

Artikel

Waarschuwen voor het niet-verlengen van een duurovereenkomst – wat staat er op het spel?

Een verkenning van de waarschuwingsplicht bij het niet-verlengen van duurovereenkomsten

Mr. I.I. van Tuyll van Serooskerken*

124

1. Inleiding

Aanleiding voor het schrijven van dit artikel is een vonnis van de voorzieningenrechter van de Netherlands Commercial Court (NCC) van 5 juli 2023.¹ Het vonnis draait om een weliswaar belangrijk, maar tot op heden weinig belicht, onderwerp: het waarschuwen voor het niet-verlengen van duurovereenkomsten. De situatie van deze zogenoemde ‘non-renewals’ komt in de (internationale) praktijk vaak voor.

Het vonnis roept de vraag op wat de grondslag is voor de verplichting om te waarschuwen indien een duurovereenkomst niet verlengd gaat worden. Aan de hand hiervan kan vervolgens worden beoordeeld welke consequenties aan het schenden hiervan verbonden kunnen worden. De grondslag is ook relevant om te bekijken of partijen zich kunnen beschermen tegen (de consequenties van het schenden van) de waarschuwingsplicht. Kortom, het NCC-vonnis biedt een mooie aanleiding om deze waarschuwingsplicht nader onder de loep te nemen.

Dit artikel zal beginnen met een beknopte weergave van het NCC-vonnis. Vervolgens zal in worden gegaan op het opzeggen van duurovereenkomsten en de relevantie

daarvan voor verlengingen. Daarna zal worden bekeken wat de grondslag is van deze waarschuwingsplicht. Eerst wordt deze plicht in het licht van de goede trouw geplaatst. Daarnaast zal de waarschuwingsplicht ook in het kader van het leerstuk van het (voorkomen van) gerechtvaardigd vertrouwen op verlenging worden besproken. Tot slot zullen enkele aan te bevelen contractuele bepalingen worden besproken die het gerechtvaardigd vertrouwen op verlenging zo veel mogelijk moeten tegengaan.

2. Aanleiding: voorzieningenrechter NCC 5 juli 2023 Fujifilm/Duomed

De zaak die in het NCC-vonnis van 5 juli 2023 aan de voorzieningenrechter voorlag, gaat om een (deels) exclusieve distributieovereenkomst tussen Fujifilm en Duomed. Duomed is al sinds 1978 distributeur van bepaalde medische apparatuur van Fujifilm. Tot 2013 wordt de distributieovereenkomst van rechtswege voor onbepaalde tijd verlengd. Per 2013 sluiten partijen opvolgende distributieovereenkomsten voor steeds een periode van twee jaar.

De meest recent tussen Fujifilm en Duomed gesloten distributieovereenkomst is de Distribution Agreement 2021. Deze overeenkomst is pas op 20 juni 2022 gesloten en heeft terugwerkende kracht gekregen tot en met

* Mr. I.I. van Tuyll van Serooskerken is advocaat in Amsterdam.
1 Rb. Amsterdam (NCC) 5 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4109.

1 april 2021. De overeenkomst is dus ongeveer vijftien maanden later gesloten. Over de duur ervan is in de distributieovereenkomst het volgende neergelegd:

‘23.1 The term of this Agreement shall be from the Effective Date until 31 March 2023. It is expressly agreed and understood that unless this Agreement is terminated earlier, this Agreement shall automatically expire and cease to be in effect upon expiry of the term hereof. FUJIFILM agree to start negotiation on a new agreement no later than three (3) months prior to the expiration date of this Agreement, but neither Party shall be entitled to a new agreement.’

23.2. Notwithstanding the exclusive distributorship granted to the Distributor under Article 2.1 above, FUJIFILM may commence selling the Products in the Territory, directly or indirectly through its Affiliate or designee, in order to secure continuous and stable supply and services of the Products to the marketplace in the Territory during the transition to a new distributor, after giving a written notice – at least three (3) months before the end date – of its intention not to renew this Agreement.’

Op 19 december 2022² laat Fujifilm per e-mail aan Duomed weten dat de huidige distributieovereenkomst eindigt en zij het gesprek over ‘the next steps’ wil aangaan maar ‘very sceptical’ is. Fujifilm schrijft dat er een ‘downward spiral’ lijkt te zijn en dat er minstens een ‘solid plan (with guarantees)’ vanuit Duomed moet komen als basis voor dit gesprek. Tijdens een bespreking op 8 maart 2023 deelt Fujifilm aan Duomed mede dat zij niet van plan is de distributieovereenkomst te verlengen. Twee dagen later (10 maart 2023) wordt dit besluit per brief door Fujifilm aan Duomed bevestigd. Er wordt aangeboden om een gesprek over de transitie te voeren. Op 1 april 2023 stuurt Fujifilm een nieuwsbrief aan al haar klanten waarin zij verkondigt dat de samenwerking met Duomed is beëindigd.

