

Hoge Raad 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1954: omzetting van een verbintenis in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding

Bb 2021/14

Een schuldeiser die te maken heeft met een niet-nakomende contractspartij kan er als alternatief voor ontbinding of nakoming vaak ook voor kiezen om aanspraak te maken op vervangende schadevergoeding. Een arrest van de Hoge Raad van 4 december 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1954) is aanleiding om stil te staan bij deze mogelijkheid en bij de gevolgen van de omzetting van een verbintenis in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding.

1. Inleiding

Een schuldeiser die te maken heeft met een niet-nakomende contractspartij kan vaak verschillende acties ondernemen, zoals het instellen van een vordering tot nakoming of – als nakoming onmogelijk is of de wederpartij in verzuim is komen te verkeren – het (buitengerechtelijk) ontbinden van de overeenkomst. Eventueel kunnen deze vorderingen ook nog worden aangevuld met schadevergoeding. Een andere mogelijkheid, die in de praktijk wat minder vaak wordt benut, is het vorderen van *vervangende schadevergoeding*, dat wil zeggen: schadevergoeding in plaats van ontbinding of nakoming. Een arrest van december 2020 is aanleiding om eens stil te staan bij deze mogelijkheid.

Hierna wordt allereerst een aantal algemene uitgangspunten met betrekking tot het leerstuk van de vervangende schadevergoeding besproken. Daarna wordt ingegaan op het arrest van afgelopen december 2020. Tot slot volgt een aantal conclusies voor de praktijk.

2. Het leerstuk van vervangende schadevergoeding

2.1. Omzettingsverklaring

Indien een contractspartij een overeenkomst niet nakomt, en nakoming is onmogelijk of de schuldenaar is in verzuim komen te verkeren, kan de schuldeiser in de meeste gevallen aanspraak maken op vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW).² De schuldeiser die daar aanspraak op wil maken, kan dat doen door middel van een schriftelijke mededeling aan de schuldenaar (een 'omzettingsverklaring').

2.2. Gevolgen omzetting

Als gevolg van de omzetting gaat de oorspronkelijke verbintenis die de schuldenaar moest nakomen, teniet. Dat betekent dat de schuldeiser geen nakoming van de

oorspronkelijke verbintenis meer kan afdwingen en dat de schuldenaar zijn verzuim niet meer kan zuiveren door alsnog (met inachtneming van art. 6:86 BW) aan zijn verplichtingen te voldoen. De schuldeiser blijft – anders dan bij ontbinding – verplicht om zijn prestatie te verrichten. De keuze voor vervangende schadevergoeding is, uitzonderingen daargelaten,³ definitief: de schuldeiser kan na het uitbrengen van de omzettingsverklaring dus niet meer van gedachte veranderen en alsnog voor ontbinding kiezen.

2.3. Rechtsverlies door termijnstelling

Een wederpartij die niet meer kan of wil nakomen, en duidelijkheid wil over de vraag van welk rechtsmiddel de schuldeiser gebruik zal gaan maken, kan de schuldeiser een redelijke termijn stellen, waarbinnen deze moet mededelen welke van de hem ten dienste staande middelen hij wenst uit te oefenen. Negeert de schuldeiser deze uitnodiging of maakt hij geen duidelijke keuze? Dan kan de schuldeiser (tenzij de schuldenaar een beroep doet op overmacht) vervolgens alleen nog maar aanspraak maken op vervangende schadevergoeding, zo volgt uit art. 6:88 BW.

2.4. Hoogte vergoeding

De hoogte van de vervangende schadevergoeding wordt over het algemeen begroot op de (objectieve) waarde van de oorspronkelijke verplichting.⁴ Als de schuldenaar werkzaamheden moest verrichten en de schuldeiser maakt aanspraak op vervangende schadevergoeding, zal de vergoeding waar de schuldeiser recht op heeft dus neerkomen op de kosten van het inschakelen van een vergelijkbare derde partij voor dezelfde werkzaamheden.

