

# RECHTSGEVOLGEN VAN OPZEGGING VAN DUUROVEREENKOMSTEN

*F.E.J. Beekhoven van den Boezem en R.J. van der Weijden*<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Een onderneming is vaak partij bij overeenkomsten die verplichten tot prestaties die een zekere tijd voortduren, herhaald worden of elkaar opvolgen, ook wel “duurovereenkomsten” genoemd.<sup>2</sup> Gedacht kan worden aan overeenkomsten tot levering van gas en het gebruik van een frankeermachine. Wanneer de onderneming failliet gaat, zal de curator deze overeenkomsten willen beëindigen door deze op te zeggen. Anders dan voor wat betreft vernietiging en ontbinding, is deze wijze van beëindigen van overeenkomsten in het algemeen deel van het overeenkomstenrecht (vrijwel)<sup>3</sup> niet geregeld: slechts ten aanzien van enkele bijzondere overeenkomsten vinden we een wettelijke regeling.<sup>4</sup> Een en ander geeft aanleiding tot vragen over de opzeggingsbevoegdheid in het algemeen en de rechtsgevolgen van opzegging in het bijzonder. Over de problematiek van de opzeggingsbevoegdheid is veel literatuur en jurisprudentie voorhanden.<sup>5</sup> Hoe anders is dit voor wat betreft de

- 
- 1 Prof. mr. drs. F.E.J. Beekhoven van den Boezem is hoogleraar Onderneming en Financiering aan de Radboud Universiteit Nijmegen en Juridisch Adviseur ING. Mr. R.J. van der Weijden is onderzoeker aan de Radboud Universiteit Nijmegen.
  - 2 De wet heeft de duurovereenkomst in het algemeen niet geregeld. Deze definitie van duurovereenkomsten is ontleend aan A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2003 (Monografieën Nieuw BW, A-serie, deel 10), nr. 14 (hierna: Mon. Nieuw BW A10).
  - 3 Art. 6:237 sub 1 BW bepaalt dat een beding in algemene voorwaarden dat de wederpartij aan een opzegtermijn bindt die langer is dan drie maanden of langer dan de termijn waarop de gebruiker de overeenkomst kan opzeggen, vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn.
  - 4 Zie bijvoorbeeld art. 7:667 e.v. BW voor de arbeidsovereenkomst, art. 7:408 BW voor de overeenkomst van opdracht en art. 6:271 e.v. BW voor huur van woonruimte.
  - 5 Zie ondermeer L.J. Hijmans van den Bergh & H. Winkel, ‘Bestaat er behoefte aan een wettelijke regeling voor de beëindiging van duurzame contractuele rechtsbetrekkingen, in de opzegging waarvan niet is voorzien?’, *Preadviezen NJV*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952 (hierna: Hijmans van den Bergh & Winkel 1952) en de bespreking ervan door J.C. van Oven, ‘Duurzame contractuele rechtsbetrekkingen’, *NJB* 1952, p. 505-512 (hierna: Van Oven 1952); J.F.M. Strijbos, *Opzegging* →

rechtsgevolgen van deze vorm van beëindiging.<sup>6</sup> Die hebben tot nog toe weinig aandacht gekregen, met uitzondering van de vraag of er van een verplichting tot schadevergoeding sprake is. Een belangrijke vraag is echter wat de rechtsgevolgen van de opzegging zijn ten aanzien van vooruit betaalde bedragen voor prestaties die als gevolg van de opzegging niet meer zullen worden verricht. Bij duurovereenkomsten als tijdschrift-abonnementen, energieleveranties, etc. is vooruitbetaling immers eerder regel dan uitzondering. Die vraag staat centraal in deze bijdrage.

## 2. Opzegging

Met Hammerstein zou men opzegging kunnen definiëren als een verklaring die de ene partij tot de andere richt om aan de onbepaalde duur van de overeenkomst een einde te maken: de overeenkomst eindigt als gevolg daarvan terstond of op termijn.<sup>7</sup> Het feit dat de opzegging als zodanig door de wetgever als algemeen leerstuk ongeregeld is gelaten, brengt met zich dat partijen in grote mate vrij zijn daarover een regeling te treffen in hun overeenkomst. Veel duurovereenkomsten bevatten dan ook een opzeggingsbevoegdheid. Is dit niet het geval, dan doet zich de vraag voor of men een duurovereenkomst kan opzeggen en wat daarvan de grondslag is. In literatuur en rechtspraak is daarover behoorlijk gebakkeleid, maar inmiddels moet worden aangenomen dat dit inderdaad mogelijk is en dat de grondslag hiervoor is de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:248 lid 1 BW.<sup>8</sup> Wel kan de opzeggingsbevoegdheid onder omstandigheden zijn beperkt in die zin dat

