

Boilerplates etc.

Beëindigingsbedingen zijn helemaal het einde, of toch niet?

Prof. mr. H.N. Schelhaas en mr. drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

46 Een veel gekozen boilerplateclausule in contracten is de beëindigingsclausule.¹ Niet altijd wordt echter duidelijk gemaakt welke wijze van beëindiging partijen beogen: een vorm van ontbinding in de zin van artikel 6:265 van het Burgerlijk Wetboek (BW), met alle (rechts)gevolgen van dien, of een bijzondere contractuele beëindigingsvorm? Dat is van belang, want de precieze vormgeving en uitleg van een beëindigingsclausule heeft onder meer consequenties voor het antwoord op de vraag of (1) voor de beëindiging het tekortschieten en/of verzuim van één der partijen noodzakelijk is, (2) naast de beëindiging op grond van het contract ook nog de reguliere ontbinding krachtens artikel 6:265 BW mogelijk is, (3) de reeds verrichte prestaties ongedaan moeten worden gemaakt, en/of (4) naast beëindiging ook aanspraak bestaat op schadevergoeding. Een beëindigingsclausule roept dan ook met enige regelmaat vragen op in de rechtspraak. Zo heeft de Hoge Raad begin dit jaar twee arresten gewezen over de aard en strekking van beëindigingsclausules.² Tegen deze achtergrond stellen wij in deze *Boilerplates etc.*-bijdrage de beëindigingsclausule centraal en staan wij stil bij een aantal problemen dat deze clausule kan

veroorzaken. Om de problemen en onduidelijkheden van het beëindigingsbeding goed te kunnen doorgronden is het nodig om eerst stil te wijzen van beëindiging van een overeenkomst in het algemeen te belichten.³

2. Beëindiging van overeenkomsten: opzegging en ontbinding⁴

2.1 Inleiding

Overeenkomsten kunnen op een aantal wijzen tot een einde komen. Een eerste wijze is vernietiging, bijvoorbeeld op grond van wilsgebreken (art. 3:44 of 6:228 BW) of wegens strijdigheid met de openbare orde of goede zeden (art. 3:40 BW). Vanwege de specifieke eisen die gelden voor vernietiging en het feit dat verwevenheid van dit leerstuk en een contractueel opzeggingsbeding niet vaak voorkomt, laten we dit verder buiten beschouwing. Voor de tweede manier waarop overeenkomsten tot een einde kunnen komen – ontbinding wegens een tekortkoming (art. 6:265 BW) – is dat anders. Juist bij deze wijze van beëindiging komen vaak afbakeningsproblemen voor met het contractuele beëindigingsbeding. Ontbinding van een overeenkomst is aan de orde bij een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst. Voor een dergelijke wijze van beëindiging van een over-

* Prof. mr. H.N. Schelhaas is hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. Zie ook M. Wallart, *Drafting tips & skills: de contractuele beëindigingsbepaling*, ORP 2014/1, p. 42-43; M. Wallart, *De contractuele beëindigingsbepaling*, ORP 2010/1, p. 37-41.

2. HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98 (Goglio/SMQ); HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:426 (Alert/Jeroen Bosch Ziekenhuis).

3. Wij verwijzen naar de naar verwachting in een volgende aflevering van *Contracteren* te verschijnen bijdrage van A. van Duijn-Koopman en E.J. van de Pas over het Goglio/SMQ-arrest (HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98), die ons heeft geïnspireerd om juist deze clausule centraal te stellen in de *Boilerplate*-reeks.

4. Deze paragraaf is deels ontleend aan J.H.M. Spanjaard, *Ontbinding en opzegging: in de Twilight Zone van 'tenzij' en 'zwaarwegende gronden'*, *Contracteren* 2017/4, p. 145-148.

eenkomst is het verzuimvereiste van belang en dient ook de klachtplicht van de artikelen 6:89 en 7:23 BW in acht te worden genomen. Indien het beëindigingsbeding in wezen een vorm van wettelijke ontbinding is, zijn deze en andere (formele) vereisten van belang. Wij komen daar in paragraaf 2.4 op terug. Een derde beëindigingsgrond vormt de opzegging van duurovereenkomsten, kort gezegd overeenkomsten die een bepaalde of onbepaalde duur hebben en die partijen verplichten om gedurende een langere termijn prestaties te verrichten. Juist omdat dergelijke overeenkomsten een langere levensduur hebben dan overeenkomsten die verplichten tot een eenmalige prestatie (zoals koop), is de vraag relevant of deze overeenkomsten tussentijds kunnen worden opgezegd, ook als geen sprake is van een tekortkoming of een vernietigingsgrond. In menig geval bepaalt het contract dat zelf en is een beëindigingsbeding opgenomen, maar geregeld voorziet een overeenkomst daar niet in. De mogelijkheid om een duurovereenkomst tussentijds op te zeggen, is niet in algemene zin bij wet geregeld, maar de Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat onder omstandigheden tussentijdse opzegging mogelijk is.

In het navolgende gaan we dieper in op deze twee vormen van beëindiging: wettelijke ontbinding wegens een tekortkoming (zie par. 2.4) en opzegging van duurovereenkomsten (zie par. 2.2 en 2.3). Wat deze laatste wijze van beëindiging betreft, wordt doorgaans een grove tweedeling gemaakt tussen contracten van enerzijds bepaalde tijd en anderzijds onbepaalde tijd zonder opzegbeding. In onze analyse volgen wij dit onderscheid.

