

Niet-nakoming van verbintenissen

Monografieën BW

Losdelig handboek over het burgerlijk recht

onder redactie van:

Prof. mr. I. Giesen

Hoogleraar privaatrecht Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch

Prof. mr. T. Hartlief

Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad en deeltijd-hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht

Prof. dr. V. Mak

Hoogleraar Nederlands en Europees Verbintenissenrecht Universiteit van Tilburg

Prof. mr. A.C. van Schaick

Advocaat te Tilburg, hoogleraar privaatrechtelijke rechtshandhaving en rechtsvergelijking Universiteit van Tilburg en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te Amsterdam

Prof. mr. drs. C.H. Sieburgh

Hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te Amsterdam

Oud-redactieleden:

Prof. mr. C.J.H. Brunner †

Prof. mr. A.S. Hartkamp

Mr. P. Neleman

Mr. M.J.P. Verburgh †

Prof. mr. J.B.M. Vranken

De deeltjes van het 'losdelig' handboek Monografieën BW vormen gezamenlijk een compleet en onderling samenhangend commentaar op het (nieuwe) burgerlijk recht. Die volledigheid en onderlinge samenhang worden bewerkstelligd en bewaakt door de redactie van de reeks. Dit handboek blijft actueel doordat elk deeltje afzonderlijk herdrukt wordt zodra belangrijke nieuwe ontwikkelingen in het rechtsgebied in kwestie dit noodzakelijk maken. Behalve door deze opzet onderscheidt dit 'losdelig' handboek zich ook door zijn inhoud van andere series en handboeken over het (nieuwe) burgerlijk recht. Waar mogelijk wordt getracht door het verschaffen van kwantitatieve, sociaal-economische en rechtssociologische gegevens inzicht te geven in de maatschappelijke betekenis van het beschreven complex van rechtsregels.

Daarnaast wordt aandacht besteed aan rechtsvergelijking, voornamelijk om reliëf en perspectief aan het eigen recht te geven, maar ook om de lezer die in het buitenlandse recht als zodanig geïnteresseerd is met zijn naspeuringen op weg te helpen.

MONOGRAFIEËN BW

B33 Niet-nakoming van verbintenissen

Mr. G.T. de Jong

voormalig universitair hoofddocent aan de RUG, Groningen

Derde druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2017

Citeerwijze:

VERKORT: De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen (Mon. BW nr. B33)* 2017

VOLLEDIG: G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen (Monografieën BW nr. B33)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

ISBN 978 90 13 14028 6

E-book 978 90 13 14395 9

NUR 822-206

Omslag: Bert Arts bNO

© Wolters Kluwer, 2017

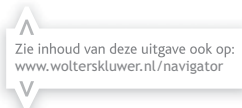
Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer, gedeponereerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op <http://www.wolterskluwer.nl> of kunt u opvragen bij onze klantenservice.



NAVIGATOR

VOORWOORD BIJ DE DERDE DRUK

Sinds de tweede druk van deze monografie uit 2006 is veel jurisprudentie en literatuur verschenen over de algemene regeling van de niet-nakoming van verbintenissen in afd. 6.1.9 BW. Hierdoor is het beeld van de vereisten voor schadevergoeding wegens tekortkoming op veel punten nader uitgekristalliseerd. Een bijzondere plaats wordt ingenomen door de 'klachtplicht', waarvoor de jurisprudentie van de Hoge Raad een belangrijke koerswijziging met zich meebracht. Het gedeelte van dit boek dat daarop ziet is geheel herschreven.

De discussies over de meest wenselijke benadering van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis moeten mede gezien worden tegen de achtergrond van de regelingen in de ons omringende landen en de internationale instrumenten. Daarom komt op de kernpunten van deze problematiek de rechtsvergelijking aan de orde.

Veel dank gaat uit naar de studentassistenten Ilsemarie Breemhaar en Mina Faraj voor het maken van de registers.

Het manuscript van deze uitgave is afgesloten op 1 januari 2017.

G.T. de Jong, Groningen 2017

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord bij de derde druk / V

Lijst van afkortingen / XI

Verkort aangehaalde literatuur / XIII

HOOFDSTUK 1

Algemeen / 1

- 1 Inhoud van afdeling 6.1.9 BW / 1
- 2 Andere mogelijkheden in geval van niet-nakoming / 2
- 2.1 Algemeen / 2
- 2.2 Ontbinding / 2
- 3 Globaal overzicht van de vereisten voor schadevergoeding / 3
- 4 Vervolg: vervangingsschade, vertragingsschade, gevolgschade / 4
- 5 Kanttekeningen bij het wettelijke stelsel / 5
- 5.1 Relativering van het ingebrekestellingsvereiste door de hantering van de begrippen 'onmogelijkheid' en 'verzuim' / 5
- 5.2 Kritiek en instemming / 5
- 6 Rechtsvergelijkende opmerkingen / 6
- 7 Stellen en bewijzen / 7

HOOFDSTUK 2

Onmogelijkheid / 9

- 8 Uitgangspunten / 9
- 9 Blijvende onmogelijkheid / 9
- 9.1 Algemeen / 9
- 9.2 Absolute onmogelijkheid / 10
- 9.3 Relatieve onmogelijkheid / 11
- 10 Gevolgen van blijvende onmogelijkheid / 12
- 11 Twee bijzondere gevallen van onmogelijkheid / 13
- 11.1 Gevolgschade / 13
- 11.2 Kanttekeningen bij gevolgschade als onmogelijkheid / 14
- 11.3 Niet-nakomen van een voortdurende verbintenis / 15
- 12 Tijdelijke onmogelijkheid en de gevolgen ervan / 15

HOOFDSTUK 3

Toerekenbaar dan wel niet-toerekenbaar tekortschieten / 17

- 13 Is onmogelijkheid vereist voor overmacht? / 17
- 14 Schuld en toerekening / 17
- 15 Hulppersonen / 19
- 15.1 Uitgangspunten / 19
- 15.2 Bij de uitvoering van een verbintenis / 19
- 15.3 Andere vragen van toepasselijkheid / 20
- 15.4 Uitzonderingen / 21
- 16 Hulpzaken / 22
- 16.1 Uitgangspunten / 22
- 16.2 Uitzonderingen / 22
- 17 Vrijtekenen / 23
- 17.1 Algemeen / 23
- 17.2 Geldig? / 24
- 17.3 De redelijkheid en billijkheid / 25
- 18 Garanderen / 25
- 18.1 Algemeen / 25
- 18.2 Gevolgen / 26
- 19 Verkeersopvattingen en andere factoren / 27
- 19.1 Algemeen / 27
- 19.2 'Vaste' criteria / 27
- 19.3 Rechtspraak over verkeersopvattingen op enkele specifieke gebieden / 28
- 19.4 Overige factoren / 29

HOOFDSTUK 4

De verzuimregeling / 31

- 20 Een ingebrekestelling met aanmaning / 31
- 20.1 Uitgangspunten / 31
- 20.2 Een schriftelijke mededeling / 32
- 20.3 Een bijzondere regeling voor consumentenkoop / 33
- 21 De inhoud van de ingebrekestelling / 34
- 21.1 Duidelijke eis en redelijke termijn / 34
- 21.2 Te korte termijn of te veel/te weinig gevorderd / 35
- 22 De ingebrekestelling zonder aanmaning / 36
- 22.1 Aansprakelijkstelling / 36
- 22.2 Tijdelijke onmogelijkheid / 37
- 22.3 Onwillige houding van de schuldenaar / 37
- 23 Geen ingebrekestelling vereist: de fatale termijn van art. 6:83 sub a / 37
- 23.1 Fataal, tenzij / 37
- 23.2 Kanttekeningen bij de gevolgen van een fatale termijn / 39
- 23.3 Een bijzondere regeling voor handelsrente en overheidsrente / 39
- 24 Geen ingebrekestelling: de andere twee criteria van art. 6:83 / 40

