tekortkoming in de nakoming van iedere bepaling recht op ontbinding, tenzij ontbinding niet gerechtvaardigd is.¹⁵³ In Engeland geeft alleen tekortkoming in de nakoming van een 'condition' of een 'fundamental breach' van een 'intermediate term' recht op ontbinding.¹⁵⁴ Hierin schuilt het eerste belangrijke verschil tussen ontbinding in Nederland en Engeland: het wel of niet maken van onderscheid tussen belangrijke en minder belangrijke bepalingen. Van oudsher maakt men in Engeland onderscheid tussen 'conditions' en 'warranties'. Dit onderscheid is later meer diffuus geworden door de toevoeging van de categorie 'intermediate terms'.¹⁵⁵ Het onderscheid tussen 'conditions' en 'warranties' is in Nederland vreemd.¹⁵⁶ Sterker nog, in het arrest Twickler heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat, als het gaat om de vereisten voor ontbinding, onderscheid op voorhand tussen kernbedingen en niet-kernbedingen niet is toegestaan.¹⁵⁷

Het Engelse recht is wat het onderscheid tussen wezenlijke en niet-wezenlijke bepalingen betreft echt een vreemde eend in de bijt. In de V.S. wordt een dergelijk onderscheid niet gemaakt (zie paragraaf 3.3.2). Evenmin komt het onderscheid voor in het DCFR, wat als een gemene deler van het Europese recht wordt gezien.¹⁵⁸ Een 'condition' in de zin van het DCFR heeft een vergelijkbare betekenis als een opschortende of ontbindende voorwaarde (zie artikel III. - 1:106 DCFR).

§ 3.4.2 Verschil 2: de verhouding tussen ontbinding en andere remedies

Een tweede belangrijk verschil is dat de verhouding tussen ontbinding en de overige remedies anders is verdeeld. Zowel in Nederland als in Engeland kunnen partijen in beginsel kiezen tussen remedies.¹⁵⁹ Echter, de vereisten voor de remedies zijn zeer verschillend. Er is sprake van een verschil in rangorde tussen de verschillende remedies. Schadevergoeding is in Engeland de hoofdremedie.¹⁶⁰ Vanouds kan de schuldeiser de schuldenaar die een tekortkoming in de nakoming pleegt, alleen aanspreken op schadevergoeding en niet tot nakoming.¹⁶¹ Nakoming is ontwikkeld in de 'equity' rechtspraak.¹⁶² Uit de vuistregel dat nakoming alleen mogelijk is indien schadevergoeding inadequaat is, kan worden opgemaakt dat nakoming nog steeds ondergeschikt is aan schadevergoeding.¹⁶³ Ook voor ontbinding

¹⁵³ Dit is in de rechtspraak herhaaldelijk bevestigd. Zie o.a. HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (*De Bruin/Meiling*), HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (*aandelenoverdracht*) en HR 22 juni 2007, *NJ* 2007, 343.

¹⁵⁴ Zie McKendrick 2012, p. 758 en 779 en Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 20 december 1961, *Hongkong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26 (CA).

¹⁵⁵ McKendrick 2012, p. 757.

¹⁵⁶ Uniken Venema 1971, p. 154.

¹⁵⁷ HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 (*Twickler/R.*).

¹⁵⁸ Van Gulijk 2009, p. 374.

¹⁵⁹ De Jong 2011, p. 103 en McKendrick 2012, p. 798-799.

¹⁶⁰ Cartwright 2013, p. 265 en Lord Diplock in House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 14 februari 1980, *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827 (HL).

¹⁶¹ Tenzij de vordering vanaf het begin gericht was op betaling van een geldsom, een zogenaamde 'debt'. Uniken Venema 1971, p. 171.

¹⁶² Zweigert & Kötz 1998, p. 190 en Uniken Venema 1971, p. 171.

¹⁶³ McKendrick 2012, p. 925-926 en Uniken Venema 1971, p. 174.

gelden in Engeland strengere eisen dan voor schadevergoeding. Desondanks ziet men in Engeland ontbinding niet als een secundaire remedie.¹⁶⁴ In Nederland is de rangorde tussen remedies totaal anders. Nakoming is in Nederland eerder hoofdregel dan uitzondering. In tegenstelling tot Engeland, waar nakoming een discretionaire bevoegdheid is, kan de schuldeiser zich in Nederland beroepen op een recht tot veroordeling tot nakoming.¹⁶⁵ Voor schadevergoeding gelden strengere eisen dan voor nakoming, te weten verzuim en toerekenbaarheid (artikel 6:74 BW). Ontbinding hangt een beetje tussen nakoming en schadevergoeding in. De drempel voor ontbinding is lager dan voor schadevergoeding, maar hoger dan voor nakoming.

Net als in het Engelse en Nederlandse recht, gaat men in het DCFR in beginsel uit van keuzevrijheid tussen remedies (artikel III.-3:101 lid 1 DCFR). Maar indien er sprake is van overmacht, zijn de remedies schadevergoeding en nakoming uitgesloten (artikel III.-3:101 lid 2 DCFR).¹⁶⁶ In Nederland is voor schadevergoeding eveneens toerekenbaarheid vereist (artikel 6:74 BW). Wat schadevergoeding betreft, lijkt het DCFR daarom meer op het Nederlandse dan het Engelse recht. Voor ontbinding vereist het DCFR een 'fundamental non-performance' (artikel III.-3:502 DCFR). Dit vereiste sluit nauwer aan bij het Engelse dan het Nederlandse recht. Wat betreft nakoming sluit het DCFR meer aan bij het Nederlandse recht en andere Europese 'civil law' rechtsstelsels.¹⁶⁷ In tegenstelling tot het Engelse recht, verschaft het DCFR de schuldeiser wel een wettelijk recht op nakoming. Artikel III.-3:302 lid 3 onder b DCFR bevat wel een belangrijke uitzondering: nakoming kan niet worden gevorderd indien dit onredelijk bezwarend of kostbaar zou zijn voor de schuldenaar.

§ 3.4.3 Verschil 3: tenzij uitzondering versus 'fundamental breach' hoofdregel

Tegenwoordig wordt in Engeland een groot deel van de bepalingen gezien als 'intermediate terms'.¹⁶⁸ Alleen een 'fundamental breach' van een 'intermediate term' levert recht op ontbinding op.¹⁶⁹ Als gevolg hiervan is in een groot deel van de gevallen ontbinding in Engeland onderhevig aan de zware toetsing van het 'fundamental breach' criterium. Vanwege de tenzij uitzondering van artikel 6:265 lid 1 BW, geeft ook in Nederland niet iedere tekortkoming recht op ontbinding. In Nederland wordt ontbinding slechts bij wijze van uitzondering getoetst. Daarentegen is toetsing van ontbinding in Engeland eerder de hoofdregel vanwege het grote aantal gevallen dat getoetst wordt. Dit verschil uit zich in de bewijslast: in Nederland dient de schuldenaar een beroep te doen op de tenzij uitzondering van artikel 6:265 lid 1 BW, terwijl naar Engels recht de ontbindende partij zal moeten bewijzen dat de

¹⁶⁴ McKendrick 2012, p. 796.

