



Anton de Kom Universiteit van Suriname Bibliotheek

Universiteitscomplex, Leysweg 86, Paramaribo, Suriname, Postbus 9212
Telefoon (597)464547, Fax (597)434211, E-mail: adekbib@uvs.edu

APPROVAL

NAAM:

Ganesh Shokila Ashmi

verleent wel / niet aan de AdeKUS kosteloos de niet-exclusieve toestemming om haar / zijn Drs. / B.Sc. / M.Sc. afstudeerscriptie online beschikbaar te stellen aan gebruikers binnen en buiten de AdeKUS.

Plaats en datum,

24-6-21 Paramaribo

Handtekening

Ganesh



ANTON DE KOM UNIVERSITEIT VAN SURINAME

Faculteit der Juridische Wetenschappen

**DE POSITIE VAN DE CREDITEUR NAAR HUIDIG -EN
KOMEND RECHT**

Thesis ter verkrijging van de graad van Bachelor of Law(LLB)

Bacheloropleiding Rechten

Ganesh Shakila

Begeleider: Mr. F. Filé, MPA

Paramaribo, 22 juni 2021

Inhoudsopgave

Voorwoord

Enige afkortingen

Inleiding	5
1. De verbintenis	8
1.1 Inleiding	8
1.2 Het begrip ‘verbintenis’	8
1.3 Bronnen van verbintenissen	9
1.4 De inhoud van de verbintenis	11
1.5 Soorten verbintenissen	12
1.5.1 Inspanningsverbintenissen en resultaatsverbintenissen	13
1.5.2 Garantie verbintenissen	14
1.5.3 Alternatieve verbintenissen	15
1.5.4 Facultatieve verbintenissen	16
1.5.5 Van verbintenissen met tijdsbepaling	16
1.5.6 De voorwaardelijke verbintenissen	17
1.6 Subjecten der verbintenis	17
2. Het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis naar huidig recht	19
2.1 Inleiding	19
2.2 Nakoming	20
2.3 Het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis	21
2.3.1 Wanprestatie	24
2.3.2 Overmacht	25
2.4 Verzuim	28
2.5 Schadevergoeding wegens wanprestatie	29
3. Het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis naar komend recht.	32
3.1 Inleiding	32
3.3 Tekortschieten in de nakoming van de verbintenis in het komend recht	34
3.4 Wanprestatie	38
3.5 Overmacht	43
3.6 Verzuim	46
3.7 Schadevergoeding	49
Conclusie	55

Aanbevelingen	57
Bronvermelding	58
Bijlagen	61

Voorwoord

Ter afronding van mijn Rechten studie aan de Anton de Kom Universiteit schrijf ik deze thesis. Al in een vroeg stadium van mijn studie stond het voor mij vast dat het onderwerp van mijn thesis van privaatrechtelijke aard zou zijn. Daarom heb ik gekozen om de positie van de crediteur naar huidig en komend recht te onderzoeken. Een bijzonder woord van dank gaat uit naar Mr. Rama voor zijn begeleiding.

Via deze weg wil ik mijn dank uit brengen aan mijn ouders die gedurende mijn studieperiode hun ondersteuning aan mij hebben gegeven.

Daarnaast gaat mijn dank uit naar mijn begeleider Mevr. mr. Filé, die ik bereid heb gevonden om mij te begeleiden bij het schrijven van mijn thesis.

Voorts wil ik een ieder bedanken die op welke wijze dan ook heeft bijgedragen aan de totstandkoming van dit werkstuk waarvan ik hoop dat het een wezenlijke bijdrage kan leveren aan de Surinaamse rechtspraktijk met betrekking tot onderhavig onderwerp.

Paramaribo,

Ganesh Shakila

Enige afkortingen

- BW : Burgerlijk wetboek van Suriname
ONBW : Ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek
Art. : Artikel
Artt. : Artikelen
HR : Hoge Raad der Nederlanden
Kh. : Wetboek van Koophandel van Suriname
Rv. : Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

Inleiding

Het Surinaams Burgerlijk Wetboek (BW) is ingevoerd op 1 mei 1869 en bestaat uit vier boeken namelijk, (boek 1) Van personen, (boek 2) Van zaken, (boek 3) Van verbintenissen en (boek 4) Van bewijs en verjaring. Het verbintenissenrecht is geregeld in het derde boek van het BW. De wet geeft geen specifieke definitie van het begrip verbintenis. Het verbintenissenrecht maakt deel uit van het privaatrecht. Privaatrecht is het recht dat betrekking heeft op de verhouding tussen burgers onderling. Voorts wordt het privaatrecht verdeeld in het vermogensrecht en personenrecht. Het vermogensrecht wordt onderverdeeld in het verbintenissenrecht en het goederenrecht. Het verbintenissenrecht geeft de regels voor het onder andere ontstaan, teniet gaan en de nakoming van verbintenissen Het belangrijkste wetboek op privaatrechtelijke grondgebied is het BW.¹

Het begrip verbintenis duidt een rechtsverhouding aan tussen twee partijen, krachtens welke een der partijen, de schuldenaar of debiteur, een op het terrein van vermogen liggende prestatie verschuldigd is aan de andere partij, de schuldeiser of crediteur, die deze van haar te vorderen heeft. De prestatie wordt het object van de verbintenis genoemd, het is datgene wat er op grond van de verbintenis verricht of geleverd moet worden. De partijen bij een verbintenis worden rechtssubjecten genoemd. Een prestatie kan bijvoorbeeld bestaan uit, het leveren van een goed, het betalen van een geldsom, het verrichten van een dienst, een nalaten of combinatie hiervan.²

Ingevolge artikel (art.) 1254 BW ontstaan iedere verbintenissen, uit de wet of uit overeenkomsten. In feite komen we in het dagelijks leven voortdurend met het verbintenissenrecht in aanraking en in de meeste gevallen verloopt het goed, maar niet altijd. Het kan voorkomen dat de debiteur niet voldoet aan zijn prestatie, of dat hij niet op een behoorlijke wijze presteert. Voorts kan het ook zo zijn dat de debiteur niet presteert zoals afgesproken. Hierdoor kan de vraag rijzen: “ Wat kan de crediteur in zo een geval doen en welke rechten heeft de crediteur?” Een voorbeeld hiervan is het kopen van brood bij de supermarkt. C verkoopt een pakje brood aan A. In dit geval gaat C een koopovereenkomst aan met A. A moet dus aan C geld geven en C moet het pakje brood, aan A geven om aan de op hen rustende verplichtingen te voldoen. In casu is A de debiteur, en C de crediteur. Datgene waartoe C verplicht is (het pakje Brood leveren) en waartoe A gerechtigd is, heet

¹ Asser 4 – I, 2004, p. 1.

² Brunner, 2011, p. 5.

prestatie. Verbintenissen worden meestal zonder problemen door partijen nagekomen, maar niet altijd. Als blijkt dat A, C niet wil betalen dan kan C naar de rechter stappen ter verkrijging van een vonnis. Hij kan het vermogen van A te gelde maken middels executie van het vonnis en aldus datgene verkrijgen waarop hij recht heeft.

Suriname is thans in het proces van het vernieuwen van ons huidig BW. In 2019 gedenkt Suriname het feit dat het BW en de tegelijk daarmee ingevoerde andere wetgeving, 150 jaar bestaan. Door de jaren heen zijn er diverse (kleine) wijzigingen geweest van het BW.³ Het Ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek (ONBW) bevat zoals het huidig BW geen definitie van hetgeen onder "verbintenis" moet worden verstaan.⁴ In het ONBW is het verbintenissenrecht geregeld in boek zes.

Het is interessant om te onderzoeken welke wijzigingen het ONWB teweeg zal brengen in de positie van de crediteur wanneer de debiteur tekortschiet in de nakoming van de verbintenis en naar aanleiding van het bovenstaande is de volgende probleemstelling geformuleerd:

“Hoe wordt de positie van de crediteur naar huidig en komend recht beïnvloedt ingeval er sprake is van tekortschieten in de nakoming van de verbintenis?”

Ter beantwoording van de probleemstelling zijn de onderstaande deelvragen geformuleerd :

1. Wat is een verbintenis?
2. Wanneer is er sprake van tekortschieten in de nakoming van de verbintenis?
3. Hoe is de positie van de crediteur geregeld in het huidig BW en het ONBW ingeval van het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis?
4. Welke wijzigingen ondergaat de positie van de crediteur wegens het ONBW?

Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om kennis en inzicht te verschaffen in de positie van de crediteur naar huidig en komend recht in geval van tekortschieten in de nakoming van de verbintenis. Voorts beoogt dit onderzoek duidelijkheid te verschaffen in de wijze waarop het komende recht de positie van de crediteur zal beïnvloeden in geval van het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis.

³ Chin-A-Lin, December 2019, p. 20.

⁴ Memorie van Toelichting ONBW, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht.

Relevantie van het onderzoek

De relevantie van dit onderzoek ligt in het feit dat het bijdraagt aan kennis en inzicht hoe de positie van de crediteur geregeld is in het huidige en komende recht. Gezien het feit dat dit onderzoek inzicht verschaft in de wijze waarop de positie van de crediteur wordt beïnvloed wegens het komende recht, zal ook een oordeel gevormd kunnen worden over de noodzakelijkheid van het invoeren van het ONBW. Verder is het ook van eminent belang dat de crediteur bewust is van de mogelijkheden die het huidige en komende recht hem bieden in geval de debiteur tekortschiet in de nakoming van de verbintenis.

Methode van onderzoek

Voor beantwoording van de probleemstelling zal er literatuuronderzoek worden gedaan. Verder wordt ook een analyse gemaakt van wetgeving en jurisprudentie. Ook middels interviews met advocaten zal worden nagegaan hoe de positie van de crediteur geregeld is naar het huidige en komende recht.

Opzet

Onderhavige thesis heeft een onderverdeling van 3 hoofdstukken met paragrafen:

In hoofdstuk 1 komt deelvraag 1 aan de orde. In dit hoofdstuk wordt het begrip verbintenis besproken. Verder komen de bronnen van verbintenissen, verschillende soorten verbintenissen die kunnen ontstaan en de subjecten der verbintenissen ook aan de orde.

In hoofdstuk 2 worden deelvragen 2 en 3 besproken. Voorts wordt er in dit hoofdstuk een analyse gegeven van de positie van de crediteur naar huidige en komend recht en op welke wijze de positie van de crediteur wordt beïnvloed.

In hoofdstuk 3 komt deelvraag 4 aan de orde. In dit hoofdstuk wordt er een analyse gemaakt van de wijzigingen die de positie van de crediteur ondergaat wegens het ONBW.

1. De verbintenis

1.1 Inleiding

Verbintenissen, die behandeld worden in het derde boek van het BW, kunnen het best omschreven worden als rechtsbetrekkingen die een zuiver vermogensrechtelijk karakter hebben. Zoals in de inleiding is aangehaald duidt het begrip verbintenis, een rechtsverhouding aan tussen twee partijen, krachtens welke een der partijen, de debiteur, een op het terrein van vermogen liggende prestatie verschuldigd is aan de andere partij, de crediteur, die deze van haar te vorderen heeft. De crediteur en de debiteur zijn de personen tussen welke de verbintenis een rechtsband vormt. Deze worden daarom de subjecten der verbintenis genoemd. Het voorwerp der verbintenis, ook wel de prestatie genoemd, is datgene waartoe de debiteur verplicht en de crediteur gerechtigd is. Deze kan bestaan uit een geven, een doen of een niet-doen. De prestatie kan zowel een positieve als negatieve handeling zijn.⁵

In dit hoofdstuk wordt er verder ingegaan op hoe verbintenissen ontstaan, de inhoud van verbintenissen, de verschillende soorten verbintenissen die kunnen ontstaan en de subjecten van verbintenissen.

1.2 Het begrip ‘verbintenis’

Het verbintenissenrecht maakt deel uit van het vermogensrecht. Het vermogensrecht kan verdeeld worden in het goederenrecht en het verbintenissenrecht. Het goederenrecht gaat over de rechtsregels met betrekking tot vermogen zoals het verkrijgen van eigendom. Het verbintenissenrecht is het recht dat geldt tussen bepaalde personen die partij zijn bij de verbintenis. Zoals eerder aangehaald kent de wet geen definitie voor het begrip verbintenis. Voorts is het moeilijk de verbintenis zo te definiëren, zodat alle in de wet omschreven gevallen onder de wettelijke omschrijving vallen, omdat deze omschrijving anders te ruim uitvalt.⁶

Bij een verbintenis gaat het om twee personen die betrekking hebben op elkaar. Echter vormen niet alle rechten en verplichtingen een verbintenis in juridische zin. De verbintenis is een rechtsbetrekking, dat wilt zeggen een geregelde verhouding die door het recht erkend is. Op basis daarvan wordt de verbintenis dan gezien als een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of

⁵ Asser 4 – I, 1981, p. 10.

⁶ Brunner, 2011, p.1-5.

meer personen. De verbintenis wordt gezien als een veel ruimer begrip, welke verschillende andere categorieën omvat, zoals familierechtelijke verplichtingen, publiekrechtelijke verplichtingen en verbintenissen tussen verdragsluitende staten. Voor elke van deze verschillende categorieën gelden eigen en onderling afwijkende rechtsregels, waardoor er steeds een onderscheid moet worden gemaakt.⁷

1. 3 Bronnen van verbintenissen

Volgens de huidige wetgeving ontstaan alle verbintenissen uit overeenkomsten of uit de wet.⁸ Op grond van art. 1373 BW vloeien verbintenissen enig uit de wet of uit de wet tengevolge van het toedoen van mensen. De verbintenissen die uit de wet tengevolge van het toedoen van mensen of rechtspersonen ontstaan, vloeien voort uit een rechtmatige of een onrechtmatige daad. De verbintenissen uit de wet worden in de artikelen (artt.) 1373 & 1374 van het BW in diverse groepen verdeeld, naar de fundamentele omstandigheden waaraan de wet het ontstaan van de verbintenis verbonden heeft.

De wettelijke voorschriften, waarin staat aangegeven dat alle verbintenissen uit een overeenkomst of uit de wet ontstaan, is niet helemaal correct. Het is niet correct omdat bij 'de verbintenis die uit een overeenkomst' ontstaat de inhoud rechtstreeks voortvloeit uit de wil van partijen. In art. 1254 BW worden twee ongelijksoortige grootheden met elkaar vergeleken. Voor het ontstaan van een verbintenis is steeds een feit en een rechtsregel nodig. Ook blijkt de bepaling niet volledig te zijn, omdat aan de ene kant behalve overeenkomsten ook andere rechtshandelingen verbintenissen kunnen doen ontstaan en daarentegen ook verbintenissen kunnen voorkomen die ontstaan uit het ongeschreven recht.⁹

Ook de rechtspraak gaat er van uit dat verbintenissen niet per se hoeven voort te spruiten uit slechts overeenkomst of wet. Art. 1254 BW moet veel ruimer worden geïnterpreteerd. Volgens de Hoge Raad (HR) moet het begrip "wet" van art. 1254 BW niet te eng worden uitgelegd.

⁷ Asser 4 – I, 1981, p. 4-5.

⁸ Art. 1254 BW.

⁹ Asser 4 – I, 1981, p. 52-53.

Uit de zinsnede “uit de wet” volgt niet dat voor elke verbintenis een speciale wetsbepaling geschreven moet zijn. Als een direct wetsartikel ontbreekt, dan moet de oplossing worden aanvaard, die past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen”.¹⁰

Verbintenissen kunnen onder andere ontstaan uit ¹¹:

- De wet; bijvoorbeeld bij het beschadigen van andermans zaak. Er ontstaat dan een wettelijke schadevergoedingsplicht;
- Uit een overeenkomst; bijvoorbeeld de koper heeft recht op levering van de auto als hij daarvoor heeft betaald.
- Rechterlijke uitspraken; bijvoorbeeld de rechter bepaalt dat een onderneming schadevergoeding moet betalen vanwege het plegen van contractbreuk.

De bronnen van de verbintenis vormen geen gesloten (wettelijk) systeem meer. Ook uit ongeschreven recht kunnen verbintenissen ontstaan, indien de wet daartoe aanknopingspunten biedt. Als bron van verbintenissen fungeert in dit geval dan de redelijkheid en billijkheid. Het ontstaan van een schadevergoedingsverplichting ter zake van afgebroken onderhandelingen (goede trouw in de precontractuele fase) is een voorbeeld van een verbintenis met een wettelijk aanknopingspunt.¹²

Een goed voorbeeld van de werking van redelijkheid en billijkheid voor de aanvulling van een ongeregeld geval is het Staalman/Horeca arrest. Het betrof een wachtgeldregeling voor een ontslagen werknemer in de horeca. Het bedrijf kende hem een wachtgeld toe, indien hij geen of minder inkomsten uit dienstbetrekking zou hebben dan in de vorige betrekking. De man had wel een inkomen, niet uit een dienstbetrekking, maar als zelfstandige ondernemer. Nadat door uitlegging feitelijk was vastgesteld dat partijen niet bedoeld hadden dat die andere inkomsten niet ter zake zouden doen, maar dat zij dat geval ongeregeld hadden gelaten, werden die inkomsten op grond van de billijkheid mede in aanmerking genomen voor het recht op wachtgeld.¹³

¹⁰ HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548, Quint-Te Poel.

