

98. Tekortkoming bij R&D-projecten: onderzoek naar aansprakelijkheid

AUTEUR MR. R. KLOPPENBURG

Research & Development (R&D-)projecten zien op onderzoek en ontwikkeling ter verbetering of vernieuwing van producten, productieprocessen of diensten. R&D kan resulteren in nieuwe kennis en is van evident belang voor de economische groei en welvaart. Partijen bundelen vaak krachten door gezamenlijk in projecten onderzoek en ontwikkeling uit te voeren. R&D-projecten kenmerken zich door een relatief hoge mate van onzekerheden en risico's. De waarde van de inbreng van partijen is niet altijd eenvoudig vast te stellen en de uitkomst van het project is vaak moeilijk te voorspellen. Dit vergroot de kans op (juridische) discussies, met name indien de beoogde uitkomst uitblijft.

In deze bijdrage komen de juridische mogelijkheden van nakoming, ontbinding van de overeenkomst en (aanvullende of vervangende) schadevergoeding aan de orde indien een partij tekortschiet bij de uitvoering van een R&D-project. Daarbij zal ik eerst ingaan op aspecten die van belang zijn bij deze mogelijkheden, namelijk de specifieke kenmerken van R&D en de waarde van kennis.

Research & Development

R&D vindt plaats op allerlei terreinen en wordt vaak gestimuleerd door subsidies. R&D kan bijvoorbeeld plaatsvinden in verband met een mechanische hijskraan, waarbij de wens is om deze makkelijker hanteerbaar te maken en uit te breiden met functionaliteiten, zoals een (meer) geautomatiseerde sturing. Een partij kan de mogelijkheid hebben om onderzoek te doen naar de daarvoor benodigde aanpassingen van de structuur (hardware) van de kraan, terwijl een andere partij in staat is onderzoek te doen naar de daarvoor benodigde software. Partijen hebben daarvoor bijvoorbeeld de benodigde kennis en faciliteiten. Kennis die, vóór het project, bij partijen reeds aanwezig is wordt achtergrondkennis (*Background*) genoemd. Partijen sluiten in dergelijke gevallen doorgaans een samenwerkingsovereenkomst waarin met name de organisatie, alsmede de juridische en financiële aspecten zijn opgenomen.

In het projectplan, dat vaak als bijlage bij de overeenkomst is opgenomen, kan de inbreng van partijen door middel van verschillende werkpakketten worden omschreven. Deze inbreng kan bijvoorbeeld bestaan uit het ter beschikking stellen van achtergrondkennis, werkzaamheden, materialen en faciliteiten. Het doel van R&D is om nieuwe kennis te ontwikkelen, ook wel voorgrondkennis (*Foreground*) genoemd. Kennis die tijdens het project, maar niet in het

kader van het project, wordt ontwikkeld noemt wel ook wel zijgrondkennis (*Sideground*). Bepaalde toepassingen van kennis kunnen worden beschermd door intellectuele eigendomsrechten. In de samenwerkingsovereenkomst nemen de partijen vaak op wie na afloop van het project eventuele intellectuele eigendomsrechten mag registreren en wie eventuele licenties kan verkrijgen. Normaliter is van tevoren niet bekend of de beoogde kennis technisch kan worden ontwikkeld.

Kenniswaarde

Kennis kan met name van waarde zijn wanneer een partij door de kennis een concurrentievoordeel geniet ten opzichte van partijen die deze kennis niet hebben. Indien kennis in het publieke domein (gratis) voor toepassing beschikbaar is, zal dit niet het geval zijn. In dit verband wordt verwezen naar de definitie van de Europese richtlijn ter bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen).¹ Een bedrijfsgeheim is volgens deze richtlijn (samengevat) informatie die (i) niet algemeen bekend of toegankelijk is, (ii) handelswaarde bezit en (iii) is onderworpen aan redelijke maatregelen voor geheimhouding.

Kennis is van meerwaarde wanneer deze betrekking heeft op een technologische toepassing die goed is doorontwikkeld, zodat niet of weinig nodig is om deze toe te passen voor commerciële doeleinden. Technologie wordt ontwikkeld in verschillende fasen. Technology Readiness Levels (TRL's) omschrijven in welke fase de ontwikkeling van technologie zich bevindt. Er zijn negen TRL-fases: van een basisprincipe in fase 1 tot een bewezen techniek die in de markt kan worden geïntroduceerd in fase 9.