- 24.1 Verbintenis uit onrechtmatige daad of verbintenis tot schadevergoeding wegens wanprestatie / 40
- 24.2 Mededeling van de schuldenaar / 41
- 25 Geen ingebrekestelling vereist: overige gevallen / 42
- 25.1 Algemeen / 42
- 25.2 Wettelijke redenen / 42
- 25.3 De aard van de verplichting / 42
- 25.4 Redelijkheid en billijkheid / 43
- 26 Tussenvorm, bijvoorbeeld de mededeling of inspectie / 44
- 27 Verspringen van het risico / 45
- 28 Vertragingsschade / 45
- 29 Zuivering van verzuim / 46
- 30 Vervangingsschade (omzetting van de verbintenis) / 47
- 31 Einde van verzuim / 48

HOOFDSTUK 5

Gevolgen van toerekenbare ondeugdelijke nakoming / 49

- 32 Uitgangspunten / 49
- 33 Kanttekeningen / 50

HOOFDSTUK 6

Gevolgen van niet toerekenbaar tekortschieten / 51

- 34 Twee bijzondere bepalingen / 51
- 35 Soms recht op schadevergoeding / 51
- 35.1 Algemeen / 51
- 35.2 Vordering op een derde / 52
- 36 Soms executie of verrekening / 53

HOOFDSTUK 7

Verdere gevolgen van niet-nakoming / 55

- 37 De schuldeiser moet duidelijkheid verschaffen / 55
- 37.1 Algemeen / 55
- 37.2 Wanprestatie of overmacht / 56
- 38 De schuldeiser moet 'binnen bekwame tijd' protesteren (klachtplicht) / 57
- 38.1 Algemeen / 57
- 38.2 Binnen bekwame tijd? Het belang van de omstandigheden / 59
- 38.3 Stelplicht en bewijslast / 60
- 38.4 Gevolgen / 61
- 39 Bevoegdheid tot verkoop van een zaak waarvan bewaring bezwaarlijk is / 62
- 39.1 Algemeen / 62
- 39.2 Gevolgen / 63

HOOFDSTUK 8

Niet nakomen voor de opeisbaarheid van de verbintenis / 65

- 40 Algemeen / 65
- 41 Drie gevallen / 65
- 42 Gevolgen / 67
- 42.1 Mogelijkheden voor de schuldeiser / 67
- 42.2 Overige aspecten / 68

HOOFDSTUK 9

Boetebeding / 69

- 43 Algemeen / 69
- 44 Werking en vereisten / 70
- 45 Uitleg / 72
- 46 Matiging / 73
- 46.1 Uitgangspunten / 73
- 46.2 Relevante omstandigheden / 74
- 46.3 Een beslissing / 76
- 47 Aanvulling / 76

HOOFDSTUK 10

Terminologie / 79

- 48 De niet-wettelijke termen wanprestatie en overmacht / 79
- 49 Drie wettelijke termen: verzuim, niet-nakomen en tekortschieten / 79
- 49.1 Algemeen / 79
- 49.2 Verzuim / 79
- 49.3 Niet-nakomen / 80
- 49.4 Tekortschieten / 80
- 49.5 Tekortschieten: kanttekeningen / 82

Trefwoordenregister / 83

Artikelenregister / 87

Jurisprudentieregister / 93

Monografieën BW / 103

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
A-G	Advocaat-Generaal
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
Bb	Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BW	Burgerlijk Wetboek
BW(oud)	Burgerlijk Wetboek van 1838
CISG	United nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Weens Koopverdrag)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ECLI	European Case Law Identifier
E(E)G	Europese (Economische) Gemeenschap
EU	Europese Unie
Fw	Faillissementswet
GS	Groene Serie
GEKR	Gemeenschappelijk Europees Kooprecht
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort Geding
Mon.	Monografie(ën)
m.nt.	met noot
MvA	Memorie van Antwoord
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
n.a.v.	naar aanleiding van
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
o.a.	onder andere
ORP	Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak
PECL	Principles of European Contract Law
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PICC	Principles of International Contracts
Prg.	Praktijkgids

Rb.	Rechtbank
RCR	Rechtspraak Contractenrecht
red.	redactie
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
t.a.p.	te aangehaalde plaatse
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
T&C	Tekst & Commentaar
TvPP	Tijdschrift voor de Procespraktijk
TvPr.	Tijdschrift voor Privaatrecht
VR	Verkeersrecht
VA	Vermogensrechtelijke Analyses
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Anson's Law of Contract

J. Beatson, A. Burrows & J. Cartwright, *Anson's Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press 2010 (29th edition).

Asser/Abas 5-IIA

P. Abas, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 5-IIA, Huur, Deventer: Kluwer 2007 (negende druk).

Asser/Van den Berg 7-VI

M.A.M.C. van den Berg, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 7-VI, Aanneming van werk, Deventer: Kluwer 2013 (tweede druk).

Asser/Hartkamp & Sieburg 6-II

A.S. Hartkamp en C.A. Sieburgh, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 6-II, Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte, Deventer: Kluwer 2013 (veertiende druk).

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 6-III, Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2014 (veertiende druk, elektronisch geraadpleegd).

Asser/Hijma 7-I*

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 7-I*, Koop en ruil, Deventer: Kluwer 2013 (achtste druk).

Asser-Rutten I

L.E.H. Rutten, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 4. Verbintenissenrecht. Deel I, De verbintenis in het algemeen, Zwolle: Tjeenk Willink 1981 (zesde druk).

Asser/Sieburgh 6-I

C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 6-I, Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, Deventer: Kluwer 2016 (vijftiende druk).

Asser/Snijders & Valk 7-III

G.M.F. Snijders & W.L. Valk, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 7-III, Pacht, Deventer: Kluwer 2016.

Bakels (diss.)

F.B. Bakels, Ontbinding van wederkerige overeenkomsten (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.

Von Bar e.a.

Chr. von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich: Sellier 2009.

Bierbooms e.a. (red.)

P.F.A. Bierbooms, H. Pasman & G.M.F. Snijders (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

Brandsma, Gemeenrecht in Groningen

F. Brandsma, *Gemeenrecht in Groningen* (oratie Groningen), Groningen: Chimaira Publishing 2000.

Van den Brink (diss.)

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. UvA Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Bröring e.a.

H.E. Bröring e.a., *Bestuursrecht Deel 1*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016 (vijfde druk).

Brunner Bundel

T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp & W.H.M. Reehuis (red.), *Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner*, Deventer: Kluwer 1994.

Busch e.a., The Principles of European Contract Law and Dutch Law

D. Busch e.a., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Van Bijnen (diss.)

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

Chitty on Contracts

Chitty on Contracts, Volume I, General Principles, London: Sweet en Maxwell 2012.

Van Dunné, Verbintenissenrecht Deel 1

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004 (vijfde herziene druk).

Duyvensz (diss.)

J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Van Gerven & Covemaeker

W. van Gerven & S. Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven/Voorburg: Acco 2006.

Goedmakers (diss.)

A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998.

De Graaf (diss.)

T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT)contracten tussen professionele partijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006.

GS Bijzondere overeenkomsten (voorafgegaan door auteursnaam)

Groene Serie *Bijzondere overeenkomsten*, losbladig artikelsgewijs commentaar onder redactie van A.G. Castermans & C.G. Breedveld- de Voogd, Deventer: Kluwer (online).

GS Verbintenissenrecht (voorafgegaan door auteursnaam)

Groene Serie *Verbintenissenrecht*, losbladig artikelsgewijs commentaar onder redactie van E.H. Hondius, R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas, Deventer: Kluwer (online).

Haak & Koot, Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht

K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam/Deventer: Sanders Instituut/Kluwer 2004.

Haas (diss.)

D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2009.

Den Hartog Jager, Wettelijke rente

W.H.B. Den Hartog Jager, *Wettelijke rente*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012.

Hesselink (diss.)

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.

Hijma, Het constitutieve wijzigingsvonnis

Jac. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis, in het licht van de algemene werking van de redelijkheid en billijkheid* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989.

Hijma/Olthof, Compendium

J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (twaalfde druk).

Hofmann-Van Opstall

L.C. Hofmann, *Het Nederlands verbintenissenrecht. De algemene leer van de verbintenissen, Eerste gedeelte, Eerste stuk*, bewerkt door S.N. van Opstall, Groningen: Tjeenk Willink 1976 (negende druk).

Houben (diss.)

I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 2005.