2.2 Opzegging van duurovereenkomsten voor bepaalde tijd of met een opzegclausule

2.2.1 Duurovereenkomst voor bepaalde tijd zonder opzegbeding

Overeenkomsten voor bepaalde tijd zijn in beginsel niet tussentijds opzegbaar, tenzij de opzegbaarheid volgt uit de wet of de overeenkomst. Een opzegbevoegdheid uit de wet is bijvoorbeeld artikel 7:408 BW, op grond waarvan de opdracht door de opdrachtgever te allen tijde opzegbaar is. Artikel 7:408 BW is in B2B-verhoudingen⁵ van regelen recht en kan dus worden ‘weggecontracteerd’.

Hoewel een duurovereenkomst voor bepaalde tijd zonder opzegbeding of wettelijke beëindigingsmogelijkheid in beginsel niet kan worden opgezegd, kan een uitzondering worden aangenomen⁶ op grond van de (aanvullende

en de beperkende werking van de⁷) redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW of onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 BW.⁸

In r.o. 3.4 van het VvE/CSM-arrest⁹ laat de Hoge Raad ruimte voor een mogelijke opzegging van een duurovereenkomst voor beperkte tijd zonder opzegbepaling. De grondslag daarvoor moet worden gevonden in de aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In de woorden van de Hoge Raad:

‘In dat geval is noch toepassing van het eerste lid van art. 6:248 (redelijkheid en billijkheid brengen mee dat de overeenkomst met een bevoegdheid tot opzegging in de gegeven omstandigheden wordt aangevuld), noch ook toepassing van het tweede lid van dit artikel (een beroep op het ongewijzigd voortduren van het overeengekomene is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar) uitgesloten doordat de opzeggende partij op grond van dezelfde omstandigheden ook had kunnen kiezen voor een vordering tot wijziging van de overeenkomst op de voet van art. 6:258.’

In het VvE/CSM-arrest ging het om de verhouding van artikel 6:258 BW met artikel 6:248 BW en meer specifiek om de vraag of een beroep op artikel 6:258 BW een beroep op artikel 6:248 BW uitsloot. De omstandigheden die in het kader van artikel 6:258 BW werden ingeroepen, waren in het arrest leidend. In de bewoordingen van het Mondia/Calanda-arrest is opzegbaarheid van een duurovereenkomst van bepaalde tijd niet ‘geheel uitgesloten’, maar moet het gaan om:

‘(...) onvoorziene – dat wil zeggen niet in de overeenkomst verdisconteerde – omstandigheden, die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten.’¹⁰

Gelet op deze strenge bewoordingen zal deze situatie zich niet snel voordoen.¹¹ Los van de opzegging van

Raad, als hij de vaste (Mondia/Calanda-)jurisprudentie had willen wijzigen, dat met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht.

5. Zie art. 7:413 lid 2 BW.

6. Wij merken op dat de Hoge Raad in HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98 (Goglio/SMQ) een overzicht geeft van de stand van het recht met betrekking tot de opzegging van duurovereenkomsten, maar geen aparte aandacht schenkt aan overeenkomsten voor bepaalde tijd zonder opzegmogelijkheid. Dat kan de vraag oproepen of de oudere rechtspraak te dien aanzien nog geldt. Wij denken dat dat zo is, omdat het in het Goglio/SMQ-arrest juist een beëindigingsbeding betrof en het daarom goed verdedigbaar is dat de ‘samenvatting’ zich juist richt op de situatie met een beëindigingsbeding, maar de situatie zonder opzeggingsbeding onverlet laat. Bovendien had de Hoge

7. Zie conclusie A-G Van Peurseem voor het Goglio/SMQ-arrest, ECLI:NL:PHR:2017:1084, par. 2.24 en met name voetnoot 14. Van Peurseem spreekt zich in voorzichtige bewoordingen uit over de grondslag van de beëindigingsmogelijkheid. Dat houdt vermoedelijk verband met het feit dat de Hoge Raad in het VvE/CSM-arrest beide mogelijke opties – aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid – open laat. Zie HR 25 juni 1999, NJ 1999/602 (VvE/CSM).

8. Vgl. HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0483, NJ 1990/439 (Mondia/Calanda); HR 10 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1428, NJ 1994/688 (Aerts/Keepens); A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking (Monografieën BW A10), Deventer: Kluwer 2003, nr. 14 en 16.

9. HR 25 juni 1999, NJ 1999/602 (VvE/CSM).

10. HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0483, NJ 1990/439 (Mondia/Calanda).

11. Zie ook het overzichtsartikel van D.J. Beenders & P.W. den Hollander, Tussentijdse beëindiging van duurovereenkomsten voor bepaalde tijd, VvA 2010/1, p. 65 e.v.

duurovereenkomsten heeft de Hoge Raad ten aanzien van zowel het leerstuk van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid als van onvoorziene omstandigheden¹² ook meerdere malen in algemene zin benadrukt dat terughoudendheid troef is.¹³

2.2.2 Duurovereenkomst van bepaalde tijd met opzeggingsbeding

In de praktijk komen ook duurovereenkomsten voor bepaalde tijd voor waarin wél is voorzien in een regeling voor tussentijdse opzegging. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan deze contractuele opzeggingsmogelijkheid echter beperken. Meer specifiek kan aan een contractuele opzegging rechtsgevolg worden onthouden, indien en voor zover gebruikmaking van de bevoegdheid tot opzegging in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Ook dat is, net als artikel 6:258 BW, een strenge en tot terughoudendheid nopende toets, waarbij onder meer acht moet worden geslagen op de aard en inhoud van de overeenkomst.¹⁴ Ook kan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat aan de contractuele opzeggingsmogelijkheid nadere eisen worden gesteld.¹⁵