---

*van duurovereenkomsten*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1985 (hierna: Strijbos 1985); G.J.P. de Vries, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990 (hierna: De Vries 1990); A. Hammerstein, 'Opzegging als juridisch precisie-instrument', in: *Oprecht* (Struycken-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 103-110 (hierna: Hammerstein 1996); J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 1. Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2001 (hierna: Van Dunné 2001), p. 653-676; Mon. Nieuw BW A-10; A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel 6. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2008 (hierna: Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III\*), nrs. 408-409 en de jurisprudentie waarnaar in deze literatuur wordt verwezen.

6 Zie ook G.J.P. de Vries, "Opzegging' en 'ontbinding' wegens wanprestatie van (duur)overeenkomsten in het licht van het NBW: begripsverwarring', *WPNR* 5811 (1987), p. 5-8 (hierna: De Vries 1987).

7 Hammerstein 1996, p. 103. Bedacht dient te worden dat in uitzonderlijke gevallen ook duurovereenkomsten voor *bepaalde* tijd kunnen worden opgezegd. Zie Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III\*, nr. 408.

8 Vgl. Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III\*, nr. 408.

de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat opzegging slechts mogelijk is tegen een bepaalde termijn en/of dat er een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging moet zijn en/of dat de opzegging gepaard moet gaan met een financiële tegemoetkoming.<sup>9</sup>

Is eenmaal de duurovereenkomst opgezegd, dan doet zich de vraag voor wat hiervan de rechtsgevolgen zijn. Vaak zullen die rechtsgevolgen niet meer behelzen dan dat de duurovereenkomst direct of na afloop van een bepaalde termijn een einde neemt. Soms doet zich echter de vraag voor of, en zo ja op grond waarvan, reeds vooruitbetaalde bedragen waar tegenover als gevolg van de opzegging geen tegenprestaties hebben gestaan, 'teruggedraaid' moeten worden. Gedacht kan worden aan de opzegging tegen 1 april van een overeenkomst voor onbepaalde tijd met een energiemaatschappij tot het leveren van gas, waarbij de contractuele verplichting geldt om steeds per 1 januari voor een halfjaar vooruit te betalen. Is er in dat geval – zoals bij beëindiging van een duurovereenkomst door vernietiging – sprake van onverschuldigde betaling? Of ontstaan er door de opzegging – evenals bij beëindiging van een duurovereenkomst door (gedeeltelijke) ontbinding – ongedaanmakingsverbintenissen?<sup>10</sup>

Nu opzegging slechts is gericht op het laten eindigen van de duurovereenkomst voor de toekomst, kan er van onverschuldigde betaling geen sprake zijn. Ontbreekt weliswaar voor voornoemde vooruitbetalingen de tegenprestatie, toch kan niet worden gezegd dat deze betalingen achteraf gezien onverschuldigd waren, indien de duurovereenkomst tot die vooruitbetalingen verplichtte. Er is alsdan niet zonder rechtsgrond vooruit betaald. De rechtsgrond daarvoor was immers de overeenkomst die tot de vooruitbetaling verplichtte en die rechtsgrond is door de opzegging niet met terugwerkende kracht komen te vervallen.

Ontstaan er dan door de opzegging ongedaanmakingsverplichtingen (die er voor de onderhavige casus toe leiden dat reeds vooruit betaalde bedragen dienen te worden gerestitueerd)? Volgens Medicus is dit niet het geval en is het feit dat daarvan geen sprake is een belangrijke reden voor het ontbreken van een regeling voor opzegging als algemeen

---

9 Zie HR 25 april 1995, NJ 1995, 437 (*Kakkenberg/Kakkenberg*); HR 15 april 1966, NJ 1966, 302 (*Sanders/Sanders*) en HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (*Latour/De Bruijn*).