¹ Richtlijn 2013/0402/EU.

De R&D-overeenkomst moet resultaat- en inspanningsverplichtingen duidelijk onderscheiden zodat de kans op discussies wordt vermindert.

Er zijn vele verschillende methoden om de hoogte van de waarde van kennis te berekenen:

- de *Cost Based Approach* meet de waarde gerelateerd aan de kosten om de kennis te genereren;
- de *Market Based Approach* vergelijkt de waarde van technisch equivalente alternatieven;
- de *Income Based Approach* neemt het verdienpotentieel van de technologie als uitgangspunt.

Kenniswaarde kan veranderen. Kennis kan bijvoorbeeld in het publieke domein terechtkomen, zodat alle marktconcurrenten daartoe toegang hebben en kennis minder of geen concurrentievoordeel meer geeft." De techniek waarop kennis betrekking heeft kan ook verouderd raken en zo aan waarde inboeten.

Nakoming

Een partij kan nakoming vorderen indien een wederpartij tekortschiet. De inhoud van de verplichting waarvan nakoming wordt gevorderd is daarbij uiteraard van belang. Juridische en praktische redenen kunnen een nakomingsvordering in de weg staan.

Inhoud nakomingsvordering: resultaat of inspanning

Een belangrijke vraag bij R&D-projecten is: zijn er resultaatverplichtingen of inspanningsverplichtingen aan de orde? Bij een resultaatverbintenis bestaat de verplichting om het toegezegde resultaat te bereiken. Bij een inspanningsverbintenis bestaat 'slechts' de verplichting inspanningen te verrichten om een beoogde uitkomst te bereiken. De schuldeiser zal in het algemeen meer baat hebben bij het aannemen van een resultaatverplichting, omdat hij er dan geen genoegen mee hoeft te nemen dat de schuldenaar zich 'slechts' inspant. De uitkomst van het R&D-project is, zoals aangegeven, vaak lastig te voorspellen. Het aannemen van inspanningsverplichtingen voor het bereiken van de beoogde voorgrondkennis ligt daarom voor de hand. Dit geldt niet, of minder, voor verplichtingen om bepaalde achtergrondkennis, werkzaamheden, materialen en faciliteiten in te brengen. In de praktijk ontstaan hierover met enige regelmaat discussies. In de samenwerkingsovereenkomst kan bijvoorbeeld de nadruk zijn gelegd op inspanningsverbintenissen, terwijl in een bijlage is opgenomen, dat een partij een bepaald werkpakket afrondt door middel van een demonstratie van een bepaalde nieuwe kennis-toepassing, bijvoorbeeld middels een prototype. In deze bijlage kan dan met een taalkundige uitleg een resultaatverplichting worden gelezen. Er zijn bij R&D-projecten vaak argumenten te geven waarom een taalkundige uitleg dient te worden gevolgd. Bijvoorbeeld betrokkenheid van professionele partijen en het bestaan van een omvangrijke en

gedetailleerde samenwerkingsovereenkomst die tot stand is gekomen na uitvoerige onderhandelingen waarbij partijen zijn bijgestaan door juristen.

De Hoge Raad heeft in het *Lundiform /Mexx*-arrest² echter aangegeven dat beslissend is 'de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten blijft'. Professionele R&D-instellingen zouden normaliter moeten weten, of begrijpen, dat de beoogde uitkomst bij R&D-onderzoek onzeker is en dat daarom slechts inspanningen daartoe zijn overeengekomen. De Hoge Raad gaf in dit arrest ook aan dat, indien de rechter groot gewicht toekent aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis, de partij die een andere uitleg verdedigt in de gelegenheid moet worden gesteld (tegen-)bewijs te leveren, indien deze partij daartoe voldoende heeft gesteld. De partij die baat heeft bij het aannemen van een inspanningsverplichting zou bij genoemd voorbeeld dus voor de zekerheid feiten moeten stellen die tot het oordeel kunnen leiden dat een taalkundige uitleg niet doorslaggevend is. Zo kan worden aangevoerd dat niet de juristen, maar de technische medewerkers – die doorgaans meer aandacht hebben voor de technische aspecten en het verschil tussen inspannings- en resultaatverbintenis minder in het oog houden – het werkpakket hebben opgesteld waarin de desbetreffende verplichting is verwoord. Het voorkomen van discussies verdient uiteraard de voorkeur. Een duidelijke R&D-overeenkomst met een helder onderscheid tussen resultaat- en inspanningsverplichtingen, alsmede een rangorde tussen documenten is daarom aan te bevelen.

