

RN 2016/104

HOGЕ RAAD (CIVIELE KAMER)

30 september 2016, nr. 15/00616

(Mrs. E.J. Numann, G. Snijders, G. de Groot, M.V. Polak, C.E. du Perron; A-G mr. M.H. Wiskink)

Art. 6:58 BW

NJB 2016/1832

JWB 2016/354

RvdW 2016/1004

ECLI:NL:PHR:2016:758

ECLI:NL:HR:2016:2227

Schuldeisersverzuim. Koopovereenkomst.**Loopt contractuele rente tijdens schuldeisersverzuim door?**

X draagt in 1989 op basis van een mondelinge overeenkomst een pand in economische eigendom over aan Y, waardoor alle lusten en lasten voor rekening van Y komen. Overeengekomen is dat de juridisch eigendom van het pand door X aan Y wordt overgedragen nadat f 150.000 is voldaan tegen een rente van 7% per jaar. Y dient op 1 mei 2007 nog te voldoen € 114.269,40 uit hoofde van aflossingen en € 25.545,24 ter zake door X betaalde zakelijke lasten. X biedt aan om het pand juridisch over te dragen tegen € 250.000, bestaande uit een bedrag van € 100.000 dat Y reeds verschuldigd zou zijn en € 150.000 voor het resterende deel van de juridische eigendom. Y legt conservatoir beslag op het pand. X sommeert tot betaling van € 115.693,85 bij gebreke waarvan de overeenkomst buitenge-

rechtelijk wordt ontbonden. Y heeft in 2007 aangeboden om het in totaal verschuldigde bedrag – waaronder het nog niet betaalde gedeelte van de koopprijs en de daarover verschenen bedongen rente – te voldoen tegen overdracht van de juridische eigendom. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de overeenkomst met ingang van 20 augustus 2007 rechtsgeldig is ontbonden. Het hof heeft daarop in afwijking van de rechtbank geoordeeld dat X moet meewerken aan levering van het pand waartegenover Y de verschuldigde bedragen dient te voldoen. Het hof overweegt dat partijen het er over eens zijn dat ultimo 2006 Y aan X een bedrag is verschuldigd van € 85.723,82 alsmede de door X betaalde zakelijke lasten. Het hof oordeelt dat beide bedragen worden vermeerderd met 7% rente. Het middel klaagt over het oordeel van het hof dat rente verschuldigd is daar dit blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting van (de rechtsgevolgen van) schuldeisersverzuim.

HR: Uitgangspunt is dat X in schuldeisersverzuim is geraakt door het aanbod van Y om het totaal verschuldigde bedrag van het niet betaalde gedeelte van de koopprijs te voldoen niet te aanvaarden. De regeling van het schuldeisersverzuim in art. 6:58 BW en verder strekt ertoe de nadelen weg te nemen die voor de schuldenaar zijn verbonden aan de aan de schuldeiser toerekenbare onmogelijkheid zijn verbintenis na te komen. Met het wettelijk stelsel en de daaraan ten grondslag liggende ratio strookt het om als uitgangspunt te aanvaarden dat de schuldenaar tijdens het schuldeisersverzuim geen bedongen rente verschuldigd wordt. Het is dan immers aan de schuldeiser toe te rekenen dat de schuldenaar zijn verbintenis tot voldoening van de geldsom nog niet heeft kunnen nakomen, zodat het in beginsel redelijk is dat ten laste van hem geen bedongen rente meer loopt. Uit de rechtsverhouding van partijen, mede gelet op de omstandigheden van het geval en de eisen van redelijkheid en billijkheid, kan anders voortvloeien. In het licht van het voorgaande geeft het oordeel van het hof dat Y de bedongen rente tot de leveringsdatum is verschuldigd blijkt van een onjuiste rechtsopvatting.

Zie ook:

- HR 11 juli 2014, NJ 2014/361, RCR 2014/68: betreft een uitspraak over het moment waarop het schuldeisersverzuim eindigt;
- HR 24 februari 2012, LJN BU9855, NJ 2012/144, RCR 2012/34 (Mooijman/WLTO);
- Hof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014, RN 2014/95;
- Hof Amsterdam 17 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX3170: de schuldenaar was bereid om kasten (alsnog) correct op te leveren, maar dat werd door de schuldeiser verhinderd doordat de schuldenaar niet

werd toegelaten tot de plaats van oplevering;

- Rb. Amsterdam (ktr.) 18 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX5089;
- Rb. Amsterdam 2 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7107; soortgelijke uitspraak als die van het Hof Amsterdam, in dit geval over de installatie van een stoombad;
- Rb. Leeuwarden 25 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2177;
- A.N.L. de Hoogh & M. van de Kogelenberg, 'Schuldeisersverzuim belicht vanuit theorie en praktijk', *MvV* 2013/3, p. 65 e.v.
- A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2012, p. 243 e.v.

