



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotatie bij HR 7-12-2018, NJ 2020/196 (JED Textiles)
Hijma, J.

Citation

Hijma, J. (2020). Annotatie bij HR 7-12-2018, NJ 2020/196 (JED Textiles). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2020(22/23), 3233-3235. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278698>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278698>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

is toegebracht door later wegens nietigheid van het octrooi ongegrond gebleken voorlopige maatregelen en waarvoor de verweerder verantwoordelijk is door niet te hebben gehandeld zoals in de gegeven omstandigheden normaliter kon worden verwacht, mits de eiser door te verzoeken om het treffen van een voorlopige maatregel wel aldus heeft gehandeld.

De verwijzende rechter vraagt zich af hoe de nationale regeling zich verhoudt tot artikel 9, lid 7, van Richtlijn 2004/48, dat onder meer bepaalt dat, indien later wordt vastgesteld dat er geen inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht is, de rechterlijke instanties de bevoegdheid hebben, op verzoek van de verweerder, de eiser te gelasten de verweerder passende schadeloosstelling te bieden voor de door de voorlopige maatregelen toegebrachte schade.

Het HvJ EU overweegt ten eerste dat genoemde bepaling dient te worden omgezet in het nationale recht van de lidstaten. Voorts dient het begrip 'passende schadeloosstelling' in de zin van deze bepaling autonoom en uniform te worden uitgelegd.

Volgens het HvJ EU moet de schadeloosstelling 'passend' zijn, dat wil zeggen gerechtvaardigd in het licht van de omstandigheden. Artikel 9, lid 7, van Richtlijn 2004/48 houdt geen verplichting voor de nationale rechter in om een schadevordering toe te wijzen in elke situatie als omschreven in die bepaling. Het gedrag van partijen kan worden meegewogen, bijvoorbeeld de vraag of het verzoek om voorlopige maatregelen rechtmatig was, dat wil zeggen noodzakelijk op dat moment om onherstelbare schade bij de octrooihouder af te wenden. Bovendien is de vraag van belang of de octrooihouder geen misbruik heeft gemaakt van de procedure van voorlopige maatregelen.

Hieruit leidt het HvJ EU af, in de context van de omstandigheden van het hoofdgeding, dat een nationale regeling als de onderhavige niet indruist tegen artikel 9, lid 7, van Richtlijn 2004/48, mits die regeling de rechter in staat stelt om naar behoren rekening te houden met alle objectieve omstandigheden van de zaak, daaronder begrepen het gedrag van de partijen, zodat hij met name kan nagaan of de eiser geen misbruik heeft gemaakt van die maatregelen.

NJ 2020/196

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

7 december 2018, nr. 17/04337

(Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron; A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent) m.nt. Jac. Hijma

Art. 6:58, 6:60, 6:64, 6:86, 6:266 BW

NJB 2018/2302

RvdW 2019/1

RCR 2019/21

ECLI:NL:HR:2018:2255

ECLI:NL:PHR:2018:692

Verbintenissenrecht. Zuivering van verzuim (art. 6:86 BW); vereiste van aanbod tot vergoeding van schade en kosten; wat indien onduidelijk is of aanbod voldoende is?; betekenis aanvaarding van onvoldoende aanbod; gevolgen verwerping van (on)voldoende aanbod. Schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW); gevolgen; door schuldenaar in acht te nemen zorg opdat hij zal kunnen blijven presteren.

Het in art. 6:86 BW bedoelde aanbod tot betaling van 'de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding' ziet niet alleen op de reeds ingetreden, maar ook op de redelijkerwijs te verwachten toekomstige schade die het gevolg is van het verzuim van de schuldenaar. Het aanbod tot betaling van de kosten ziet onder meer op vergoeding van door de schuldeiser als gevolg van het verzuim van de schuldenaar tevergeefs gemaakte en redelijkerwijs nog te maken extra kosten. Uit aanvaarding door de schuldeiser van een aanbod dat niet de betaling van te vergoeden schade en kosten omvat, kan op zichzelf niet worden afgeleid dat hij zijn aanspraak op volledige schadevergoeding prijsgeeft. De schuldeiser mag een zodanig aanbod ook weigeren. Als partijen het oneens blijven over de omvang van de te vergoeden schade en kosten, zal de schuldenaar in het algemeen niet kunnen volstaan met een aanbod tot betaling van het door hemzelf redelijk geachte bedrag. Hij dient buiten twijfel te stellen dat hij de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en kosten volledig zal voldoen, waarvan de omvang zo nodig naderhand, al dan niet door de rechter, moet worden vastgesteld.

De schuldeiser die een aanbod weigert dat aan de eisen van art. 6:86 BW voldoet, komt in beginsel in schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW). Daardoor eindigt het verzuim van de schuldenaar (art. 6:61 lid 1 BW). De schuldenaar blijft verplicht tot betaling van de inmiddels door zijn verzuim verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten. Afgezien van de in art. 6:60 BW bedoelde mogelijkheid, geeft het verzuim van de schuldeiser de schuldenaar op zichzelf niet de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden. Zolang de overeenkomst voortduurt, blijft de schuldenaar verplicht de redelijkerwijs van hem te vergen zorg in acht

te nemen opdat hij zal kunnen nakomen indien het schuldeisersverzuim eindigt. Indien nakoming onmogelijk is geworden doordat de schuldenaar door zijn schuld (of door schuld van zijn ondergeschikte) is tekortgeschoten in die zorg, is de schuldeiser ook tijdens het schuldeisersverzuim bevoegd de overeenkomst te ontbinden (art. 6:266 lid 2 BW in verbinding met art. 6:64 BW).

JED Textiles B.V., te Hoorn, eiseres tot cassatie, adv.: mr. J. den Hoed, tegen
 [verweerder], h.o.d.n. [A], verweerder in cassatie, niet verschenen.

Hof:

3. Beoordeling

3.1. (i) [verweerder] legt zich toe op het ontwerpen, doen produceren en verkopen van poloshirts onder de merknaam [A]. JED richt zich op de productie en groothandel in modekleding. Indirect bestuurder van JED is de heer [betrokkene 1].

(ii) Op 6 juni 2012 heeft [betrokkene 2], zoon van [betrokkene 1], aan [verweerder] een e-mail gestuurd met onder meer de volgende inhoud: ‘(...) Mijn naam is [betrokkene 2] en ben werkzaam bij www.jedtextiles.nl (...) Wij hebben elkaar 6-6 gesproken over jullie collectie dat bestaat uit de kwaliteit pique polo. (...) Mocht u interesse in de kwaliteit hebben zouden wij u graag in Lijnden willen uitnodigen (...)’.

(iii) [verweerder] is naar aanleiding van de e-mail op het kantoor van JED te Lijnden geweest en heeft daar gesproken met [betrokkene 2] en [betrokkene 1]. Daaropvolgend heeft er tussen [verweerder] en [betrokkene 2] op 27 juni, 10 juli en 1 augustus 2012 e-mailverkeer plaatsgevonden over onder meer de kwaliteit, specificaties en levertijd van de polo's.

(iv) [betrokkene 1] heeft op 21 december 2012 een e-mail aan [verweerder] gestuurd met onder meer de volgende inhoud: ‘(...) De jersey polo kunnen wij leveren 22 – februari in huis. (...) Verder heb ik informatie door gekregen over de pique polo sample (...). Ook de levertijd hiervan is neer gezet op 1 maart. (...)’.

(v) Op 28 december 2012 heeft [verweerder] een orderformulier ondertekend met daarin opgenomen achter account name: JED-Textiles. Onder product en quantity: 1750 pique polo's en 750 jersey polo's en onder delivery: 27 februari.

(vi) Op 12 maart 2013 heeft [betrokkene 2] aan [verweerder] een e-mail gestuurd met onder meer de volgende inhoud: ‘(...) Zoals je weet kunnen wij helaas pas volgende week leveren. De rubberprint op de achterkant hecht niet goed en laat los in de productie. (...) Wij verwachten een deel van de goederen pas te gaan leveren 19 Maart. En de andere deel 26 Maart. (...) De goederen worden ingevlogen op mijn kosten. De goederen die 19 maart worden geleverd zit 10% korting op en de goederen die 26 maart wordt geleverd met 15% korting. Wat er ook gebeurd de goede-

ren zullen er top uit zien. Verder is het belangrijk om eens rond de tafel te zitten en elkaar af te vragen of we onze samenwerking moeten voort zetten. Dit is niet omdat ik het niet wil. Heel graag zelfs. Maar dit is verre van de manier hoe wij werken. Wij hebben normaal nooit problemen met deze fabrikant. Dus dat geeft ook aan dat de moeilijkheidsgraad van dit product toch wat te hoog is voor deze fabrikant. (...)’.

(vii) Op 21 maart 2013 zijn er 451 polo's geleverd aan [verweerder] en gefactureerd.

(viii) Bij vonnis van 18 december 2013 heeft de kantonrechter op de vordering van [betrokkene 2] tot betaling van deze aan [verweerder] geleverde polo's bepaald dat JED als contractspartner van [verweerder] heeft te gelden en dat [betrokkene 2] de vordering op [verweerder] voor de geleverde en niet geretourneerde polo's via een rechtsgeldige cessie van JED heeft verkregen. De kantonrechter is [verweerder] gevolgd in zijn verweer dat 55 van de geleverde polo's niet aan de eisen voldoen en heeft de vordering van [verweerder] om de overeenkomst met betrekking tot de 55 verkeerde polo's te ontbinden toegewezen onder veroordeling van [verweerder] tot betaling van de overige (396) geleverde polo's. Deze zijn door [verweerder] inmiddels betaald.

(ix) Op 26 maart 2013 heeft [betrokkene 2] een e-mail aan [verweerder] geschreven waarin onder meer is opgenomen: ‘(...) Zoals je weet waren er eerst problemen met de print van de pique, daarna zijn ze naar een nieuwe print fabriek gegaan. Hiervan kwam de print wel erg goed uit, maar nu is er kleur verschil in de linker en rechter panel gekomen. Dat komt omdat ze de print op 1 paneel hebben geprint en verwarmt. Daardoor is er kleur verschil gekomen omdat de paneel waar de print op zit veel lichter is geworden door het verwarmen. Nu gaan ze alles opnieuw maken en dat zou betekenen dat wij pas 18 april kunnen leveren, ook zullen de jersey polo's dan pas worden geleverd, dit omdat zij eerst de pique willen afronden. Graag hoor ik van je of we hier mee verder moeten gaan of dit moeten afbreken. Nogmaals excuus (...)’.

(x) Op 27 maart 2013 heeft [verweerder] aan [betrokkene 2] een e-mail geschreven waarin onder meer is opgenomen:

- ‘(...)
 - Niet leveren is geen optie want dan ben ik mijn klanten en tevens business kwijt!
 - Daarnaast loop ik het risico op claims van winkels op basis van niet of te laat leveren.
 - Jersey incompleet en te laat geleverd, kost tijd, uitzoeken, meerdere malen versturen etc. en geld!
 - Daarnaast sowieso 2 maanden geen nalevering business voor mij op basis van nauwelijks geleverde goederen en nauwelijks voorraad.
 - Risico voor veel meer restanten op basis van een zeer kort verkoop seizoen. Eind april – mei – dan uitverkoop = 5 weken....
 - Tevens een super kort verkoop seizoen voor detaillisten waardoor het ook lastig wordt om een minimale doorverkoop te halen van 60-

70% voor uitverkoop, wat weer invloed heeft op de inkoop van SS2014.

Al met al is het een onmogelijk pakket Weliswaar niet bewust gecreëerd maar wel een feit en dit moet nu worden 'opgelost'.

Schadeclaim:

- 60% korting op levering pique-stretch. Product top 100% goed! d.w.z. met goede prints, afwerking, mouwtjes etc. alles TOP! En niet weer een verhaal! Ze moeten precies werken en weten wat ze doen!

- Alles uiterlijk geleverd op 18 April 2013. Iedere dag later komt er 5% korting per dag bij. Alle transport kosten zijn uiteraard voor jullie rekening.

- Mochten er claims komen op basis van winstderving van detaillisten dan leg ik die bij jullie neer.

- Mochten detaillisten de orders niet accepteren dan behoud ik het voorrecht om ze te retourneren aan jullie op jullie kosten. Ik wil alleen wel weten wat er met de producten gebeurd.

- Een schadeclaim voor gemiste business van twee maanden geen nalevering aan shops, web shop, toekomstige business klanten m.a.w. een winstderving op basis van 25% van de omzet.

- Dit gerelateerd aan de business van de afgelopen twee jaar in dezelfde periode is dit: € 1650 (ex btw).

- 2 samples van de Alphas pique-jersey in heather blue en pink, ondanks kleur verschil... Dit om de kleuren te kunnen laten zien naar potentiële klanten voor eventuele latere bestellingen.

- Op de restant levering van de jersey-stretch kom ik vandaag terug. Zo ja, onder dezelfde condities als de pique.

Eerst moet ik overzicht hebben van wat ik heb besteld, geleverd gekregen en de retour en etc.

Ik hoop dat alles zo duidelijk is zo niet dan hoor ik het graag. (...).

(xi) Naar aanleiding van de e-mail van [verweerder] van 27 maart 2013 aan [betrokkene 2] heeft [betrokkene 1] [verweerder] diezelfde dag opgebeld. [betrokkene 1] heeft daarover bij de behandeling van het pleidooi in hoger beroep verklaard dat hij [verweerder] tijdens dat telefoongesprek te Kennen heeft gegeven met de in de e-mail van 27 maart 2013 aan [betrokkene 2] kenbaar gemaakte voorwaarden niet akkoord te gaan en aan [verweerder] heeft meegedeeld dat die voorwaarden voor hem reden vormden om de order te annuleren. Volgens [betrokkene 1] had hij het graag willen oplossen maar circa € 53.500 schadevergoeding vragen op een order van circa € 23.000 ging hem te ver.

(xii) Volgend op dat telefoongesprek heeft [betrokkene 2] in een e-mail van 27 maart 2013 aan [verweerder] de annulering van de overeenkomst in de navolgende bewoordingen bevestigd:

'(...) N.a.v. het telefoongesprek met [betrokkene 1] bevestig ik schriftelijk hetgeen besproken is:

Wij lossen altijd in alle redelijkheid onze problemen op, echter wijzen wij onderstaande schadeclaim af, je eisen zijn namelijk onredelijk en buitenproportioneel. Wij hebben je reeds 15% korting gegeven op de te laat geleverde [A]/Jersey polo. Voorts hebben we je voorgesteld om de nog te leveren piqué polo met 15% korting te leveren en op onze kosten opnieuw te maken en op onze kosten in te vliegen.

Door jouw eerder vermelde onredelijkheid hebben wij besloten de samenwerking per direct te verbreken, met als gevolg dat de remake niet zal worden uitgevoerd. De order is dus geannuleerd.

(...)'.

(xiii) [verweerder] is op 29 maart 2013 met een fles wijn bij het kantoor van JED langsgeslagen maar [betrokkene 1] heeft hem laten weten dat hij bezocht had, waarop [verweerder] onverrichterzake is heengegaan.

(xiv) Op 2 april 2013 heeft [verweerder] aan [betrokkene 1] een e-mail gestuurd waarin onder meer is opgenomen:

'(...) Ik wil graag nog even terug komen op ons laatste gesprek.

Ik ben met veel vertrouwen en enthousiasme de samenwerking met jullie aangegaan. Vorig jaar juni werd ik door [betrokkene 2] benaderd. Na wat samples gaven jullie aan dat jullie het product prima konden maken. (...) Mede hierdoor heb ik bewust voor jullie gekozen. Ik betreur de gang van zaken maar je begrijpt wel dat ik een heel groot probleem heb wanneer jullie de bestelde goederen niet leveren.

In deze tijd een seizoen niet of nauwelijks leveren kan het einde van m'n onderneming betekenen. Multi-brand winkels staan zoals jullie weten behoorlijk onder druk. Het verkoopseizoen is kort.

de concurrentie is groot en het aanbod van merken is gigantisch dus een te late levering is veelal een reden om te annuleren, vragen om korting en heeft consequenties voor toekomstige samenwerking.

Al met al hoop ik dat jullie ook mijn probleem begrijpen en zou ik graag zo snel mogelijk bij elkaar zitten om te kijken hoe we dit kunnen oplossen. (...)'.

(xv) In reactie hierop heeft [betrokkene 2] op 4 april 2013 aan [verweerder] een e-mail gestuurd waarin onder meer is opgenomen:

'(...) Wij hebben een voorstel gedaan om de goederen opnieuw te maken inclusief korting en invliegen op onze kosten. Dit was niet genoeg. [betrokkene 1] en ik zijn met elkaar overeen dat de daarna opnieuw gevraagde eisen veel te hoog gegrepen zijn. De productie is gecancelled (...)'.

(xvi) Na JED bij brief van 9 april 2013 aansprakelijk te hebben gesteld voor de door hem geleden en nog te lijden schade, heeft [verweerder] JED in rechte betrokken.

3.2. De procedure in eerste aanleg heeft geleid tot een vonnis waarbij de rechtbank voor recht verklaard heeft dat (a) de overeenkomst tussen [verweerder] en JED, met uitzondering van het reeds op grond van het vonnis van de kantonrechter van 18 december 2013 ontbonden en het reeds geleverde en betaalde deel, buitengerechtelijk ontbonden is per 16 april 2014, (b) JED aansprakelijk is voor de door [verweerder] geleden en nog te lijden schade en dat JED deze schade op te maken bij staat en te vereffenen als volgens de wet, dient te vergoeden, zulks met veroordeling van JED in de proceskosten.

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt JED met vijf grieven op.

3.3. Grief 1 komt in essentie op tegen het oordeel van de rechtbank dat niet [betrokkene 2] maar JED als contractspartij van [verweerder] heeft te gelden zodat in de kern die vraag centraal staat (en niet het door de rechtbank veronderstelde gezag van gewijsde van het vonnis van 18 december 2013 waarop JED haar pijlen richt). Het hof beantwoordt die kernvraag op grond van na te melden omstandigheden in gelijke zin als de rechtbank (waarbij het hof in aanvulling daarvan nog erop wijst dat ter zitting in hoger beroep niet [betrokkene 2] maar [betrokkene 1] namens JED in de 'ik'-vorm mondeling heeft toegelicht dat hij er bij zijn producent in India alles aan gedaan heeft om op 18 april 2013 te kunnen leveren maar dat de volgens hem volstrekt onredelijke opstelling van [verweerder] 'hem' ertoe heeft genoopt de order te annuleren):

- (a) [betrokkene 2] heeft in zijn e-mail van 6 juni 2012 kenbaar gemaakt dat hij in dienst was bij JED;
- (b) Deze e-mail, evenals de e-mails die [betrokkene 2] daarna aan [verweerder] gestuurd heeft, vermelden als internetadres: www.JEDtextiles;
- (c) De besprekingen die na juni 2012 hebben plaatsgevonden, werden gehouden op het kantoor van JED in Lijnden;
- (d) In de regel was [betrokkene 1] bij die besprekingen aanwezig;
- (e) [verweerder] heeft op 28 december 2012 het door hem ingevulde orderformulier aan JED geadresseerd, zonder dat daarop van de kant van [betrokkene 2] of van JED enigerlei correctie of opmerking is gevolgd;
- (f) Het is [betrokkene 1] geweest die de overeenkomst heeft geannuleerd.

