

ARTIKEL 6.1.8.5 NBW: ANTICIPATORY BREACH

mr M.H. Wissink

1. Inleiding

Van het niet-nakomen van een verbintenis kan pas sprake zijn als deze moet worden nagekomen. De gevolgen van niet-nakoming kunnen dan ook pas intreden na het opeisbaar worden van de prestatie. Op deze regel vormt art. 6.1.8.5 een uitzondering. Het is, volgens de Toelichting¹⁾, onredelijk de schuldeiser te verplichten de vervaldag af te wachten als reeds daarvóór vaststaat dat de schuldenaar niet zal presteren. Onredelijk, juist in contractuele verhoudingen. Want de positie van de schuldeiser, wiens schuldenaar heeft aangezegd niet te zullen presteren, is een onzekere: moet hij afwachten of er inderdaad wanprestatie gepleegd zal worden of moet hij het zekere voor het onzekere kiezen en zich elders de gewenste prestatie verschaffen? Wie zich indekt loop het risico dubbel geleverd te krijgen (en dubbel te betalen) en wie afwacht loopt het risico met lege handen te staan.

Met behulp van art. 6.1.8.5 kan de schuldeiser zich uit dit dilemma redden, door bijvoorbeeld de overeenkomst nog voor de vervaldag buitengerechtelijk (art. 6.5.4.8 lid 1) te ontbinden, zich elders in te dekken, en eventuele schade die hij dientengevolge lijdt op zijn voormalige schuldenaar te verhalen.

Het huidige recht kent deze mogelijkheid niet²⁾, met uitzondering van de bijzondere regel van art. 76 van de Eenvormige wet inzake de

1) TM art. 6.1.8.5, Van Zeben/Du Pon, Parlementaire Geschiedenis van het NBW, 1981, (PG Boek 6), pag. 276.

2) Vgl. VV en MvA art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 278 en 280. Door sommige schrijvers wordt het bestaan van een dergelijke regel wel verdedigd: zie Asser-Schut, 4e druk, 1981, pag. 238; Hofmann-Van Opstall, 9e druk, 1976, pag. 119-121; H. Struik, AA 1983, pag. 699-700; G.J.P. de Vries, Recht op Nakoming en Schadevergoeding, (Vervolg Voetnoot)

internationale koop van roerende lichamelijke zaken (LUVI), dat luidt: "Wanneer het vóór het tijdstip dat voor de nakoming is bepaald duidelijk is, dat een partij een wezenlijke tekortkoming zal begaan, kan de wederpartij de overeenkomst ontbonden verklaren." Krachtens art. 77 kan in dat geval ook schadevergoeding worden gevorderd.³⁾

Art. 6.1.8.5 sluit aan bij het Anglo-Amerikaanse leerstuk van "anticipatory breach". In paragraaf 2 en 3 zal ik het artikel op enige hoofdpunten met dit leerstuk vergelijken. Paragraaf 4 behandelt de criteria voor schadeberekening bij toepassing van art. 6.1.8.5.

2. Wat is een anticipatory breach?

Hoewel een vaste omschrijving ontbreekt, wordt in het Engelse en Amerikaanse recht in het algemeen onder anticipatory breach verstaan zowel (1) "*impossibility of future performance created by the prior conduct of the party treated as a defaulter*" als (2) "*a future failure to perform foreshadowed by a declaration, by words or by conduct, of an intention not to perform in the future*".⁴⁾ Dit laatste wordt (anticipatory) repudiation c.q. renunciation genoemd.

In tegenstelling tot een dergelijke algemene omschrijving, zoals ook in art. 76 LUVI te vinden is, noemt art. 6.1.8.5 lid 1 limitatief

(Vervolg Voetnoot)

Excepties en Ontbinding, Studiepockets Privaatrecht nr. 32, 1984, pag. 65-66. Deze opvattingen schijnen grotendeels gebaseerd te zijn op ruimere interpretaties van HR 17-2-1961, NJ 1961,437 (Lindström/NKF).