Wenk:

Er zijn twee typen schuldeisersverzuim. Het eerste type wordt ook wel een bijzondere vorm van overmacht genoemd en is geregeld in art. 6:58 BW. De vereisten voor het intreden van dit type schuldeisersverzuim zijn 1. de schuldenaar is bereid en in staat na te komen en heeft zijnerzijds het nodige gedaan; 2. nakoming wordt verhinderd door een van de kant van de schuldeiser opkomend beletsel; en 3. de oorzaak van de verhindering kan aan de schuldeiser worden toegerekend. In de wetsgeschiedenis wordt als voorbeeld van dit type schuldeisersverzuim gegeven dat de schuldenaar tot zuivering van zijn verzuim overgaat doordat hij een behoorlijk aanbod tot nakoming doet (art. 6:86 BW); dit aanbod wordt in casu door de schuldeiser echter van de hand gewezen. Een ander voorbeeld van verhindering is de verhuurder die de sloten van het gehuurde vervangt, waardoor het de huurder onmogelijk werd gemaakt het gehuurde leeg en schoon op te leveren. Het tweede type schuldeisersverzuim doet zich voor indien de schuldenaar zijn prestatie bevoegd opschort (art. 6:59 BW). Voor deze vorm van schuldeisersverzuim is vereist dat er sprake is van wederkerigheid van prestaties, dat het niet nakomen van zijn prestatie aan de schuldeiser kan worden toegerekend en de schuldenaar bevoegd gebruikmaakt van zijn opschortingsbevoegdheid. Een veel gegeven voorbeeld van het laatste type schuldeisersverzuim is het weigeren van de schuldeiser om een kwitantie (ex art. 6:48 BW) af te geven. Het arrest laat zien dat de Hoge Raad de casus behandelt aan de hand van de letter van de wet (in casu art. 6:58 BW en verder) en van de wetsgeschiedenis.

Met schuldeisersverzuim wordt voorkomen dat de schuldeiser een beroep kan doen op de rechtsmiddelen die de wet hem biedt als de schuldenaar weliswaar bereid en in staat is na te komen, maar hierin

wordt verhinderd door aan de schuldeiser toe te rekenen omstandigheden. Gedurende de periode dat het schuldeisersverzuim voortduurt kan de schuldeiser dan ook i. geen nakoming vorderen; ii. geen schadevergoeding vorderen voor zover dit betrekking heeft op de periode van schuldeisersverzuim; iii. niet zijn eigen prestatie opschorten; en iv. niet ontbinden. Vgl. art. 6:266 lid 1 BW: geen ontbinding kan worden gegrond op een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis ten aanzien waarvan de schuldeiser zelf in verzuim is. Indien het beletsel wordt weggenomen (art. 6:58 BW) of de prestatie op grond waarvan is opgeschort alsnog wordt voldaan (art. 6:59 BW), zal het schuldeisersverzuim eindigen.

De redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:2 BW laat een uitzondering toe op een strikte wetstoepassing. Gelet op de rechtspraak wordt de toepassing van redelijkheid en billijkheid slechts in beperkte uitzonderingssituaties toegelaten. De Hoge Raad geeft in casu handvatten wanneer de redelijkheid en billijkheid een rol spelen. De Hoge Raad oordeelt hierover: "Indien de schuldenaar door het uitblijven van betaling als gevolg van het schuldeisersverzuim een voordeel geniet, bijvoorbeeld doordat hij over het bedrag van de verschuldigde geldsom rente ontvangt zolang hij het bedrag niet aan de schuldeiser heeft kunnen voldoen, kan onder omstandigheden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat hij dit voordeel geheel of ten dele aan de schuldeiser verschuldigd is. De stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van het voordeel rusten op de schuldeiser. De schuldenaar zal echter aanknopingspunten moeten verschaffen om de schuldeiser in staat te stellen aan zijn stelplicht en bewijslast te voldoen, met name door feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit volgt dat hij geen voordeel geniet door het uitblijven van betaling."

Uit de feiten genoemd in het arrest volgt dat het pand in economisch eigendom is overgedragen en dat daarbij betaling van de koopprijs in termijnen en van rente over het niet betaalde deel van de koopprijs is overeengekomen. Het verdient hier opmerking dat dan sprake zou kunnen zijn van huurkoop als bedoeld in de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken. De definitie van huurkoop luidt gelet op art. 1 van die wet namelijk als volgt: "Koop en verkoop van een onroerende zaak of een recht waaraan deze is onderworpen, waarbij partijen overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen, en dat de overdracht eerst zal plaatsvinden na voldoening van twee of