2.3 Opzegging van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd zonder opzegbeding

De opzegging van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd waarbij partijen geen contractuele voorziening hebben getroffen voor een tussentijdse wijziging, is onderhevig aan een nader regime. De wet kent geen algemene bepaling voor de opzegging van dergelijke andere benoemde en onbenoemde (bijvoorbeeld franchise- en distributie-)duurovereenkomsten. Wel bestaat een uitzondering voor overeenkomsten van opdracht, die door de opdrachtgever behoudens andersluidend beding¹⁶ blijkens artikel 7:408 BW te allen tijde kunnen worden opgezegd. Wanneer sprake is van een overeenkomst van onbepaalde duur, is een kwestie van uitleg. Het is niet nodig dat dat met zoveel woorden is bepaald: een onbenoemde duurovereenkomst kan ook ontstaan als partijen gedurende een zekere termijn met elkaar losse transacties aangaan.¹⁷

De Hoge Raad heeft in het Latour/De Bruijn-arrest van 3 december 1999 duidelijk gemaakt dat mogelijkheden

bestaan om duurovereenkomsten van onbepaalde tijd tussentijds te beëindigen. Dat arrest heeft echter tot de nodige interpretatieverschillen geleid over kortweg de vraag wanneer tussentijdse beëindiging dan precies mogelijk is, en wat de modaliteiten daarvan zijn.¹⁸ De Hoge Raad heeft in het arrest De Ronde Venen/Stedin¹⁹ meer duidelijkheid geschapen en geoordeeld dat opzegging van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd zonder tussentijdse opzeggingsmogelijkheid in beginsel mogelijk is, zij het dat onder omstandigheden de opzegging aan modaliteiten gebonden kan zijn.²⁰ In de woorden van de Hoge Raad (r.o. 3.5.1 van het De Ronde Venen/Stedin-arrest):

‘Het gaat te dezen om de opzegging van een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan. Of en, zo ja, onder welke voorwaarden zo’n overeenkomst opzegbaar is, wordt bepaald door de inhoud daarvan en door de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen. Indien, zoals hier, wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging, geldt dat de overeenkomst in beginsel opzegbaar is. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat (HR 3 december 1999, LJN AA3821, NJ 2000/120). Uit diezelfde eisen kan, eveneens in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, voortvloeien dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding.’

De grondslag voor de tussentijdse opzeggingsmogelijkheid wordt gevonden in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.²¹ Het feit dat het gaat om een ‘in beginsel’ opzeggingsmogelijkheid, betekent dat uitzonderingen mogelijk zijn. Die uitzonderingen hebben

12. Het gaat hier dan om de *rechter* die op verzoek van een der partijen de overeenkomst wijzigt of ontbindt: zie art. 6:258 lid 1 BW.
 13. HR 20 februari 1998, NJ 1998/493 (Briljant Schreuders/ABP). Nader over onvoorziene omstandigheden: J.H.M. Spanjaard, *Verwacht altijd het onverwachte*, Contracteren 2018/1, p. 28-31. Vgl. in dit kader ook W.L. Valk, *T&C Vermogensrecht* 2013, art. 6:248 BW, aant. 4.a; HR 9 januari 1998, NJ 1998/363 (Apeldoorn/Duisterhof); HR 25 februari 2000, NJ 2000/471 (FNV/Maas).
 14. HR 11 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, NJ 2015/70 (ING/De Keijzer); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98 (Goglio/SMQ), r.o. 3.6.4.
 15. HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98 (Goglio/SMQ), r.o. 3.6.3.
 16. Althans in commerciële verhoudingen.
 17. Vgl. HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213, NJ 2011/572, m.nt. MRM (Batavus/Vriend's); J.H.M. Spanjaard, *Et Dieu crea le contrat*, Contracteren 2012/1, p. 36-37.

18. HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3821, NJ 2000/120 (Latour/De Bruijn).
 19. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (De Ronde Venen/Stedin); HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163, NJ 2013/341 (Auping/Beverlaap).
 20. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (De Ronde Venen/Stedin), waarover onder meer T.H. Tanja-van den Broek, *Gemeente De Ronde Venen/Stedin c.s.: versoepeling van de mogelijkheden tot opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd?*, MvV 2012/2, p. 18-22; W.L. Valk, *Opzegging van duurovereenkomsten na Gemeente/SNU en Stedin*, NTBR 2012/25; A.E.A. Smit-Giesen, *Rustig slapen na Auping/Beverlaap? Zwaarwegende gronden en het opzeggen van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd*, ORP 2014/3, p. 22-28; N. de Boer, *Duurovereenkomst voor onbepaalde tijd in beginsel opzegbaar: is de Hoge Raad om?*, ORP 2012/2, p. 20-23.
 21. HR 15 april 1966, NJ 1966/302, m.nt. GJS (Sanders/Sanders). Vgl. voorts HR 21 april 1995, NJ 1995/437 (Kakkenberg/Kakkenberg); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98 (Goglio/SMQ), r.o. 3.6.2. Vgl. verder: A.E.M. van der Putt-Lauwers, *Opzegging en annulering – contracten zijn van tijdelijke makelij*, *Beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 113-129; H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 26.