- 3) Zie ook de artt. 48, 66, 73 en 75 LUVI, die op dit beginsel gebaseerd zijn.
- 4) Donaldson, L.J., in *Chilean Nitrate Sales Corporation v. Marine Transportation Co. Ltd. (The Hermosa)* (CA) [1982], 1 Lloyd's Rep. 570, 572. Overigens wordt niet altijd vereist dat de onmogelijkheid om na te komen toerekenbaar door de schuldenaar is veroorzaakt. Zie voor Engeland o.a. Chitty on Contracts, 25e druk, 1983, door A.G. Guest, §§ 1600, 1601, 1604 en 1610; Chesire & Fifoot, the Law of Contract, 8e druk, 1972 door M.P. Furmston, pag. 563-564; voor het Amerikaanse recht o.a. Corbin on Contracts, 1951, § 959; E.A. Farnsworth, Contracts, 1982, pag. 633-634, 636; Williston on Contracts, 3e druk 1968, door W.H.E. Jaeger, § 1300, 1308.

de gevallen op waarin het vereiste van opeisbaarheid kan worden geëcarteerd. Volgens de Memorie van Antwoord wordt de voorkeur gegeven aan een weloverwogen afbakening boven een algemenere en daardoor vagere regel.⁵⁾

Art. 6.1.8.5 lid 1 sub a ziet op een toekomstige onmogelijkheid om conform de overeenkomst na te komen. De schuldenaar zal niet correct *kunnen* nakomen. Het NBW hanteert hier een ruimer begrip dan in het Engelse en Amerikaanse recht gebruikelijk is, omdat mede wordt omvat een onmogelijkheid die niet aan de crediteur kan worden toegerekend (overmacht). Overigens, in geval van overmacht zal de schuldenaar op grond van art. 6.1.8.1 niet schadeplichtig zijn. Vereist is dat vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn. Dat zal objectief het geval moeten zijn.⁶⁾ Aangezien het hier gaat om een door de redelijkheid en billijkheid beheerste situatie (artt. 6.1.1.2 en, meestal 6.5.3.1 NBW), lijkt mij dat van vaststaan in deze zin mag worden gesproken als de schuldeiser in redelijkheid met nakoming geen rekening meer hoeft te houden. Dat zal overigens niet snel aangenomen kunnen worden.

De bepalingen sub b en sub c van art. 6.1.8.5 lid 1 zien op het geval dat de schuldenaar niet zal *willen* nakomen. Art. 6.1.8.5 lid 1 sub b eist dat dat uit een mededeling van de debiteur moet worden afgeleid. Elke mededeling, waaruit de onwil om conform de overeenkomst na te komen kan worden afgeleid, is voldoende⁷⁾, mits zij een definitief karakter draagt. Een mededeling gedaan in een opwelling⁸⁾ of een waarbij de debiteur in het midden laat of hij zal nakomen mist dit karakter. In tegenstelling tot het Engelse en Amerikaanse recht en art. 76 LUVI mag de onwil om na te komen niet uit de *houding* van de schuldenaar worden afgeleid. Zijn houding geeft de schuldeiser hoogstens grond om krachtens art. 6.1.8.5 lid 1 sub c een aanmaning tot bereidverklaring om na te komen uit te vaardigen. Hartkamp verklaart deze beperking uit het feit dat de schuldenaar nog niet op

5) MvA art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 280.

6) Zie hierover ook H. Struik, AA 1983, pag. 702.

7) Asser-Rutten-Hartkamp I, 1984, no. 385 en 370.

8) TM art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 277.

maatregelen van de schuldeiser verdacht hoeft te zijn, omdat de verbintenis nog niet opeisbaar is.⁹⁾ Ik vraag mij af of dat altijd zo is, als inderdaad uit de houding van de schuldenaar onwil om na te komen blijkt. In ieder geval voorkomt de regeling van het NBW discussies omtrent wat nu wel en niet in de houding van de schuldenaar mag worden gelezen. De criteria sub b en c geven de schuldeiser aldus een grotere en eenvoudiger vast te stellen zekerheid dat hij zich met recht op art. 6.1.8.5 beroept.

Art. 6.1.8.5 lid 1 sub c bepaalt dat de gevolgen van niet-nakoming ook vervroegd kunnen intreden als "de schuldeiser goede gronden heeft te vrezen dat de schuldenaar in de nakoming zal tekortschieten en deze niet voldoet aan een schriftelijke aanmaning met opgave van die gronden om zich binnen een bij die aanmaning gestelde redelijke termijn bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen." Het Amerikaanse recht kent een soortgelijke regel in section 2-609(1) van de (in nagenoeg alle staten van de V.S. gehanteerde) Uniform Commercial Code: "*When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party, the other may in writing demand adequate assurance of due performance.*" Deze "adequate assurance" kan bestaan in een bereidverklaring om na te komen, maar in sommige gevallen is dat niet voldoende en wordt meer vereist, zoals het daadwerkelijk nemen van stappen om nakoming veilig(er) te stellen. Struik heeft art. 6.1.8.5 lid 1 sub c bekritiseerd, juist omdat met een simpele bereidverklaring kan worden volstaan.¹⁰⁾ Immers, een kwaadwillende debiteur kan daar licht misbruik van maken. Adequate assurance in de zin van UCC 2-609(1), of zelfs maar een verklaring om ook in staat te zullen zijn na te komen, is niet vereist.