10 Soms lijkt de wetgever deze vraag zelfs te omzeilen door bijvoorbeeld in art. 39 Fw op te nemen dat indien er huurpenningen vooruit zijn betaald, de huur niet eerder kan worden opgezegd dan tegen de dag waarop de termijn waarvoor vooruitbetaling heeft plaats gehad, eindigt. Het probleem wat te doen met reeds vooruitbetaalde prestaties doet zich dan immers niet voor.

leerstuk in het overeenkomstenrecht.<sup>11</sup> Ook volgens Hammerstein, Vranken en Hartkamp en Sieburgh ontstaan er door opzegging geen ongedaanmakingsverplichtingen.<sup>12</sup> Maar als noch een vordering uit onverschuldigde betaling noch een ongedaanmakingsverplichting aan de orde is, wat is dan de grondslag voor het aannemen van een restitutieplichting indien partijen daarover niets hebben bepaald? Dat de opzegging alleen werkt voor de toekomst wil immers niet zeggen dat er niet reeds voor die toekomst kan zijn gepresteerd. In dat geval ligt het toch voor de hand dat een betaling waartegenover geen prestatie meer zal staan, moet worden gerestitueerd, ook indien partijen daarover geen afspraak hebben gemaakt? Voor die situatie menen wij dat het feit dat is opgezegd, in combinatie met een uit de wederzijdse verplichtingen onder de overeenkomst blijkende teveelbetaling, de relevante omstandigheid is op basis waarvan krachtens de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) in beginsel een restitutieplichting moet worden aangenomen. Gelet op het feit dat de opzegging als relevante omstandigheid van het geval moet worden aangemerkt, is evident dat pas na opzegging voor de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid plaats is en dus ook pas na opzegging daaruit een vordering kan ontstaan. Indien echter een restitutieplichting bij opzegging tussen partijen is *overeengekomen* is dit niet evident. Hier doet zich de vraag voor op welk moment de vordering tot terugbetaling van hetgeen is vooruitbetaald maar waarvoor als gevolg van de opzegging geen tegenprestatie heeft plaatsgevonden, ontstaat. Recentelijk heeft de Hoge Raad met zijn arrest ING/Nederend q.q. op deze vraag een antwoord gegeven, zij het zeer summier gemotiveerd.<sup>13</sup>

### 3. ING/Nederend q.q.

Spaanderman Im- en export B.V. heeft een kredietovereenkomst gesloten bij ING Bank N.V. Tot zekerheid van terugbetaling van het krediet heeft Spaanderman al haar vorderingen op derden aan ING verpand. Op 3 oktober 2006 gaat Spaanderman failliet en benoemt de rechtbank mr. Nederend tot curator. De onderhavige procedure spitst zich toe op de vraag of ING een pandrecht had op door Spaanderman met een drietal

---

11 D. Medicus, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, München: Beck 2002, nr. 561 (hierna: Medicus 2002).

12 Mon. Nieuw BW A-10, nr. 14 en Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III\*, nr. 603.

13 HR 3 december 2010, *JOR* 2011/63, m.nt. B.A. Schuijling.

contractspartijen overeengekomen restitutievorderingen, voor het geval er aan hen vooruit was betaald voor leveranties die door beëindiging van bepaalde duurovereenkomsten door opzegging niet meer zouden plaatsvinden.

Ter dekking van de aan haar werknemers verleende pensioenaanspraken bij Nationale Nederlanden, had Spaanderman namelijk verzekeringen afgesloten als bedoeld in art. 2 van de Pensioen- en Spaarfondsenwet. Na opzegging door de curator van de arbeidsovereenkomsten, heeft Nationale Nederlanden de verzekeringen premievrij gemaakt. De door het ontslag van de werknemers niet langer verschuldigde premies die door Spaanderman reeds vooruit waren betaald, heeft Nationale Nederlanden aan de curator gerestitueerd, op grond van een bepaling in de verzekeringsovereenkomst dat in geval van tussentijdse beëindiging van de overeenkomst anders dan door overlijden, restitutie van vervallen premies plaatsvindt.

Tevens bestond er tussen Spaanderman en RWE Haarlemmergas N.V. een overeenkomst tot levering van gas. Ook die overeenkomst is door de curator opgezegd, waarna RWE het verschil tussen hetgeen Spaanderman werkelijk had verbruikt, en hetgeen zij reeds aan termijnbedragen vooruit had betaald, heeft overgemaakt op de faillissementsrekening. Art. 14 lid 4 van de Algemene Voorwaarden 2006 van RWE voor de levering van elektriciteit en gas aan zakelijke kleinverbruikers bepaalde namelijk:

“Indien de leverancier dit verlangt, is de contractant voorschotten verschuldigd op hetgeen hij wegens levering over het lopende tijdvak van afrekening zal moeten betalen. De leverancier bepaalt in redelijkheid de grootte van de voorschotten, de periode waarop zij betrekking hebben en de tijdstippen waarop zij in rekening worden gebracht en moeten zijn betaald. De contractant kan de leverancier gemotiveerd verzoeken om de grootte van de voorschotten aan te passen. Op een dergelijk verzoek beslist de leverancier in redelijkheid. Bij gespecificeerde nota, die overeenkomstig lid 1 ten minste éénmaal per jaar plaatsvindt, worden ten minste de reeds in rekening gebrachte en/of betaalde voorschotten verrekend.”