Belemmeringen nakomingsvordering

Nakoming kan op feitelijke gronden (absoluut) onmogelijk zijn. De resultaatverbintenis om (kennis inzake) een bepaalde nieuwe technologie te ontwikkelen kan bijvoorbeeld om technische redenen onmogelijk zijn om uit te voeren. Nakoming kan ook slechts tegen een onredelijk hoge inbreng van de schuldenaar haalbaar zijn, bijvoorbeeld indien de te ontwikkelen kennis te hoge inbreng vergt. De redelijkheid en de billijkheid kan het afdwingen van nakoming dan verhinderen (art. 6:248 lid 2 BW). De Hoge Raad heeft in het *Multi Vastgoed*-arrest bepaald dat een schuldeiser bij de keuze tussen het vorderen van nakoming of schadevergoeding gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen.³ Nakoming vorderen kan ook om niet-juridische redenen minder opportuun zijn. Een goede vertrouwensbasis en de motivatie van partijen zijn bij R&D-projecten van evident belang. Partijen wisselen vaak vertrouwelijke informatie uit en werken intensief samen. Tijdens het project kunnen nieuwe kennisvragen opkomen waarvoor een wijziging

2 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.3 en 3.4.4.

3 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*).

van het projectplan en instemming van alle partijen nodig kan zijn. Indien een partij in juridische zin wordt gedwongen tot nakoming kan dat een nadelig effect hebben op de motivatie, medewerking en de kwaliteit van de inbreng. Het permanent verbreken van de samenwerking, door bijvoorbeeld een ontbinding van de overeenkomst, kan daarom de voorkeur verdienen.

Ontbinding

De schuldeiser kan een overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden bij blijvende onmogelijkheid in de nakoming of bij verzuim van de schuldenaar, tenzij de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt (art. 6:265 BW). Ontbinding kan contractueel worden uitgesloten maar dit gebeurt in de praktijk bij R&D lang niet altijd. Ontbinding resulteert in ongedaanmakingsverbintenissen (art. 6:271 BW) en recht op schadevergoeding (art. 6:277 BW). Bij R&D kan de ongedaanmakingsverbintenis zien op ontvangen kennis. Dit kan resulteren in aanzienlijke ongedaanmakingsverplichtingen, hetgeen de schuldeiser zou moeten voorkomen. De schadevergoeding kan met name bestaan uit het mislopen op de kans op voorgrondkennis en eventueel het mislopen van subsidiegelden.

Aansprakelijkheidsbeperkingen moeten mede betrekking hebben op ongedaanmakingsverplichtingen, met name indien deze verplichtingen aanzienlijk kunnen zijn zoals bij ongedaanmaking van ontvangen kennis.

Ongedaanmakingsverbintenissen

Indien de prestatie door haar aard niet ongedaan kan worden gemaakt, dan treedt daarvoor een vergoeding in de plaats ten belope van haar waarde op het tijdstip van de ontvangst (art. 6:272 BW). De waarde van de ontvangen prestatie dient te worden bepaald aan de hand van de objectieve waarde die normaal in het economische leven aan de prestatie wordt toegekend.⁴ Het doet niet ter zake of de ontvanger van de prestatie er ook inderdaad het normale profijt van heeft gehad. Indien de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt dient deze waarde te worden bepaald aan de hand van de subjectieve waarde die deze prestatie in de gegeven omstandigheden werkelijk voor de ontvanger heeft gehad (art. 6:272 lid 2 BW). De waarde van de ongedaanmakingsverbintenis dient te worden bepaald op het moment van de ontvangst.

Ongedaanmaking van ontvangen kennis

Ongedaanmakingsverbintenissen kunnen betrekking hebben op ontvangen kennis. De vraag is of de schuldeiser

deze kennis naar haar aard ongedaan kan maken. In genoemd voorbeeld, inzake de mechanische hijskraan, kunnen bijvoorbeeld softwarecodes ter beschikking zijn gesteld via bescheiden. Dit kan ongedaan worden gemaakt door teruggave van de bescheiden. Deze kennis blijft waarschijnlijk niet achter bij de ontvanger omdat deze codes niet zijn onthouden. Echter, wanneer een werkpakket is uitgevoerd dat bestond uit bijvoorbeeld het uitvoeren van een gebruikersevaluatie van de hijskraan, dan is de in dat kader ontvangen kennis waarschijnlijk niet ongedaan te maken. De ontvanger, althans de medewerkers, zullen de feedback van de gebruikers hebben onthouden. De ontvangen kennis kan dan naar haar aard niet ongedaan worden gemaakt.