Jansen (diss.)

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

Jauernig, Kommentar zum BGB

O. Jauernig, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2015.

De Jong/Krans/Wissink

G.T. de Jong, H.B. Krans & W.H. Wissink, *Verbindenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk Recht Deel 4), Deventer: Kluwer 2014.

Keirse (diss.)

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.

Klik, Koop en consumentenkoop

P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer 2014.

Krans (diss.)

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999.

Linssen (diss.)

J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.

Loos, Algemene voorwaarden

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013 (tweede druk).

LOVCK rapport II

De rechtspraak, Ambtshalve toetsing II, herzien rapport van de LOVCK werkgroep, november 2014.

Memelink (diss.)

P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Mittlaender Leme de Souza (diss.)

S. R. Mittlaender Leme de Souza, *Equity, efficiency, and ethics in remedies for breach of contract: theory and experimental evidence* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus University Rotterdam 2015.

Mon. BW A6b (Tjittes)

R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Monografieën BW A6b), Deventer: Kluwer 2013 (derde herziene druk).

Mon. BW A16 (Abas)

P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden* (Monografieën BW nr. 16), Deventer: Kluwer 2014 (vijfde druk).

Mon. BW A20 (Rogmans)

B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Monografieën BW A20), Deventer: Kluwer 2007 (derde druk).

Mon. BW B32b (Streefkerk)

C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Monografieën BW nr. B32b), Deventer: Kluwer 2013 (vierde druk).

Mon. BW B32c (Streefkerk)

C.A. Streefkerk, *Schuldeisersverzuim* (Monografieën BW nr. B32c), Deventer: Kluwer 2006 (derde druk).

Mon. BW B58 (Bakels)

F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Monografieën BW nr. B58), Deventer: Kluwer 2011.

Mon. BW B65b (Loos)

M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Monografieën BW nr. B65b), Deventer: Kluwer 2014.

Mon. BW B84 (Jansen)

C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Monografieën BW nr. B84), Deventer: Kluwer 2013.

Mon. BW B85 (Jacobs, Massuger & Plessen)

A.T.J.M. Jacobs, P.M.M. Massuger & W.G.M. Plessen, *De arbeidsovereenkomst (exclusief het ontslagrecht)* (Monografieën BW nr. B85), Deventer: Kluwer 2009.

Mon. Nieuw BW A11 (Van Nispen)

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Monografieën Nieuw BW A11), Deventer: Kluwer 2003.

Münchener Kommentar

W. Krüger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil*, par. 241-432, Wolfgang Ernst ad par. 280, München: C.H. Beck 2016.

Nieuwenhuis Bundel

Als een goed huisvader, Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 1992.

Nieuwenhuis Ex Libris

A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009.

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben & J.W. du Pon m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 7

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boek 7, Bijzondere overeenkomsten titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)

Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet, W.H.M. Reehuis, en E.E. Slob m.m.v. J.B. Rijpkema, Deventer: Kluwer 1992.

Pitlo/Cahen, Verbintenissenrecht

L.J.P. Cahen, *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 4, Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2002 (negende druk).

Pitlo, Rutgers & Krans

G.R. Rutgers & H.B. Krans, *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 7, Bewijs*, Deventer: Kluwer 2014.

Raaijmakers (diss.)

G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames: over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Van Rossum & Kuypers (red.), Garanties in de rechtspraktijk

M.M. van Rossum & P.H.L.M. Kuypers, *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2015.

Rijken (diss.)

G.J. Rijken, *Exoneratieclausules* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1983.

Schelhaas (diss.)

H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese Contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004.

Schoordijk, Verbintenissenrecht

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Smits, Dwaling en niet-nakoming

J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen* (Studiepockets Privaatrecht, nr. 56), Deventer: Tjeenk Willink 1999.

Smits, Niet-nakoming

J.M. Smits, *Niet-nakoming: begrip en systeem van de wanprestatie-regeling naar Nederlands recht* (Ars Aequi Cahiers Privaatrecht, deel 7), Nijmegen: Ars Aequi 2004.

Smits & Stijns, Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht

J. Smits en S. Stijns (red.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 2000.

Stelplicht en bewijslast (voorafgegaan door auteursnaam)

R.J.B. Boonekamp & W.L. Valk, *Stelplicht en bewijslast*, Deventer (online).

Stolp (diss.)

M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

T&C Vermogensrecht (voorafgegaan door auteursnaam)

J.H. Nieuwenhuis e.a., *Vermogensrecht Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2015.

Terré, La réforme du droit des obligations

F. Terré, *La réforme du droit des obligations*, Paris: Dalloz 2016.

Terré/Simler/Lequette

F. Terré, Ph. Simler & Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Paris: Dalloz 2009 (7e édition).

Tjittes, Toerekening van kennis

R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis* (Studiekring Offerhaus, nr. 6), Deventer: Kluwer 2001.

Verheij, Waarschuwen voor termijnen

A.J. Verheij, *Waarschuwen voor termijnen* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten

J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.

De Vries, Recht op nakoming en op schadevergoeding

G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, Deventer: Tjeenk Willink 1997 (tweede druk).

De Vries, Remedies op grond van niet-nakoming van internationale contracten

G.J.P. de Vries, *Remedies op grond van niet-nakoming van internationale contracten in het licht van de PECL*, Deventer: Kluwer 2002.

Zwalve, Common Law & Civil Law

W.J.Zwalve, *C.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law, Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008 (tweede herziene druk).

HOOFDSTUK 1

Algemeen

1 Inhoud van afdeling 6.1.9 BW

De kern van afdeling 6.1.9 BW is, dat daarin de vereisten voor schadevergoeding bij het niet-nakomen van verbintenissen zijn neergelegd.

Zie de paragrafen 1 en 2 van de afdeling. Daarnaast bevat paragraaf 3 een aantal verdere gevolgen van niet-nakoming, terwijl paragraaf 4 het boetebeding betreft. Vergelijk over schadevergoeding als sanctie Mon. Nieuw BW A11 (Van Nispen), nr. 7.

De in deze afdeling gegeven regeling heeft een ruim werkingsgebied, daar zij betrekking heeft op de niet-nakoming van *iedere* in art. 6:1 BW bedoelde verbintenis. Niet van belang is derhalve wat daarvan de bron is. Tevens zijn alle mogelijke manieren, waarop een schuldenaar zijn verplichtingen jegens zijn schuldeiser kan verzaken begrepen onder het 'niet-nakomen van een verbintenis' dat in deze afdeling zijn regeling vindt (*Parl. Gesch. Boek 6*, p. 253, 256 en 261). Of in een concreet geval sprake is van het niet-nakomen van het verschuldigde is een kwestie van uitleg, vergelijk met nadruk Van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, onder meer p. 609 en 635, en Smits, *Niet-nakoming*, nr. 6.

Afdeling 6.1.9 BW neemt als centrale afdeling inzake niet-nakoming een belangrijke plaats binnen het BW in, maar toch dient men haar in het juiste perspectief te zien: vaak zullen bijzondere bepalingen (mede) van toepassing zijn. Bijvoorbeeld denke men hier aan de regelingen van bijzondere overeenkomsten in het BW en andere wetten. Maar zeker is ook de 'internationale component' van belang (zoals voor de internationale koop van roerende zaken het Weens Koopverdrag). Deze monografie is gewijd aan de algemene regeling van afdeling 6.1.9 BW. Bijzondere regelingen en de toepassing van de algemene bepalingen bij bijzondere contracten zullen daarom slechts incidenteel aan de orde komen.

De gehele afdeling maakt deel uit van het verbintenissenrecht en betreft steeds de verhouding schuldeiser-schuldenaar. Daarom is er sprake van aanvullend recht, vergelijk Hijma/Olthof, *Compendium*, nr. 4. De uitzondering die de regel bevestigt is art. 6:94 lid 1 BW, welke bepaling de rechter de bevoegdheid geeft op verlangen van de schuldenaar een bedongen boete te matigen (zie art. 6:94 lid 3 BW).

Zie over de situatie waarin partijen over en weer tekortschieten HR 11 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7195, NJ 2009/342 (*Hartendorp/Kooij*), naar aanleiding waarvan Schelhaas & Stolp, *MvV 2009/3* p. 57 e.v.