¹¹ De Ruiter, 2016, p. 37; Art. 1254 BW.

¹² HR 18 juni 1982, NJ 1983, Plas-Valburg.

¹³ HR 29 juni 1962, NJ 1962/285, Staalman/Horeca.

Gelet op het onderwerp van de thesis, wordt de focus gelegd op verbintenissen die uit overeenkomsten ontstaan.

1.4 De inhoud van de verbintenis

De inhoud van de verbintenis wordt gevormd door de prestatie die de debiteur verplicht is te leveren en waarop de crediteur tevens recht heeft. Als de verbintenis uit de wet voortvloeit, dan wordt de inhoud en omvang van de verbintenis door de wet bepaald. Bij verbintenissen die ontstaan uit een rechtshandeling, vooral uit overeenkomsten is de uitleg in principe overgelaten aan partijen, zij bepalen wat de verbintenis zal inhouden. Derhalve wordt aan de objectieve taalkundige betekenis van de woorden van de overeenkomst meer gewicht wordt toegekend dan aan de woorden van de wet. Wordt door partijen vastgesteld dat de gebruikte bewoordingen een bepaalde betekenis hebben dan is dat de betekenis van de overeenkomst.¹⁴

In dit geval is het voor de rechter niet weggelegd dat hij zijn eigen op objectieve gronden berustende mening daarvoor in de plaats kan stellen. Dit is gebaseerd op de autonomie van partijen om zelfstandig de rechtsverhouding op hun manier te regelen. Anders dan de uitleg van de wet, heeft de uitleg van de verbintenissen uit overeenkomst dan een subjectief element. Bij meningsverschillen tussen de partijen over de inhoud van de verbintenis, moet deze vastgesteld worden door de rechter.¹⁵ Er moet door de rechter dan gekeken worden naar de bewoordingen van de overeenkomst. Indien deze duidelijk zijn, dan mag daarvan niet worden afgeweken.¹⁶

In het Haviltexarrest heeft HR beslist, dat ‘voor de vraag waartoe partijen bij een overeenkomst jegens elkaar gehouden zijn, het aan komt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’. Daaraan werd ook toegevoegd dat ‘daarbij mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht’.¹⁷

¹⁴ Brunner, 2011, p. 18-21.

¹⁵ Brunner, 2011, p. 21.

¹⁶ Brunner, 2011, p. 21; Art. 1363 BW.

¹⁷ HR 13 maart, 1982, LJN AG4158, NJ 1981/635, Ermes/Haviltex.

In de haviptextformule wordt verwezen naar redelijkheid wanneer het gaat om wat partijen van elkaar mochten verwachten dat de bewoordingen van een beding betekenen. Deze verwijzing geeft aan de uitleg van overeenkomsten, en daar de vaststelling van de inhoud van verbintenissen, een bindend element. Er moet bij de uitleg van worden uitgegaan dat partijen als redelijke mensen met elkaar een overeenkomst aangaan, zodat bij de uitleg alleen met zinnelijke (redelijke) verwachtingen rekening gehouden kan worden. Wat partijen dachten en mochten denken dat de verbintenis inhield, hoeft niet bepalend te zijn voor hun rechtsverhouding, indien deze wordt gecontroleerd met het objectief recht. Het beding is nietig als het in strijd is met de wet of goede zeden of de openbare orde. Indien er sprake is van een wilsgebrek dan heeft dat tot gevolg dat de overeenkomst vernietigbaar is.¹⁸

Voor alle verbintenissen is vereist, dat de debiteur en de crediteur zich moeten gedragen conform de eisen van redelijkheid en billijkheid. De wet voorziet niet voor alle mogelijke gevallen een oplossing. In deze gevallen moet de eis van redelijkheid en billijkheid voor een oplossing zorgen, waarbij de aard van de rechtsverhouding, de omstandigheden van het geval en de wederzijdse belangen bepalend zijn. Dit wordt de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid genoemd. Het gaat er dus om, dat het ongeschreven recht aanvult wat in de wet of overeenkomst niet geregeld is.¹⁹

Bij het vaststellen van de inhoud van de verbintenis en de nakoming hiervan, spelen naast de wettelijke regelingen, de normen van het objectief recht, het gewoonterecht, de eisen van redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol. De eisen van redelijkheid en billijkheid zijn belangrijk in geval men onzeker is of de crediteur in een concrete situatie tot een bepaald gedrag verplicht is. Aan de eisen van behoorlijk gedrag moet in dit geval de doorslag worden gegeven.²⁰

1.5 Soorten verbintenissen

Ingevolge art. 1255 BW zijn verbintenissen vanouds naar de inhoud te onderscheiden in verbintenissen om te geven, te doen of niet te doen. Een voorbeeld van verbintenissen die strekken om iets te geven zijn verbintenissen tot overdracht van een goed evenals verbintenissen die uit koop

¹⁸ Artt. 1341-1349 BW; Brunner, 2011, p. 21-22.

¹⁹ Brunner, 2011, p. 23-25.

²⁰ Brunner, 2011, p. 22-25.

of schenking voortvloeien.²¹ Bij verbintenissen om te geven ontstaat de verplichting om de zaak te leveren en deze te behouden tot op het tijdstip der levering. Ook rust op de debiteur de verplichting om als een goede huisvader te zorgen voor de te leveren zaak.²²

Verbindenissen om te doen ontstaan uit overeenkomsten tot het verrichten van werkzaamheden, zoals de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van aanneming van werk, de overeenkomst van opdracht (verrichten van diensten), de overeenkomst tot bewaring en tot vervoer. Als er gesproken wordt over een verbintenis om niet, dan wordt daarmee bedoeld dat bij deze verbintenis geen tegenprestatie verplicht is. Verbindenissen om niet ontstaan meestal uit een eenzijdige overeenkomst zoals een schenking, bruikleen, een renteloze geldlening.²³

Men kan de verbintenissen indelen volgens ²⁴:

- De aard van het voorwerp: inspannings- en resultaatsverbintenissen.
- Het aantal voorwerpen van de verbintenis: alternatieve verbintenissen.
- De modaliteiten van verbintenissen: verbintenis met een tijdsbepaling en voorwaardelijke verbintenissen.

1.5.1 Inspanningsverbintenissen en resultaatsverbintenissen

Gewoonlijk worden verbintenissen om te doen verdeeld in inspannings- en resultaatsverbintenissen. Deze onderscheiding is belangrijk voor de vraag als de verbintenis is nagekomen. Indien de debiteur het resultaat dat hij beloofd had niet kan leveren, dan is het niet leveren daarvan tevens de vaststelling dat de verbintenis niet is nagekomen. Praktisch is dit onderscheid van belang voor de stelplicht en bewijslast. Indien de debiteur zich verbonden heeft tot het bewerkstelligen van een zeker resultaat, dan kan de crediteur volstaan met de stelling dat de debiteur het toegezegde resultaat niet heeft bewerkstelligd. In geval er sprake is van een inspanningsverbintenis die niet tot het verhoopte resultaat heeft geleid, dan moet de crediteur stellen en bewijzen dat de debiteur niet de vereiste inspanning heeft geleverd voordat zijn aansprakelijkheid aan de orde komt.²⁵

²¹ Brunner, 2011, p. 42.

²² Art. 1256 BW.

²³ Brunner, 2011, p. 42.

²⁴ Brunner, 2011, p. 42-49.

²⁵ Brunner, 2011, p. 42.

Als het gaat om een verbintenis tot het verrichten van een zekere inspanning zoals bij de verbintenis tot het verrichten van arbeid in dienstbetrekking, tot het geven van onderwijs of tot verzorging van een patiënt, dan is er sprake van nakoming indien de debiteur de van hem te verwachten inspanning heeft geleverd om de werkzaamheden te verrichten.²⁶ De verbintenis is nagekomen indien de debiteur de van hem te verwachten inspanning heeft geleverd om de werkzaamheden te verrichten, de leerlingen te onderwijzen of de patiënt te verzorgen. Het feit dat de leerling van het onderwijs weinig heeft opgestoken of de patiënt is komen te overlijden, zegt in beginsel niets over de vraag als de debiteur de door hem verschuldigde prestatie al dan niet heeft verricht.²⁷

Bij resultaatsverbintenissen is het anders. Als een zaak geleverd moet worden volgens koop of schenking of enige andere titel van overdracht, dan moet het aangenomen werk voltooid zijn, ingeval het ten vervoer wordt meegegeven moet het op tijd op de plaats van bestemming worden afgeleverd en mag het ook niet beschadigd worden. Dit alles is vereist voor nakoming van de verbintenis. Wordt de zaak bijvoorbeeld beschadigd tijdens het vervoeren dan is de verbintenis niet (behoorlijk) nagekomen.²⁸

1.5.2 Garantie verbintenissen

Zoals hierboven is aangehaald, is er sprake van tekortschieten in de nakoming van een resultaatsverbintenis indien door de debiteur het gewenste resultaat niet wordt vervuld. Dit wil echter niet zeggen dat de debiteur aansprakelijk is voor de gevolgen hiervan. De debiteur is pas aansprakelijk als de tekortkoming aan hem kan worden toegerekend. Er bestaan ook verbintenissen waarbij de debiteur absoluut instaat voor het resultaat, namelijk de garantieverbintenissen.²⁹

Een voorbeeld van de garantie verbintenis is de verbintenis van de verkoper tot eigendomsoverdracht aan de koper. In geval de koper niet door levering van de verkochte zaak eigenaar wordt omdat de verkoper niet beschikkingsbevoegd was dan wil dit zeggen dat de verkoper zijn verbintenis tot eigendomsoverdracht niet is nagekomen. De koper kan dan de verbintenis ontbinden wegens wanprestatie, de zaak teruggeven en de koopprijs terugvorderen.³⁰

²⁶ Brunner, 2011, p. 41-42.

²⁷ Brunner, 2011, p. 42-43.

²⁸ Brunner, 2011, p. 42-43.

²⁹ Brunner, 2011, p. 43.

³⁰ Brunner, 2001, p. 43.

Garantieverbintenissen komen in verschillende vormen voor. Zo zijn bekend de contractuele garanties en exoneratiebedingen. Bij contractuele garanties kan gedacht worden aan de garanties die de verkoper aan de koper geeft dat het verkochte goed niet gebrekkig is en bruikbaar is voor normaal gebruik. Krachtens art. 1287 BW heeft garanderen, wanprestatie als gevolg. Deze bepalingen zijn van regeland recht, zodat daarvan bij overeenkomst kan worden afgeweken. In de praktijk wordt de gegeven garantie beperkt, meestal in tijd, terwijl ook de omvang vaak beperkt wordt tot bijvoorbeeld vervanging van het gebrekkige onderdeel. Zulke beperkte garanties zijn gelijktijdig exoneratiebedingen vanwege het feit dat de aansprakelijkheid van de verkoper uit wanprestatie kan beperken.³¹

Indien de debiteur bij inspanningsverbintenissen niet voor het resultaat van zijn inspanning instaat, wordt door hem vaak uitdrukkelijk of stilzwijgend, garanties opgewekt. In dit geval staat de advocaat of arts tegenover zijn cliënt. Het gaat dan niet alleen erom dat hij de vereiste kwalificaties heeft, maar ook dat hij de kennis en kunde heeft die een goede advocaat of arts moet bezitten. Indien hij niet over deze kwalificaties beschikt en om die reden niet het gewenste resultaat oplevert, dan is hij tekort geschoten in de nakoming van zijn verbintenis, ongeacht in welke mate hij zich ook heeft ingespannen om de zaak te winnen of de patiënt te genezen.³²

Garanties kunnen stilzwijgend worden gegeven. Een voorbeeld hiervan is het Steendijkpolder arrest. De gemeente Maassluis, die bouwgrond had verkocht, waarbij de koper zich verplichtte daarop woningen te bouwen, geacht stilzwijgend te hebben gegarandeerd dat de grond voor woningbouw geschikt was. Toen dat niet het geval bleek te zijn, omdat de grond verontreinigd was als gevolg van opspuiting met havenslib, was de gemeente uit de garantie aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade.³³ Bij garantieverbintenissen levert iedere tekortkoming in de nakoming van de verbintenis, wanprestatie op. Ongeacht of de debiteur wel of geen schuld heeft.

1.5.3 Alternatieve verbintenissen

Bij bepaalde verbintenissen staat de inhoud van de prestatie niet onmiddellijk vast, omdat er door de partij die keuzerecht heeft, nog gekozen moet worden welke van de alternatieve prestaties zal worden verricht. Zulke verbintenissen worden alternatieve of keuzeverbintenissen genoemd.

³¹ Brunner, 2011, p. 44.

³² Brunner, 2011, p. 44.

³³ HR 9 oktober 1992, NJ 1994/286-290; Steendijkpolder.

Meestal blijkt uit het beding dat bij overeenkomst of andere rechtshandeling is gemaakt aan wie het keuzerecht toekomt.³⁴ De debiteur kan dus bijvoorbeeld bij overeenkomst bedongen hebben, dat hij te zijner keus de gekochte auto van een bepaald merk en type mag leveren in de kleur grijs of zwart. Zo kan ook een erflater in zijn testament een legaat hebben toebedacht aan een derde, die uit de boedel een schilderij zal mogen kiezen of die mag kiezen tussen een bepaalde kast en een in het testament bepaalde geldsom. In dit geval zijn erfgenamen de debiteuren van het legaat, en de legataris is de crediteur met het keuzerecht.³⁵ Alternatieve verbintenissen zijn in de artt. 1293-1298 van het BW geregeld.

1.5.4 Facultatieve verbintenissen

Een facultatieve verbintenis is ook een verbintenis met een keuzerecht voor een van beide partijen of voor een aangewezen derde. Deze verbintenis komt veel voor maar een aparte regeling komt niet in de wet voor. In tegenstelling tot de alternatieve verbintenis staat echter bij de facultatieve verbintenis vanaf het begin vast tot welke prestatie de debiteur verplicht is. De partij met keuzerecht kan ervoor kiezen dat de facultatieve prestatie eerst plaatsvindt.³⁶

1.5.5 Van verbintenissen met tijdsbepaling

De debiteur die aan deze bepaling is gebonden, is eerst na het verlopen van de vastgestelde tijd tot de prestatie verplicht. Vóór het tijdstip kan niet worden verwacht dat de debiteur onmiddellijk aan zijn verplichting voldoet.³⁷ Een tijdsbepaling stelt de verbintenis niet uit, maar slechts haar uitvoering.³⁸ De regels voor verbintenissen met een tijdsbepaling zijn geregeld in de artt. 1289-1298 van het BW.

³⁴ Brunner, 2011, p. 43-45.

³⁵ Brunner, 2011, p. 45.

³⁶ Brunner, 2011, p. 46.

³⁷ Brunner, 2011, p. 46-50.

³⁸ Art. 1289 BW.

1.5.6 De voorwaardelijke verbintenissen

In het BW is opgenomen dat *“een verbintenis voorwaardelijk is, wanneer men deze doet afhangen van een toekomstige en onzekere gebeurtenis, hetzij door de verbintenis op te schorten, tot zodanige gebeurtenis plaats heeft, hetzij door de verbintenis te doen vervallen, naarmate de gebeurtenis al of niet voorvalt”*.³⁹

Voorwaardelijke verbintenissen zijn onder voorbehoud aangegaan en hebben daarom een voorlopig karakter. De meeste voorwaarden worden bij rechtshandeling zoals testament, aanbod en overeenkomst bedongen. Voorwaarden kunnen positief en negatief geformuleerd zijn. Er wordt van een positieve voorwaarde gesproken als er een aangelegenheid moet plaatsvinden en van een negatieve voorwaarde als er een gebeuren moet wegblijven.⁴⁰

1.6 Subjecten der verbintenis

Zoals eerder aangehaald is de regeling voor de verbintenis uit de wet geschreven voor slechts twee partijen, de debiteur en de crediteur. Maar er komen ook veel verbintenissen voor met meer dan twee partijen. Het is mogelijk dat meer personen als debiteur van dezelfde schuld aan één crediteur verbonden zijn of meerdere creditoren aan dezelfde debiteur verbonden zijn. In zo'n situatie wordt er gesproken van pluraliteit van partijen.⁴¹

De prestatie bepaalt als de debiteuren, ieder voor een deel of geheel voor de schuld aansprakelijk zijn. De debiteuren zijn ieder slechts voor een gelijk deel verbonden, als de prestatie deelbaar is. Tenzij uit de wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk aansprakelijk zijn.⁴² Is de prestatie integendeel ondeelbaar of resulteert uit de wet, gewoonte of een rechtshandeling dat de debiteuren van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.⁴³ Als een schuld in gedeelten kan worden voldaan, dan is zij deelbaar.⁴⁴ Dit kan voorkomen bij verbintenissen om te geven. Een opmerkelijk voorbeeld van een

³⁹ Art. 1274 BW.