¹⁶⁵ Uniken Venema 1971, p. 174.

¹⁶⁶ Hierbij zij opgemerkt dat het DCFR in artikel III-3:104 een aparte regeling kent voor overmachtsituaties.

¹⁶⁷ Dwars 2011, p.1.

¹⁶⁸ Cartwright 2013, p. 272-273.

¹⁶⁹ McKendrick 2012, p. 779.

tekortkoming in de nakoming voldoende ernstig is. Ondanks het feit dat de algemene tenzij uitzondering van artikel 6:265 lid 1 BW geldt voor tekortkomingen in de nakoming van iedere verbintenis, dus niet alleen voor wezenlijke verbintenissen, is het terrein waarop ontbinding mogelijk is in Nederland naar verhouding omvangrijker dan in Engeland.¹⁷⁰ In Engeland heeft de feitelijke status quo daarom een grotere betekenis dan in Nederland: in Engeland verliest men eerder het recht op ontbinding dan in Nederland.¹⁷¹

In het DCFR is voor ontbinding een fundamentele tekortkoming in de nakoming vereist (artikel III.-3:502 lid 1 DCFR).¹⁷² Net als het Engelse recht, stelt het DCFR dus als voorwaarde dat er sprake moet zijn van een wezenlijke tekortkoming. Hiermee sluit het DCFR meer aan bij het Engelse recht dan bij het Nederlandse recht. Echter, ook een niet-wezenlijke tekortkoming in de nakoming kunnen het recht geven op ontbinding als het gaat om te laat presteren. In dat geval is een ingebrekestelling vereist (artikel III-3:503 lid 1 DCFR). In dit opzicht wijkt het DCFR af van het Engelse recht.

§ 3.4.4 Verschil 4: rechtsonzekerheid versus rechtszekerheid

In Nederland brengt de algemene tenzij uitzondering van artikel 6:265 lid 1 BW rechtsonzekerheid met zich mee, omdat men hierop in beginsel altijd een beroep kan doen. De uitkomst van dit beroep is onzeker, omdat de kans van slagen van een dergelijk beroep afhangt van alle omstandigheden van het geval.¹⁷³ De vraag of ontbinding is toegestaan in een specifiek geval, is hierdoor vatbaar voor discussie.¹⁷⁴ Het traditionele Engelse onderscheid tussen ‘conditions’ en ‘warranties’ geeft wat dat betreft meer zekerheid. Echter, door de introductie van de ‘intermediate terms’ is deze rechtszekerheid afgenomen.¹⁷⁵ Eerst dient te worden ingeschat of er sprake is van een ‘condition’, ‘warranty’ of ‘intermediate term’. Vervolgens dient, in geval van een ‘intermediate term’, te worden ingeschat of er sprake is van een ‘fundamental breach’. Enkel in die gevallen waarin duidelijk is dat er sprake is van een ‘condition’ of ‘warranty’, bijvoorbeeld door ondubbelzinnige partijkeuze, biedt de Engelse ontbindingsregeling meer zekerheid dan de Nederlandse. Er kan in dat geval geen beroep worden gedaan op het ‘fundamental breach’ criterium.

Het is zeer de vraag of een eventuele invoering van het DCFR verandering zou brengen aan de bestaande rechtsonzekerheid als het gaat om de vraag of ontbinding is toegestaan. Als gevolg van het vereiste van ‘fundamental non-performance’ hangt het van de omstandigheden van het geval af of ontbinding gerechtvaardigd is. Daarnaast voegt het DCFR nog een vereiste toe aan ontbinding: de

¹⁷⁰ Uniken Venema 1971, p. 155.

¹⁷¹ Uniken Venema 1971, p. 144 en 156.

¹⁷² Asser/Hijma 2013, nr. 497.

¹⁷³ HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (*De Bruin/Meiling*), HR 4 februari 2000, NJ 2000/562 (*aandelenoverdracht*) en HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 (*Twickler/R.*).

¹⁷⁴ Schelhaas 2008, p. 154.

¹⁷⁵ McKendrick 2012, p. 758.

tekortkoming in de nakoming moet niet alleen wezenlijk zijn, maar ook nog eens voorzienbaar (artikel III.-3:502 lid 2 onder a DCFR). Door deze dubbele toetsing neemt de rechtsonzekerheid alleen maar toe. Voorzienbaarheid kan naar Nederlands recht van belang zijn voor de vraag of er sprake is van overmacht. Dit is echter niet van belang voor ontbinding.¹⁷⁶

§ 3.4.5 *Vershil 5: wijze van toetsing van de ernst van de tekortkoming in de nakoming*

Tevens verschilt de wijze van beoordeling of een tekortkoming voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen. In Nederland wordt gekeken naar alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en ernst van de tekortkoming zelf.¹⁷⁷ Er vindt een belangenafweging plaats tussen het belang van de schuldenaar en de schuldeiser bij instandhouding en ontbinding van de overeenkomst.¹⁷⁸ In Engeland kijkt men bij de beoordeling of er sprake is van een ‘fundamental breach’ enkel naar de gevolgen van de tekortkoming voor de schuldeiser en niet naar de tekortkoming zelf.¹⁷⁹

Op grond van het DCFR is sprake van een ‘fundamental non-performance’ als “it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract”. Dit duidt erop dat er wordt gekeken naar de gevolgen van de tekortkoming in de nakoming, hetgeen aansluit bij het Engelse recht (artikel III.-3:502 lid 2 onder a CDFR). Van een ‘fundamental non-performance’ is ook sprake indien de tekortkoming in de nakoming opzettelijk of roekeloos is en de schuldeiser reden geeft om aan te nemen dat hij niet kan vertrouwen op toekomstige nakoming artikel III.-3:502 lid 2 onder b CDFR). Er wordt op grond van het DCFR dus zowel gekeken naar de gevolgen van de tekortkoming in de nakoming als naar de tekortkoming zelf.

§ 3.4.6 *Vershil 6: redelijkheid en billijkheid versus ‘good faith’*

In Engeland bestaat geen algemene regel dat een partij zijn rechten in redelijkheid of ‘in good faith’ dient uit te oefenen.¹⁸⁰ Maar het handelen in ‘good faith’ door de schuldenaar kan er wel toe leiden dat de rechter concludeert dat er geen sprake is van een ‘repudiatory breach’.¹⁸¹ In tegenstelling tot Engeland, kent de V.S. wel een algemeen beginsel van redelijkheid en billijkheid.¹⁸² Ieder contract bevat een ‘implied covenant of good faith and fair dealing’.¹⁸³ Deze ‘duty of good faith performance’ is opgenomen in artikel 1-203 van de Uniform Commercial Code. In Nederland wordt de schuldenaar

¹⁷⁶ De Jong en Krans 2011, p. 3.