Ten slotte was er nog een overeenkomst tot gebruik van een frankeermachine, die geregeld werd ‘opgeladen’ met een tegoed waarvoor door Spaanderman werd betaald aan Koninklijke TNT Post N.V. Toen ook deze overeenkomst door de curator werd opgezegd, stond er nog een tegoed op de frankeermachine, dat door TNT naar de faillissementsrekening is overgemaakt. TNT was daartoe verplicht op grond van art. 5 van de

Voorwaarden Netsset Frankeermachinegebruik, waarin de restitutieaanpraak als volgt was verwoord:

“Na beëindiging van de overeenkomst kan de gebruiker het bedrag aan opgeladen frankeertegoed waarmee nog geen afdrucken zijn gemaakt, via een daartoe strekkend schriftelijk verzoek terugvorderen van TPG Post. Hierbij vindt eerst verrekening plaats met opeisbare factuurbedragen en eventueel met de wettelijke rente daarover en alle door TPG Post in redelijkheid gemaakte gerechtelijke en buitengerechtelijke invorderingskosten. Het recht op terugvordering vervalt één jaar na beëindiging van de overeenkomst.”

De vraag die partijen verdeeld hield was of voornoemde restitutievorderingen moesten worden gekwalificeerd als op het moment van het uitspreken van het faillissement reeds bestaande – zij het voorwaardelijke – vorderingen, dan wel als nog toekomstige vorderingen in de zin van art. 35 lid 2 Fw. In het eerste geval zou ING een pandrecht op deze vorderingen hebben. In het tweede geval zou dit niet zo zijn, omdat alsdan weliswaar de vestigingshandeling zou zijn voltooid maar de vordering niet was ontstaan vóór het faillissement.

De vestigingshandeling voor een pandrecht op vorderingen kan reeds plaatsvinden op het moment dat de vordering nog toekomstig is (mits deze toekomstige vordering rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding, zie art. 3:239 lid 1 BW) maar daarmee ontstaat nog geen pandrecht. Dat is pas het geval als de vordering werkelijk opkomt in het vermogen van de pandgever. Ligt dat moment later dan het moment waarop de pandgever in staat van faillissement is geraakt, dan kan geen pandrecht meer ontstaan (art. 23 en 35 lid 2 Fw). Hoe anders is dit als de vordering gekwalificeerd moet worden als een bestaande voorwaardelijke vordering. In dat geval kan niet alleen de vestigingshandeling reeds worden verricht, maar ontstaat er eveneens op dat moment een geldig pandrecht.

De vraag naar het ontstaansmoment van vorderingen, en het verschil tussen het ontstaan en de opeisbaarheid ervan, is lang niet altijd eenvoudig te bepalen. Ook de jurisprudentie laat geen duidelijke lijn zien.<sup>14</sup> Beroemd is het criterium-Kleijn, dat overigens nooit door de

---

14 Zo laat de kwalificatie door de Hoge Raad van de regresvordering uit borgtocht als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde in zijn arresten van 3 juni 1994, LjN: ZC1386, NJ 1995, 340 (*Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*) en 3 mei 2002, LjN: AD9618, NJ 2002, 393, m.nt. PvS (*Brandao/Joral*) zich moeilijk rijmen met andere jurisprudentie over de vraag wat een vordering, die al wel rechtstreeks voortkomt uit een bestaande rechtsverhouding, een toekomstige doet zijn in plaats van een vordering onder opschortende voorwaarde. Daarnaast menen sommige →

Hoge Raad expliciet is omarmd.<sup>15</sup> Dit criterium komt er kort gezegd op neer dat indien er nog een *intern* element moet worden vervuld (door debiteur of crediteur), de vordering toekomstig is. Zo is een huurtermijn waarvoor het huurgenot nog niet is verschaft een toekomstige vordering en niet een bestaande voorwaardelijke vordering; haar ontstaan is immers afhankelijk van een nog door een der partijen te verrichten handelen (het verschaffen van huurgenot). Gaat het daarentegen om een *extern* element waaraan nog moet worden voldaan, dan betreft het een bestaande voorwaardelijke vordering. Het gaat dan om een onzekere toekomstige gebeurtenis die buiten de invloedssfeer van partijen ligt.