⁴⁰ Art. 1279 jo. 1280 BW; Pitlo 4 – 6, 2002, p. 34.

⁴¹ Brunner, 2011, p. 29.

⁴² Art. 1317 BW; Brunner, 2011, p. 30.

⁴³ Art. 1319 BW.

⁴⁴ Art. 1317 BW.

deelbare schuld is de geldschuld. De levering van een zekere hoeveelheid andere soorten zaken dan geld, zijn deelbaar. Dit wil niet zeggen dat alle verbintenissen die strekken om iets te geven deelbaar zijn, ze zijn alleen deelbaar als soortgelijke zaken verschuldigd zijn.⁴⁵

In geval de verbintenis strekt tot het geven van een bepaalde zaak, dan kan deze niet in gedeelten worden nagekomen door de debiteur. Nakoming geschiedt pas nadat de zaak aan de crediteur is afgegeven. Ook de verbintenissen om iets doen zijn ondeelbaar, als de door de debiteur verschuldigde prestatie niet volledig is verricht. De debiteur met de verplichting die voortspuit uit een verbintenis om iets niet te doen is altijd ondeelbaar. De gezamenlijke debiteuren zullen dan de verantwoordelijkheid dragen voor hetgeen dat zij, noch gezamenlijk, noch zelfstandig zullen doen wat hun niet is toegestaan tegenover de crediteur.⁴⁶

⁴⁵ Brunner, 2011, p. 30.

⁴⁶ Brunner, 2011, p. 30-31.

2. Het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis naar huidig recht

2.1 Inleiding

In het vorig hoofdstuk is de verbintenis besproken, wie een verbintenis kan aangaan, wat de bronnen zijn der verbintenissen en welke soorten verbintenissen er kunnen ontstaan. Zoals in de inleiding is aangehaald, zal er een analyse worden gemaakt van het huidig BW en het ONBW. Zo is te zien dat de ruime interpretatie van art. 1254 BW in art. 6:1 van het ONBW wordt vervat. In het ONBW ontstaan verbintenissen slechts uit de wet. Dit bevestigt het Quint-Te Poel formule en komt alle bezwaren van diverse schrijvers tegemoet. In dit hoofdstuk wordt de werking van de verbintenis verder uitgewerkt.⁴⁷ Nakomen van de verbintenis is het voldoen aan de inhoud van de verbintenis. Indien de debiteur niet aan zijn verplichting voldoet dan schiet hij tekort in de nakoming van de verbintenis.⁴⁸ De volgende paragrafen zullen behandelen wat de mogelijkheden zijn van de crediteur in geval van tekortschieten in de nakoming van de verbintenis naar huidig recht. Ook zal er gekeken worden in welke gevallen de debiteur zich mag beroepen op overmacht of als hij zich schuldig maakt aan wanprestatie naar huidig recht. Voorts wordt in paragraaf 2.6 de mogelijkheden tot schadevergoeding behandeld. In dit hoofdstuk staat de positie van de crediteur naar huidig recht centraal.

Zoals eerder is aangehaald in paragraaf 1.3 wordt de focus gelegd op verbintenissen die ontstaan uit overeenkomsten. Krachtens art. 1341 BW is voor het ontstaan van een rechtsgeldige overeenkomst vereist:

1. de toestemming van partijen;
2. de bekwaamheid van partijen;
3. een bepaald onderwerp;
4. een geoorloofde oorzaak.

⁴⁷ Praag, 2007, p. 12.

⁴⁸ Asser 4 – I, 1981, p. 151.

2.2 Nakoming

Door nakoming bereikt de verbintenis haar doel en is haar werking voorbij. De verbintenis is op een bepaalde prestatie gericht. Meestal is dit gericht op het bereiken van een zeker resultaat, zoals de levering van een zaak of de totstandbrenging van zeker werk. De verbintenis is pas vervuld, wanneer het resultaat is verwezenlijkt. In het algemeen is het daarom niet voldoende dat de debiteur datgene heeft gedaan wat in zijn vermogen ligt om dat resultaat tot stand te brengen. Hij is het resultaat en een zekere mate van inspanning verschuldigd.⁴⁹ Soms is de verbintenis enkel gericht op het gebruik van een zekere mate van inspanning. Dit zouden we kunnen omschrijven door middel van het volgend voorbeeld; de rijsschoolhouder staat volgens de regel er niet voor in dat zijn leerling voor het examen zal slagen; niet dat hij daartoe voldoende ervaring en kennis zal hebben opgedaan; hij belooft slechts daartoe te zullen doen wat redelijkerwijs van hem te vergen is. De prestatie zal hier verwezenlijken met het resultaat, maar in een voor een bepaald resultaat gebruikte inspanning. Hier wordt dus reeds door het presteren van die inspanning de verbintenis vervuld.⁵⁰

De verbintenis moet direct worden nagekomen indien er geen tijdstip is overeengekomen. In principe moet de debiteur het zelf nakomen (het maken van een schilderij), maar hij kan zich wel laten vervangen door een ander (het schilderen van een huis), indien de inhoud of strekking van de verbintenis zich niet verzet tegen vervulling door een ander.⁵¹ De hoofdregel van nakoming is dat het moet geschieden voor de crediteur. Is de crediteur handelingsonbekwaam, dan moet door de debiteur aan de wettelijke vertegenwoordiger van de crediteur worden nagekomen.⁵² Indien de debiteur zijn verplichting niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomt en dit aan hem kan worden toegerekend, dan is er sprake van wanprestatie. Als het tekortschieten niet aan de debiteur kan worden toegerekend, dan kan hij zich beroepen op overmacht (niet toerekenbare tekortkoming).⁵³ In de paragrafen 2.3 en 2.4 zullen respectievelijk wanprestatie en overmacht worden belicht.

⁴⁹ Asser 4 – I, 1981, p. 151.

⁵⁰ Asser 4 – I, 1981, p. 151.

⁵¹ Asser 4 – I, 1981, p. 151-152.

⁵² Art. 1351 jo art. 1352 BW.

⁵³ De Ruiter, 2016, p. 111-112.

2.3 Het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis

De crediteur kan op verschillende wijze in de nakoming van de verbintenis tekortschieten. In het huidige recht wordt er in art. 1265 BW een onderscheid gemaakt tussen ⁵⁴:

- I. Het niet -nakomen van de verbintenis. Van niet-nakomen is er sprake indien de debiteur helemaal niet presteert en presteren blijvend onmogelijk is. Dit kan het geval zijn wanneer de debiteur bijvoorbeeld een vaas moet leveren en deze valt en is niet meer te herstellen.
- II. Het niet - tijdig nakomen van de verbintenis. Bij niet - tijdig presteren heeft de debiteur niet op het overeengekomen tijdstip gepresteerd maar de prestatie is in dit geval nog mogelijk. In dit geval is er sprake van vertraging in de nakoming van verbintenis.
- III. Het niet - behoorlijk nakomen van de verbintenis. De debiteur komt niet - behoorlijk na indien zijn prestatie in meerdere of mindere mate tekortschiet zoals het leveren van ondeugdelijke waar.

Volgens Brunner kan het begrip ‘tekortkomen’ een vrij aantal sterk uiteenlopende gevallen bevatten. Dit houdt in dat de gevolgen verschillen naar gelang van het geval dat zich voordoet bijvoorbeeld: de onmogelijkheid die wanprestatie of overmacht oplevert. Ook het exact moment waarop men kan aannemen dat de debiteur tekortschiet kan verschillen. Is er sprake van blijvende onmogelijkheid dan treedt de tekortkoming meteen in op het moment van de onmogelijkheid. Het is hier niet belangrijk of er sprake is van wanprestatie of overmacht.⁵⁵

Indien de debiteur een opeisbare verbintenis niet volledig of behoorlijk nakomt, kan de crediteur in het algemeen in rechte vorderen ⁵⁶:

- a.* nakoming der verbintenis;
- b.* nakoming en (aanvullende) schadevergoeding ingeval van wanprestatie;
- c.* (vervangende) schadevergoeding wegens wanprestatie;
en voorts bij wederkerige overeenkomsten,
- d.* Ontbinding der overeenkomst wegens wanprestatie;

⁵⁴ Asser 4 - I 2004 , p. 234-278; De Jong, 1993, p.10.

⁵⁵ Brunner, 2011, p. 106.

⁵⁶ Asser 4 – I, 1981, p. 153 -154; De Ruiters, 2016, p.11; Artt. 1264, 1257, 1267, 1287 en 1288 BW.

e. Ontbinding met schadevergoeding.

De maatregelen zijn ook in de artt. 1264, 1284 en 1288 BW opgesomd. Zoals aangehaald in par. 2.2 is de verbintenis gericht op de prestatie en de crediteur heeft hierop alle recht. Indien de debiteur weigert om vrijwillig aan zijn verplichting te voldoen, kan de crediteur hem dwingen tot nakoming. De crediteur kan in rechte nakoming vorderen door naar de rechter te stappen en nakoming van de verbintenis door de debiteur te eisen. Deze vordering kan in het algemeen echter alleen worden toegewezen indien de schuld opeisbaar is, omdat de debiteur niet verplicht is te betalen voordat de vordering opeisbaar is. Deze vordering resulteert rechtstreeks uit de verbintenis. De afdwinging van de prestatie bij rechterlijk vonnis waartoe de gedaagde veroordeeld wordt, heet reële executie. Er kan sprake zijn van directe reële executie of indirecte reële executie.⁵⁷ De verschuldigde prestatie kan, indien mogelijk, worden afgedwongen met het tot nakoming veroordeelde vonnis. Tevens heeft de crediteur recht op schadevergoeding.⁵⁸ De wettelijke regeling van reële executie bij verbintenissen is geregeld in de artt. 1260 en 1262 van het BW.

Schadevergoeding is mogelijk naast of in de plaats van de prestatie. De verplichting om de vervangende schadevergoeding te betalen is een subsidiaire verplichting. Zij vloeit niet rechtstreeks uit de verbintenis voort, maar is een gevolg van het niet, niet-tijdig of niet behoorlijk nakomen van de verbintenis. Kort gezegd is het een gevolg van wanprestatie indien de debiteur niet voldoet aan een verplichting voortvloeiende uit een wederkerige overeenkomst. Dan heeft de crediteur ook het recht om de ontbinding van die overeenkomst te vorderen. Hij kan in het algemeen niet tegelijkertijd nakoming en ontbinding eisen.⁵⁹ Wel kan de crediteur deels nakoming en ontbinding vorderen. Ook kan hij ontbinding in combinatie met schadevergoeding eisen.⁶⁰ In het Multi Vastgoed/Nethou arrest heeft de HR bepaald dat de crediteur kan kiezen tussen nakoming, als het nog mogelijk is en schadevergoeding in enigerlei vorm met in acht neming van de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁶¹

⁵⁷ Asser 4 – I, 1981, p. 156.

⁵⁸ Asser 4 – I, 1981, p. 153 -155.

⁵⁹ Asser 4 – I, 1981, p. 153-154.

⁶⁰ Asser 4 – I, 1981, p. 154.

⁶¹ HR 5 januari 2001, NJ 2001,79.

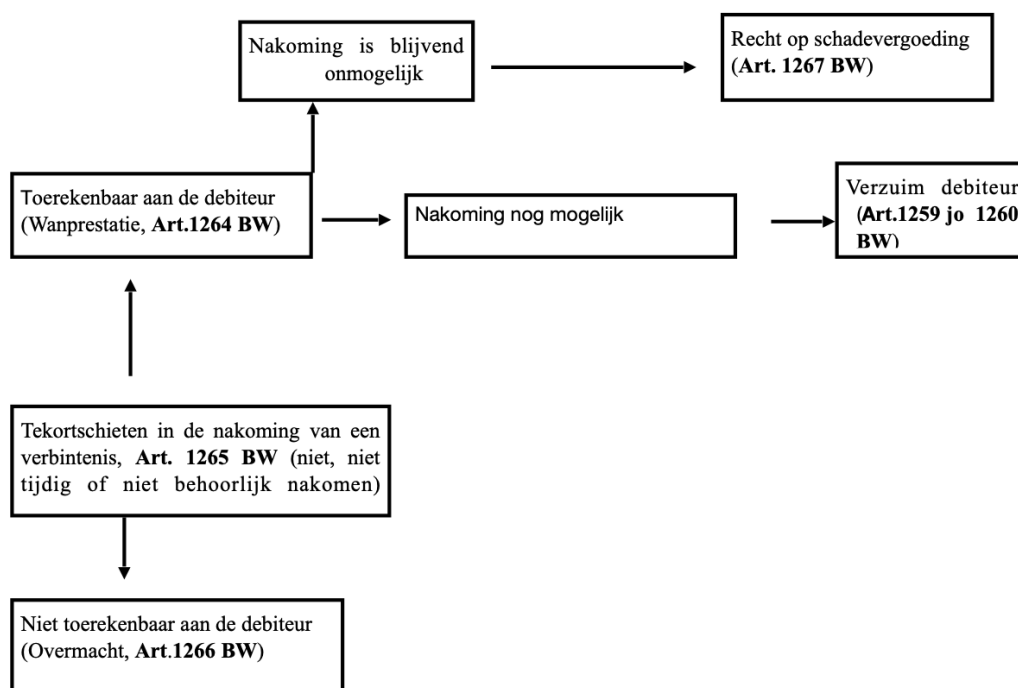
Voor de toewijsbaarheid van een vordering tot nakoming is vereist dat ⁶²:

- de verbintenis opeisbaar is
- er sprake is van een tekortkoming in de nakoming
- nakoming nog mogelijk is
- de verbintenis niet is omgezet in een verbintenis tot betaling van de vervangende schadevergoeding.

De gevolgen van de tekortkoming in de nakoming kunnen al vóór de opeisbaarheid van de vordering worden ingeroepen indien ⁶³:

- vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk is;
- uit een mededeling van de debiteur blijkt dat hij zal tekortschieten;
- De crediteur op goede gronden tekortkoming in de nakoming vreest en de debiteur niet binnen een gestelde redelijke termijn reageert op een schriftelijke aanmaning en zich bereid verklaard voor nakoming.

Figuur 1. Schematische weergave van toerekenbaar tekortschieten en niet toerekenbaar tekortschieten.



2.3.1 Wanprestatie

Onder wanprestatie wordt verstaan, een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verbintenis. De debiteur die zijn verplichting niet, niet-tijdig of niet behoorlijk nakomt, schendt het subjectief recht van de crediteur en handelt daarom in strijd met de wet. De belangrijkste consequentie van wanprestatie is dat de debiteur de aangerichte schade moet vergoeden, die ontstaan is doordat de verbintenis niet is nagekomen.⁶⁴

Wanprestatie kan leiden tot verdere consequenties. Voor de crediteur ontstaat namelijk het recht om ontbinding van de overeenkomst te vorderen, mits de verbintenis uit een wederkerige overeenkomst is voortgekomen. Echter is voor het ontstaan van de verplichting tot schadevergoeding, immers in de regel, nog vereist dat de debiteur ‘in gebreke is gesteld’.⁶⁵

Aanvankelijk kan er van het niet-nakomen van een verplichting in de eerste instantie sprake zijn, mits de schuld opeisbaar is.⁶⁶ Een handeling welke zich kenmerkt aan een onrechtmatige daad, kan haar onwettige karakter verliezen door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, namelijk overmacht. Het ONBW bezigt de uitdrukkingen niet-nakoming, tekortkoming in de nakoming van de verbintenis en tekortschieten in de nakoming als synoniemen. Het opleveren van wanprestatie door een niet-nakoming hangt er van af of zij aan de debiteur toegerekend kan worden.⁶⁷

Zoals eerder aangehaald in paragraaf 2.2 kan het tekortschieten bestaan uit ⁶⁸:

- a. Niet -nakoming
- b. Niet tijdige nakoming
- c. Niet behoorlijke nakoming

De tekortkoming kan aan de debiteur worden toegerekend indien ⁶⁹:

- er sprake is van schuld in de zin van verwijt. Hiervan is er sprake indien de debiteur de oorzaak van de tekortkoming had kunnen voorkomen.

⁶⁴ Asser 4 – I, 1981, p. 162-163.

⁶⁵ Asser 4 – I, 1981, p. 166.