¹⁷⁷ HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (*De Bruin/Meiling*), HR 4 februari 2000, NJ 2000/562 (*aandelenoverdracht*) en HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 (*Twickler/R.*).

¹⁷⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 684.

¹⁷⁹ House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 14 februari 1980, *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827 (HL) 849 (Lord Diplock).

¹⁸⁰ Cartwright 2013, p. 275-276 en McKendrick 2012, p. 795.

¹⁸¹ McKendrick 2012, p. 793.

¹⁸² Barnett 2010, p. 190-199.

¹⁸³ Court of Appeal (New York) 9 oktober 1933, *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.* 263 N.Y. 79, 188 N.E. 163 (1933).

beschermde door de algemene rechtsregel van redelijkheid en billijkheid. De gemaakte keuze tussen rechtsmiddelen moet gerechtvaardigd zijn.¹⁸⁴ De schuldeiser dient tot op zekere hoogte rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar.¹⁸⁵ Overigens betekent dit niet dat de schuldeiser niet vrij is om te kiezen voor ontbinding wanneer een minder verstreckende remedie voor handen is.¹⁸⁶

In het DCFR speelt redelijkheid en billijkheid een grote rol bij ontbinding van overeenkomsten. Artikel III.-1:103 lid 1 DCFR bepaalt dat partijen bij het uitoefenen van het recht op ontbinding moeten handelen in overeenstemming met 'good faith and fair dealings'. Dit houdt in dat partijen eerlijk en open naar elkaar toe zijn en dat zij rekening houden met de belangen van de wederpartij. Indien partijen dit nalaten, kan dit leiden tot verlies van het recht op ontbinding (artikel III.-1:103 lid 3 DCFR). Daarnaast speelt redelijkheid een rol bij de vraag of er geheel of gedeeltelijk kan worden ontbonden (artikel III.-3:506 lid 2 onder b DCFR) en bij de vraag of is voldaan aan het vereiste van voorzienbaarheid (artikel III.-3:502 lid 2 onder b DCFR). Door een algemeen beginsel van redelijkheid en billijkheid aan te nemen, sluit het DCFR meer aan bij het Nederlandse recht dan bij het Engelse recht. Een dergelijke open norm past niet binnen de Engelse rechtstraditie, waar men volgens sommigen een diep wantrouwen heeft voor algemene rechtsbeginselen.¹⁸⁷

§ 3.4.7 Verschil 7: algemene versus gedeeltelijke verbintenis tot ongedaanmaking

Ontbinding is zowel in Nederland als in Engeland 'prospective': het heeft geen terugwerkende kracht.¹⁸⁸ In Nederland ontstaat na ontbinding een algemene verbintenis tot ongedaanmaking (artikel 6:271 BW). In tegenstelling tot in Nederland, leidt ontbinding in Engeland slechts in sommige gevallen tot een verbintenis tot teruggave.¹⁸⁹

Net als bij het Nederlandse en Engelse recht, heeft ontbinding volgens het DCFR geen terugwerkende kracht. Op grond van artikel III.-3:509 lid 1 DCFR heeft ontbinding tot gevolg dat de nog openstaande verplichtingen komen te vervallen. Ontvangen prestaties dienen te worden gerestitueerd (artikel III.-3:510 lid 1 DCFR). Dit geldt niet voor zover prestaties door beide partijen over en weer in overeenstemming met het contract zijn uitgevoerd (artikel III.-3:511 lid 1 DCFR). Een dergelijke uitzondering bestaat niet naar Nederlands recht. Al met al ontstaat op grond van het DCFR in meer gevallen de verplichting tot restitutie dan in het Engelse recht. Het DCFR sluit op dit vlak meer aan bij het Nederlandse recht.

¹⁸⁴ De Jong 2011, p. 239.

¹⁸⁵ HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (*Multi Vastgoed/Nethou*) r.o. 3.5. Dit arrest ging niet over ontbinding, maar over de keuze tussen nakoming en schadevergoeding.

¹⁸⁶ HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 (*Tromp/Regency*) en HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (*aandelenoverdracht*).

¹⁸⁷ De Tavernier en Van der Weide 2011, p. 129.

¹⁸⁸ De Jong 2011, p. 225-228 en Beale 2010, p. 917.

¹⁸⁹ Beale 2010, p. 917 en p. 985-987.

Hoofdstuk 4 Valkuilen van het gebruik van Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules

In het vorige hoofdstuk heb ik de verschillen tussen het Nederlandse recht en het Anglo-Amerikaanse recht uiteengezet. In dit hoofdstuk geef ik antwoord op de vraag wat, gegeven deze verschillen, de valkuilen zijn van het gebruik van Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules. Het gebruik van Anglo-Amerikaanse clausules kan op twee manieren tot misverstanden leiden. Ten eerste gebruiken Nederlandse partijen Anglo-Amerikaanse bepalingen, zonder dat zij een duidelijk beeld hebben van hoe deze bepalingen passen binnen het Nederlandse rechtstelsel. Ten tweede realiseren buitenlandse partijen zich niet dat de rechtsgevolgen van Anglo-Amerikaanse bepalingen in Nederland anders zijn dan zij verwachten.¹⁹⁰ Om een beter beeld te krijgen van hoe Anglo-Amerikaanse bepalingen passen in het Nederlandse rechtstelsel, bespreek ik hierna eerst hoe bepalingen in het algemeen worden uitgelegd naar Nederlands recht. Immers, bij een conflict over de inhoud van een contract, is de uitleg van contractbepalingen de trechter waardoor deze voor Nederland vreemde bepalingen worden geperst.¹⁹¹ Vervolgens maak ik een onderscheid tussen bepalingen die wel in een Anglo-Amerikaans contract staan die normaliter niet in een Nederlands contract voorkomen en andersom. Van deze bepalingen geef ik aan wat de valkuilen zijn voor Nederlandse en buitenlandse partijen. Tot slot besteed ik aandacht aan de mogelijkheden om deze valkuilen te omzeilen.

§ 4.1 Uitleg van Anglo-Amerikaanse clausules naar Nederlands recht

Interpretatieproblemen worden in Nederland uiteindelijk opgelost door de uitleg van contracten.¹⁹² Het komt daarbij aan op hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze aan de bepalingen mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten.¹⁹³ Bij commerciële contracten zijn van belang: de bewoordingen van de clausule, de aard, de inhoud, de strekking en de mate van gedetailleerdheid van de overeenkomst waarvan de clausule deel uitmaakt en de wijze waarop de clausule tijdens de onderhandelingen ter sprake is gekomen en onderdeel van de overeenkomst is geworden.¹⁹⁴ Bij de uitleg van Anglo-Amerikaanse contractbepalingen kunnen de buitenlandse achtergrond en de letterlijke betekenis van termen in het land van oorsprong een rol spelen.¹⁹⁵ Zo kan bijvoorbeeld de omstandigheid dat contractanten

¹⁹⁰ Weiffenbach en Berg 2011, p. 421.