meer termijnen die verschijnen nadat de koper in het genot van het goed is gesteld." Een gevolg van toepasselijkheid van die wet is dat aan formele vereisten dient te worden voldaan om het betreffende object te kunnen verkopen, onder andere dat de huurkoop bij notariële akte wordt vastgelegd. Is niet voldaan aan dit laatste, dan komen – met inachtneming van de nodige waarborgen – overeenkomstig art. 3 Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken bepaalde bevoegdheden aan zowel de huurkoper als de huurverkoper toe, bijvoorbeeld om de overeenkomst te ontbinden. Bij een casus (zoals ook de onderhavige) waarbij economisch eigendom wordt overgedragen tegen afbetaling ligt aandacht en een analyse van de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken voor de hand, ter bepaling van de exacte rechtspositie van partijen en of de toepasselijkheid van deze wet tot andere rechtsgevolgen leidt.

X, eiser tot cassatie, verweerder in het incidenteel cassatieberoep, adv. mr. K. Aantjes, tegen

Y, verweerder in cassatie, eiser in het incidenteel cassatieberoep, adv. aanvankelijk mr. A. van Staden ten Brink en mr. M.S. van der Keur, thans mr. M.S. van der Keur en mr. D. Rijpma.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 288388/HA ZA 07-1797 van de Rechtbank te Rotterdam van 19 september 2007, 28 januari 2009, 26 januari 2011 en 28 september 2011;

b. de arresten in de zaak 200.098.603/01 van het Gerechtshof Den Haag van 25 september 2012, 16 juli 2013 en 4 november 2014.

(...)

2. *Het geding in cassatie*

Tegen de arresten van het hof heeft X beroep in cassatie ingesteld. Y heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. (...)

Y heeft geconcludeerd tot verwerping van het principaal beroep. X heeft zich in het incidentele beroep gerefereerd aan het oordeel van de Hoge Raad.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de advocaat-generaal M.H. Wissink strekt in het principale cassatieberoep tot verwerping en in het incidentele cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest en afdoening van de zaak door de Hoge

Raad op de bij 3.26 van de conclusie aangegeven wijze.

De advocaat van X heeft bij brief van 27 mei 2016 op die conclusie gereageerd.

3. *Uitgangspunten in cassatie*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) X is eigenaar van het pand aan de Schiedamsesingel 221 en 223 te Rotterdam (hierna: het pand). Y is een zwager van X.

(ii) Partijen zijn in 1989 mondeling overeengekomen dat X het pand in economische eigendom overdraagt aan Y, met als gevolg dat alle lusten (de huurinkomsten) en lasten (onder meer de zakelijke lasten) van het pand voor rekening van Y zijn, dat Y het pand voor eigen rekening opkoopt, dat X de juridische eigendom van het pand geheel (volgens Y) dan wel gedeeltelijk (volgens X) aan Y zal overdragen nadat Y een bedrag van f 150.000 aan X zal hebben voldaan, en dat Y over hetgeen hij aan X verschuldigd is, een rente van 7% op jaarbasis betaalt (hierna: de overeenkomst).

(iii) Partijen hebben na 1989 gedeeltelijk uitvoering gegeven aan de overeenkomst.

(iv) Per 1 mei 2007 was Y aan X verschuldigd € 88.724,16 uit hoofde van aflossingen en € 25.545,24 ter zake van door X voldane zakelijke lasten; het totaal inclusief rente tot 30 juni 2007 was € 114.269,40.

(v) Begin 2007 heeft X voorgesteld dat hij het pand volledig (juridisch) aan Y zou overdragen tegen betaling van € 250.000, welk bedrag volgens X was opgebouwd uit ruim € 100.000 die Y reeds aan X verschuldigd was, vermeerderd met € 150.000 als koopsom voor het resterende deel van de juridische eigendom. Y heeft dit aanbod niet aanvaard.

(vi) Op 27 april 2007 heeft Y conservatoir beslag op het pand doen leggen.

(vii) Bij brief van 20 augustus 2007 heeft de advocaat van X Y gesommeerd tot betaling van € 115.693,85 en heeft hij, voor het geval betaling niet tijdig zou plaatsvinden, Y in gebreke gesteld en de overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden.

3.2.1 In dit geding vordert Y in conventie een verklaring voor recht dat de voor het pand overeengekomen koopprijs f 150.000 bedraagt, en veroordeling van X om het pand aan Y te leveren tegen het door Y per saldo nog verschuldigde gedeelte van de koopprijs. X vordert in reconventie onder meer opheffing van het beslag, ontbinding van de overeenkomst, en veroordelingen die strekken tot afwikkeling van het geschil over (de gevolgen van) de (ontbonden) overeenkomst.