Op grond van dit een en ander moet worden geconcludeerd dat [verweerder] redelijkerwijze heeft mogen aannemen dat de contractuele relatie namens JED werd aangegaan: de gedragingen van [betrokkene 2] wezen daarop en de schijn dat deze laatste daartoe ook bevoegd was is door toedoen van JED (c.q. van haar indirect bestuurder [betrokkene 1]), althans als gevolg van feiten en omstandigheden die voor risico van JED komen, gewekt. Grief 1 faalt derhalve.

3.4. Grief 2 komt er samengevat op neer dat de rechtbank ten onrechte eraan voorbij gegaan is dat [verweerder] in het licht van het bepaalde in artikel

6:86 BW niet gerechtigd was om het door JED gedaan voorstel tot het toepassen van een korting van 15% van de hand te wijzen, en hij daardoor in schuldeisersverzuim is geraakt en JED bevoegd was de overeenkomst te ontbinden. Het hof oordeelt hierover als volgt.

Het standpunt van JED houdt in dat zij weliswaar door niet op de afgesproken datum te leveren is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst maar dat zij deze tekortkoming langs de weg van artikel 6:86 BW gezuiverd heeft.

Voornoemd artikel bepaalt dat de schuldeiser een na het intreden van het verzuim aangeboden nakoming kan weigeren, zolang niet tevens betaling wordt aangeboden van de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten.

Het hof constateert dat JED inderdaad nakoming van haar leveringsverplichting heeft aangeboden, echter geen aanbod tot vergoeding van schade en kosten heeft gedaan. JED stelt weliswaar dat zij een korting van 15% heeft aangeboden, doch het voorstel om een korting toe te passen heeft JED op 12 maart 2013 gedaan in combinatie met de mededeling dat de overeengekomen leverdatum van 27 februari 2013 verschoven was naar de periode gelegen tussen 19 en 26 maart 2013: voor goederen geleverd op 19 maart 2013 zou een korting gelden van 10% en voor goederen geleverd op 26 maart 2013 zou een korting van 15% gelden. Uiteindelijk zijn er alleen op 21 maart 2013 goederen geleverd zonder dat de aangeboden korting is verleend. Op 26 maart 2013 is JED vervolgens met de mededeling gekomen dat het restant (in plaats van op 26 maart 2013) pas op 18 april 2013 zou kunnen worden uitgeleverd. Ter zake van die op 18 april 2013 uit te leveren restantorder, waarvan de aanvankelijk overeengekomen leverdatum 27 februari 2013 was, heeft JED in haar email van 26 maart 2013 niet over een additionele korting gerept, laat staan een aanbod gedaan om schade en kosten te vergoeden. De korting van 15% was slechts bedoeld voor de goederen die op 26 maart 2013 (vertraagd) zouden worden geleverd en ten aanzien van die korting zijn partijen niet tot overeenstemming gekomen. In het licht van het steeds langer durend uitstel had [verweerder] mogen verwachten dat JED ten aanzien van goederen die nog weer later dan 26 maart 2013 zouden worden geleverd, een substantieel aanbod tot vergoeding van schade en kosten zou doen. Dat aanbod is uitgebleven. Van schuldeisersverzuim veroorzaakt door het niet accepteren van een aanbod tot het betalen van schade en kosten is derhalve geen sprake. Evenmin is [verweerder] in schuldeisersverzuim komen te verkeren door aan zijn aanvaarding van het aanbod tot nakoming van de leveringsverplichting per 18 april 2013 aanspraak te maken op vergoeding van een bedrag in de orde van grootte van wat hij meende dat zijn werkelijk geleden/te lijden schade zou zijn. Het hof begrijpt uit de pleitaantekeningen van JED in eerste aanleg dat JED voor de levering op 18 april 2014 geen hogere kor-

ting dan 15% wilde toepassen en dat een 15% korting neerkomt op € 3.012,90. Met het aanbod tot betaling van dit relatief geringe bedrag (waarover met JED niet (meer) te onderhandelen viel) heeft JED het verzuim waarin zij verkeerde als gevolg van het niet tijdig leveren van de goederen niet gezuiverd en heeft [verweerder] (die sedert 27 maart 2013 vergeefse pogingen had gedaan om de goederen alsnog geleverd te krijgen) de overeenkomst terecht ontbonden. Grief 2 faalt derhalve.

3.5. Dat zelfde lot treft grief 3 die gericht is tegen het oordeel van de rechtbank dat er indicaties waren dat [verweerder] bereid was zijn schadeclaim als weergegeven in zijn e-mail van 27 maart 2013 te modereren. Uit hetgeen het hof onder 3.4. hierboven overwogen heeft, volgt dat [verweerder] niet met minder genoegen behoeft te nemen dan met een aanbod van JED tot vergoeding van schade en kosten en dat hij niet in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen partijen beheerst door een aanbod tot toepassing van een korting van 15% af te slaan. Aan het verweer van JED dat [verweerder] zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van de omstandigheden dan wel misbruik van recht, gaat het hof voorbij nu JED dienaangaande niet aan haar stelplicht heeft voldaan.

3.6. In grief 4 klaagt JED erover dat de rechtbank het voldoende aannemelijk heeft geacht dat [verweerder] als gevolg van de tekortkoming van JED schade heeft geleden en de zaak naar de schadestaatprocedure heeft verwezen.

Het hof constateert dat JED haar bezwaar tegen de verwijzing naar de schadestaatprocedure met name baseert op de stelling dat [verweerder] geen schade zou hebben geleden althans zijn schade niet zou hebben aangetoond. Voor een verwijzing naar een schadestaatprocedure is echter niet vereist dat het bestaan van schade is aangetoond: voldoende is dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is gemaakt. Aan deze eis is in het onderhavige geval voldaan. Ook grief 4 faalt derhalve.

3.7. Grief 5 heeft betrekking op de veroordeling van JED in de proceskosten in eerste aanleg. Nu de grieven 1 tot en met 4 falen, faalt ook de laatste grief 5.

3.8. JED heeft gespecificeerd bewijs van al haar stellingen aangeboden. Indien bewezen, kunnen deze stellingen evenwel niet tot een andere beslissing leiden zodat haar bewijsaanbiedingen als niet ter zake dienend worden gepasseerd.

3.9. Alle grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. JED zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

4. Beslissing

Het hof: bekrachtigt het vonnis waarvan beroep; veroordeelt JED in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [verweerder]

begroot op € 711 aan verschotten en € 4.893 voor salaris.

Cassatiemiddel:

JED voert tegen het bestreden arrest het navolgende cassatiemiddel aan:

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het hof heeft geoordeeld als vermeld in het bestreden arrest, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

1 Inzet van het geding

1.1 Deze zaak handelt over een beroep op art. 6:86 BW, gedaan door JED nadat zij voor een gedeelte van de door [verweerder] bij haar bestelde partij poloshirts ten tweede male moest laten weten de toegezegde leverdatum niet te zullen halen. [verweerder] heeft dit aanbod van de hand gewezen. Het betreft een transactie van in totaal € 23.701, waaraan met een deelleverantie per 21 maart 2013 reeds voor een (eerst later betaald) bedrag van € 3.737,45 was voldaan¹. De nader bij staat op te maken schadevergoeding als gevolg van wanprestatie, waarop [verweerder] inzet, bedraagt hiervan een veelvoud.

1.2 Naar de kern genomen, ligt voor of JED met haar aanbod van 26 c.q. 27 maart 2013 om het restant van de bestelde partij poloshirts per 18 april 2013, derhalve alsnog binnen circa drie weken, aan te leveren, waarmee de vertraging voor dit deel van de bestelling zou uitkomen op circa zes weken, met een korting op de afgesproken koopprijs van 15% en vergoeding van de kosten van het transport per vliegtuig vanuit India (waarmee een compensatie werd geboden van € 4.696 op een restantorder van € 19.963 (de totale ordersom van € 23.701, minus het wel geleverde deel ter waarde van € 3.737,45) betaling heeft aangeboden van 'inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en kosten' als bedoeld in art. 6:86 BW. JED heeft zich ter zake beroepen op art. 6:86 BW.

1.3 In geschil is of de geboden korting en vergoeding van het volledige transport tezamen genomen de 'inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding' evenaren.² In het verlengde hiervan staat ter discussie of JED de overeenkomst terecht heeft ontbonden toen [verweerder] in reactie op dit aanbod van 26 c.q. 27 maart 2013 om alsnog na te komen, te kennen gaf de levering enkel te aanvaarden wanneer, kort weergegeven, [verweerder] een korting zou krijgen van 60% op de afgesproken koopprijs (te vermeerderen met 5% voor iedere verdere vertraging van een dag), JED daarenboven een schadevergoeding zou betalen, JED zich verder bij voorbaat bereid zou verklaren alle schadeclaims van

¹ Vgl. randnummer 3.5, 3.8, 4.4, 4.12, 4.20 van de memorie van grieven.

² Een vergoeding van kosten (naast schade) is niet aan de orde.

afnemers van [verweerder] te dragen, JED zich bereid zou verklaren de shirts eventueel weer terug te nemen en zij zou toezeggen de transportkosten te dragen. In cassatie ligt mede voor of het hof ter beoordeling of een partij zich met succes beroep op art. 6:86 BW moet nagaan, althans ten minste bij benadering moet vaststellen of desnoods moet schatten, hoe hoog 'de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding' is, als bedoeld in art. 6:86 BW. het hof moet immers kunnen vaststellen of een aangeboden vergoeding toereikend is om als (aanbod tot) betaling aan te merken van een inmiddels verschuldigd geworden vergoeding schade en kosten in de zin van art. 6:86 BW. Het hof heeft zich over de hoogte van de schade en kosten niet uitgelaten, althans die niet (ook niet bij benadering) vastgesteld of geschat.

2 Feiten en procesverloop

2.1 In cassatie kan, in essentie, van het navolgende worden uitgegaan. Voor zover de hierna weer te geven feiten niet door het hof zijn vermeld, wordt de vindplaats in de gedingstukken weergegeven.

2.2 (i) [verweerder] is (althans was in 2013) een startende ondernemer.³ Hij legde zich toe op verkoop van poloshirts.

(ii) JED richt zich op de productie en groothandel in modelkleding. Indirect bestuurder van JED is de heer [betrokkene 1].

(iii) De shirts worden geproduceerd in India.⁴

(iv) Op 28 december 2012 heeft [verweerder] bij JED 1750 pique polo's en 750 jersey polo's besteld. Deze zouden moeten worden geleverd op 27 februari 2013. JED zou daarbij de helft van de kosten voor het transport voor de shirts per vliegtuig op zich nemen.⁵

(v) Op 12 maart 2013 heeft [betrokkene 2] aan [verweerder] een e-mail gestuurd met onder meer de volgende inhoud: *'(...) Zoals je weet kunnen wij helaas pas volgende week leveren. De rubberprint op de achterkant hecht niet goed en laat los in de productie. (...) Wij verwachten een deel van de goederen pas te gaan leveren 19 Maart. En de andere deel 26 Maart. (...) De goederen worden ingevlogen op mijn kosten. De goederen die 19 maart worden geleverd zit 10% korting op en de goederen die 26 maart wordt geleverd met 15% korting.'*

(vi) Waar [verweerder] ingevolge de overeenkomst de helft van het vervoer per vliegtuig zelf zou bekostigen, bood JED ter compensatie van de vertraging aan de gehele met het vervoer per vliegtuig gemoeide kosten voor haar rekening te nemen.⁶

(vii) op 21 maart 2013 heeft [verweerder] 491 shirts van de bestelde partij van 750 polo's van het type 'jersey' geleverd. Hiervoor heeft JED aan [verweerder] een factuur gestuurd met een betalingstermijn van 30 dagen. [verweerder] bleef met betaling van deze partij in gebreke.

(viii) Op 26 maart 2013 heeft [betrokkene 2] per e-mail aan [verweerder] laten weten vanwege een op de shirts waarneembaar kleurverschil de polo's opnieuw te moeten laten drukken als gevolg waarvan dit overgebleven deel van de bestelde polo's eerst 18 april 2013 zou kunnen worden afgeleverd (circa zes weken na de overeengekomen datum van 27 februari), waarvoor hij zijn verontschuldiging heeft aangeboden.

(ix) Op 27 maart 2013 heeft [verweerder] aan [betrokkene 2] een e-mail geschreven waarin hij onder meer van JED verlangde zich bij voorbaat bereid te verklaren alle schadeclaims van afnemers van [verweerder] te dragen, de shirts eventueel weer terug te nemen, haar een korting te geven van 60% op de shirts (te vermeerderen met 5% voor iedere dag vertraging na 18 april 2013), een schadevergoeding te betalen, en daarenboven alle transportkosten te dragen.⁷

(x) Naar aanleiding van de e-mail van [verweerder] van 27 maart 2013 aan [betrokkene 2] heeft [betrokkene 1] [verweerder] diezelfde dag opgebeld. [betrokkene 1] heeft daarover bij de behandeling van het pleidooi in hoger beroep verklaard dat hij [verweerder] tijdens dat telefoongesprek te kennen heeft gegeven met de in de e-mail van 27 maart 2013 aan [betrokkene 2] kenbaar gemaakte voorwaarden niet akkoord te gaan en aan [verweerder] te hebben meegedeeld dat die voorwaarden voor hem reden vormden om de order te annuleren. Volgens [betrokkene 1] had hij het graag willen oplossen maar circa € 53.500 schadevergoeding vragen op een order van circa € 23.000 ging hem te ver. [betrokkene 1] was eventueel bereid nog wat water bij de wijn te doen. De kloof met de door [verweerder] gehandhaafde eisen was evenwel onoverbrugbaar.⁸

(xi) In aansluiting op dat telefoongesprek heeft [betrokkene 2] in een e-mail van 27 maart 2013 aan [verweerder] de annulering van de overeenkomst en zijn bereidheid om op beide partijen een korting te geven van 15% bevestigd:

'(...) N.a.v. het telefoongesprek met [betrokkene 1] bevestig ik schriftelijk hetgeen besproken is: Wij lossen altijd in alle redelijkheid onze problemen op, echter wijzen wij onderstaande schadeclaim af, je eisen zijn namelijk onredelijk en buitenproportioneel. Wij hebben je reeds 15% korting gegeven op de te laat geleverde [verweerder]/jersey polo. Voorts hebben we je voorgesteld om de nog te leveren ... polo met 15% korting te leveren en op onze kosten opnieuw te maken en op kosten in te

3 Vgl. bijv. randnummer 10, 20 van de inleidende dagvaarding.

4 Vgl. randnummer 6 van de conclusie van antwoord.

5 Vgl. randnummer 8 van de conclusie van antwoord alsook productie 3 bij de inleidende dagvaarding waarnaar is verwezen, en productie 2 bij de conclusie van antwoord waarnaar in de conclusie van antwoord in verwezen ter illustratie van de order. Over de inhoud hiervan bestaat in zoverre tussen partijen geen discussie.

6 Vgl. randnummer 9 van de conclusie van antwoord en 3.8 van de memorie van grieven.

7 Vgl. bijv. randnummer 4.4. (11), 4.12, 1.19, 4.20, van de memorie van grieven.

8 Vgl. bijv. randnummer 5.14 van de memorie van grieven.

vliegen. Door jouw eerder vermelde onredelijkheid hebben wij besloten de samenwerking per direkt te verbreken, met als gevolg dat de remake niet zal worden uitgevoerd. De order is dus geannuleerd. (...)' (cursivering advocaat, JdH).

(xii) [verweerder] is op goede vrijdag 29 maart 2013⁹ onaangekondigd met een fles wijn bij het kantoor van JED langsgesegaan. [betrokkene 1] heeft hem niet ontvangen omdat hij bezoek had, waarop [verweerder] onverrichterzake is heengegaan. [verweerder] is gevraagd een afspraak te maken, hetgeen hij niet heeft gedaan.¹⁰

(xiii) Op 2 april 2013 heeft [verweerder] aan [betrokkene 1] een e-mail gestuurd waarin hij onder meer vraagt zo snel mogelijk bij elkaar te komen om een oplossing te zoeken.

(xiv) in reactie hierop heeft [betrokkene 2] op 4 april 2013 aan [verweerder] een e-mail gestuurd waarin onder meer is opgenomen:

'(...) Wij hebben een voorstel gedaan om de goederen opnieuw te maken inclusief korting en invliegen op onze kosten. Dit was niet genoeg. [betrokkene 1] en ik zijn met elkaar overeen dat de daarna opnieuw gevraagde eisen veel te hoog gegrepen zijn. De productie is gecancelled (...)'.

(xvi) Bij brief van 9 april 2013 heeft [verweerder] van JED verlangd een bedrag van € 65.000 ex. BTW te voldoen 'bij wijze van voorschot op de schadevergoeding'.¹¹ JED heeft hieraan geen gevolg gegeven, waarna [verweerder] JED in rechte heeft betrokken.

(xvii) JED heeft [verweerder] aangesproken tot betaling van de afgesproken prijs voor de 451 geleverde shirts van het type 'Jersey'. [verweerder] is vervolgens op een daartoe strekkende vordering van JED veroordeeld om de factuur voor de levering van voormelde partij van 451 polo's te voldoen, behalve voor zover het betreft 55 shirts ten aanzien waarvan [verweerder] zich (aldus de kantonrechter in zijn vonnis van 18 december 2013) met recht had beroepen op ontbinding van de overeenkomst.

3 Klachten

Klacht I

3.1 Voor zover het hof in rov. 3.4. van zijn bestreden arrest van oordeel is dat een korting op de overeengekomen prijs voor de prestatie (vermeerderd met betaling van reiskosten) geen aanbod tot vergoeding van schade en kosten inhoudt, miskent het dat met een korting en vergoeding van transportkosten als in casu geboden¹² — welke gelijk kan worden gesteld aan een betaling ter grootte van het kortingsbedrag aan de koper tegenover diens (verplichting tot) betaling van de gehele, overeengekomen koopprijs — de schade en kosten als bedoeld in artikel 6:86 BW kunnen worden gecompenseerd (mits het geboden bedrag hoog genoeg is, hetgeen

aldus JED in dit geding consequent heeft betoogd, ook het geval is).¹³

Klacht II

3.2 In rov. 3.4. motiveert het hof waarom, naar zijn oordeel, geen (adequaat) aanbod is gedaan tot betaling van schadevergoeding (en kosten) in de zin van art. 6:86 BW.

3.3 Voor zover, naar het oordeel van het hof in rov. 3.4, mede niet kan worden uitgegaan van een aanbod tot vergoeding van schade en kosten (als bedoeld in art. 6:86 BW), nu voor de op 21 maart 2013 geleverde goederen, de eerder genoemde partij van 451 polo's, geen korting zou zijn verleend, miskent het dat met de aanvaarding van deze gedeeltelijke nakoming van de overeenkomst door [verweerder], waarvoor [verweerder] de afgesproken prijs heeft voldaan, in zoverre (dus voor zover is nagekomen) ook het schuldenaarsverzuim van JED is opgeheven,¹⁴ althans miskent het de grenzen van rechtsstrijd, nu het beroep op art. 6:86 BW betrekking heeft op het overige (nog niet geleverde) deel van de bestelde partij kleding.¹⁵ Hierop ziet dit geding ook niet. De rechtbank heeft (in hoger beroep niet met enige grief bestreden) het beroep van [verweerder] op buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomst verworpen voor zover de bestelde kleding reeds was geleverd en betaald. De vordering tot schadevergoeding is betrekkelijk tot de ontbinding van de overeenkomst door JED voor het overige, althans haar gestelde wanprestatie voor het overige. Om die reden is, zonder nadere motivering, die ontbreekt, bovendien niet (voldoende) begrijpelijk waarom, naar het oordeel van het hof, handhaving van de overeengekomen, gefactureerde (en door [verweerder] uiteindelijk ook betaalde) prijs voor de op 21 maart 2013 geleverde kleding van betekenis is voor de beoordeling van het beroep op art. 6:86 BW ter afwering van de vordering wegens tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst voor het overige (deel van de bestelde kleding). Het beroep op art. 6:86 BW ziet immers niet op de geaccepteerde, vertraagde levering per 21 maart 2013 (ingevolge het aanbod van 12 maart 2013),¹⁶ welke hieraan (en aan de ingeroepen ontbinding van de overeenkomst) voorafging, maar op de afwijzing van het aanbod van 26 c.q. 27 maart 2013 tot latere levering, en wel per 18 april 2013, van het restant met toepas-

⁹ Vgl. randnummer 4.27 van de memorie van grieven.

