

JURISPRUDENTIE

Toepassing van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder b BW bij verplichtingen uit duurovereenkomsten

Een bespreking van HR 9 juli 2010, NJ 2010, 417 (Nissan/Nieuwkoop)

V.C. van Ginkel-Claessens & A. Mulder

Inleiding

Op 9 juli 2010 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin hij een oordeel heeft gegeven over de toepassing van artikel 6:80 Burgerlijk Wetboek (BW) (NJ 2010, 417, Nissan/Nieuwkoop). Samengevat oordeelde de Hoge Raad dat wanneer een schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten, het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, ook indien de vordering op het moment van die mededeling nog niet opeisbaar was. Die niet-opeisbaarheid speelt immers geen rol, omdat dezelfde mededeling van de schuldenaar op grond van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder b BW de gevolgen van niet-nakoming doet intreden voordat de vordering opeisbaar is. Dat betekent dat die gevolgen ook intreden indien de prestatie van de schuldenaar op dat moment nog niet opeisbaar was en om die reden nog niet is uitgebleven, aldus de Hoge Raad.

Met uitzondering van die laatste zin is dit oordeel een bevestiging van zijn oordeel in het arrest van 7 april 2006 (RvdW 2006, 374, Ten Cate/Nagelmakers c.s.). Die laatste zin is op zichzelf niet onlogisch en evenmin baanbrekend. De vraag is echter welke gevolgen in dat geval, namelijk indien de prestatie op het moment van die mededeling nog niet opeisbaar was, op welke wijze intreden, met name indien nadien wordt vastgesteld dat van een daadwerkelijke tekortkoming uiteindelijk geen sprake is geweest.

Alvorens in te gaan op de feiten die aan het arrest van 9 juli 2010 ten grondslag lagen en het arrest van de Hoge Raad te bespreken, zal hierna allereerst een beknopt overzicht worden gegeven van de terminologie van enkele, voor de bespreking van dit arrest, relevante begrippen 'niet-nakomen', 'tekortkomen' en 'verzuim', alsmede van de gevolgen van het niet-nakomen van verbintenissen. Daarna komen enkele karakteristieke eigenschappen van de duurovereenkomst aan de orde en zullen twee arresten van de Hoge Raad over de combinatie van deze onderwerpen worden besproken.

In het kort: de begrippen ‘niet-nakomen’, ‘tekortkomen’ en ‘verzuim’

Allereerst een kort overzicht van de terminologie.¹ De wet gebruikt de termen ‘niet-nakomen’, ‘tekortkomen’ en ‘verzuim’ wanneer een schuldenaar een verbintenis niet nakomt. Van deze drie termen is niet-nakoming het meest omvangrijke begrip. Van het niet-nakomen van een verbintenis is sprake als de schuldeiser de aan hem verschuldigde prestatie niet ontvangt, zowel indien dit aan de schuldenaar kan worden toegerekend als indien dit niet het geval is. Van niet-nakomen is ook sprake bij niet presteren voordat de vordering opeisbaar is of indien de schuldenaar bevoegd zijn prestatie opschort.

Van tekortkomen in de nakoming van een verbintenis is sprake indien wat de schuldenaar verricht in enig opzicht achterblijft bij wat de verbintenis vergt. Tekortkomen omvat dus zowel niet presteren als niet tijdig presteren als niet deugdelijk presteren. Het kan situaties betreffen waarin nakoming mogelijk is en situaties waarin nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is. In beginsel kan van tekortkomen pas sprake zijn indien de verbintenis opeisbaar is.² Een tekortkoming kan toerekenbaar zijn (wanprestatie) of niet toerekenbaar zijn (overmacht). Verzuim omvat van deze drie begrippen de minste situaties. Blijkens artikel 6:81 BW is een schuldenaar in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de eisen van de artikelen 6:82 en 6:83 BW is voldaan, behalve voor zover de vertraging de schuldenaar niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is. Verzuim treedt blijkens artikel 6:82 BW in wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld en nakoming binnen deze termijn uitblijft. Indien de schuldenaar tijdelijk niet kan nakomen of indien uit zijn houding blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn, kan de ingebrekestelling plaatsvinden door een schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat hij voor het uitblijven van de nakoming aansprakelijk wordt gesteld. Blijkens artikel 6:83 BW treedt verzuim zonder ingebrekestelling in wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft. Ook is een ingebrekestelling niet vereist voor het intreden van verzuim wanneer de verbintenis voortvloeit uit onrechtmatige daad of strekt tot schadevergoeding ex artikel 6:74 lid 1 BW en de verbintenis niet terstond wordt nagekomen. In de derde plaats treedt verzuim in ondanks het achterwege blijven van een ingebrekestelling wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van zijn verbintenis zal tekortschieten.

- 1 Zie voor een uitgebreide bespreking van deze begrippen Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010, 6-I, nr. 316 e.v., en Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 74 Boek 6 BW, aant. 1 e.v. en de aldaar genoemde literatuur.
- 2 Blijkens art. 6:83 BW is een verbintenis meteen na haar ontstaan opeisbaar, tenzij er een tijdstip voor nakoming is bepaald.

Toepassing van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder b BW bij verplichtingen uit duurovereenkomsten

Ook in het kort: de gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis

Een van de gevolgen van de niet-nakoming van een verbintenis is dat het de schuldeiser het recht geeft nakoming van de schuldenaar te vorderen. Is de niet-nakoming tevens een toerekenbare tekortkoming, dan kan de schuldeiser zijn vordering tot nakoming combineren met een vordering tot aanvullende of bijkomende schadevergoeding (art. 6:74 BW). Is nakoming blijvend onmogelijk, dan ontstaat het recht op schadevergoeding terstond en van rechtswege, uiteraard mits de tekortkoming toerekenbaar is. Indien nakoming niet blijvend onmogelijk is, ontstaat het recht op schadevergoeding pas zodra de schuldeiser in verzuim is. In geval van een toerekenbare tekortkoming kan de schuldeiser er tevens voor kiezen om vervangende schadevergoeding te vorderen (art. 6:87 BW). Deze vordering kan niet worden gecombineerd met een vordering tot nakoming. Het recht op vervangende schadevergoeding is een gevolg van de toerekenbare tekortkoming en is in zoverre dus een subsidiaire verplichting.³ Indien de schadevergoeding in plaats van de prestatie treedt, komt daarmee de verplichting tot de prestatie zelf te vervallen.