De Hoge Raad kwalificeert in het hier besproken geval de vorderingen die zullen voortvloeien uit de hierboven aangehaalde partijafspraken als toekomstig. De Hoge Raad overweegt:

“3.5. Vorderingen tot ongedaanmaking of restitutie als gevolg van ontbinding of opzegging van een overeenkomst, moeten voor de toepassing van art. 35 F. worden aangemerkt als vorderingen die pas ontstaan door de genoemde beëindigingshandeling, zodat de schuldeiser die vorderingen pas op dat moment verkrijgt. Door de ontbinding of opzegging wordt immers de rechtsverhouding tussen partijen ingrijpend gewijzigd, als gevolg waarvan veelal bestaande verbintenissen tot een einde komen en nieuwe verbintenissen (tot ongedaanmaking of restitutie) ontstaan. Er is bij ontbinding of opzegging van een overeenkomst dus geen sprake van reeds voordien (bij het sluiten van de overeenkomst of bij het verrichten van bepaalde prestaties uit hoofde van de overeenkomst) ontstane vorderingen tot ongedaanmaking of restitutie onder de opschortende voorwaarde van ontbinding of opzegging.

Het voorgaande brengt mee dat de rechtbank met juistheid heeft geoordeeld dat de restitutievorderingen pas zijn ontstaan door de beëindigingshandelingen van de curator. (...)”

De Hoge Raad komt aldus tot zijn oordeel zonder een algemene uitspraak te doen omtrent het hierboven weergegeven, door Kleijn geïntroduceerde, criterium, waarin de vraag centraal staat of het in vervulling gaan van een voorwaarde zich al dan niet aan de invloedssfeer van partijen onttrekt. In plaats daarvan trekt de Hoge Raad een parallel met het moment waarop ongedaanmakingsverbintenissen in geval van ontbinding ontstaan.

---

auteurs dat de Hoge Raad met zijn uitspraak van 6 juni 2008, *NJ* 2010, 12, m.nt. J. Hijma, *AA* 2009, p. 554 e.v., m.nt. W. van Boom en M. Vandenbogaerde (*Bras/The Satisfactorie*) de deur weer heeft opengezet voor nieuwe discussie over het ontstaansmoment van de regresvordering van de borg.

15 Criterium ontleend aan zijn noot onder HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615.

De Hoge Raad kenschetst het moment van opzegging als dusdanig ingrijpend en wezenlijk, dat – zo begrijpen wij – eerst de opzegging zelf het ontstaan van nieuwe verbintenissen (tot ongedaanmaking en restitutie) tot gevolg kan hebben.

Betekent de verwijzing naar het ingrijpend karakter van opzegging voor de rechtsverhouding dat indien opzegging als een minder ingrijpende wijziging in de overeenkomst wordt geconstrueerd, er mogelijk wel van een bestaande voorwaardelijke vordering sprake zou zijn?

In de literatuur is dit – als wij hen goed begrijpen – wel bepleit door Koops en Louwerier.<sup>16</sup>

Zo meent Koops naar aanleiding van de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest ING/Nederend q.q. dat niet het criterium-Kleijn maar het ‘criterium-van-ingrijpende- wijziging’ bepalend is. Ons inziens is dat niet het geval. Dit criterium valt niet zonder meer uit deze rechtsoverweging af te leiden terwijl niet aannemelijk is dat de Hoge Raad bedoeld heeft een dergelijk criterium te geven, nu dit in het geheel niet zou stroken met eerdere jurisprudentie op dit onderwerp.<sup>17</sup> Bij vorderingen die op basis van die jurisprudentie steeds als relatief toekomstig worden aangemerkt (zoals toekomstige huur- en loonvorderingen) behelst het in vervulling gaan van de tegenprestatie waarvan betaling afhankelijk is gesteld over het algemeen immers juist geen wijziging van de rechtsverhouding, maar daarentegen een ongewijzigde voortzetting daarvan.

Wij menen dat uit het arrest van de Hoge Raad moet worden afgeleid dat het antwoord op de vraag wanneer in het onderhavige geval de restitutievordering ontstaat, niet afhangt van de mate waarin de rechtsverhouding tussen partijen wordt gewijzigd. De Hoge Raad heeft ons inziens slechts willen aangeven dat hij de opzegging te wezenlijk en ingrijpend acht om deze als enkele voorwaarde aan te merken die nog in vervulling moet gaan voor het opeisbaar worden van de overigens bestaande vordering. Daarbij heeft hij kennelijk niet zover willen gaan, dat hij meer in het algemeen heeft bepaald dat – conform het criterium Kleijn – een vordering steeds als toekomstig moet worden aangemerkt als de voorwaarde inhoudt dat door (een der) partijen nog een (rechts) handeling moeten worden verricht. Liever lijkt de Hoge Raad voor de hier specifiek aan zijn oordeel voorliggende casus van opzegging aan te

---

16 E. Koops, ‘Het gat in de kaas: voorwaardelijke en toekomstige vorderingen in het licht van ING/Nederend q.q.’, *MvV* 2011/2, p. 51-55 (hierna: Koops 2011) en B.F. Louwerier, ‘Restitutievorderingen en pandrecht’, *Juridisch up to date* 2011/1, p. 15-17 (hierna: Louwerier 2011).