¹⁰ Vgl. randnummer 4.29 van de memorie van grieven.

¹¹ Vgl. randnummer 7 van de conclusie van antwoord.

¹² Vgl. randnummer 4.48 tot en met 4.51 en 4.7 tot en met 4.9 en 4.32 tot en met 4.43 van de memorie van grieven.

¹³ Vergelijk bijvoorbeeld randnummer 4.8, 4.13 van de memorie van grieven, alsook 4.32 tot en met 4.48 van de memorie van grieven.

¹⁴ Vergelijk P.G. Hartkamp vóór HR 20 december 2002, JOL 2002, 708, IJN AE 9253.

¹⁵ Vgl. bijv. 4.32 tot en met 4.35, 4.37 en 4.49 tot en met 4.51 van de memorie van grieven.

¹⁶ Vgl. bijv. 4.32 tot en met 4.35, 4.37 en 4.49 tot en met 4.51 van de memorie van grieven.

sing van een korting en vergoeding van transport ter waarde van € 4.696,10.¹⁷

Klacht III

3.4 Indien het hof in rov. 3.4. waar, aldus het hof, 'JED in haar e-mail van 26 maart 2013 niet over een additionele korting [heeft] gerept, laat staan een aanbod [heeft] gedaan om schade en kosten te vergoeden' bedoeld heeft dat JED geen aanvullende korting heeft aangeboden, is dit oordeel van het hof, zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd, nu JED – zoals ook blijkt uit een door het hof onder XII geciteerde e-mail van 27 maart 2013 – (telefonisch) heeft aangeboden om 15% korting te geven op de gehele resterende partij, en die geheel op haar kosten te laten invliegen (waar dit transport eerst ten dele door [verweerder] zou worden bekostigd en JED eerst alleen voor één van beide partijen een korting van 15% had aangeboden).¹⁸

Klacht IV

3.5 Indien het hof met de overweging in rov. 3.4: 'De korting van 15% was slechts bedoeld voor de goederen die op 26 maart 2013 (vertraagd) zouden worden geleverd en ten aanzien van die korting zijn partijen niet tot overeenstemming gekomen' bedoelt dat [verweerder] het aanbod van JED d.d. 12 maart 2013 niet zou hebben aanvaard, is dit oordeel van het hof, zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd, nu [verweerder], naar hij zelf stelt, dit aanbod wel degelijk heeft aanvaard en hij ook het geleverde deel van de bestelling (van 451 shirts) heeft afgenomen en betaald.¹⁹ Zo stelde [verweerder] ter comparitie, getuige het proces-verbaal bijvoorbeeld:

'Op 12 maart 2013 werd door JED per e-mail meegedeeld dat er problemen waren met de productie. Daarover is voorafgaand aan die e-mail contact geweest. Er werd door JED een nieuwe leveringsdatum genoemd en een korting voorgesteld. (...) Ik ging wel akkoord met de nieuwe datum en de geboden korting'.²⁰

Het aanbod van 26 maart 2013 heeft [verweerder] van de hand gewezen, het eerdere aanbod van 12 maart 2013 niet.²¹

Klacht V

3.6 Indien het hof in rov. 3.4. waar het overweegt: 'Het hof begrijpt uit de pleitaantekeningen van JED in eerste aanleg dat JED voor de levering op 18 april 2014 geen hogere korting dan 15% wil toepassen en dat een 15% korting neerkomt op € 3.012,90' bedoelt dat JED geen verdere compensatie van schade (en kosten) heeft geboden, is dit oordeel, zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd, nu JED tevens heeft aangeboden om de (anders door [verweerder] zelf voor 50% te dragen) kosten voor invliegen van de shirts voor Zijn rekening te nemen, en daarmee in totaal een vergoeding heeft geboden van € 4.696,10, zoals zij zowel in eerste aanleg als in hoger beroep naar voren heeft gebracht.²² Dit oordeel van het hof in rov. 3.4. is niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, nu het hof, zonder nadere motivering, voorbijgaat aan de als essentieel aan te merken stalling van JED in totaal een vergoeding van € 4.696,10, (en niet slechts € 3.012,90) te hebben geboden.²³

Klacht VI

Inleiding

3.7 Ter inleiding op de klachten van dit onderdeel wordt gewezen op de navolgende omstandigheden:

- JED heeft met de eerder vermelde levering van 451 polo's per 21 maart 2013 (in navolging van haar aanbod van 12 maart 2013) voor een bedrag van € 3.737,45, dus circa een vijfde deel, voldaan aan de verbintenis tot levering van polo's (voor een totale ordersom van € 23.701);²⁴
- na die levering resteerde nog een gedeelte van de order ter grootte van € 19.969,55;²⁵
- voor een vertraging in de levering van dit deel van de bestelling van toen (op 26 c.q. 27 maart 2013) nog drie weken, in totaal circa zes weken, heeft JED in de vorm van een korting op de overeengekomen

¹⁷ Vgl. randnummer 448 tot en met 451 en 4.7 tot en met 4.9 en 4.32 tot en met 4.43, 4.49- 4.51 en 4.84d van de memorie van grieven alsook de verklaring van [verweerder] ter comparitie: 'Ik ging wel akkoord met de nieuwe datum en geboden korting', waarmee [verweerder] verwees naar het aanbod d.d. 12 maart 2013.

¹⁸ Vergelijk bijvoorbeeld randnummer 14 van de pleitnota en randnummer 10 van de conclusie van antwoord.

¹⁹ Vergelijk randnummer 9 van de memorie van antwoord en de verklaring van [verweerder] ter comparitie van 13 november 2014, opgetekend in het proces-verbaal van die datum op pag. 2.

²⁰ Vgl. het proces-verbaal van de comparitie van 13 november 2014 (onderaan pagina 2).

²¹ Vgl. randnummer 14 van de pleitaantekeningen in eerste aanleg zijdens JED en 3.5 van de memorie van grieven en 16,17 van de pleitnota in appel zijdens JED en de uitlatingen zijdens JED ter comparitie 'Ik ging wel akkoord met de nieuwe datum en geboden korting', waarmee [verweerder] verwees naar het aanbod d.d. 12 maart 2013.

²² Vergelijk bijvoorbeeld randnummer 4.84 d van de memorie van grieven alsook randnummer 15 van de conclusie van antwoord en randnummer 14 van de pleitaantekeningen in eerste aanleg zijdens JED.

²³ Vergelijk bijv. randnummer 4.84 d van de memorie van grieven alsook randnummer 15 van de conclusie van antwoord en randnummer 14 van de pleitaantekeningen in eerste aanleg zijdens JED.

²⁴ Vergelijk randnummer 4.20 van de memorie van grieven.

²⁵ Vgl. randnummer 16 van de pleitnota in appel zijdens JED en randnummer 3.5, 4.20 van de memorie van grieven.

prijs en betaling van het transport, een vergoeding van schade (en kosten) geboden ad € 4.696,10;²⁶ d. JED heeft niet zes weken lang verzuimd om bestelde kleding te leveren, maar op 21 maart 2013 circa een vijfde deel van de bestelde shirts bij [verweerder] bezorgd, om welke reden motivering behoeft waarom de schade binnen drie weken nadien tot een veelvoud van de ordersom van € 23.175 zou zijn opgelopen;²⁷

e. JED heeft van aanvang af deze schade betwist (voor zover die hoger zou liggen dan de door haar in het vooruitzicht gestelde vergoeding van schade en kosten ad € 4.696,10, per 18 april 2013, bij haar aanbod voor het overgebleven deel alsnog na te komen);²⁸

f. en ter betwisting van de gestelde schade aangevoerd — voor zover al schade zou zijn geleden als gevolg van de vertraging in de uitlevering met zes weken — hiervoor met de korting van 15% (op beide partijen) en de vergoeding van de gehele invliegkosten een adequate vergoeding te hebben geboden;²⁹

g. daartoe heeft JED aan de hand van een achttal voorbeelden van andere gevallen waarin vertraging is ontstaan in de levering van kleding, waarvoor telkens een compensatie is gegeven in de vorm van een korting van geringere omvang dan die aan [verweerder] is geboden, beargumenteerd waarom de geoffreerde verlaging van de prijs en toegezegde betaling van de volledige vervoerskosten per vliegtuig (die [verweerder] ook bij correcte nakoming voor 50% zou hebben moeten dragen) de schade (en kosten) dekken;³⁰

h. daarbij heeft zij ook gesteld dat een compensatie van de schade (en kosten) in de vorm van een korting op de koopprijs van maximaal 15% een in de kledingbranche — waarin (veelal uit het buitenland afkomstige) partijen kleding wel vaker te laat arriveert³¹ — gebruikelijke schadevergoeding is voor een met zes weken vertraagde levering van kleding,³² waarvan zij bewijs heeft aangeboden door onder meer vertegenwoordigers van de brancheorganisaties te horen;³³

i. daaraan heeft zij toegevoegd dat de situatie van [verweerder] niet zo bijzonder is dat een omvangrijker schade dreigde en [verweerder] ook niet heeft uiteengezet waarom dit wél het geval zou zijn;³⁴

j. zij heeft er daarbij bovendien op gewezen dat het seizoen voor verkoop van poloshirts per 18 april nog op gang moet komen, althans medio april bepaald nog niet ten einde is, zodat voor de verkoop van polo's nog voldoende tijd resteert;³⁵

h. JED heeft daartegenover haar schade niet (met verificatoire bescheiden, zoals orderbevestigingen, verzoeken om korting of annuleringen) geconcretiseerd. JED wees hier al op in bijvoorbeeld haar conclusie van antwoord waar zij onder meer schreef:

“48. Zoals hierboven al aangegeven bij de besprekingen van de stellingen van [verweerder] heeft [verweerder] niet aangetoond dat hij schade heeft geleden, niet aangetoond dat hij orders had, niet aangetoond dat hij geen poloshirts aan de detaillisten kon leveren, niet aangetoond dat hij niet kon naleveren en ook niet aangetoond dat hij geen verkopen uit zijn webshop kon doen en geen nieuwe klanten kon benaderen.

49. Sterker nog, net als in de voorgaande procedure biedt [verweerder] wel bewijs aan van zijn schade (door het overleggen van financiële bescheiden), maar levert hij — ondanks het feit dat de bewijslast uiteraard op hem ligt — werkelijk geen enkel bewijs. En dat terwijl natuurlijk op zijn minst voor de hand zou liggen dat hij én zijn jaarstukken zou hebben laten zien van de voorgaande jaren én de orderformulieren van de detaillisten én de eventuele annuleringen van de detaillisten en/of van zijn kant etc. [verweerder] levert echter geen snippertje bewijs. Ieder bewijs van enig causaal verband ontbreekt dan ook evenzeer.

50. [verweerder] ‘berekent’ een gederfde winst van ruim € 50.000 op basis van aantallen x verkoopprijs -/- inkoopprijs. Zowel de verkoopprijs als de inkoopprijs wordt echter niet aangetoond en evenmin wordt aangetoond dat er überhaupt iets is besteld of verkocht. [verweerder] verklaarde ter zitting: ‘Het gaat om kleine orders die na een tijdje een grotere order kunnen vormen.’

51. En — voor zover hij al zou aantonen dat er iets verkocht is — toont hij ook niet aan dat hij daaraan niet heeft kunnen voldoen middels zijn oude voorraad. En dat hij dat op zijn minst hoogstwaarschijnlijk wel heeft kunnen doen, blijkt wel uit het feit dat JED als proef een polo van het merk ‘[A]’ heeft gekocht met 30% korting. De heer [betrokkene 1] verklaarde ter zitting: ‘Dit shirt van [A] is gekocht op 27 augustus met 30% korting. Hieruit volgt dat in april uitleveren niet te laat is. Het verkoopseizoen voor herenkleding begint april/mei.’”

26 Vergelijk bijv. randnummer 4.84 van de memorie van grieven.

27 Vgl. randnummer 16-18 van de pleitnota in appél zijdens JED.

28 Vgl. randnummer 47 en verder van de conclusie van antwoord en randnummer 48 tot en met 51 en 58 van de conclusie van antwoord, randnummer 7 tot en met 9 van de pleitnotities in eerste aanleg zijdens JED, alsook randnummer 4.13, 4.34, 4.38, 4.40 tot en met 4.49 van de memorie van grieven.

29 JED heeft nadrukkelijk weersproken dat [verweerder] enige schade heeft geleden: vergelijk bijv. randnummer 48 tot en met 51 en 58 van de conclusie van antwoord, randnummer 7 tot en met 9 van de pleitnotities in eerste aanleg zijdens JED, alsook randnummer 4.13, 4.34, 4.38, 4.40 tot en met 4.49 van de memorie van grieven.

30 Vgl. randnummer 4.40 tot en met 4.49 van de memorie van grieven.

31 Vgl. randnummer 4.48, 4.49, 4.50 van de memorie van grieven.

32 Vgl. 4.32, 4.34, 4.49 van de memorie van grieven.

33 Vgl. 4.32, 4.34, 4.49 van de memorie van grieven en randnummer 42 van de conclusie van antwoord.

34 Vgl. 4.13, 4.32, 4.34, 4.49 van de memorie van grieven.

35 Vgl. randnummer 4.83, 5.1 van de memorie van grieven.

3.8 [verweerder] heeft in dit geding vergoeding gevorderd van haar schade, geleden als gevolg van de (aldus [verweerder] onterechte) ontbinding van de overeenkomst door JED na deze levering (als gevolg waarvan iedere verdere levering van shirts is uitgebleven). Zij heeft deze schade geraamd op € 65.000 per 9 april 2013 exclusief BTW, niet inbegrepen de gestelde imagoschade en derving van inkomsten over de jaren daarna. Wat haar daadwerkelijke schade was (en in hoeverre schade viel te voorzien als gevolg van de vertraging met enkele weken) heeft [verweerder] niet uiteengezet, althans heeft het hof niet in zijn arrest (ook maar bij benadering) vastgesteld. [verweerder] heeft ook de gestelde schade per de datum waarop alsnog het resterend deel van de bestelling zou kunnen worden geleverd, 18 april 2013, niet (of nauwelijks) gesubstantieerd (met bijvoorbeeld annuleringen van de bij hem geplaatste bestellingen of bedongen kortingen (per de datum van het aanbod van JED om alsnog na te komen).

Klacht

3.9 Waar naar het oordeel van het hof in rov. 3.4 van JED *'ten aanzien van de goederen die nog weer later dan 26 maart 2013 zouden worden geleverd, een substantieel aanbod tot vergoeding van schade en kosten'* mocht worden verwacht, miskent het hof dat JED mocht volstaan met een aanbod tot vergoeding van de 'inmiddels' geleden schade (als bedoeld in art. 6:86 BW) en niet beslissend is of dit (op zich) een substantieel aanbod behelst. Voorts miskent het hof (ten minste) bij benadering te moeten nagaan dan wel te moeten schatten hoe groot de schade als bedoeld in art. 6:86 BW is, wil het kunnen beoordelen of een beroep op deze bepaling opgaat. Zo het hof zulks niet miskent, is 's hofs oordeel in rov. 3.4, voor zover (aldus het hof) een substantieel aanbod zou zijn uitgebleven, niet toereikend gemotiveerd, nu het hof niet (ook niet bij benadering) heeft vastgesteld of geschat wat de 'inmiddels' geleden schade en opgetreden kosten (als bedoeld in art. 6:86 BW) waren ten tijde van het aanbod van 26 c.q. 27 maart 2013 (althans de aangekondigde leverdatum, 18 april 2013). Rov 3.4 is voorts niet naar behoren gemotiveerd, nu in het licht van de hierboven ter inleiding op deze klacht (achter randnummer 3.7) onder a tot en met h genoemde omstandigheden nadere motivering behoefde waarom, naar het oordeel van het hof, het aanbod van JED ontoereikend was om te voldoen aan de verplichting om de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding (en kosten) te betalen, althans niet kan worden uitgegaan van een 'substantieel aanbod'.

Klacht

Ten onrechte passeren bewijsaanbod

3.10 Onduidelijk is aan welke schade het hof de aangeboden korting en vergoeding van transport in rov. 3.4 relateert om na te gaan of daarmee de inmiddels verschuldigde schadevergoeding wordt geboden. Het hof brengt dit niet tot uitdrukking, ter-

wijl ook [verweerder] de schade per de datum van het aanbod dan wel de datum waarop alsnog kon worden geleverd – welke niet op een lijn is te stellen met die welke [verweerder] (mogelijk) zou lijden in geval alsnog, maar met zes weken vertraging, de verbintenis tot levering van het restant zou zijn nagekomen – niet kwantificeert. Waarom de geboden betaling in de vorm van een korting op de prijs en vergoeding van het transport dermate ondermaats waren dat een (verdere) duiding van de omvang van de 'inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding' in de zin van art. 6:86 BW achterwege zou kunnen blijven, althans waarom het (aldus het hof) 'relatief geringe bedrag' onvoldoende was om het verzuim te zuiveren, maakt het hof evenmin duidelijk. Voor zover deze rechtsoverweging aldus moet worden begrepen dat de schade (naar het oordeel van het hof) de in de vorm van de geoffreerde korting geboden betaling van schadevergoeding en vergoeding van kosten overtrof, had het had het hof niet voorbij mogen gaan aan het aanbod van JED om (onder meer met getuigen) te bewijzen dat de schade niet meer bedroeg dan de met de korting (en de vergoeding van het transport) voor de vertraging geboden compensatie.³⁶

3.11 Waar het hof in rov. 3.8 het aangeboden (getuigen)bewijs³⁷ als niet ter zake dienend aanmerkt, getuigt dit oordeel ofwel van een onjuiste rechtsopvatting over het recht op getuigenbewijs als bedoeld in art. 166 Rv ofwel is dit onbegrijpelijk, nu het aanbod om te bewijzen met voormelde korting ad 15% en vergoeding van het transport per vliegtuig de 'inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding' in de zin van art. 6:86 BW te evenaren, althans het aanbod om te bewijzen dat een korting van maximaal 15% gebruikelijk is ter vergoeding van vertragingsschade van zes weken en dat de geboden vergoeding (van € 4.696)³⁸ ook in dit geval toereikend was om de schade (en kosten) als gevolg van een vertraging in de levering (per 18 april 2013) te dekken, relevant is voor het oordeel of het beroep op art. 6:86 BW opgeld doet.