De hoogte van de ongedaanmakingsverbintenis dient inzake deze toegenomen kennispositie dan te worden bepaald aan de hand van bovengenoemde waardebeperkingen. In dit voorbeeld kan de waarde bijvoorbeeld worden gekwantificeerd op de kosten die nodig zijn geweest om de gebruikersevaluatie uit te voeren (op grond van de *Cost Based Approach*). De waardevergoeding kan in dit kader ook betrekking hebben op ontvangen achtergrondkennis. In het voorbeeld van de hijskraan kan de schuldeiser bijvoorbeeld allerlei waardevolle achtergrondkennis hebben ontvangen over de hijskraan die in een vorige projecten is ontwikkeld. De schuldeiser kan door de ontbinding worden geconfronteerd met een ongedaanmakingsverbintenis voor een bedrag ter grootte van de vorige projecten (op grond van de *Cost Based Approach*). Daarbij moet wel rekening worden gehouden dat de waarde op het moment van ontvangst moet worden berekend. De waarde van de kennis kan op dat moment bijvoorbeeld, zoals aangegeven, zijn gedaald doordat de kennis zonder kosten vrij verkrijgbaar in het publieke domein aanwezig is en vrij toepasbaar is.

Beperken en voorkomen van ongedaanmakingsverbintenissen

De redelijkheid en billijkheid kunnen hoge ongedaanmakingsverplichtingen – al dan niet gedeeltelijk – in de weg staan. Voorkeur verdient uiteraard om het risico op hoge ongedaanmakingsverbintenissen bij voorbaat te voorkomen. De schuldeiser kan dit doen door bij het vorderen van ontbinding bewust te zijn van dit risico en de potentiële ongedaanmakingsverbintenissen en daarop in te spelen door bijvoorbeeld partiële ontbinding te vorderen, zodat dergelijke verbintenissen niet ontstaan. Partijen zouden in dit verband ook reeds in de samenwerkingsovereenkomst ongedaanmakingsverbintenissen of ontbinding geheel kunnen uitsluiten en eventueel schade vervangende boetes opnemen. Dit voorkomt ook lastige discussies over waardeberekeningen. Bedingen die de aansprakelijkheid beperken kunnen in dit verband ook hoge betalingsverplichtingen voorkomen. Echter, deze bedingen dienen zich dan wel mede uit te strekken tot waardevergoeding inzake ongedaanmaking. Het komt namelijk vaak voor dat exoneraties slechts zien op het beperken van vergoeding van schade. In dat geval kan worden betoogd dat een terugbeta-

⁴ C.J. Van Zeben, J.W. Du Pon (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verrbintenisrecht*, Deventer: Kluwer 1981, Parl. Gesch. Boek 6), p. 1031.

lingsverplichting inzake een ongedaanmakingsverbintenis niet onder deze beperking valt – omdat dit niet als schade wordt gekwalificeerd – en daarom niet gelimiteerd wordt door desbetreffende aansprakelijkheidsbeperking.

Ontbindingsschade

De partij wier (toerekenbare) tekortkoming een grond voor ontbinding heeft opgeleverd is verplicht de schade te vergoeden die de ontbindende partij lijdt doordat geen wederzijdse nakoming doch ontbinding van de overeenkomst plaatsvindt (art. 6:277 lid 1 BW). De hoogte van deze schadevergoeding wordt berekend door vergelijking van twee denkbare vermogenssituaties: (i) die zou zijn voortgevloeid uit een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming, en (ii) die zou resulteren uit een ontbinding zonder schadevergoeding, na afwikkeling van de daaruit voortvloeiende restitutieplichten. De vergoeding strekt ertoe om het vermogen van de crediteur aan te vullen tot de hoogte waarop correcte wederzijdse nakoming het zou hebben gebracht.⁵ Dit is het zogenaamde ‘positief contractsbelang’. De samenwerkingsovereenkomst kan uiteraard exoneratiebedingen bevatten die de aansprakelijkheid beperken.