In geval van een wederkerige overeenkomst kan de schuldeiser voorts ervoor kiezen de overeenkomst bij een toerekenbare tekortkoming te ontbinden, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis de ontbinding niet rechtvaardigt (art. 6:265 BW). Ontbinding kan niet naast nakoming worden geëist. Wel kan de schuldeiser gedeeltelijke nakoming en gedeeltelijke ontbinding⁴ eisen. Voorafgaand aan de ontbinding zal de schuldeiser zijn eigen prestatie vaak opschorten (art. 6:262 BW). Is nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk, dan kan de schuldeiser de overeenkomst direct ontbinden. Indien nakoming nog mogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas wanneer de schuldenaar in verzuim is. Ontbinding is mogelijk in het geval van zowel een toerekenbare als een niet toerekenbare tekortkoming. In het eerste geval kan de schuldeiser ervoor kiezen om de ontbinding te combineren met een vordering tot vergoeding van schade (art. 6:277 BW).⁵

Artikel 6:80 BW

Een deel van de vorenstaande gevolgen treedt eerst in indien sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Die gevolgen treden derhalve in beginsel alleen in indien sprake is van niet-nakoming van een opeisbare verbintenis. Artikel 6:80 BW bepaalt echter dat bepaalde gevolgen van niet-nakoming onder omstandigheden al intreden vóórdat de vordering opeisbaar is. Daarvan is

3 De schuldeiser heeft niet van aanvang af de keuze tussen nakoming of vervangende schadevergoeding. Er is geen sprake van een alternatieve of facultatieve verbintenis. Zie in dit verband Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010, 6-I, nr. 380.

4 Zie voor de gevolgen van gedeeltelijke ontbinding art. 6:270 BW.

5 Zie voor een uitgebreidere bespreking van de gevolgen van niet-nakoming van een verbintenis Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010, 6-I, nr. 380 e.v.; Mon. BW B33 (De Jong); C.J.H. Brunner & G.T. de Jong, *Verbintenissen algemeen*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 128 e.v.

blijkens artikel 6:80 lid 1 BW sprake indien vaststaat dat de nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn (onder a), indien de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten (onder b) en indien de schuldeiser goede gronden heeft te vrezen dat de schuldenaar in de nakoming zal tekortschieten en de schuldenaar niet voldoet aan een schriftelijke aanmaning met opgave van die gronden om zich binnen een bij die aanmaning gestelde redelijke termijn bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen (onder c). De opsomming in artikel 6:80 lid 1 BW is blijkens de parlementaire geschiedenis limitatief.⁶

Ten aanzien van een mededeling in de zin van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder b BW heeft de wetgever opgemerkt dat deze een definitief karakter moet dragen. Een in een opwelling gedane uitlating kwalificeert niet als een zodanige mededeling.⁷ De bereidheid van de schuldenaar om zijn verplichtingen na te komen moet ontbreken. Niet is vereist dat objectief vaststaat dat nakoming onmogelijk zal zijn.⁸ Op die situatie heeft immers artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder a BW al betrekking.

Een beroep op artikel 6:80 BW dient volgens de wetgever echter niet tot het resultaat te leiden dat ook alle gevolgen van het verzuim van de schuldenaar vervroegd intreden.⁹ De schuldeiser is voor het moment van opeisbaarheid bevoegd om zijn prestaties op te schorten (ten aanzien van het onder b en c gestelde met inachtneming van art. 6:263 BW). Tevens kan de schuldeiser voor het moment van opeisbaarheid vervangende schadevergoeding vorderen (art. 6:87 BW). Indien een vordering voortspuit uit een wederkerige overeenkomst, is de schuldeiser bevoegd om die overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden. In dat geval kan tevens op grond van artikel 6:277 BW schadevergoeding worden gevorderd. Voor het moment van opeisbaarheid komt een schuldeiser echter niet toe het recht om nakoming te vorderen, met dien verstande dat de schuldeiser wel voor dat moment een veroordeling ex artikel 3:296 lid 2 BW kan krijgen. Voor de verschuldigdheid van verdragingschade is het (oorspronkelijke) tijdstip van opeisbaarheid van belang. Vergoeding van verdragingschade is dus pas mogelijk vanaf het tijdstip van opeisbaarheid.

Duurovereenkomsten

De zaak die aan het arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2010 ten grondslag ligt, betreft een duurovereenkomst. Om die reden bespreken we hier kort een aantal karakteristieken van de duurovereenkomst. Daarna bespreken we twee arresten van de Hoge Raad over de toepassing van het verzuimvereiste bij duurovereenkomsten.

Van een duurovereenkomst is sprake indien partijen zich hebben verplicht tot een voortdurende prestatie of indien partijen een reeks van prestaties zijn aange-

6 MvA II, *Parlementaire Geschiedenis* boek 6, p. 280.

7 MvA II, *Parlementaire Geschiedenis* boek 6, p. 277.

8 MvA II, *Parlementaire Geschiedenis* boek 6, p. 280.

9 MvA II, *Parlementaire Geschiedenis* boek 6, p. 281-282.

gaan die zich over een langere tijd heeft uitgestrekt. De wet benoemt een aantal duurovereenkomsten, zoals de huurovereenkomst en de arbeidsovereenkomst. Er zijn echter ook andere overeenkomsten waarvoor de wet geen specifieke regeling kent, zoals de distributieovereenkomst, de licentieovereenkomst en de managementovereenkomst. Voor deze groep van onbenoemde overeenkomsten geeft de wet geen specifieke regelingen. Het wijzigen of beëindigen van deze overeenkomsten is overgelaten aan de contractsvrijheid van partijen. Er is inmiddels een aantal zaken waarin partijen bij duurovereenkomsten hun geschil omtrent de beëindiging van duurovereenkomsten aan de rechter hebben voorgelegd. Die jurisprudentie geeft een aardig beeld van de omstandigheden waaronder een partij bij een duurovereenkomst deze mag opzeggen.¹⁰

Geschillen over tekortkomingen in de nakoming van verbintenissen uit duurovereenkomsten, al dan niet in combinatie met een geschil over de beëindiging daarvan, hebben tot op heden aanleiding gegeven tot slechts enkele arresten van de Hoge Raad, waaronder de twee navolgende arresten en het arrest van 9 juli 2010. De Hoge Raad heeft op 11 januari 2002 geoordeeld over de toepasselijkheid van het verzuimvereiste in geval van een huurovereenkomst (NJ 2003, 255, Schwartz/Gnjatovic m.nt. J. Hijma). Verhuurder Schwartz maakte de huurder van zijn bedrijfspand Gnjatovic een groot aantal verwijten, onder meer ten aanzien van voldoening van de huurpenningen en het gebruik van het verhuurde. De Hoge Raad oordeelde dat, indien een partij is tekortgeschoten in de nakoming van een voortdurende verplichting, deze in de toekomst weliswaar alsnog kan worden nagekomen, maar dat daarmee de tekortkoming in het verleden niet ongedaan wordt gemaakt. Wat deze tekortkoming betreft is nakoming dan ook niet meer mogelijk. Dit brengt, aldus de Hoge Raad, met zich mee dat ontbinding van de huurovereenkomst mogelijk is zonder dat sprake is van verzuim.