¹⁹¹ Drion 2010, p. 1.

¹⁹² Schelhaas 2014, p. 24.

¹⁹³ HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (*Ernes/Haviltex*).

¹⁹⁴ HR 5 april 2013, *NJ* 2013, 214 (*Lundiform/Mexx*).

¹⁹⁵ Schelhaas 2014, p. 24.

afkomstig zijn uit een buitenlandse jurisdictie, ertoe leiden dat gangbare buitenlandse maatstaven een rol spelen bij de uitleg van contracten.¹⁹⁶ Ook de rechtsgebruiken van het land van contractsluiting kunnen de uitleg van contractbepalingen beïnvloeden.¹⁹⁷ Daarnaast kunnen de omstandigheden dat de aandeelhouders afkomstig zijn uit de V.S., de overeenkomst in het Engels is opgesteld en dat deze volgens Anglo-Amerikaanse rechtstraditie zeer uitgebreid en gedetailleerd is vastgelegd, ertoe leiden dat er grote waarde wordt gehecht aan de letterlijke tekst.¹⁹⁸ Het feit dat de buitenlandse achtergrond een rol kan spelen bij de uitleg van contractbepalingen, benadrukt het belang van rechtsvergelijkende kennis.¹⁹⁹

§ 4.2 Valkuilen van Anglo-Amerikaanse bepalingen

In hoofdstuk 2 heb ik verkend welke Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules in de Nederlandse rechtspraktijk voorkomen. Er bestaan naar ‘common law’ twee typen ontbindingsclausules.²⁰⁰ Ten eerste is er de mogelijkheid voor partijen om een bepaling te classificeren als een ‘condition’ of ‘warranty’.²⁰¹ Onder deze manier van classificeren valt ook de ‘time is of the essence’ clause. Het tweede type ontbindingsclausule is de bepaling waarin staat dat een tekortkoming of een bepaald soort tekortkoming in de nakoming van één of meer bepalingen het recht geeft op ontbinding: de zogenaamde ‘termination clause’.²⁰² Onder deze categorie valt de ‘material breach’ clause.

§ 4.2.1 ‘It shall be condition that’ clausules

Classificatie als een ‘condition’ geschiedt in Anglo-Amerikaanse contracten bijvoorbeeld door het opnemen van de bepaling ‘it shall be condition that’.²⁰³ Indien het contract deugdelijk is opgesteld en geen andere bedoeling blijkt uit de context van het contract, leidt het opnemen van een bepaling ‘it shall be condition that’ er naar Engels recht toe dat iedere overschrijding van die bepaling ontbinding rechtvaardigt.²⁰⁴

Een dergelijke bepaling komt niet voor in Nederlandse contracten, omdat het onderscheid tussen ‘conditions’ en ‘warranties’ in Nederland vreemd is.²⁰⁵ Bovendien is het de Nederlandse rechter

¹⁹⁶ HR 18 november 1983, NJ 1984, 345 (*Shu/Lam*).

¹⁹⁷ HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).

¹⁹⁸ HR 9 april 2010, RvdW 2010, 511 (*UPC/Land c.s.*).

¹⁹⁹ Schelhaas 2014, p. 27.

²⁰⁰ Whittaker 2007, p. 257.

²⁰¹ McKendrick 2012, p. 761.

²⁰² McKendrick 2012, p. 789.

²⁰³ House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 4 april 1973, *L Schuler AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd* [1974] AC 235.

²⁰⁴ Hierbij zij opgemerkt dat de term ‘condition’ naar Anglo-Amerikaans recht meerdere betekenissen kan hebben. Het kan wijzen op een ‘condition precedent’ (opschortende voorwaarde) of op een wezenlijke contractbepaling, waarvan tekortkoming in de nakoming het recht geeft op ontbinding. Ook wordt de term ‘condition’ gebruikt voor aan aanduiden van een bepaling in de ‘terms and conditions’ (algemene voorwaarden). Zie McKendrick 2012, p. 759.

²⁰⁵ Uniken Venema 1971, p. 154.

niet toegestaan om onderscheid te maken tussen wezenlijke en niet-wezenlijke bepalingen als het gaat om de voorwaarden voor ontbinding.²⁰⁶ Het is daarom zeer de vraag welke betekenis een Nederlandse rechter aan een 'it shall be condition that' clause toekent. Een dergelijke bepaling zal worden uitgelegd aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Hierdoor is de uitkomst van deze uitleg onduidelijk. Dit hangt af van de omstandigheden van het geval.

Eén mogelijke uitleg door de rechter is dat het opnemen van een dergelijke clause leidt tot uitsluiting van de tenzij uitzondering van artikel 6:265 lid 1 BW, omdat dit artikel van regeland recht is. Indien de bepaling conform de Engelse rechtstraditie wordt uitgelegd, heeft dit tot gevolg dat iedere tekortkoming in de nakoming van de bepaling ontbinding rechtvaardigt.²⁰⁷ Deze uitleg laat geen ruimte over voor de tenzij uitzondering. De kans dat de rechter een dergelijke bepaling op deze manier uitlegt, wordt groter indien partijen van Engelse komaf zijn²⁰⁸ of het contract in Engeland is gesloten.²⁰⁹

Een andere mogelijkheid is dat de rechter niet de verstrekkende conclusie trekt dat de tenzij uitzondering is uitgesloten, maar concludeert dat de bepaling is bedoeld om aan te geven dat een verbintenis van wezenlijk belang is. In dat geval ligt het voor de hand dat de rechter het opnemen van een dergelijke clause als omstandigheid meeweegt bij de vraag of ontbinding in een concreet geval al dan niet gerechtvaardigd is.

Gegeven deze verschillen kan het opnemen van een 'condition' clause leiden tot misverstanden. De Anglo-Amerikaanse jurist verwacht bij iedere tekortkoming in de nakoming direct te kunnen ontbinden, maar wordt geconfronteerd met de tenzij uitzondering van artikel 6:265 lid 1 BW. De Nederlandse jurist weet, vanwege de Haviltex-maatstaf, op voorhand niet waar hij of zij aan toe is.

§ 4.2.2 'Time is of the essence' clauses

Een andere manier om een bepaling te classificeren als een 'condition' is het opnemen van een 'time is of the essence' bepaling. Dit is een Anglo-Amerikaanse bepaling die normaliter niet voorkomt in Nederlandse contracten, omdat termijnen naar Nederlands recht in beginsel fataal zijn.²¹⁰ Naar Engels recht heeft het opnemen van een 'time is of the essence' clause tot gevolg dat op tijd presteren een 'condition' is en iedere overschrijding het recht geeft op ontbinding.²¹¹ Ook in andere 'common law' landen heeft een dergelijke clause deze betekenis.²¹²

²⁰⁶ HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 (*Twickler/R.*).