Mislopen kennispositie

R&D samenwerking ziet, zoals aangegeven, primair op het verwerven van nieuwe (voorgond)kennis die bedoeld is voor toepassing ter verbetering of vernieuwing van (een) product(en). De tekortkoming – het niet (voldoende) ter beschikking stellen van achtergrondkennis of materialen, het onvoldoende verrichten van werkzaamheden of het onvoldoende inspannen om voorgondkennis te genereren – heeft tot gevolg dat het project niet wordt afgerond zoals overeengekomen.

Een onvoldoende inbreng in een R&D-project kan leiden tot schade die bestaat uit het mislopen van een kans op een verbeterde kennispositie.

De schuldeiser kan op deze manier de beoogde kennispositie mislopen. De schade kan dus bestaan uit het mislopen van deze positie. De vraag is echter of het project wel deze beoogde kennis zou hebben opgeleverd. Bij R&D-projecten is dat doorgaans onzeker. De schuldeiser zou in dit verband kansschade kunnen vorderen waarbij hij schade kan vorderen in verband met een verloren kans.⁶ De schuldeiser heeft immers de kans misgelopen dat de kennis zou zijn gegeneerd. Het *conditio sine qua non* verband tussen deze tekortkoming en deze gemiste kans is aanwezig. De omvang van de aansprakelijkheid kan op deze manier worden bepaald middels een percentuele schatting van deze kans. Er dient daarbij wel rekening te worden gehouden

dat bij een wederzijdse nakoming de schuldeiser vaak zelf nog een investering zou hebben moeten doen in het project. Een percentuele kansschatting voor kennis ten behoeve van nieuwe technologie is uiteraard lastig. Wellicht zijn er echter nog andere schadeposten aanwezig, zoals het mislopen van subsidiegelden.

Mislopen subsidie

R&D-projecten krijgen regelmatig subsidie. In dit verband kan een aanzienlijke additionele schadepost optreden. De subsidiebeschikking stelt doorgaans als eis dat onderzoekswerkzaamheden door partijen binnen een bepaalde termijn worden afgerond. Door het tekortschieten van de schuldenaar kan het project wellicht niet meer worden afgerond en kan niet aan de eisen van de subsidiebeschikking worden voldaan. De subsidieverstrekker kan dan voorschotten van subsidiegeld terugvorderen en het definitieve subsidiebedrag lager of op nihil vaststellen waardoor ook de schuldeiser subsidie kan mislopen. De schuldeiser zou in dat geval moeten trachten het terugvorderingsbesluit zo gunstig mogelijk ten opzichte van hem te laten uitvallen. In de eerste plaats omdat hij dan minder schade lijdt die hij om welke reden dan ook mogelijk niet geheel op zijn schuldenaar kan verhalen. Het risico op een eigen schuld verweer, in de zin dat de schade niet voldoende is beperkt terwijl dat redelijkerwijs wel mogelijk was, wordt dan ook verminderd (art. 6:101 BW).

Toerekenen schade

Schade komt slechts voor vergoeding in aanmerking indien die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. (art. 6:98 BW). Het mislopen van (een) kennis(positie) kan tot gevolg hebben dat de schuldeiser deze kennis niet kan gebruiken voor het vernieuwen en verbeteren van producten waardoor ook (deels) winst kan worden gederfd. Partijen sluiten in de samenwerkingsovereenkomst normaliter echter aansprakelijkheid voor indirecte schade of gevolgschade dan wel gederfde winst uit.

Schadevergoeding zonder ontbinding

De schuldeiser kan, zonder een overeenkomst te ontbinden, schade vorderen als gevolg van de tekortkoming of een verbintenis omzetten in een vervangende schadevergoeding. Eventueel aansprakelijkheidsbeperkende bedingen kunnen een (volledige) schadevergoeding wel weer in de weg staan. Bij het vorderen van schade als gevolg van de tekortkoming is van belang dat de schuldenaar alsnog kan nakomen. In dat geval kunnen er nog schadeposten overblijven die gerelateerd zijn aan de vertraagde oplevering. Bij omzetting in vervangende schadevergoeding is met name van belang of de omgezette verbintenis gedeeltelijk of ondeugdelijk is nagekomen. In dergelijke gevallen zou de schuldeiser bij R&D enig risico op een vergoedingsplicht van reeds

⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1036.

