

Bb 2024/47

De verbintenis tot vervangende schadevergoeding: een beknopt overzicht voor de contractspraktijk

Mr. L.M.H. Koops, datum 16-09-2024

Datum	16-09-2024
Auteur	Mr. L.M.H. Koops ^[1]
JCDI	JCDI:ADS978815:1
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid Verbintenissenrecht / Schadevergoeding

In het arrest van de Hoge Raad van 5 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1028, staat onder meer de vraag centraal of een partij in zijn eerdere processtukken tot uiting heeft gebracht dat hij vervangende schadevergoeding wenst en of in die stukken een omzettingsverklaring in de zin van art. 6:87 BW besloten ligt. In deze bijdrage wordt ingegaan op het leerstuk van vervangende schadevergoeding en wordt het betreffende arrest besproken.

1. Inleiding

Wanneer een schuldeiser wordt geconfronteerd met een schuldenaar die tekortschiet in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen, biedt de wet verschillende remedies. Wanneer nakoming niet blijvend onmogelijk is, kan bijvoorbeeld nakoming van de oorspronkelijke prestatie worden gevorderd (art. 3:296 BW) of een beroep worden gedaan op ontbinding (art. 6:265 BW). Een andere mogelijkheid is het omzetten van de oorspronkelijke verbintenis in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding.^[2] In de praktijk zijn er situaties denkbaar waarin het verkrijgen van vervangende schadevergoeding de voorkeur kan hebben boven volledige (buitengerechtelijke) ontbinding, bijvoorbeeld wanneer de niet nagekomen verplichting voortvloeit uit een wederkerige overeenkomst en a) de schuldeiser er nog belang bij heeft om zijn eigen prestatie te verrichten,^[3] b) de schuldeiser wenst dat de overeenkomst nog voortduurt of c) als de niet nagekomen verplichting geen hoofdverplichting betreft.^[4]

Recent heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin het leerstuk van vervangende schadevergoeding een rol speelt. Voordat ik in deze bijdrage inga op de voornoemde uitspraak, bespreek ik het leerstuk van vervangende schadevergoeding en sta ik meer in het bijzonder stil bij de omzettingsverklaring, die vereist is om schadevergoeding in te plaats te laten treden van de prestatie die oorspronkelijk verschuldigd was.

2. Vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW)

2.1 Algemeen

In art. 6:87 BW is bepaald dat de schuldeiser bevoegd is om de oorspronkelijke verbintenis om te zetten in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding wanneer zijn schuldenaar in verzuim is en nakoming nog

mogelijk^[5] is. De bepaling geeft een uitwerking aan art. 6:74 BW. De omzetting kan zowel betrekking hebben op de hoofdverplichting van de schuldenaar, als op een nevenverplichting.

2.2 Omzettingsverklaring

De verplichting tot betaling van vervangende schadevergoeding ontstaat op het moment dat de schuldeiser de oorspronkelijke verbintenis omzet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding door middel van een zogenaamde omzettingsverklaring. De belangrijkste functie van de omzettingsverklaring is om onzekerheid over het moment van omzetting te voorkomen.

De wet stelt geen strenge eisen aan een dergelijke verklaring. Deze moet schriftelijk zijn, maar iedere schriftelijke mededeling volstaat zolang hieruit volgt dat de schuldeiser schadevergoeding in plaats van nakoming van de (gespecificeerde) oorspronkelijke verbintenis wenst.^[6] Zo kan in de praktijk een schriftelijke aansprakelijkstelling (waarin aanspraak wordt gemaakt op schadevergoeding in plaats van nakoming) al voldoende zijn, omdat hier een omzetting in besloten ligt. Of de keuze voor omzetting is gemaakt, is telkens een kwestie van uitleg.

De omzettingsverklaring heeft werking zodra deze de schuldenaar bereikt (art. 3:37 BW) en vanaf dat moment wordt de oorspronkelijke verbintenis omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding. Op datzelfde moment gaat de oorspronkelijke verbintenis, ten aanzien waarvan de schuldenaar in verzuim was, teniet en daarmee eindigt ook het verzuim van de schuldenaar. De schuldenaar kan de oorspronkelijke verbintenis dan dus niet meer nakomen (en zijn verzuim ook niet meer zuiveren op de voet van art. 6:86 BW).^[7]