²⁰⁷ McKendrick 2012, p. 758.

²⁰⁸ HR 18 november 1983, NJ 1984, 345 (*Shu/Lam*).

²⁰⁹ HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).

²¹⁰ Tjittes 2008, p. 43.

²¹¹ Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 31 juli 1986, *Lombard North Central PLC v Butterworth* [1987] QB 527 en Court of Appeal (Hong Kong) 3 februari 1997, *Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd* [1997] AC 519.

²¹² Wiggers 2011, p. 227.

In Nederland leidt het opnemen van een dergelijke bepaling er niet in alle gevallen toe dat iedere overschrijding van een termijn het recht geeft op ontbinding. Het is zeer de vraag of het opnemen van een 'time is of the essence' clause verandering brengt aan de algemene regeling. Ten eerste is niet iedere termijn een fatale termijn.²¹³ Op grond van artikel 6:83 sub a BW kan de termijn een andere strekking hebben. Indien een dergelijke bepaling aan één specifieke termijn wordt gekoppeld, zou verdedigd kunnen worden dat deze termijn fataal is. Immers, een 'time is of the essence' clause wordt opgenomen om te benadrukken dat een partij in gebreke is wanneer zij niet op tijd presteert. Indien in algemene bewoordingen wordt bepaald dat alle termijnen 'of the essence' zijn, hangt het van de omstandigheden van het geval af of een concrete termijn 'of the essence' is.²¹⁴ In beide gevallen is het verstandig om voor de zekerheid een ingebrekestelling te sturen alvorens tot ontbinding over te gaan. Ten tweede is naar Nederlands recht het onderscheid tussen 'conditions' en 'warranties' vreemd. Het opnemen van een 'time is of the essence' clause leidt niet tot uitsluiting van artikel 6:265 lid 1 BW. Derhalve kan de tenzij uitzondering van artikel 6:265 lid 1 BW ertoe leiden dat een geringe overschrijding van een termijn geen ontbinding rechtvaardigt. Ten derde is de kans aanwezig dat een Nederlandse rechter bij een kleine overschrijding een beroep op een 'time is of the essence' clause naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar acht.²¹⁵

Gegeven deze verschillen kan het opnemen van een 'time is of the essence' clause leiden tot interpretatieproblemen en misverstanden. Een Anglo-Amerikaanse partij zal verwachten bij iedere tekortkoming in de nakoming te kunnen ontbinden, terwijl dit niet het geval is. Een Nederlandse partij heeft geen duidelijk beeld van hoe deze bepaling naar Nederlands recht zal worden uitgelegd.

§ 4.2.3 'Warranty' clauses

Naast classificatie als 'condition' kan ontbinding in Engeland ook contractueel worden geregeld door aan te geven dat tekortkoming in de nakoming van een bepaling juist geen recht geeft op ontbinding. Partijen kunnen overeenkomen dat een bepaling een 'warranty' naar Engels recht betreft. Naar Engels recht is een 'warranty' een minder belangrijke bepaling, waarvan de tekortkoming in de nakoming enkel recht geeft op schadevergoeding.²¹⁶

Naar Nederlands recht kunnen partijen overeenkomen dat een tekortkoming in de nakoming van een specifieke bepaling recht geeft op schadevergoeding, maar niet op ontbinding. Partijen kunnen ontbinding immers geheel of gedeeltelijk uitsluiten, omdat artikel 6:265 lid 1 BW van regelen recht is.²¹⁷ Toch zal het opnemen van het begrip 'warranty' tot de nodige onduidelijkheid kunnen

²¹³ De Jong 2011, nr. 231.

²¹⁴ Wiggers 2011, p. 227.

²¹⁵ Tjittes 2009, p. 82.

²¹⁶ McKendrick 2012, p. 773.

²¹⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 686 onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 6, p. 1011.

leiden. Enerzijds omdat in Nederland het onderscheid tussen ‘conditions’ en ‘warranties’ vreemd is.²¹⁸ Anderzijds omdat het begrip ook kan duiden op de Amerikaanse betekenis (zie paragraaf 3.3.2). Het is niet duidelijk wat de status is van een dergelijke ‘warranty’.²¹⁹ Op het Europese continent heeft het begrip ‘warranty’ naar Amerikaans voorbeeld geen specifieke betekenis.²²⁰

Gezien de verschillende betekenissen van het begrip ‘warranty’ naar Engels, Amerikaans en Nederlands recht, dient men zeer voorzichtig te zijn bij het gebruik van deze bepaling. Een Engelse jurist zal verwachten dat ontbinding niet is toegestaan bij een tekortkoming in de nakoming van de bepaling die als ‘warranty’ is bestempeld, terwijl het de vraag is of naar Nederlands recht een dergelijke bepaling als zodanig wordt uitgelegd. Een Nederlandse jurist heeft evenmin duidelijkheid over de betekenis en dient zich ervan bewust te zijn dat het begrip ‘warranty’ meerdere betekenissen heeft naar Anglo-Amerikaans recht.

§ 4.2.4 ‘Material breach’ clauses

Als gevolg van de introductie van de categorie ‘intermediate terms’ is ontbinding naar Engels recht in veel gevallen alleen toegestaan indien er sprake is van een ‘fundamental breach’ (zie verschil 3 paragraaf 3.5). Om ervoor te zorgen dat ontbinding ook mogelijk is bij minder ernstige tekortkomingen in de nakoming, gebruiken contractenmakers regelmatig termen als ‘material breach’.²²¹ Het gebruik van de term ‘material breach’ leidt tot een uitbreiding van de remedies onder ‘common law’.²²²

Aangezien in Nederland in beginsel iedere tekortkoming ontbinding rechtvaardigt,²²³ is het niet nodig om de mogelijkheden tot ontbinding op deze manier te verruimen. Een dergelijke ‘material breach’ clause komt normaliter dan ook niet voor in Nederlandse contracten. Het opnemen ervan zal in Nederland niet leiden tot verruiming van de mogelijkheden tot ontbinding. Integendeel: het opnemen van een dergelijke clause zal eerder leiden tot een verzwaring van de eisen voor ontbinding. Immers, de term ‘material breach’ duidt op een significante tekortkoming in de nakoming. In feite zeggen partijen dus dat zij enkel het recht hebben op ontbinding in geval van een significante tekortkoming in de nakoming. Hierdoor werpen partijen een extra drempel op ten opzichte van de hoofdregel dat iedere tekortkoming in de nakoming ontbinding rechtvaardigt. Vanzelfsprekend zal in geval van een conflict aan de hand van de Haviltex-maatstaf moeten worden bepaald of de bepaling ook echt zo moet worden uitgelegd.

²¹⁸ Uniken Venema 1971, p. 154.

²¹⁹ Weiffenbach en Berg 2011, p. 424.

²²⁰ Wiggers 2011, p. 194.

²²¹ McKendrick 2012, p. 792.

²²² Whittaker 2007, p. 275.