3.2.2 De rechtbank heeft de vorderingen in conventie afgewezen. In reconventie heeft de rechtbank voor recht verklaard dat de tussen partijen gesloten overeenkomst met ingang

van 20 augustus 2007 rechtsgeldig is ontbonden, en bepaald dat partijen door elkaar dienen te worden gebracht in de toestand waarin zij verkeerden voor de totstandkoming van de overeenkomst en de gedeeltelijke uitvoering daarvan.

3.2.3 Het hof heeft de vonnissen van 28 januari 2009 en 28 september 2011 vernietigd en X veroordeeld om binnen 60 dagen na de datum van zijn arrest mee te werken aan de levering van het pand bij notariële akte, tegen voldoening van de door Y aan X verschuldigde bedragen. Het heeft onder meer geoordeeld dat X de overeenkomst niet rechtsgeldig heeft ontbonden, dat de vordering in conventie toewijsbaar is en dat de vorderingen in reconventie niet toewijsbaar zijn. Het hof heeft daartoe onder meer als volgt overwogen:

“(…) Daarbij is van belang (…) dat tussen partijen geen geschil bestaat over de vraag wat Y aan X verschuldigd is, althans hoe dit moet worden berekend (…).”

(rov. 3.3 van het tussenarrest van 25 september 2012)

“(…) Partijen zijn het er (…) over eens dat Y per ultimo 2006 een bedrag van € 85.723,82 verschuldigd was, dat dit bedrag vermeerderd dient te worden met rente ad 7% (samengesteld per jaar te berekenen) tot aan de leveringsdatum en dat Y tevens aan X dient te vergoeden de aan het pand verbonden zakelijke lasten die X tot aan de leveringsdatum voor zijn rekening heeft genomen, welke bedragen eveneens zijn te vermeerderen met de (per jaar samengestelde) rente ad 7% op de wijze waarop X deze rente berekent (waarbij Y zich in de conclusie van antwoord in reconventie (…) heeft aangesloten). Dit betekent dat het hof ermee kan volstaan X te veroordelen het pand aan Y in eigendom over te dragen tegen betaling van al hetgeen Y tot aan de leveringsdatum nog aan X verschuldigd is.”

(rov. 1.10 van het eindarrest)

4. *Beoordeling van het middel in het principaal beroep*

De klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. *Beoordeling van het middel in het incidentele beroep*

5.1 Het middel klaagt onder meer dat het oordeel van het hof dat Y de contractuele rente van 7% over de koopsom van het pand en de zakelijke lasten tot aan de leveringsdatum verschuldigd is, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting over (de rechtsgevolgen van) schul-

eisersverzuim. Betoogd wordt dat het intreden van het schuldeisersverzuim tot gevolg had dat Y die rente niet langer verschuldigd werd.

5.2 Deze zaak betreft een geval waarin in 1989 een pand is verkocht en in economische eigendom is overgedragen. Daarbij is betaling van de koopprijs in termijnen en van rente over het niet betaalde deel van de koopprijs overeengekomen. Y heeft in 2007 aangeboden om het in totaal verschuldigde bedrag – waaronder het nog niet betaalde gedeelte van de koopprijs en de daarover verschenen bedongen rente – te voldoen tegen overdracht van de juridische eigendom. Gelet op de verwerping van het middel in het principale beroep is bij de beoordeling van de klacht uitgangspunt dat X in schuldeisersverzuim is geraakt door dat aanbod niet te aanvaarden. De klacht stelt de vraag aan de orde of Y gedurende het schuldeisersverzuim de bedongen rente – die niet valt aan te merken als vertragsrente in de zin van art. 6:119 e.v. BW – verschuldigd wordt.

5.3.1 De regeling van het schuldeisersverzuim in de art. 6:58 e.v. BW strekt ertoe de nadelen weg te nemen die voor de schuldenaar zijn verbonden aan de aan de schuldeiser toerekenbare onmogelijkheid zijn verbintenis na te komen. Volgens art. 6:61 BW verkeert de schuldenaar zelf tijdens het schuldeisersverzuim niet in (schuldenaars)verzuim, zodat de schuldenaar dan niet de in art. 6:119 e.v. BW bedoelde (wettelijke of overeengekomen) rente wegens vertraging in de voldoening van een geldsom verschuldigd wordt. De schuldenaar kan op de voet van art. 6:66 en 6:68 BW bewerkstelligen dat (ook) de bedongen rente gedurende het schuldeisersverzuim niet doorloopt, door gebruik te maken van de mogelijkheid tot inbewaringstelling van een geldsom. Daarnaast kan de schuldenaar volgens art. 6:60 BW vorderen dat de rechter bepaalt dat de schuldenaar van zijn verbintenis bevrijd zal zijn, al dan niet onder door de rechter te stellen voorwaarden.