Een paar jaar later wees de Hoge Raad een volgend arrest over de toepasselijkheid van het verzuimvereiste bij duurovereenkomsten.¹¹ Ten Cate had zich op grond van een overeenkomst met United Fabrics verbonden om onder meer het management van TGT te verzorgen door betrokkene in te zetten als statutair directeur van TGT. Kort daarna werd betrokkene benoemd tot bestuurder van TGT. Enige tijd daarna vroeg Ten Cate betrokkene toe te treden tot haar raad van bestuur, waarbij zij als voorwaarde zou hebben gesteld dat betrokkene zijn bestuursfunctie bij TGT zou neerleggen. Betrokkene trad toe tot het bestuur van Ten Cate en Ten Cate deed United Fabrics hiervan mededeling. United Fabrics¹²

10 Zie voor een uitgebreide bespreking van het onderwerp duurovereenkomsten en de beëindiging daarvan o.m. J.M. Barendrecht & G.R.B. van Peurse, *Distributieovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 1997; J.M. Barendrecht, 'De redelijkheid en billijkheid en het einde van de distributieovereenkomst', NJB 1994-17, p. 561-569; A.J. Verdaas, 'De opzegbaarheid van duurovereenkomsten: een pleidooi voor contractsvrijheid', WPNR 2002 (6501), p. 599-606 en WPNR 2002 (6502), p. 626-631; M.H. Visser, 'De opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten: een korte beschouwing', V&O 2007-6, p. 110-113; J.E. Brink-van der Meer & A.J. van der Vegt, 'Beëindiging van duurovereenkomsten. Evaluatie van (recente) jurisprudentie en literatuur', *Contracteren 2007-4*, p. 90-96; M. De Hoon, 'Vuistregels voor een redelijke opzegtermijn', NJB 2010-21, p. 1338-1345.

11 HR 7 april 2006, RvdW 2006, 374 (Ten Cate/Nagelmakers c.s.).

12 Na haar faillissement heeft curator Nagelmakers het geding overgenomen.

vorderde van Ten Cate schadevergoeding wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van haar verbintenissen. De Hoge Raad overwoog dat, wanneer een schuldeiser uit een mededeling van een schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten, het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, ook indien de vordering op het moment van die mededeling nog niet opeisbaar was. De niet-opeisbaarheid speelt immers geen rol, omdat dezelfde mededeling van de schuldenaar ex artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder b BW de gevolgen van niet-nakoming doet intreden voordat de vordering opeisbaar is, aldus de Hoge Raad.¹³

De Hoge Raad geeft in beide arresten geen uitsluitsel over de vraag of in een dergelijk geval sprake is van een blijvende of tijdelijke onmogelijkheid.¹⁴ In het kader van ontbinding is een dergelijke nadere aanduiding niet relevant, omdat de schuldenaar in beide gevallen de bevoegdheid heeft om de overeenkomst direct te ontbinden. Die aanduiding zal bij een vordering tot schadevergoeding van groter belang zijn, omdat de schuldenaar op grond van artikel 6:74 lid 2 BW bij een tijdelijke onmogelijkheid tot nakoming pas verplicht is tot schadevergoeding indien hij in verzuim is.

Nissan/Nieuwkoop

Op 9 juli 2010 wees de Hoge Raad wederom een arrest over de toepasselijkheid van het verzuimvereiste ten aanzien van een verplichting uit een duurovereenkomst. Aan die zaak lagen de volgende feiten ten grondslag.

Feitencomplex

Tussen Nissan en (de rechtsvoorgangster van) Nieuwkoop was sinds 1982 een dealerovereenkomst van kracht. In 1999 hebben Nissan en Nieuwkoop aanvullende afspraken gemaakt. Nieuwkoop was de hoofddealer van Nissan in de regio Groot 's-Hertogenbosch en zij bediende dit gebied exclusief. In 2001 ging Nissan een samenwerkingsverband aan met Renault en werd er gekozen voor een her-

- 13 In de aan de cassatieprocedure voorafgaande procedure in hoger beroep oordeelde het gerechtshof dat Ten Cate een verbintenis om niet te doen had geschonden. Ten Cate was verplicht om betrokkene in te zetten als directeur bij TGT en dat was een voortdurende verplichting om betrokkene niet over te halen bij Ten Cate te blijven, die Ten Cate had geschonden, aldus het gerechtshof. Ten Cate kwam om cassatie tegen dit oordeel op, maar omdat het hof zijn oordeel op twee zelfstandig dragende gronden had gebaseerd en het middel dat tegen de andere grond werd gericht tevergeefs werd voorgesteld, heeft de Hoge Raad over deze uitleg van het begrip 'voortdurende verbintenis' geen oordeel gegeven.
- 14 Algemeen wordt aangenomen dat de Hoge Raad uitgaat van blijvende onmogelijkheid. Immers, indien van een tijdelijke onmogelijkheid sprake zou zijn, dan zou het voor de hand liggen om, na en naast de onmogelijkheidsperiode, de toekomst als een afzonderlijk segment te bezien. Deze benadering zou vervolgens de conclusie rechtvaardigen, nu nakoming nog altijd mogelijk is, dat van de schuldeiser die de overeenkomst ook voor de toekomst wil ontbinden, kan worden verlangd dat hij een ingebrekestelling uitbrengt. Zie in dit verband de annotatie van J. Hijma onder het arrest Schwartz/Gnjatovic, T. Hartlief, AA 54 (2005), 4, p. 265, voetnoot 13 en M.A.J.G. Janssen & M.M. van Rossum, 'Verzuim bij ingebrekestelling bij schadevergoeding en ontbinding', NTBR 2004-2, p. 64.

Toepassing van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder b BW bij verplichtingen uit duurovereenkomsten

structurering van het distributiesysteem. Die herstructurering, de zogenoemde ‘HUB-strategie’, hield in dat een beperkt aantal hoofddealers als HUB-partners zou worden geselecteerd. De overige dealers zouden met die HUB-partners een samenwerking tot stand moeten brengen. Eind april 2001 deelde Nissan deze nieuwe strategie telefonisch mede aan Nieuwkoop. Zij heeft deze vervolgens bij brief van 2 mei 2001 aan haar bevestigd. In deze brief liet Nissan aan Nieuwkoop weten dat de Fassbender-Valks-groep als HUB-partner voor de regio Groot 's-Hertogenbosch was geselecteerd. Nissan zegde Nieuwkoop toe dat zij binnen enkele maanden bericht zou ontvangen over haar positie in de nieuwe HUB-structuur. Zij benadrukte voorts dat de eerdere strategie was komen te vervallen. Nieuwkoop antwoordde dat zij niet akkoord ging met het laten vervallen van de eerdere strategie en dat zij er nog van uitging dat partijen succesvol zouden blijven samenwerken. Tijdens een gesprek op 3 oktober 2001 tussen Nieuwkoop en Nissan kwam aan de orde dat er tussen hen geen vertrouwen meer bestond en dat Nieuwkoop niet onder de nieuwe HUB-partner in de nieuwe strategie wilde werken. Nieuwkoop heeft tevens laten weten dat haar Nissan-activiteiten door de toekomstige HUB-partner konden worden overgenomen.