²²³ HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (*De Bruin/Meiling*), HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (*aandelenoverdracht*) en HR 22 juni 2007, NJ 2007, 343.

Gezien bovenstaande verschillen in betekenis naar Anglo-Amerikaans en Nederlands recht, is het opnemen van een 'material breach' clause niet zonder risico. De betekenis naar Nederlands recht is niet duidelijk. Een buitenlandse partij verwacht de mogelijkheden tot ontbinding te verruimen, maar zal in plaats daarvan de mogelijkheden tot ontbinding juist verkleinen. Daarnaast zal ook de Nederlandse jurist mogelijk onbedoeld een extra drempel voor ontbinding opwerpen.

§ 4.3 Valkuilen van ontbrekende bepalingen in Anglo-Amerikaanse contractmodellen

Hierboven heb ik enkele valkuilen besproken van het gebruik van Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules die normaliter niet in een Nederlands contract voorkomen. Een andere valkuil van het gebruik van Anglo-Amerikaanse contractmodellen is dat sommige bepalingen die normaliter in Nederlandse contracten staan juist niet voorkomen, omdat dit naar Anglo-Amerikaans recht niet nodig is.

§ 4.3.1 Uitsluiting ontbinding

Ontbinding wordt in Nederlandse overnamecontracten normaliter uitgesloten vanwege het ontstaan van de verbintenis tot ongedaanmaking van artikel 6:271 BW.²²⁴ Een andere reden om ontbinding uit te sluiten, kan zijn dat de tenzij uitzondering van artikel 6:265 BW tot discussies en procedures leidt.²²⁵ Net als in Nederland kunnen partijen naar Engels recht ontbinding geheel uitsluiten.²²⁶ In Engeland bestaat hier minder behoefte aan, omdat na ontbinding slechts in sommige gevallen een verbintenis tot teruggave ontstaat.²²⁷ Bovendien is ontbinding in veel gevallen onderhevig aan de strenge toetsing van het 'fundamental breach' criterium, waardoor in minder gevallen recht op ontbinding ontstaat dan in Nederland.²²⁸ Bij het gebruik van een Anglo-Amerikaans modelcontract dient met name de buitenlandse jurist zich ervan bewust te zijn dat in Nederland de tenzij uitzondering van artikel 6:265 lid 1 BW geldt en dat er sprake is van een verdergaande verbintenis tot ongedaanmaking dan naar Anglo-Amerikaans recht. Voor de Nederlandse jurist is dit een minder grote valkuil, aangezien de Nederlandse jurist hiermee bekend is. Deze zal er enkel alert op moeten zijn dat het modelcontract vermoedelijk geen uitsluitingsclausule bevat.

§ 4.3.2 Uitsluiting nakoming

²²⁴ Strikwerda 2008, p. 142.

²²⁵ Schelhaas 2008, p. 154.

²²⁶ Treitel & Peel 2011, p. 903.

²²⁷ Beale 2010, p. 917 en p. 985-987.

²²⁸ Uniken Venema 1971, p. 144 en 156.

Naar Nederlands recht kan het recht op nakoming contractueel worden uitgesloten, omdat het van regelen recht is.²²⁹ Een belangrijke reden om nakoming uit te sluiten, is dat het instellen van een vordering tot nakoming in Nederland zeer laagdrempelig is (zie paragraaf 3.2.3), terwijl de gevolgen aanzienlijk kunnen zijn. Met name bij een overnameovereenkomst kan een verkoper in moeilijkheden komen indien de verkochte onderneming in overeenstemming moet worden gebracht met hetgeen de koper op grond van het contract mocht verwachten.²³⁰

Naar Anglo-Amerikaans recht ligt dit anders. 'Specific performance' is naar Anglo-Amerikaans recht slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk. Van oudsher kan de schuldeiser de schuldenaar alleen aanspreken op schadevergoeding en niet op nakoming.²³¹ Nakoming is een discretionaire bevoegdheid van de rechter en wordt niet snel toegewezen. In Anglo-Amerikaanse overnamecontracten is nakoming daarom veelal niet uitgesloten.²³²

In het hierboven genoemde verschil tussen Nederlands en Anglo-Amerikaans recht ligt een valkuil verscholen: de buitenlandse jurist dient zich ervan bewust te zijn dat naar Nederlands recht nakoming in meer gevallen mogelijk is dan naar Anglo-Amerikaans recht. De Nederlandse jurist is bekend met het recht op nakoming en zal dit desgewenst alsnog moeten uitsluiten.

§ 4.4 Het omzeilen van de valkuilen

Hierboven heb ik de valkuilen van het gebruik van Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules uiteengezet. Hieronder zal ik enkele praktische manieren bespreken om deze valkuilen te omzeilen. Ten eerste kunnen partijen overeenkomen dat een beding moet worden uitgelegd naar Anglo-Amerikaans recht. Deze oplossing voor interpretatieproblemen wordt aangedragen door Tjittes.²³³ Bepalingen als 'it shall be condition that' en 'time is of the essence' krijgen hierdoor volgens Tjittes de specifieke Anglo-Amerikaanse betekenis. Het voordeel hiervan is dat er meer duidelijkheid ontstaat over de betekenis van begrippen die naar Nederlands recht vreemd zijn. Met name de buitenlandse partij die verwacht dat de Anglo-Amerikaanse betekenis geldt, is hierbij gebaat. Voor Nederlandse partijen geeft dit eveneens meer duidelijkheid over de betekenis. Een nadeel hiervan is dat Nederlandse partijen en de rechter zich dan moeten verdiepen in de Anglo-Amerikaanse betekenis. Een ander nadeel van het opnemen van een dergelijke uitlegbepaling is dat begrippen als 'condition' en 'warranty' naar Anglo-Amerikaans recht ook verschillende betekenissen kunnen hebben. Enkel het opnemen van een bepaling dat een clause naar Anglo-Amerikaans recht dient te worden uitgelegd,

²²⁹ Krans 2011, p. 62.

²³⁰ Tjittes 2008, p. 42.

²³¹ Uniken Venema 1971, p. 171.

²³² Tjittes 2008, p. 42.

²³³ Tjittes 2009, p. 82.

is daarom niet voldoende om duidelijkheid te scheppen over de betekenis van Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules.

Ten tweede kan men uitdrukkelijk vermelden welke Nederlandse rechtsfiguur wordt bedoeld.²³⁴ Bijvoorbeeld bij het gebruik van een 'termination' clause, verdient het aanbeveling om achter 'termination' tussen haakjes te vermelden wat hieronder wordt verstaan: ontbinding of opzegging.²³⁵ Deze aanbeveling is vooral goed te gebruiken bij bepalingen die in het Nederlandse recht een soortgelijke rechtsfiguur kennen, zoals 'termination' en 'warranty' voor zover men daar 'garantie' mee bedoelt. Voor de Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules die geen Nederlandse equivalent hebben, is deze aanbeveling niet bruikbaar.