5.3.2 Uit de wettekst en de wetsgeschiedenis van het schuldeisersverzuim (zie de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.13.3) kan niet worden afgeleid dat de schuldenaar slechts door middel van inbewaringstelling of een beroep op de rechter kan bereiken dat hij tijdens het schuldeisersverzuim geen bedongen rente verschuldigd wordt. Daarvoor is te minder aanleiding nu aan het gebruik van de mogelijkheid van inbewaringstelling praktische bezwaren kunnen zijn verbonden (zie de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.16).

5.3.3 Met dit wettelijk stelsel en de daaraan ten grondslag liggende ratio strookt het om als uitgangspunt te aanvaarden dat de schuldenaar tijdens het schuldeisersverzuim geen bedongen rente verschuldigd wordt. Het is dan immers aan de schuldeiser toe te rekenen dat de schuldenaar zijn verbintenis tot voldoening

van de geldsom nog niet heeft kunnen nakomen, zodat het in beginsel redelijk is dat ten laste van hem geen bedongen rente meer loopt. Uit de rechtsverhouding van partijen, mede geteeld op de omstandigheden van het geval en de eisen van redelijkheid en billijkheid, kan anders voortvloeien.

5.3.4 Indien de schuldenaar door het uitblijven van betaling als gevolg van het schuldeisersverzuim een voordeel geniet, bijvoorbeeld doordat hij over het bedrag van de verschuldigde geldsom rente ontvangt zolang hij het bedrag niet aan de schuldeiser heeft kunnen voldoen, kan onder omstandigheden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat hij dit voordeel geheel of ten dele aan de schuldeiser verschuldigd is. De stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van het voordeel rusten op de schuldeiser. De schuldenaar zal echter aanknopingspunten moeten verschaffen om de schuldeiser in staat te stellen aan zijn stelplicht en bewijslast te voldoen, met name door feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit volgt dat hij geen voordeel geniet door het uitblijven van betaling.

5.4 In het licht van het voorgaande geeft het oordeel van het hof dat Y de bedongen rente tot de leveringsdatum is verschuldigd (rov. 1.10 van het eindarrest), blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Uitgangspunt is immers dat die rente niet loopt gedurende het schuldeisersverzuim van X. Het hof heeft geen omstandigheden vastgesteld op grond waarvan dat in dit geval anders is. De klacht slaagt. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

5.5 De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. Y heeft bij memorie van grieven aangevoerd dat X wegens diens schuldeisersverzuim per 1 september 2007 geen aanspraak heeft op rentevergoeding, hetgeen X niet heeft weersproken. De Hoge Raad zal daarom bepalen dat Y gedurende het schuldeisersverzuim van X geen bedongen rente verschuldigd is geworden.

6. *Beslissing*

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt X in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Y begroot op € 393,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris,

in het incidentele beroep:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 4 november 2014 voor zover het dictum in het principaal appel in conventie luidt 'tegen gelijktijdige voldoening van al hetgeen Y tot aan de datum van het transport aan X uit hoofde van de tussen hen gesloten over-

eenkomst met betrekking tot het pand verschuldigd is, een en ander zoals hiervoor in 1.10 overwogen'.

en bepaalt, in zoverre opnieuw recht doende, dat deze zinsnede komt te luiden 'tegen gelijktijdige voldoening van al hetgeen Y tot aan de datum van het transport aan X uit hoofde van de tussen hen gesloten overeenkomst met betrekking tot het pand verschuldigd is, een en ander zoals hiervoor in 1.10 overwogen, met dien verstande dat Y de rente van 7% (samengesteld per jaar te berekenen) niet is verschuldigd vanaf 1 september 2007 tot aan het einde van het schuldeisersverzuim van X'.

veroordeelt X in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Y begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.

Conclusie A-G mr. M.H. Wissink:

Deze zaak betreft een geschil over de afwikkeling van een onroerendgoedtransactie uit 1989. Vele jaren na de economische overdracht van het pand, ontstaat discussie of de door de koper nog af te betalen koopprijs ziet op de juridische overdracht van het hele pand of slechts van de helft daarvan. In 2007 biedt de koper aan om het door hem verschuldigde te voldoen tegen eigendomsoverdracht van het hele pand, welk aanbod de verkoper weigert. Het principale cassatieberoep bestrijdt het oordeel van het hof dat de door de koper aangeboden betaling voldoende was om het verzuim van de schuldenaar ter zake van de koopsom te zuiveren, zodat weigering van die betaling schuldeisersverzuim opleverde. Het incidentele middel betreft de vraag of de koper de contractuele rente van 7% per jaar verschuldigd is tot aan het moment waarop het schuldeisersverzuim intrad dan wel tot aan de uiteindelijke leveringsdatum.

1. *Feiten en procesverloop*

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹

(i) X is eigenaar van het pand aan de Schiedamsesingel 221 en 223 te Rotterdam (hierna: het pand). Y is de zwager van X.