De voorschriften van afdeling 6.1.9 BW geven aan in welke gevallen er een schadevergoedingsplicht ontstaat voor de schuldenaar die zijn verplichtingen niet nakomt. De nadere regeling van die schadevergoedingsplicht is te vinden in afd. 6.1.10 BW, welke afdeling alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding betreft.

Art. 6:103 BW uit die afdeling bepaalt dat schadevergoeding in beginsel voldaan wordt in geld. Is dit het geval, dan zijn tevens de bepalingen van afdeling 6.1.11 BW inzake verbintenissen tot betaling van een geldsom van toepassing. In het kader van de niet-nakoming verdient daarvan vermelding art. 6:119 BW, waarin is neergelegd dat de schadevergoeding die verschuldigd is wegens vertraging in de voldoening van een geldsom bestaat in de wettelijke rente. Voor handelstransacties is in het oog springend dat

art. 6:119a BW de wettelijke rente daarvoor in beginsel 30 dagen na de factuurdatum verschuldigd doet zijn. In aansluiting hierop bevat art. 6:119b BW een regeling voor de zogenoemde overheidsrente.

Zie over de toepassing van afdeling 6.1.10 BW in een verbintenisrechtelijke verhouding Krans (diss.). Hij concludeert (p. 363 e.v.) dat de invloed van de contractuele leest van de aansprakelijkheid op de bepaling van de omvang en inhoud van de schadevergoeding beperkt is. Vergelijk Mittlaender Leme de Souza (diss.), voor een rechtseconomische beschouwing over schadevergoeding bij het niet nakomen van overeenkomsten in het kader van het maatschappelijk welzijn.

2 Andere mogelijkheden in geval van niet-nakoming

Voor de schuldeiser wiens schuldenaar niet (naar behoren) presteert, zijn vaak ook andere mogelijkheden dan het vorderen van schadevergoeding van belang.

2.1 Algemeen

Voorzover de prestatie nog mogelijk is, blijft voor de schuldeiser vooral vaak het recht op *nakoming* centraal staan (afd. 6.1.6 BW). Wanneer verkeerdt is gepresteerd vloeit hieruit voort, dat de schuldeiser recht heeft op herstel, aanvulling of een vervangende prestatie. Vergelijk in dit verband uitdrukkelijk voor de koop art. 7:21 lid 1 BW. Vaak ligt de combinatie nakoming plus schadevergoeding voor de hand, dan wel kan gekozen worden tussen nakoming of schadevergoeding. Het arrest HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*) geeft aan, dat de crediteur in beginsel de keus heeft tussen nakoming en schadevergoeding in enigerlei vorm; hij is echter daarin niet geheel vrij omdat hij gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen. Zie over dit arrest Janssen & Van Rossum, *Advocatenblad* 2001/18, p. 694 e.v. en Veldman, *WPNR* 2001/6455, p. 727 e.v.

Het inroepen van een *opschortingsrecht* is vaak één van de eerste maatregelen van de schuldeiser jegens zijn niet presterende schuldenaar (afd. 6.1.7 BW en onder andere art. 6:262 e.v. BW). Het achterhouden van de eigen prestatie is een maatregel van geheel andere aard dan het eisen van schadevergoeding. De regeling van de opschortingsrechten hangt dan ook niet samen met de regeling van afdeling 6.1.9 BW. Zo is voor opschorting geen voorafgaande ingebrekestelling vereist (HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7343, NJ 2002/199, *Hendrikx/Peters*).

De schuldeiser die met zijn schuldenaar van mening verschilt over de vraag of deze al dan niet juist nakomt, zal zich moeten realiseren dat hij in *schuldeisersverzuim* kan geraken wanneer naderhand de schuldenaar het gelijk aan zijn kant blijkt te hebben (afd. 6.1.8 BW). In verhouding tot afd. 6.1.9 BW speelt vooral een rol, dat schuldeisersverzuim krachtens art. 6:61 BW het verzuim van de schuldenaar uitsluit.

Onder omstandigheden zal een teleurgestelde schuldeiser niet alleen een vordering op grond van afdeling 6.1.9 BW maar ook een vordering wegens *dwaling* kunnen overwegen (vergelijk in dit verband Smits, *Dwaling en niet-nakoming*, nr. 3.1.).

2.2 Ontbinding

Vloeit de verbintenis voort uit een wederkerige overeenkomst, dan kan de schuldeiser wanneer hij de verschuldigde prestatie niet van de schuldenaar ontvangt onder bepaalde voorwaarden de overeenkomst *ontbinden*. De regeling hiervan in art. 6:265 BW e.v. hangt ten nauwste samen met de inhoud van afdeling 6.1.9, omdat de vereisten voor ontbinding grotendeels samenvallen met die voor schadevergoeding. Waar in afdeling 6.1.9 BW de kwalificaties verzuim en onmogelijkheid centraal staan, is dit ook voor ontbinding het geval.

Hierdoor lopen in de meeste situaties de vereisten voor schadevergoeding en de vereisten voor ontbinding parallel. Deze koppeling vindt echter niet plaats in geval de prestatie tijdelijk onmogelijk is: dan kan zonder meer worden ontbonden, terwijl volgens de regeling van afdeling 6.1.9 BW voor schadevergoeding verzuim (dus in beginsel een ingebrekestelling) is vereist. Toch is ook hier in feite sprake van congruente eisen aan de schuldeiser, omdat het verzuim dan kan worden teweeggebracht door een enkele mededeling (namelijk een ingebrekestelling zonder aanmaning, zie art. 6:82 BW lid 2).

In de literatuur zijn stemmen opgegaan de mogelijkheid van ontbinding te beperken, vergelijk op dit punt Mon. BW B58 (Bakels), nr. 62 en 63. De Hoge Raad houdt echter vast aan het wettelijke uitgangspunt, en vindt in dat standpunt ondersteuning in een (ander) deel van de doctrine. Zie voor een overzicht Hartlief en Stolp in Smits & Stijns, *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, p. 245 e.v. en Stolp (diss.), hoofdstuk 9. Vergelijk kritisch inzake de keus tussen nakoming, schadevergoeding en ontbinding Van Bijnen, *WPNR* 2003/6547, 6548, p. 710 resp. 735 e.v. en Van Bijnen (diss.), hoofdstuk 10, par. 4. In dit verband dient te worden gesignaleerd dat art. 8:101 PECL in uitgangspunt de vrije keus van de schuldeiser verwoordt, waarover Busch e.a., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Smits aant. 4 bij het artikel. Art. III.-3:101 DCFR sluit hierop aan. In de benadering van de PECL en de DCFR is voor ontbinding in uitgangspunt een wezenlijke tekortkoming vereist, maar is ontbinding ook mogelijk wanneer in geval van vertraging een ingebrekestelling is gestuurd. Zie art. III.-3:502/503 DCFR en art. 9:301 jo. art. 8:106 (3) PECL.

3 Globaal overzicht van de vereisten voor schadevergoeding

Krachtens het eerste lid van art. 6:74 BW verplicht iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar de schade, die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Daarmee is aangegeven dat de onderscheiding *toerekenbaar* dan wel *niet toerekenbaar* tekortschieten essentieel is voor het ontstaan van een schadevergoedingsverplichting voor de schuldenaar die niet-nakomt en daardoor schade veroorzaakt. Meestal spreekt men hier van *wanprestatie* resp. *overmacht*. Tevens is in deze wettelijke bepaling vervat, dat slechts een schadevergoedingsplicht ontstaat voorzover voldaan is aan de eis van causaal verband tussen de tekortkoming en ontstane schade. Het gaat hier om de *conditio sine qua non*-eis; de omvang van de schadevergoeding wordt bepaald door de toets van de redelijke toerekening krachtens art. 6:98 BW, Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht* art. 6:74 BW aant. 40 en Hijma/Olthof, *Compendium*, nr. 365.