zich inmiddels in de rechtspraak gemanifesteerd. De eerste uitzondering betrof het arrest *Batavus/Vriend*, waarin opzegging op grond van het mededingingsrecht niet mogelijk werd geacht.²²

Het tweede geval waarin opzegging niet aan de orde bleek, was het arrest van de Hoge Raad over het Gooisch Natuurreservaat, waarin de Hoge Raad oordeelde dat partijen kunnen overeenkomen dat een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd niet opzegbaar is.²³

In het *De Ronde Venen/Stedin*-arrest maakt de Hoge Raad wel duidelijk dat als de overeenkomst in beginsel opzegbaar is, redelijkheid en billijkheid kunnen vergen dat een opzegtermijn in acht wordt genomen, dat een opzeggingsgrond bestaat en/of dat een aanbod tot schadevergoeding moet worden gedaan. Een combinatie van deze vereisten lijkt mogelijk, waarbij wij wijzen op het arrest *Mattel/Borka*, dat wel van eerdere datum stamt dan het *De Ronde Venen/Stedin*-arrest. Daar oordeelde de Hoge Raad dat zelfs bij inachtneming van een redelijke opzegtermijn ook schadevergoeding aan de orde kan zijn.²⁴ Dit arrest is weliswaar gewezen vóór het *De Ronde Venen/Stedin*-arrest, maar naar onze inschatting is een dergelijke uitkomst ook thans mogelijk, bijvoorbeeld als de bedrijfsvoering van de opgezegde partij dusdanig is afgestemd op het opgezegde contract dat alleen een redelijke opzegtermijn onvoldoende compenseert voor de gedane investeringen en/of de afhankelijkheid van het contract. Mocht overigens sprake zijn van een onregelmatige opzegging – achteraf wordt bijvoorbeeld vastgesteld dat de opzeggende partij een te korte termijn in acht heeft genomen –, dan zou dat wat ons betreft niet moeten leiden tot nietigheid van de opzegging, maar zou dat zich op moeten lossen in een hogere schadevergoeding.²⁵

2.4 Ontbinding van overeenkomsten

De andere wijze van beëindiging die wij hier bespreken, is de ontbinding van een overeenkomst op grond van een tekortkoming (art. 6:265 BW). Deze tekortkoming behoeft niet aan de schuldenaar toerekenbaar te zijn: ontbinding is ook in overmachtgevallen mogelijk. Voor zover de nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, moet de schuldenaar eerst in verzuim verkeren, hetgeen op de voet van artikel 6:74 BW in samenhang met artikel 6:82 BW meebrengt dat de schuldenaar in gebreke gesteld moet worden. Blijvende onmogelijkheid bij een duurovereenkomst bestaat bijvoorbeeld in de gevallen waarin de schuldenaar eerdere termijnen onbetaald heeft gelaten en de betalingen nadien hervat.²⁶

Aan de schuldenaar staat een escape ten dienste: de tenzij-formule van artikel 6:265 lid 1 BW. Indien de schuldenaar stelt en bij voldoende betwisting bewijst dat de

bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt, kan de overeenkomst niet rechtsgeldig worden ontbonden. Op deze tenzij-formule moet door de schuldenaar daadwerkelijk en voldoende gemotiveerd beroep worden gedaan. De rechter mag de tenzij-formule niet ambtshalve toepassen.²⁷

Indien de overeenkomst wordt ontbonden, bevrijdt die ontbinding de partijen van de daardoor getroffen verbintenissen (art. 6:271 BW). Ontbinding resulteert dus in wettelijke ongedaanmakingsverbintenissen, maar ook schadevergoeding kan aan de orde zijn, althans als sprake is van een toerekenbare tekortkoming (art. 6:271, 6:277 en 6:74 BW).

De ontbindingsbepalingen van artikelen 6:265 e.v. BW zijn van regelend recht en kunnen dus contractueel worden aangepast en/of van toepassing worden uitgesloten.²⁸ Dat laatste gebeurt regelmatig in overname- en vaststellingsovereenkomsten. Zo is het mogelijk dat partijen vooraf contractueel afstand doen van ongedaanmakingsverbintenissen. Een vaak voorkomende aanpassing van het ontbindingsregime komt voor in overeenkomsten van Angelsaksische snit, waar regelmatig wordt bepaald dat ontbinding slechts is toegestaan in geval van een wezenlijke tekortkoming (of in het Engels: ‘material breach’ of ‘fundamental breach’). Wij gaan hier nader in paragraaf 3.3 op in.

3. Beëindigingsclausules en hun problemen

49

3.1 Onduidelijke keuze: wettelijke ontbinding of contractuele beëindiging?

Op grond van het voorgaande overzicht is de conclusie gerechtvaardigd dat het leerstuk van de beëindiging van duurovereenkomsten fijnmazig is en dat in menig geval opzegging niet (zomaar) mogelijk is. Een duidelijke opzeggingsbepaling kan daarom goede diensten bewijzen. Opzeggingsbepalingen komen dan ook in een grote verscheidenheid voor. Een eerste variant is de beëindigingsclausule die is gerelateerd aan een tekortkoming. Het gaat dan bijvoorbeeld om een als volgt geformuleerd (door ons zelf als voorbeeld bedacht) eenvoudig beding: ‘In geval van een wezenlijke tekortkoming van een van de partijen mag de andere partij deze overeenkomst beëindigen, mits de andere partij de tekortschietende partij een termijn heeft gegund van 14 dagen om de tekortkoming te repareren.’