⁶⁶ H.R 11 nov, 1960, N.J. 1961, 437.

⁶⁷ Asser 4 – I, 1981, p. 165.

⁶⁸ Art. 1264 jo art. 1262 BW; Asser 4 – I, 1981, p. 164-175.

⁶⁹ Van der Wiel, 2017, p. 80; Asser 4 – I, 1981, p. 266-270.

- de tekortkoming op grond van de wet voor de rekening van de debiteur komt. Een voorbeeld hiervan vinden wij in art. 1625 BW: de aannemer is verantwoordelijk voor degenen, die hij in het werk stelt. Art. 1823 BW: de lasthebber is verantwoordelijk voor degenen die hij voor de uitvoering van zijn last in zijn plaats heeft gesteld en art. 724 Kh: de vervoerder is aansprakelijk voor de schade, door vertraging in het vervoer ontstaan, tenzij hij bewijst, dat de vertraging het gevolg is van een voorval, dat hij niet heeft kunnen voorkomen.
- de tekortkoming op grond van een overeenkomst voor de rekening van debiteur komt. De debiteur kan middels een exoneratiebeding de schadeplicht verkleinen.⁷⁰ Ook kan hij zijn schadeplicht vergroten door bepaalde omstandigheden voor zijn risico te nemen. Tevens kan hij een bepaald resultaat garanderen. Indien dit resultaat niet intreedt, kan hij zich dan niet beroepen op overmacht.
- het krachtens verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.

Op grond van verkeersopvattingen kan voor rekening van de debiteur komen:

1. Financieel vermogen,
2. Ziekte van de debiteur
3. werkstaking
4. Wetsvoorschriften (buitenlandse) en overheidsmaatregelen.

2.3.2 Overmacht

In de vorige paragraaf wordt toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van de verbintenis, oftewel wanprestatie, behandeld. Deze paragraaf zal het begrip overmacht belichten. Overmacht kan worden aangeduid als een niet-toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verbintenis.⁷¹ Art. 1260 BW stelt als beginsel dat, indien de debiteur die in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet of wanprestatie pleegt, de daardoor veroorzaakte schade moet vergoeden. Hierop maakt de wet een belangrijke uitzondering, namelijk art. 1265 BW. Dit art. bepaalt dat de debiteur veroordeeld moet worden tot schadevergoeding, mits hij kan bewijzen dat het niet uitvoeren of het niet tijdig uitvoeren der verbintenis voortkomt uit een vreemde oorzaak, die niet aan hem kan worden toegerekend.

⁷⁰ Exoneratie beding: is een beding of clausele waarmee de debiteur voorkomt, dat hij in geval er sprake is van wanprestatie, schadevergoeding moet betalen.

⁷¹ Art.1266 BW.

Wil de debiteur een geslaagd beroep doen op overmacht, dan moet ten eerste duidelijk zijn dat hij de verbintenis op geen andere wijze had kunnen nakomen. Verder moet hij ook kunnen bewijzen dat de prestatie verhinderende omstandigheid niet voorzienbaar was. In de jurisprudentie wordt aangenomen dat er pas kan worden gesproken over overmacht, als er een verhindering is opgetreden na het ontstaan van de verbintenis.⁷²

De debiteur kan geen beroep doen op overmacht, indien de verhindering aan zijn schuld te wijten is. De niet-nakoming van een verbintenis moet het gevolg zijn van een voorval dat hij redelijkerwijs niet heeft kunnen voorkomen. In dit geval moet hij niet verantwoordelijk worden gesteld voor de oorzaak van het niet nakomen van de verbintenis. Dit geldt bijvoorbeeld als een verkoper het verkochte product niet kan leveren wegens diefstal. Dan is hij in dit geval ongetwijfeld ‘verhinderd’ om zijn verbintenis na te komen. Dit is echter niet voldoende voor een beroep op overmacht, de verkoper moet ten aanzien van de diefstal geen schuld te wijten hebben.⁷³

Er is pas sprake van schuld, mits de debiteur de verhindering redelijkerwijs had behoren te voorkomen of af te wenden. Echter moet er hierbij rekening gehouden worden met de strekking en de inhoud van de gegeven verbintenis en met wat in de gegeven omstandigheid een punctuele debiteur zou hebben gedaan. Indien bijvoorbeeld de te leveren zaak wordt gestolen omdat de debiteur het in een onafgesloten en onbeheerde ruimte had laten liggen, dan is die wel verantwoordelijk voor de verhindering. Een inbraak, daarentegen, kan in het algemeen niet aan de bestolene worden toegerekend.⁷⁴

Indien de debiteur een succesvol beroep op overmacht wilt doen, dan moet hij ten eerste, de crediteur duidelijk maken dat het onmogelijk is om te presteren. Ten tweede moet er sprake zijn van een verhindering in de prestatie en ten derde moet hij kunnen aantonen dat de verhindering niet veroorzaakt is door hem en dus niet aan hem kan worden toegerekend. Ondanks de verhindering buiten de schuld van de debiteur is ontstaan, kan het zijn dat de debiteur voor deze verhindering moet instaan. Het is vereist dat de debiteur indien hij een beroep op overmacht wilt doen, dat de tekortkoming in de nakoming niet aan hem kan worden toegerekend, dat het niet is te wijten aan

⁷² Asser 4 – I, 1981, p. 254.

⁷³ Asser 4 – I, 1981, p. 255.

⁷⁴ Asser 4 – I, 1981, p. 255.

zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.⁷⁵

In art. 6:75 van het ONBW wordt aan deze algemeen geaccepteerde opvatting een wettelijke grondslag gegeven.⁷⁶

Lukt het de debiteur om succesvol een beroep te doen op overmacht dan komen de volgende mogelijkheden hem tegemoet, namelijk⁷⁷:

- Krachtens de artt. 1262 en 1266 BW is de debiteur geen schadevergoeding verschuldigd. In de artt. 1265 en 1266 BW wordt er slechts één gevolg van overmacht genoemd. Dit is namelijk dat de debiteur geen schadevergoeding verschuldigd is. Al zegt de wet dit niet met zoveel woorden, maar aan een vordering tot nakoming staat de overmacht in de weg.
- De debiteur hoeft niet te presteren zolang de overmachtstoestand gaande is en kan zich daarop dus ook beroepen tegen de vordering tot nakoming.
- Blijvende onmogelijkheid van de verbintenis doet de verbintenis tenietgaan. De verhindering kan blijvend of tijdelijk zijn. Is het blijvend, dan wordt de werking van de verbintenis voorgoed opgeheven, bijvoorbeeld als de verschuldigde zaak in vlammen is opgegaan buiten de schuld van de debiteur, dan is hij voor eens en altijd bevrijd. De werking van de verbintenis wordt slechts geschorst in geval van tijdelijke overmacht. Indien de prestatie na het ophouden van de belemmering nog de verschuldigde prestatie genoemd kan worden, dan wordt de verbintenis niet voorgoed opgeheven door deze tijdelijke overmacht. Het wordt dan slechts geschorst. Een voorbeeld hiervan is een uitvoerverbod. Wordt het uitvoerverbod ingetrokken of wordt de zaak die verloren is gegaan, teruggevonden, dan herneemt in dit geval de verbintenis van de verkoper haar volle werking.

⁷⁵ Asser 4 – I, 1981, p. 256.

⁷⁶ Art. 6:75 ONBW: Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

⁷⁷ Asser 4 – I, 1981, p. 273-275.

2.4 Verzuim

Zoals eerder aangehaald in de vorige paragraaf, is voor het ontstaan van een schadevergoedingsplicht vereist dat de debiteur eerst in verzuim (oftewel in gebreke) moet zijn. De ingebrekestelling is een schriftelijke verklaring inhoudende een aanmaning van de crediteur aan de debiteur, om alsnog te presteren binnen een bepaald termijn.⁷⁸ De wet eist op grond van art. 1259 BW een bevel of soortgelijke akte. Een bevel is een aanzegging per deurwaardersexploot en een soortgelijke akte is een schriftelijke aanmaning (brief, telegram, of fax).⁷⁹ Een mondelinge of telefonische aanmaning mist rechtsgevolg.⁸⁰ Indien de ingebrekestelling wordt opgenomen in een exploit, dan kan het met een dagvaarding worden gecombineerd. De dagvaarding geldt dan, indien niet aan de aanmaning om na te komen wordt voldaan. Verder kunnen samen met de ingebrekestelling ook andere verklaringen worden bijgevoegd, zoals de omzettingsverklaring en de ontbindingsverklaring.⁸¹ De ingebrekestelling moet gebaseerd zijn op de eisen van redelijkheid en billijkheid. Voldoet de debiteur niet aan de aanmaning, dan treedt de toestand van verzuim op.⁸² Aan de hand van de oorzaak van de ingetreden schade (vertraging in de nakoming dan wel blijvende of tijdelijke onmogelijkheid) kan bepaald worden als de crediteur de debiteur eerst in gebreke moet stellen of gelijk schadevergoeding op grond van art. 1264 BW kan vorderen, namelijk indien er sprake is van ⁸³:

- A. Niet- nakoming van de verbintenis (niet presteren): in dit geval blijft de prestatie geheel uit omdat de prestatie blijvend onmogelijk of niet meer zinvol is. In geval de debiteur niet presteert is een ingebrekestelling niet vereist omdat het verzuim door het niet-nakomen van rechtswege ontstaat omdat nakomen niet meer mogelijk is of zinloos is.

⁷⁸ Art. 1259 BW.

⁷⁹ Asser 4 – I, 1981, p. 177.

⁸⁰ HvJ 16-10-1970, Sardjoe-CHM.

⁸¹ Brunner, 2011, p. 177-178.

Omzettingsverklaring: Een verklaring waarin de crediteur, de debiteur mededeelt, dat hij niet langer nakoming, maar schadevergoeding wenst.

Ontbindingsverklaring: Een verklaring waarin de crediteur, de debiteur mededeelt, dat hij nakoming verlangt binnen de gestelde termijn, maar in aansluiting daarop tevens, dat hij de overeenkomst ontbindt met ingang van het moment waarop de termijn verloopt.

⁸² Asser 4 – I, 1981, p. 177-178.

⁸³ Artt. 1265 ,1259 en 1260 BW; Praag, 2007, p. 18.

- B. Niet tijdige- nakoming van de verbintenis (te laat presteren): de prestatie is niet verricht binnen de afgesproken termijn, maar de prestatie is nog mogelijk en zinvol. In dit geval is een ingebrekestelling wel vereist.
- C. Niet behoorlijke nakoming van de verbintenis (verkeerd of ondeugdelijk presteren): de prestatie is niet volgens afspraak verlopen, maar is wel nog mogelijk. De meningen omtrent niet behoorlijke nakoming zijn verdeeld. Op grond van de heersende leer is er geen ingebrekestelling vereist, maar volgens de Hoge raad moet aangenomen worden dat bij een (herstelbaar) ondeugdelijke prestatie de crediteur met in acht neming van de goede trouw, de debiteur toch in gebreke moet stellen.

Naar mijn inziens moet de crediteur de debiteur wel in gebreke stellen indien er sprake is van een (herstelbaar) ondeugdelijke prestatie. Dit omdat de prestatie nog mogelijk en zinvol is.

2.5 Schadevergoeding wegens wanprestatie

Schadevergoeding is in het huidige BW geregeld in de artt. 1267, 1269 en 1271. Krachtens art. 1267 BW bestaat de vergoeding van kosten, schaden en interesten, in het algemeen uit het verlies dat de crediteur geleden heeft en uit de winst welke hij heeft moeten derven. Schade is het feitelijk nadeel dat uit een wanprestatie voortvloeit. De omvang van de schade is het verschil tussen de ware vermogenstoestand en de hypothetische vermogenstoestand zoals die zou zijn geweest als de wanprestatie niet had plaats gevonden. Schadevergoeding als gevolg van wanprestatie kan in geld en natura (feitelijk herstel) worden vastgesteld.⁸⁴ Dit kan worden afgeleid uit de artt. 1260, 1261 BW, 493 Rv leden 1 en 2.⁸⁵ De wetgever praat in deze artt. Over “kosten, schaden en interesten”, “beloop van schade”, “som” en “bedrag”. Deze woorden zouden aanduiden dat de wetgever met schadevergoeding, betaling in geld voor ogen heeft gehad. Dat schadevergoeding in natura mogelijk is kan worden afgeleid van het Pos-Van den Bosch arrest.⁸⁶

⁸⁴ Praag, 2007, p. 30

⁸⁵ Art. 1260 BW: Alle verbintenissen om iets te doen, of niet te doen, worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interesten, ingeval die debiteur niet aan zijn verplichting voldoet.

Art. 1261 BW: Niettemin heeft de crediteur het recht om de vernietiging te vorderen van hetgeen strijdig met de verbintenis verricht is en hij kan zich door de rechter doen machtigen om, ten koste van de debiteur, het gedane te doen vernietigen; onverminderd de vergoeding van kosten, schaden en interesten, indien daartoe gronden bestaan.

Art. 493 RV: De rechter, die een partij verwijst tot vergoeding van kosten, schaden en interesten, moet het beloop daarvan in het vonnis bepalen.

⁸⁶ ECLI:NL:HR:1967:AC4789, Pos-Van den Bosch.

In de zin van art. 1264 BW is de debiteur die tekortschiet in de nakoming van de verbintenis, schadevergoeding verschuldigd aan de crediteur, tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend. Hieruit blijkt dat het gebied van de tekortkoming verdeeld kan worden in twee delen. Enerzijds gaat het om de toerekenbaarheid. In dit geval moet de debiteur opdraaien voor de kosten van de ontstane schade. Anderzijds heb je het gedeelte waar de oorzaak van het tekortschieten niet aan de debiteur kan worden toegerekend. Dit onderscheid is van belang voor het recht op schadevergoeding van de crediteur.⁸⁷

Voor het recht op schadevergoeding moet aan de volgende vereisten worden voldaan ⁸⁸:

- De crediteur moet als gevolg van het toerekenbaar tekortschieten van de debiteur, daadwerkelijk schade hebben geleden
- Er moet sprake zijn van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis
- Deze tekortkoming moet aan de debiteur kunnen worden toegerekend
- De debiteur moet in verzuim zijn
- Er moet een causaal verband tussen de tekortkoming en de schade zijn. Dit kan worden getoetst met behulp van het stellen van de vraag: zou de schade zijn opgetreden indien de tekortkoming achterwege was gebleven? Wordt deze vraag met 'nee' beantwoord, dan is de tekortkoming conditio sine qua non voor de schade en is er voldaan aan de eis van causaal verband. Indien deze vraag met 'ja' kan worden beantwoordt, is er geen recht op schadevergoeding.

De crediteur kan als gevolg van het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis verschillende soorten schade leiden zoals ⁸⁹:

- gevolgschade (of bijkomende schade)
Gevolgschade is de vermogensschade die de crediteur ten gevolge van het feit dat de prestatie ondeugdelijk is lijdt in zijn (overige) vermogen.
- vertragingsschade
Dit is de schade die ontstaat doordat de debiteur te laat presteert.

⁸⁷ Brunner, 2011, p.151.

⁸⁸ De Rooter, 2016, p. 77; Artt. 1260, 1264, 1267 BW.

⁸⁹ Brunner, 2011, p. 172- 174.

- vervangingsschade

Vervangende schadevergoeding kan in 2 gevallen aan de orde komen namelijk: in geval het onmogelijk is om te presteren of in geval van vertraging, wanneer de crediteur de betreffende prestatie van elders wil betrekken, aangezien hij niet langer meer wil wachten op de nakoming van de debiteur. De crediteur is onder bepaalde omstandigheden bevoegd de kosten hiervoor als vervangende schadevergoeding van de debiteur te vorderen. In geval van vertraging kan de crediteur kiezen tussen nakoming en het vorderen van vervangende schadevergoeding terwijl de crediteur bij onmogelijkheid van de oorspronkelijke prestatie, verplicht is om over te gaan tot het vorderen van vervangende schadevergoeding.

Voor de vergoeding van vertragingsschade en gevolgschade wordt ook wel de term ‘aanvullende schadevergoeding’ gebruikt. Zoals eerder aangehaald kan de crediteur onmiddellijk vervangende schadevergoeding vorderen in geval van een onmogelijk geworden prestatie. Voor het vorderen van schadevergoeding stelt de wet conform art. 1264 BW vast dat de debiteur eerst in verzuim moet zijn. Als het verzuim is ingetreden kan de crediteur af zien van de oorspronkelijke prestatie en voor vervangende schadevergoeding kiezen.⁹⁰

De debiteur is krachtens art. 1269 BW, ingeval het niet-nakomen van de verbintenis aan hem kan worden toegerekend, slechts vergoeding van kosten, schaden en interesten verschuldigd aan de crediteur, welke een onmiddellijk en dadelijk gevolg zijn van het niet-nakomen van de verbintenis. Voorts is er in art. 1271 BW bepaald dat bij verbintenissen die bestaan uit de betaling van een zekere geldsom, ingeval er sprake is van vertraging in de uitvoering, de vergoeding van kosten, schaden en interesten bij wet wordt bepaald (vast percentage).⁹¹ De wetgever heeft om een ingewikkelde schadeberekening te voorkomen, een vaste maatstaf ingesteld.⁹²

⁹⁰ Brunner, 2011, p. 174.