De kritiek miskent m.i. de strekking van art. 6.1.8.5. De regeling is niet bedoeld om de schuldeiser de mogelijkheid te geven zijn schuldenaar tot nakoming, of stappen in die richting, te dwingen -

9) Asser-Rutten-Hartkamp I, 1984, no. 385.

10) H. Struik, AA 1983, pag. 702. Overigens kan zo'n bereidverklaring wel het gevolg hebben dat de schuldenaar niet meer kan stellen dat er nimmer een overeenkomst tussen pp is tot stand gekomen. TM art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 278.

daarvoor denke men eerder aan bepalingen als de artt. 6.1.6.1 en 6.5.4.4 -, maar enkel om de schuldeiser tijdig en veilig de kans te geven zich van zijn schuldenaar te ontdoen, door de gevolgen van *niet-nakoming* vervroegd in te roepen. Mocht trouwens blijken dat een schuldenaar, zelfs na het geven van een bereidverklaring, niet in staat zal zijn na te komen, bijvoorbeeld door noodzakelijke voorbereidingshandelingen achterwege te laten¹¹⁾, dan kan het zover komen dat de schuldeiser een beroep op art. 6.1.8.5 lid 1 sub a toekomt.

3. Een plicht om art. 6.1.8.5 in te roepen?

Een schuldeiser die met een art. 6.1.8.5-situatie geconfronteerd wordt is bevoegd hetzij de hem ten dienste staande rechtsmiddelen (zoals ontbinding en schadevergoeding) vervroegd in te roepen, hetzij naleving van de overeenkomst te (blijven) verwachten en dus de anticipatory breach te negeren.¹²⁾ In dat laatste geval lijkt alles bij het oude te blijven. Wellicht dat de schuldenaar alsnog nakomt, of toch wanprestatie pleegt of ondertussen door overmacht bevrijd wordt.

Maar kan de schuldeiser altijd opteren voor wederzijdse nakoming zonder zich te bekommeren om de gevolgen voor de schuldenaar?

A verhuurt ruimte op reclameborden aan B. B deelt mede de reclame niet meer te wensen en zegt niet te zullen betalen. A plaatst de reclame toch op de borden en vordert van B de overeengekomen prijs. Had A zich op art. 6.1.8.5 lid 1 sub c behoren te beroepen waardoor de schade beperkt kon worden?

In het Amerikaanse recht zal A's vordering tot nakoming waarschijnlijk worden afgewezen. Daar geldt ook bij de vraag of men zich op anticipatory breach behoort te beroepen de regel dat de schuldeiser niet die

11) Vgl. F.J.A. van der Velden, De eenvormige koopwetten van 1964, 1979, pag. 172 (t.a.v. art. 76 LUVI).

12) Vgl. TM en MvA art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 277 en 280-281, Het lijkt redelijk om de schuldeiser een termijn te gunnen zijn positie te bepalen. Vgl. H. Struik, AA 1983, pag. 703. De schuldenaar kan de schuldeiser krachtens art. 6.1.8.13 dwingen binnen een redelijke termijn te kiezen.

schade, die hij door redelijk te handelen had kunnen vermijden, op zijn debiteur mag verhalen. Hem komt slechts vergoeding van zijn positief belang toe: "(t)he work may be useless to the defendant, and yet he would be forced to pay the full contract price. On the other hand, the plaintiff is primarily interested in the profit he will make out of the contract. If he receives this, it should be equally advantageous for him to use his time otherwise".¹³⁾

De Engelse House of Lords daarentegen wees in bovenstaande casus de vordering toe, onder meer omdat niet was komen vast te staan dat de schuldeiser "had no legitimate interest, financial or otherwise, in performing the contract rather than claiming damages."¹⁴⁾ Want waarom zou de schuldeiser verplicht zijn zich iets aan te trekken van de anticipatory breach van zijn schuldenaar? Slechts als hij *volstrekt* onredelijk handelt door voor nakoming te kiezen moet hem een halt worden toegeeroepen.¹⁵⁾ Hoe de Nederlandse rechter de knoop zal doorhakken valt slechts te gissen. Kan men, zoals in het Amerikaanse recht, ook hier de schadebeperkingsplicht (art. 6.1.9.6) van toepassing achten? Naar Nederlands Recht geldt dat de schuldeiser geen maatregelen hoeft te treffen om de schade te beperken als ook de schuldenaar daartoe in staat is, bijvoorbeeld door gewoon na te komen. Soms wordt deze regel echter gekwalificeerd: zij zou alleen gelden als

13) Williston, a.w., § 1301, zie ook Corbin, a.w., § 983; J.J. White & P.S. Summers, Uniform Commercial Code, 2e druk, 1980, pag. 247-252.