2.5. Belang bij vervangende schadevergoeding

Een schuldeiser die bij nader inzien geen nakoming meer van de schuldenaar verlangt, kan door aanspraak te maken op vervangende schadevergoeding voorkomen dat de wederpartij het verzuim zuivert. Hoewel met een (gedeeltelijke) ontbinding in veel gevallen feitelijk hetzelfde kan worden bereikt als met een vordering tot vervangende schadevergoeding, kan vervangende schadevergoeding in specifieke omstandigheden zeker het overwegen waard zijn. Dat geldt bijvoorbeeld voor partijen die – bijvoorbeeld om commerciële redenen – de wens hebben om de overeenkomst in stand te laten, en/of er belang bij hebben om hun eigen prestatie wél na te komen. Dat laatste kan een rol

¹ Renske Verhoeff is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht.

² Een uitzondering geldt bijvoorbeeld als de omzetting door de tekortkoming, gezien haar ondergeschikte betekenis, niet wordt gerechtvaardigd (art. 6:87 lid 2 BW).

³ Een uitzondering is mogelijk op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid, zie ook HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6088, NJ 2012/43, m.nt. Jac. Hijma (*Van Mierlo/OGP*).

⁴ Zie ook HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, NJ 2004/210, m.nt. J. Hijma (*Sparrow/Van Beukering*).

spelen als sprake is van een ruilvereenkomst ('u levert mij appels en in ruil daarvoor lever ik u peren').⁵

3. **Bespreking HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1954**

3.1. **Casus**

In het arrest van 4 december 2020⁶ lag bij de Hoge Raad de vraag voor of de omzetting van een verbintenis (tot het verrichten van werkzaamheden) in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding gevolgen heeft voor de (in een wederkerige overeenkomst) daar tegenoverstaande verbintenis. Aanleiding voor het arrest was de volgende casus.

Een aannemer sluit diverse koop-/aannemingsovereenkomsten met vijftien kopers, in verband met de aanbouw van woningen. In de koop-/aannemingsovereenkomsten is afgesproken dat, als de kopers de aannemer vragen om meerwerk te verrichten, de aannemer 25% van het meerwerk direct bij opdracht in rekening mag brengen. De resterende 75% van de meerwerksom mag worden gedeclareerd als het meerwerk gereed is. De kopers geven de aannemer opdracht om meerwerk te verrichten, waarbij zij direct 25% van de daarvoor verschuldigde geldsom betalen, en de aannemer gaat aan de slag. Nadat de aannemer meer dan 25% van de werkzaamheden heeft verricht, maar vóórdat het meerwerk volledig is afgerond, gaat de aannemer failliet. De curator verklaart de koop-/aannemingsovereenkomsten niet gestand te doen en verzoekt de kopers om binnen 8 dagen aan te geven of zij de overeenkomst partieel willen ontbinden, of voor vervangende schadevergoeding kiezen. De kopers geven niet aan dat zij de overeenkomsten willen ontbinden.

De curator start daarop een procedure tegen de kopers, waarbij hij betaling vordert van de resterende 75% van de meerwerksom (volgens de curator is al het meerwerk voltooid). De curator baseert zijn vordering primair op nakoming van de koop-/aannemingsovereenkomsten en subsidiair op ongerechtvaardigde verrijking. De kopers doen een beroep op verrekening met de vordering die zij op de curator hebben: een vordering tot vervangende schadevergoeding, ter hoogte van de waarde van het werk dat de aannemer (volgens de kopers) niet heeft verricht.