3.12 In rov. 3.4 overwoog het hof onder meer:

'Evenmin is [verweerder] in schuldeisersverzuim komen te verkeren door aan zijn aanvaarding van het aanbod tot nakoming van de leveringsverplichting per 18 april 2013 aanspraak te maken op vergoeding van een bedrag in de orde van grootte van wat hij meende dat zijn werkelijk geleden/te lijden schade zou zijn'.

3.13 In rov. 3.5 wordt onder meer op dit oordeel voortgeborduurd.

3.14 Waar het hof in rov. 3.4 [verweerder] niet in schuldeisersverzuim geraakt achtte door aanspraak te maken op 'vergoeding van een bedrag in de

³⁶ Vgl. randnummer 42 van de conclusie van antwoord, 4.32, 4.49 en het nadere bewijsaanbod achter randnummer 5.1 van de memorie van grieven.

³⁷ Vgl. randnummer 42 van de conclusie van antwoord, 4.32, 4.49 en het nadere bewijsaanbod achter randnummer 5.1 van de memorie van grieven.

³⁸ Vgl. bijv. randnummer 4.84d van de memorie van grieven.

orde van grootte van wat hij meende dat zijn werkelijk geleden/te lijden schade zou zijn' – tot uitdrukking brengt dat [verweerder] enkel de vergoeding van haar schade als voorwaarde heeft gesteld voor haar acceptatie van het aanbod van JED, is 's hofs oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd, nu [verweerder] niet alleen vergoeding verlangde van de geleden (dan wel nog te lijden) schade, maar tevens bijvoorbeeld een korting bedong van 60% op de koopprijs, met daar bovenop 5% voor iedere dag van te late levering na 18 april 2013, en vergoeding van alle transportkosten (terwijl [verweerder] die zelf zou hebben moeten dragen bij tijdige levering).³⁹ [verweerder] heeft derhalve meer gevorderd dan vergoeding van zijn (niet nader geadstrueerde) schade ten tijde van het nadere aanbod (van 26 c.q. 27 maart 2013 dan wel de genoemde uitleverdatum van 18 april 2013). Waar [verweerder], aldus het hof, niet in verzuim kwam door aan zijn aanvaarding van het aanbod een aanspraak te koppelen op 'vergoeding van bedragen in de orde van grootte van wat hij meende dat zijn werkelijk geleden/te lijden schade zou zijn', miskent het hof bovendien dat niet beslissend is welke schade de schuldeiser zelf meent te hebben geleden, maar welke schade hij (bij benadering) 'inmiddels' geacht moet worden te lijden (als bedoeld in art. 6:86 BW).⁴⁰ Als een partij alsnog wil nakomen, zal veelal tussen schuldeiser en schuldenaar discussie ontstaan over de vraag of en zo ja, hoeveel schade is geleden. Zou de opvatting van de schuldeiser hierover beslissend zijn, dan wordt het voor de schuldenaar vrijwel onmogelijk om het verzuim gezuiverd te krijgen, althans niet als hij niet zonder meer wil akkoord gaan met de door de schuldeiser genoemde (maar niet geconcretiseerde) schadeposten.⁴¹

Klacht IX

3.15 Voor zover de rechtsoverwegingen 3.4 en 3.5 aldus moeten worden begrepen dat [verweerder] geacht kan worden de door hem gestelde schade te hebben geleden, althans mocht menen deze schade te (zullen) lijden bij de aangeboden vertraagde levering per 18 april 2013, is dit oordeel in aanmerking genomen de (onder meer met acht voorbeelden van vergelijkbare gevallen) gemotiveerde betwisting van de gestelde schade en in ogenschouw genomen de (vrijwel) volledig afwezige onderbouwing van de schade (met verificatie be-

scheiden) onvoldoende gemotiveerd. Waarom [verweerder] mocht menen de gestelde schade te lijden (althans de geboden vergoeding ontoereikend mocht achten), heeft het hof (in het geheel) niet gemotiveerd.

Klacht X

3.16 Waar, aldus het hof, JED niet meer tot nadere onderhandeling, althans aanpassing van zijn eerder geboden korting (met vergoeding van vervoer), bereid was, zoals het hof in rov. 3.4 overweegt, is 's hofs oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet voldoende begrijpelijk gemotiveerd, nu JED te kennen heeft gegeven wel degelijk tot een aanvullend aanbod bereid te zijn geweest, maar heeft aangevoerd dat de kloof met de eisen van [verweerder] te groot was om te overbruggen.⁴²

3.17 Indien één of meer van voorgaande klachten slaagt, vitieert dit ook 's hofs oordeel in rov. 3.4 dat [verweerder] de overeenkomst terecht heeft ontbonden en hetgeen het hof heeft overwogen in rov. 3.5.

Klacht XI

3.18 In rov. 3.5 overweegt het hof:

'datzelfde lot treft grief III die gericht is tegen het oordeel van de rechtbank dat er indicaties waren dat [verweerder] bereid was zijn schadeclaim als weergegeven in zijn e-mail van 27 maart te modereren. Uit hetgeen het hof onder 3.4 hierboven overwogen heeft, volgt dat [verweerder] niet met minder genoegen hoefde te nemen dan met een aanbod van JED tot vergoeding van schade en kosten en dat hij niet in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen partijen beheerst door een aanbod tot toepassing van een korting van 15% af te slaan'.

3.19 Indien de hierboven geciteerde rechtsoverweging (3.5) aldus moet worden begrepen dat, naar het oordeel van het hof, ter delging van de schade en kosten als bedoeld in art. 6:86 BW een (bedrag gelijk aan de verlangde) korting op de prijs van 60% (te vermeerderen met 5% voor ieder dag vertraging) diende te worden geboden, behoeft zulks nadere motivering om begrijpelijk te zijn, nu JED onder meer heeft gewezen op de mogelijkheid voor haar om in augustus 2013 nog het bedoelde type shirt van [verweerder] te kopen met een korting van (slechts) 30% en [verweerder] (naar uit de stellingen van beide partijen volgt) nog enige shirts van het bedoelde type op voorraad had.⁴³

³⁹ Vergelijk randnummer 28 van de conclusie van antwoord als ook bijv. randnummer 4.4. (onder II) en 4.12 van de memorie van grieven.

⁴⁰ Vergelijk A.J. Feenstra, het aanbod tot betaling van de schadevergoeding en kosten in art. 6:86 BW: harmonie- of conflict model? *WPNR* 1998 / 6319.

⁴¹ Weliswaar is een rapport van de eigen accountant in het geding gebracht, maar een overzicht van bestellingen en destijds door afnemers verlangde kortingen vanwege vertragingen of opzeggingen van orders dan wel klachten over te late levering met de aankondiging niet meer de overeengekomen prijs te betalen, is niet gegeven, vgl. ook randnummer 26 tot en met 35 van de pleitnota zijdens JED.

⁴² Vergelijk bijv. randnummer 4.14 van de memorie van grieven.

⁴³ Vergelijk randnummer 4.38, 4.83c van de memorie van grieven en 51 van memorie van antwoord.

Conclusie A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent:

1 Feiten¹ en procesverloop²

1.1 Verweerder in cassatie (hierna: [verweerder]) legt zich toe op het ontwerpen, doen produceren en verkopen van poloshirts onder de merknaam [A]. Eiseres tot cassatie (hierna: JED) richt zich op de productie en groothandel in modekleding. Indirect bestuurd van JED is [betrokkene 1].

1.2 Op 6 juni 2012 heeft [betrokkene 2], zoon van [betrokkene 1], aan [verweerder] een e-mail gestuurd met onder meer de volgende inhoud:

“(…) Mijn naam is [betrokkene 2] en ben werkzaam bij www.jedtextiles.nl (…). Wij hebben elkaar 6-6 gesproken over jullie collectie dat bestaat uit de kwaliteit pique polo. (…) Mocht u interesse in de kwaliteit hebben zouden wij u graag in Lijnden willen uitnodigen (…).”

1.3 [verweerder] is naar aanleiding van de e-mail op het kantoor van JED te Lijnden geweest en heeft daar gesproken met [betrokkene 2] en [betrokkene 1]. Daaropvolgend heeft er tussen [verweerder] en [betrokkene 2] op 27 juni, 10 juli en 1 augustus 2012 e-mailverkeer plaatsgevonden over onder meer de kwaliteit, specificaties en levertijd van de polo's.

1.4 [betrokkene 1] heeft op 21 december 2012 een e-mail aan [verweerder] gestuurd met onder meer de volgende inhoud: “(…) De jersey polo kunnen wij leveren 22 – februari in huis. (…) Verder heb ik informatie door gekregen over de pique polo sample (…). Ook de levertijd hiervan is neer gezet op 1 maart. (…).”

1.5 Op 28 december 2012 heeft [verweerder] een orderformulier ondertekend met daarin opgenomen achter account name: JED-Textiles. Onder product en quantity: 1750 pique polo's en 750 jersey polo's en onder delivery: 27 februari.

1.6 Op 12 maart 2013 heeft [betrokkene 2] aan [verweerder] een e-mail gestuurd met onder meer de volgende inhoud: “(…) Zoals je weet kunnen wij helaas pas volgende week leveren. De rubberprint op de achterkant hecht niet goed en laat los in de productie. (…) Wij verwachten een deel van de goederen pas te gaan leveren 19 Maart. En de andere deel 26 Maart. (…) De goederen worden ingevlogen op mijn kosten. De goederen die 19 maart worden geleverd zit 10% korting op en de goederen die 26 maart wordt geleverd met 15% korting. Wat er ook gebeurd de goederen zullen er top uit zien. Verder is het belangrijk om eens rond de tafel te zitten en elkaar af te vragen of we onze samenwerking moeten voort zetten. Dit is niet omdat ik het niet wil. Heel graag zelfs. Maar dit is verre van de manier hoe wij werken. Wij hebben normaal nooit problemen met deze fabrikant. Dus dat

geeft ook aan dat de moeilijkheidsgraad van dit product toch wat te hoog is voor deze fabrikant. (…).”

1.7 Op 21 maart 2013 zijn er 451 polo's geleverd aan [verweerder] en gefactureerd.

1.8 Bij vonnis van 18 december 2013 heeft de kantonrechter op de vordering van [betrokkene 2] tot betaling van deze aan [verweerder] geleverde polo's bepaald dat JED als contractspartner van [verweerder] heeft te gelden en dat [betrokkene 2] de vordering op [verweerder] voor de geleverde en niet geretourneerde polo's via een rechtsgeldige cessie van JED heeft verkregen. De kantonrechter is [verweerder] gevolgd in zijn verweer dat 55 van de geleverde polo's niet aan de eisen voldoen en heeft de vordering van [verweerder] om de overeenkomst met betrekking tot de 55 verkeerde polo's te ontbinden toegewezen onder veroordeling van [verweerder] tot betaling van de overige (396) geleverde polo's. Deze zijn door [verweerder] inmiddels betaald.

1.9 Op 26 maart 2013 heeft [betrokkene 2] een e-mail aan [verweerder] geschreven waarin onder meer is opgenomen: “(…) Zoals je weet waren er eerst problemen met de print van de pique, daarna zijn ze naar een nieuwe print fabriek gegaan. Hiervan kwam de print wel erg goed uit, maar nu is er kleur verschil in de linker en rechter panel gekomen. Dat komt omdat ze de print op 1 paneel hebben geprint en verwarmt. Daardoor is er kleur verschil gekomen omdat de paneel waar de print op zit veel lichter is geworden door het verwarmen. Nu gaan ze alles opnieuw maken en dat zou betekenen dat wij pas 18 april kunnen leveren, ook zullen de jersey polo's dan pas worden geleverd, dit omdat zij eerst de pique willen afronden. Graag hoor ik van je of we hier mee verder moeten gaan of dit moeten afbreken. Nogmaals excuus (…).”

1.10 Op 27 maart 2013 heeft [verweerder] aan [betrokkene 2] een e-mail geschreven waarin onder meer is opgenomen:

- “(…)
 - Niet leveren is geen optie want dan ben ik mijn klanten en tevens business kwijt!
 - Daarnaast loop ik het risico op claims van winkels op basis van niet of te laat leveren.
 - Jersey incompleet en te laat geleverd, kost tijd, onderzoeken, meerdere malen versturen etc. en geld!
 - Daarnaast sowieso 2 maanden geen nalivering business voor mij op basis van nauwelijks geleverde goederen en nauwelijks voorraad.
 - Risico voor veel meer restanten op basis van een zeer kort verkoop seizoen. Eind april mei – dan uitverkoop = 5 weken...
 - Tevens een super kort verkoop seizoen voor detaillisten waardoor het ook lastig wordt om een minimale doorverkoop te halen van 60-70% voor uitverkoop, wat weer invloed heeft op de inkoop van SS2014.

Al met al is het een onmogelijk pakket. Weliswaar niet bewust gecreëerd maar wel een feit en dit moet nu worden 'opgelost'.

1 Zie het arrest van gerechtshof Amsterdam van 6 juni 2017, rov. 3.1 onder i-xvi. Zie ook rov. 2.

2 Voor zover thans van belang. Zie voor het procesverloop in eerste aanleg rov. 1.1-1.2 van het vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 25 maart 2015 en voor het procesverloop in hoger beroep rov. 1 van het arrest van het hof van 6 juni 2017.

Schadeclaim:

- 60% korting op levering pique-stretch. Product top 100% goed! d.w.z. met goede prints, afwerking, mouwtjes etc. alles TOP! En niet weer een verhaal! Ze moeten precies werken en weten wat ze doen!

- Alles uiterlijk geleverd op 18 April 2013. Iedere dag later komt er 5% korting per dag bij. Alle transport kosten zijn uiteraard voor jullie rekening.

- Mochten er claims komen op basis van winstderving van detaillisten dan leg ik die bij jullie neer.

- Mochten detaillisten de orders niet accepteren dan behoud ik het voorrecht om ze te retourneren aan jullie op jullie kosten. Ik wil alleen wel weten wat er met de producten gebeurd.

- Een schadeclaim voor gemiste business van twee maanden geen nalevering aan shops, web shop, toekomstige business klanten m.a.w. een winstderving op basis van 25% van de omzet.

- Dit gerelateerd aan de business van de afgelopen twee jaar in dezelfde periode is dit: € 1650 euro (ex btw).

- 2 samples van de Alpha1 pique-jersey in heather blue en pink, ondanks kleur verschil... Dit om de kleuren te kunnen laten zien naar potentiële klanten voor eventuele latere bestellingen.

- Op de restant levering van de jersey-stretch kom ik vandaag terug. Zo ja, onder dezelfde condities als de pique.

Eerst moet ik overzicht hebben van wat ik heb besteld, geleverd gekregen en de retouren etc..

Ik hoop dat alles zo duidelijk is zo niet dan hoor ik het graag. (...)"

1.11 Naar aanleiding van de e-mail van [verweerder] van 27 maart 2013 aan [betrokkene 2] heeft [betrokkene 1] [verweerder] diezelfde dag opgebeld. [betrokkene 1] heeft daarover bij de behandeling van het pleidooi in hoger beroep verklaard dat hij [verweerder] tijdens dat telefoongesprek te kennen heeft gegeven met de in de e-mail van 27 maart 2013 aan [betrokkene 2] kenbaar gemaakte voorwaarden niet akkoord te gaan en aan [verweerder] heeft meegedeeld dat die voorwaarden voor hem reden vormden om de order te annuleren. Volgens [betrokkene 1] had hij het graag willen oplossen maar circa € 53.500 schadevergoeding vragen op een order van circa € 23.000 ging hem te ver.

1.12 Volgend op dat telefoongesprek heeft [betrokkene 2] in een e-mail van 27 maart 2013 aan [verweerder] de annulering van de overeenkomst in de navolgende bewoordingen bevestigd:

"(...) N.a.v. het telefoongesprek met [betrokkene 1] bevestig ik schriftelijk hetgeen besproken is: Wij lossen altijd in alle redelijkheid onze problemen op, echter wijzen wij onderstaande schadeclaim af, je eisen zijn namelijk onredelijk en buitensproportioneel. Wij hebben je reeds 15%

korting gegeven op de te laat geleverde [A]/Jersey polo. Voorts hebben we je voorgesteld om de nog te leveren piqué polo met 15% korting te leveren en op onze kosten opnieuw te maken en op onze kosten in te vliegen.

Door jouw eerder vermelde onredelijkheid hebben wij besloten de samenwerking per direct te verbreken, met als gevolg dat de remake niet zal worden uitgevoerd. De order is dus geannuleerd. (...)"

1.13 [verweerder] is op 29 maart 2013 met een fles wijn bij het kantoor van JED langsgegaan maar [betrokkene 1] heeft hem laten weten dat hij bezoek had, waarop [verweerder] onverrichter zake is heengegaan.

1.14 Op 2 april 2013 heeft [verweerder] aan [betrokkene 1] een e-mail gestuurd waarin onder meer is opgenomen:

"(...) Ik wil graag nog even terug komen op ons laatste gesprek.

Ik ben met veel vertrouwen en enthousiasme de samenwerking met jullie aangegaan.

Vorig jaar juni werd ik door [betrokkene 2] benaderd. Na wat samples gaven jullie aan dat jullie het product prima konden maken. (...) Mede hierdoor heb ik bewust voor jullie gekozen. Ik betreur de gang van zaken maar je begrijpt wel dat ik een heel groot probleem heb wanneer jullie de bestelde goederen niet leveren.

In deze tijd een seizoen niet of nauwelijks leveren kan het einde van m'n onderneming betekenen. Multi-brand winkels staan zoals jullie weten behoorlijk onder druk. Het verkoopseizoen is kort.

de concurrentie is groot en het aanbod van merken is gigantisch dus een te late levering is veelal een reden om te cancelen, vragen om korting en heeft consequenties voor toekomstige samenwerking.

Al met al hoop ik dat jullie ook mijn probleem begrijpen en zou ik graag zo snel mogelijk bij elkaar zitten om te kijken hoe we dit kunnen oplossen. (...)"

1.15 In reactie hierop heeft [betrokkene 2] op 4 april 2013 aan [verweerder] een e-mail gestuurd waarin onder meer is opgenomen:

"(...) Wij hebben een voorstel gedaan om de goederen opnieuw te maken inclusief korting en invliegen op onze kosten. Dit was niet genoeg. [betrokkene 1] en ik zijn met elkaar overeengekomen dat de daarna opnieuw gevraagde eisen veel te hoog gegrepen zijn.

De productie is gecancelled (...)"

1.16 Na JED bij brief van 9 april 2013 aansprakelijk te hebben gesteld voor de door hem geleden en nog te lijden schaden, heeft [verweerder] JED in rechte betrokken.

1.17 [verweerder] heeft JED bij inleidende dagvaarding van 16 april 2014 gedagvaard voor de rechtbank Noord-Holland, locatie Alkmaar. Hij heeft

— na wijziging van eis³ — gevorderd, samengevat en zakelijk weergegeven, dat bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

(i) voor recht wordt verklaard dat de overeenkomst tussen [verweerder] en JED partieel, dat wil zeggen met uitzondering van het reeds op grond van het vonnis van de kantonrechter van 18 december 2013 ontbonden en het reeds geleverde en betaalde deel, buitengerechtelijk is ontbonden, dan wel

- de tussen partijen omstreeks 28 december 2012 gesloten overeenkomst te ontbinden en
- JED te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [verweerder] te betalen de somma van € 53.553.

