

De blijvende onmogelijkheid

Wanneer is er sprake van een blijvende onmogelijkheid tot nakoming in de zin van artikel 6:80 lid 1 sub a BW?

Martijn Loth en Otto Sleeking¹

Op grond van art. 6:80 lid 1 sub a BW treden de gevolgen van niet-nakoming in voordat een vordering opeisbaar wordt indien vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn. Dit betekent dat de verzuimregeling niet van toepassing is en de schuldeiser 'vroegtijdig' een beroep kan doen op een aantal rechtsmiddelen.² Zo kunnen schulden worden verrekend, kan vervangende schadevergoeding worden gevorderd of kan de overeenkomst direct worden ontbonden.³

Van blijvende onmogelijkheid in de context van art. 6:80 lid 1 sub a BW is sprake wanneer een prestatie blijvend onmogelijk zal zijn zodra deze opeisbaar wordt⁴ en dit (naar menselijke berekening) objectief vaststaat.⁵ Hier van is sprake bij de aanschaf van een uniek schilderij dat voor levering in vlammen opgaat. De onmogelijkheid is in dat geval evident (absoluut) met het tenietgaan van het schilderij. Deze blijvende onmogelijkheid moet worden onderscheiden van de situatie waarin

niet langer *tijdig* kan worden nagekomen, bijvoorbeeld als een fatale termijn is gemist. In dat geval is de verzuimregeling wel van toepassing maar treedt verzuim in beginsel van rechtswege in.

Naast de *objectieve* blijvende onmogelijkheid is in de rechtspraak geoordeeld dat ook een *relatieve* blijvende onmogelijkheid voldoende kan zijn voor een beroep op art. 6:80 lid 1 sub a BW. In 1981 oordeelde de Hoge Raad dat wanneer een verschuldigde prestatie al is verricht en herstel enkel nog mogelijk zou zijn door het gehele werk ongedaan te maken en het opnieuw, maar nu deugdelijk, tot stand te brengen, sprake is van (relatieve) blijvende onmogelijkheid.⁶ In een arrest uit 2012 ging het Hof Amsterdam echter verder en oordeelde dat onder omstandigheden ook sprake kan zijn van blijvende onmogelijkheid wanneer een verrichte prestatie ondeugdelijk is en deze enkel met veel extra tijd deugdelijk kan worden gemaakt.⁷ In het specifieke geval ging het om de vaststelling dat met de basisstructuur van bepaalde software in het geheel geen redelijk systeem zou kunnen worden gerealiseerd. Herstel zou enkel mogelijk zijn door het fundamenteel wijzigen van de software, bijvoorbeeld door deze voor een belangrijk deel te vervangen. Kortom: ook als een prestatie volledig

opnieuw dient te worden verricht of hiervoor onredelijk veel werk moet worden verricht, kan onder omstandigheden sprake zijn van blijvende onmogelijkheid tot nakoming. Dit kan bijvoorbeeld nuttig zijn bij IT-projecten, waarin in de meeste gevallen zou kunnen worden hersteld door (een deel van) het project opnieuw uit te voeren. Door de vaststelling dat enkel met fundamentele wijzigingen nog deugdelijk kan worden nagekomen kan de relatieve blijvende onmogelijkheid een grondslag bieden om een heilloos project te staken en de overeenkomst te ontbinden. Bij een succesvol beroep op blijvende onmogelijkheid is de verzuimregeling niet van toepassing wat discussies over de ingebrekestelling, redelijke hersteltermijnen en het intreden van verzuim voorkomt. Wel zal het aantonen van relatieve blijvende onmogelijkheid niet altijd even eenvoudig zijn.

Ook in geval van relatieve blijvende onmogelijkheid moet wel objectief kunnen worden vastgesteld dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn. Het enkele verlies aan vertrouwen in de goede afloop bij de contractuele wederpartij – bijvoorbeeld naar aanleiding van ontstane vertragingen in de uitvoering – blijft onvoldoende om te kunnen spreken van onmogelijkheid van correcte nakoming.⁸

1 Advocaten bij Kennedy Van der Laan in Amsterdam.

2 Zie art. 6:81 BW.

3 Voor dat laatste moet uiteraard wel sprake zijn van een tekortkoming die ontbinding rechtvaardigt (art. 6:265 BW).

4 A.J. Feenstra, Ontbinding door middel van een verklaring; wel en wee in het NBW, *WPNR* 1990, 5973, p. 560.

5 Parlementaire geschiedenis Boek 6, p. 280, zie verder B.J. Broekema-Engelen, Groene Serie Verbintenissenrecht, aantekening 6 bij art. 6:80 BW en Rb. Amsterdam 4 juli 2007, *NJF* 2007/382 en Rechtbank Rotterdam, 27 februari 1997, *NJ* 1998, 15.

6 Hoge Raad, 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59 (Van der Gun/Farmex).

7 Hof Amsterdam, 9 oktober 2012, zaak nr. 200.068.692/01, *itenrecht.nl* nr. 903.

8 Rechtbank Amsterdam, 10 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM3882 (SAP/Waterdrinker).