Duomed laat het er niet bij zitten en stapt naar de voorzieningenrechter. Vanwege een forumkeuze in de Distribution Agreement 2021 voor het NCC wordt het geschil aan deze speciale kamer van de rechtbank Amsterdam voorgelegd. Kort gezegd vordert Duomed (1) een verbod aan Fujifilm om gedurende achttien maanden aan de klanten van Duomed te verkopen, (2) een gebod om alle door Fujifilm reeds aanvaarde bestellingen van Duomed's klanten te annuleren, (3) een gebod tot rectificatie van de nieuwsbrief, en (4) een gebod om de producten voor Duomed's bestaande klanten te blijven leveren conform de Distribution Agreement 2021.

In het NCC-vonnis overweegt de voorzieningenrechter dat hoewel het partijen in deze zaak vooral bezighoudt of het leerstuk van opzegging van duurovereenkomsten van toepassing is op opvolgende overeenkomsten van bepaalde tijd, de rechtbank daar geen oordeel over hoeft te vellen. Dit vanwege het feit dat Duomed niet vraagt om de relatie voor onbepaalde tijd voort te zetten, maar

alleen een redelijke termijn te bieden, zodat zij voor haar eigen klanten continuïteit en een soepele transitie kan bewerkstelligen en de impact van het einde van de distributierelatie kan beperken.³ Vervolgens overweegt⁴ de voorzieningenrechter dat partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁵ Dit volgt uit de redelijkheid en billijkheid waardoor een rechtsverhouding ook wordt beheerst. De voorzieningenrechter oordeelt dat Fujifilm hierin is tekortgeschoten. De voorzieningenrechter overweegt⁶ dat sinds 2013 partijen herhaaldelijk (ruim) na de einddatum pas een nieuwe overeenkomst sloten en Duomed er daarom niet van uit hoefde te gaan dat de Distribution Agreement 2021 nu wel op de contractuele einddatum zou stoppen. Aan de andere kant constateert de voorzieningenrechter dat Duomed, gelet op de tekst van de Distribution Agreement 2021: ‘neither party shall be entitled to a new agreement’, er rekening mee had kunnen houden dat er een moment zou komen waarop Fujifilm geen nieuwe overeenkomst zou willen sluiten. Gelet op deze omstandigheden ziet de voorzieningenrechter een verplichting voor Fujifilm om Duomed ondubbelzinnig en tijdig te waarschuwen indien zij de distributierelatie niet na de Distribution Agreement 2021 wil verlengen. Deze verplichting heeft Fujifilm geschonden. De voorzieningenrechter oordeelt vervolgens dat deze tekortkoming kan worden hersteld door Fujifilm te verplichten om voor een bepaalde termijn de distributierelatie voort te zetten.⁷ Deze periode moet lang genoeg zijn voor een soepele transitie van Duomed's klanten, maar niet zo lang dat de bepaalde-termijnaard van de distributierelatie wordt uitgehold. Mede vanwege de gesprekken die Duomed al met een nieuwe leverancier voert, acht de voorzieningenrechter een termijn van zes maanden voldoende. De voorzieningenrechter neemt daarbij ook de afgesproken bepaalde termijn van twee jaar in ogenschouw, evenals de tijd die partijen in het verleden telkens na verloop van de overeenkomst namen om een nieuwe overeenkomst met terugwerkende kracht te sluiten.

Uit dit NCC-vonnis volgt dus duidelijk dat er een waarschuwingsplicht kan bestaan indien een partij (mogelijk) voornemens is om een duurovereenkomst niet te verlengen. Ondanks de contractuele bepaling dat niet automatisch verlengd wordt en er ook geen recht op verlenging is, leidt het schenden van deze plicht in dit NCC-vonnis toch tot een verlenging van de overeenkomst. In dit artikel zal nader op deze uitkomst worden ingegaan. De grondslag van de waarschuwingsplicht en de denkbare juridische consequenties van het schenden daarvan worden nader onder de loep genomen. Alvorens dat te bespreken zal eerst kort worden ingegaan op het leerstuk van het opzeggen van duurovereenkomsten. Dit leerstuk zou in de gevallen dat door verlenging een

2 In het vonnis staat 19 december 2023, maar dat kan niet anders dan een verschrijving zijn.

3 Rb. Amsterdam (NCC) 5 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4109, r.o. 4.3.

4 Rb. Amsterdam (NCC) 5 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4109, r.o. 4.3.

5 Verwijzend naar HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024.

6 Rb. Amsterdam (NCC) 5 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4109, r.o. 4.4.

7 Rb. Amsterdam (NCC) 5 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4109, r.o. 4.7.

overeenkomst van onbepaalde tijd is ontstaan, een belangrijke rol kunnen spelen.