Ten derde dient men duidelijk aan te geven welk rechtsgevolg is verbonden aan een tekortkoming in de nakoming van een contractuele bepaling. Op deze manier wordt voorkomen dat er discussie ontstaat of de schuldeiser bij een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis wel of niet het recht heeft op ontbinding. Deze aanbeveling is vooral handig bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse ontbindingsclausules die geen eenduidige Nederlandse equivalent hebben, zoals de 'it shall be condition that' clause en de 'warranty' clause.

Ten vierde verdient het aanbeveling om te onderzoeken onder welke omstandigheden de overeenkomst tot stand is gekomen. De omstandigheid dat partijen of hun advocaten van Anglo-Amerikaanse origine zijn, kan ertoe leiden dat een contractuele bepaling wordt uitgelegd naar Anglo-Amerikaans recht.²³⁶ Daarnaast is het voor de uitleg van bepalingen van commerciële contracten tussen professionele partijen van belang of partijen zijn bijgestaan door juristen, over de inhoud hebben onderhandeld en de overeenkomst volgens Anglo-Amerikaanse rechtstraditie gedetailleerd is vastgelegd. Behoudens tegenbewijs leiden deze omstandigheden ertoe dat groot gewicht toekomt aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de bewoordingen van het contract.²³⁷

²³⁴ Beenders & Meijer 2013, p. 653.

²³⁵ Tjittes 2008, p. 42.

²³⁶ Tjittes 2009, p. 82.

²³⁷ HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (Meyer Europe/Pontmeyer) rov. 3.4.3. en HR 5 april 2013, NJ 2013, 214 (Lundiform/Mexx) rov. 3.4.2 en 3.4.4.

Hoofdstuk 5 Conclusie

Er is een aantal algemene verschillen te ontdekken tussen 'common law' en 'civil law'. Ten eerste bestaat in Engeland, in tegenstelling tot in Nederland, geen uitgebreid Burgerlijk Wetboek. Ten tweede is de methode van rechtsvinding en rechtstoepassing anders: de 'common law' jurist redeneert van precedentes naar een algemeen principe, terwijl de 'civil law' jurist deductief redeneert van een universele aanname naar een concreet geval. Ten derde verschilt de 'common law' van de 'civil law' in de mate van gedetailleerdheid waarmee contracten, wetten en rechtsfeiten worden geformuleerd. Ten vierde is de Anglo-Amerikaanse rechter, in tegenstelling tot de Nederlandse rechter, niet bevoegd tot aanvulling van de overeenkomst op grond van redelijkheid en billijkheid.

Met betrekking tot ontbinding is eveneens een aantal verschillen te ontdekken tussen 'common law' en 'civil law'. Ten eerste wordt in Nederland geen onderscheid gemaakt tussen wezenlijke en niet-wezenlijke bepalingen. Daarentegen is in Engeland de mogelijkheid tot ontbinding afhankelijk van de vraag of er sprake is van een 'condition', 'warranty' of 'intermediate term'. Het Engelse recht is wat dat betreft internationaal een vreemde eend in de bijt. Ten tweede neemt ontbinding als rechtsmiddel in Nederland een andere plaats in tussen de andere rechtsmiddelen dan in Engeland. In Engeland is schadevergoeding de hoofdremedie: voor ontbinding gelden zwaardere eisen dan voor schadevergoeding en nakoming is slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk. In Nederland zijn de voorwaarden voor schadevergoeding juist zwaarder dan de voorwaarden voor ontbinding en is nakoming geen uitzondering, maar een basisrecht. Een derde verschil is dat ontbinding in Engeland in de meeste gevallen onderhevig is aan de zware toetsing van het 'fundamental breach' criterium. In Nederland wordt ontbinding slechts getoetst wanneer de schuldenaar zich beroept op de tenzij uitzondering van artikel 6:265 lid 1 BW. Dit verschil uit zich met name in de verdeling van de bewijslast: in Engeland zal de schuldeiser moeten stellen en bewijzen dat de ontbinding gerechtvaardigd is, terwijl in Nederland de schuldenaar dient te stellen en bewijzen dat ontbinding juist niet gerechtvaardigd is. Hierdoor verliest men in Engeland eerder het recht op ontbinding dan in Nederland. Het vierde verschil is dat het Engelse recht in sommige gevallen meer rechtszekerheid geeft, namelijk in geval van een tekortkoming in de nakoming van een 'condition'. Dit verschil dient te worden genuanceerd, omdat de moeilijkheden die samenhangen met de vraag of er sprake is van een 'condition' alsnog rechtsonzekerheid met zich meebrengen. Het vijfde verschil is dat de ernst van de toetsing in Nederland plaatsvindt aan hand van alle omstandigheden van het geval, terwijl men in Engeland enkel kijkt naar de gevolgen van de tekortkoming in de nakoming. Ten zesde bestaat naar Engels recht geen algemene regel die bepaalt dat partijen hun rechten naar redelijkheid en billijkheid moeten uitoefenen. Het Engelse recht wijkt op dit punt af van het Nederlandse en Amerikaanse recht.

Het zevende en laatste verschil is dat ontbinding in Engeland slechts in sommige gevallen leidt tot een verbintenis tot teruggave, terwijl in Nederland een algemene ongedaanmakingsverbintenis ontstaat.

Vanwege deze verschillen is het gebruik van Anglo-Amerikaanse contractmodellen niet zonder risico, want er zijn valkuilen. Enerzijds staan er bepalingen in Anglo-Amerikaanse contracten die tot misverstanden kunnen leiden. Voorbeelden hiervan zijn de 'it shall be condition that' clause, de 'time is of the essence' clause, de 'warranty' clause en de 'material breach' clause. Deze interpretatieproblemen worden in Nederland uiteindelijk opgelost door de uitleg van contractbepalingen. Anderzijds ontbreken er bepalingen in Anglo-Amerikaanse modelcontracten die normaliter wel in Nederlandse contracten staan. Naar Engels recht bestaat bijvoorbeeld minder behoefte om ontbinding uit te sluiten. Evenmin is het gebruikelijk in Anglo-Amerikaanse contracten om nakoming uit te sluiten.

Voornoemde valkuilen kunnen op de volgende wijzen worden omzeild: door overeen te komen dat een beding moet worden uitgelegd naar Anglo-Amerikaans recht, door uitdrukkelijk te vermelden welke Nederlandse rechtsfiguur wordt bedoeld, door duidelijk aan te geven welk rechtsgevolg is verbonden aan een tekortkoming in de nakoming van een contractuele bepaling en door te onderzoeken onder welke omstandigheden de overeenkomst tot stand is gekomen.

Literatuurlijst

Literatuur

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hijma 2013 (7-I*)

Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Koop en ruil. Deel I*. Deventer: Kluwer 2013.