Eind oktober of begin november 2001 besloot Nissan kennelijk dat de Fassbender-groep toch geen HUB-partner zou worden. Nissan heeft het aanbod van Nieuwkoop om alsnog HUB-partner voor de regio Groot 's-Hertogenbosch te worden afgeslagen. In de volgende correspondentie tussen Nissan en Nieuwkoop heeft Nissan zich onder meer op het standpunt gesteld dat Nieuwkoop reeds na de brief van Nissan van 2 mei 2001 had besloten om afscheid te nemen van het merk Nissan, dat Nissan deze beslissing betreurde en dat zij zich ging beraden over de aanstelling van een andere HUB-partner. Bij brief van 22 januari 2002 heeft Nieuwkoop Nissan laten weten dat Nissan ‘destijds’ definitief een nieuwe HUB-partner had aangewezen en dat Nissan door problemen bij deze partner op die beslissing was teruggekomen, maar dat op dat moment Nieuwkoop noodgedwongen al had besloten haar bedrijf veilig te stellen. Zij heeft in die brief voorts betwist dat zij al in mei 2001 zou hebben besloten om afscheid te nemen van het merk Nissan. In het najaar van 2003 heeft Nieuwkoop haar klantenbestand aan een derde verkocht. Weer een aantal maanden later, op 13 februari 2004, heeft de advocaat van Nieuwkoop de dealerovereenkomst ontbonden en aanspraak gemaakt op schadevergoeding. In de daaropvolgende gerechtelijke procedure is vergoeding van schade ad € 2.732.000 gevorderd. Uit het arrest blijkt niet uit welke posten deze schade is opgebouwd.¹⁵

Ook andere omstandigheden die voor een beoordeling van de zaak van belang kunnen zijn, blijken niet uit het arrest. Zo is niet duidelijk voor welke periode de duurovereenkomst tussen Nissan en Nieuwkoop was aangegaan. Uit het arrest blijkt evenmin of tussen april en november 2001 uitvoering is gegeven aan de selectie van de Fassbender-groep, al dan niet ten nadele van Nieuwkoop. Voorts

15 Mogelijk vordert Nieuwkoop vergoeding van toekomstige schade die bestaat uit het mislopen van winsten als gevolg van de beëindiging van de dealerovereenkomst, alsmede van schade die het gevolg is van verminderde opbrengst op de ‘gedwongen’ verkoop van haar klantenportefeuille.

V.C. van Ginkel-Claessens & A. Mulder

blijkt er niet uit in hoeverre Nieuwkoop en Nissan in die periode en in de periode daarna uitvoering zijn blijven geven aan de tussen hen geldende overeenkomst. Ook is onduidelijk waarom er tussen de mededelingen uit april en mei 2001 zijdens Nissan en de verkoop van het klantenbestand en de ontbinding van de overeenkomst door Nieuwkoop ruim twee jaar en bijna drie jaar is verstreken.

Het arrest van het gerechtshof te Amsterdam

Voor een goed begrip van het arrest van de Hoge Raad zijn de overwegingen van het gerechtshof in deze zaak van belang. Naar het oordeel van het hof kon en mocht Nieuwkoop uit de brief van 2 mei 2001, in combinatie met de nadien gevoerde onderhandelingen, waarin Nissan vasthield aan de invoering van de HUB-strategie en volhardde in haar voornemen om de dealerovereenkomst met Nieuwkoop niet langer na te leven, afleiden dat Nissan zou gaan tekortschieten in de nakoming van de verbintenis die voor haar voortvloeide uit de dealerovereenkomst (r.o. 3.22 en 3.24 van het arrest van het gerechtshof). Volgens het hof verkeerde Nissan zonder ingebrekestelling in verzuim, omdat Nieuwkoop de verklaringen en gedragingen van Nissan heeft mogen opvatten als een mededeling in de zin van artikel 6:83 aanhef en onder c BW. Nissan dient dan ook de dientengevolge geleden schade, op te maken bij staat, van Nieuwkoop te vergoeden ex artikel 6:74 lid 1 BW (r.o. 3.25).

Klachten van Nissan

Nissan klaagde er in cassatie in de eerste plaats over dat het hof ten onrechte de aankondiging van de HUB-strategie heeft aangemerkt als door Nieuwkoop aangevoerde grondslag van haar vordering uit wanprestatie. Volgens Nissan heeft Nieuwkoop niet de aankondiging ervan, maar de HUB-strategie zelf ten grondslag gelegd aan haar vordering.

Voorts klaagde Nissan erover dat het hof haar heeft veroordeeld tot vergoeding van schade die Nieuwkoop als gevolg van deze tekortkoming in de nakoming heeft geleden, terwijl het niet heeft vastgesteld waarin deze tekortkoming anders bestaat dan in de mededelingen waaruit Nieuwkoop mocht begrijpen dat Nissan in de toekomst haar verplichtingen uit hoofde van de dealerovereenkomst niet langer zou nakomen. Mocht het hof hebben vastgesteld dat de prestaties van Nissan achter zijn gebleven bij waartoe zij op grond van de overeenkomst was gehouden, dan is dit oordeel onvoldoende gemotiveerd, omdat het hof niet heeft vastgesteld dat enige opeisbare prestatie is uitgebleven. Tevens klaagde Nissan erover dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat Nieuwkoop de verklaringen en gedragingen van Nissan mocht opvatten als een mededeling in de zin van artikel 6:83 aanhef en onder c BW en dat een ingebrekestelling voor het intreden van verzuim niet vereist was, nu verzuim slechts kan intreden wanneer een op grond van een verbintenis opeisbare prestatie uitblijft, terwijl Nissan geen enkele opeisbare prestatie niet is gekommen.

Het arrest van de Hoge Raad

In r.o. 3.3.2 geeft de Hoge Raad zijn oordeel over de klacht van Nissan ten aanzien van haar eerste serie klachten, die betrekking heeft op het ten onrechte

Toepassing van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder b BW bij verplichtingen uit duurovereenkomsten

aanmerken van de aankondiging van HUB-strategie als grondslag van de vordering uit hoofde van wanprestatie. De hierop gebaseerde klachten missen volgens de Hoge Raad feitelijke grondslag, omdat het hof de vordering van Nieuwkoop niet aldus heeft opgevat dat de aankondiging van de HUB-structuur een wanprestatie opleverde. Het hof heeft geoordeeld dat Nieuwkoop uit de brief van 2 mei 2001 in combinatie met de nadien gevoerde onderhandelingen kon en mocht afleiden dat Nissan zou gaan tekortschieten in de verbintenis die voor haar voortvloeide uit de dealerovereenkomst. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad noch onjuist, noch onbegrijpelijk.