(ii) voor recht wordt verklaard dat JED aansprakelijk is voor de door [verweerder] geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, alles te vermeerderen met de wettelijke handelsrente.⁴

1.18 [verweerder] heeft aan zijn vordering, kort gezegd, ten grondslag gelegd dat JED de afspraak, om 2500 poloshirts van een bepaalde kwaliteit te leveren op 27 februari 2013, niet is nagekomen en de overeenkomst eenzijdig en ten onrechte heeft ontbonden, dat dit een toerekende tekortkoming in de nakoming door JED oplevert, dat [verweerder] de overeenkomst wegens die tekortkoming ontbindt en dat [verweerder] door het handelen van JED schade heeft geleden en direct een winst van € 53.553,80 heeft gederfd en bovendien schade lijdt ten gevolge van imagoverlies, welke schade zal moeten worden opgemaakt bij staat.⁵

1.19 Na gemotiveerd verweer van JED, heeft de rechtbank bij tussenvonnis van 2 juli 2014 een comparitie van partijen gelast, die op 13 november 2014 is gehouden. Van de comparitie is proces-verbaal opgemaakt.

1.20 Vervolgens heeft de rechtbank bij eindvonnis van 25 maart 2015, voor zover thans van belang, (1) voor recht verklaard dat de overeenkomst tussen [verweerder] en JED, met uitzondering van het reeds op grond van het vonnis van de kantonrechter van 18 december 2013 ontbonden en het reeds geleverde en betaalde deel, buitengerechtelijk is ontbonden per 16 april 2014 en (2) voor recht verklaard dat JED aansprakelijk is voor de door [verweerder] geleden en nog te lijden schade, en dat JED deze dient te vergoeden, welke schade moet worden opgemaakt bij staat en vereffend als volgens de wet, en het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

1.21 JED is onder aanvoering van vijf grieven van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Amsterdam en heeft daarbij geconcludeerd, samengevat en zakelijk weergegeven, dat het

hof het vonnis zal vernietigen en opnieuw rechtdoende de vorderingen van [verweerder] zal afwijzen.⁶

1.22 [verweerder] heeft de grieven bestreden en geconcludeerd tot verwerping van de grieven en tot bekrachtiging van het vonnis waarvan beroep.

1.23 Nadat partijen op 19 april 2016 hun zaak hebben doen bepleiten, heeft het hof bij arrest van 6 juni 2017, voor zover thans van belang, het vonnis waarvan beroep bekrachtigd.

1.24 JED heeft tegen het arrest van het hof tijdig⁷ cassatieberoep ingesteld.

Tegen [verweerder] is verstek verleend.

JED heeft haar standpunt schriftelijk toegelicht.⁸

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel, dat uit elf onderdelen⁹ bestaat, keert zich grotendeels en in de kern genomen tegen de oordelen van het hof in (de derde alinea van) rov. 3.4 van het bestreden arrest. Het hof heeft in rov. 3.4 de tweede grief van JED beoordeeld, die het hof in de eerste alinea aldus heeft samengevat dat de rechtbank ten onrechte eraan voorbij is gegaan dat [verweerder] in het licht van het bepaalde in art. 6:86 BW niet bevoegd was om het door JED gedane voorstel tot het toepassen van een korting van 15% van de hand te wijzen en daardoor in schuldeisersverzuim is geraakt en dat JED bevoegd was de overeenkomst te ontbinden. Het hof heeft vervolgens in de tweede alinea het standpunt van JED, alsmede de tekst van art. 6:86 BW weergegeven, en de grief vervolgens in de derde alinea van rov. 3.4 laten falen met de volgende overweging:

“3.4. (...)

Het hof constateert dat JED inderdaad nakoming van haar leveringsverplichting heeft aangeboden, echter geen aanbod tot vergoeding van schade en kosten heeft gedaan. JED stelt weliswaar dat zij een korting van 15% heeft aangeboden, doch het voorstel om een korting toe te passen heeft JED op 12 maart 2013 gedaan in combinatie met de mededeling dat de overeengekomen leverdatum van 27 februari 2013 verschoven was naar de periode gelegen tussen 19 en 26 maart 2013: voor goederen geleverd op 19 maart 2013 zou een korting gelden van 10% en voor goederen geleverd op 26 maart 2013 zou een korting van 15% gelden. Uiteindelijk zijn er alleen op 21 maart 2013 goederen geleverd zonder dat de aangeboden korting is verleend.

6 Zie rov. 1 op p. 2 van het arrest van het hof van 6 juni 2017.

7 De procesinleiding in cassatie is op 6 september 2017 ingediend in het portaal van de Hoge Raad.

8 In het gefourmeerde procesdossier ontbreekt de op 3 november 2014 ter griffie van de rechtbank Noord-Holland ingekomen kopie van blad 3 van het Rapport jaarrekening 2013 van [A], zie het proces-verbaal van de comparitie van 13 november 2014, p. 2.

In rov. 1 van het bestreden arrest wordt melding gemaakt van een akte overlegging productie zijdens JED. Deze bevindt zich niet in het procesdossier. Wel bevindt zich daarin een akte overlegging productie zijdens [verweerder] (stuknr. 11).

9 In de procesinleiding “klachten” genoemd.

3 Zie het proces-verbaal van de comparitie van 13 november 2014, p. 6. De op 4 november 2014 aan de rechtbank gezonden akte wijziging eis is ter comparitie ingetrokken, zie p. 2, derde alinea, van dit proces-verbaal.

4 Zie rov. 3.1 van het vonnis van de rechtbank van 25 maart 2015.

5 Zie rov. 3.2 van het vonnis van de rechtbank van 25 maart 2015.

Op 26 maart 2013 is JED vervolgens met de mededeling gekomen dat het restant (in plaats van op 26 maart 2013) pas op 18 april 2013 zou kunnen worden uitgeleverd. Ter zake van die op 18 april 2013 uit te leveren restantorder, waarvan de aanvankelijk overeengekomen leverdatum 27 februari 2013 was, heeft JED in haar email van 26 maart 2013 niet over een additionele korting gerept, laat staan een aanbod gedaan om schade en kosten te vergoeden. De korting van 15% was slechts bedoeld voor de goederen die op 26 maart 2013 (vertraagd) zouden worden geleverd en ten aanzien van die korting zijn partijen niet tot overeenstemming gekomen. In het licht van het steeds langer durend uitstel had [verweerder] mogen verwachten dat JED ten aanzien van goederen die nog weer later dan 26 maart 2013 zouden worden geleverd, een substantieel aanbod tot vergoeding van schade en kosten zou doen. Dat aanbod is uitgebleven. Van schuldeisersverzuim veroorzaakt door het niet accepteren van een aanbod tot het betalen van schade en kosten is derhalve geen sprake. Evenmin is [verweerder] in schuldeisersverzuim komen te verkeren door aan zijn aanvaarding van het aanbod tot nakoming van de leveringsverplichting per 18 april 2013 aanspraak te maken op vergoeding van een bedrag in de orde van grootte van wat hij meende dat zijn werkelijk geleden/te lijden schade zou zijn. Het hof begrijpt uit de pleitaantekeningen van JED in eerste aanleg dat JED voor de levering op 18 april 2014 [bedoeld zal zijn: 2013, opm. A-G] geen hogere korting dan 15% wilde toepassen en dat een 15% korting neerkomt op € 3.012,90. Met het aanbod tot betaling van dit relatief geringe bedrag (waarover met JED niet (meer) te onderhandelen viel) heeft JED het verzuim waarin zij verkeerde als gevolg van het niet tijdig leveren van de goederen niet gezuiverd en heeft [verweerder] (die sedert 27 maart 2013 vergeefse pogingen had gedaan om de goederen alsnog geleverd te krijgen) de overeenkomst terecht ontbonden. Grief 2 faalt derhalve.”

2.2 Alvorens op de onderdelen van het middel in te gaan, zal ik hierna allereerst de contouren van art. 6:86 BW schetsen. Vervolgens kom ik toe aan een analyse van (de derde alinea van) rov. 3.4.

Art. 6:86 BW

2.3 In art. 6:86 BW is bepaald dat de schuldeiser een na het intreden van het verzuim aangeboden nakoming kan weigeren zolang niet tevens betaling wordt aangeboden van de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten. Deze bepaling impliceert aldus dat de schuldenaar in beginsel bevoegd blijft de verbintenis ten aanzien waarvan verzuim is ingetreden (ondanks dat verzuim) na te komen, mits hij tevens betaling aanbiedt van de inmiddels door hem verschuldigd geworden schadevergoeding en van

de kosten.¹⁰ Een dergelijk aanbod dient, in de woorden van mijn voormalig ambtgenoot Bakels, concreet en behoorlijk te zijn.¹¹

2.4 Volgens de parlementaire geschiedenis moet bij schadevergoeding niet alleen worden gedacht aan schade wegens vertraging, maar ook bijvoorbeeld aan de schade die een herstelbaar gebrek van een geleverde machine inmiddels toebracht aan de productie van de schuldeiser. Bij de kosten dient volgens de wetgever bijvoorbeeld te worden gedacht aan executiekosten of aan de kosten die zijn gemaakt om de prestatie te ontvangen, maar door het uitblijven daarvan hun doel hebben gemist.¹² Zou slechts sprake zijn van schade, dan lijkt het mij heel wel mogelijk dat een aanbod bestaat uit een tegemoetkoming in voor de schuldeiser uit de overeenkomst voortvloeiende kosten, zonder dat daardoor sprake zou zijn van een aanbod dat mede strekt tot betaling van kosten in de zin van art. 6:86 BW.

2.5 Art. 6:86 BW berust op een belangenafweging: met deze bepaling wordt het belang van de schuldenaar gediend, zonder dat het belang van de schuldeiser wordt geschaad. De tekortschietende schuldenaar kan de prestatie alsnog leveren en daarmee ontkomen aan de negatieve gevolgen van het voortduren van het verzuim en de schuldeiser krijgt alsnog nakoming, met vergoeding van schade en kosten.¹³

2.6 Zuivering van het verzuim op de voet van art. 6:86 BW is — logischerwijs — niet meer mogelijk wanneer het verzuim reeds om andere reden is geëindigd, bijvoorbeeld wanneer de oorspronkelijke verbintenis is omgezet in een verbintenis tot betaling van vervangende schadevergoeding op de voet van art. 6:87 BW of wanneer de overeenkomst waaruit de verbintenis voortspuit, is ontbonden of vernietigd. Daarnaast kunnen redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de bevoegdheid tot nakoming eindigt wanneer de schuldeiser heeft meegedeeld geen nakoming meer te wensen, maar zich nog te willen beraden over de vraag of hij vervangende schadevergoeding wil vorderen dan wel de overeenkomst wil ontbinden.¹⁴ In de literatuur is voorts, onder verwijzing naar de mogelijkheid van zuivering in de verschillende transnationale instrumenten, gepleit voor een meer genuanceerde — op de redelijkheid en billijkheid gestoelde — benadering, waarbij ook bijkomende omstandigheden zoals een

¹⁰ Zie MvA, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 307.

¹¹ Zie de conclusie van A-G Bakels (onder 3.18) vóór HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8169, JOL 2002/135.

¹² Zie MvA, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 307.

¹³ Zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/402. Vgl. ook B.M. Katan, GS Verbintenissenrecht, art. 6:86 BW, 2018, aant. 3; A.J. Feenstra, Het aanbod tot betaling van schadevergoeding en kosten in art. 6:86 BW: harmonie- of conflictmodel?, *WPNR* 1998/6319, p. 408-412 en A.J. Feenstra, Nakoming door de tekortschietende verkoper en de macht van de koper, *NTBR* 1997/8, p. 243-248.

¹⁴ Zie MvA, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 307 en vgl. G.J.P. de Vries, Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming, 1997, p. 102-103.

lange duur van het verzuim of vergeefse (eerdere) herstellpogingen de bevoegdheid tot zuivering kunnen begrenzen. Volgens De Jong gaat het er in feite steeds om af te wegen of van de crediteur geveerd kan worden (de poging tot) de prestatie van deze debiteur af te wachten of dat er reden is hem de vrijheid te bieden over te gaan tot ontbinding of omzetting.¹⁵

2.7 Het gevolg van een onterechte weigering van een behoorlijk aanbod in de zin van art. 6:86 BW is dat de schuldeiser in schuldeisersverzuim komt (art. 6:58 BW), waardoor het verzuim van de schuldenaar eindigt (art. 6:61 lid 1 BW).¹⁶ De schuldenaar blijft dan niettemin verplicht tot vergoeding van de eenmaal ontstane schade en van de kosten. Een terechte weigering – wanneer het aanbod geen (adequaat) aanbod tot nakoming en tot betaling van inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en kosten behelst – heeft geen schuldeisersverzuim tot gevolg; het verzuim van de schuldenaar duurt dan voort.¹⁷

2.8 In zijn conclusie vóór HR 20 april 2018 heeft mijn ambtgenoot Wissink gepleit voor een contextgevoelige toepassing van art. 6:86 BW. Volgens Wissink zal de vraag of het aanbod tot zuivering voldoende tegemoet komt aan de belangen van de schuldeiser moeten worden beoordeeld met inachtneming van de omstandigheden van het geval en hetgeen partijen in dat opzicht redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten.¹⁸ Hij heeft daarbij onder meer opgemerkt dat denkbaar is dat de omvang van de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten nog onzeker is of dat partijen daarover in redelijkheid van mening kunnen verschillen. Volgens Wissink zou art. 6:86 BW zijn doel voorbijschieten als dergelijke onzekerheid of onenigheid aan zuivering in de weg zou staan en wordt aan het belang van de schuldeiser in een dergelijk geval onder omstandigheden voldoende tegemoetgekomen indien de schuldenaar een nader door partijen of een derde te bepa-

len vergoeding aanbiedt, in combinatie met voldoende zekerheid.¹⁹

Een dergelijk 'nader te bepalen aanbod' ter zake van schade en kosten is overigens in het onderhavige geval niet aan de orde. JED heeft haar positie bepaald door een concreet aanbod te doen, en [verweerder] heeft dat aanbod van de hand gewezen en zijnerzijds een concreet 'tegenaanbod' gedaan. JED en [verweerder] hebben aldus beide, gelet op de hiervoor onder 2.7 geschetste gevolgen van (on)terechte weigering, een zeker risico genomen.²⁰

2.9 De vraag of de schuldenaar een behoorlijk aanbod tot zuivering heeft gedaan, moet als gezegd worden beantwoord aan de hand van een afweging van belangen van beide partijen met inachtneming van de omstandigheden. Dat neemt niet weg dat de beoordeling of een in een concreet geval gedaan aanbod betaling van inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en kosten behelst, een feitelijke aangelegenheid is.²¹

Analyse bestreden arrest en achtergrond

2.10 De derde alinea van rov. 3.4 vangt aan met de constatering van het hof dat JED inderdaad nakoming van haar leveringsverplichting heeft aangeboden, maar geen aanbod tot vergoeding van schade en kosten heeft gedaan. Deze feitelijke constatering zou aldus kunnen worden begrepen dat naar het oordeel van het hof van een aanbod tot vergoeding van schade en kosten in het onderhavige geval in het geheel geen sprake is. Daarmee zou wat betreft het beroep van JED op art. 6:86 BW de kous af zijn. Uit het vervolg van de rechtsverweging dient m.i. evenwel te worden afgeleid dat het oordeel van het hof niet in de kern draait om het ontbreken van een aanbod van schade en kosten, maar dat naar het oordeel van het hof hetgeen JED – mede gelet op haar stellingen daarover in de procedure – bereid was te betalen, geen substantieel – en daarmee niet een voldoende – aanbod op de voet van art. 6:86 BW behelst.

2.11 Ik lees het vervolg van rov. 3.4 zo dat het hof de stelling van JED dat zij een korting van 15% heeft aangeboden vooralsnog alleen betreft op het – op 12 maart 2013 gedane²² – aanbod dat betrekking had op de leveringsdatum 27 februari 2013, die werd verschoven naar ergens tussen 19 en 26 maart 2013. Met betrekking tot de opnieuw opgeschoven leveringsdatum voor de restantorder overweegt het hof (i) eerst dat geen aanbod is ge-

15 Zie G.T. de Jong, Zuivering van verzuim in het verlengde van de transnationale instrumenten: meer nuances, *WPNR* 2013/6984, p. 599-606 en vgl. ook G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33), 2017/29.

16 Vgl. in dit verband C.A. Streefkerk, *Schuldeisersverzuim*, (Mon. BW nr. B32c), 2018/16.1.

17 Zie MvT Inv., *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1254 en vgl. de conclusie van A-G Hartkamp (onder 20) vóór HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9253, *JOL* 2002/708, waarover M.M. Stolp, 'Het verzuim gezuiverd', in: *Hartkampvarianties*, 2006, p. 109-118.

18 Zie de conclusie van A-G Wissink (onder 3.4.4) vóór HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:647, *RvdW* 2018/539. Vgl. ook de conclusie van A-G Wissink (onder 3.11 en 3.15) vóór HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, *NJ* 2014/236 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en *JOR* 2014/121 m.nt. J.J. Dammingh (.../...) en de conclusie van A-G Bakels (onder 3.17) vóór HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8169, *JOL* 2002/135. Hoewel de in deze conclusies gekozen (algemene) bewoordingen ook zo zou kunnen worden begrepen dat de omstandigheden van het geval van invloed kunnen zijn op de vraag wat het aanbod t.z.v. de betaling van inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten moet inhouden, ga ik ervan uit dat dit niet is bedoeld.

19 Deze oplossing sluit aan bij het pleidooi van Feenstra in Feenstra a.w. 1998, p. 412.

20 Het risico voor JED is dat haar aanbod niet toereikend zou zijn en dus door [verweerder] mocht worden geweigerd, en voor [verweerder] dat hij een toereikend aanbod ten onrechte zou weigeren. Vgl. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907, *NJ* 2012/91 (*Eurecco*/...), rov. 3.5.4, met betrekking tot het voeren van op een opschortingsverweer.

21 Vgl. ook A-G Wissink in zijn conclusie (onder 3.15) vóór HR 17 januari 2014, reeds aangehaald.

22 Zie rov. 3.1 onder vi van het bestreden arrest.

daan om schade en kosten te vergoeden²³ en (ii) vervolgens dat JED voor de levering op 18 april 2014 (lees: 2013) geen hogere korting dan 15% wilde toepassen en dat 15% korting neerkomt op € 3.012,90. Het hof baseert zich voor het laatste op de pleittakeningen van JED in eerste aanleg.

2.12 Het hof heeft daarna als maatstaf geformuleerd dat [verweerder] in het licht van het steeds langer durend uitstel had mogen verwachten dat JED ten aanzien van goederen die nog weer later dan 26 maart 2013 zouden worden geleverd een substantieel aanbod tot vergoeding van schade en kosten zou doen en overwogen dat dat aanbod is uitgebleven, zodat van schuldeisersverzuim veroorzaakt door het niet accepteren van een aanbod tot het betalen van schade en kosten geen sprake is. Evenmin is [verweerder] in schuldeisersverzuim komen te verkeren door “aan zijn aanvaarding” van het aanbod tot nakoming van de leveringsverplichting per 18 april 2013 “aanspraak te maken” op vergoeding van een bedrag in de orde van grootte van wat hij meende dat zijn werkelijk geleden/te lijden schade zou zijn, aldus het hof.

2.13 Vervolgens heeft het hof alsnog aandacht besteed aan de – in de procedure gestelde – bereidheid van JED tot het toepassen van een korting voor de levering op 18 april 2014 (lees: 2013). De door JED genoemde korting van 15%, neerkomend op het volgens het hof relatief geringe bedrag van € 3.012,90, vormt naar het kennelijke oordeel van het hof niet een voldoende aanbod op de voet van art. 6:86 BW (elfde en twaalfde volzin).