Bakels 2011

F. B. Bakels, *Monografieën BW. Ontbinding van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2011.

Barnett 2010

R. E. Barnett, *The Oxford introductions to U.S. law. Contracts*, New York: Oxford University Press 2010.

Beale e.a. 2010

H. Beale, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Portland: Hart Publishing 2010.

Beenders & Meijer 2013

D. Beenders en J-W. Meijer, 'Uitleg van commerciële contracten in de praktijk, AA 2013, 646.

Boom 2013

W.H. van Boom, *Groene Serie Verbintenissenrecht, 4 Wanneer heeft men recht op ontbinding? Bij: Burgerlijk Wetboek 6, Artikel 265 (Ontbinding, geheel of gedeeltelijk)*, Deventer: Kluwer 2013.

Brunner e.a. 2011

C.J.H. Brunner, G.T. de Jong, H.B. Krans en M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht Algemeen (studiereeks burgerlijk recht)*, Deventer: Kluwer 2011.

Cartwright 2013

J. Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford: Hart Publishing 2013.

Drion 2008

C.E. Drion, 'Standaardclausules', *NJB* 2012, 1299.

Drion 2010

C.E. Drion, 'Anglo-Amerikaanse invloeden', *NJB* 2010, 1011.

Drion 2011

C.E. Drion, 'Anglo-Amerikaanse contracten, een zegen of een ramp', *NJB* 2011, 1224.

Dwars 2011

A.M. Dwars, 'Het recht op nakoming in artikel III.-3:302. Is aansluiting bij de Europese civil law een geslaagde keuze?', *NTBR* 2011, 42.

Godwin e.a. 2009

P. Godwin, 'Terminating contracts for "material breach"', *Herbert Smith newsletter* 2009, 85.

Van Gulijk 2009

S. van Gulijk, 'De Draft Common Frame of Reference: een korte introductie', *AA* 2009-6, p. 374-377.

De Jong en Krans 2011

G.T. de Jong en H.B. Krans, 'Ontbinding en prijsvermindering', *NTBR* 2011, 43.

McKendrick 2012

E. McKendrick, *Contract Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Schelhaas 2008

H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten Over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten', *NTRB* 2008, 21, p. 1-11.

Schelhaas 2014

H.N. Schelhaas, 'Optioneel internationaal contractenrecht in de Nederlandse praktijk', *ORP* 2014, 4, p. 23-31.

Strikwerda 2008

H. K. Strikwerda, 'Sluit een verbod op ontbinding de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding uit?', *V&O* 2008, 7-8.

De Tavernier en Van der Weide 2011

P.C.J. de Tavernier en J.A. van der Weide, 'Naar een Europees Burgerlijk Wetboek? Het Draft Common Frame of Reference (DCFR)', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2011, 5, p. 121-137.

Tjittes 2008

R.P.J.L. Tjittes, 'Veelvoorkomende misverstanden bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse termen in internationale contracten', *Contracteren* 2008, p. 41-43.

Tjittes 2009

R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Treitel & Peel 2011

G.H. Treitel en E. Peel, *Treitel on the Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell 2013.

Uniken Venema 1971

C. Æ. Uniken Venema, *Van common law en civil law : inleiding tot het Anglo-Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971.

Weiffenbach & Berg 2011

B.M.M. Weiffenbach en R.C. Berg in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem, *Contracteren in de internationale praktijk (Recht en Praktijk Contractenrecht)*, Deventer, Kluwer 2011.

Whittaker 2007

S. Whittaker in: A. Burrows & E. Peel, *Contract Terms*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Wiggers 2011

J.H. Wiggers, *Drafting contracts. Techniques, best practice rules and recommendations related to contract drafting*, Deventer: Kluwer 2011.

Zweigert & Kötz 1998

K. Zweigert & H. Kötz (vertaald door T. Weir), *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 1998.

Nederland

- HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex/Ermes*).
- HR 18 november 1983, NJ 1984, 345 (*Shu/Lam*).
- HR 31 december 1993, NJ 1994, 317 (*Abbas/Woningbouwvereniging*).
- HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 (*Tromp/Regency*).
- HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (*De Bruin/Meiling*).
- HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 (*Twickler/R.*).
- HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 m.nt. J.B.M. Vranken (*aandelenoverdracht*).
- HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (*Multi Vastgoed/Nethou*).
- HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (*DSM/Fox*).
- HR 23 december 2005, RvdW 2006, 17.
- HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).
- HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (*Meyer Europe/Pontmeijer*).
- HR 22 juni 2007, NJ 2007, 343.
- HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (*Derksen/Homburg*).
- HR 9 april 2010, RvdW 2010, 511 (*UPC/Land c.s.*).
- HR 5 april 2013, NJ 2013, 214 (*Lundiform/Mexx*).

- Hof Amsterdam 8 maart 2011, *ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6682*.
- Hof Leeuwarden 29 mei 2012, *ECLI:NL:GHLEE:2012:BX0321*.

- Rb. Amsterdam (KG) 24 december 2008, *ECLI:NL:RBAMS:2008:BH6227*.
- Rb. Almelo (KG) 2 november 2011, *ECLI:NL:RBALM:2011:BU3513*.
- Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 27 november 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:6627*.

Verenigd Koninkrijk

- House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 4 april 1973, *L Schuler AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd* [1974] AC 235.
- House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 14 februari 1980, *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827 (HL).
- House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 25 februari 1981, *Bunge Corporation (New York) v Tradax Export SA (Panama)* [1981] APP. L.R. 02/25.

- Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 20 december 1961, *Hongkong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26 (CA).
- Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 1 juli 1970, *Maredelanto Compania Naviera SA v Bergbau-Handel GmbH (The Mihalis Angelos)* [1971] 1 QB 164.
- Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) *Cehave NV v Bremer Handelsgesellschaft mbH (The Hansa Nord)* [1976] QB 44.
- Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 31 juli 1986, *Lombard North Central PLC v Butterworth* [1987] QB 527.
- Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 30 juni 2000, *Rice (t/a Garden Guardian) v Great Yarmouth Borough Council* [2000] APP.L.R. 06/30.
- High Court of Justice (Verenigd Koninkrijk) 27 januari 2006, *Dalkia Utilities Services Plc v Celtech International Ltd* [2006] EWHC 63 (Comm).
- High Court of Justice (Verenigd Koninkrijk) 18 april 2008, *Gallaher International Ltd v Tlais Enterprises Ltd* [2008] EWHC 804.
- Privy Council (Verenigd Koninkrijk) datum onbekend, *Vaswani v Italian Motors (Sales and Services) Ltd* [1996] 1 WLR 270, Privy Council.
- *Phoenix Media Limited v Cobweb Information*, (unreported), 16 May 2000; 2004 WL 147 6680.

Overige

- Court of Appeal (New York) 9 oktober 1933, *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.* 263 N.Y. 79, 188 N.E. 163 (1933).
- Court of Appeal (Hong Kong) 3 februari 1997, *Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd* [1997] AC 519.

Internetpagina's

- www.weagree.com
- www.oxforddictionaries.com
- www.camgrad.cam.ac.uk