Ten aanzien van de tweede serie klachten van Nissan oordeelde de Hoge Raad in r.o. 3.4.2, onder verwijzing naar het arrest *Ten Cate/Nagelmakers c.s.*, dat wanneer een schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in nakoming zal tekortschieten, het verzuim intreedt zonder ingebrekestelling, ook indien de vordering op dat moment nog niet opeisbaar is. De niet-opeisbaarheid speelt immers geen rol, omdat dezelfde mededeling op grond van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder b BW de gevolgen van niet-nakoming doet intreden voordat de vordering opeisbaar is. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat dit betekent dat die gevolgen dus ook intreden indien de prestatie van de schuldenaar (nog) niet is uitgebleven en dat in dat geval in het midden kan blijven of het hof van oordeel is geweest dat de aankondiging van Nissan betrekking had op een reeds opeisbare of op nog niet opeisbare verplichting.

Commentaar

Hoewel dit arrest op het eerste oog weinig gefronste wenkbrauwen zal trekken, valt bij nadere bestudering een aantal zaken op. Het arrest van het gerechtshof is in kracht van gewijsde gegaan, terwijl er geen oordeel lijkt te zijn gegeven over de vraag of reeds de aankondiging van de HUB-strategie de wanprestatie vormt die Nissan schadeplichtig maakt, of dat het daadwerkelijk aanstellen van de Fassbender-groep de toerekenbare tekortkoming is die haar schadeplichtig maakt. In de schadestaatprocedure die mogelijk tussen Nissan en Nieuwkoop zal volgen, kan dit een grote rol spelen, omdat vaststelling van de tekortkoming bepalend kan zijn voor de omvang van de schadevergoedingsplicht. Zoals gesteld is onduidelijk waaruit de door Nieuwkoop gevorderde schade bestaat, dus mogelijk zal dit in die procedure geen rol spelen, maar indien Nieuwkoop meer vordert dan alleen de schade die het gevolg is van de ontbinding, zal toch vast moeten komen te staan waaruit nu de tekortkoming bestaat die Nissan schadeplichtig maakt.

In dit verband is van belang dat de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis weliswaar de situatie heeft onderkend dat de schuldeiser vóór het moment van opeisbaarheid schadevergoeding vordert, maar daarbij is uitgegaan van de situatie dat er daadwerkelijk een tekortkoming zal volgen. Ten aanzien van die situatie overwoog de wetgever dat bij de berekening van de schade rekening moet worden gehouden met het feit dat de schuldeiser bij de uitvoering van de verbintenis de prestatie pas bij de opeisbaarheid zou hebben verkregen en dat eventuele moeilijkheden die hieruit voor de berekening van de schade voortvloeien, kunnen

worden opgelost aan de hand van artikel 6:105 BW.¹⁶ De onderhavige situatie lijkt echter niet onder ogen te zijn gezien.

Processtukken: waaruit bestaat de tekortkoming?

Het arrest van de Hoge Raad, met name in combinatie met het arrest van het gerechtshof, de cassatiemiddelen en, voor zover daaruit kenbaar, het vonnis van de rechtbank, geeft geen eenduidig beeld over de aard van de tekortkoming die Nissan wordt verweten.

Op zichzelf is duidelijk dat de mededeling van Nissan kwalificeert als een mededeling in de zin van artikel 6:80 aanhef en onder b BW. De mededeling heeft een definitief karakter ('Als HUB-partner voor uw gebied is de Fassbender-Valks-Groep geselecteerd. Binnen enkele maanden of zoveel eerder als mogelijk ontvangt u van ondergetekenden nader bericht over de individuele positie van de betrokken partijen in de HUB-structuur.') en van een opwelling lijkt geen sprake te zijn.

In haar cassatiemiddel stelt Nissan dat de rechtbank de HUB-strategie zelf als grondslag voor de vordering uit wanprestatie heeft aangemerkt en niet zozeer de aankondiging daarvan (alinea 1.1 van het cassatiemiddel). In hoger beroep heeft Nieuwkoop erover geklaagd dat de rechtbank het verzuim c.q. de wanprestatie heeft gebaseerd op de bespreking van 25 april 2001, de brief van 2 mei 2001 en de aanvankelijke keuze voor de Fassbender-groep als HUB-partner.¹⁷ In r.o. 3.4 geeft het hof het standpunt van Nieuwkoop in hoger beroep weer: Nieuwkoop zou de selectie van een derde als HUB-partner hebben aangemerkt als het negeren van essentialia van de dealerovereenkomst en 'deze' eenzijdige vervallenverklaring zou volgens Nieuwkoop de wanprestatie zijn die tot vergoeding van haar schade zou moeten leiden. Uit r.o. 3.21 van het arrest lijkt te volgen dat het hof het selecteren van een derde als HUB-partner en de mededelingen daaromtrent als wanprestatie heeft aangemerkt, althans dat het van oordeel is dat Nieuwkoop die omstandigheden aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.¹⁸

A-G Wissink merkt in zijn conclusie op dat de standpunten hieromtrent in de feitelijke instanties niet zo subtiel zijn verwoord als Nissan in haar cassatiemiddel doet voorkomen. Hij leest in de standpunten van Nieuwkoop, en in die van Nissan, geen scherp onderscheid tussen verwijten ten aanzien van de aankondiging

16 MvA II, Parlementaire Geschiedenis boek 6, p. 276-277.

17 Zie onder 3.6.5 van de conclusie van A-G Wissink, waaruit niet blijkt wat volgens Nieuwkoop dan wel de grondslag voor de wanprestatie had moeten zijn.