3. Leerstuk van het opzeggen duurovereenkomsten

Sinds het arrest De Ronde Venen/Stedin⁸ van de Hoge Raad is het uitgangspunt dat een duurovereenkomst van onbepaalde tijd kan worden opgezegd. Dit leerstuk vloeit voort uit de werking van de redelijkheid en billijkheid en gaat om de situatie waarin de overeenkomst noch de wet in een opzegregeling voorziet. Uit de redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat de opzegging gepaard moet gaan met een redelijke opzegtermijn en/of een aanbod tot schadevergoeding. Ook kan uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat de opzeggende partij een voldoende zwaarwegende grond moet hebben. Dit laatste doet zich slechts in uitzonderlijke situaties voor, bijvoorbeeld waarin een bijzondere mate van afhankelijkheid bestaat.⁹ Voor duurovereenkomsten van bepaalde tijd geldt daarentegen dat deze in beginsel niet tussentijds opzegbaar zijn. Een uitzondering hierop is denkbaar indien aan de strenge criteria van onvoorziene omstandigheden, zoals opgenomen in artikel 6:258 van het Burgerlijk Wetboek (BW), wordt voldaan.¹⁰ Dit staat los van een eventueel beroep op ontbinding van de duurovereenkomst. In het arrest Goglio¹¹ wordt dit leerstuk nog eens goed door de Hoge Raad uiteengezet. Daarnaast benadrukt de Hoge Raad in dit arrest dat de aanvullende en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ook op contractuele of wettelijke opzeggingsbepalingen van toepassing kunnen zijn. Het kan dus zijn dat partijen in een contractuele opzeggingsbepaling hebben voorzien, maar dat daar alsnog op grond van de redelijkheid en billijkheid nadere voorwaarden aan worden gesteld.

4. Opvolgende duurovereenkomsten: bepaalde of onbepaalde tijd?

In de casus die aan de voorzieningenrechter van de NCC voorlag, gaat het om een langdurige distributierelatie van 45 jaar waarin sinds 2013 partijen steeds opvolgende overeenkomsten van twee jaar sluiten. Het gaat dus om een langdurige relatie die wordt beëindigd. Het hiervoor aangehaalde leerstuk over het opzeggen van duurovereenkomsten zou dus relevant kunnen zijn.

Uitgaande van het opzeggen van een duurovereenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid – waar dus geen contractueel of wettelijk regime van toepassing is – is het essentieel om eerst te onderzoeken of deze overeenkomst voor onbepaalde of voor bepaalde tijd is aangegaan. Immers, in het eerste geval is in beginsel wel en in het laatste geval in beginsel geen opzeggingsmogelijkheid.

Over de duur waarvoor een overeenkomst is aangegaan, kan met name onduidelijkheid bestaan indien partijen na het verstrijken van de initiële duur van een overeenkomst hun samenwerking op dezelfde voet hebben voortgezet. Is de verlenging dan voor bepaalde tijd – dus dezelfde duur als de aanvankelijke overeenkomst – of voor onbepaalde tijd? Deze vraag is een kwestie van uitleg en zal aan de hand van het Haviltex-criterium moeten worden beantwoord.¹² Voor agentuur is op grond van artikel 7:438 BW bepaald dat een verlenging dan voor onbepaalde tijd is. Barendrecht en Van Peurse¹³ menen dat in beginsel moet worden aangenomen dat partijen hun relatie ongewijzigd hebben willen voortzetten. Daarmee zou de relatie dus voor eenzelfde duur als de aanvankelijke overeenkomst zijn voortgezet. In de literatuur wordt juist ook betoogd dat de distributieovereenkomst dan voor onbepaalde tijd is voortgezet. De meningen zijn verdeeld.¹⁴ Naast uitleg van de gemeenschappelijke partijbedoeling zal ook het vertrouwensbeginsel een belangrijke rol spelen. De uitkomst kan dus zijn dat de ene partij niet de bedoeling had om een bepaalde minimumduur overeen te komen, maar daar toch aan gebonden is vanwege het gerechtvaardigd vertrouwen dat de andere partij daar in de gegeven omstandigheden in mocht hebben.¹⁵

Over de uitleg van een verlenging is in de jurisprudentie weinig te vinden. Een relevante uitspraak is gedaan door het hof Arnhem-Leeuwarden in 2012.¹⁶ Daaraan lag een overeenkomst ten grondslag waarin was opgenomen dat de overeenkomst van drie jaar – behoudens opzegging – stilzwijgend zou worden verlengd. De vraag was of dit een verlenging was met nogmaals drie jaar of voor onbepaalde tijd. Op basis van verklaringen van de personen die destijds bij de gesprekken betrokken waren, oordeelt het hof dat het de bedoeling van partijen was om met drie jaar te verlengen. Daarmee kwam de verlenging dus neer op een – in beginsel niet-opzegbare – overeenkomst voor bepaalde tijd.

8 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685 (De Ronde Venen/Stedin).

9 Asser/Houben 7-X 2019/126 (Rechtspraak inzake zwaarwegende grond).

10 HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AD0483, NJ 1990/439 (Mondia/Calanda).

11 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98 (Goglio).

12 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Haviltex).