17 Voor een overzicht van de jurisprudentie op dit gebied zie de Conclusie A-G onder 2.7 e.v. van het arrest ING/Nederend q.q.



sluiten bij het geval van ontbinding. Interessant is dat de Hoge Raad in de hierboven aangehaalde passage van “*ontbinding of opzegging*” spreekt, terwijl in de casus ontbinding nergens aan de orde was. Voornoemde overeenkomsten waren namelijk alle door opzegging en niet door ontbinding tot een einde gekomen. Wij leiden daaruit af dat de Hoge Raad dit doet om een parallel te trekken tussen deze twee vormen van beëindiging van duurovereenkomsten. De Hoge Raad beschouwt zowel bij ontbinding als bij opzegging de beëindigingshandeling als ontstaansmoment voor de vordering tot ongedaanmaking c.q. de restitutievordering. Voor wat betreft ontbinding is het overigens evident dat bij gebrek aan terugwerkende kracht (art. 6:269 BW) ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan (art. 6:271 BW) en dat deze verbintenissen pas ontstaan door de ontbinding zelf, nu dit uitdrukkelijk uit de wet voortvloeit. Voor opzegging is dit echter in de wet nergens bepaald. Voor wat betreft het ontstaansmoment van de restitutievordering sluit de Hoge Raad aldus, bij gebrek aan een wettelijke regeling, aan bij het wél in de wet geregelde geval van een soortgelijke restitutievordering die uit een andere beëindigingshandeling voortvloeit.<sup>18</sup>

Gelet op de parallel die de Hoge Raad hier trekt tussen het ontstaansvereiste voor een vordering tot ongedaanmaking in geval van (gedeeltelijke) ontbinding, en het ontstaansvereiste voor een restitutievordering in geval van opzegging, moge de uitkomst duidelijk zijn: zoals een vordering tot ongedaanmaking eerst ontstaat door ontbinding, zo ontstaat een vordering tot restitutie eerst door opzegging. Voor de onderhavige casus bracht dit met zich dat er geen geldig pandrecht was ontstaan nu het faillissement immers was ingetreden voordat de beëindiging van de duurovereenkomst door opzegging plaatsvond en dus voordat de vordering ontstond. In deze redenering kunnen wij ons vinden, maar gelet op het feit dat wetgeving en jurisprudentie geen algemene regel kennen op dit punt, zou een iets uitgebreidere motivering van de Hoge Raad welkom zijn geweest.

---

18 Tevens sluit de Hoge Raad aan bij zijn eerdere jurisprudentie. B.A. Schuijling verwijst in zijn noot onder het arrest ING/Nederend q.q. naar HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 229, m.nt. WMK (*Frima q.q./Blankers*), in welk geval de Hoge Raad bepaalde dat de verplichting tot affinanciering backservice ontstaat door de opzegging van de arbeidsovereenkomst, en naar HR 18 juni 2004, *JOR* 2004/221, m.nt. Boekraad (*Van Galen q.q./Circle Plastics*), waaruit volgt dat de ontruimingsverplichting ontstaat door opzegging van de huurovereenkomst. Zie ook HR 5 januari 1990 *NJ* 1990, 325 (*Dubbeld/Laman*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat een vordering uit een boetebeding eerst ontstaat door de wanprestatie.

#### **4. Partijautonomie en *i*) inhoud van de restitutieordering en *ii*) rechtsgevolgen van opzegging**

De vraag rijst of het arrest van de Hoge Raad nog ruimte laat voor partijen om het moment waarop de onderhavige restitutieordering ontstaat te beïnvloeden door *i*) de inhoud van de restitutieordering op een bepaalde manier te formuleren, dan wel *ii*) de rechtsgevolgen van opzegging in hun overeenkomst te regelen.