18 Zoals uit het hiervoor weergegeven feitencomplex blijkt dat er tussen de afwijzing van het aanbod van Nissan aan Nieuwkoop om alsnog HUB-partner te worden en de verkoop van het klantenbestand ruim anderhalf jaar is verstreken. Onduidelijk is of Nieuwkoop al eerder heeft geanticipeerd op de aangekondigde tekortkoming (zowel voor als na het moment van het aanbod om alsnog HUB-partner te worden) en wat er tussen het moment van dat aanbod en de verkoop van het klantenbestand tussen partijen is voorgevallen en in dat verband vergoeding van schade vordert. Is Nissan, die heeft medegedeeld dat zij zal gaan tekortschieten, vogelvrij, omdat Nieuwkoop geruime tijd na die mededeling daarop nog mag anticiperen en vergoeding van schade mag vorderen en bestaat die schadevergoedingsplicht ook voor kosten die zijn gemaakt nadat de mededeling is ingetrokken? Mogelijk speelt dit, gelet op schadeposten waarvan Nieuwkoop vergoeding vordert, tussen partijen geen rol.

van de HUB-strategie en de aangekondigde HUB-strategie (alinea 3.6.3 van zijn conclusie). Wel merkt hij op dat Nieuwkoop steeds heeft betoogd dat Nissan zou gaan tekortschieten, terwijl Nissan steeds heeft betoogd dat zij de gemaakte afspraken steeds is nagekomen (alinea 3.10.1). Ook constateert Wissink dat het hof zich niet heeft gewaagd aan een onderzoek naar de vraag of de enkele aankondiging van de strategie al een tekortkoming opleverde. Hij vat het oordeel van het hof zo op dat het hof wel heeft vastgesteld dat Nissan haar verplichtingen niet (langer) zou nakomen, maar niet heeft vastgesteld dat Nissan daadwerkelijk is tekortgeschoten in de nakoming van de dealerovereenkomst (alinea 3.10.2). Uit zijn arrest blijkt ons niet dat de Hoge Raad op dit punt een oordeel heeft gegeven. Uit de laatste zinnen van rechtsoverweging 3.4.2 zou men kunnen afleiden dat de Hoge Raad de aankondiging van de HUB-strategie als de toerekenbare tekortkoming aan de zijde van Nissan aanmerkt, maar heel evident is dat niet.

Dat het hof in zijn arrest niet in duidelijke bewoordingen overweegt waaruit de niet-nakoming die Nissan wordt verweten bestaat is verwonderlijk, omdat het hof Nissan in hoger beroep wel heeft veroordeeld tot vergoeding van schade, op te maken bij staat. In het arrest zelf wordt gesproken over 'tekortschieten' en 'tekortkomen' (zie bijvoorbeeld r.o. 3.21 en 3.25) en 'wanprestatie' (r.o. 3.26), terwijl het hof Nissan blijkens het dictum heeft veroordeeld tot het vergoeden van de schade, op te maken bij staat, die Nieuwkoop lijdt 'als gevolg van de niet nakoming door Nissan van de ten processe bedoelde dealerovereenkomst'. Artikel 6:74 BW verplicht echter 'slechts' de schuldenaar tot vergoeding van schade in geval van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis (en niet in alle gevallen van niet-nakoming van een verbintenis). Door in het arrest de begrippen tekortkomen en tekortschieten te gebruiken en in het dictum te kiezen voor het ruimere begrip niet-nakoming, lijkt het erop alsof het hof hier een bewust onderscheid heeft gemaakt.

Ons inziens stelt Nissan dan ook terecht in cassatie aan de orde dat niet duidelijk is waaruit nu precies de tekortkoming (of de niet-nakoming?) bestaat die haar wordt verweten. Dat is met het oog op het gevolg, namelijk het ontstaan van de verplichting tot vergoeding van schade, ons inziens geen lood om oud ijzer. Het lijkt er nu op dat, nu de Hoge Raad het cassatieberoep van Nissan heeft verworpen, Nissan gehouden is tot vergoeding van schade die Nieuwkoop heeft geleden als gevolg van een niet-nakoming (dictum), meer in het bijzonder een tekortkoming (r.o. 3.21 en 3.25), meer in het bijzonder een toerekenbare tekortkoming (r.o. 3.26), terwijl niet vaststaat waaruit die toerekenbare tekortkoming, althans tekortkoming, althans niet-nakoming, bestaat (en niet elke niet-nakoming verplicht tot schadevergoeding).

Dit zal in de mogelijk volgende schadestaatprocedure ongetwijfeld tot complicaties leiden. Partijen zijn in de schadestaatprocedure die volgt op de hoofdprocedure immers gebonden aan wat de rechter in de procedure tot vaststelling van de aansprakelijkheid heeft overwogen.¹⁹ De aansprakelijkheidsvraag zelf wordt uit-

19 HR 17 januari 1997, NJ 1997, 230 (Moerman/Bakker).

sluitend in de hoofdprocedure en niet in de schadestaatprocedure behandeld.²⁰ De grondslag van de verplichting tot schadevergoeding dient derhalve bij uitsluiting in de hoofdprocedure te worden vastgesteld, terwijl in de schadestaatprocedure vervolgens de vaststelling van de inhoud en de omvang van de in de hoofdprocedure vastgestelde verplichting tot schadevergoeding aan de orde zal zijn.²¹ In de schadestaatprocedure kan vervolgens worden geprocedeerd over de al dan niet aanwezigheid van factoren die tot vermindering van de gestelde aansprakelijkheid kunnen leiden, zoals voordeelstoerekening en eigen schuld, maar de aansprakelijkheid voor de schade moet in de hoofdprocedure zijn vastgesteld. Een discussie op deze punten in de schadestaatprocedure komt de facto neer op een discussie over de vraag waarop de aansprakelijkheid van Nissan nu precies is gebaseerd, terwijl daarvoor nu juist geen ruimte meer is in de schadestaatprocedure. Een andere complicatie zal zijn dat, als niet vaststaat wat de niet-nakoming is, niet kan worden vastgesteld wat de schade is die daardoor is geleden. Ook in het kader van de toerekening ex artikel 6:98 BW zal het vorenstaande aanleiding tot discussie kunnen zijn. Als immers niet duidelijk is op welke gebeurtenis de aansprakelijkheid berust, kan evenmin worden vastgesteld in hoeverre de schade als gevolg van deze gebeurtenis aan in casu Nissan kan worden toegerekend. Uiteraard zal per schadepost moeten worden beoordeeld in hoeverre deze nog aan Nissan kan worden toegerekend. Daarbij zal (uiteraard afhankelijk van de schadeposten waarvan vergoeding wordt gevorderd) mogelijk ook aan de orde komen dat Nieuwkoop twee jaar nadat haar bleek dat Nissan toch kon nakomen (alsnog) haar klantenbestand verkocht en weer een halfjaar later de overeenkomst ontbond. Een beroep op artikel 6:101 BW lijkt voor de hand te liggen. Zoals gesteld blijkt uit de arresten van het hof en de Hoge Raad niet waaruit de tekortkoming bestaat. Hebben zij de aankondiging van de HUB-strategie al als zodanig aangemerkt, of vormt de HUB-strategie zelf de tekortkoming?