Onduidelijk aan deze bepaling is of partijen met deze bepaling het oog hebben op opzegging als contractuele beëindigingsmodus, dan wel een vorm van de wettelijke

22. HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213, NJ 2011/572 (*Batavus/Vriend*).

23. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660, NJ 2016/236 (*Gooisch Natuurreservaat*).

24. HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291, NJ 1991/742 (*Mattel/Borka*).

25. HR 6 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6231, RvdW 2009/275. Zie nader Schelhaas 2017, nr. 26.

26. HR 11 januari 2002, NJ 2003/255 (*Schwarz/Gnjatovic*).

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

28. In algemene voorwaarden die door een commerciële contractant jegens consumenten worden ingeroepen, is de uitsluiting van ontbinding onredelijk bezwarend op de voet van art. 6:233 onder a in samenhang met art. 6:236 aanhef en onder b BW.

ontbinding in de zin van artikelen 6:265 e.v. BW²⁹ Zoals in de vorige paragraaf is aangetoond, is het rechtens relevant of de overeenkomst door een contractuele opzeggingsmogelijkheid dan wel door ontbinding eindigt. Bij ontbinding gelden behoudens andersluidend beding de wettelijke rechtsgevolgen, zoals ongedaanmakingsverbintenissen ten aanzien van in het verleden plaatsgevonden prestaties, en geldt – behoudens andersluidende afspraak – de verzuimregeling. Daarnaast moet de klachtplicht van artikel 6:89 of 7:23 BW in acht worden genomen. Indien echter moet worden aangenomen dat het louter gaat om een *contractuele* beëindigingsvorm, dan is dat in principe niet het geval.

Het karakter van een beding moet door uitleg en dus aan de hand van het Haviltex-criterium worden vastgesteld.³⁰ Als we naar de hiervoor geciteerde, vaak voorkomende soort bepaling kijken, dan kunnen daar de volgende observaties bij worden gemaakt. De bewoordingen van de bepaling ('beëindigen') duiden op een contractuele beëindigingsmogelijkheid. Daar staat tegenover dat de desbetreffende bepaling rept van een 'tekortkoming', hetgeen juist weer wijst op een ontbindingsmogelijkheid. Een eenvoudige beëindigingsbepaling kan dus al tot interpretatiemoeilijkheden leiden. De praktijk wijst uit dat dat ook daadwerkelijk gebeurt.

Zo hebben Alert en het Jeroen Bosch Ziekenhuis het belang van de kwalificatie van ontbinding of contractuele beëindiging ervaren in een procedure die de Hoge Raad bij arrest van 23 maart 2018 heeft beslecht.³¹ In het arrest draaide het in het kort om de beëindiging op grond van artikel 23 lid 8 van de tussen partijen bestaande samenwerkingsovereenkomst. Dit artikel was als volgt geformuleerd:

'Indien de Leverancier er niet in slaagt om de papierloze status voor alle clusters van Opdrachtgever te realiseren voor 1-1-2012, overeenkomstig de Functionele Specificaties, en/of indien op enig moment aannemelijk wordt dat Leverancier hierin niet tijdig zal slagen, dan kan Opdrachtgever te allen tijde tussentijds de Overeenkomst beëindigen met opgave van reden aan de Leverancier. In dat geval kan Leverancier jegens Opdrachtgever generlei aanspraak maken op kosten- of schadevergoedingen of andere betalingen. (...)'

Hoewel het opschrift van artikel 23 'ontbinding' luidt, laat lid 8 door het werkwoord 'beëindigen' in het midden of contractuele opzegging of wettelijke ontbinding is bedoeld. Het hof legde het beding uit als een ontbindingsbepaling en stelde daarom vast dat ongedaanmakingsverbintenissen ex artikel 6:271 BW waren ontstaan, hetgeen onder meer leidde tot betalingsverplichtingen.

29. Zie ook Wallart 2010, p. 40 over het verschil tussen ontbinding en contractuele beëindiging.

30. Zie nader ook H.N. Schelhaas, Uitleg in internationaal perspectief: internationale clausules, in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen (preadvies VBR), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 162-164.

31. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:426 (Alert/Jeroen Bosch).

Daarnaast bestond aanspraak op schadevergoeding op grond van artikel 6:277 jo. artikel 6:74 BW, omdat ook sprake was van een toerekenbare tekortkoming. In cassatie wordt geklaagd dat de door het hof toegewezen vergoedingen alleen toewijsbaar zijn in geval van ontbinding bij een tekortkoming en niet zonder meer bij het invoeren van een contractuele opzeggingsgrond. Volgens het cassatiemiddel had het hof geen aandacht besteed aan het verweer dat artikel 23 geen ontbindingsgrond, maar een contractuele opzeggingsmogelijkheid inhoudt. De Hoge Raad gaat daar in mee: het hof had onvoldoende gemotiveerd waarom hier sprake was van ontbinding en niet van opzegging. Uit dit arrest blijkt dus dat het van belang is om duidelijk te maken welke beëindigingsvorm is beoogd: een contractuele opzegging of een invulling van de wettelijke ontbindingsmogelijkheid? In het laatste geval gelden in beginsel alle vereisten die ook gelden voor een 'normale' ontbinding, inclusief ongedaanmakingsverbintenissen en een verzuimvereiste.