De omzettingsverklaring heeft echter geen werking als de tekortkoming van de schuldenaar de omzetting niet rechtvaardigt. Daar is sprake van als de tekortkoming slechts van ondergeschikt belang is. Denk aan een overeenkomst tot het leveren van een fiets, waarvan één spatbord ondeugdelijk blijkt te zijn. In dat geval kan de schuldenaar niet de hoofdverplichting tot het leveren van een deugdelijke fiets omzetten in vervangende schadevergoeding, maar kan hij wél de (neven)verplichting tot het herstel van het ondeugdelijke spatbord omzetten.^[8]

Wanneer de omzettingsverklaring eenmaal werking heeft, kan de schuldeiser in principe niet meer terugkomen op zijn besluit om vervangende schadevergoeding (in plaats van nakoming van de oorspronkelijke prestatie of ontbinding) te vorderen. Dat is slechts anders indien vasthouden aan dat standpunt onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.^[9]

2.3 Omvang schadevergoeding

Aangezien de vervangende schadevergoeding de oorspronkelijke prestatie vervangt, geldt dat haar omvang in beginsel gelijk is aan de waarde van die prestatie. Om deze waarde te bepalen, moet aan de hand van de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW een vergelijking worden gemaakt tussen a) de vermogenspositie van de schuldeiser ten tijde van de niet-nakoming en b) de vermogenspositie van de schuldeiser in de hypothetische situatie dat de schuldenaar wél behoorlijk zou zijn nagekomen.^[10] Daarbij is niet van belang in hoeverre de schuldeiser onder de streep benadeeld is in zijn vermogen: de ratio achter vervangende schadevergoeding is dat hij hierdoor de gebrekkige prestatie alsnog door een ander kan laten verrichten.^[11]

3. Feiten en omstandigheden

Dat brengt mij bij het te bespreken arrest. Vereenvoudigd weergegeven, ging het daarin over het volgende. Partijen hebben in 2008 een overeenkomst gesloten op basis waarvan [verweerder] (hierna: de “*Leverancier*”) zich ertoe heeft verplicht aan [eiser] (hierna: de “*Afnemer*”) onder meer een warmtepompsysteem voor de bedrijfshal te leveren en die te installeren (hierna: de “*Overeenkomst*”). In die bedrijfshal vervaardigt de

Afnemer houten trappen.

In het kader van de Overeenkomst heeft de Afnemer aan de Leverancier gegarandeerd dat “de ruimtetemperatuur in de bedrijfshal 16 graden Celsius bedraagt bij een buitentemperatuur van -10 graden Celsius” (hierna: de “*Garantie*”).

Na het verrichten van de werkzaamheden en het leveren van de materialen door Leverancier is tussen partijen discussie ontstaan over het functioneren van het warmtepompsysteem. Meer in het bijzonder, heeft de Afnemer zich op het standpunt gesteld dat de Leverancier toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van de Overeenkomst, omdat de Garantie is geschonden nu het warmtepompsysteem onvoldoende capaciteit heeft om de gegarandeerde temperatuur van 16 graden in de bedrijfshal te realiseren. Op grond van het voorgaande, heeft de Afnemer de door de Leverancier verstuurde facturen voor de verrichte werkzaamheden en geleverde materialen onbetaald gelaten. Reden waarom de Leverancier de Afnemer in rechte heeft betrokken.

4. Oordeel in eerdere instanties

In eerste aanleg heeft de Leverancier (in conventie) gevorderd dat de Afnemer wordt veroordeeld tot betaling van de openstaande facturen, vermeerderd met rente en kosten. De Afnemer heeft verweer gevoerd en daarnaast (in reconventie) onder meer gevorderd (1) een verklaring voor recht dat de Leverancier toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de Overeenkomst door een systeem met te weinig capaciteit te leveren en (2) betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat.

Bij eindvonnis heeft de rechtbank (in reconventie) zowel door de Afnemer gevorderde verklaring voor recht als de verwijzing naar de schadestaatprocedure toegewezen. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de Leverancier, omdat het systeem onvoldoende capaciteit had om de gegarandeerde binnentemperatuur te realiseren en aannemelijk is dat de Afnemer hierdoor schade heeft geleden. De (in conventie) door Leverancier gevorderde betaling van facturen is door de rechtbank afgewezen.