Vorzover nakoming *blijvend onmogelijk* is, is de toerekenbaarheid van de tekortkoming de enige eis voor de verplichting de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden. In alle *andere gevallen* – waarin dus sprake is van vertraging in de nakoming – is voor schadelijdelijkheid van de schuldenaar *verzuim* vereist. De toerekenbaarheid van de tekortkoming is dan niet voldoende: de schuldenaar dient in beginsel bovendien een *ingebrekestelling* te hebben ontvangen. Dit is op te maken uit het samenstel van bepalingen van art. 6:74 lid 2, 6:81, 6:82 en 6:83 BW.

In het geval waarin vaststaat dat nakoming blijvend onmogelijk is (bijvoorbeeld: het te leveren schilderij is in vlammen opgegaan) heeft het sturen van een ingebrekestelling met een aanmaning geen enkele zin, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 258. Daarom kan de schuldeiser – aangenomen dat er sprake is van toerekenbaar tekortschieten – schadevergoeding eisen van de schuldenaar zonder dat aan nadere vereisten is voldaan, hetgeen tot uitdrukking komt in het tweede lid van art. 6:74 BW.

Vaak zal zich de situatie voordoen dat nakoming wel mogelijk is, zodat alleen sprake is van vertraging in de nakoming (bijvoorbeeld: de schuldenaar levert de verschuldigde 5000 kg sinaasappelen niet op het toegezegde tijdstip). De wet stelt voor dergelijke situaties in art. 6:74 lid 2 BW verzuim als nader vereiste voor het ontstaan van een schadevergoedingsplicht. Behalve in dergelijke gevallen van te laat presteren is de verzuimregeling ook van toepassing wanneer gebrekkig is gepresteerd maar herstel mogelijk is, omdat ook dergelijke gevallen als vertraging in de nakoming worden aangemerkt. Als uitgangspunt geldt bij vertraging het volgende: de schuldeiser dient de schuldenaar met een schriftelijke aanmaning in gebreke te stellen. Nadat de in de ingebrekestelling vervatte redelijke termijn is verlopen, is de schuldenaar in verzuim en heeft de schuldeiser recht op schadevergoeding (art. 6:74 lid 2, 6:81 en 6:82 BW). In bepaalde omstandigheden is in afwijking van het wettelijke uitgangspunt voor het intreden van verzuim geen

ingebrekestelling vereist. Dit is bijvoorbeeld als regel het geval wanneer de schuldenaar binnen een bepaalde termijn moet presteren (art. 6:83 BW).

Tot zover is een globale omschrijving gegeven van het systeem van de wet inzake de vereisten voor het ontstaan van een schadevergoedingplicht in het geval van niet-nakomen van een verbintenis. Bij toepassing in de praktijk ontstaat echter een meer gecompliceerd beeld. Ten eerste omdat zich bij wanprestatie verschillende soorten schade kunnen voordoen (hierna sub 4) en ten tweede wegens de hantering en invulling van de centrale begrippen 'onmogelijkheid' en 'verzuim' (hierna sub 5.1).

4 Vervolg: vervangingschade, vertragingschade, gevolgschade

Wanneer een verbintenis niet wordt nagekomen, kan van drie verschillende soorten schade sprake zijn: *vervangingschade*, *vertragingschade* en *bijkomende schade*.

In aansluiting op *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 258 ter illustratie het voorbeeld van de schuldenaar, die een koe moet leveren. Hij levert te laat een koe die ziek blijkt te zijn, en de rest van de veestapel van de schuldeiser aansteekt alvorens zij dood gaat.

De verdragingschade is de schade die de schuldeiser lijdt omdat hem niet op tijd een deugdelijke koe geleverd wordt.

De vervangingschade is de schade, die de schuldeiser lijdt omdat hij een nieuwe koe moet kopen.

De gevolgschade (ook wel genoemd: bijkomende schade) is de schade, die de schuldeiser in zijn overige vermogen lijdt doordat de schuldenaar verkeerd heeft gepresteerd (in het concrete voorbeeld de schade die ontstaat doordat de zieke koe de veestapel van de schuldeiser besmet). Het arrest HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4732, NJ 2000/258 (*Kinheim/Pelders*) bevat als omschrijving van gevolgschade 'de schade die de schuldeiser niet zou hebben geleden indien aanstonds deugdelijk was gepresteerd en die niet door de vervangende prestatie wordt weggenomen'. Zie voor de onderscheiding van de verschillende vormen van schade Katan, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:81 BW aant. 20.

De vergoeding van verdragingschade en bijkomende schade tezamen wordt aangeduid als aanvullende schadevergoeding. Vergelijk hierover bijvoorbeeld Smits, *Dwaling en niet-nakoming*, p. 15 en Hijma/Olthof, *Compendium*, nr. 364; anders De Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding*, p. 48.

Staat de toerekenbaarheid vast, dan ontstaat door de combinatie van de wettelijke regeling en de soorten schade voor wat betreft de eis van de ingebrekestelling het volgende beeld.

In de gevallen waarin het blijvend onmogelijk is de verschuldigde prestatie te voldoen, kan de schuldeiser krachtens art. 6:74 BW lid 2 schadevergoeding eisen zonder dat aan nadere vereisten is voldaan. Dit zal vanzelfsprekend *vervangende schadevergoeding* zijn, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 262.

In andere gevallen – dus die, waarin de prestatie nog mogelijk is – is volgens de tekst van art. 6:74 BW lid 2 voor schadevergoeding verzuim vereist. De verzuimregeling is een regeling voor vertraging in de nakoming. De schadevergoeding die de schuldenaar in geval van verzuim moet betalen, betreft dan ook in de eerste plaats *vertragingschade* (art. 6:85 BW). De schuldeiser heeft hierop recht zodra de schuldenaar in verzuim is geraakt. In de tweede plaats heeft de schuldeiser in geval van verzuim ook recht op *vervangingschade*, maar daarvoor is het enkele verzuim niet voldoende. Daartoe dient de schuldeiser ex art. 6:87 BW de schuldenaar schriftelijk mee te delen, dat hij schadevergoeding wenst in plaats van nakoming.

De wettekst geeft de schuldeiser niet uitdrukkelijk het recht tot het vorderen van *bijkomende schade*, die voortvloeit uit ondeugdelijk presteren. Echter krachtens *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 258 valt het toebrengen van bijkomende schade onder onmogelijkheid van nakoming, en de Hoge Raad heeft zich hierbij aangesloten (HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4732, NJ 2000/258 (*Kinheim/Pelders*)). Dergelijke schade kan daarom op grond van art. 6:74 lid 2 BW gevorderd worden zonder dat daarvoor de eis van verzuim van de schuldenaar geldt.

5 Kanttekeningen bij het wettelijke stelsel

5.1 Relativering van het ingebrekestellingsvereiste door de hantering van de begrippen 'onmogelijkheid' en 'verzuim'

Gesignaleerd kan worden dat de ingebrekestelling bij de hantering van het wettelijke stelsel een minder prominente plaats inneemt dan op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn. Hiervoor zijn verschillende redenen.

Doordat in de rechtspraak van de Hoge Raad het begrip 'onmogelijk' ruim wordt uitgelegd is het terrein waarop de verzuimregeling ziet minder omvangrijk dan bij een strikte opvatting van 'onmogelijkheid' het geval zou zijn (waarover nader nr. 11). Kritisch op dit punt is Van Schaick, *NTBR* 2012/40. Tevens laat de Hoge Raad in de vertragsgevallen nu gemakkelijker een uitzondering op de eis van de ingebrekestelling toe dan aanvankelijk het geval was, waarover nader nr. 20.1. Vergelijk in dit verband onder meer A-G Huydecoper voor HR 11 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4925, *NJ* 2003/255 (*Schwarz/Gnjatovic*) sub 13, Hijma in zijn noot onder dit arrest sub 7, De Vries, *VA* 2005-01, p. 96 e.v., sub 5 en De Jong, *NJB* 2007/2226. De (relatieve) terugtrek van de ingebrekestelling is in lijn met de benadering van de transnationale instrumenten (waarover nr. 6).