⁹¹ Art. 1271 BW: In verbintenissen, die alleen betrekkelijk zijn tot de betaling van een zeker geldsom, bestaat de vergoeding van kosten, schaden en interesten, uit vertraging in de uitvoering voortkomende, alleen in de bij wet bepaalde interesten, behoudens bezieldere voorschriften bij wet gemaakt.

⁹² Praag, 2007, p. 37.

3. Het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis naar komend recht.

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 staat de positie van de crediteur naar huidig recht centraal. In dit hoofdstuk zal worden gekeken naar de positie van de crediteur in het komend recht en hoe deze wordt beïnvloed. Er zal worden nagegaan welke mogelijkheden het ONBW de crediteur biedt ingeval de debiteur tekortschiet in de nakoming van de verbintenis. In beginsel kan er pas sprake zijn van het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis, indien de schuld opeisbaar is.⁹³ In het huidig BW is niet elke wettelijke verplichting tot schadevergoeding geregeld. De bepalingen van de artt. 1267, 1268 en 1269 BW, gelden voor wanprestatie. In het ONBW is te zien dat de vorderingen tot schadevergoeding uit bijvoorbeeld wanprestatie en onrechtmatige daad, gebaseerd zijn op dezelfde feiten, die in het algemeen ook tot dezelfde schadevergoeding leiden.⁹⁴

3.2 Nakoming van verbintenissen

Het nakomen van een verbintenis heeft in het ONBW dezelfde betekenis als het huidig BW. De termen nakoming en voldoening zijn synoniemen en worden vaak door elkaar gebruikt. Ook wordt de term betaling in deze betekenis gebruikt. Echter heeft de term “betaling”, een ruimere betekenis, zoals die van een prestatie, ook waar geen schuld blijkt te bestaan en die leidt tot de toepassing van de regels van onverschuldigde betaling.⁹⁵ Door nakoming bereikt de verbintenis haar doel en is haar werking uitgeput en de verbintenis gaat teniet. In de artt. 6:31 tot en met 6:35 van het ONBW is in sommige gevallen, betaling niet bevrijdend, de betaling leidt dus niet tot voldoening van de verbintenis.⁹⁶ De betaling is in het huidig BW geregeld in de artt. 1403 tot en met 1424. Het ONBW berust, preciseert en werkt de inhoud van deze wettelijke regelingen van het huidig BW verder uit.⁹⁷

⁹³ HR 11 november 1960, NJ 1961, 365.

⁹⁴ Memorie van Toelichting ONBW, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.

⁹⁵ Memorie van Toelichting ONBW, Nakoming van verbintenissen.

⁹⁶ Memorie van Toelichting ONBW, Nakoming van verbintenissen.

⁹⁷ Memorie van Toelichting ONBW, Nakoming van verbintenissen.

In het huidige BW vindt het opschortingsrecht slechts incidenteel, en dan vooral in de vorm van een retentie recht plaats.⁹⁸ Het opschortingsrecht vindt zijn steun in de wet, bijvoorbeeld in de artt. 1499 en 1537 BW.⁹⁹ Het recht, geeft een algemene bevoegdheid om onder aangegeven omstandigheden de nakoming van de eigen verbintenis op te schorten zolang de wederpartij niet presteert, is ontwikkeld in rechtspraak en literatuur. Deze bevoegdheid wordt geregeld door de eisen van redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁰ In het ONBW zien we dat de eisen redelijkheid en billijkheid het opschortingsrecht in grote mate blijft beheersen.

Figuur 2. Schematische weergave van het verschil tussen het huidige BW en het ONBW met betrekking tot nakoming van verbintenissen.

HUIDIG BW	ONTWERP NIEUW BW
<p>Door nakoming bereikt de verbintenis haar doel en is haar werking voorbij. De verbintenis is op een bepaalde prestatie gericht. Meestal is dit gericht op het bereiken van een zeker resultaat, zoals de levering van een zaak of de totstandbrenging van dergelijk werk. De verbintenis is dan pas vervuld, wanneer het resultaat is verwezenlijkt.</p> <p>Art 1402 BW: Door nakoming gaat de verbintenis teniet.</p>	<p>Het nakomen van een verbintenis heeft in het ONBW dezelfde betekenis als het huidige BW.</p>

⁹⁸ Memorie van Toelichting ONBW, Opschortingsrechten.

⁹⁹ Art. 1499 BW: De verkoper is niet verplicht het goed te leveren, indien de koper de koopprijs niet betaalt, en de verkoper hem geen uitstel van betaling heeft toegestaan.

Art. 1537 BW: Indien de koper door een hypothecaire rechtsoverdracht, of door een rechtsoverdracht tot reclame, in zijn bezit verstoord is, of gegronde reden heeft om te vrezen, dat hij daarin gestoord zal worden, kan hij de betaling van de koopprijs opschorten, totdat de verkoper de stoornis heeft doen ophouden, tenzij deze liever verkoos zekerheid te stellen, of er bedongen mocht zijn, dat de koper, niettegenstaande alle stoornis, tot de betaling verplicht is.

¹⁰⁰ HR 31-1-1958, NJ 1958, 97; HR 20-3-1981, NJ 1981, 640.

HUIDIG BW	ONTWERP NIEUW BW
<p>Leveringsplicht: art 1256 BW:</p> <p>In de verbintenis om iets te geven is begrepen de verplichting om de zaak te leveren, en voor dezelve behoud, tot op het tijdstip der levering, als een goed huisvader te zorgen.</p> <p>Deze laatste verplichting is meer of minder uitgestrekt ten aanzien van zekere overeenkomsten, waarvan de gevolgen te dezen opzichte in de titels daartoe betrekkelijk aangewezen worden.</p>	<p>Art. 27 ONBW:</p> <p>Degene die een individueel bepaalde zaak moet afleveren, is verplicht tot de aflevering voor deze zaak zorg te dragen op de wijze waarop een zorgvuldig debiteur dit in de gegeven omstandigheden zou doen.</p>

Uit het bovenstaande schema kan worden afgeleid dat nakoming van een verbintenis in het ONBW dezelfde betekenis heeft als het huidig recht.

3.3 Tekortschieten in de nakoming van de verbintenis in het komend recht

Tekortschieten in de nakoming van de verbintenis heeft in het ONBW een ander betekenis dan het huidig BW. De term niet-nakoming van de verbintenis wordt in het algemeen veel gebruikt. Deze term is neutraal en is ook van toepassing, als de vordering nog niet opeisbaar is of het voor de tekortkoming vereiste verzuim nog niet is ingetreden. De bepalingen van art. 6:74 ONBW die gelden voor de gevolgen van het niet-nakomen van de verbintenis in het ONBW veronderstellen eigenlijk een tekortschieten in de nakoming van de verbintenis.¹⁰¹ In het huidig recht wordt er een onderscheid gemaakt tussen niet-nakoming, niet-tijdige nakoming en niet behoorlijke nakoming. Echter valt in het ONBW deze onderscheiding weg en komt het te vallen onder het begrip “niet-nakoming”. In het ONBW geldt het onderscheid tussen toerekenbare en niet-toerekenbare tekortkoming. Alsook tussen de vraag of de niet-nakoming berust op tijdelijke of een blijvende onmogelijkheid van de nakoming.¹⁰²

¹⁰¹ Memorie van Toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis.

¹⁰² Memorie van Toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis.

Blijvende en tijdelijke onmogelijkheid van de zaak

Er is sprake van onmogelijkheid van de nakoming als de nakoming fysiek of logisch onmogelijk is. Dit doet zich voor als bijvoorbeeld een verkoper van dure, met de hand gemaakte kleding, een dure jurk aan een klant verkoopt. Tijdens het transport van de jurk raakt deze echter zwaar beschadigd en het wordt onverkoopbaar. Natuurlijk kan de verkoper de klant een andere jurk leveren, echter is de gekochte, zeldzame jurk kapot en zo kan de verkoper niet meer aan zijn verplichtingen voldoen.¹⁰³ Er is ook sprake van onmogelijkheid van de nakoming als deze niet van de debiteur kan worden verwacht omdat de prestatie bijvoorbeeld door overheidswege verboden is, of de nakoming een onevenredig offer van de debiteur vergt.¹⁰⁴ Indien de nakoming blijvend onmogelijk is dan heeft de crediteur recht op schadevergoeding.¹⁰⁵ Deze ontstaat in dit geval gelijk op het tijdstip van de niet-nakoming.¹⁰⁶ Op dit tijdstip is de vordering tot nakoming onmogelijk en wordt de verbintenis van rechtswege in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding omgezet. De crediteur heeft ook het recht op ontbinding van de wederkerige overeenkomst waaruit de niet-nagekomen verbintenis is voortgesproten.¹⁰⁷

Als correcte nakoming nog mogelijk is dan is er sprake van een vertraging in de nakoming. De prestatie is dus tijdelijk onmogelijk. Tijdelijke onmogelijkheid in de nakoming van de verbintenis is niet expliciet opgenomen in het huidige BW. Een voorbeeld van tijdelijke onmogelijkheid is een tijdelijke vervoersverbod van de overheid. Zou de debiteur goederen moeten leveren en de overheid plaats een tijdelijk vervoersverbod dan zou hij dit niet kunnen tot het vervoersverbod wordt opgeheven.¹⁰⁸ In zo een situatie kan de crediteur pas schadevergoeding vorderen wanneer de debiteur in verzuim is gekomen. Zoals eerder aangehaald is de debiteur in verzuim nadat hij in gebreke is gesteld.¹⁰⁹ Is de debiteur in verzuim, dan geeft dit de crediteur recht op vergoeding van

¹⁰³ <https://zakelijk.infonu.nl/juridisch/61091-wanprestatie-is-nakoming-tijdelijk-of-blijvend-onmogelijk.html>, 30-6-2019.

¹⁰⁴ HR 21-5-1976, NJ 1977, 73.

¹⁰⁵ Art 6:74 jo 6:81 ONBW.

¹⁰⁶ Art. 6:84 ONBW.

¹⁰⁷ Memorie van Toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis.

¹⁰⁸ <https://zakelijk.infonu.nl/juridisch/61091-wanprestatie-is-nakoming-tijdelijk-of-blijvend-onmogelijk.html>, geraadpleegd op 30 juni 2019.

¹⁰⁹ Artt. 6:74 jo. 6:82 ONBW.

vertragingsschade.¹¹⁰ Ook kan de crediteur zijn recht op nakoming omzetten in een recht op schadevergoeding, vanaf het moment dat de debiteur in verzuim is geraakt.¹¹¹

Figuur 3. Schematische weergave van het verschil tussen het huidig BW en het ONBW met betrekking tot tekortschieten in de nakoming van de verbintenis.

HUIDIG BW	ONTWERP NIEUW BW
<p><u>Tekortschieten in de nakoming van de verbintenis</u> Art. 1265 BW:</p> <p>De debiteur moet, indien daartoe gronden bestaan, veroordeeld worden tot vergoeding van kosten, schade en interesten, zo dikwijls hij niet bewijzen kan, dat het niet uitvoeren of het niet tijdig uitvoeren van de verbintenis voorkomt uit een vreemde oorzaak, die hem niet kan worden toegerekend, al heeft er ook geen kwade trouw van zijn zijde plaats gehad.</p> <p>Onderscheiding:</p> <p>I. Het niet - nakomen van de verbintenis. II. Het niet - tijdig nakomen van de verbintenis. III. Het niet - behoorlijk nakomen van de verbintenis.</p>	<p><u>Tekortschieten in de nakoming van de verbintenis</u> Art. 6:74 ONBW:</p> <p>Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de debiteur de schade die de crediteur daardoor lijdt, te vergoeden, tenzij de tekortkoming de debiteur niet kan worden toegerekend. Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, vindt lid 1 slechts toepassing met inachtneming van hetgeen in § 2 betreffende het verzuim van de debiteur is bepaald.</p>
	<p>De bepalingen die gelden voor de gevolgen van het niet-nakomen van de verbintenis in het ONBW veronderstellen eigenlijk een tekortschieten in de nakoming van de verbintenis. In het huidig recht wordt er een onderscheid gemaakt tussen niet-nakoming, niet-tijdige nakoming en niet behoorlijke nakoming. Echter valt in het ONBW deze onderscheiding weg en geldt daar het onderscheid tussen toerekenbare en niet-toerekenbare tekortkoming. Alsook tussen de vraag of de niet-nakoming berust op tijdelijke of een blijvende onmogelijkheid van de nakoming.</p>
<p><u>Blijvende onmogelijkheid van de nakoming</u></p> <p>Er is sprake van blijvende onmogelijkheid als ls de nakoming fysiek of logisch onmogelijk is.</p>	<p><u>Blijvende onmogelijkheid van de nakoming</u></p> <p>Blijvende onmogelijkheid heeft in het ONBW dezelfde betekenis als het huidig recht.</p>
<p><u>Tijdelijke onmogelijkheid van de nakoming</u></p>	<p><u>Tijdelijke onmogelijkheid in de nakoming</u></p>

¹¹⁰ Art. 6:85 ONBW.

¹¹¹ Art. 6:87 ONBW.

HUIDIG BW	ONTWERP NIEUW BW
Als correcte nakoming nog mogelijk is dan is er sprake van een vertraging in de nakoming. De prestatie is dus tijdelijk onmogelijk. Tijdelijke onmogelijkheid in nakoming van de verbintenis is niet expliciet opgenomen in het huidig wetboek.	Tijdelijke onmogelijkheid heeft in het ONBW dezelfde betekenis als het huidig BW.

Zoals aangehaald in de bovenstaande paragrafen komt het onderscheid die het huidig recht maakt tussen niet-nakoming, niet-tijdige nakoming en niet behoorlijke nakoming, in het ONBW weg te vallen. Dit alles valt in het ONBW onder het begrip niet-nakoming. Om onduidelijkheden te voorkomen heeft het ONBW een andere onderscheiding gemaakt namelijk tussen gevallen waarin er sprake is van: toerekenbare en niet-toerekenbare tekortkoming. Alsook tussen de vraag of de niet-nakoming berust op tijdelijke of een blijvende onmogelijkheid van de nakoming.¹¹² In het ONBW geldt dezelfde theorie als het huidig recht, het is alleen anders verwoord. Er wordt in het huidig BW en ONBW steeds gekeken naar toerekenbare en niet-toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verbintenis en tijdelijke en blijvende onmogelijkheid. Het ONBW is duidelijk en helder verwoord.

Ook de regels voor onmogelijkheid van de zaak is niet geregeld in ons huidig BW. De regels die gelden voor onmogelijkheid van de zaak zijn afgeleid van de doctrine.

Mijn inziens is de onderscheiding van het ONBW duidelijker dan het huidig recht, omdat het begrip ‘tekortkomen’ een sterk uiteenlopende gevallen kan bevatten. Het kan best onduidelijk zijn wanneer je een bepaalde situatie kan kwalificeren als niet-tijdig nakomen of niet-behoorlijk nakomen. De positie van de crediteur wordt hierdoor in het ONBW versterkt. Met de tijd heen raken de oude wetten achterhaald. Daarom is het belangrijk dat de wetten voldoen aan de eisen van de hedendaagse praktijk.

¹¹² Memorie van toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis.

3.4 Wanprestatie

Zoals omschreven in paragraaf 2.5 wordt onder wanprestatie een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verbintenis verstaan. Uit de formulering van art. 6:75 ONBW, welke aansluit op het huidige recht, kan worden gezegd dat het de debiteur is op wie de bewijslast rust om aan te tonen dat de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.¹¹³ Hiernaast worden ook twee belangrijke factoren van toerekening genoemd namelijk: schuld en risico. Schuld betekent hier verwijtbaarheid, die bij risico ontbreekt.