De Leverancier heeft vervolgens hoger beroep ingesteld tegen het eindvonnis van de rechtbank. In hoger beroep oordeelt het hof (ook) dat de door Afnemer gevorderde verklaring voor recht terecht is toegewezen, maar - anders dan de rechtbank - oordeelt zij dat de gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure *niet* toewijsbaar is. Samenvattend, heeft de Afnemer volgens het hof namelijk a) niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van gevolgschade en b) ook geen recht op vervangende schadevergoeding, omdat hij geen omzettingsverklaring in de zin van art. 6:87 BW heeft uitgebracht. Meer in het bijzonder, overwoog het hof met betrekking tot het punt onder b) het volgende:

“Voor zover [geïntimeerde] het oog heeft op vergoeding van kosten voor herstel over vervanging om de warmtepomp alsnog aan de garantie te laten voldoen, betreft dit *geen gevolgschade maar vervangende schade waarvoor een omzettingsverklaring is vereist*. [appellant] heeft aangevoerd dat een *dergelijke verklaring ontbreekt en [geïntimeerde] heeft niet gesteld dat dit anders is*.”

[onderstreping L.M.H. Koops]

De Afnemer heeft vervolgens principaal cassatieberoep ingesteld tegen de beslissing van het hof om de verwijzing naar de schadestaatprocedure alsnog af te wijzen. De Leverancier heeft op zijn beurt incidenteel appel ingesteld tegen de beslissing van het hof om de gevorderde verklaring voor recht over de tekortkoming in stand te laten.^[12]

5. Oordeel Hoge Raad

Het principaal cassatiemiddel van de Afnemer valt uiteen in drie onderdelen. De eerste twee onderdelen hebben betrekking op het oordeel van het hof over de vervangende schadevergoeding (r.o. 3.10 en 3.11). Het derde (en laatste) onderdeel heeft betrekking op het oordeel van het hof over de gevolgschade.^[13]

De Hoge Raad vangt aan met de bespreking van het eerste cassatiemiddel (onderdeel 1), dat - op hoofdlijnen - ziet op de vraag of het hof had moeten onderzoeken of in de processtukken van de Afnemer een omzettingsverklaring besloten ligt in de zin van art. 6:87 BW. In dat verband overweegt de Hoge Raad in lijn met de heersende leer dat iedere schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat de schuldeiser schadevergoeding in plaats van nakoming wenst, voldoende is voor de omzetting als bedoeld in de voornoemde bepaling. Vervolgens bevestigt de Hoge Raad dat een omzettingsverklaring (ook) besloten kan liggen in de dagvaarding of andere gedingstukken (r.o. 4.2.1):

“Op de voet van art. 6:87 lid 1 BW wordt, voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, de verbintenis omgezet in een tot vervangende schadevergoeding, wanneer de schuldenaar in verzuim is en de schuldeiser hem schriftelijk meedeelt dat hij schadevergoeding in plaats van nakoming vordert.

Iedere schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat de schuldeiser schadevergoeding in plaats van nakoming wenst, is voldoende voor de omzetting als bedoeld in deze bepaling. Een omzettingsverklaring als bedoeld in art. 6:87 lid 1 BW kan besloten liggen in de dagvaarding of andere gedingstukken.”

[onderstreping L.M.H. Koops]

In het licht van het voorgaande, komt de Hoge Raad tot de conclusie dat het oordeel van het hof dat de Leverancier gesteld heeft dat een omzettingsverklaring ontbreekt en dat de Afnemer dit niet heeft betwist, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel onbegrijpelijk is. In zijn gedingstukken heeft de Afnemer namelijk a) betoogt dat hij - gelet op de houding van de Leverancier - *eigenhandig* zal overgaan tot het herstel dan wel vervangen van het warmtepompsysteem en b) verwijzing naar de schadestaatprocedure gevorderd onder verwijzing naar de *herstelkosten* die hij daarvoor moet maken. Die stellingen vallen volgens de Hoge Raad niet anders te begrijpen dan als een mededeling in de zin van art. 6:87 BW:

“[eiser] heeft in de feitelijke instanties onder meer aangevoerd dat hij het handelen van [verweerder] beschouwt als een mededeling dat [verweerder] niet langer een juiste prestatie zal leveren, en dat hij het *warmtepompsysteem zelf dient te laten herstellen dan wel te laten vervangen*. [eiser] heeft vervolgens onder meer *schadevergoeding op te maken bij staat gevorderd onder verwijzing naar de herstelkosten* die hij moet maken. *Deze stellingen vallen niet anders te begrijpen dan als een mededeling in de zin van art. 6:87 lid 1 BW.*

Het oordeel van het hof in rov. 3.10 dat [verweerder] heeft aangevoerd dat een omzettingsverklaring ontbreekt en dat [eiser] niet heeft gesteld dat dit anders is, en zijn concluderende oordeel in rov. 3.11 dat de gevorderde veroordeling tot vergoeding van schade, nader op te maken bij staat daarom wordt afgewezen, getuigen gelet op het voorgaande ofwel van een onjuiste rechtsopvatting ofwel zijn onbegrijpelijk. Onderdeel 1 slaagt dus.”