13 Barendrecht & Van Peurse, Distributieovereenkomsten, Deventer: Kluwer 1997, nr. 208.

14 Asser/Houben 7-X 2019/121; Brink-van der Meer e.a., Beëindiging van duurovereenkomsten, Evaluatie van (recente) jurisprudentie en literatuur, Contracteren 2007/4, p. 91.

15 C.A.M. van de Paverd, De opzegging van distributieovereenkomsten (diss. VU), Deventer: Kluwer 1999, p. 78-79.

16 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BZ9335.

5. Waarschuwingsplicht bij niet-verlenging

In de NCC-zaak bestond echter geen onduidelijkheid over het stilzwijgend voortzetten van de overeenkomst. Voordat de overeenkomst was afgelopen, had Fujifilm namelijk bericht niet te willen verlengen. De voorzieningenrechter oordeelde juist expliciet niet over het (on)regelmatig opzeggen van de overeenkomst. Wel oordeelde de voorzieningenrechter dat Fujifilm was tekortgeschoten in de verplichting om tijdig te waarschuwen voor het niet-verlengen. De voorzieningenrechter kwam tot het oordeel dat de distributieovereenkomst nog zes maanden voortduurt. De vraag speelt dan wat de grondslag is van dit voortduren. Partijen hadden immers duidelijk neergelegd dat er een einddatum was en er geen recht was op verlenging. Hoe zit dit juridisch in elkaar?

In de NCC-zaak werd overwogen dat Fujifilm tekort was geschoten in haar waarschuwingsplicht. Deze waarschuwingsplicht volgde niet expliciet uit de distributieovereenkomst. Ter onderbouwing dat deze verplichting uit de distributieovereenkomst voortvloeit, wordt in het NCC-vonnis verwezen naar het arrest Vodafone/ETC van de Hoge Raad.¹⁷ Deze waarschuwingsplicht volgt aldus uit een redelijke uitleg van de partijbedoelingen, dan wel de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. De waarschuwingsplicht lijkt daarmee op de goede-trouwverplichtingen die partijen voor (*pre*), tijdens en na (*post*) de overeenkomst moeten naleven. Naast de goede trouw is het ook mogelijk dat met een tijdige waarschuwing wordt voorkomen dat de wederpartij gerechtvaardigd op verlenging kan vertrouwen. Na een uiteenzetting over de goede trouw zal dit mogelijke gerechtvaardigd vertrouwen nader worden uitgewerkt.

6. Goede trouw

Indien de waarschuwingsplicht in het kader moet worden geplaatst van de tussen partijen te gelden goede trouw, is relevant wat de eventuele consequenties van het schenden van deze goede trouw zijn.

Een belangrijk arrest over de goede trouw is het arrest Mattel/Borka.¹⁸ Uit dit arrest vloeit voort dat, ondanks het opzeggen met inachtneming van een voldoende lange opzegtermijn, er op grond van de redelijkheid en billijkheid alsnog een verplichting tot schadevergoeding kan zijn. Dit houdt verband met mogelijke investeringen die niet ‘worden gecompenseerd door’ of ‘verdisconteerd zijn in’ de opzegtermijn. Er zijn dus ‘bijzondere of uitzonderlijke omstandigheden’ denkbaar in welk geval

alsnog schadevergoeding moet worden betaald.¹⁹ Naar aanleiding van dit arrest is in de literatuur gewezen op de gelijkenis tussen de Mattel/Borka-situatie en de precontractuele goede trouw.²⁰ Bij afgebroken onderhandelingen is er niet snel sprake van aansprakelijkheid. Immers, iedereen is in beginsel vrij om onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar is.²¹ In beginsel is iedereen derhalve verantwoordelijk voor zijn eigen kosten en investeringen in het kader van onderhandelingen.²² De afbrekende wederpartij kan slechts aansprakelijk worden gehouden voor deze gemaakte kosten in het geval van bijzondere omstandigheden die dit anders maken. De gedragingen van de afbrekende partij die aan het mogelijke vertrouwen van de wederpartij hebben bijgedragen, spelen daarbij een belangrijke factor. Ook de ‘bijzondere of uitzonderlijke omstandigheden’ uit het Mattel/Borka-arrest lijken gezocht te moeten worden in gedragingen van de opzeggende partij, bijvoorbeeld toezeggingen of de gewekte indruk dat de relatie zal blijven voortbestaan. Gesteld zou kunnen worden dat in het kader van een duurovereenkomst zelfs een nog zwaardere verplichting geldt om met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden dan in een precontractuele situatie.²³ Partijen hebben zich bij het aangaan van de duurovereenkomst immers weloverwogen aan elkaar verbonden.