(ii) Partijen hebben in 1989 mondeling een overeenkomst gesloten (hierna: de overeenkomst) die in ieder geval het volgende inhoudt: — X draagt het pand in economische eigendom over aan Y, met als gevolg dat alle lusten (de huurinkomsten) en lasten (onder meer de zakelijke lasten) van het pand voor rekening van Y zijn; — Y knapt het pand voor eigen rekening op;

¹ Zie het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 25 september 2012, rov. 1.2-1.10.

— nadat Y een bedrag van f 150.000 aan X zal hebben voldaan, zal X geheel (standpunt Y) dan wel voor de helft (standpunt X) in juridische eigendom overdragen aan Y;

— over hetgeen Y aan X verschuldigd is, betaalt deze een rente van 7% op jaarbasis.

(iii) Y heeft zijn advocaat, mr. Klein, een (concept) contract (hierna: het concept-Klein) met daarin een versie van de overeenkomst zoals hij deze verstaat laten opstellen. Hierin is onder meer opgenomen dat Y de volledige juridische eigendom zou verwerven na betaling van f 150.000. Tevens is daarin opgenomen een tijdschema voor de door Y te verrichten afbetalingen op de koopsom en andere betalingen. Dit concept-contract is nooit aan X overhandigd.

(iv) Partijen hebben na 1989 voor een deel uitvoering gegeven aan de overeenkomst: Y heeft het beheer van het pand overgenomen, de huren geïnd, het pand voor eigen rekening opgeknapt en betalingen aan X verricht.

(v) Per 1 mei 2007 was Y aan X verschuldigd (i) uit hoofde van aflossingen € 88.724,16 en (ii) ter zake van door X voldane zakelijke lasten € 25.545,24, derhalve in totaal (inclusief rente tot 30 juni 2007) € 114.269,40.

(vi) Begin 2007 heeft X voorgesteld dat hij het pand volledig (juridisch) aan Y zou overdragen tegen betaling van € 250.000, welk bedrag volgens X was opgebouwd uit ruim € 100.000 die Y reeds aan X verschuldigd was, vermeerderd met € 150.000 als koopsom voor de andere helft van de juridische eigendom. Dit aanbod heeft Y niet aanvaard.

(vii) Op 27 april 2007 heeft Y conservatoir beslag gelegd op het pand. Bij dit geding inleidende dagvaarding (van 27 juni 2007; A-G) vordert Y, zakelijk weergegeven, een verklaring voor recht dat de overeengekomen koopprijs voor het pand f 150.000 bedraagt en veroordeling van X om het pand aan Y te leveren tegen betaling van de door Y (per saldo) verschuldigde koopprijs, 'rentes en kosten', zulks op straffe van een dwangsom.

(viii) Bij brief van 20 augustus 2007 heeft de advocaat van X Y gesommeerd tot betaling van € 115.693,85 en heeft hij, voor het geval betaling niet tijdig zou plaatsvinden, Y in gebreke gesteld en de overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden.

1.2 Y heeft X op 27 juni 2007 gedagvaard voor de Rechtbank Rotterdam en de hiervoor genoemde vordering ingesteld.

1.3 Van Lenningh heeft verweer gevoerd tegen de vorderingen van Y. In reconventie vordert X, naast thans ook opheffing van het beslag, (i) de ontbinding althans ontbondenverklaring van de overeenkomst, (ii) een aantal verklaringen voor recht aangaande de wijze waarop partijen na ontbinding met elkaar zouden behoren af te rekenen, (iii) te bepalen dat

partijen op die basis met elkaar moeten afrekenen, (iv) veroordeling van Y tot het afleggen van rekening en verantwoording over de ontvangen huurinkomsten, (v) veroordeling van Y tot betaling van de door hem na 1 maart 2009 ontvangen huurinkomsten, (vi) veroordeling van Y tot betaling van de door X als gevolg van de ontbinding geleden schade, op te maken bij staat en (vii) veroordeling van Y in de kosten van het geding in reconventie, de nakosten daaronder begrepen.

1.4.1 De rechtbank heeft in haar tussenvonnis van 28 januari 2009 de beoordeling in conventie aangehouden en eerst de vorderingen in reconventie beoordeeld. Zij overwoog, samengevat, dat de overeenkomst rechtsgeldig door X is ontbonden omdat de betalingsachterstand een tekortkoming in de betalingsverplichtingen van Y opleverde. Het verzuim is ingetreden doordat de in het concept-contract van mr. Klein opgenomen betalingstermijnen zijn verstreken en in ieder geval heeft X Y bij brief van 20 augustus 2007 in gebreke gesteld. Dat Y heeft aangeboden om het pand tegen betaling van zijn schuld af te nemen staat volgens de rechtbank niet aan ontbinding van de overeenkomst in de weg, aangezien dit aanbod de tekortkoming in het verleden niet ongedaan maakt. Aangezien de rechtbank de ontbinding van de overeenkomst gerechtvaardigd achtte, uitgaande van de bepalingen waarover partijen het eens zijn, hoefde zij geen beslissing te nemen over de vraag wat die overeenkomst inhield omtrent de vraag of Y na betaling van f 150.000 aanspraak kon maken op juridische overdracht van het hele of van het halve pand.