Risico kan aan de debiteur worden toegerekend indien ¹¹⁴ :

- Het voortvloeit uit de wet. Een voorbeeld hiervan vinden wij in art. 6:76 ONBW: indien de debiteur bij de uitvoering van de verbintenis gebruik maakt van de hulp van andere personen, dan is hij voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk. Ook in art. 6:77 ONBW is een voorbeeld hiervan: de debiteur die bij de uitvoering van de verbintenis gebruik maakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, aan hem kan de tekortkoming die hierdoor ontstaat worden toegerekend. We kunnen in dit geval denken aan de fabrikant wiens machines defect raken, de verhuizer of aannemer wiens touw, kabel of hijskraan bezwijkt.¹¹⁵
- Het voortvloeit uit een rechtshandeling zoals een afwijkende beding in een overeenkomst. Partijen zijn vrij in de regeling van hun rechtsverhouding. Zij kunnen een afwijkende regeling maken die betrekking heeft op overmacht. Partijen kunnen overeenkomen dat de debiteur bepaalde feiten of gebeurtenissen garandeert. Dit is precies het omgekeerde van de vrijtekening of uitsluiting. Het wil zeggen dat vrijwel elke verhindering als wanprestatie aan de debiteur kan worden toegerekend. De debiteur garandeert (hij staat er voor in) bijvoorbeeld dat een verkochte zaak een bepaalde hoedanigheid heeft, dat een bepaald resultaat zal worden bereikt etc. Het garanderen oftewel zich sterk maken, instaan voor een bepaald gebeuren heeft wanprestatie tot gevolg als deze gebeurtenis achterwege blijft.¹¹⁶ In dit geval komt op grond van art. 6:75 ONBW een tekortkoming krachtens rechtshandeling voor de rekening van de debiteur.

¹¹³ Art. 6:75 ONBW: een tekortkoming kan de debiteur niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

¹¹⁴ Asser 4 – I, 2004, p. 247-261.

¹¹⁵ Asser 4 -I, 2004, p. 251.

¹¹⁶ Art. 1287 BW.

Ook de zogenoemde exoneratieclausules komen veel voor. Dit is een beding waarbij de debiteur zijn aansprakelijkheid beperkt of uitsluit. Indien het belang van de ene partij op vergaande wijze wordt opgeofferd aan dat van de wederpartij, kan deze nietig zijn wegens in strijd met de goede zeden of vernietigbaar zijn wegens misbruik van omstandigheden. Voor beroep op een exoneratiebeding moeten de eisen van redelijkheid en billijkheid ook in acht worden genomen.¹¹⁷

In het huidige recht heeft garanderen wanprestatie tot gevolg krachtens art. 1287 BW. Het exoneratiebeding is niet expliciet in het huidige BW en het ONBW opgenomen. Beperking van aansprakelijkheid in geval van grove schuld wordt ongeoorloofd geacht.¹¹⁸ De aansprakelijkheid van eigen “gewone” schuld kan in de regel rechtsgeldig uitgesloten worden.¹¹⁹ De debiteur kan ook de aansprakelijkheid voor de gevolgen van schuld van degene die hij te werk stelt uitsluiten. De debiteur kan zich uitsluiten van opzet en grove schuld van ondergeschikte.¹²⁰

- Het voortvloeit uit de verkeersopvattingen. In dit geval gaat het om persoonlijke omstandigheden zoals onbekwaamheid of onervarenheid en zijn financieel onvermogen.

De crediteur moet van de debiteur kunnen verwachten dat hij, bij het aangaan van de verbintenis rekening zal houden met alle voorzienbare omstandigheden. In geval er risico verbonden is aan een zo een voorzienbare omstandigheid die zich verwezenlijkt, dan is er sprake van een uit het handelen van de debiteur voortvloeiende voorzienbare belemmering die hem kan worden toegerekend. In zo een situatie gaat het erom dat de belemmering bij het aangaan van de verbintenis zo aannemelijk was te achten, dat een normaal, voorzichtige debiteur daarmee terecht rekening zou houden.¹²¹

De debiteur die een verbintenis aangaat, moet er voor zorgen dat zijn financiële toestand hem in staat zal stellen om aan zijn verplichtingen te voldoen. Geldelijke onvermogen van de debiteur komt voor zijn eigen rekening.¹²²

¹¹⁷ Asser 4 -I, 2004, p. 259 - 260.

¹¹⁸ HR 14-04-1950, NJ 1951, 17, Röntgen stralen.

¹¹⁹ HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, HBU-Saladin arrest

¹²⁰ HR 26 maart 1920, NJ 1920, 476, Surinaamse Post; HR 3 juni 1938, NJ 1938, 920, Bovag I.

¹²¹ Asser 4 -I, 2004, p. 253-254.

¹²² Asser 4 – I, 2004, p. 254.

Bij het aangaan van een verbintenis waarbij de debiteur, persoonlijk de prestatie moet verrichten (bijvoorbeeld een zanger of portret schilder), moet de crediteur rekening houden met de mogelijkheid van persoonlijke verhinderingen. In geval de debiteur vatbaar is voor deze persoonlijke verhindering en toch de verbintenis aangaat dan komt het wel voor zijn risico. De debiteur is aansprakelijk voor fouten die een gevolg zijn van een gebrek aan ervaring, ook al kan hem geen verwijt worden gemaakt van het feit dat hij de gedraging, waarin hij in de fout ging, heeft verricht. In dit geval kunnen we denken aan een pas afgestudeerde arts die een kunstfout maakt die een ervaren collega niet zou hebben gemaakt.¹²³

De regels van niet-nakoming gelden ook in geval de nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is. In geval de debiteur zich schuldig maakt aan wanprestatie, dan kan de crediteur volgens het ONBW¹²⁴:

1. Nakoming vorderen indien er sprake is van tijdelijke onmogelijkheid. De verbintenis is gericht op de prestatie. Bij weigering van de debiteur om vrijwillig aan zijn prestatie te voldoen, kan de crediteur, de debiteur in rechte tot nakoming aanspreken. Met het tot nakoming veroordeelde vonnis kan de crediteur, zo mogelijk, de verschuldigde prestatie afdwingen.
2. Schadevergoeding vorderen. De crediteur kan als gevolg van het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis verschillende soorten schade lijden. De crediteur kan schadevergoeding vorderen als compensatie van de ondeugdelijke prestatie (vervangende schadevergoeding). Ook kan de crediteur schadevergoeding vorderen voor de vermogensschade die hij lijdt doordat de prestatie ondeugdelijk is (gevolgschade) en voor de schade die is ontstaan doordat de debiteur te laat presteert (vertragingsschade). De maatregelen omtrent het vorderen van schadevergoeding zijn in de artt. 6:95 en verder van het ONBW geregeld. Als de nakoming blijvend onmogelijk is dan kan de crediteur direct schadevergoeding vorderen. In geval van tijdelijke onmogelijkheid moet de debiteur eerst in verzuim zijn om schadevergoeding te vorderen.
3. Nakoming in combinatie met schadevergoeding vorderen.

¹²³ Asser 4-1, 2004, p. 254.

¹²⁴ Asser 4 -I, 2004, p. 275 - 280; Artt. 6:74 lid 1 jo. 6:81 ONBW; Art. 6:82 ONBW; Art. 6:265 ONBW; Art. 6:277 ONBW.

4. Ontbinding van de overeenkomst indien de verbintenis is ontstaan uit een wederkerige overeenkomst.
5. Ontbinding en schadevergoeding vorderen.

Drietal artt. die de debiteur tegemoet komen in het ONBW ¹²⁵:

1. Art. 6:88 ONBW. Krachtens art. 6:88 kan hij de crediteur door termijnstelling nopen, op straffe van beperking van diens rechten, zich uit te spreken over hetgeen hij naar aanleiding van de tekortkoming in de nakoming verlangt.
2. Art. 6:89 ONBW. Door dit art. is de crediteur verplicht om “binnen bekwame tijd” na de ontdekking (of het kunnen ontdekken) een beroep te doen op het gebrek in de prestatie.
3. Art. 6:90 ONBW. Dit art. geeft de debiteur die niet kan leveren, in noodgevallen de bevoegdheid - en legt hem soms zelfs de verplichting op - tot verkoop van de af te leveren zaken.

Figuur 4. Schematische weergave van het verschil tussen het huidig BW en het ONBW met betrekking tot wanprestatie.

HUIDIG BW	ONTWERP NIEUW BW
<p>Onder wanprestatie wordt verstaan, een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verbintenis.</p> <p>In het huidig BW is er geen definitie opgenomen voor het begrip wanprestatie.</p>	<p>Het ONBW bezigt de uitdrukkingen niet-nakoming, tekortkoming in de nakoming van en tekortschieten in de nakoming als synoniemen.</p> <p>Onder wanprestatie wordt verstaan, een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verbintenis.</p>

¹²⁵ Memorie van Toelichting ONBW, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.

HUIDIG BW	ONTWERP NIEUW BW
<p>De tekortkoming kan aan de debiteur worden toegerekend indien:</p> <ul style="list-style-type: none"> - er sprake is van schuld in de zin van verwijt. Hiervan is er sprake indien de debiteur de oorzaak van de tekortkoming had kunnen voorkomen. - de tekortkoming op grond van de wet voor de rekening van de debiteur komt. - de tekortkoming op grond van een overeenkomst voor de rekening van debiteur komt. - het krachtens verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. <p>Deze regels zijn niet expliciet opgenomen in het huidig BW.</p>	<p>De tekortkoming kan aan de debiteur worden toegerekend indien:</p> <ul style="list-style-type: none"> - er sprake is van schuld in de zin van verwijt. Hiervan is er sprake indien de debiteur de oorzaak van de tekortkoming had kunnen voorkomen. - Het voortvloeit uit de wet. - Het voortvloeit uit een rechtshandeling zoals een afwijkende beding in een overeenkomst (garanderen en vrijtekenen). - Het voortvloeit uit de verkeersopvattingen.
<p>Het voortvloeit uit de wet:</p> <p>Art 1625 BW - verantwoordelijkheid aannemer art. 1823 BW art. 74Kh</p> <p>In het huidig BW zijn de wettelijke regelingen omtrent hulppersonen en hulpzaken niet expliciet opgenomen.</p>	<p>Het voortvloeit uit de wet:</p> <p>Art. 6:76 ONBW Hulppersonen</p> <p>Art. 6:77 ONBW Hulpzaken</p> <p>In het ONBW zijn de wettelijke regelingen omtrent hulppersonen en hulpzaken expliciet opgenomen.</p>
<p>Bewijslast:</p> <p>Idem art. 1265 BW</p>	<p>Bewijslast:</p> <p>Uit de formulering van art. 6:75 ONBW, welke aansluit op het huidig recht, kan worden gezegd dat het de debiteur is op wie de bewijslast rust om aan te tonen dat de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.</p>
<p>Garanderen/ exoneratie Clausule</p>	<p>Garanderen/ exoneratie Clausule</p>
<p>In het huidig recht heeft garanderen wanprestatie tot gevolg krachtens art. 1287 BW. Exoneratie beding is niet expliciet in ons huidig BW als ONBW opgenomen.</p>	<p>Beperking van aansprakelijkheid in geval van grove schuld wordt ongeoorloofd geacht. De aansprakelijkheid van eigen “gewone” schuld kan in de regel rechtsgeldig uitgesloten worden. De debiteur kan ook de aansprakelijkheid voor de gevolgen van schuld van degene die hij te werk stelt uitsluiten. De debiteur kan zich uitsluiten van opzet en grove schuld van ondergeschikte.</p>

Naar aanleiding van het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat in het huidig als in het komend recht wanprestatie dezelfde betekenis heeft. In het huidig BW worden de regels met betrekking tot het gebruiken van hulppersonen en hulpzaken bij de uitvoering van de verbintenis afgeleid van de artt. 1625, 1823 BW en art. 74 Kh. In het ONBW zijn hulppersonen en hulpzaken expliciet behandeld in de artt. 6:76 en 6:77 ONBW. Krachtens art. 6:77 kan de debiteur aansprakelijk gesteld worden voor het gebruik maken van een zaak die ongeschikt is voor de nakoming van de verbintenis. Dit art. geeft duidelijk aan dat de debiteur indien hij tekortschiet in de

nakoming van de verbintenis omdat hij gebruik heeft gemaakt van personen of een zaak voor de nakoming van verbintenis, zich niet kan beroepen op overmacht. In het huidige recht is dit niet vastgesteld waardoor er gebruik wordt gemaakt van doctrine en jurisprudentie.¹²⁶

Bewijslast in geval er sprake is van wanprestatie rust in het huidige BW als het ONBW op de debiteur. Voor de exoneratie clausule en het garanderen wordt er in het huidige BW en ONBW gekeken naar doctrine en rechtspraak.¹²⁷

3.5 Overmacht

Iedere tekortkoming in de nakoming van de verbintenis verplicht de debiteur de schade die de crediteur daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de debiteur niet kan worden toegerekend.¹²⁸ In het huidige BW als in het ONBW wordt de niet-nakoming altijd aan de debiteur toegerekend indien de nakoming nog mogelijk is. Het toerekenen van de niet -nakoming is nauw verbonden met de verhindering van de nakoming. Pas als er sprake is van blijvende onmogelijkheid van de nakoming, dan wordt er gekeken als de niet - nakoming aan de debiteur kan worden toegerekend.¹²⁹

Met uitzondering van art. 6:80 ONBW veronderstellen de bepalingen der afdeling voor de gevolgen der niet-nakoming echter een tekortkoming in de nakoming (tekortschieten), waartoe de enkele niet-nakoming zich kan verscherpen. Dit ontstaat bij het niet nakomen van een opeisbare vordering (welke niet wordt gerechtvaardigd door gerechtigde uitoefening van een opschortingsrecht) en wel als de debiteur verantwoordelijk kan worden gesteld voor de niet-nakoming. Indien in dit geval de nakoming blijvende onmogelijk is of de debiteur in gebreke is geraakt, is er sprake van een tekortkoming. De gevolgen hiervan verschillen dan naarmate zij verantwoordelijk kan worden gesteld.¹³⁰

¹²⁶ HR 13 december 1968, NJ 1969, 174, Cadix-AEH.

¹²⁷ Memorie van Toelichting ONBW, Het totstand komen van overeenkomsten; HR 19-5-1967, NJ 1967, 261, HBU-Saladin; HR 20-2-1976, NJ 1976, 486, Pseudo-vogelpest.

¹²⁸ Art. 6:74 lid 1 ONBW.

¹²⁹ Memorie van Toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis.

¹³⁰ Memorie van Toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis.

Indien de tekortkoming niet aan de debiteur kan worden toegerekend, dan is er sprake van overmacht. De omstandigheden kunnen zo nu en dan zodanig zijn dat de crediteur nog wel kan executeren of verrekenen. Op grond van art. 6:79 ONBW is de crediteur bevoegd, indien de debiteur door een hem niet toe te rekenen oorzaak verhinderd is na te komen, door executie of verrekening het verschuldigde te verschaffen.¹³¹ Verder kan de crediteur schadevergoeding eisen, in geval: *de tekortkoming niet aan de debiteur kan worden toegerekend, maar hij in verband met die tekortkoming een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad, dan heeft de crediteur met toepassing van de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking recht op vergoeding van zijn schade tot ten hoogste het bedrag van dit voordeel.*¹³²

Met betrekking tot wederkerige overeenkomsten waarbij de debiteur tekortschiet in de nakoming van de verbintenis, kan de crediteur krachtens art. 6:265 ONBW de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas, wanneer de debiteur in verzuim is.¹³³ Krachtens art. 6:277 ONBW is: *de partij wier tekortkoming een grond voor ontbinding heeft opgeleverd, verplicht haar wederpartij de schade te vergoeden die deze lijdt doordat geen wederzijdse nakoming, doch ontbinding van de overeenkomst plaatsvindt.*

*Indien de tekortkoming niet aan de debiteur kan worden toegerekend, is lid 1 slechts van toepassing binnen de grenzen van art. 6:78 ONBW.*¹³⁴

Het ONBW maakt een onderscheiding tussen de gevallen wanprestatie en overmacht ¹³⁵:

- de tekortkoming in de nakoming van de verbintenis wel aan de debiteur kan worden toegerekend. De debiteur is in dit geval verplicht tot het betalen van schadevergoeding.
- de tekortkoming in nakoming van de verbintenis niet aan de debiteur kan worden toegerekend. Verkeert de debiteur in overmacht dan kan de crediteur geen nakoming eisen. Ook is de debiteur in beginsel geen schadevergoeding verschuldigd.

¹³¹ Memorie van Toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis.

¹³² Art. 6:78 ONBW.

¹³³ Art. 6:265 ONBW.

¹³⁴ Memorie van Toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis.

¹³⁵ Artt. 6:74 en 6:75 ONBW; Asser 4 - I, 2004, p. 236.

Overmacht kan bestaan uit ¹³⁶:

- Blijvende of tijdelijke verhindering in de nakoming van de verbintenis. Indien de verhindering van de prestatie blijvend van aard is dan wordt de werking van de verbintenis opgeheven. Indien de verschuldigde zaak buiten schuld van de debiteur in vlammen is op gegaan, is hij eens en voor altijd bevrijd.
- Gehele of gedeeltelijke verhindering in de nakoming van de verbintenis. Krachtens art. 6:74 lid 1 ONBW is de debiteur verplicht de geleden schade te vergoeden in geval van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem kan worden toegerekend. In art 6:75 ONBW worden de uitzonderingen opgenoemd namelijk: in geval de tekortkoming niet te wijten is aan de schuld van de debiteur, noch krachtens de wet, de rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Figuur 5. Schematische weergave van het verschil tussen het huidig BW en ONBW met betrekking tot overmacht.