2.14 Uit de processtukken leid ik het volgende af.

De met grief 2 aan de orde gestelde kwestie van schuldeisersverzuim aan de zijde van [verweerder] door het weigeren van een aanbod op de voet van art. 6:86 BW heeft betrekking op de reactie van [verweerder] op het aanbod van JED de partij kleding alsnog te leveren op 18 april 2013. Ter inleiding en toelichting op deze grief heeft JED in haar memorie van grieven onder meer het volgende naar voren gebracht:

“2.1 In de kern draait het geschil om de vraag of [verweerder] het voorstel van JED – te weten het voorstel dat zij in haar e-mail van 26 maart 2013 heeft gedaan – op grond van art. 6:86 BW had mogen weigeren.

(...)

4.8 Tussen partijen is niet in geschil dat JED heeft aangeboden de partij kleding alsnog te leveren op 18 april 2013 in plaats van op 19 c.q. 26 maart 2013 (althans op 27 februari 2013, zoals aanvankelijk was afgesproken) en hierbij heeft aangeboden op de partij een korting te geven van 15% ter delging van kosten en schade van [verweerder]. Dit kortingspercentage was

ruimschoots voldoende om de toentertijd geleden en voorzienbare schade alsook de kosten te compenseren. [verweerder] kwam in schuldeisersverzuim toen hij dit aanbod van de hand wees. Tevens eindigde op dat moment het schuldenaarsverzuim van JED.

4.9 [verweerder] heeft op het voorstel van JED geantwoord met een buitensporig tegenvoorstel. Dit tegenvoorstel nam zijn schuldeisersverzuim niet weg. Uit dit tegenvoorstel bleek bovendien van de onbereidwilligheid van [verweerder] om te voldoen aan de voor hem uit de overeenkomst met JED voortgevloede verbintenis tot nakoming (door afname en betaling van de met 15% verlaagde koopprijs). [verweerder] kwam (als hij niet reeds in verzuim kwam met de verwerping van het aanbod van JED om alsnog na te komen en de schade en kosten te vergoeden (gesteld op 15% van de koopprijs)) in ieder geval in verzuim met de formulering van zijn eisenpakket, waarmee hij te kennen gaf niet aan zijn verplichting tot betaling van de verlaagde koopprijs te zullen voldoen, althans enkel nog tot nakoming van zijn verbintenissen bereid te zijn bij aanvaarding van zijn aanvullende voorwaarden (art. 6:80 juncto 6:61 en 6:86 BW).

4.10 Waar enerzijds de schuldenaar een behoorlijk aanbod doet om alsnog na te komen en anderzijds de schuldeiser dit aanbod van de hand wijst en bovendien aanvullende voorwaarden verbindt aan de vervulling van zijn eigen verbintenissen vallen voor de beoordeling van de wederzijdse positie van partijen twee verschillende rechtsmomenten te onderscheiden, namelijk ten eerste het aanbod van JED als bedoeld in art. 6:86 BW, gedaan ter reparatie van de tekortkoming, met de verwerping waarvan [verweerder] in schuldeisersverzuim raakte, en ten tweede de formulering door [verweerder] van voorwaarden waaronder hij alsnog bereid zou zijn de partij kleding in ontvangst te nemen (tegen een aanmerkelijk gereduceerde prijs en vergoeding van schade), waarin eens te meer een grond voor schuldeisersverzuim van [verweerder] is gelegen.

(...)

4.20 Zoals gezegd, feitelijk eiste hij een blanco cheque, die te meer nu [verweerder] reeds een ruime korting van 15% was aangeboden op de overeengekomen prijs buiten alle proporties was, zeker gezien ook het invliegen werd aangeboden. (...)

2.15 In de hier geciteerde passages, in samenhang gelezen, lijkt het te gaan om een aanbod van JED om, toen op 26 maart 2013 werd meegedeeld dat de levering van de resterende partij eerst op 18 april 2013 kon plaatsvinden, op de resterende partij een korting te geven van 15% en de kosten van

²³ Het hof heeft aldus in essentie aangesloten bij het betoog van [verweerder] in de memorie van antwoord onder 31 en in de pleitnota van mr. Kool in hoger beroep onder 5, tweede alinea, en onder 8.

het 'invliegen' voor haar rekening te laten komen.²⁴ JED heeft aanvankelijk in het vage gelaten op welk moment dat aanbod is gedaan. Dat zou het hof tot de overweging hebben kunnen brengen dat in de e-mail van JED van 26 maart 2013 geen aanbod is gedaan.

2.16 Bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep is namens JED evenwel ook het volgende naar voren gebracht:

"13. [verweerder] heeft het — ruime — voorstel van [betrokkene 1] van 12 maart 2013 'een korting van 10% en een korting van 15%' en invliegen op eigen kosten *niet* aanvaard. In de conclusie van antwoord van 18 juni 2014 van JED (alinea 10) is verwezen naar een e-mail van 19 maart 2013 van [verweerder], waarin [verweerder] gevraagd heeft om een korting van 15% voor alle goederen, maar dat tegenvoorstel is *niet* aanvaard door [betrokkene 1]. JED was dus vrij om dat bod als zijnde een passend bod opnieuw te doen c.q. te verhogen en dat is ook gebeurd.

14. Dat [betrokkene 2] [[betrokkene 2], opm. A-G] en vervolgens ook [betrokkene 1] [betrokkene 1], opm. A-G] in het beroemde telefoongesprek van 27 maart 2013 met [verweerder] 15% korting heeft aangeboden voor de piqué én de jersey polo heeft herhaald, vermeerderd met het aanbod om alles wat nog niet geleverd was opnieuw te maken, vermeerderd met gratis invliegen, was dus nog passend én nieuw want er was niet eerder 15% voor beiden soorten polo's aangeboden, dus een nieuw aanbod! En naast de korting en de vergoeding van de vervoerskosten heeft JED dus ook aangeboden om alle poloshirts opnieuw te produceren. Dat geen sprake zou zijn van een redelijk voorstel aan de zijde van JED, is dan ook pertinent onjuist."²⁵

2.17 Het hof heeft met betrekking tot de gang van zaken op 26 en 27 maart 2013, kort gezegd, de volgende — in cassatie niet bestreden — feiten vastgesteld (zie rov. 3.1 onder ix-xii): (i) [betrokkene 2] heeft op 26 maart 2013 een e-mail aan [verweerder] geschreven en [verweerder] heeft op 27 maart 2013 een e-mail aan [betrokkene 2] geschreven; (ii) naar aanleiding van de e-mail van [verweerder] van 27 maart 2013 heeft [betrokkene 1] [verweerder] diezelfde dag opgebeld en (iii) volgend op dat telefoongesprek heeft [betrokkene 2] in een e-mail van 27 maart 2013 aan [verweerder] de annulering van de overeenkomst bevestigd.

2.18 Uit deze door het hof vastgestelde feiten in combinatie met de hiervoor onder 2.16 aangehaalde passage uit de pleitnota van mr. Koekkoek in hoger beroep valt af te leiden dat het aanbod van 15% korting op de gehele resterende partij en de kosten van het invliegen is gedaan in het meergenoemde tele-

foongesprek van 27 maart 2013. Daarmee is een datum voor het aanbod gegeven. Het hof heeft de hiervoor genoemde feiten en hetgeen bij pleidooi in hoger beroep is gesteld niet (kenbaar) in zijn afweging betrokken.

2.19 Ik zie gelet op het voorgaande aanleiding de onderdelen 5 en 7 als eerste te bespreken.

2.20 *Onderdeel 5* klaagt dat indien het hof met de overweging "[h]et hof begrijpt uit de pleitaantekeningen van JED in eerste aanleg dat JED voor de levering op 18 april 2014 geen hogere korting dan 15% wilde toepassen en dat een 15% korting neerkomt op € 3.012,90" heeft bedoeld dat JED geen verdere compensatie van schade (en kosten) heeft geboden, dit oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk is gemotiveerd, nu JED tevens heeft aangeboden om de kosten voor invliegen van de shirts voor zijn rekening te nemen, en daarmee in totaal een vergoeding heeft geboden van € 4.696,10.

2.21 Zoals hiervoor geciteerd, heeft JED in feitelijke instanties gesteld dat zij heeft aangeboden een korting te geven van 15% op de gehele resterende partij poloshirts, alsmede alle kosten van het invliegen daarvan voor eigen rekening te laten komen,²⁶ een en ander ter delging van eventuele — volgens JED niet aangetoonde — schade,²⁷ dan wel schade en kosten,²⁸ van [verweerder]. In de pleitaantekeningen van JED in eerste aanleg, waarnaar het hof heeft verwezen,²⁹ heeft JED haar aanbod in de zin van art. 6:86 BW als volgt gespecificeerd:

"14. Hoewel het aanbod van 26 maart 2013 niet is aanvaard en daarmee dus is vervallen, kan tot slot nog beredeneerd worden dat de schade van [verweerder] nooit hoger kan zijn geweest dan €4.696,10. Dat is namelijk de korting, die JED heeft aangeboden van 15% vermeerderd met de aangeboden luchtvrachvergoeding. De korting van 15% op de 1.750 + 354 stuks komt neer op € 3.012,90 en het luchtvrachtarief komt neer op € 0,80 x (1.750 + 354) + € 1.683."

2.22 [verweerder] heeft in hoger beroep betoogd dat in de e-mail van 26 maart 2013 geen aanbod tot het vergoeden van schade en kosten als bedoeld in art. 6:86 BW is gedaan.³⁰ [verweerder] heeft de inhoud van het aanbod zoals dat volgens JED luidde en het door JED voorgerekende bedrag niet afzonderlijk bestreden.³¹

2.23 Het hof heeft alleen de gestelde korting van € 3.012,90 in de beoordeling betrokken en niet ken-

26 Vgl. de hiervoor onder 2.14-2.16 vermelde vindplaatsen.

27 Zie bijv. de memorie van grieven onder 4.38. Vgl. ook de opmerking in noot 2 van de procesinleiding in cassatie en onder 1.11 van de s.t., dat een vergoeding van kosten niet aan de orde is.

28 Zie bijv. de memorie van grieven onder 4.49.

29 Vgl. ook de memorie van grieven onder 4.84d.

30 Vgl. de memorie van antwoord onder 31 en de pleitnota van mr. Kool in hoger beroep onder 5, tweede alinea, en onder 8.

31 Weliswaar wordt in de memorie van antwoord alleen ingegaan op de korting van 15% (zie onder 27), maar daarin valt niet een uitdrukkelijke betwisting te lezen van de stelling van JED dat zij ook bereid was de transportkosten volledig voor haar rekening te nemen.

24 Vgl. ook o.m. de conclusie van antwoord onder 15, de pleitaantekeningen van mr. Koekkoek in eerste aanleg onder 4-5, de memorie van grieven onder 4.33 en 4.84d en de pleitnota van mr. Koekkoek in hoger beroep onder 25.

25 Zie de pleitnota van mr. Koekkoek in hoger beroep onder 13-14.

baar aandacht besteed aan het gedeelte van het gestelde aanbod dat bestaat uit de kosten voor het invliegen. Gelet op het voorgaande valt zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet in te zien waarom tussen de beide componenten van het gestelde aanbod dit onderscheid zou moeten worden gemaakt.

Onderdeel 5 treft dan ook doel.

2.24 *Onderdeel 7* (onderdeel 6 bevat een inleiding en behelst geen klachten)³² klaagt dat het hof, met het oordeel dat van JED ten aanzien van de goederen die nog weer later dan 26 maart 2013 zouden worden geleverd een substantieel aanbod tot vergoeding van schade en kosten mocht worden verwacht, heeft miskend dat JED mocht volstaan met een aanbod tot vergoeding van de "inmiddels" geleden schade en niet beslissend is of dit (op zich) een substantieel aanbod behelst. Volgens het onderdeel heeft het hof voorts miskend dat het (ten minste) bij benadering moet nagaan dan wel moet schatten hoe groot de schade als bedoeld in art. 6:86 BW is, wil het kunnen beoordelen of een beroep op deze bepaling opgaat. Als het hof dat niet heeft miskend, dan is, voor zover het hof van oordeel is dat een substantieel aanbod zou zijn uitgebleven, dat oordeel niet toereikend gemotiveerd, nu het hof niet (bij benadering) heeft vastgesteld of geschat wat de "inmiddels" geleden schade en optredende kosten waren ten tijde van het aanbod van 26 c.q. 27 maart 2013 (althans de aangekondigde leverdatum, 18 april 2013). Voorts is, aldus het onderdeel, rov. 3.4 niet naar behoren gemotiveerd nu in het licht van de onder 3.7 van de procesinleiding in cassatie onder a tot en met h genoemde omstandigheden nadere motivering behoefde waarom het aanbod van JED ontoereikend was om te voldoen aan de verplichting om de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding (en kosten) te betalen, althans niet kan worden uitgegaan van een 'substantieel aanbod'.

2.25 De klacht over de door het hof toegepaste maatstaf slaagt. Het oordeel van het hof komt erop neer dat JED in het licht van het steeds langer durend uitstel niet kon volstaan met een behoorlijk aanbod tot betaling van de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten, maar méér moest bieden. Een dergelijk oordeel geeft m.i. blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Kortheidshalve verwijs ik naar het hiervoor onder 2.3-2.9 geschetste kader. Dat de toepassing van art. 6:86 BW contextafhankelijk is, neemt immers niet weg dat op grond van die bepaling de schuldeiser aanspraak kan maken op betaling van (niet meer dan) inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en kosten.

De hierop gerichte klacht van onderdeel 7 treft m.i. doel.

2.26 M.i. klaagt het onderdeel verder terecht dat het hof heeft miskend dat het — teneinde het beroep van JED op art. 6:86 BW te kunnen beoordelen

— ten minste bij benadering had moeten nagaan dan wel had moeten schatten hoe groot de schade was, althans dat het hof zijn oordeel in zoverre onvoldoende heeft gemotiveerd.

In het — in de s.t. van JED onder 1.14 aangehaalde — arrest van 17 januari 2014 heeft de Hoge Raad, in een zaak waarin het ging om een aanbod tot nakoming dat mede inhield dat de schuldeiser een eerder gedaan beroep op een opschortingsrecht grotendeels zou moeten prijsgeven, geoordeeld dat het hof had moeten onderzoeken of de door de schuldeiser gestelde tegenvordering, strekkende tot het uitvoeren van herstelwerkzaamheden, bestaat en of de omvang van die tegenvordering voldoende is om het beroep op een opschortingsrecht te kunnen rechtvaardigen.³³ Daarbij heeft de Hoge Raad verwezen naar zijn arrest van 21 september 2007, waarin de vraag aan de orde was of opschorting mogelijk is indien de omvang van de vordering van de partij die zich op een opschortingsrecht beroept, nog niet vaststaat. De Hoge Raad heeft in dat arrest overwogen dat het op de weg ligt van degene die zich op opschorting beroept, zijn tegenvordering en de omvang daarvan voldoende te onderbouwen, en dat de rechter dient te onderzoeken of de gestelde tegenvordering bestaat en of de omvang daarvan voldoende is om het beroep op een opschortingsrecht te rechtvaardigen. In gevallen waarin nog bewijislevering of een afzonderlijke procedure moet volgen voordat (de omvang van) de tegenvordering van een partij die zich ter verrekening op een opschortingsrecht beroept, vaststaat, zal de rechter mogen volstaan met een voorhands oordeel omtrent (de omvang van) die tegenvordering. Indien er nog een afzonderlijke procedure moet volgen voordat (de omvang van) de tegenvordering vaststaat, zal de rechter mogen volstaan met een voorhands oordeel.³⁴

2.27 Hoewel het arrest van 17 januari 2014 aldus (mede) in het teken staat van doorbreking van een opschortingsrecht in verband met een aanbod tot nakoming op de voet van art. 6:86 BW,³⁵ geeft het m.i. ook richting voor toepassing van deze bepaling in het geval waarin van een opschortingsrecht geen sprake is. De rechter zal, bij de beoordeling van de grondigheid van een beroep op deze bepaling,

33 HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, NJ 2014/236 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en JOR 2014/121 m.nt. J.J. Dammigh ([...]/[...]), rov. 3.5.

34 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50 m.nt. Jac. Hijma ([...]/[...]), rov. 4.6.

35 Zie voor mogelijke lezingen van het arrest de annotatie van Tjong Tjin Tai, die (onder 4) heeft opgemerkt dat, doordat de Hoge Raad de zaak uitsluitend benadert vanuit de redelijkheid of proportionaliteitstoets bij het opschortingsrecht, onderbelicht blijft hoe het zit met de beoordeling van de toereikendheid van het aanbod in het licht van art. 6:86 BW. Volgens Tjong Tjin Tai kan de beslissing van de Hoge Raad (ook) aldus worden opgevat dat het aanbod niet aanvaard behoefde te worden omdat dit vergde dat het opschortingsrecht grotendeels moest worden prijsgegeven en werkt de proportionaliteitstoets van het opschortingsrecht in zoverre door in de beoordeling van een aanbod tot nakoming; die interpretatie lijkt de voorkeur te verdienen, aldus de annotator.

32 Onderdeel 7, dat niet als zodanig is genummerd, is te vinden onder 3.9 in de procesinleiding in cassatie.

m.i. ook in dat geval aan de hand van de stellingen van partijen moeten onderzoeken wat de omvang van de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten is.

Van een dergelijk onderzoek geeft de bestreden overweging niet blijk. Indien het hof dat onderzoek achterwege heeft gelaten, geeft het oordeel gelet op het voorgaande m.i. blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het hof dat onderzoek wel heeft gedaan, geeft het oordeel in zoverre onvoldoende inzicht in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang. Ook indien het oordeel van het hof aldus moet worden begrepen dat het de (in de procedure gestelde) bereidheid van JED tot vergoeding van schade heeft afgezet tegen hetgeen [verweerder] – blijkens zijn e-mail van 27 maart 2013 – kennelijk beschouwde als een behoorlijk aanbod in de zin van art. 6:86 BW en op basis van die vergelijking heeft geoordeeld dat het aanbod van JED ontoereikend was, heeft het hof onvoldoende duidelijk gemaakt hoe het tot dat oordeel is gekomen.

De hierop gerichte klachten van onderdeel 7 treffen m.i. dan ook eveneens doel.

Het onderdeel behoeft voor het overige geen bespreking meer.

2.28 De *onderdelen 9 en 11* hangen samen met de slagende klachten van onderdeel 7, zodat afzonderlijke bespreking ervan achterwege kan blijven. De voortbouwklacht van *onderdeel 10* slaagt in het voetspoor van de onderdelen 5 en 7.

2.29 De overige onderdelen falen, hetzij bij gebrek aan feitelijke grondslag aan een bepaalde uitleg van rov. 3.4, hetzij omdat het oordeel van het hof op de in de klachten aangeduide punten niet onbegrijpelijk is.

2.30 De slotsom is dat nu de onderdelen 5, 7 en 10 (gedeeltelijk) doel treffen, het bestreden arrest dient te worden vernietigd.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 6 juni 2017 en tot verwijzing.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak C/14/154078/HA ZA 14-153 van de rechtbank Noord-Holland van 2 juli 2014 en 25 maart 2015;

b. het arrest in de zaak 200.175.458/01 van het gerechtshof Amsterdam van 6 juni 2017. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft JED beroep in cassatie ingesteld. De procesinleiding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen [verweerder] is verstek verleend.