Ook in het eerder aangehaalde (zie par. 2.2.1 en voetnoot 5) Goglio/SMQ-arrest kan worden getwist over het karakter van de tussen Goglio en SMQ opgenomen beëindigingsbepaling: moet dat worden aangemerkt als een opzeggingsbeding of een ontbindingsclausule?³² Voor zover relevant, luidde dat beding als volgt:

'26. **Termination.** In the event either Party considers that any other Party to be in default of any provision of this Agreement, such Party shall provide notice in writing to the other specifically identifying the relevant part of the Agreement which has caused the breach or non-fulfilment of the Agreement, and the specific acts of the other Party which are believed to create a default. The party to whom such notice is given shall have a term of sixty (60) days, from receiving the notice, to correct the matters or causes specified in the notice or otherwise correct such default (...). In the event such default is not cured (...) the Party which has been aggrieved by such default may (...) terminate this Agreement by giving notice of termination, effective thirty (30) days after the expiration of the initial sixty (60) days cure period.'

Hoewel de kwestie tussen procespartijen niet speelde – beide partijen gingen ervan uit dat een opzeggingsbepaling was bedoeld –, kan wel worden afgevraagd of de beëindigingsbepaling in wezen niet meer op ontbinding dan op opzegging lijkt. De aanwezigheid van een ingebrekestellingsplicht neigt meer naar de kwalificatie als een ontbindingsbeding, want een ingebrekestelling behoort bij ontbinding op grond van een tekortkoming, terwijl dat bij een contractuele opzegging niet nodig is. De opname van een beëindigingstermijn van dertig dagen neigt wat ons betreft juist meer naar opzegging, omdat bij dat leerstuk beëindigingstermijnen gebruikte-

32. Zie nader de naar verwachting in een volgende aflevering van Contracteren te verschijnen bijdrage van A. van Duijn-Koopman en E.J. van de Pas over het Goglio/SMQ-arrest (HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98).

lijk zijn en bij ontbinding niet (zie hiervoor onder par. 2.2.2). Ook hier blijkt dat de uitleg van een beëindigingsbeding niet altijd eenduidig is.

Indien partijen vooraf niet expliciet (genoeg) hebben stilgestaan bij de aard en inhoud van een beëindigingsbepaling, zal de bepaling met inachtneming van het Haviltex-criterium moeten worden uitgelegd. Geregeld wordt niet over een beëindigingsbeding, althans over het karakter daarvan onderhandeld. In dat geval ligt binnen de Haviltex-norm een meer objectieve uitleg voor de hand, omdat een subjectieve partijbedoeling zich moeilijk laat vaststellen.³³ De rechter zal dan onder meer gewicht hechten aan de meest voor de hand liggende taalkundige uitleg (kenbare strekking) en mede gezien de formulering van het beding bezien wat de meest voor de hand liggende rechtsgevolgen zijn van het beding. Indien het beding objectief gezien het meest lijkt op de wettelijke definitie van ontbinding, zal de bepaling waarschijnlijk worden uitgelegd als een ontbindingsbepaling binnen de kaders van artikelen 6:265 e.v. BW. Daarvan zal met name sprake zijn indien het artikel rept over een tekortkoming, over schadeplichtigheid en eventueel over ongedaanmakingsverbintenissen. Indien het beding niet refereert aan een tekortkoming en een daarmee verband houdende schadeplichtigheid, ligt een kwalificatie als contractuele opzegging meer voor de hand. De rechter is daarbij niet gebonden aan het opschrift dat boven het artikel staat.

Om onduidelijkheid te voorkomen doen partijen er daarom goed aan expliciet overeen te komen welke wijze van beëindiging zij beogen. Indien zij willen dat de overeenkomst uitsluitend door contractuele opzegging kan eindigen, moet het beëindigingsbeding ook als zodanig worden geformuleerd en moet daarnaast de wettelijke ontbindingsmogelijkheid expliciet worden uitgesloten. Zoals hiervoor in paragraaf 2.4 uiteen is gezet, is een dergelijke uitsluiting in commerciële transacties³⁴ in beginsel toelaatbaar, althans binnen de grenzen van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Een contractuele opzeggingsbevoegdheid vereist geen tekortkoming, en gebruikmaking van de opzeggingsmogelijkheid kwalificeert ook niet als een tekortkoming – en vice versa. Dat betekent onder meer dat ook eventuele schadeplichtigheid in beginsel niet aan de orde is.³⁵ Als partijen willen dat een contractuele opzegging leidt tot een kosten- of schadevergoedingsverplichting aan de zijde van de opgezegde partij, dan moet dat bij gebreke van een toerekenbare tekortkoming expliciet worden bedongen. Datzelfde geldt voor ongedaanmakingsverbintenissen: indien partijen willen dat opzegging ook een verbintenis tot ongedaanmaking van prestaties in het verleden in het leven roept, dan moet dat met zoveel woorden worden afgesproken.