5.2 Kritiek en instemming

Op het hiervoor in hoofdlijnen samengevatte systeem van het BW inzake schadevergoeding kan men onder meer de volgende punten van kritiek formuleren:

Het begrip 'onmogelijkheid' is voor de schuldeiser die zich afvraagt of hij een ingebrekestelling moet sturen voor hij schadevergoeding kan vorderen niet een goed ijkpunt, omdat voor hem veelal niet op eenvoudige wijze is vast te stellen of de prestatie (blijvend of tijdelijk) onmogelijk is. Het betreft een criterium dat achteraf, wanneer de feiten bekend zijn, kan worden aangelegd, maar dat vaak vanuit het aanvankelijke gezichtspunt van de schuldeiser onwerkbaar is. Zie ook Smits, *Niet-nakoming*, nr. 25.

Het stelsel is veel te gedetailleerd, daardoor te ingewikkeld en dus niet gemakkelijk te doorgronden en te hanteren. Zie bijvoorbeeld reeds *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 284 en Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten*, nr. 101 e.v. die spreekt van een 'labyrint van dwaalwegen' en voorstelt de ingebrekestelling als hoofdregel te nemen voor schadevergoeding en ontbinding, met de mogelijkheid van uitzondering op grond van verscheidene factoren. Vergelijk onder andere ook Van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, p. 632, 633. In dit verband kan worden genoteerd dat volgens de Hoge Raad in het arrest HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, *NJ* 2003/257 (*Fraanje/Götte*), in verband met de hanteerbaarheid van het wettelijke stelsel via de werking van de redelijkheid en billijkheid afwijking van de ingebrekestellingseis mogelijk is.

Schelhaas, *NTBR* 2013/37 signaleert dat wegens EU-richtlijnen het stelsel inzake de ingebrekestelling nog minder inzichtelijk is geworden, waarbij zij wijst op de werking van de artikelen 6:119a en b BW inzake de handels- en overheidsrente en op art. 7:19a BW inzake consumentenkoop.

Ten slotte zij hier aangegeven dat het onjuist is het veroorzaken van bijkomende schade onder onmogelijkheid van nakoming te brengen. Bovendien is het verwarrend, omdat het gehanteerde begrip onmogelijkheid gemakkelijk (mede) betrokken kan worden op de hoofdvorbintenis.

De regeling van de ingebrekestelling is onderwerp van veel discussie. In de literatuur zijn meerdere stemmen opgegaan om – langs verschillende wegen – het werkingsgebied van de ingebrekestelling te verkleinen, vooral voor gevallen waarin het gaat om verkeerd presteren. Hieruit blijkt dat het werkingsgebied van de ingebrekestelling door de desbetreffende schrijvers te ruim wordt geacht. Wel wordt door sommigen verdedigd, dat de schuldenaar langs andere weg alsnog een kans moet worden geboden, onder meer via de eigenschuld-norm. Zie Streefkerk, *NTBR* 2004/1, p. 2 e.v., Van Schaick, *NTBR* 2004/9, p. 446 e.v., Haas, *WPNR* 2005/6623, p. 435 e.v., Chao-Duivis, *Bouwwrecht* 2004/11, p. 937 sub 5; Van Bijnen (diss.), hoofdstuk 10, par. 1, 2 en 3, De Jong *NTBR* 2005/7, p. 288 e.v. en Janssen, *NTBR* 2005/8, p. 353 e.v. Huydecoper,

conclusie onder HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6997, NJ 2011/257 (*Elbrink/Halfman*) sub 29/30 geeft in overweging van het uitgangspunt van de ingebrekestelling af te stappen en alleen aanmaning te eisen wanneer dit redelijk en zinvol is. Castermans, *NTBR* 2011/60 bepleit het concept 'adempauze' centraal te stellen; zie hierover ook Van der Heijden, *NTBR* 2011/61.

Naast kritiek kan men echter ook naar voren brengen, dat de grondgedachte van afdeling 6.1.9 BW juist is: het wezen van de ingebrekestelling, namelijk het aanmanen, brengt mee dat deze alleen vereist is bij vertraging. Vertraging veronderstelt immers, dat de schuldenaar alsnog zal kunnen presteren. Daarvan is geen sprake in geval van blijvende onmogelijkheid van de prestatie.

Het zou daarom de voorkeur verdienen, het begrip *vertraging* centraal te stellen bij de beantwoording van de vraag of er voor een schadevergoedingsvordering een ingebrekestelling moet worden gestuurd. Krans (diss.), nr. 1.13, benadrukt dat de wettelijke regeling in feite een uitwerking is van de redelijkheid en billijkheid. Hartkamp, *Ars Aequi* 2012/01 p. 49 geeft aan dat de regeling van de materie van art. 6:74 BW e.v. naar haar aard problematisch is.

6 Rechtsvergelijkende opmerkingen

Volgens art. 6:74 BW dient aan een schadevordering in uitgangspunt een ingebrekestelling vooraf te gaan wanneer sprake is van vertraging in de nakoming. Op dit punt zijn grote verschillen in benadering te signaleren ten opzichte van het buitenland.

In Europa is inzake de eis van de ingebrekestelling sprake van een tweedeling. In veel landen is de schadevordering wegens tekortkoming verbonden aan een vooraf gestuurde ingebrekestelling, maar ook wordt in een aantal rechtsstelsels aan de ingebrekestelling voorbij gegaan. Tot de laatste groep behoort Engeland, waarbij het vereiste van een ingebrekestelling geen rol speelt: iedere 'breach of contract' is reden voor een verplichting tot schadevergoeding (*Chitty on Contracts*, nr. 26.001 e.v. en *Anson's Law of Contract*, p. 533 e.v.). Hier wordt wel de tegenstelling tussen 'civil law' en 'common law' benadrukt, zie Zwolve, *Common Law & Civil Law*, p. 612.

Met ingang van 1 januari 2002 is in *Duitsland* een nieuw wettelijk stelsel van kracht geworden. Het kent in par. 280 BGB een centrale basis voor alle vormen van schadevergoeding. Voor vertragingschade wordt de eis van een aanmaning gesteld (par. 286), maar hierop zijn wel uitzonderingen, zoals de situatie waarin de schuldenaar weigert na te komen. De situatie van onmogelijkheid ligt buiten het gebied waarop verzuim – en dus de ingebrekestelling – ziet (*Münchener Kommentar*, Ernst, aant. II. 3.a bij par. 286). Voor vervangende schadevergoeding is een zogenoemde *Nachfrist* vereist (par. 281 BGB). Opvallend is dat de schuldenaar naast de hoofdverplichting ook verplicht is rekening te houden met rechten, goederen en belangen van de schuldeiser op grond van par. 241 abs. 2 BGB. Schendt hij één van deze verplichtingen, dan is hij schadeplichtig op grond van par. 280 I BGB. Zie bijvoorbeeld *Münchener Kommentar*, par. 280, Ernst, sub IX.

Ook het *Franse* recht stelt in beginsel het vereiste van een ingebrekestelling. Vergelijk Terré/Simler/Lequette, *Droit civil, Les obligations*, nr. 1078 e.v. en Terré, *La réforme du droit des obligations, Introduction*, p. IX sub 8 en p. 57 bij het sinds 1 oktober 2016 geldende art. 1231 Cc, dat het aanvankelijke art. 1146 Cc vervangt. In art. 1231 Cc is ook neergelegd dat een ingebrekestelling achterwege kan blijven wanneer nakoming onmogelijk is. Er is ruimte voor uitzonderingen op het vereiste van de ingebrekestelling, onder meer wanneer het gedrag van de debiteur duidelijk maakt dat hij niet zal nakomen. Voor een aantal situaties is in discussie of een ingebrekestelling moet worden gestuurd, bijvoorbeeld bij de schending van duurovereenkomsten.

Inzake het *Belgische* recht benadrukken Van Gerven & Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, p. 594 e.v. dat de plicht om de debiteur in gebreke te stellen een algemeen rechtsbeginsel is, waarop art. 1146 van het Belgische BW is toegesneden voor het geval van schadevergoeding wegens niet nakoming van een verbintenis. De eis van de ingebrekestelling is echter ook in België niet aan de orde in geval van de onmogelijkheid van nakoming. Tevens kan sprake zijn van een uitzondering op het ingebrekestellingsvereiste, onder meer wanneer de debiteur laat blijken niet te zullen presteren. Smits & Stijns, *Remedies in het Belgische en Nederlands contractenrecht*, Smits, p. 137 trekt de parallel met de werking van art. 6:83 BW, nu het Hof van Cassatie, 22 maart 1985, A.C. 1984-85, 1011 in het algemeen heeft overwogen dat een ingebrekestelling achterwege kan blijven indien deze nutteloos is.