3.2. **Oordeel hof**

Het hof stelt allereerst vast dat de aannemer nog niet al het overeengekomen meerwerk heeft afgerond. Omdat partijen hebben afgesproken dat de kopers pas hoeven te betalen na gereedkomen van het meerwerk, mede gelet op het uitgangspunt dat geldt bij aanneming van werk, dat de betalingsverplichting van een opdrachtgever pas ontstaat als het werk naar de bepalingen van de overeenkomst tot stand is gebracht en opgeleverd, oordeelt het hof dat de vorderingen van de aannemer tot betaling van het meerwerk nog niet zijn ontstaan. Het hof concludeert (in een

tussenarrest) dat de vordering van de curator op grond van nakoming niet kan worden toegewezen.⁷ De curator brengt daar nog tegenin dat de omzetting van de verbintenis van de kopers in een vordering tot vervangende schadevergoeding, als gevolg zou hebben gehad dat aan de kant van de curator alsnog een nakomingsvordering is ontstaan, maar daar gaat het hof niet in mee.⁸ Het hof wijst de vordering van de curator – na diverse tussenuitspraken en na prejudiciële vragen aan de Hoge Raad – af voor zover deze is gebaseerd op nakoming, maar wijst (een deel van) de vordering toe op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

Het beroep van de kopers op verrekening met hun vordering tot vervangende schadevergoeding slaagt. Omdat de curator recht heeft op een hoger bedrag uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking (voor het werk dat wél is verricht, maar waarvoor de aannemer niet betaald heeft gekregen) dan de kopers uit hoofde van vervangende schadevergoeding (voor het afgesproken meerwerk dat de aannemer niet heeft verricht) moeten de kopers de curator betalen.⁹ De curator gaat in cassatie.

3.3. **Oordeel Hoge Raad**

De curator is van mening dat het hof de vordering had moeten toewijzen op grond van de primair aangevoerde grondslag: nakoming. Volgens de curator brengt het feit dat de kopers (via art. 6:88 BW) aanspraak hebben gemaakt op vervangende schadevergoeding, zodat de verplichting van de aannemer (om werkzaamheden te verrichten) is omgezet in een verplichting tot het vergoeden van schade, namelijk mee dat de betalingsverplichting van de kopers is ontstaan en volledig opeisbaar is geworden.

Advocaat-generaal Hartlief is dat met de curator eens. Hartlief schrijft in zijn conclusie:

“Als de schuldeiser aanspraak maakt op vervangende schadevergoeding ex art. 6:74 BW in plaats van nakoming van de overeenkomst (in dit geval vanwege de werking van art. 6:88 BW, zie randnummers 4.80 en 4.82), blijft hij, in geval van een wederkerige overeenkomst, zijn eigen prestatie verschuldigd. Voor zover de verplichting daartoe ingevolge het contract nog niet was ontstaan of nog niet opeisbaar was, wordt het nu in principe ‘gelijk oversteken’ (...).”¹⁰

De Hoge Raad gaat daar niet in mee en oordeelt als volgt:

“Art. 6:88 lid 1, aanhef en onder a, BW bepaalt dat de schuldenaar die in de nakoming van zijn verbintenis is tekort geschoten, aan de schuldeiser een redelijke termijn kan stellen, waarbinnen deze moet mededelen welke van de hem bij de aanvang van de termijn ten dienste staande middelen hij wenst uit te oefenen, op straffe van slechts aanspraak te kunnen maken op de schadevergoeding

5 Zie ook T. Hartlief in ECLI:NL:PHR:2020:648, voetnoot 67, en de noot van J. Hijma bij HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, NJ 2004/210 (*Sparrow/Van Beukering*).

6 HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1954, NJ 2021/7.

7 Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1057, r.o. 10.2.2.

8 Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:714, r.o. 16.4.

9 Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:972.