14) Lord Reid in *White and Carter (Councils) Ltd v. Mac Gregor* [1961], 3 ALL ER 1178, [1962] AC 413, [1961]2 WLR 17.

15) Bijvoorbeeld door zo zijn wederpartij te dwingen \$ 2.000.000 te spenderen aan de reparatie van een schip, dat in herstelde staat slechts \$ 1.000.000 waard zou zijn, en onderwijl \$ 46.000 per maand aan huur van het schip te toucheren: *Attica Sea Carriers Corporation v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei G.m.b.H.* (The Puerto Buitrago), (CA) [1976], 1 Lloyds Rep. 250. Zie ook *Clea Shipping Corporation v. Bulk Oil International* (The Alaskan Trader), (QBD) [1984], 1 ALL ER 129.

het onder deze omstandigheden voor de schuldeiser "min of meer bezwarend" zou zijn maatregelen te treffen.¹⁶⁾

In ieder geval kan met de Engelse rechter worden gesteld dat *apert* onredelijk handelen een contractant niet is toegestaan; vgl. art. 6.5.3.1 lid 2: de schuldeiser kan geen nakoming eisen voor zover dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het schijnt mij daarom toe dat de schuldeiser inderdaad soms verplicht kan worden van art. 6.1.8.5 gebruik te maken. Namelijk dan, als dat voor hem niet (min of meer) bezwarend zou zijn omdat vergoeding van zijn positief belang voor hem voldoende moet worden geacht, terwijl de schuldenaar door wederzijdse nakoming met een kostbare en voor hem nutteloos geworden prestatie zou worden opgescheept. Overigens zal deze problematiek slechts in enkele gevallen een rol kunnen spelen. De schuldeiser heeft in het algemeen het volste recht wederzijdse nakoming te verlangen. Anderzijds is de schuldenaar niet tot nakoming gehouden als dit door overmacht onmogelijk zal zijn. Ook kan de schuldeiser zijn recht op nakoming verspelen door niet tijdig op een termijnstelling ex art. 6.1.8.13 te reageren.

4. Criteria voor schadeberekening

Besluit de schuldeiser tot actie, dan geeft art. 6.1.8.5 lid 1 hem de bevoegdheid de gevolgen van niet-nakoming vervroegd te laten intreden. Daartoe behoren onder meer de mogelijkheid om ontbinding en/of schadevergoeding te vorderen. Verzuim, dat krachtens art. 6.1.8.6

16) Zie o.a. HR 30-4-1926, NJ 1926, 835 (P.S.), HR 24-4-1931, NJ 1931, 1321 (E.M.M.); HR 9-5-1986, RvdW 1986, 94; Asser-Rutten-Hartkamp I, no. 453; Asser-Rutten I, 6e druk 1981, pag. 221; Hofmann-Van Opstall, a.w., pag. 240; A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Utrecht 1965, no. 279. Scholten, Meijers, Rutten en Hartkamp kwalificeren de regel als in de tekst weergegeven. Van der Velden, a.w. pag. 197, stelt dat het anticiperend gebruik van het recht van ontbinding ex art. 76 LUVI vereist kan zijn als schadebeperkende maatregel in de zin van art. 88 LUVI.

eerst met of na het moment van opeisbaarheid kan bestaan, is hiervoor niet vereist.¹⁷⁾ Art. 6.1.8.5 lid 2 brengt een beperking aan op het eerste lid: voor de verschuldigdheid van verdragings schade (art. 6.1.8.10a) en voor de risico-omslag bij verzuim van de schuldenaar (art. 6.1.8.10) blijft het tijdstip van opeisbaarheid gelden.