In de internationale instrumenten is geen plaats ingeruimd voor de ingebrekestelling als vereiste voor schadevergoeding. Vergelijk art. 9:501 PECL, waarover De Vries, *Remedies op grond van niet-nakoming van internationale contracten*, p. 33 e.v. en Busch e.a., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Schelhaas aant. 2 bij art. 9:501 PECL. Hetzelfde geldt voor art. III.-3:701 DCFR. Zie Von Bar e.a., *Notes sub III* bij dit artikel, en tevens voor veel rechtsvergelijkende notities op dit punt. Art. 7.4.1 PICC en art. 45 lid 1b, 61 lid 1b en 74 CISG noemen de ingebrekestelling evenmin als voorwaarde voor schadevergoeding.

Zie Asser/Sieburgh 6-1/322 e.v. voor rechtsvergelijking op het terrein van de PICC, PECL en CISG en nr. 386 voor vraagtekens bij de verzuimeis in de Nederlandse regeling in rechtsvergelijkend perspectief.

Bij de beantwoording van de vraag of al dan niet een ingebrekestelling vooraf dient te gaan aan een schadevordering wegens een tekortkoming, moeten de geheel verschillende belangen van de betrokken partijen worden afgewogen. Aan de ene kant het belang van de debiteur een redelijke kans te krijgen alsnog te presteren, aan de andere kant de mogelijkheid van de crediteur steeds schadevergoeding te kunnen vorderen zonder alert te hoeven zijn op het sturen van een ingebrekestelling. Het eerste belang legt m.i. het meeste gewicht in de schaal, waarbij mede een rol speelt dat het versturen van een ingebrekestelling thans laagdrempelig genoemd kan worden omdat ook een e-mail hiervoor in aanmerking kan komen (zie nr. 20.2). De voorwaarde van de ingebrekestelling is echter slechts dan acceptabel, wanneer voldoende uitzonderingen op de regel het mogelijk maken inzake het vereiste van de ingebrekestelling te variëren naar gelang de omstandigheden van het geval en daarmee recht te doen aan de concrete situatie (zoals de invloed van het gedrag van de debiteur). Dit is in alle bovengenoemde stelsels die de ingebrekestelling kennen een punt van aandacht.

Met betrekking tot de vraag of er een ingebrekestelling moet worden verstuurd, werd in het BW (oud) de driedeling 'niet, verkeerd en te laat' presteren als uitgangspunt gehanteerd. In beginsel was alleen bij te laat presteren een ingebrekestelling vereist. Dit systeem is echter door de Hoge Raad voor de schuldenaar verzacht in die zin, dat de redelijkheid en billijkheid konden meebrengen dat hij bij herstelbaar verkeerd presteren wel een ingebrekestelling moest ontvangen. Zie HR 22 mei 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4192, NJ 1982/59 (*Van der Gun/Farmex*) en HR 26 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4352, NJ 1982/626 (*Automatic Signal/De Haas*). Deze ontwikkeling betekende een ombuiging in de richting van het huidige BW, al bleef door een ander uitgangspunt een verschil bestaan met het systeem van afdeling 6.1.9 BW.

Vergelijk over de verhouding tussen de oude en de nieuwe regeling o.a. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 254 en Olthof (*T&C Vermogensrecht*) art. 6:74 BW, aant. 4 en voor het overgangsrecht Asser/Sieburgh 6-1/321. Vergelijk in dit verband ook HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX6737, NJ 2007/142 (*Hulsink/Aqua+*).

7 Stellen en bewijzen

Wie van zijn schuldenaar schadevergoeding vordert wegens een toerekenbare tekortkoming, zal krachtens art. 150 Rv het nodige moeten stellen en bewijzen. Uit art. 6:74 BW vloeit voort dat op degene die de schadevordering instelt de stelplicht en bewijslast rusten ten aanzien van het bestaan van de verbintenis, de tekortkoming in de nakoming, de schade en het causaal verband tussen de tekortkoming en de schade. Het ligt vervolgens, gezien de formulering van art. 6:74 BW en 6:75 BW op de weg van de schuldenaar om aan te tonen, dat de door de schuldeiser gestelde en bewezen tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.

Zie in dit verband Pitlo/Rutgers & Krans, nr. 47 en Asser/Sieburgh 6-1/370. Het gegeven dat de schuldeiser het bestaan en de inhoud van de verbintenis dient te bewijzen brengt ons op het (voorzichtig te hanteren) onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen. Bij de resultaatsverbintenissen heeft de schuldenaar een bepaald resultaat toegezegd. Heeft de schuldeiser aangetoond dat dit resultaat is uitgebleven, dan dient de schuldenaar te bewijzen dat de oorzaak daarvan ligt in een feit dat hem niet kan worden toegerekend. Dit bewijs kan positief dan wel negatief van aard zijn. De schuldenaar kan hetzij precies aantonen wat de oorzaak van de tekortkoming is en dat deze oorzaak niet voor zijn rekening komt, hetzij – wanneer de oorzaak onzeker is – dat de tekortkoming plaatsvond onder omstandigheden, die uitsluiten

dat de oorzaak aan hem wordt toegerekend. Vergelijk HR 23 februari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4830, NJ 1968/ 103 (*Van der Spek-Amsterdam/Verzekeringsbank*).

Gaat het om een inspanningsverbintenis, dan drukt op de schuldeiser de bewijslast dat de schuldenaar zich niet voldoende heeft ingespannen (*Parl. Gesch. Boek 6*, p. 264). Het staat de rechter vrij uit de omstandigheden een vermoeden van schuld van de schuldenaar af te leiden, HR 7 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB9772, NJ 1977/63 (*Lekkende Kruik II*).

Het gaat hier overigens niet om een wezenlijk verschil in verbintenissen, doch om een vaststelling en onderscheiding van de verplichting(en) van de schuldenaar. Men moet er zich voor hoeden een verbintenis zonder meer bij de ene dan wel de andere categorie in te delen en deze indeling vervolgens klakkeloos toe te passen. Zo kan het bijvoorbeeld heel goed voorkomen, dat in een geval van een inspanningsverbintenis de schuldenaar impliciet tot één of meer 'resultaten' is verplicht (bijvoorbeeld het gebruiken van een deugdelijk hulpmiddel of het hebben van een bepaalde deskundigheid).

De schuldeiser moet stellen en bewijzen, dat de schuldenaar is tekortgeschoten. Dit impliceert dat hij hetzij verzuim, hetzij onmogelijkheid van nakoming aantoonst. Voor wat betreft verzuim is veelal van belang, dat het vereiste van de ingebrekestelling is vervuld. Het uitgangspunt is dat de rechter ambtshalve toetst of de schuldeiser aan zijn stelplicht heeft voldaan, HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2140, NJ 1996/748 (*Büchner/Wies*), dan wel dat zich een geval voordoet waarin een ingebrekestelling niet vereist is. Het laatste geval omvat ook de situatie van (blijvende) onmogelijkheid, terzake waarvan de stelplicht en bewijslast eveneens op de schuldeiser rust. Van den Brink en Valk, *Stelplicht & Bewijslast*, bij art. 6:81 BW. Zie op dit punt eveneens Haas (diss.), p. 58, noot 39 die ook uitgebreid aandacht besteedt aan de relatieve onmogelijkheid. Zie over stelplicht in het kader van art. 6:83 sub a BW HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, RvdW 2015/66 (*Far Trading/Edco Eindhoven*) sub 4.2.

Aan ambtshalve toetsing inzake verzuim wordt echter niet steeds vastgehouden, zie HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0624, RvdW 2006/374 (*Ten Cate/United Fabrics*). Deze problematiek wordt door Van Schaick, *NTBR* 2009/27, geplaatst in de context van de vraag of het verzuim al dan niet onderwerp is van het processuele debat. Zie in dit verband ook Katan, *GS Verbintenissenrecht* art. 6:81 BW aant. 14, Asser/Sieburgh 6-1/370 en Van den Brink/Valk, *Stelplicht & Bewijslast*, bij art. 6:81 BW. Vergelijk over het belang van de feiten en omstandigheden die partijen aan hun vorderingen/verweren ten grondslag leggen HR 24 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5466, NJ 2006/46 (*Dimopoulos/erven Van Mierlo*).