De rechtbank gelaste een comparitie om de gevolgen van de ontbinding te bespreken.

1.4.2 Na een vergeefs tussentijds appel tegen dit tussenvonnis en een verder tussenvonnis van 26 januari 2011, heeft de rechtbank in haar vonnis van 28 september 2011 overwogen dat partijen er belang bij hebben dat eerst onherroepelijk wordt beslist over de gegrondheid van de vorderingen en verweren van Y, alvorens door te procederen in reconventie en dat zij daartoe in conventie een appellabel eindvonnis zal wijzen en in reconventie een appellabel deelvonnissen zodat hoger beroep mogelijk wordt. De rechtbank wees in conventie de vorderingen af. In reconventie verklaarde zij voor recht dat de tussen partijen gesloten overeenkomst per 20 augustus 2007 rechtsgeldig werd ontbonden en bepaalde zij dat partijen door elkaar gebracht dienen te worden in de toestand waarin zij verkeerden vóór de totstandkoming van de afspraken en de gedeeltelijke uitvoering daarvan.

1.5.1 In het door Y ingestelde hoger beroep overwoog het Hof 's-Gravenhage in zijn tussenarrest van 25 september 2012:

"3.2 Y klaagt er terecht over dat de rechtbank de ontbinding van de overeenkomst gerechtvaardigd heeft geacht, zonder te hebben beslist over de vraag wat partijen waren overeengekomen ten aanzien van de juridische overdracht van het pand na betaling van het bedrag van f 150.000 (volledig of voor de helft). Immers indien het standpunt van Y juist is, dan heeft hij, door in de dagvaarding overdracht van het pand te vorderen tegen betaling van hetgeen hij aan X per saldo nog verschuldigd was, onmiskenbaar aangeboden zijn verplichtingen uit de overeenkomst (alsnog) na te komen aan X, door dat aanbod af te wijzen, in schuldeisersverzuim geraakt met als gevolg dat het eventueel voordien bestaande verzuim van Y vanaf dat tijdstip is geëindigd. Dit laatste betekent dat de brief van 20 augustus 2007 en de daarin vervatte ontbinding van de overeenkomst – nog steeds in het hier veronderstelde geval dat Y's lezing van de overeenkomst de juiste is – geen effect heeft gehad omdat Y niet in verzuim verkeerde en dat, zolang X in schuldeisersverzuim verkeerde, ook niet kon geraken.

3.3 Het hof tekent hierbij nog het volgende aan. Dat het aanbod tot nakoming van Y bij dagvaarding is gedaan acht het hof geen beletsel om het schuldeisersverzuim bij X te doen intreden. Indien de lezing van Y juist is, heeft X immers, door begin 2007 aan te bieden het pand volledig (juridisch) aan Y over te dragen tegen betaling van een bedrag van € 250.000, een aanbod gedaan dat niet overeenstemde met de overeenkomst. Daarin kon Y redelijkerwijs aanleiding zien beslag op het pand te leggen, hetgeen betekende dat hij nadien moest dagvaarden. Het aanbod in de dagvaarding om rentes en kosten te voldoen vat het hof op, en moest X ook redelijkerwijs opvatten, als een aanbod de schade te vergoeden die X door de te late betalingen mocht hebben geleden. Daarbij is van belang (i) dat tussen partijen geen geschil bestaat over de vraag wat Y aan X verschuldigd is, althans hoe dit moet worden berekend, geschil bestaat slechts over welke tegenprestatie (juridische levering van het gehele pand, dan wel van de helft van het pand) X moet leveren, en (ii) dat niet blijkt dat X door de te late betalingen enige andere schade heeft geleden dan renteschade, die Y, vermeerderd met eventuele kosten, heeft aangeboden te vergoeden. Dat Y slechts aanbod al het door hem verschuldigde te voldoen tegen eigendomsoverdracht van het hele pand staat – in het hier veronderstelde geval dat Y's lezing van de overeenkomst de juiste is – evenmin aan zuivering van het verzuim in de weg, aange-

zien dat in dat geval in overeenstemming was met de overeenkomst.

3.4 X heeft nog aangevoerd dat het aanbod van Y geen betekenis had vanwege de betalingsonmacht van Y, maar het hof gaat aan deze niet nader onderbouwde stelling voorbij. Begin 2007 had X immers nog aangeboden het pand geheel in eigendom over te dragen tegen betaling van een aanzienlijk hoger bedrag, waartoe de gestelde betalingsonmacht kennelijk geen beletsel was.