10 ECLI:NL:PHR:2020:648, randnummer 4.94.

waarop de tekortkoming recht geeft en, zo de verbintenis strekt tot betaling van een geldsom, op die geldsom. Indien de oorspronkelijke verbintenis van de schuldenaar op grond van deze bepaling wordt omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding, treedt die verbintenis in de plaats van de oorspronkelijke verbintenis en gaat de oorspronkelijke verbintenis van de schuldenaar teniet (art. 6:87 lid 1 BW). De schuldeiser blijft, indien de verbintenis uit een wederkerige overeenkomst voortvloeit, gehouden zijn eigen prestatie te verrichten. De overeenkomst waaruit de verbintenissen voortvloeien is immers niet ontbonden. De verbintenis waartoe de schuldeiser van zijn kant gehouden is op grond van de overeenkomst, ondergaat geen verandering.”¹¹

De Hoge Raad is dus van oordeel dat de verbintenis van de kopers (om, na gereedkomen van het meerwerk, te betalen) door de omzetting van de verbintenis van de aannemer in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding geen verandering heeft ondergaan en concludeert:

“Dat brengt mee dat, na die omzetting, de verbintenis van de Kopers ingevolge de overeengekomen betalingsregeling pas ontstaat wanneer de curator zijn verbintenis – dat is na de omzetting de verbintenis tot betaling van vervangende schadevergoeding, die in die plaats is getreden van de oorspronkelijke verbintenis tot voltooiing van het meerwerk – heeft verricht. Pas op dat moment ontstaat de betalingsverplichting van de Kopers ingevolge de overeengekomen betalingsregeling en kan de curator nakoming vorderen.”¹²

4. Tot slot: wat te onthouden voor de praktijk?

Het arrest van de Hoge Raad van afgelopen december gaf aanleiding om stil te staan bij het leerstuk van vervangende schadevergoeding. Eén ding werd uit het arrest duidelijk: als een verbintenis wordt omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding, ondergaat de verbintenis die daar (in geval van een wederkerige overeenkomst) tegenover staat geen verandering.

Een aantal andere zaken om rekening mee te houden als het gaat om vervangende schadevergoeding zijn de volgende.

1. Door het uitbrengen van de omzettingsverklaring wordt de oorspronkelijke verbintenis omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding. Dat betekent dat de ‘omzetter’ die (nadat hij de wederpartij een redelijke termijn heeft gegeven voor nakoming) geen nakoming meer wenst, hiermee kan voorkomen dat de wederpartij het verzuim alsnog zuivert.
2. Een schuldenaar die niet meer wil of kan nakomen en die wil weten waar hij aan toe is, hoeft niet in onzekerheid te blijven verkeren. De schuldenaar kan de schuldeiser een redelijke termijn stellen waarbinnen de

schuldeiser kenbaar moet maken welke van de hem ten dienste staande middelen hij wenst uit te oefenen. Als de schuldeiser daarop niet reageert, dan kan hij (tenzij de schuldenaar een beroep doet op overmacht) daarna alleen nog maar aanspraak maken op vervangende schadevergoeding.

3. Voor een schuldeiser die een verzoek ontvangt om te laten weten welk middel hij wenst uit te oefenen, is het – om rechtsverlies op grond van art. 6:88 BW te voorkomen – van belang om tijdig een keuze te maken. Daarbij dient de schuldeiser zich ervan bewust te zijn dat de keuze voor vervangende schadevergoeding definitief is. Hij kan daar (behoudens uitzonderingen) niet meer op terugkomen.
4. Of het de voorkeur verdient om te kiezen voor ontbinding, vervangende schadevergoeding of nakoming zal per geval verschillend zijn. Voor een partij die zijn deel van de (wederkerige) overeenkomst graag in stand wil laten, bijvoorbeeld omdat hij er belang bij heeft om zelf na te komen, kan vervangende schadevergoeding uitkomst bieden. In de meeste gevallen zal met een (gedeeltelijke) ontbinding hetzelfde (zo niet méér)¹³ kunnen worden bereikt als met een vordering tot vervangende schadevergoeding. Dat verklaart wellicht waarom er in de praktijk wat minder vaak wordt gekozen voor vervangende schadevergoeding.

11 HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1954, r.o. 3.2.1.

12 HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1954, r.o. 3.2.2.

13 Anders dan bij de omzetting in vervangende schadevergoeding, wordt de ontbindende partij immers wél bevrijd van zijn verplichtingen en de ontbinder hoeft geen beroep te doen op het schadevergoedingsrecht.