⁶ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer).

ontvangen kennis moeten voorkomen door goed te formuleren waarop de omzetting exact betrekking heeft.

Schade die het gevolg is van de tekortkoming

De tekortkoming leidt tot een schadevergoedingsverplichting, indien de tekortkoming blijvend onmogelijk is of de schuldenaar in verzuim is, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend (art. 6:74 BW). Deze schade kan bij R&D bestaan uit bovengenoemde gemiste kans op kennis en eventueel misgelopen subsidiegelden.⁷ Complicaties kunnen echter optreden, omdat partijen zonder de ontbinding immers in principe⁸ verbonden blijven aan de samenwerkingsovereenkomst. In dat geval kan de schuldenaar het verzuim zuiveren door alsnog nakoming en vergoeding van de reeds ontstane schade aan te bieden (art. 6:85 en art. 6:86 BW). De schuldeiser kan, indien de schuldenaar alsnog nakomt, niet meer de gemiste kans op kennis vorderen omdat de schuldeiser alsnog de verplichtingen (inspanningen) daartoe heeft gedaan. De schade die is ontstaan doordat de schuldeiser eventueel langer heeft moeten wachten op de inbreng van de schuldenaar moet nog wel worden vergoed. De subsidie kan bijvoorbeeld inmiddels definitief zijn misgelopen, omdat voor subsidieverstrekking vereiste termijnen zijn verlopen. De waarde van de kennis ten tijde van de ontvangst kan bijvoorbeeld inmiddels ook zijn gedaald ten opzichte van het tijdstip dat deze volgens de samenwerkingsovereenkomst zou moeten zijn ontvangen. De schuldenaar dient dan in principe een vergoeding te betalen voor deze waardedaling.

Omzetting in vervangende schadevergoeding

De schuldeiser kan een verbintenis waarbij de schuldenaar in verzuim is omzetten in een vervangende schadevergoeding, voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is, tenzij de tekortkoming, gezien haar ondergeschikte betekenis, de omzetting niet rechtvaardigt (art. 6:87 BW). De waarde van de omgezette verbintenis moet in het algemeen worden bepaald aan de hand van de objectieve vervangingswaarde in het economisch verkeer.⁹ Het moment van het bepalen van de waarde van deze schadevergoeding is het tijdstip van de omzetting.¹⁰ De vervangende vergoeding moet de schuldeiser in staat stellen de gemiste prestatie bij een derde te verwerven.¹¹ De aard van de omgezette verbintenis (inspannings- of resultaatverbintenis) bepaalt wat er dient te worden omgezet en is daardoor relevant voor de waardebeoordeling. Bovengenoemde absolute onmogelijkheid en redelijkheid en billijkheid kunnen ook in de weg staan dat een verbintenis wordt omgezet in een schadevergoeding.¹²

Omzetting onvolledige of ondeugdelijke verbintenis

De schuldenaar dient in beginsel een reeds ontvangen ondeugdelijke of gedeeltelijke prestatie te retourneren om aanspraak te kunnen maken op volledige vervangende schadevergoeding.¹³ De schuldeiser geeft door omzetting namelijk aan dat de reeds verrichte ondeugdelijke of gedeeltelijke prestatie niet als nakoming van de verbintenis geldt. De reeds verrichte prestatie is daarom zonder rechtsgrond geschied en dient dan op grond van onverschuldigde betaling te worden gerestitueerd.¹⁴ Artikel 6:210 lid 2 BW (inzake onverschuldigde betaling) bepaalt dat, voor het geval de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt, onder omstandigheden en voor zover redelijk vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst daarvoor in de plaats treedt.

De omzetting van een onvolledig uitgevoerde verbintenis om kennis te ontwikkelen dient zorgvuldig te worden geformuleerd om risico op waardevergoeding te voorkomen.