De zaak is voor JED toegelicht door haar advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 6 juni 2017 en tot verwijzing.

3 Beoordeling van het middel

3.1.1 Het gaat in deze zaak om de vraag welke eisen gelden voor een aanbod van de schuldenaar tot zuivering van zijn verzuim (art. 6:86 BW). Verder komt aan de orde of de schuldeiser die een aan de eisen van art. 6:86 BW beantwoordend aanbod van de schuldenaar heeft geweigerd en daardoor in schuldeisersverzuim is gekomen, de overeenkomst mag ontbinden op de grond dat de schuldenaar de nakoming onmogelijk heeft gemaakt.

3.1.2 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1-1.16. Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer.

(i) [verweerder] legt zich toe op het ontwerpen, doen produceren en aan detaillisten verkopen van poloshirts onder de merknaam [A]. JED richt zich op de productie en groothandel in modekleding. Indirect bestuurder van JED is [betrokkene 1].

(ii) Naar aanleiding van contacten vanaf juni 2012 tussen [verweerder] en [betrokkene 2], zoon van [betrokkene 1], is op 28 december 2012 een overeenkomst tussen [verweerder] en JED tot stand gekomen, waarbij JED zich verbond tot levering aan [verweerder] van 1750 piqué polo's en 750 jersey polo's op 27 februari 2013.

(iii) Op 12 maart 2013 heeft [betrokkene 2] aan [verweerder] een e-mail gestuurd met onder meer de volgende inhoud:

“(...) Zoals je weet kunnen wij helaas pas volgende week leveren. De rubberprint op de achterkant hecht niet goed en laat los in de productie. (...) Wij verwachten een deel van de goederen pas te gaan leveren 19 Maart. En de andere deel 26 Maart. (...) De goederen worden ingevlogen op mijn kosten. De goederen die 19 maart worden geleverd zit 10% korting op en de goederen die 26 maart wordt geleverd met 15% korting. (...)”

(iv) Op 21 maart 2013 zijn 451 polo's aan [verweerder] geleverd en gefactureerd. In een uitsluitend op die levering betrekking hebbende procedure is in rechte vastgesteld dat 55 van de geleverde polo's niet aan de eisen voldoen, is de overeenkomst met betrekking tot deze 55 polo's ontbonden en is [verweerder] veroordeeld tot betaling van de overige (396) geleverde polo's. Deze zijn door [verweerder] inmiddels betaald.

(v) Op 26 maart 2013 heeft [betrokkene 2] een e-mail aan [verweerder] gestuurd waarin onder meer is opgenomen:

“(...) Zoals je weet waren er eerst problemen met de print van de pique, daarna zijn ze naar een nieuwe print fabriek gegaan. Hiervan kwam de print wel erg goed uit, maar nu is er kleur ver-

schil in de linker en rechter panel gekomen. (...) Nu gaan ze alles opnieuw maken en dat zou betekenen dat wij pas 18 april kunnen leveren, ook zullen de jersey polo's dan pas worden geleverd, dit omdat zij eerst de pique willen afronden. Graag hoor ik van je of we hier mee verder moeten gaan of dit moeten afbreken. Nogmaals excuus (...)."

(vi) Op 27 maart 2013 heeft [verweerder] aan [betrokkene 2] een e-mail gestuurd waarin onder meer is opgenomen:

"(...) Niet leveren is geen optie want dan ben ik mijn klanten en tevens business kwijt!
- Daarnaast loop ik het risico op claims van winkels op basis van niet of te laat leveren.
- Jersey incompleet en te laat geleverd, kost tijd, uitzoeken, meerdere malen versturen etc. en geld!
- Daarnaast sowieso 2 maanden geen nalevering business voor mij op basis van nauwelijks geleverde goederen en nauwelijks voorraad.
- Risico voor veel meer restanten op basis van een zeer kort verkoop seizoen. Eind april mei – dan uitverkoop = 5 weken...
- Tevens een super kort verkoop seizoen voor detaillisten waardoor het ook lastig wordt om een minimale doorverkoop te halen van 60-70% voor uitverkoop, wat weer invloed heeft op de inkoop van SS2014.
Al met al is het een onmogelijk pakket. Weliswaar niet bewust gecreëerd maar wel een feit en dit moet nu worden 'opgelost'.
Schadeclaim:

- 60% korting op levering pique-stretch. Product top 100% goed! d.w.z. met goede prints, afwerking, mouwtjes etc. alles TOP! En niet weer een verhaal!
- Ze moeten precies werken en weten wat ze doen!
- Alles uiterlijk geleverd op 18 April 2013. Iedere dag later komt er 5% korting per dag bij. Alle transport kosten zijn uiteraard voor jullie rekening.
- Mochten er claims komen op basis van winstderving van detaillisten dan leg ik die bij jullie neer.
- Mochten detaillisten de orders niet accepteren dan behoud ik het voorrecht om ze te retourneren aan jullie op jullie kosten. Ik wil alleen wel weten wat er met de producten gebeurt.
- Een schadeclaim voor gemiste business van twee maanden geen nalevering aan shops, web shop, toekomstige business klanten m.a.w. een winstderving op basis van 25% van de omzet.
- Dit gerelateerd aan de business van de afgelopen twee jaar in dezelfde periode is dit: € 1650,00 (ex btw).
- 2 samples van de Alpha1 pique-jersey in heather blue en pink, ondanks kleur ver-

schil... Dit om de kleuren te kunnen laten zien naar potentiële klanten voor eventuele latere bestellingen.

- Op de restant levering van de jersey-stretch kom ik vandaag terug. Zo ja, onder dezelfde condities als de pique. Eerst moet ik overzicht hebben van wat ik heb besteld, geleverd gekregen en de retouren etc..

Ik hoop dat alles zo duidelijk is zo niet dan hoor ik het graag. (...)"

(vii) Naar aanleiding van de zojuist weergegeven e-mail heeft [betrokkene 1] [verweerder] diezelfde dag opgebeld. [betrokkene 1] heeft daarover bij de behandeling van het pleidooi in hoger beroep verklaard dat hij [verweerder] tijdens dat telefoongesprek te kennen heeft gegeven met de in de e-mail van 27 maart 2013 door [verweerder] aan [betrokkene 2] kenbaar gemaakte voorwaarden niet akkoord te gaan en dat hij aan [verweerder] heeft meegedeeld dat die voorwaarden voor hem reden vormden om de order te annuleren. Volgens [betrokkene 1] had hij het graag willen oplossen, maar circa € 53.500 schadevergoeding vragen op een order van circa € 23.000 ging hem te ver.

(viii) Volgend op dat telefoongesprek heeft [betrokkene 2] in een e-mail van 27 maart 2013 aan [verweerder] de annulering van de overeenkomst in de navolgende bewoordingen bevestigd:

"(...) N.a.v. het telefoongesprek met [betrokkene 1] bevestig ik schriftelijk hetgeen besproken is: Wij lossen altijd in alle redelijkheid onze problemen op, echter wijzen wij onderstaande schadeclaim af, je eisen zijn namelijk onredelijk en buitenproportioneel.
We hebben je reeds 15% korting gegeven op de te laat geleverde [A]/Jersey polo.
Voorts hebben we je voorgesteld om de nog te leveren piqué polo met 15% korting te leveren en op onze kosten opnieuw te maken en op onze kosten in te vliegen.
Door jouw eerder vermelde onredelijkheid hebben wij besloten de samenwerking per direct te verbreken, met als gevolg dat de remake niet zal worden uitgevoerd. De order is dus geannuleerd. (...)"

(ix) Nadat [verweerder] op 29 maart 2013 onverrichter zake met een fles wijn bij het kantoor van JED was langsgegaan om [betrokkene 1] te spreken, die echter liet weten dat hij bezoek had, heeft [verweerder] op 2 april 2013 aan [betrokkene 1] een e-mail gestuurd waarin onder meer is opgenomen:

"(...) Ik wil graag nog even terug komen op ons laatste gesprek.
Ik ben met veel vertrouwen en enthousiasme de samenwerking met jullie aangegaan.
Vorig jaar juni werd ik door [betrokkene 2] benaderd. Na wat samples gaven jullie aan dat jullie het product prima konden maken. (...) Mede hierdoor heb ik bewust voor jullie gekozen. Ik betreur de gang van zaken maar je begrijpt wel dat ik een heel groot probleem heb wanneer jullie de bestelde goederen niet leveren.

In deze tijd een seizoen niet of nauwelijks leveren kan het einde van m'n onderneming betekenen. Multibrand winkels staan zoals jullie weten behoorlijk onder druk. Het verkoopseizoen is kort.

De concurrentie is groot en het aanbod van merken is gigantisch dus een te late levering is veelal een reden om te cancelen, vragen om korting en heeft consequenties voor toekomstige samenwerking.

Al met al hoop ik dat jullie ook mijn probleem begrijpen en zou ik graag zo snel mogelijk bij elkaar zitten om te kijken hoe we dit kunnen oplossen. (...)"

(x) In reactie hierop heeft [betrokkene 2] op 4 april 2013 aan [verweerder] een e-mail gestuurd waarin onder meer is opgenomen:

"(...) Wij hebben een voorstel gedaan om de goederen opnieuw te maken inclusief korting en invliegen op onze kosten. Dit was niet genoeg. [betrokkene 1] en ik zijn met elkaar overeen dat de daarna opnieuw gevraagde eisen veel te hoog gegrepen zijn.

De productie is gecancelled (...)"

3.2.1 In dit geding vordert [verweerder], voor zover in cassatie van belang, verklaringen voor recht (a) dat de overeenkomst met JED partieel – dat wil zeggen met uitzondering van het gedeelte waarop de hiervoor in 3.1 onder (iv) bedoelde procedure betrekking had – buitengerechtelijk is ontbonden, en (b) dat JED aansprakelijk is voor de geleden en te lijden schade en die schade, op te maken bij staat, moet vergoeden.

[verweerder] heeft daaraan ten grondslag gelegd dat JED de afspraak om op 27 februari 2013 2.500 poloshirts van een bepaalde kwaliteit te leveren, niet is nagekomen en de overeenkomst eenzijdig en ten onrechte heeft ontbonden, hetgeen een toerekenbare tekortkoming van JED oplevert. Om die reden heeft [verweerder] de overeenkomst bij dagvaarding buitengerechtelijk ontbonden.

De rechtbank heeft deze vorderingen toegewezen.

3.2.2 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het, voor zover in cassatie van belang, als volgt verwogen:

"3.4. Grief 2 komt er samengevat op neer dat de rechtbank ten onrechte eraan voorbij gegaan is dat [verweerder] in het licht van het bepaalde in artikel 6:86 BW niet gerechtigd was om het door JED gedane voorstel tot het toepassen van een korting van 15% van de hand te wijzen, en hij daardoor in schuldeisersverzuim is geraakt en JED bevoegd was de overeenkomst te ontbinden. Het hof oordeelt hierover als volgt.

Het standpunt van JED houdt in dat zij weliswaar door niet op de afgesproken datum te leveren is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst maar dat zij deze tekortkoming langs de weg van artikel 6:86 BW gezuiverd heeft.

Voornoemd artikel bepaalt dat de schuldeiser een na het intreden van het verzuim aangeboden nakoming kan weigeren, zolang niet tevens betaling wordt aangeboden van de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten.

Het hof constateert dat JED inderdaad nakoming van haar leveringsverplichting heeft aangeboden, echter geen aanbod tot vergoeding van schade en kosten heeft gedaan. JED stelt weliswaar dat zij een korting van 15% heeft aangeboden, doch het voorstel om een korting toe te passen heeft JED op 12 maart 2013 gedaan in combinatie met de mededeling dat de overeengekomen leverdatum van 27 februari 2013 verschoven was naar de periode gelegen tussen 19 en 26 maart 2013: voor goederen geleverd op 19 maart 2013 zou een korting gelden van 10% en voor goederen geleverd op 26 maart 2013 zou een korting van 15% gelden. Uiteindelijk zijn er alleen op 21 maart 2013 goederen geleverd zonder dat de aangeboden korting is verleend. Op 26 maart 2013 is JED vervolgens met de mededeling gekomen dat het restant (in plaats van op 26 maart 2013) pas op 18 april 2013 zou kunnen worden uitgeleverd. Ter zake van die op 18 april 2013 uit te leveren restantorder, waarvan de aanvankelijk overeengekomen leverdatum 27 februari 2013 was, heeft JED in haar email van 26 maart 2013 niet over een additionele korting gerept, laat staan een aanbod gedaan om schade en kosten te vergoeden. De korting van 15% was slechts bedoeld voor de goederen die op 26 maart 2013 (vertraagd) zouden worden geleverd en ten aanzien van die korting zijn partijen niet tot overeenstemming gekomen. In het licht van het steeds langer durend uitstel had [verweerder] mogen verwachten dat JED ten aanzien van goederen die nog weer later dan 26 maart 2013 zouden worden geleverd, een substantieel aanbod tot vergoeding van schade en kosten zou doen. Dat aanbod is uitgebleven. Van schuldeisersverzuim veroorzaakt door het niet accepteren van een aanbod tot het betalen van schade en kosten is derhalve geen sprake. Evenmin is [verweerder] in schuldeisersverzuim komen te verkeren door aan zijn aanvaarding van het aanbod tot nakoming van de leveringsverplichting per 18 april 2013 aanspraak te maken op vergoeding van een bedrag in de orde van grootte van wat hij meende dat zijn werkelijk geleden/te lijden schade zou zijn. Het hof begrijpt uit de pleitaantekeningen van JED in eerste aanleg dat JED voor de levering op 18 april [2013] geen hogere korting dan 15% wilde toepassen en dat een 15% korting neerkomt op € 3.012,90. Met het aanbod tot betaling van dit relatief geringe bedrag (waarover met JED niet (meer) te onderhandelen viel) heeft JED het verzuim waarin zij verkeerde als gevolg van het niet tijdig leveren van de goederen niet gezuiverd en heeft [verweerder] (die sedert 27 maart 2013

vergeefse pogingen had gedaan om de goederen alsnog geleverd te krijgen) de overeenkomst terecht ontbonden. Grief 2 faalt derhalve.

3.5. Dat zelfde lot treft grief 3 die gericht is tegen het oordeel van de rechtbank dat er indicaties waren dat [verweerder] bereid was zijn schadeclaim als weergegeven in zijn e-mail van 27 maart 2013 te modereren. Uit hetgeen het hof onder 3.4. hierboven overwogen heeft, volgt dat [verweerder] niet met minder genoegen behoefde te nemen dan met een aanbod van JED tot vergoeding van schade en kosten en dat hij niet in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen partijen beheerst door een aanbod tot toepassing van een korting van 15% af te slaan. (...)”

3.3 Het middel klaagt vanuit diverse invalshoeken over het oordeel van het hof dat JED met haar aanbod om 15% korting op de overeengekomen koopprijs toe te passen, haar verzuim als gevolg van het te laat leveren van de goederen niet heeft gezuiverd (rov. 3.4), en dat [verweerder] niet met minder genoegen behoefde te nemen dan met een aanbod van JED tot vergoeding van schade en kosten en niet in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen partijen beheerst door een aanbod tot toepassing van een korting van 15% af te slaan (rov. 3.5).

3.4.1 Naar aanleiding van de klachten wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2 Uit art. 6:86 BW volgt dat een schuldenaar die met de nakoming van zijn verbintenis in verzuim is, zijn verzuim kan zuiveren door alsnog behoorlijke nakoming alsmede betaling van de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten aan te bieden. Met deze mogelijkheid tot zuivering van zijn verzuim wordt het belang gediend dat de schuldenaar heeft bij nakoming (in plaats van bijvoorbeeld ontbinding of vervangende schadevergoeding), zonder dat het belang van de schuldeiser geschaad wordt.

Het in art. 6:86 BW bedoelde aanbod tot betaling van ‘de inmiddels tevens verschuldigd geworden schade-vergoeding’ ziet niet alleen op de reeds ingetreden schade, maar (ingevolge art. 6:105 BW) ook op de redelijkerwijs te verwachten toekomstige schade die het gevolg is van het verzuim van de schuldenaar (bijvoorbeeld winstderving of te verwachten verlies van klanten). Het aanbod tot betaling van de kosten ziet onder meer op vergoeding van door de schuldeiser als gevolg van het verzuim van de schuldenaar tevergeefs gemaakte en redelijkerwijs nog te maken extra kosten (Parl. Gesch. Boek 6, p. 307).

3.4.3 Indien het aanbod van de schuldenaar niet de betaling van de door hem te vergoeden schade en kosten omvat, staat het de schuldeiser vrij het aanbod (toch) te aanvaarden; daaruit kan op zichzelf niet worden afgeleid dat hij zijn aanspraak op volledige schadevergoeding prijsgeeft. De schuldeiser mag een zodanig aanbod ook weigeren, zonder daardoor in schuldeisersverzuim te komen.

In de praktijk zal in dit soort gevallen onduidelijkheid of onenigheid kunnen bestaan over de omvang van de te vergoeden schade en kosten. Als partijen het daarover oneens blijven, zal de schuldenaar in het algemeen niet kunnen volstaan met een aanbod tot betaling van het door hemzelf redelijk geachte bedrag. Hij dient buiten twijfel te stellen dat hij de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en kosten (zie hiervoor in 3.4.2) volledig zal voldoen. Zo nodig zal de omvang daarvan naderhand, al dan niet door de rechter, moeten worden vastgesteld.

3.4.4 De schuldeiser die een aanbod weigert dat aan de eisen van art. 6:86 BW voldoet, komt in beginsel in schuldeisers-verzuim (art. 6:58 BW). Weliswaar eindigt daardoor het verzuim van de schuldenaar (art. 6:61 lid 1 BW), maar de schuldenaar blijft verplicht tot betaling van de inmiddels door zijn verzuim verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten (vgl. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1255). Afgezien van de voor de schuldenaar bestaande mogelijkheid te vorderen dat de rechter bepaalt dat hij van zijn verbintenis bevrijd zal zijn (art. 6:60 BW), geeft het verzuim van de schuldeiser de schuldenaar op zichzelf niet de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden, aangezien daarvoor vereist is dat de schuldeiser van zijn kant tekortschiet in de nakoming van een verbintenis die op hem rust (art. 6:265 BW). Zolang de overeenkomst voortduurt, blijft de schuldenaar dan ook verplicht de redelijkerwijs van hem te vergen zorg in acht te nemen opdat hij zal kunnen nakomen indien het schuldeisersverzuim eindigt (bijvoorbeeld doordat de schuldeiser alsnog het aanbod van de schuldenaar als bedoeld in art. 6:86 BW aanvaardt). Dat brengt mee dat, indien nakoming door de schuldenaar onmogelijk is geworden doordat hij door zijn schuld (of door schuld van zijn ondergeschikte) is tekortgeschoten in de zorg die in de gegeven omstandigheden van hem mocht worden geleverd, de schuldeiser ook tijdens het schuldeisersverzuim bevoegd is de overeenkomst te ontbinden (art. 6:266 lid 2 BW in verbinding met art. 6:64 BW).

3.5 De klachten van het middel dat het hof ten onrechte, dan wel onvoldoende gemotiveerd, heeft geoordeeld dat JED haar verzuim niet heeft gezuiverd, kunnen reeds op grond van hetgeen hiervoor in 3.4.4 is overwogen en gelet op de hiervoor in 3.1.2 onder (vii) – (x) vermelde feiten, niet tot cassatie leiden.