Deze goede trouw – oftewel ‘rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen’ – betreft de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, ex artikel 6:248 lid 1 BW. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid vult een leemte in een rechtsverhouding aan. Van een leemte is slechts sprake indien over een bepaald deel van de overeenkomst geen wilsovereenstemming bestaat. Partijen moeten er dus niet in hebben voorzien. Vervolgens zal de aanvulling van de leemte zo veel mogelijk moeten aansluiten bij hetgeen partijen hebben bedoeld.²⁴ Bij afgebroken onderhandelingen kan een afbrekende partij worden verplicht om alsnog door te onderhandelen. Deze verplichting volgt dan uit een (voor)overeenkomst, onrechtmatige daad of de redelijkheid en billijkheid zelf.²⁵

In het geval van het niet-verlengen van een duurovereenkomst zijn partijen een bepaalde duur overeengekomen. Daarmee lijkt het uitgesloten dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid deze duur zou kunnen verlengen als een van de partijen kenbaar heeft gemaakt de overeenkomst niet voort te willen zetten.

17 HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, JOR 2008/23, m.nt. Tjittes.

18 HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291, NJ 1991/742 (Mattel/Borka), m.nt. P.A. Stein.

19 HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291, NJ 1991/742 (Mattel/Borka), m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.3.

20 HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291, NJ 1991/742 (Mattel/Borka), m.nt. P.A. Stein; Asser/Houben 7-X 2019/131.

21 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467.

22 Asser/Sieburgh 6-III 2022/193.

23 HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0291, NJ 1991/742 (Mattel/Borka), m.nt. P.A. Stein.

24 H.N. Schelhaas, Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5) 2017/4.24:4.24 Aanvulling van leemtes, relevante omstandigheden.

25 GS Verbintenissenrecht, art. 6:217 BW, aant. 1.63.1.

Dat is dan immers in strijd met hetgeen partijen hebben bedoeld. Daarmee lijkt het rechtsgevolg van het schenden van de waarschuwingsplicht bij het niet-verlengen in het kader van de goede trouw beperkt te zijn tot aansprakelijkheid voor de daardoor ontstane schade. In Italië en Zweden wordt het schenden van de verplichting om te waarschuwen voor het niet-verlengen ook bestraft met aansprakelijkheid voor de daardoor ontstane schade.²⁶

Echter, in ieder geval is een keer eerder door de Nederlandse rechter voortzetting van de distributieovereenkomst bevolen wegens schenden van de goede trouw. In een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam uit 2021²⁷ betrof het een soortgelijke casus als de NCC-zaak. In deze casus vond de aankondiging tot niet-verlenging slechts enkele dagen voorafgaand aan de einddatum van de overeenkomst plaats. De voorzieningenrechter neemt de gehele relatie van meer dan twintig jaar in ogenschouw, de lange duur waarvoor de distributeur (via aanbestedingen) contracten met zijn klanten aangaat en de geruststellende woorden die de principaal eerder naar de distributeur had uitgesproken. Gegeven de omstandigheden beschouwt de voorzieningenrechter het vasthouden aan de einddatum van de (laatst gesloten) distributieovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De voorzieningenrechter overweegt dat de relatie wel opzegbaar is en in de distributieovereenkomst is neergelegd dat een verlenging slechts schriftelijk kon plaatsvinden. Vervolgens overweegt de voorzieningenrechter dat het niet aannemelijk is dat een bodemrechter zal oordelen dat de distributieovereenkomst nog geldt en onverkort moet worden doorgezet. Echter, de voorzieningenrechter overweegt dat partijen zich in het kader van de postcontractuele goede trouw redelijk jegens elkaar moeten opstellen. In deze omstandigheden brengt dat naar het oordeel van de voorzieningenrechter mee dat de principaal de bestellingen die volgen uit aanbestedingen waarop de distributeur zich reeds had ingeschreven, moet blijven leveren. De door de distributeur gevorderde onverkorte voortzetting wordt dan ook afgewezen. De voorzieningenrechter lijkt in dit vonnis uit 2021 de verplichting om de bestellingen uit de aanbestedingen waarop de distributeur reeds heeft ingeschreven nog te moeten leveren, te stoelen op twee gronden: (1) vasthouden aan de einddatum is naar omstandigheden van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, en (2) de naar elkaar in acht te nemen postcontractuele goede trouw. Het is niet evident hoe dit nu juridisch precies gekwalificeerd moet worden. Als een beroep op de einddatum onaanvaardbaar is, is de overeenkomst dan doorgelopen en moet de niet-verlenging als opzegging worden beschouwd? Is de opzegging voor nieuwe aanbestedingen per direct en voor oude aanbestedingen pas tegen de einddatum

daarvan? Of speelt de onaanvaardbaarheid alleen mee in de inkleuring van de postcontractuele goede trouw? In de NCC-zaak was overigens in de distributieovereenkomst neergelegd dat Fujifilm na de einddatum de distributeur producten zou blijven leveren die op grond van reeds gesloten overeenkomsten met derden na de einddatum nog geleverd moesten worden.²⁸ Daarmee hadden partijen dus al in een op voornoemd vonnis uit 2021 lijkende situatie voorzien. Het NCC-vonnis gaat echter nog een stap verder dan dit vonnis uit 2021, want het nog zes maanden vasthouden aan de distributieovereenkomst is niet beperkt tot het beleveren van reeds gesloten overeenkomsten.²⁹ In ieder geval is het dogmatisch lastig te verklaren dat het schenden van de waarschuwingsplicht in het licht van de goede trouw leidt tot voortzetting van de distributieovereenkomst. Partijen hebben in de overeenkomst een duidelijke afspraak gemaakt over de einddatum en ook neergelegd dat er geen recht op verlenging zou zijn. Inderdaad hebben partijen in het verleden daar niet naar gehandeld, maar de vraag is of dat voldoende is om deze contractuele bepalingen – die juist met het tekenen van de Distribution Agreement 2021 wederom over en weer zijn bevestigd – zo terzijde te stellen. De schriftelijke overeenkomst zou toch juist ook een belangrijke functie moeten hebben bij de goede trouw.