De aankondiging van de HUB-strategie is de tekortkoming

Indien de aankondiging van de HUB-strategie als tekortkoming onder de dealerovereenkomst wordt aangemerkt, zal Nissan de schade die Nieuwkoop door die aankondiging lijdt op grond van artikel 6:74 lid 1 BW dienen te vergoeden. De aankondiging van de HUB-strategie kan echter alleen als een tekortkoming van de dealerovereenkomst worden aangemerkt als Nissan met die overeenkomst de voortdurende verplichting op zich heeft genomen om niet aan te kondigen dat een derde als HUB-partner is geselecteerd. Wanneer deze op Nissan rustende verplichting zo ruim wordt uitgelegd, is er ons inziens, net zoals in cassatie in de Ten Cate-zaak is betoogd, sprake van een extensieve uitleg van het begrip 'voortdurende verbintenis om niet te doen'. Een dergelijke ruimteverplichting zal Nissan niet op zich hebben genomen, zodat de aankondiging op zichzelf bezwaarlijk als tekortkoming kan worden aangemerkt.

20 Zie o.m. HR 30 mei 1997, NJ 1998, 381 (Elink Schuurman q.q./Van Gastel q.q.) en HR 16 juni 2006, RvdW 2006, 616 (Witlox/Gemeente Vught).

21 Zie bijvoorbeeld HR 16 mei 2008, NJ 2008, 415 (Romein Staalbouw/Diepvries Services).

Toepassing van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder b BW bij verplichtingen uit duurovereenkomsten

Zou dat anders zijn, dan stelt dat contractspartijen bij duurovereenkomsten voor grote problemen indien zij hun rechtsverhouding tijdens de duur van de overeenkomst wensen te wijzigen. Indien bij duurovereenkomsten waarbij exclusiviteit is afgesproken de aankondiging van de selectie van een ander in strijd met die exclusiviteit al als een tekortkoming wordt beschouwd, beperkt dat partijen bij duurovereenkomsten in grote mate om voor te stellen om, na verloop van tijd, hun onderlinge relatie te herzien en opnieuw in te richten. Zoals A-G Wissink terecht stelt in zijn conclusie, staat het een partij bij een duurrelatie vrij aan te kondigen dat hij een wijziging wil. De wederpartij mag die van de hand wijzen. Indien partijen niet tot een oplossing lijken te komen, zal daarmee de duurrelatie onder druk komen te staan, mogelijk met gerechtelijke procedures tot gevolg, maar dat kan allemaal gebeuren zonder dat van een tekortkoming in de nakoming van de zijde van een van de contractspartijen sprake hoeft te zijn. Sterker nog, ook als partijen er niet uitkomen, is het zeer wel denkbaar dat beide partijen de overeenkomst op juiste wijze uitvoeren, totdat deze op juiste wijze wordt beëindigd door bijvoorbeeld opzegging of ontbinding van de overeenkomst.

Wij plaatsen hier de kanttekening dat in de casus Nissan/Nieuwkoop van een voorstel tot benoeming van een ander geen sprake meer lijkt te zijn, omdat Nissan Nieuwkoop heeft bericht dat een derde reeds als HUB-partner is geselecteerd. Daarmee stelt zij Nieuwkoop voor een voldongen feit. Zoals gesteld blijkt uit het arrest niet in hoeverre aan die selectie ook daadwerkelijk uitvoering is gegeven. Het is mogelijk dat uit de feiten en omstandigheden blijkt dat er eigenlijk al geen sprake meer was van een (voorstel tot) wijziging of herziening van de verhouding, maar dat de mededeling dat een derde als HUB-partner werd geselecteerd in feite een de facto (voorstel tot) beëindiging van de overeenkomst was.

De HUB-strategie is de tekortkoming

Het daadwerkelijk uitvoeren van de HUB-strategie met een derde als HUB-partner zal evident een tekortkoming onder de (exclusieve) dealerovereenkomst zijn. Uit de feiten en omstandigheden lijkt te volgen dat het in de onderhavige zaak nooit tot de daadwerkelijke benoeming van de Fassbender-groep als HUB-partner is gekomen. Veel verder dan het stadium van selectie als HUB-partner lijkt het niet te zijn gekomen. Nissan zou zich dan ook op het standpunt kunnen stellen dat zij weliswaar heeft aangekondigd dat zij een derde had geselecteerd als HUB-partner, maar dat aan die selectie nooit handen en voeten is gegeven, zodat er geen wanprestatie onder de dealerovereenkomst is geweest en dat er voor haar dan ook geen verplichting bestaat om op grond van artikel 6:74 lid 1 BW enige schade van Nieuwkoop te vergoeden. Als Nissan zich op dat standpunt zou kunnen stellen, maakt dat artikel 6:80 aanhef en onder b BW in feite tot een dode letter voor het geval dat een schuldenaar alsnog niet tekortschiet, terwijl hij de schuldeiser die tekortschietsing wel in het vooruitzicht heeft gesteld en de schuldeiser op basis van die mededeling maatregelen heeft getroffen. Nu aan artikel 6:80 aanhef en onder b BW ten grondslag ligt dat de schuldeiser in dat geval met het treffen van maatregelen niet hoeft te wachten tot het moment van opeisbaarheid, ligt het voor de hand aan te nemen dat hij die maatregelen niet voor eigen rekening en risico hoeft te nemen.

Hoe nu verder?

Terecht merkt A-G Wissink op dat in dit geval meer aan de hand is (zie ook voetnoot 18 hiervoor). Door aan Nieuwkoop mede te delen dat een derde is geselecteerd om als HUB-partner in de nieuwe strategie werkzaam te zijn, hangt Nissan het zwaard van Damocles boven het hoofd van Nieuwkoop (alinea 3.12). De wetgever heeft onderkend dat Nieuwkoop in dat geval niet lijdzaam hoeft af te wachten totdat Nissan dat zwaard ook daadwerkelijk laat vallen, maar dat zij in mag spelen op een, naar het op dat moment lijkt, onvermijdelijke situatie. Aan artikel 6:80 BW ligt immers de gedachte ten grondslag dat schuldeisers de rechtsgevolgen van niet-nakoming ook reeds vóór de opeisbaarheid van een vordering moeten kunnen invoeren zodra vaststaat dat een schuldenaar te zijner tijd niet zal gaan presteren. Duidelijk is derhalve dat het recht rekening houdt met de positie van de schuldeiser die van zijn schuldenaar serieus in het vooruitzicht krijgt gesteld dat hij niet zal nakomen. Het lijkt er echter op dat de wetgever daarbij niet heeft geanticipeerd op de situatie die aan de orde lijkt te zijn in onderhavige zaak, namelijk de situatie dat een schuldenaar zijn schuldeiser in het vooruitzicht stelt tekort te schieten, maar uiteindelijk niet daadwerkelijk tekortschiet.