Ad *i*) Partijautonomie en inhoud van de restitutieordering

Vorderingen ontstaan en worden vormgegeven in het verbintenissenrecht. Anders dan voor wat betreft eigendom, bestaat er voor vorderingen geen door de wet geformuleerd 'normaaltype'. Dit brengt met zich dat schuldeiser en schuldenaar in grote mate vrij zijn om invulling te geven aan de inhoud van hun vordering. Zouden zij de restitutieordering kunnen formuleren op dusdanige wijze dat dit leidt tot een bestaande vordering onder de opschortende voorwaarde van ontbinding of opzegging? Gedacht kan worden aan een formulering als:

“Een eventuele restitutieordering bij opzegging van deze overeenkomst ontstaat op het moment van vooruitbetaling krachtens deze overeenkomst.”

De uitspraak van de Hoge Raad in de zaak ING/Nederend q.q. maakt duidelijk dat, indien opzegging de voorwaarde is die partijen aan een overeengekomen betalingsverplichting verbinden, dit kennelijk zo'n wezenlijk vereiste is voor het ontstaan van de restitutieordering, dat die vordering nog niet bestaat tot die opzegging een feit is. Nu op grond van het arrest van de Hoge Raad vaststaat wat als het ontstaansmoment van de vordering tot terugbetaling in geval van opzegging heeft te gelden, is het niet aan partijen om te bepalen dat dit in hun verhouding anders is, net zo min als partijen kunnen bepalen dat hun huurvorderingen voor het komende jaar voortaan een bestaand onvoorwaardelijk karakter zullen hebben. Voor het onderhavige geval betekent dit dat nu de restitutieordering ontstaat door opzegging, zij niet eerder dan na opzegging kan ontstaan.

Ad *ii*) Partijautonomie en rechtsgevolgen van opzegging

Kunnen partijen wellicht dan hun doel bereiken door de rechtsgevolgen van opzegging een uitdrukkelijke contractuele regeling te geven die

meebrengt dat met terugwerkende kracht de vooruitbetalingsverplichting komt te vervallen en terzake een vordering uit onverschuldigde betaling ontstaat? Ook hier dringt zich een vergelijking op met het geval van ontbinding. In geval van ontbinding is evenmin sprake van terugwerkende kracht (art. 6:269 BW) – en dus ook niet van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) – maar ontstaan als gevolg daarvan krachtens wettelijke bepaling ongedaanmakingsverbintenissen (art. 6:271 BW). Omdat het verbintenissenrecht echter over het algemeen regelend recht is, brengt dit met zich dat partijen de rechtsgevolgen van ontbinding kunnen regelen in die zin dat ontbinding wel terugwerkende kracht heeft en er aldus sprake is van onverschuldigde betaling als er voor de ontbinding reeds is gepresteerd. Een dergelijke bepaling heeft echter slechts obligatoire werking en geldt derhalve niet tegenover derden.<sup>19</sup>

Voor opzegging moet ons inziens hetzelfde worden aangenomen. Voor zover het hun onderlinge verhouding betreft staat het partijen vrij de opgezegde overeenkomst af te wikkelen op de manier die hun goeddunkt. Partijen kunnen dan ook bepalen dat de opzegging terugwerkende kracht heeft. Gelet op het ontbreken van goederenrechtelijke werking van een dergelijke bepaling kan dit er echter niet toe leiden dat dit tot gevolg heeft dat de rechtsgrond voor de vooruitbetaling met terugwerkende kracht komt te vervallen en daardoor uit de wet een vordering uit onverschuldigde betaling ontstaat. Ware dit anders, dan zouden partijen immers ingrijpen op goederenrechtelijke verhoudingen. Wij zijn het dan ook oneens met Louwerier die in zijn bespreking van het arrest ING/Nederend q.q. het tegengestelde standpunt lijkt te verdedigen.

## **5. Ten slotte**

Door gebrek aan een wettelijke regeling zijn de rechtsgevolgen van beëindiging van (duur)overeenkomsten door opzegging niet altijd duidelijk. Hebben partijen daarover niets bepaald, dan zal in beginsel de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat er een restitutieplichting ontstaat voor het geval bij een duurovereenkomst vooruit is betaald voor prestaties die als gevolg van de opzegging niet meer zullen plaatsvinden. Hebben partijen wel een contractuele regeling met betrekking tot restitutie opgenomen, dan is die partijafpraak

---

<sup>19</sup> Zie W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1011 (MvA II) (hierna: Parl. Gesch. Boek 6).

de bron van de restitutievordering. Voor beide gevallen geldt dat uit het arrest van de Hoge raad in zake ING/Nederend q.q. moet worden afgeleid dat deze vordering niet anders kan ontstaan dan door – en dus op het moment van – de opzegging.