7. Gerechtvaardigd vertrouwen

Zoals net behandeld, lijkt het schenden van de waarschuwingsplicht in het kader van de goede trouw 'slechts' tot schadeplichtigheid te kunnen leiden. Kan het schenden van de waarschuwingsplicht dat niet verlengd zal worden dan niet op een andere wijze tot verlenging van de distributieovereenkomst leiden? Als het rechtsgevolg moet zijn dat de overeenkomst voortduurt, lijkt de waarschuwingsplicht meer te passen in het leerstuk van het gerechtvaardigd vertrouwen.

Het leerstuk van het gerechtvaardigd vertrouwen kwam voor in een op de NCC-zaak lijkende casus die aan het hof Den Bosch in 2013 voorlag.³⁰ In deze casus stelt de distributeur dat er omstandigheden waren die meebrachten dat hij erop mocht vertrouwen dat de distributieovereenkomst verlengd zou worden. Ook zou in het verleden het verlengen van de distributieovereenkomst

26 Zie Hesselink e.a., Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), p.121.

27 Rb. Amsterdam 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4754.

28 De tekst van dit artikel luidt: 'If the Distributor is awarded a public tender or if the Distributor is bound by a contractual obligation to a third party to deliver Products after the date on which the Agreement is terminated or expired, FUJIFILM shall be required continue to deliver to the Distributor such Products as necessary to comply with the tender or contractual obligations until the end of said obligations if the Distributor has disclosed to FUJIFILM sufficient documents setting out its continuous supply obligations against third party prior to termination or expiration of this Agreement and the Parties have agreed to continue supply of the Products for that purpose.'

29 Rb. Amsterdam (NCC) 5 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4109, r.o. 4.7 en 4.8.

30 Hof Den Bosch 17 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4274 (Med-tronic).

pas later schriftelijk zijn vastgelegd. Het hof zag die omstandigheden, maar oordeelde dat de laatstelijk tussen partijen gesloten distributieovereenkomst heel duidelijk was: een verlenging moet schriftelijk zijn. Er was geen schriftelijk stuk en bovendien is het duidelijk dat de principaal niet wil verlengen. Dit zou volgens het hof anders kunnen zijn als er zodanige overeenstemming zou zijn geweest over het tot stand brengen van de volgende overeenkomst, dat een beroep op het ontbreken van een schriftelijk stuk onaanvaardbaar moet worden geacht. Een dergelijke situatie doet zich echter volgens het Hof niet voor.³¹

Het gaat in dit arrest over het leerstuk van het gerechtvaardigde vertrouwen zoals neergelegd in artikelen 3:33 en 3:35 BW. Dit leerstuk wordt relevant op het moment dat er kennelijk geen sprake is van aanbod en aanvaarding ex artikel 3:33 BW. In het geval van wilsontbreken van de andere partij kan de ene partij op grond van dit leerstuk alsnog worden beschermd indien hij te goeder trouw op een rechtsschijn is afgegaan.³² Het gaat dan over een door de ander gewekte schijn. Het is niet vereist dat deze schijn door een verklaring is gewekt. De schijn kan ook zijn gewekt door het uitblijven van een verklaring of gedraging en dus ook uit het zwijgen van de andere partij.³³ Het vertrouwen moet 'onder de gegeven omstandigheden' gerechtvaardigd zijn. Dit betekent dat de rechter de diverse omstandigheden van het geval zal moeten wegen.³⁴

Het gevolg van een geslaagd beroep op gerechtvaardigd vertrouwen is dat de andere partij – ondanks het ontbreken van haar wil – toch aan een rechtshandeling (hier het aangaan van een overeenkomst) wordt gebonden indien een partij gerechtvaardigd mocht vertrouwen dat deze rechtshandeling er was. Daarmee zou in de NCC-zaak het niet tijdig waarschuwen dat de overeenkomst niet verlengd zou worden – in feiten dus 'stilzitten' – meespelen bij het gerechtvaardigd vertrouwen van Duomed op verlenging. Met andere woorden: het tijdig waarschuwen had het gerechtvaardigd vertrouwen dan waarschijnlijk voorkomen. Voorop blijft wel staan dat dit een 'alle omstandigheden van het geval'-toets is, dus het is niet zeker of en wanneer een waarschuwing voldoende is om gerechtvaardigd vertrouwen tegen te gaan.