Omzetting onvolledige of onbehoorlijke verbintenis inzake kennis

De schuldeiser kan bijvoorbeeld stellen dat de schuldenaar een (inspannings-)verplichting, om binnen een bepaalde termijn kennis te ontwikkelen die ziet op technische toepassingen van TRL-niveau 6 (een demonstratie van het concept in een relevante omgeving), niet is nagekomen. De schuldenaar heeft bijvoorbeeld slechts kennis ontwikkeld die ziet op techniek inzake TRL-niveau 4 (een concept dat is getest in een laboratorium). De schuldeiser zou voor de zekerheid de (formulering van de) omzetting moeten richten op de resterende verplichting van doorontwikkeling van niveau 4 naar niveau 6 en niet te algemeen moeten stellen dat de inspanningsverbintenis om kennis inzake niveau 6 te ontwikkelen is omgezet. De omzetting ziet dan niet op reeds ontvangen kennis. Anders kan de schuldenaar immers stellen dat de reeds ontwikkelde kennis tot niveau 4 onder de vervangende schadevergoeding valt en daarom dient te worden geretourneerd. Indien de ontvangst van deze kennis niet ongedaan kan worden gemaakt ontstaat er een risico op een waardevergoeding op grond van artikel 6:210 lid 2 BW hetgeen de schuldeiser moet voorkomen. Dit geldt in dit geval des te meer, omdat eventueel door de schuldeiser ontvangen waardevolle zijgrondkennis (*Sideground*), die is gegenereerd tijdens de ontwikkeling naar niveau 4, dan ook onder deze vergoedingsplicht kan vallen.

Belemmeringen omzetting

Omzetting in vervangende schadevergoeding kan gezien het bovenstaande leiden tot juridische discussies en inge-

7 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684 (G4/Hanzevast).

8 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:152, r.o. 3.5.2.

9 Bijv. T&CBW, commentaar op art. 6:87 BW rnd. 7.

10 Vgl. HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, NJ 2004/210 (*Sparrow/Beukering*).

11 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012/403.

12 Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 87 Boek 6 BW, aant. 9

13 Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 74 Boek 6 BW, aant. 48.

14 Parl. Gesch. Boek 6, p. 308.

wikkelde waardeberekeningen. In de projectovereenkomst staan vaak geheimhoudingsbepalingen die betrekking kunnen hebben op achtergrondkennis van de tekortschietende partij. Indien een derde, in plaats van betreffende partij, het R&D-project na de omzetting (gedeeltelijk) gaat uitvoeren heeft deze derde daarvoor wellicht toegang tot de kennis van deze partij nodig hetgeen zonder schending van de geheimhouding lastig is. Deze problemen zullen echter in het algemeen niet of minder spelen bij een omzetting van bijvoorbeeld een verplichting om bepaalde materialen te leveren die gemakkelijk bij een derde partij zouden kunnen worden afgenomen.

Afronding en aanbevelingen

R&D-samenwerking ziet op onderzoek naar kennis in verband met nieuwe technologieën. Het verloop en de uitkomst van R&D-projecten zijn daardoor vaak lastig te voorspellen. Juridisch discussies over tekortkoming in de nakoming kunnen hierbij snel ontstaan. De schuldeiser dient, indien hij van plan is nakoming, ontbinding of schadevergoeding te vorderen, alle relevante aspecten goed in kaart te brengen. Relevant is onder andere of er inspannings- of resultaatverplichtingen aan de orde zijn, of de schuldenaar betrokken kan blijven bij het project, welke

schadevorderingen mogelijk zijn en welke terugbetalingsverplichtingen eventueel ontstaan.

Een en ander kan leiden tot lange juridische discussies. Partijen zouden dit reeds bij het opstellen van een R&D-overeenkomst zo veel mogelijk moeten voorkomen. De inbreng en beoogde uitkomsten zouden helder moeten worden geformuleerd, waarbij duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen resultaats- en inspanningsverbindenissen. De samenwerkingsovereenkomst zou duidelijk de mogelijkheden tot, en gevolgen van, beëindiging moeten bevatten. Ontbinding kan bijvoorbeeld worden uitgesloten. Schade vervangende boetes kunnen onduidelijkheid en discussies over de hoogte van schade voorkomen. Aansprakelijkheidsbeperkingen dienen ruim genoeg te worden geformuleerd. Een geschil kan dan waarschijnlijk sneller worden opgelost. De inbreng kan dan snel voor andere doeleinden worden gebruikt of het project kan dan alsnog snel worden afgerond. Dit is met name bij R&D-projecten van belang, omdat met name bij R&D de waarde van de inbreng en beoogde uitkomst door tijdsverloop kan dalen.

Over de auteur

Mr. Rens Kloppenburg

Advocaat bij Groenendijk & Kloppenburg advocaten.