HUIDIG BW	ONTWERP NIEUW BW
<p>Overmacht kan worden aangeduid als een niet-toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verbintenis.</p> <p>In het huidig BW als in het ONBW wordt de niet-nakoming altijd aan de debiteur toegerekend indien de nakoming nog mogelijk is.</p>	<p>Iedere tekortkoming in de nakoming van de verbintenis verplicht de debiteur de schade die de crediteur daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de debiteur niet kan worden toegerekend.</p> <p>Overmacht is in het ONBW geregeld in art. 6:74 lid 1.</p>
<p>Art. 1266 BW</p> <p>Geen vergoeding van kosten, schade en interesten heeft plaats, indien de debiteur door overmacht of door toeval verhinderd is geworden om iets te geven of te doen, waartoe hij verplicht was, of iets gedaan heeft, hetwelk hem verboden was.</p>	<p>Art. 6:74 lid 1 ONBW</p> <p>Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de debiteur de schade die de crediteur daardoor lijdt, te vergoeden, tenzij de tekortkoming de debiteur niet kan worden toegerekend.</p>

In het huidig recht is de kwestie van het toerekenen van de niet-nakoming nauwelijks verbonden met de verhindering van de nakoming, zolang de nakoming mogelijk is, wordt de niet-nakoming aan de debiteur toegerekend. Pas als er sprake is van onmogelijkheid, rijst de vraag of het tekortschieten wel of niet aan de debiteur kan worden toegerekend. Dit geldt ook voor het

¹³⁶ Memorie van Toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis.

ONBW. Indien de debiteur door een oorzaak die hem niet kan worden toegerekend, ofwel niet van het bestaan van de verbintenis op de hoogte was, of omtrent de inhoud van de verbintenis draalde, dan kan het tekortschieten niet aan de debiteur worden toegerekend. Om deze reden gebruikt het ONBW de term ‘overmacht’ niet hoewel dit wel in de literatuur wordt gebruikt om de niet toerekenbare tekortkoming aan te duiden.¹³⁷ Mijn inziens is overmacht in het ONBW beter geregeld, het is expliciet opgenomen in de wet, waardoor het duidelijk is af te lezen wanneer de debiteur in overmacht verkeerd.

3.6 Verzuim

Als er sprake is van toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van de verbintenis wilt dat niet gelijk zeggen dat de debiteur schadeplichtig is. Hiervoor is krachtens art. 6:74 ONBW verzuim vereist. Het verzuim treedt in, wanneer de debiteur in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen deze termijn uitblijft.¹³⁸

Volgens het ONBW moeten de begrippen ingebrekestelling en aanmaning worden onderscheiden. In bepaalde gevallen heeft een aanmaning geen zin, terwijl het toch gewenst is dat de crediteur de debiteur op duidelijke wijze aansprakelijk stelt voor de geleden schade. Krachtens art. 6:82 lid 2 van het ONBW kan de crediteur, indien de debiteur tijdelijk niet kan nakomen (tijdelijke onmogelijkheid) of uit zijn houding blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn, hem in gebreke stellen door een schriftelijke mededeling. In de schriftelijke mededeling moet de crediteur, de debiteur duidelijk maken, dat hij aansprakelijk gesteld zal worden voor het uitblijven van de nakoming. Ook komen er gevallen voor waarbij verzuim zonder meer intreedt, zodat geen ingebrekestelling vereist is.

Volgens art. 6:83 ONBW doet dit zich voor :

- a. *Wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft;*

¹³⁷ Memorie van Toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis; De Jong, 1993, p. 19-22.

¹³⁸ Artt. 6:80 jo 6:82 lid 1 ONBW.

- b. *Wanneer een verbintenis voortvloeit uit onrechtmatige daad of strekt tot schadevergoeding als bedoeld in art. 6:74 lid 1 ONBW en de verbintenis niet terstond wordt nagekomen;*
- c. *Wanneer de crediteur uit een mededeling van de debiteur moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis tekortschieten.*

De crediteur heeft in de bovengenoemde gevallen meteen alle mogelijkheden, die aan het verzuim van de debiteur verbonden zijn, tot zijn beschikking. De ingebrekestelling stelt het verzuim niet vast, pas als de debiteur de ingebrekestelling heeft ontvangen en de daarin vastgestelde termijn overschreden is, dan raakt de debiteur in verzuim.¹³⁹

Het intreden van verzuim beperkt de debiteur in zijn bevoegdheid tot zuivering van de tekortkoming.¹⁴⁰ Vanaf het tijdstip waarop verzuim is ingetreden, is de debiteur schadevergoeding verschuldigd.¹⁴¹ Ook kan de crediteur vanaf het tijdstip waarop verzuim is ingetreden, zijn recht tot nakoming omzetten in een recht tot vervangende schadevergoeding. Dit geschiedt door middel van een bijzondere, schriftelijke, verklaring.¹⁴² Hierdoor wordt zuivering uitgesloten.

Figuur 6. Schematische weergave van het verschil tussen het huidig BW en ONBW met betrekking tot verzuim.

¹³⁹ De Jong, 1993, p. 37- 43.

¹⁴⁰ Art. 6: 86 ONBW.

¹⁴¹ Art. 6:85 ONBW.

¹⁴² Art. 6:87 ONBW.

HUIDIG BW	ONTWERP NIEUW BW
<p>Verzuim treedt in, wanneer de crediteur de debiteur in gebreke stelt dmv een schriftelijke aanmaning om alsnog binnen een vastgestelde termijn te presteren. Verzuim treedt in wanneer de debiteur niet aan de aanmaning voldoet.</p> <p>ART. 1259 BW</p> <p>De debiteur wordt in gebreke gesteld, hetzij door een bevel of andere soortgelijke akte, hetzij uit kracht der verbintenis zelf, wanneer deze medebrengt dat de debiteur in gebreke zal zijn, door het enkel verloop van de bepaalde termijn.</p> <p>Art 1263 BW</p> <p>Indien de verbintenis bestaat in iets niet te doen, is degene, die daartegen handelt, uithoofde van die overtreding alleen, houden tot vergoeding van kosten, schaden en interesten.</p> <p>De gevolgen van verzuim zijn geregeld in de artt. 1265 en 1260 BW.</p>	<p>Art. 6:81 ONBW:</p> <p>De debiteur is in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de eisen van de artt. 6:82 en 6:83 is voldaan, behalve voor zover de vertraging hem niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is.</p> <p>ART. 6:82 ONBW:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het verzuim treedt in, wanneer de debiteur in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen deze termijn uitblijft. 2. Indien de debiteur tijdelijk niet kan nakomen of uit zijn houding blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn, kan de ingebrekestelling plaatsvinden door een schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat hij voor het uitblijven van de nakoming aansprakelijk wordt gesteld.

Uit het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat zowel in het huidig BW als het ONBW de crediteur pas schadevergoeding kan vorderen als de debiteur die tekortschiet in de nakoming van de verbintenis, eerst in verzuim is. In het ONBW is het begrip “verzuim” expliciet opgenomen in art. 6:81 en in art. 6:82 geeft de wet aan wanneer het verzuim in treedt. Als in de wet de bepalingen zijn opgenomen zoals bijvoorbeeld voor verzuim dan geeft dit rechtszekerheid aan de burgers omdat er van deze wettelijke regeling niet zomaar mag worden afgeweken. In het huidig BW als het ONBW is de debiteur in verzuim als de crediteur hem in gebreke heeft gesteld om alsnog binnen een vastgestelde termijn zijn verplichting na te komen en nakoming uitblijft. Krachtens art. 1259 BW en art. 6:82 ONBW wordt de debiteur bij schriftelijke aanmaning in gebreke gesteld.

Verzuim is in het huidig recht geregeld in art. 1259 BW en in het ONBW in art. 6:82. Het tweede lid van art. 6:82 ONBW is niet in het huidig recht opgenomen. In dit art. is bepaald dat de crediteur indien blijkt dat de aanmaning nutteloos zou zijn, de debiteur in gebreke kan stellen middels een schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat hij voor het uitblijven van de nakoming aansprakelijk gesteld kan worden. Dit is voordelig voor de crediteur omdat hij dan niet hoeft te wachten tot de vastgestelde periode is verstreken. Ook is het voordelig dat de debiteur gelijk wordt medegedeeld dat hij aansprakelijk gesteld wordt voor het tekortschieten in de nakoming, zodat hij weet waar hij aan toe is.

In sommige gevallen kan verzuim intreden zonder een ingebrekestelling. In het huidige recht geschiedt dit in geval de verbintenis bestaat uit een niet-doen en de debiteur handelt daartegen. Het gevolg hiervan is dat de debiteur verplicht is de schade, kosten en interesten te vergoeden.¹⁴³ In het ONBW treedt verzuim in zonder ingebrekestelling in de gevallen genoemd in paragraaf 3.7. Mijn inziens is het ONBW met betrekking tot art. 6:83 beter geregeld dan het huidige BW. De crediteur hoeft in de genoemde gevallen, de debiteur niet in gebreke te stellen om het verzuim te doen intreden. De crediteur hoeft dus niet te wachten tot de in de ingebrekestelling genoemd termijn is verstreken en kan gelijk overgaan tot het eisen van schadevergoeding.

Ook in art. 6:84 ONBW is geregeld dat: *elke onmogelijkheid van nakoming, ontstaan tijdens het verzuim van de debiteur en niet toe te rekenen aan de crediteur, moet aan de debiteur wordt toegerekend; deze moet de daardoor ontstane schade vergoeden, tenzij de crediteur de schade ook bij behoorlijke en tijdige nakoming zou hebben geleden.* De debiteur is krachtens art. 6:85 ONBW pas vanaf het tijdstip waarop het verzuim is ingetreden, vergoeding van verdragingschade verschuldigd aan de crediteur.¹⁴⁴ Deze twee artt. zijn niet wettelijk vastgelegd in het huidige BW en versterken naar mijn inziens de positie van de crediteur.

Met betrekking tot tijdelijke onmogelijkheid in de nakoming van de verbintenis, kan de verbintenis omgezet worden in een verbintenis tot betaling van vervangende schadevergoeding. Echter moet de debiteur eerst in verzuim zijn en de crediteur moet, de debiteur middels een bijzondere, schriftelijke verklaring mededelen dat hij schadevergoeding in plaats van nakoming vordert.¹⁴⁵ In het huidige BW is dit niet wettelijk vastgesteld.

3.7 Schadevergoeding

Schadevergoeding is in het ONBW geregeld in afdeling 6.1.10. De veelvoudige gevallen van schadevergoeding zijn die van het niet-nakomen van een verbintenis en die van een onrechtmatige daad. Echter is er ook sprake van schadevergoeding in geval van zaakwaarneming en onrechtvaardige verrijking (titel 6.4). De wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor wanprestatie zijn in de huidige wet geregeld in de artt. 1267, 1268 en 1269 BW. Deze artt. bevatten

¹⁴³ Art. 1263 BW.

¹⁴⁴ Memorie van Toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis.

¹⁴⁵ Art. 6:87 ONBW en Memorie van Toelichting ONBW, De gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis.

de bepalingen die slechts gelden voor wanprestatie. Daarnaast gelden de artt. 1391 e.v. BW alleen voor onrechtmatige daad.¹⁴⁶

De vorderingen tot schadevergoeding in het ONBW uit bijvoorbeeld wanprestatie en onrechtmatige daad, zijn gebaseerd op overeenkomstige feiten. Dit leidt in het algemeen ook tot dezelfde schadevergoeding. Dit heeft als voordeel dat samenloop minder problemen zal opleveren. Voorts geven de bepalingen van afdeling 6.1.10 in hoge mate het door rechtspraak en literatuur ontwikkelde, geldende recht weer.¹⁴⁷ Het vernieuwde art. 6:104 geeft aan dat de begroting van de schade op het bedrag van de onrechtmatig genoten winst, als algemene regel geldt. Bovendien zijn er in de artt. 6:106, 6:107 en 6:108 ONBW nieuwe regels en nuanceringen. Ook de algemene regeling van het rechterlijk matigingsrecht in art. 6:109 is vernieuwd. Tot slot ook nog de wettelijke mogelijkheid tot limitering van vergoedingsbedragen in art. 6:110. De enige bepaling van de afdeling waarvan niet contractueel kan worden afgeweken is het eerste lid van art. 6:109.¹⁴⁸

In het ONBW is dus een regeling opgenomen die in beginsel geldt voor alle gevallen waarin krachtens de wet een verplichting tot schadevergoeding ontstaat namelijk ¹⁴⁹:

- Schadevergoeding bij het niet-nakomen van een verbintenis, ongeacht de bron waaruit de verbintenis is ontstaan.
- Schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad.
- Schadevergoeding in geval van ongerechtvaardigde verrijking.
- Schadevergoeding in geval van zaakwaarneming.
- Schadevergoeding op andere in de wet geregelde gronden.
- Schadevergoeding ter opheffen van nadeel.
- Schadevergoeding bij regres verbintenissen.

Indien de wet het heeft over vergoeding van schade, die ontstaat uit het niet nakomen van een verbintenis of een onrechtmatige daad, dan bedoeld het ONBW met het woord 'schade' het feitelijk nadeel dat uit wanprestatie of onrechtmatige daad voortvloeit.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Memorie van Toelichting ONBW, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.

¹⁴⁷ Memorie van Toelichting ONBW, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.

¹⁴⁸ Memorie van Toelichting ONBW, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.

¹⁴⁹ Art 6:74 ONBW; Memorie van Toelichting ONBW, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.

¹⁵⁰ Art. 6:98 ONBW; Asser 4 -I, 2004, p. 327.

Er wordt in art. 6:95 ONBW een differentie gemaakt tussen vermogensschade en ideële schade. Ideële schade komt uitsluitend voor vergoeding in aanmerking, indien de wet het recht erop aanwijst, bij aansluiting op art. 6:106 ONBW.¹⁵¹

De vermogensschade wordt in art. 6:96 ONBW omschreven ¹⁵²:

1. Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst.
2. Als vermogensschade komen mede voor vergoeding in aanmerking:
 - a. *redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht;*
 - b. *redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid;*
 - c. *redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte,*

Art. 6:97 ONBW heeft te maken met de schade en laat in een geding daarbij als grondslag dat de rechter grote vrijheid heeft maar dat de wet op sommige punten, bijzondere regels stelt. Uit de eerste zin gelden de gewone regels van het stel-bewijslast niet, alhoewel in de tweede zin de motiveringsplicht van de rechter cruciaal is. Het begrip begroting duidt een schatting aan, in geval de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Dit alles valt samen met dat wat wordt aangenomen voor het huidig recht. Schadebegroting kan echter plaatsvinden uitgaande van abstracte, ofwel concrete berekening. Welke in dit geval het meest geschikt is, zal in de regel door de rechter bepaald worden.

Echter zijn er onder het huidig recht normen ontwikkeld voor de schadebegroting, maar deze zijn niet wettelijk vastgelegd in het huidig BW. Deze zijn ontwikkeld op basis van een abstracte waardering, zoals de marktprijs of de objectieve herstelkosten. Dit geldt ook indien er herstel plaatsvindt in het eigen bedrijf van de benadeelde.¹⁵³

¹⁵¹ Memorie van Toelichting ONBW, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.

¹⁵² Art. 6:96 ONBW.

¹⁵³ Memorie van Toelichting ONBW, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.

Ook het causaal verband tussen de schade toebrengeende gebeurtenis enerzijds en schade en haar omvang anderzijds sluit aan bij de rechtsontwikkeling gedurende de laatste decennia in literatuur en rechtspraak. Hierbij wordt in het ONBW niet langer vastgehouden aan de voorzienbaarheid als enig criterium, zoals in de artt. 1268 en 1269 van het BW voor wanprestatie wordt gehanteerd. Het criterium dat art. 6:98 ONBW stelt, biedt de rechter meer ruimte aan het wordt ook wel het "redelijkheidscriterium" genoemd.¹⁵⁴ Causaal verband wordt vereist zowel tussen de gebeurtenis en het ontstaan der schade als tussen de gebeurtenis en de omvang der schade. Als factoren bij de toerekening noemt het ONBW bij name de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade. Bij de eerste denke men aan het verschil tussen schade door wanprestatie en door onrechtmatige daad, tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid en dergelijke.¹⁵⁵

Bovendien sluit art. 6:98 ONBW zich aan bij de rechtsontwikkeling gedurende de laatste decennia in literatuur en rechtspraak. Dit art. betreft aan de ene kant het causaal verband tussen de schade toebrengeende gebeurtenis en daartegenover de schade en haar omvang. De voorzienbaarheid als enige maatstaf wordt hierbij niet langer ondersteund, zoals dat als wanprestatie wordt voorgeschreven in de artt. 1268 en 1269 van het BW. Het gestelde criterium van art. 6:98 ONBW wordt het redelijkheidscriterium genoemd en biedt hiermee de rechter meer ruimte.