8. Wapens tegen gerechtvaardigd vertrouwen

Om te voorkomen dat een wederpartij zich op gerechtvaardigd vertrouwen kan beroepen, zijn er meerdere be-

palingen denkbaar die dit zo goed als mogelijk tegen moeten gaan. Een vormvoorschrift (vaak schriftelijkheidsvereiste), een *entire agreement clause* of een *no oral modification clause*, ook wel een 'NOM-clausule' genoemd, wordt vaak ter voorkoming van een beroep op goede trouw in overeenkomsten opgenomen. Uit het NCC-vonnis blijkt wel dat dergelijke beschermingsmaatregelen niet altijd soelaas bieden. Hoewel het zeker een goede drempel opwerpt, kan desondanks alsnog gerechtvaardigd vertrouwen ontstaan door gedragingen van de wederpartij.³⁵ Ook bij duurovereenkomsten met een einddatum is het niet ondenkbaar dat – ondanks deze contractuele beschermingsbepalingen – een partij toch erop mocht vertrouwen dat een duurovereenkomst is of zou worden verlengd. Indien partijen na de einddatum zonder enig woord daarover op dezelfde voet verder zijn gegaan, dan zou dat best ertoe kunnen leiden dat een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen kan worden gedaan. Of dat standhoudt, hangt wel af van de verdere omstandigheden die dit vertrouwen gewekt kunnen hebben. Indien partijen nog voor de einddatum zitten, dan zal dit betoog lastiger worden, maar afhankelijk van de specifieke gedragingen is het zeker niet op voorhand kansloos. In beide gevallen zal dan aan de contractuele beschermingsbepalingen voorbij worden gegaan. Dat kan en moet uiteraard niet te snel het geval zijn.

Dit leerstuk zal nu worden toegepast op de NCC-zaak. In de NCC-zaak was contractueel afgesproken dat Fujifilm ondanks de exclusiviteit van de distributierelatie de producten aan derden mocht gaan verkopen 'after giving a written notice – at least three (3) months before the end date – of its intention not to renew this Agreement' (zie volledig geciteerde artikel 23.2 uit de distributieovereenkomst in paragraaf 2). Uit het vonnis blijkt niet dat door Fujifilm op dit artikel een (tijdig) beroep is gedaan. Dat zou een argument kunnen zijn voor Duomed om te betogen waarom zij gerechtvaardigd mocht vertrouwen op verlenging. Uit het NCC-vonnis volgt verder dat partijen in het verleden steeds pas enkele maanden na de daadwerkelijke verlenging dit door middel van een schriftelijk stuk (met terugwerkende kracht) bevestigden.³⁶ Daaruit zouden twee omstandigheden kunnen worden afgeleid: (1) dat de verlenging schriftelijk moest worden vastgelegd,³⁷ en (2) dat partijen geen grote waarde toekennen aan de formele einddatum. Uit het NCC-vonnis blijkt niet duidelijk of de distributeur een beroep heeft gedaan op gerechtvaardigd vertrouwen dat de distributieovereenkomst was verlengd. Gelet op het kennelijk uitblijven van een schriftelijke aanzegging van Fujifilm drie maanden voor de einddatum en de herhaaldelijke stilzwijgende verlenging van de distributieovereenkomst met schriftelijke bevestiging achteraf, lijkt dat geen kansloos beroep. Echter, daar staat wel tegenover dat in de overeenkomst een duidelijke einda-

31 Hof Den Bosch 17 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4274 (Medtronic), r.o. 4.20.

32 GS Vermogensrecht, art. 3:35 BW, aant. 2.1.

33 Zie bijv. HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5352, NJ 2002/60 (Beers/Van Daalen); HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1228, NJ 2004/571 (Meplax/De Rooij).

34 GS Vermogensrecht, art. 3:35 BW, aant. 5.10.0.

35 Zie hierover o.a. Asser/Sieburgh 6-III 2022/281; Y. Hafez, De NOM-clausule en het lot van de daarmee strijdige rechtshandeling, *Contracteren* 2023/2.

36 Rb. Amsterdam (NCC) 5 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4109, r.o. 4.4.

37 Uit de bepalingen van de distributieovereenkomst die in het NCC-vonnis zijn aangehaald, volgt geen schriftelijkheidsvereiste.

tum is opgenomen en het recht op verlenging is uitgesloten. Daarbij zal waarschijnlijk ook wel mee moeten wegen in hoeverre vanuit Duomed zelf actie mocht worden verwacht. Van diegene die meent ergens gerechtvaardigd van uit te kunnen gaan, mag immers onder omstandigheden ook worden verwacht dat deze de juistheid van zijn verwachtingen controleert. Het valt op dat de omstandigheden die in het NCC-vonnis voldoende lijken om aan de contractuele beschermingsbepalingen voorbij te gaan, juist in het arrest van het hof Den Bosch als onvoldoende doorslaggevend worden beschouwd.³⁸