3.2 Nevenvorderingen bij ontbinding

Indien een beding echter moet worden gezien als een invulling van de wettelijke ontbindingsmogelijkheid, dan zal dit in beginsel automatisch resulteren (zie art. 6:271 BW) in ongedaanmakingsverbintenissen. Kortom: partijen dienen over en weer hun prestaties ongedaan te maken. Toegepast op een koopovereenkomst betekent dat bijvoorbeeld dat de koper de gekochte zaak aan de verkoper terug zal overdragen en de verkoper moet de koopsom aan de koper retourneren. Het resultaat is dat de transactie wordt teruggedraaid, wat met name bij de koop van roerende zaken die hun waarde behouden aangewezen kan zijn. De verplichting tot het ongedaan maken kan worden uitgesloten. Zoals hiervoor in paragraaf 4 is aangegeven, laat het bestaan van een wettelijke ongedaanmakingsverbintenis de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding na ontbinding onverlet, althans als het gaat om een *toerekenbare* tekortkoming: zie artikel 6:277 BW in samenhang met artikel 6:74 BW.³⁶

3.3 Contractuele uitbreiding of aanpassing van de ontbindingsregeling

De omstandigheid dat de wettelijke ontbindingsregeling van regelend recht is, creëert de mogelijkheid om de ontbindingsgrond uit te breiden tot andere omstandigheden dan slechts het tekortschieten van de andere partij. Het is algemeen aanvaard dat ook het intreden van een situatie met betrekking tot een derde of insolventie van een van de partijen tot ontbinding in de zin van de wet kunnen en mogen leiden, althans als partijen dat bedoeld hebben.³⁷ Of partijen dat bedoeld hebben, is natuurlijk weer een vraag van uitleg. Zo kan het standpunt worden betrokken dat als partijen een aantal *termination grounds* opsommen, waaronder een tekortkoming maar ook andere situaties, deze laatste beëindigingsgronden niet als een vorm van ontbinding maar veeleer als een contractueel beëindigingsrecht moeten worden beschouwd.³⁸

Als de beëindigingsclausule wordt vormgegeven als ontbinding, is het wat ons betreft verstandig om zo veel mogelijk aan te sluiten bij de wettelijke terminologie. Als bijvoorbeeld wordt bepaald dat ontbinding slechts mogelijk is in geval van een ‘wezenlijke’ of ‘materiële’ tekortkoming, dan kan dat achteraf aanleiding geven tot discussie. Deze begrippen zijn namelijk als zodanig onbekend in het Nederlandse recht en hebben hun oorsprong in het Anglo-Amerikaanse recht: daar kan een overeenkomst pas worden ontbonden bij een *fundamental breach*.³⁹ Ook onder het Weens Koopverdrag is ontbinding alleen mogelijk bij een wezenlijke tekortkoming: zie artikelen 49 (tekortkoming van de verkoper) en 64 (tekortkoming van de koper) van dat verdrag. Het

33. Vgl. ook HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601, RvdW 2018/482 (Uitleg opzetclausule AVP), r.o. 3.3.2.

34. Voor consumenten staat een beding dat ontbinding uitsluit op de zwarte lijst: zie art. 6:236 sub b BW.

35. Vgl. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:426 (Alert/Jeroen Bosch), r.o. 3.4.1-3.4.2.

36. Vgl. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684, m.nt. Tjong Tjin Tai (G4/Hanzevast).

37. Vgl. HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. PvS (BabxXL).

38. Zie nader Schelhaas 2016, p. 163.

39. Zie o.a. E. McKendrick, *Contract Law*, New York: Palgrave 2015, p. 192-193.

begrip ‘wezenlijk’ is niet gedefinieerd, maar hangt af van de inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval.⁴⁰

Het uitgangspunt van het (interne) Nederlandse recht is anders. Artikel 6:265 lid 1 BW maakt ontbinding immers mogelijk bij *elke* tekortkoming, zonder onderscheid te maken tussen gewone tekortkomingen en wezenlijke tekortkomingen.⁴¹ Zoals hiervoor aangehaald, is dat alleen anders als de wederpartij stelt en bewijst dat de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Maar dat is een andere toets, waarbij de stelplicht en bewijslast op de schuldenaar rust. In Nederland wordt de toevoeging ‘wezenlijke’ aan ‘tekortkoming’ vaak opgenomen om te accentueren dat niet iedere tekortkoming aanleiding mag geven voor ontbinding, maar dat wel een bepaalde drempel moet zijn overschreden. Gezien het Nederlandse wettelijke kader leidt dat ertoe dat moet worden uitgelegd wat het begrip ‘wezenlijk’ precies inhoudt. Omdat de term als zodanig onbekend is in het Nederlandse recht, kan dat tot complicaties leiden.⁴²

De contractuele toevoeging dat ontbinding slechts mogelijk is bij een ‘wezenlijke’ tekortkoming, heeft ook procesrechtelijke consequenties. De standaard bewijslastverdeling bij artikel 6:265 lid 1 BW is dat de schuldeiser moet stellen en bij voldoende betwisting moet bewijzen (1) dat de schuldenaar tekort is geschoten, en (2) wat de inhoud van de overeenkomst is. De schuldenaar die zich op de tenzij-formule wenst te beroepen (wat een bevrijdend verweer inhoudt), zal moeten stellen en bewijzen dat de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis de ontbinding en haar gevolgen niet rechtvaardigt. Indien de ontbindingsclausule inhoudt dat ontbinding slechts mogelijk is bij een wezenlijke tekortkoming, rust op de schuldeiser niet alleen de stelplicht en de bewijslast wat betreft de tekortkoming en de inhoud van de overeenkomst, maar ook wat betreft de wezenlijke tekortkoming. In feite trekt de schuldeiser in dergelijke gevallen de stelplicht en bewijslast ter zake van de tenzij-formule⁴³ naar zich toe.⁴⁴ Wij vragen ons af of de gemiddelde opsteller van een contract zich van die implicatie bewust is.