Voor wat betreft de toerekenbaarheid, die ook deel uitmaakt van het begrip 'verzuim', liggen de kaarten anders. Want toerekenbaarheid is het uitgangspunt, zoals is neergelegd in art. 6:75 BW. De schuldenaar, die een beroep op overmacht wil doen, zal dit moeten onderbouwen door omstandigheden aan te tonen en te bewijzen, waaruit kan worden afleid dat hij geen schuld heeft en dat de prestatie verhinderende omstandigheden niet voor zijn risico komen.

Zie over stellen en bewijzen uitgebreid Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht* art. 74 BW, aant. 52 e.v.; art. 76 BW, aant. 46; art. 77 BW, aant. 26; Katan, *GS Verbintenissenrecht*, art. 81 BW, aant. 14.

HOOFDSTUK 2

Onmogelijkheid

8 **Uitgangspunten**

De wet maakt binnen het stelsel van afdeling 6.1.9 BW onderscheid tussen blijvende onmogelijkheid en tijdelijke onmogelijkheid.

De blijvende onmogelijkheid is van deze twee de belangrijkste categorie, omdat de wet inzake de vereisten voor een schadevergoedingsplicht uitgaat van de tweedeling blijvende onmogelijkheid – vertraging. Daarom wordt, wanneer in dit boek wordt gesproken over onmogelijkheid, steeds bedoeld de blijvende onmogelijkheid, tenzij uitdrukkelijk is vermeld dat het (tevens) gaat om tijdelijke onmogelijkheid. Deze laatste kwalificatie is (slechts) van belang als bijzondere categorie van vertraging.

De rechter zal het verweer van de schuldenaar dat er sprake is van onmogelijkheid, niet gemakkelijk behoeven te aanvaarden (*Parl. Gesch. Boek 6*, p. 262).

Het feit dat nakoming van de prestatie onmogelijk is, zegt niets over de kwestie of de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Of dit het geval is, wordt bepaald door het antwoord op de vraag of de onmogelijkheid aan zijn schuld te wijten is of voor zijn risico komt.

De parlementaire geschiedenis biedt in dit opzicht niet altijd helderheid. Zo worden in de volgende passage (*Parl. Gesch. Boek 6*, p. 264) schuld en onmogelijkheid verward: 'Afwegigheid van schuld is er niet alleen als nakoming volslagen ondenkbaar was, doch ook als de nakoming de schuldenaar een zo grote inspanning of opoffering zou hebben gekost, dat zij als praktisch onmogelijk moet worden aangemerkt.'

De omstandigheid dat de nakoming van de verbintenis reeds vanaf het ontstaan van de verbintenis onmogelijk is, belet niet de toepassing van de bepalingen over de niet-nakoming van verbintenissen, zodat ook in een dergelijk geval sprake kan zijn van wanprestatie van de schuldenaar. Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 264 en 485.

Zowel art. 79 lid 4 CISG, art. 7.1.7 lid 3 PICC, art. 8:108 lid 3 PECL als art. III.-3:104 lid 5 DCFR bepalen dat indien nakoming verhinderd is, de debiteur zodra hij daarvan weet of moet weten de crediteur daarover dient te informeren. De debiteur die niet voldoet aan die verplichting is aansprakelijk voor de schade die daaruit voortvloeit. Von Bar e.a., *Comments* bij art. III.-3:104 sub A en E geven aan dat, hoewel het voorschrift niet in veel rechtsstelsels voorkomt, het zinvol is in commerciële verhoudingen. De basis ervan ligt in de redelijkheid en billijkheid.

9 **Blijvende onmogelijkheid**

9.1 *Algemeen*

Het probleem van de mate waarin de prestatie moet zijn verhinderd, alvorens gesproken kan worden van onmogelijkheid van nakoming, heeft in het verre en minder verre verleden veel pennen in beweging

gebracht. Zie hierover vooral Meijers, *Preadvies NJV* 1918, p. 114 e.v., en voor verdere ontwikkelingen o.a. Asser/Sieburgh 6-I/334 e.v. en Smits, *Niet-nakoming*, nr. 8.3.

Onmogelijkheid kan voorkomen op twee manieren: de *absolute/logische* en de *relatieve* onmogelijkheid. De relatieve onmogelijkheid doet zich voor in drie varianten: de praktische, de morele en de juridische/wettelijke onmogelijkheid.

Zie bijvoorbeeld, De Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding*, nr. 1.4, Asser /Sieburgh 6-I/334 e.v. (waar in nr. 338 onmogelijkheid die niet absoluut is wordt aangeduid als juridische onmogelijkheid, omdat het gaat om een juridische kwalificatie) en Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:74 BW aant. 27, met een uitgebreide casuïstiek. Janssen, *NTBR* 2005/8, p. 353 e.v. sub 4, bepleit het begrip 'onmogelijkheid' op een aantal punten beperkter op te vatten dan in de heersende leer het geval is. De grens tussen de werking van een fatale termijn die tot verzuim leidt en onmogelijkheid is niet altijd duidelijk, zie hierover Van Schaick, *NTBR* 2012/40 en Katan, *GS Verbintenissenrecht* art. 6:83 BW aant. 28.

In *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 262 wordt gezegd dat er sprake is van onmogelijkheid onder meer 'doordat de schuldeiser een prestatie waaraan een blijvende tekortkoming kleeft, definitief afwijst'. Dit is een formulering, die aanleiding kan geven tot verwarring.

Wanneer aan een prestatie een blijvende tekortkoming kleeft (de te leveren vaas is gebarsten en niet onzichtbaar te repareren), is enkel daardoor reeds een juiste nakoming in haar totaliteit blijvend onmogelijk. Daarvoor is niet nodig, dat de crediteur de prestatie afwijst.

Hij kan natuurlijk de prestatie met een gebrek accepteren, maar hij hoeft dit niet te doen. Want hij mag bij een blijvende tekortkoming – ook wanneer deze niet de gehele prestatie betreft – de prestatie afwijzen en vervangende schadevergoeding eisen of de overeenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit, geheel of gedeeltelijk ontbinden.

Er is geen sprake van onmogelijkheid, wanneer de prestatie weliswaar niet verricht kan worden op de manier, die de schuldenaar aanvankelijk voor ogen stond, maar wel op andere wijze.

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het leveren van soortzaken, terwijl de schuldenaar die niet geleverd krijgt van zijn leverancier. Zolang de betreffende zaken elders te verkrijgen zijn, kan de schuldenaar zich er niet op beroepen dat hij verhinderd is te presteren. Zie o.a. Asser/Sieburgh 6-I/341 en Smits, *Niet-nakoming*, nr. 8.1.

9.2 Absolute onmogelijkheid

De absolute (logische/theoretische/volstrekke) onmogelijkheid brengt mee, dat het voor een ieder werkelijk onmogelijk is te presteren.

Bijvoorbeeld: het te leveren schilderij is verbrand. Onder deze categorie worden ook begrepen de gevallen waarbij een verbintenis om niet te doen wordt geschonden (bijvoorbeeld HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3127, *NJ* 2010/272 (*Van der Leest/Gemeente Veghel*)). Hetzelfde geldt voor de gevallen waarin de schuldenaar de prestatie slechts binnen een bepaalde tijd kan verrichten en hij dit heeft nagelaten (waarbij naast de bekende bruidsjaпон onder meer gedacht kan worden aan het binnen de daarvoor geldende termijn instellen van beroep, vergelijk HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355, *NJ* 1983/367 (*Smael/Moszkowicz*)). De situaties waarin de prestatie slechts binnen een bepaalde periode zin heeft, bevinden zich op het snijvlak van de begrippen 'vertraging' en 'onmogelijkheid'. Vergelijk het arrest HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9494, *NJ* 2006/597 (*Endlich/Bouwmachines*), waarin