Wissink wijst erop dat er twee situaties van de weigerachtige schuldenaar herkenbaar in de wet zijn geregeld (alinea 3.14). In de eerste plaats geeft artikel 6:83 aanhef en onder c BW een regeling voor de situatie dat de schuldenaar van een opeisbare prestatie weigert na te komen en ook daadwerkelijk niet nakomt. In dat geval is sprake van een toerekenbare tekortkoming, met alle gevolgen voor de schuldeiser (en schuldenaar) van dien. In de tweede plaats heeft de wetgever een regeling getroffen voor de situatie dat een schuldenaar van een nog niet opeisbare prestatie te kennen geeft niet na te zullen gaan komen. Van een tekortkoming kan pas sprake zijn als de vordering opeisbaar is, maar al vóór dat moment wordt de weigerachtige schuldenaar behandeld als een tekortschietende schuldenaar op grond van artikel 6:80 aanhef en onder b BW. In dat geval kan de schuldeiser ontbinding en schadevergoeding vorderen.

Vervolgens dient de vraag beantwoord te worden welke gevolgen in beide scenario's ontstaan voor de schuldeiser en de schuldenaar. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en het arrest Ten Cate/Nagelmakers c.s. concludeert Wissink dat de debiteur in het ene vorenstaande geval geen betere of slechtere behandeling verdient dan in het andere geval. Die gedachte komt op zichzelf niet meer dan redelijk voor, maar hoe wordt nu bewerkstelligd dat de schuldeiser niet in een nadeliger positie komt te verkeren? Wissink komt met twee suggesties.

Bij de toepasselijkheid van artikel 6:80 BW kan binnen het wettelijk systeem niet worden gesproken van een tekortkoming of van verzuim, maar wel van een situatie die daarmee wat haar rechtsgevolgen betreft gelijk kan worden gesteld (alinea 3.17.2). Dat betekent voor de onderhavige situatie dat Nieuwkoop, niettegenstaande het vereiste van een tekortkoming bij toepassing van artikel 6:74 lid 1 BW, toch recht heeft op schadevergoeding, ook al is er (uiteindelijk) geen sprake van een tekortkoming. In het geval de schuldenaar dus aankondigt tekort te zullen schieten en de schuldeiser daarop, op de voet van artikel 6:80 BW, met recht anticipeert en daardoor schade lijdt, komt ook die schade op de voet van artikel 6:74 lid 1 BW voor vergoeding in aanmerking, ook al is er uiteindelijk geen sprake

Toepassing van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder b BW bij verplichtingen uit duurovereenkomsten

van enige wanprestatie. In dat geval is het denkbaar dat de omvang van de schade kan worden berekend aan de hand van een vergelijking van de situatie waarin de schuldenaar zou zitten bij correcte nakoming en afwezigheid van de bewuste mededeling en de situatie waarin de schuldenaar zit na de mededeling waarop hij heeft geanticipeerd, waarbij wordt verondersteld dat de aangekondigde wanprestatie zich ook heeft verwezenlijkt.

De andere mogelijkheid die Wissink ziet is een redenering die de begrippen 'tekortkoming' en 'verzuim' bij de toepassing van situaties waarop artikel 6:80 lid 1 aanhef en sub b BW ziet, aanpast aan die specifieke situaties (alinea 3.17.3). Men volgt dan de redenering dat voor die situaties de begrippen tekortkoming en verzuim worden toegepast zonder het element van opeisbaarheid. Oftewel: bij een weigering tot nakoming voor het moment van opeisbaarheid kan de schuldeiser overgaan tot omzetting in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding of tot ontbinding. Die bepalingen veronderstellen de aanwezigheid van verzuim, en verzuim impliceert een tekortkoming. Ook hier dient vervolgens in het kader van de berekening van de omvang van de schadevergoedingsplicht een met in het voorgaande scenario vergelijkbare hypothetische vergelijking te worden gemaakt, als ware er toch een tekortkoming.

Wij zijn met Wissink van oordeel dat de eerste mogelijkheid de meest zuivere is. Het sluit aan bij de gedachte achter artikel 6:80 BW, namelijk dat de schuldeiser in geval van een mededeling dat een nog niet opeisbare vordering niet zal worden nagekomen, niet hoeft te wachten tot het moment van opeisbaarheid. Indien de schuldeiser mag anticiperen op die aangekondigde tekortkoming, past het bij die gedachte om, indien de tekortkoming alsnog achterwege blijft, de schuldeiser daarvoor niet te 'straffen' door hem bepaalde rechtsgevolgen te onthouden. De vraag is wat het oordeel van de Hoge Raad op dit punt zal zijn.

Wij tekenen daarbij aan dat het in de zaak Nissan/Nieuwkoop erg lang lijkt te hebben geduurd voordat Nieuwkoop daadwerkelijk anticipeerde op de mededeling van Nissan dat de Fassbender-groep HUB-partner zou worden. Dat kunnen wij niet met zekerheid stellen, omdat uit het arrest niet volgt waardoor Nieuwkoop schade heeft geleden. Uit het arrest blijkt wel dat Nieuwkoop haar klantenbestand pas verkocht geruime tijd nadat haar bleek dat zij alsnog HUB-partner kon worden. De vraag is dan ook in hoeverre Nieuwkoop daarbij dan ook nog met recht anticipeerde op de mededeling van Nissan. Zoals gesteld, dit zal ongetwijfeld in een eventuele schadestaatprocedure aan de orde komen.

Conclusie

Duidelijk is dat indien de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten, het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt ex artikel 6:83 onder c BW, ook indien de vordering op dat moment nog niet opeisbaar is. Die opeisbaarheid speelt in dat geval geen rol, omdat diezelfde mededeling onder artikel 6:80 aanhef en onder b BW de gevolgen voor niet-nakoming doet intreden voordat de vordering opeis-

V.C. van Ginkel-Claessens & A. Mulder

baar is. Volgens de Hoge Raad betekent dit dat die gevolgen ook intreden indien de prestatie van de schuldenaar (nog) niet is uitgebleven.

Het is echter de vraag op welke wijze die gevolgen intreden indien ondanks een daartoe strekkende aankondiging er geen tekortkoming volgt. Met name bij de vordering tot schadevergoeding ziet de schuldeiser zich in dat geval voor een probleem geplaatst. De wetgever heeft onderkend dat die schuldeiser na een dergelijke mededeling maatregelen mag treffen en het moment van daadwerkelijke opeisbaarheid niet hoeft af te wachten. Indien de schuldeiser de uit die maatregelen voortvloeiende schade op de schuldenaar wenst te verhalen, loopt hij echter aan tegen het feit dat de wet hem, strikt genomen, geen recht geeft op schadevergoeding, omdat van een tekortkoming geen sprake bleek te zijn. Het vergt dan ook een aan die situatie aangepaste toepassing van de wettelijke bepalingen indien men wil voorkomen dat de schuldeiser die schade vervolgens niet op zijn wederpartij kan verhalen. De Hoge Raad heeft zich daarover echter in dit arrest niet uitgelaten.