In aanvulling op voornoemde algemene contractuele beschermingsmechanismen zijn er verschillende aanbevelingen specifiek om te voorkomen dat een duurovereenkomst zonder expliciete instemming wordt verlengd. Ten eerste is het aan te raden om de einddatum en het feit dat er geen recht is op verlenging duidelijk te vermelden in de overeenkomst (zoals in de NCC-zaak het geval was). Daarnaast is het goed om in de overeenkomst op te nemen dat verlenging slechts kan door middel van een schriftelijk ondertekend stuk. Het is bovendien raadzaam om duidelijkheid te scheppen over hoe gesprekken over een eventuele verlenging worden gevoerd: wie heeft het initiatief, hoeveel tijd van tevoren, aan wat voor vereisten moet minimaal worden voldaan – bijvoorbeeld dat er geen openstaande rekeningen mogen zijn –, en wat zijn de consequenties van het niet halen van de tijdlijn of vereisten.

In dit kader is nog relevant om te melden dat het NCC-vonnis een kortgedingvonnis is. De voorzieningenrechter heeft een grote vrijheid in het treffen van voorzieningen die hij geraden acht.³⁹ Dat een voorziening onomkeerbare gevolgen heeft, is geen grond om de voorziening niet geschikt te achten voor kort geding. Wel moet de beslissing van de voorzieningenrechter een juridische grondslag hebben. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter moet de bodemprocedure tot een uitkomst kunnen leiden dat de gevraagde voorziening terecht is gegeven.⁴⁰ Uit het NCC-vonnis blijkt niet (duidelijk) dat de voorzieningenrechter een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen op verlenging voor ogen had. Sterker nog, uit het vonnis lijkt het voortduren van de overeenkomst bedoeld om het te tekortschieten in de waarschuwingsplicht te ‘repareren’:

‘Fujifilm’s failure to provide an unequivocal and timely warning to Duomed of its intention not to renew the distribution agreement constitutes a breach of Fujifilm’s duty to let its conduct be determined also by the legitimate interests of Duomed. This breach is to be remedied in these summary proceedings by obligating Fujifilm to continue the distribution agreement for a period to be determined by the Court.’⁴¹

De op zich praktische en – gegeven de casus – volgbare oplossing waarvoor de NCC-voorzieningenrechter heeft gekozen, lijkt meer te passen in gerechtvaardigd vertrouwen van de distributeur dan dat de distributieovereenkomst zou worden verlengd. Er lijken verschillende omstandigheden aanwezig die dat oordeel zouden kunnen dragen. Uit het vonnis blijkt echter niet dat de voorzieningenrechter de rechtsgrond van gerechtvaardigd vertrouwen voor ogen had. Mocht toch bedoeld zijn dat vanwege gerechtvaardigd vertrouwen verlengd werd, dan is de vraag waarom die verlenging is beperkt tot negen maanden (zes maanden vanaf het vonnis). Is de overeenkomst dan voor onbepaalde tijd verlengd en door Fujifilm opgezegd? Of is het vertrouwen beperkt tot een korte verlenging? Het blijft een beetje puzzelen om deze uitkomst dogmatisch te verantwoorden.

9. Conclusie

De recente NCC-zaak biedt een mooi haakje om nader in te gaan op het niet-verlengen van duurovereenkomsten. Een thema dat de pennen kennelijk (nog) niet veel in beweging brengt. Het komt vaak voor dat partijen een duurovereenkomst impliciet voortzetten. Dan is de vraag wat zij met de voortzetting hebben beoogd. Daar is echter geen sprake van indien een partij vóór de eindtermijn communiceert niet te willen verlengen.

Een waarschuwingsplicht in het geval niet verlengd gaat worden, lijkt ten eerste voort te vloeien uit de uitleg dan wel de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. De consequentie daarvan lijkt echter beperkt tot schadeplichtigheid. Dit zeker indien een duidelijke einddatum in een overeenkomst is opgenomen.

Het niet (tijdig) waarschuwen lijkt een belangrijke rol te kunnen spelen bij het tegengaan van een eventueel gerechtvaardigd vertrouwen van de andere partij dat de overeenkomst wordt verlengd. Of van dergelijk gerechtvaardigd vertrouwen sprake is, is erg afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De hiervoor benoemde contractuele beschermingsbepalingen, een einddatum en heldere communicatie over de wijze waarop een verlenging eventueel tot stand zal komen, zullen dit gerechtvaardigd vertrouwen zo veel mogelijk tegengaan. Het gevaar blijft dan zitten in zodanige gedragingen van partijen dat ondanks duidelijke contractuele beschermingsbepalingen de wederpartij toch gerechtvaardigd op verlenging mocht vertrouwen. Dat zal echter niet snel het geval (moeten) zijn.

38 Hof Den Bosch 17 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4274 (Medtronic).

39 Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/146.

40 GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 256 Rv, aant. 3.1.

41 Rb. Amsterdam (NCC) 5 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4109, r.o. 4.7.