Ook als aangenomen zou moeten worden dat het aanbod van JED aan de eisen van art. 6:86 BW voldeed en dat [verweerder] derhalve door dat aanbod te weigeren in schuldeisersverzuim is gekomen, gaf dat JED niet het recht de order eenzijdig te annuleren. JED bleef immers ook in geval van schuldeisersverzuim van [verweerder] verplicht tot nakoming zodra het schuldeisersverzuim zou zijn geëindigd en zij was gehouden daartoe de redelijkerwijs van haar te vergen zorg in acht te nemen. Nu JED in strijd met de uitdrukkelijke mededeling van [verweerder] dat ‘niet leveren geen optie is’ (zie zijn

hiervoor in 3.1.2 onder (vi) geciteerde e-mail van 27 maart 2013) de order heeft geannuleerd, en ondanks pogingen van [verweerder] om weer in gesprek te geraken (zie hiervoor in 3.1.2 onder (ix)) in die annulering heeft volhard (zie hiervoor in 3.1.2 onder (x)), is geen andere conclusie mogelijk dan dat JED de nakoming van haar verbintenis door haar schuld onmogelijk heeft gemaakt. Op grond van deze tekortkoming aan de zijde van JED was [verweerder] gerechtigd de overeenkomst met JED buitengerechtelijk te ontbinden, zoals hij mede aan zijn vorderingen ten grondslag heeft gelegd (zie hiervoor in 3.2.1).

4 Beslissing

De Hoge Raad: verwerpt het beroep; veroordeelt JED in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op nihil.

Noot

1. JED verkoopt 2500 poloshirts aan K(oper), te leveren op 27 februari 2013. Op 12 maart geeft JED aan dat zij pas op 19 en 26 maart kan leveren; in verband daarmee geeft zij 10% resp. 15% korting. Op 26 maart meldt JED een nieuw probleem en vraagt zij aan K of zij zullen doorgaan of afbreken. K antwoordt dat niet leveren geen optie is, en dient een omvangrijke schadeclaim in. JED acht K's verlangens disproportioneel en verbreekt daarom per direct de samenwerking, met annulering van de order. K ontbindt de overeenkomst wegens wanprestatie.

K vordert verklaringen voor recht dat de overeenkomst is ontbonden en dat JED jegens haar is gehouden tot schadevergoeding. De rechtbank wijst de vorderingen toe; het hof bekrachtigt het vonnis. JED gaat in cassatie. A-G Wesseling-van Gent concludeert tot vernietiging van 's hofs arrest, maar de Hoge Raad verwerpt het beroep.

2. In het arrest komen, hand in hand, twee verbintenisrechtelijke leerstukken aan de orde (vgl. r.o. 3.1.1). Allereerst de *zuivering van het verzuim* (art. 6:86 BW). De Hoge Raad werkt uit aan welke eisen een aanbod tot zuivering moet voldoen, en schetst wat rechtens is als de schuldeiser het zuiveringsaanbod afwijst; zie par. 3-6. Aansluitend gaat de aandacht uit naar het *schuldeisersverzuim* (art. 6:58 BW). In dat verband behandelt de Raad de vraag in hoeverre een schuldeiser die zelf in schuldeisersverzuim verkeert, de mogelijkheid behoudt de overeenkomst te ontbinden (art. 6:266 BW); zie par. 8-10.

3. *Kader*. De in de overeenkomst neergelegde afleveringsdatum heeft, nu niet van een andere strekking blijkt, een fataal karakter; JED raakte op 28 februari 2013 zonder ingebrekestelling in verzuim (art. 6:83 sub a BW). De vraag is of zij, door de shirts vertraagd maar met korting aan te bieden, een correct aanbod tot zuivering heeft gedaan.

Art. 6:86 BW bepaalt dat de schuldeiser een na het intreden van het verzuim aangeboden nakoming kan weigeren, zolang niet tevens betaling wordt aangeboden van de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten. De 'negatieve' teneur van het artikel (schuldeiser kan weigeren) vindt zijn verklaring in het gegeven, dat de schuldenaar nog steeds bevoegd is te presteren, ook al verkeert hij in verzuim (een ontwerpartikel gaf dit nog expliciet aan; GO, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 307). De schuldeiser die de nakoming wil blokkeren, zal daartoe moeten kiezen voor ontbinding (art. 6:265 BW) of vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW).

De Hoge Raad omschrijft de ratio van het artikel aldus, dat het artikel het belang van de schuldenaar bij nakoming (in plaats van sancties zoals ontbinding of vervangende schadevergoeding) dient, zonder het belang van de schuldeiser te schaden (r.o. 3.4.2). Evenzo de literatuur; zie o.a. *Asser/Sieburgh 6-I 2016/402*. Mede in dit licht mag het bepaalde ook 'positief' worden opgevat: indien de schuldenaar mede de betaling van schade en kosten aanbiedt, kan (lees: mag) de schuldeiser het zuiveringsaanbod *niet* weigeren. Voor de schuldenaar stelt het artikel dus de mogelijkheid tot zuivering veilig (r.o. 3.4.2).

4. *Zuiveringsaanbod*. Gezien art. 6:86 BW kent een toereikend zuiveringsaanbod drie componenten.

a. *Nakoming*. Allereerst zal de schuldenaar 'behoorlijke nakoming' (r.o. 3.4.2) moeten aanbieden. Onder behoorlijk nakomen is m.i. te verstaan het alsnog leveren van een prestatie die op zichzelf — afgezien van de vertraging die in het verzuim heeft geresulteerd — met de overeenkomst in overeenstemming is. Vgl. MvT, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1255.

b. *Schadevergoeding*. Bovendien dient de schuldenaar betaling van 'de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding' aan te bieden. Het arrest maakt duidelijk dat hieronder niet alleen de reeds ingetreden schade valt, maar ook de in de toekomst redelijkerwijs nog te verwachten schade (art. 6:105 BW), bijv. winstderving of klantenverlies (r.o. 3.4.2). De formule 'inmiddels verschuldigd geworden' moet dus niet in droog-temporele zin, maar in juridisch-causale zin worden verstaan: zij omvat alle schade die de tekortkoming inmiddels reeds heeft *veroorzaakt*, ongeacht het moment waarop die schade zich realiseert. Deze invulling sluit naadloos aan bij het uitgangspunt dat bij een zuivering het schuldeisersbelang niet wordt geschaad (par. 3). De insluiting van de toekomstige schade kan het voor partijen (nog) lastiger maken reeds nu de omvang van de schadevergoeding in te schatten; zie voor onzekerheden op dat punt par. 6.

c. *Kosten*. De Raad geeft, conform de wet, aan dat de schuldenaar ook betaling van 'de kosten' zal moeten aanbieden. Als voorbeeld fungeren door de schuldeiser tevergeefs gemaakte en redelijkerwijs nog te maken extra kosten (r.o. 3.4.2), zoals die om

de prestatie in ontvangst te nemen (MvA, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 307). Naar mijn mening valt de kostenvergoeding systematisch reeds onder de sub *b* bedoelde schadevergoeding. Vergelijk het centrale art. 6:96 BW, dat allerlei kosten als vermogensschade aanmerkt, met inbegrip van tevergeefs gemaakte kosten (lid 2 sub a) en buitengerechtigde kosten (lid 2 sub c). Zo gezien heeft de vermelding van de kosten in art. 6:86 BW hooguit een herinneringsfunctie ('de schade, waaronder de kosten'). Vgl. G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, 1997, p. 101.

5. *Vier situaties.* Als een in verzuim verkerende schuldenaar aan zijn schuldeiser een zuiveringsaanbod doet, kunnen in het licht van art. 6:86 BW (ten minste) vier mogelijkheden worden onderscheiden.

Situatie a: het aanbod is toereikend, de schuldeiser ontvangt. Dit is de modelsituatie: doordat de schuldenaar alsnog presteert, vervult hij zijn verbintenis, zodat zijn verzuim tot een einde komt.

Situatie b: het aanbod is toereikend, de schuldeiser weigert niettemin. De Hoge Raad constateert dat de schuldeiser aldus in beginsel in schuldeisersverzuim geraakt (r.o. 3.4.4); vanaf de onterechte weigering wordt de nakoming immers verhinderd doordat de schuldeiser er zijn noodzakelijke medewerking niet aan verleent (art. 6:58 BW). Het schuldeisersverzuim beëindigt het schuldenaarsverzuim (art. 6:61 BW), maar de schuldenaar blijft wel verplicht de inmiddels door zijn verzuim ontstane schade te vergoeden (r.o. 3.4.4; MvT, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1255). De inlas 'in beginsel' laat ruimte voor bijzonderheden. Over de bevoegdheid tot ontbinding nader par. 9-10.

Situatie c: het aanbod is niet toereikend, de schuldeiser ontvangt niettemin. Het staat de schuldeiser vrij zich soepel op te stellen en de prestatie toch maar in ontvangst te nemen (r.o. 3.4.3). Als daarbij niet over schadevergoeding wordt gesproken, zal menig schuldenaar naderhand betogen dat de ander het recht daarop kennelijk heeft prijsgegeven. De Hoge Raad echter waakt voor de belangen van de coulante crediteur: uit de ontvangst van de prestatie kan op zichzelf niet worden afgeleid dat hij zijn aanspraak op volledige schadevergoeding prijsgeeft (r.o. 3.4.3). Ik onderschrijf dat graag. Reeds in algemene zin geldt, dat bij een eenzijdig-benadelende rechtshandeling zoals afstand van recht (art. 6:160 BW) niet snel sprake zal zijn van gerechtvaardigd vertrouwen bij de ander (art. 3:35 BW). Maar bovendien legt art. 6:86 BW het op de weg van de tekortschietende schuldenaar om, naast de prestatie, ook schadevergoeding aan te bieden. Een schuldenaar die zelf die vergoeding – ten onrechte – onbesproken laat, mag geen vrucht plukken van het eventuele gegeven dat ook de schuldeiser dit punt niet aanroert.

Situatie d: het aanbod is niet toereikend; de schuldeiser weigert. Art. 6:86 BW leert dat de schuldeiser een ontoereikend aanbod mag weigeren; hij geraakt dus niet in schuldeisersverzuim (r.o. 3.4.3; MvT, *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1254-1255). In schuldenaars-

verzuim komt hij uiteraard evenmin. De rechtstoestand verandert niet. De schuldenaar blijft in verzuim; de schuldeiser houdt de daaraan verbonden rechtsmiddelen, waaronder de bevoegdheid tot ontbinding (art. 6:265 BW).

6. *Omvangsprikelen.* Met recht signaleert de Hoge Raad, dat in de praktijk onduidelijkheid of onenigheid kan bestaan over de omvang van de te vergoeden schade (en kosten) (r.o. 3.4.3). Soms weten partijen elkaar te vinden en mondt hun dispuut uit in een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW). Als partijen aan hun eigen inschattingen vasthouden, lopen zij het risico dat later de rechter het anders ziet.

In lijn met art. 6:86 BW legt de Hoge Raad de verantwoordelijkheid bij de schuldenaar: deze kan in het algemeen niet volstaan met een aanbod tot betaling van het door hemzelf redelijk geachte bedrag. Een andere visie zou de deur naar chicanes wijd openzetten. De schuldenaar moet, aldus de Raad, buiten twijfel stellen dat hij de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding (en kosten) *volledig* zal voldoen (r.o. 3.4.3). Zo nodig zal de omvang van de schade dan naderhand moeten worden vastgesteld, al dan niet door de rechter (r.o. 3.4.3 slot).

Ik lees de overweging aldus dat de schuldenaar zijn positie kan veiligstellen door, in het verlengde van het door hem reël geachte bedrag, een bereidverklaring van meer algemene strekking uit te spreken (type: 'Ik bied nu € 5000 aan, en zal meer betalen als de rechter dat gerechtvaardigd oordeelt'). Schuldenaars doen er goed aan een dergelijke appendix op te nemen. Onder omstandigheden kan de schuldeiser zekerheidstelling verlangen; vgl. A.J. Feenstra, *WPNR* 1998/6319.

7. JED heeft haar aanbod niet van zo'n veilige formule voorzien, maar zich op getallen vastgelegd (r.o. 3.1.2 sub iii). K stelt daar een andere, veel hoger uitvallende, schadeberekening tegenover (r.o. 3.1.2 sub vi). In de ogen van het hof mocht K, gezien het steeds langere uitstel, verwachten dat JED een nader – substantieel – aanbod tot schadevergoeding zou doen, wat is uitgebleven (hof, r.o. 3.4; HR, r.o. 3.2.2). A-G Wesseling-van Gent acht 's hofs motivering gebrekkig (conclusie, sub 2.20 e.v.). Ik kan mij goed vinden in de visie van het hof. Het arrest van de Hoge Raad neemt een – gezien het ruime voorwerk – enigszins verrassende wending: de Raad laat de discussie in het midden, omdat deze in casu niet beslissend is (r.o. 3.5). K was immers hoe dan ook bevoegd de overeenkomst te ontbinden, zelfs als hij in schuldeisersverzuim mocht zijn geraakt (par. 9-10).

8. *'Uitstappen' door schuldenaar.* De casus heeft als opvallend kenmerk, dat de schuldenaar zelf aangeeft dat hij de relatie verbreekt: vanwege de in JED's ogen disproportionele schadeclaim van K annuleert zij de order (r.o. 3.1.2 sub viii). Wat is het juridische karakter van dit 'uitstappen'?

JED ziet er een ontbinding van de overeenkomst in (cassatiemiddel, sub 1.3); vgl. art. 6:267 BW. Als *schuldenaar* is zij tot die ontbinding echter niet be-

voegd, zelfs niet als de wederpartij in schuldeisersverzuim zou verkeren. Schuldeisersverzuim geeft de schuldenaar de optie te vorderen dat de rechter hem van zijn verbintenis bevrijdt (art. 6:60 BW), maar verschaft geen bevoegdheid tot ontbinding ex art. 6:265 BW (r.o. 3.4.4). Door het zuiveringsaanbod af te slaan kan K hooguit zijn tekortgeschoten in zijn rol van schuldeiser, maar niet, zoals voor art. 6:265 BW essentieel is, in de rol van schuldenaar.

In theorie zou men JED's houding ook aan het algemene art. 6:248 lid 2 BW (redelijkheid en billijkheid) kunnen relateren. De redenering zou dan luiden dat K zich dermate verwerpelijk opstelde, dat van JED niet meer kon worden verwacht dat zij zich aan de overeenkomst hield. Deze alternatieve invulling brengt echter geen baat. Nog afgezien van het feit dat art. 6:248 lid 2 BW de drempel van onaanvaardbaarheid kent en terughoudend wordt toegepast, pleiten krachtige systematische overwegingen tegen de uitkomst dat een poging tot losmaking die binnen art. 6:265 BW op een principiële klip strandt, via de buitenroute van art. 6:248 lid 2 BW alsnog succes behaalt.

9. *Ontbinding door schuldeiser.* Dat de schuldenaar zich niet aan de overeenkomst kan onttrekken, betekent op zichzelf nog niet dat de schuldeiser dat wél kan.

Als JED's zuiveringsaanbod ontoereikend was, is de situatie echter eenvoudig. Tekortkoming en verzuim hebben dan voortgeduurd, zodat K de overeenkomst onverminderd kon ontbinden ex art. 6:265 BW.

Als JED's zuiveringsaanbod wél aan de wettelijke eisen voldeed, liggen de kaarten meer ingewikkeld. K is dan door zijn weigering in schuldeisersverzuim geraakt (par. 5 sub b), wat krachtens art. 6:266 lid 1 BW meebrengt dat hij de bevoegdheid tot ontbinding heeft verloren. Het eigenmachtige uitstappen door de schuldenaar (par. 8) brengt in dit laatste echter verandering (par. 10). Dat gedrag activeert art. 6:266 lid 2 BW: indien tijdens schuldeisersverzuim een onmogelijkheid intreedt die aan de schuld van de schuldenaar is te wijten, kan de schuldeiser de overeenkomst *toch* ontbinden.

10. *Zorgplicht schuldenaar.* Dit art. 6:266 lid 2 BW bevat, kort gezegd, het volgende eisenpaar (zie in algemene zin r.o. 3.4.4, voor de toepassing in concreto r.o. 3.5).

a. *Nakoming wordt (tijdens schuldeisersverzuim) onmogelijk.* Nu JED de order heeft geannuleerd en daarin ondanks toenaderingspogingen van K heeft volhard, heeft zij, aldus de Hoge Raad, de nakoming van haar verbintenis onmogelijk gemaakt (r.o. 3.5). De toepassing maakt duidelijk dat het begrip 'onmogelijk' hier, gelijk elders, in relatieve zin moet worden verstaan.

b. *Door schuld van/bij de schuldenaar.* Zolang de overeenkomst voortduurt, blijft, zo overweegt de Raad, de schuldenaar verplicht de redelijkerwijs van hem te vergen zorg in acht te nemen, opdat hij zal kunnen nakomen indien het schuldeisersverzuim

eindigt (r.o. 3.4.4). JED heeft dat niet gedaan en heeft dus schuld als in het artikel bedoeld (r.o. 3.5).

Het gaat hier m.i. niet om een losse zorgverbintenis, maar om de 'onderbouw' van de bestaande verbintenis tot het leveren van de prestatie. Art. 6:266 BW ontheft de schuldenaar van de *risico's* die tijdens een schuldeisersverzuim kunnen intreden. Die reductie heeft een causale achtergrond: als de schuldeiser had meegewerkt en de prestatie dus was afgewikkeld, had de schuldenaar nadien ook geen risico's meer gedragen. De wet schroeft daarom de verantwoordelijkheid van de schuldenaar terug tot situaties waarin hijzelf (of een ondergeschikte) *schuld* heeft; een redelijke zorg voor een goede afloop wordt door het schuldeisersverzuim niet geblokkeerd en mag van de schuldenaar worden gevergd. In dezelfde zin, maar dan voor schadevergoeding, art. 6:64 BW (waarover *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 230-233).

De Hoge Raad schrijft dat in deze situatie 'de schuldeiser ook tijdens het schuldeisersverzuim bevoegd is de overeenkomst te ontbinden' (r.o. 3.4.4 slot). In de marge vraag ik mij af of dit geheel zuiver is geformuleerd. Juridisch is m.i. een tussenstap waarneembaar: de nieuwe onmogelijkheid verdringt het schuldeisersverzuim als *oorzaak* van de verhindering, zodat dat schuldeisersverzuim eindigt (vgl. art. 6:58 BW), het verzuim van de schuldenaar herleeft (vgl. art. 6:61 BW), en de schuldeiser weer regulier kan ontbinden (art. 6:265 BW). Zo bezien bestaat de ontbindingsbevoegdheid niet 'tijdens' het schuldeisersverzuim, maar herleeft zij bij het einde daarvan. En voor de ontbinding geldt dat zij niet specifiek op het tekort aan zorg (r.o. 3.5 slot), maar veeleer 'gewoon' op het niet leveren van de shirts berust.

11. K heeft de overeenkomst 'bij dagvaarding buitengerechtelijk ontbonden' (r.o. 3.2.1). Inderdaad kan een schuldeiser de ontbindingsverklaring (art. 6:267 lid 1 BW) ook neerleggen in een dagvaarding (MvA, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1017) of in een ander processtuk (F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. Leiden 1993, p. 127-128).

12. Over het arrest ook F.P.C. Strijbos, *JOR* 2019/49.

Jac. Hijma