De toevlucht van de Hoge Raad tot deze wijze van rechtsvinding doet de vraag rijzen of opzegging als wijze van beëindiging van overeenkomsten niet ook gewoon geregeld zou moeten worden in het algemeen deel van het overeenkomstenrecht, meer specifiek naast ontbinding in Boek 6, Titel 5, Afdeling 5, zoals ook de *Principles of International Commercial Contracts* (PICC) en de *Principles of European Contract Law* (PECL) een bepaling over opzegging kennen. Met Hammerstein, Vranken en Dunné menen wij dat dit inderdaad een goed idee zou zijn.<sup>20</sup> Ons inziens zou een dergelijke regeling zich echter niet moeten beperken tot het codificeren van een algemene opzeggingsbevoegdheid zoals dat is gebeurd in de PECL (art. 6:109)<sup>21</sup> en de PICC (art. 5.1.8).<sup>22</sup> Van evenzeer belang is dat zij duidelijkheid schept over de rechtsgevolgen van opzegging. Een voorbeeld zou kunnen worden ontleend aan het *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), dat niet alleen een opzeggingsmogelijkheid geeft voor duurovereenkomsten (art. III.-1:109)<sup>23</sup> maar tevens eventuele restitutie regelt (art. III.-3:510).<sup>24</sup>

---

20 Vgl. Mon. Nieuw BW A-10, nr. 53 en Van Dunné, 2001, p. 676. Anders: Hijmans van den Bergh & Winkel 1952.

21 Art. 6:109 PECL bepaalt: “A contract for an indefinite period may be ended by either party by giving notice of reasonable length.”

22 Art. 5.1.8 PICC bepaalt: “A contract for an indefinite period may be ended by either party by giving notice a reasonable time in advance.”

23 Art. III. – 1:109 (Variation or termination by notice) lid 2 bepaalt: “Where, in case involving continuous or periodic performance of a contractual obligation, the terms of the contract do not say when the contractual relationship is to end or say that it will never end, it may be terminated by either party by giving a reasonable period of notice. In assessing whether a period of notice is reasonable, regard may be had to the interval between performances or counter-performances.”

24 Art. III. – 3:510 – waarnaar voor wat betreft de restitutiegevolgen van opzegging in art. III. – 1:109 lid 3 sub (c) wordt verwezen – bepaalt:

“(1) On termination under this Section a party (the recipient) who has received any benefit by the other’s performance of obligations under the terminated contractual relationship or terminated part of the contractual relationship is obliged to return it. Where both parties have obligations to return, the obligations are reciprocal.

(2) If the performance was a payment of money, the amount received is to be repaid.

(3) To the extent that the benefit (not being money) is transferable, it is to be returned by transferring it. However, if a transfer would cause unreasonable effort or expense, the benefit may be returned by paying its value.

(4) To the extent that the benefit is not transferable it is to be returned by paying its value in accordance with III. – 3:512 (Payment of value of benefit).

(5) The obligation to return a benefit extends to any natural or legal fruits received from the benefit.”

Literatuur

Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III\*

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel 6. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2008

Van Dunné 2001

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 1. Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2001

Hammerstein 1996

A. Hammerstein, 'Opzegging als juridisch precisie-instrument', in: *Oprecht* (Struycken-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 103-110

Hijmans van den Bergh & Winkel 1952

L.J. Hijmans van den Bergh & H. Winkel, 'Bestaat er behoefte aan een wettelijke regeling voor de beëindiging van duurzame contractuele rechtsbetrekkingen, in de opzegging waarvan niet is voorzien?', *Preadviezen NJV*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952

Koops 2011

E. Koops, 'Het gat in de kaas: voorwaardelijke en toekomstige vorderingen in het licht van ING/Nederend q.q.', *MvV* 2011/2, p. 51-55

Louwerier 2011

B.F. Louwerier, 'Restitutievorderingen en pandrecht', *Juridisch up to date* 2011/1, p. 15-17

Medicus 2002

D. Medicus, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, München: Beck 2002

Mon. Nieuw BW A10

A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2003 (Monografieën Nieuw BW, A-serie, deel 10)

Van Oven 1952

J.C. van Oven, 'Duurzame contractuele rechtsbetrekkingen', *NJB* 1952, p. 505-512

Reehuis & Slob

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990

Strijbos 1985

J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1985

De Vries 1987

G.J.P. de Vries, "'Opzegging" en "ontbinding" wegens wanprestatie van (duur)overeenkomsten in het zicht van het NBW: begripsverwarring', *WPNR* 5811 (1987), p. 5-8

De Vries 1990

G.J.P. de Vries, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990