Vooraf bij de berekening van vervangende en/of aanvullende schadevergoeding kunnen problemen ontstaan. Volgens de Toelichting¹⁸⁾ moet hierbij rekening worden gehouden met het feit dat de schuldeiser de prestatie pas bij opeisbaarheid daarvan zou hebben verkregen en moeten moeilijkheden bij de berekening opgelost worden aan de hand van art. 6.1.9.10 (begroting van toekomstige schade). Die moeilijkheden zullen in de praktijk wel meevallen. De schuldeiser moet toch lang voor de vervalddag een beroep op art. 6.1.8.5 hebben gedaan, wil de rechter genoodzaakt zijn de schade vast te stellen voordat deze is aangebroken.

Het tijdstip van opeisbaarheid wordt als criterium soms verdrongen: de schuldeiser zal "in het algemeen het recht hebben, een vervangende prestatie van een derde te bedingen en de kosten van dit zgn. indekken als schadevergoeding aan zijn wederpartij in rekening te brengen."¹⁹⁾ Art. 7.1.7.2 bepaalt dit uitdrukkelijk voor de koopovereenkomst. Daarbuiten zal analoge toepassing via art. 6.1.9.3 m.i. regel moeten zijn. Dit volgt uit de ruime formulering van de Toelichting en de strekking van art. 6.1.8.5. Immers de schuldeiser moet zich niet alleen tijdig, maar ook veilig kunnen indekken. Zou niet het moment van indekken maar het moment van opeisbaarheid als peildatum

17) M.M. Olthof, *Capita NBW*, 1982, pag. 253, 262; H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het NBW*, 1979, pag. 169.

18) TM art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 276.

19) TM art. 6.1.8.5, PG Boek 6, pag. 277. Vergelijkbare criteria worden in het Engelse recht, zie o.a. Chitty, a.w. §§ 4333, 4342, en het Amerikaanse recht, zie o.a. White & Summers, a.w., pag. 216-222, 242-247, 264-273 gehanteerd. In de VS wordt o.g.v. UCC 2-713(1) ook wel het tijdstip van de repudiation als peildatum gekozen.

worden genomen, dan zou een kanselment²⁰⁾ de omvang van de schadevergoeding gaan bepalen. Er is echter geen reden de schuldeiser het risico van een dalende markt te laten dragen, of het voordeel van een stijgende markt te gunnen, als indekken een redelijke handeling is en compensatie het (primaire) doel van schadevergoeding.

Art. 6.1.8.5 lid 2 bepaalt dat de risico-omslag van art. 6.1.8.10 (zie boven) pas kan intreden met of na het oorspronkelijke tijdstip van opeisbaarheid. De schuldenaar kan zich dus ook op overmacht beroepen nadat hij heeft geweigerd na te komen of nakoming onmogelijk heeft gemaakt. Als de schuldeiser de overeenkomst dan nog niet ontbonden heeft ligt deze regel voor de hand.²¹⁾ Maar uit de formulering van het tweede lid moet worden afgeleid dat dit ook geldt als de schuldeiser de overeenkomst reeds ontbonden heeft. Blijkbaar speelt hier weer het uitgangspunt dat voor de berekening van de schade rekening moet worden gehouden met het feit dat de prestatie pas op de vervaldag opeisbaar zou zijn.

5. Conclusie

Met de bevoegdheid om buiten rechte een overeenkomst te ontbinden geeft art. 6.1.8.5 de schuldeiser tot op heden onbekende mogelijkheden om zijn rechten veilig te stellen. Dat art. 6.1.8.5 limitatief de gevallen opsomt waarin het vereiste van opeisbaarheid kan worden geëcarteerd lijkt vooralsnog geen nadeel. Nu de wet voor het eerst de mogelijkheid om bij elke verbintenis uitzonderingen op dit vereiste te maken uitdrukkelijk zal erkennen, kan juist de door het NBW betrachtte voorzichtigheid worden toegejuicht.

20) Terecht keert C.A. Streefkerk, Kwartaalbericht NBW, 1985, pag. 132, zich tegen de stelling van G.J.P. de Vries, a.w., pag. 70, dat in de gevallen van art. 6.1.8.5 lid 1 sub b en c ook bij dekkingskoop het moment van opeisbaarheid peildatum zou moeten zijn.

21) De TM en MvA bij art. 6.1.8.5 schijnen ook van deze situatie uit te gaan. Zie PG Boek 6, p. 277 en 282.

Want ook al is de regeling wat dit betreft beperkt van strekking, zij vormt in haar huidige vorm voldoende stof tot nadenken. Daarbij spelen vooral vragen omtrent het toepassingsbereik van art. 6.1.8.5 en de met schadeberekening en schadebeperking samenhangende problemen.