Indien partijen een zekere drempel aan willen brengen alvorens een overeenkomst kan worden ontbonden, maar tegelijkertijd de beëindiging van de overeenkomst als vorm van de wettelijke ontbinding willen laten verlopen, kan het stellen van een gekwalificeerde ingebrekestellingsplicht – bijvoorbeeld ook in de gevallen waarin artikel 6:265 lid 2 BW niet van toepassing is, zoals bij

fatale data – soelaas bieden. De standaardkoopovereenkomsten van NVM en koopovereenkomsten die door notarissen zijn ontwikkeld, gaan er bijvoorbeeld van uit dat elke tekortkoming – ook het laten verstrijken van een in beginsel fatale datum, zoals de leveringsdatum of de datum waarop zekerheid moet worden gesteld of de koopsom moet zijn betaald – pas tot verzuim leidt als een ingebrekestelling is verstuurd waarin een termijn van acht dagen wordt gegeven om de tekortkoming te herstellen. Op deze manier wordt niet iedere termijnoverschrijding de tekortschietende partij automatisch fataal.⁴⁵

3.4 Andere onduidelijkheden

Wij hebben de belangrijkste problemen van beëindigingsclausules aangestipt. Deze houden voornamelijk verband met de vraag of een clause als een nadere invulling van de wettelijke ontbindingsmogelijkheid (art. 6:265 BW) moet worden gezien, of veeleer als een autonome contractuele beëindigingsmogelijkheid. De kwalificatie van een beding heeft voor de reikwijdte van de clause en de rechtsgevolgen de nodige consequenties. Maar ook anderszins is het van belang om een beëindigingsclausule nauwkeurig op te stellen. Zo komt het voor dat partijen een contract voor bepaalde tijd overeenkomen, met een *initial term* van bijvoorbeeld een jaar, waarna de overeenkomst (stilzwijgend) wordt verlengd met een jaar, ‘unless terminated earlier, pursuant to Article X’. Als dat artikel vervolgens een algemene beëindigingsbevoegdheid bevat ‘at any time for any reason’ met inachtneming van een opzeggingstermijn van twee maanden, dan kan de vraag opkomen of die beëindiging ook geldt voor de *initial term*. Ook hier is nauwkeurig *draften* dus van groot belang.

Daarnaast kunnen zich problemen voordoen indien een regelmatig voorkomende bepaling wordt opgenomen op grond waarvan opzegging slechts mogelijk wordt gemaakt in geval van zwaarwegende omstandigheden of (in het Engels) ‘aggravating circumstances’. Niet alleen is een dergelijke terminologie vreemd aan het Nederlandse recht en zal van geval tot geval door uitleg moeten worden bepaald wat partijen over en weer met ‘zwaarwegende omstandigheden’ hebben bedoeld, maar ook gaat de eis verder dan de rechtspraak over de opzegging van duurrelaties. Zoals hiervoor in paragraaf 2.3 is aangegeven, gaat de Hoge Raad immers uit van *in beginsel* opzegbaarheid. Wel kunnen redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden meebrengen dat een zwaarwegende reden nodig is, maar dat is niet altijd het geval.⁴⁶

40. CISG Advisory Opinion nr. 5 (The buyer’s right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents), <www.cisgac.com/cisgac-opinion-no-5-p2/>, laatstelijk geraadpleegd op 9 mei 2018.

41. Zie natuurlijk nog wel de in art. 6:265 BW opgenomen tenzij-clausule: zie nader par. 2.4 hiervoor.

42. Zie ook Wallart 2014, p. 42; Wallart 2010, p. 39.

43. Waarbij wij wel aantekenen dat het begrip ‘wezenlijke tekortkoming’ niet automatisch samenvalt met de tenzij-clausule uit art. 6:265 BW (tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis deze ontbinding met haar gevolgen rechtvaardigt’).

44. Zie ook Wallart 2014, p. 42; Wallart 2010, p. 39.

45. <www.woonruimte-aanbod.nl/koopcontract.doc> voor de NVM koopakte; art. 10 bevat de ingebrekestellingsplicht. Voor een notarieel model: <www.lindenotarissen.nl/wp-content/uploads/model-koop-overeenkomst.pdf>.

46. In dit verband ook expliciet: HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3821, NJ 2000/120 (Latour/De Bruijn); HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344 (Nanada c.s./Golden Earring).

4. Afronding

Het antwoord op de vraag of overeenkomsten tussentijds mogen worden beëindigd, is afhankelijk van de keuzes die partijen hebben gemaakt. Deze keuzes worden in overeenkomsten niet altijd (doordacht) gemaakt. De recente arresten Alert/Jeroen Bos Ziekenhuis en Goglio/SMQ laten zien dat dat tot problemen kan leiden, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag of de beëindiging van het contract leidt tot wettelijke ongedaanmakingsverbintenissen. Een aantal van deze problemen hebben wij in deze bijdrage in kaart gebracht.

Het probleem (wat willen we eigenlijk?) wordt vaak verplaatst van de draftingfase naar de (juridische) procedure achteraf als er problemen zijn ontstaan met het contract. Murphy's wet brengt mee dat zich dan op meerdere fronten onduidelijkheden kunnen openbaren. Het spreekt voor zich dat het raadzaam is om het aantal geschilpunten vantevoren tot een minimum te beperken. Daarvoor is nodig dat partijen bij voorbaat stilstaan bij de vraag of zij een 'contractuele opzegging' of veeleer een vorm van 'contractuele ontbinding' wensen, en welke gevolgen van opzegging of ontbinding zij beogen. In deze bijdrage hebben wij duidelijk gemaakt dat de precieze kwalificatie een wereld van verschil maakt.