[onderstreping L.M.H. Koops]

6. Conclusie

Wanneer een schuldeiser te maken krijgt met een tekortschietende schuldenaar die in verzuim is, kan de schuldeiser kiezen tussen diverse remedies (zoals nakoming, schadevergoeding met ontbinding of schadevergoeding zonder ontbinding). Naast deze veel voorkomende remedies bestaat de mogelijkheid om de oorspronkelijke verbintenis om te zetten in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding op de voet van art. 6:87 BW. Deze bepaling stelt de schuldeiser in staat om een vergoeding van de waarde van de prestatie in plaats van nakoming van die prestatie te verkrijgen. Welke remedie passend is, zal van geval tot geval verschillen. In de praktijk kan een beroep op vervangende schadevergoeding een goed alternatief zijn voor (volledige) ontbinding als partijen een wederkerige overeenkomst hebben gesloten en de schuldenaar er belang bij heeft om zijn eigen prestaties onder die overeenkomst te (blijven) verrichten en de overeenkomst

voor het overige te laten voortduren.

Voor de omzetting is een enkel schriftelijke omzettingsverklaring namens de schuldeiser vereist. Uit deze verklaring moet volgen dat de schuldeiser schadevergoeding in plaats van nakoming wenst, maar verder worden daaraan geen strenge eisen gesteld. Een omzettingsverklaring kan zelfs worden gecombineerd met een aansprakelijkstelling en de Hoge Raad bevestigt in dit arrest dat een dergelijke verklaring ook besloten kan liggen in de dagvaarding of andere gedingstukken.

Wanneer de omzettingsverklaring de schuldenaar eenmaal heeft bereikt, heeft deze werking en wordt de oorspronkelijke verbintenis omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding. De schuldeiser dient zich ervan bewust te zijn dat hij vanaf dat moment in beginsel is gebonden aan zijn beslissing. De schuldenaar dient er op zijn beurt op bedacht te zijn dat het vanaf dat moment niet meer mogelijk is om de oorspronkelijke verbintenis, ten aanzien waarvan hij in verzuim verkeerde, na te komen. Gedane (lees: omgezette) zaken nemen immers in beginsel geen keer.

Voetnoten

[1] Lisa Koops is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht.

[2] De eisen van redelijkheid en billijkheid brengen met zich dat de schuldeiser in geval van een tekortkoming niet te allen tijde vrij is om te kiezen voor vervangende schadevergoeding, maar tot op zekere hoogte rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij. Zie HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311 (*Multi Vastgoed/Nethou*), r.o. 3.5.

[3] In geval van vervangende schadevergoeding blijft de schuldeisers zelf onverminderd verplicht om zijn tegenprestatie te verrichten. Vgl. HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1954 (*Curator/kopers*) en M&M Olthof, in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:87 BW, aant. 3.

[4] Vgl. P.S. Bakker, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:87 BW, aant. 8.

[5] Als nakoming blijvend onmogelijk is, is art. 6:87 BW niet van toepassing. In dat geval kan de schuldeiser rechtstreeks op grond van art. 6:74 BW (vervangende) schadevergoeding vorderen, mits (ook) voldaan is aan het vereiste van toerekenbaarheid. Vgl. M&M Olthof, in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:87 BW, aant. 3.

[6] M&M Olthof, in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:87 BW, aant. 2.

[7] Vgl. M&M Olthof, in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:87 BW, aant. 3. Het behoeft geen toelichting dat de schuldenaar uiteraard wel opnieuw in verzuim kan raken met betrekking tot de verbintenis tot vervangende schadevergoeding (art. 6:83 sub b BW). Zie ook P.S. Bakker, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:87 BW, aant. 7.

[8] P.S. Bakker, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:87 BW, aant. 20.

[9] M&M Olthof, in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:87 BW, aant. 6.

[10] M&M Olthof, in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:87 BW, aant. 7. Zie ook HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, r.o. 3.4.2.

[11] Vgl. P.S. Bakker, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:87 BW, aant. 18.

[12] Aangezien deze bijdrage zich toespitst op het leerstuk van vervangende schadevergoeding, zal (het oordeel ten aanzien van) het incidenteel appel verder niet worden besproken.

[13] Aangezien deze bijdrage zich toespitst op het leerstuk van vervangende schadevergoeding, zal niet verder worden ingegaan op het derde cassatiemiddel.