In het ONBW dient de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade als factoren bij de toerekening. Bij aansprakelijkheid is het verschil tussen schade door wanprestatie en door onrechtmatige daad, tussen schuld-en risicoaansprakelijkheid van belang.

Het belang van de aard van de geschonden norm komt in de rechtspraak naar voren. Hiermee komt bij de aard van verkeers- en veiligheidsregels mee dat aan de voorzienbaarheid van het gevolg van de overtreding in het bijzonder bij de omvang van de schade geen zware eisen voor de toerekening worden gesteld. Bij de aard van de schade is van belang het onderscheid tussen enerzijds overlijdens- en letselschade en anderzijds de zaak-en vermogensschade, alsmede de typische schade waarop de wettelijke regels streven naar een risicoaansprakelijkheid.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Memorie van Toelichting ONBW, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.

¹⁵⁵ Memorie van Toelichting ONBW, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.

¹⁵⁶ Memorie van Toelichting ONBW, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding; HR 13-6-1975, 509, Amercentrale; HR 24-2-1984, NJ 1984, 415; HR 29-22-1985, NJ 1987, 291.

Figuur 7. Schematische weergave van het verschil tussen het huidig BW en het ONBW met betrekking tot schadevergoeding.

HUIDIG BW	ONTWERP NIEUW BW
<p>In de zin van art. 1264 BW is de debiteur die tekortschiet in de nakoming van de verbintenis, schadevergoeding verschuldigd aan de crediteur, tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.</p> <p>Hieruit blijkt dat het gebied van de tekortkoming verdeeld kan worden in twee delen. Enerzijds gaat het om de toerekenbaarheid. In dit geval moet de debiteur opdraaien voor de kosten van de ontstane schade.</p> <p>Anderzijds heb je het gedeelte waar de oorzaak van het tekortschieten niet aan de debiteur kan worden toegerekend. Dit onderscheid is van belang voor het recht op schadevergoeding van de crediteur.</p>	<p>De vorderingen tot schadevergoeding in het ONBW uit bijvoorbeeld wanprestatie en onrechtmatige daad, zijn gebaseerd op overeenkomstige feiten. Dit leidt in het algemeen ook tot dezelfde schadevergoeding.</p>
<p>Art. 1264 BW</p> <p>Vergoeding van kosten, schaden en interesten, voortvloeiende uit het niet nakomen van een verbintenis, is dan eerst verschuldigd, wanneer de debiteur na in gebreke te zijn gesteld, nalatig blijft om die verbintenis te vervullen, of indien hetgeen de debiteur verplicht was te geven of te doen, slechts kon gegeven of gedaan worden binnen een zekere tijd, welke hij heeft laten voorbij gaan.</p>	<p>Art. 6:95 ONBW:</p> <p>De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.</p>
<p>Art. 1267 BW:</p> <p>De vergoeding van kosten, schade en interesten, welke de crediteur recht heeft te vorderen, bestaat, in het algemeen, in het verlies hetwelk hij heeft geleden, en in de winst welke hij heeft moeten derven, behoudens de hierna vermelde uitzonderingen en wijzigingen.</p> <p>Art. 1268 BW:</p> <p>De debiteur is slechts gehouden tot vergoeding der kosten, schade en interesten, welke men voorzien heeft of heeft kunnen voorzien, ten tijde van het aangaan van de verbintenis, tenzij het aan zijn arglist te wijten zij, dat de verbintenis niet is nagekomen.</p> <p>Art. 1269 BW:</p> <p>Zelfs indien het niet nakomen van de verbintenis te wijten is aan de arglist van de debiteur, moet de vergoeding van kosten, schade en interesten, ten opzichte van de door de crediteur geleden schade en de winstderving, alleen datgene bevatten, hetwelk een onmiddellijk en dadelijk gevolg is van het niet nakomen van de verbintenis.</p> <p>Art 1270 BW:</p> <p>Indien bij de verbintenis bepaald is, dat datgene, die in gebreke blijft om dezelve na te komen, bijwege van schadevergoeding, een zekere som zal betalen, kan aan de andere partij geen meerdere noch mindere som worden toegewezen.</p>	<p>Art. 6:96 ONBW:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst. 2. Als vermogensschade komen mede voor vergoeding in aanmerking: <ul style="list-style-type: none"> • redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht; • redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid; • redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, 3. behoudens, wat de kosten als bedoeld onder b en c, betreft, voor zover in het gegeven geval krachtens art. 63a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de regels betreffende proceskosten van toepassing zijn.

HUIDIG BW**ONTWERP NIEUW BW****Art. 6:97 ONBW:**

De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.

Uit het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat schadevergoeding in het huidige recht anders geregeld is dan in het ONBW. Het huidige BW kent voor het recht op schadevergoeding (wanprestatie of onrechtmatige daad) aparte wettelijke regelingen. Terwijl het ONBW voor zowel wanprestatie als onrechtmatige daad dezelfde wettelijke regeling kent. Het voordeel hiervan is dat samenloop minder problemen oplevert. In het huidige BW wordt er geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende soorten schade. De regels die gelden voor het verbintenissenrecht zijn grotendeels afgeleid van literatuur en jurisprudentie. In het ONBW wordt er wel een onderscheid gemaakt tussen vermogensschade en ideële schade. Doordat het geregeld is in de wet, is het duidelijk en mag de debiteur niet afwijken hiervan. Mijn inziens versterkt dit de positie van de crediteur.

Conclusie

De probleemstelling van deze thesis luidt als volgt: “Hoe wordt de positie van de crediteur naar huidig en komend recht beïnvloedt ingeval er sprake is van tekortschieten in de nakoming van de verbintenis”.

Uit analyse van de relevante juridische documenten, wettelijke regelingen en literatuurstudie is gebleken dat de positie van crediteur in het ONBW versterkt wordt. Echter is het niet alleen belangrijk dat de positie van de crediteur sterk is, maar de uitvoering daarvan moet ook goed geregeld zijn.

Uit geanalyseerde relevante juridische documenten, wettelijke regelingen en literatuurstudie kunnen de volgende conclusies getrokken worden:

Met betrekking tot deelvraag 1: “Wat is een verbintenis?”, kan er geconcludeerd worden dat zowel in het huidig BW als in het ONBW, een rechtsverhouding aan duidt tussen twee partijen, krachtens welke een de partijen, de debiteur, een op het terrein van vermogen liggende prestatie verschuldigd is aan de andere partij, de crediteur, die deze van haar te vorderen heeft.

Wat betreft deelvraag 2: Wanneer er sprake is van, tekortschieten in de nakoming van de verbintenis naar huidig recht, kan er krachtens art. 1265 BW worden geconcludeerd dat er hiervan sprake is als de debiteur zijn verplichting niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomt.

Er kan verder voor wat betreft deelvraag 3: hoe de positie van de crediteur geregeld is in het huidig BW en het ONBW ingeval er sprake is van tekortschieten in de nakoming van de verbintenis, geconcludeerd worden dat de crediteur naar huidig en komend recht dezelfde mogelijkheden heeft maar in het huidig recht zijn deze niet expliciet opgenomen in het BW. De crediteur kan het volgende eisen:

- a.* nakoming der verbintenis;
- b.* nakoming en (aanvullende) schadevergoeding ingeval van wanprestatie;
- c.* (vervangende) schadevergoeding wegens wanprestatie;
en voorts bij wederkerige overeenkomsten,
- d.* Ontbinding der overeenkomst wegens wanprestatie;

e. Ontbinding met schadevergoeding.

Met betrekking tot deelvraag 4: welke wijzigingen de positie van de crediteur ondergaat wegens het ONBW, kan geconcludeerd worden dat de positie versterkt wordt. In het ONBW zijn vele onderwerpen zoals eerder aangehaald, bijvoorbeeld tekortschieten in de nakoming van de verbintenis, hulppersonen, hulpzaken verzuim, schadevergoeding uitdrukkelijk opgenomen en bepaalde van deze onderwerpen zijn ruimer geïnterpreteerd. Doordat het in het ONBW is geregeld geeft het rechtszekerheid aan partijen en kunnen zij zich laten informeren zodat ze weten waar zij aan toe zijn. Ook kan de rechter doordat het geregeld is in de wet, sneller recht spreken omdat de wet duidelijkheid verschaft.

Ook is het opmerkelijk dat het ONBW vrijwel geheel gebaseerd is op het thans in Nederland geldende BW. Dit is begrijpelijk, omdat ons BW (evenals de overige wetgevingsproducten) vóór de onafhankelijkheid volgens het concordantiebeginsel zoveel mogelijk gelijkkluidend moest zijn aan het Nederlandse recht. Na de onafhankelijkheid is Suriname niet meegegaan met de ingrijpende veranderingen in het burgerlijk recht van Nederland.¹⁵⁷

Echter is het is niet altijd alleen belangrijk dat in het ONBW de positie van de crediteur sterk is maar het is ook belangrijk dat de uitvoering daarvan goed geregeld moet zijn. Indien er sprake is van tekortschieten in de nakoming van de verbintenis, is het belangrijkste waarop er gedoeld wordt, schadevergoeding. In geval er sprake is van tekortschieten in de nakoming van de verbintenis, is het belangrijk dat de crediteur ten eerste gelijk krijgt en ten tweede betaald krijgt. De eerste stap is beslag leggen. De volgende stap is verder procederen voor de executoriale titel om te kunnen verkopen en verhalen. Echter heeft beslag leggen pas zin als de debiteur een vermogen heeft. Echter blijkt in de praktijk dat het procederen lang kan duren. Als nu het procederen bijvoorbeeld 10 jaar duurt, wilt dit dus zeggen dat de crediteur na 10 jaar gelijk heeft gekregen. Dit betekent dat de crediteur de executoriaal titel heeft gekregen. De debiteur moet dus nu betalen maar als blijkt dat de debiteur uiteindelijk geen vermogen voor verhaal heeft dan eindigt de crediteur met niks (geen schadevergoeding).¹⁵⁸ Het is dus ook belangrijk dat het executoriaal proces spoedig verloopt, omdat het kan zorgen voor verzwakking van de positie van de crediteur.

¹⁵⁷ <https://www.stamnieuws.com/index.php/welcome/index/nieuwsitem/38548?iframe=true>, geraadpleegd op 3 april 2021.

¹⁵⁸ Interview gesprek met V. Balradj, advocaat, 14 April 2020.

Aanbevelingen

In het het onderstaande worden er aanbevelingen aangedragen met de bedoeling dat de Surinaamse wetgeving wordt vernieuwd ten aanzien van de mogelijkheden die de crediteur heeft indien er sprake is tekortschieten in de nakoming van de verbintenis.

Ten aanzien van de mogelijkheden die de crediteur in het huidig recht heeft kan gezegd worden dat het noodzakelijk is dat de wetgeving wordt aangepast en de nodige acties moeten worden ondernomen om tot de uitvoering van het ONBW over te gaan. Het is van eminent belang dat het ONBW zo snel mogelijk wordt ingevoerd zodat het BW gelijk komt te staan met de actuele ontwikkelingen en dat de positie van de crediteur hierdoor versterkt wordt. Zoals in de inleiding is aangehaald dateert het huidig BW van mei 1869. In honderd één en vijftig jaren heeft er zich zoveel voorgedaan dat het achterhaald is. Voorts is uit het bovenstaande onderzoek gebleken dat een aantal onderwerpen niet geregeld zijn in het huidig recht. Daarom is het belangrijk dat het ONBW zo snel mogelijk wordt goedgekeurd.

Met betrekking tot het ONBW kan er opgemerkt worden dat het systematisch is ingedeeld. Het ONBW bestaat uit 8 boeken. Elke boek behandelt één onderwerp, bijvoorbeeld boek 6 gaat over het verbintenissen recht. Dit illustreert dat systematisch te werk gaan van belang is in het recht en zou mijn inziens ook toegepast kunnen worden bij het het procederen zodat het minder lang duurt.

Bronvermelding

Geraadpleegde Literatuur

Brunner 2011

C.J.H Brunner , Verbintenissenrecht algemeen, Deventer : Kluwer2013

B.T.M van de Wiel

B.T.M van der Wiel , Verbintenissenrecht, Den Haag : Boom juridisch 2017

C. Asser's 2004

C. Asser & A.S Hartkamp, handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht 6, Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 2004

C. Asser's 1981

L.E.H Rutten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 6. deel 1, de Verbintenis in het Algemeen, Zwolle, 1981.

G.T. De Jong 1993

G.T. de Jong, Niet –nakoming van verbintenissen, Kluwer : 1993

G.W De Ruiter 2016

G.W de Ruiter Verbintenisserecht & Ondernemingsrecht, Den Haag : Boom juridisch 2016

J.L.P Cahen 2002

J.L.P Cahen Algemeen deel van het verbintenissenrecht, Deventer Kluwer 2002

Praag 2007

R.M, Praag, Hoofdstukken Vermogensrecht, Verbintenissenrecht, Paramaribo 2007

Surinaams Juristen Blad 2019

A.F.K.Chin-a-Lin, Eénhonderd vijftig (150) jaar Surinaams Burgerlijk Wetboek, SJB December 2019, Paramaribo.

Surinaamse wetgeving

- **Het Surinaams Burgerlijk Wetboek**
Wet van 28 december 1859, betreffende de invoering van een nieuwe wetgeving in de West- Indische Koloniën, G.B. 1860 no. 4, laatstelijk gewijzigd bij S.B 2004, no. 25.
- **Het Surinaams Ontwerp Burgerlijk Wetboek**
- **Memorie van Toelichting van het Surinaams Ontwerp Burgerlijk Wetboek**
- **Het Surinaams wetboek van Koophandel**
- **Het Surinaams wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering**

Jurisprudentie

De Hoge Raad der Nederlanden

- HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.
- HR 18 juni 1982, NJ 1983.
- HR 29 juni 1962, NJ 1962/285.
- HR 13 maart, 1982, LJV AG4158, NJ 1981/635
- HR 9 oktober 1992, NJ 1994/286-290
- H.R 11 nov, 1960, N.J. 1961, 437
- HR 31-1-1958, NJ 1958, 97
- HR 20-3-1981, NJ 1981, 640.
- HR 14-04-1950, NJ 1951, 17

- HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261
- HR 26 maart 1920, NJ 1920, 476
- HR 3 juni 1938, NJ 1938, 920
- HR 20-2-1976, NJ 1976, 486
- HR 13-6-1975, 509
- HR 24-2-1984, NJ 1984, 415
- HR 29-22-1985, NJ 1987, 291.
- ECLI:NL:HR:1967:AC4789

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ 16-10-1970

Interviews

- Serena Essed, Advocaat bij Sewcharan Advocaten [vraaggesprek op 23-07-2019]
- V. Balradj, Advocaat bij Balradj Advocaten [vraaggesprek op 14-04-2020]

Geraadpleegde elektronische bronnen

- <https://zakelijk.infonu.nl/juridisch/61091-wanprestatie-is-nakoming-tijdelijk-of-blijvend-onmogelijk.html> [geraadpleegd op 30 juni 2019]
- <https://www.starnieuws.com/index.php/welcome/index/nieuwsitem/38548?&iframe=true>
[geraadpleegd op 3 april 2021]

Bijlagen

De vragenlijst van het interview met Mvr. Essed en Mr. Balradj.

1. Wat is uw mening ten aanzien van de positie van de crediteur in geval er sprake is van tekortschieten in de nakoming van de verbintenis, zoals dat nu is geregeld?
2. Ervaart u in de uitvoering van uw werkzaamheden belemmeringen vanwege het feit dat het ONBW nog niet is uitgevoerd?
3. Denkt u dat de positie van de crediteur bij het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis versterkt wordt in het ONBW?
4. In welke gevallen vermoed u dat de positie van de crediteur bij het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis versterkt wordt?
5. Kunt u een scenario aangeven waar de positie van de crediteur in geval de debiteur tekortschiet in de nakoming van de verbintenis, wel versterkt wordt in het ONBW?
6. In welk geval is de positie van de crediteur bij het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis sterker in het huidig recht dan het ONBW?
7. In welke gevallen is het ONBW nadelig voor de crediteur bij het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis?
8. In welke gevallen is het ONBW voordelig voor de crediteur bij het tekortschieten in de nakoming van de verbintenis?
9. Welke factoren kunnen belemmerend (omstandigheden of wetten) zijn voor de positie van de crediteur (huidig BW als ONBW) in geval van tekortschieten in de nakoming van de verbintenis?