4.1 Het voorgaande betekent dat de rechtbank op ontoereikende gronden het beroep van Y op het in de dagvaarding gedane aanbod heeft verworpen. Dit betekent niet noodzakelijkerwijs dat de slotsom waartoe de rechtbank is gekomen ook onjuist is. Indien immers de overeenkomst inhoudt hetgeen X daaromtrent heeft gesteld, kan het aanbod in de dagvaarding een eventueel voordien bestaand verzuim niet hebben gezuiverd, omdat het niet in overeenstemming was met de overeenkomst.

4.2 Het hof zal dan ook thans moeten onderzoeken wat partijen zijn overeengekomen ten aanzien van de overdracht van het pand. Beide partijen hebben zich in dit verband beroepen op de waarde van het pand in het economisch verkeer in 1989. Y heeft aangeboden door een bericht van (onteigenings-)deskundigen te bewijzen dat de waarde van het, pand in 1989 niet f 300.000 maar ca. f 150.000 was. Het hof is van oordeel dat de marktwaarde van het pand in 1989 een belangrijke, objectieve aanwijzing kan opleveren voor hetgeen partijen met elkaar zijn overeengekomen. Partijen hebben ook niet aangevoerd dat zij vanwege de familieverhouding een overeenkomst op andere dan zakelijke voorwaarden hebben gesloten.

Het hof is dan ook voornemens een deskundigenbericht gelasten omtrent de vraag wat de marktwaarde (de prijs die twee partijen in het vrije commerciële verkeer met elkaar zouden overeenkomen) van het pand was in 1989, alle relevante omstandigheden in aanmerking genomen, zoals de onderhoudsstaat van het pand, de verhuurde staat van het pand en de daaruit gegenereerde inkomsten, eventuele aanschrijvingen van Bouwen woningtoezicht etc."

Het hof benoemde bij tussenarrest van 16 juli 2013 een deskundige.

1.5.2 In zijn eindarrest van 4 november 2014 overwoog het hof:

"1.4 De door het hof benoemde deskundige heeft het pand (in verhuurde staat), beoordeeld naar de toestand in 1989, getaxeerd op f 164.000. In het door X in het geding gebrachte taxatierapport van de partijdeskundige Kolpa, wordt het pand gewaardeerd op

f 175.000 (tussen partijen is niet in geschil dat de vermelding '€ 175.000' in dat rapport moet worden gelezen als 'f 175.000'). Nu de taxaties van beide deskundigen, waaronder de door X 'van doorslaggevend belang' geachte taxatie van zijn eigen deskundige, elkaar niet noemenswaardig ontlopen, ziet het hof geen aanleiding om de deskundige op de voet van art. 194 lid 5 Rv. om een nadere toelichting of aanvulling op zijn deskundigenbericht te vragen en neemt het hof de conclusies van de beide deskundigen over in die zin, dat het de marktwaarde van het pand in 1989 op ca. f 170.000 stelt.

1.5 X heeft aangevoerd dat de taxatie van de deskundige Boer zonder belang is voor het partijen verdeeld houdende geschil, omdat hij van andere uitgangspunten zou zijn uitgegaan dan partijen destijds. Zo zou de deskundige zijn uitgegaan van een rendement van 15%, terwijl partijen een rendement van 7% zouden zijn overeengekomen. Ook zou er in dit geval geen sprake zijn geweest van verkoop aan een institutionele belegger. Het hof verwierpt deze bezwaren. De omstandigheid dat Y geen institutionele belegger was, doet er niet aan af dat bij de vraag welke marktwaarde het pand had belang kan toekomen aan wat een institutionele belegger voor het pand over zou hebben. Daarbij is van belang dat Y, net als een institutionele belegger, het pand zou exploiteren door middel van verhuur. Voorts verwacht X het rendement dat een dergelijke verhuur zou opleveren met de rente die Y verschuldigd zou zijn over de koopsom. Het rendement dat het pand zou opleveren kwam als gevolg van de economische eigendomsoverdracht vanaf het begin geheel aan Y toe, X genoot vanaf dat moment alleen nog het rendement over het onbetaald gebleven gedeelte van de koopsom."

Ervan uitgaande dat de waarde van het pand ongeveer f 170.000 bedroeg, oordeelt het hof dat de versie die Y van de overeenkomst geeft aanzienlijk waarschijnlijker is dan de uitleg die X voorstaat (rov. 1.6). Het standpunt van X is ook overigens onaannemelijk, want het gegeven dat de economische eigendom volledig aan Y is overgedragen, is niet goed verenigbaar met de stelling dat na betaling van de overeengekomen koopsom slechts de helft van het pand in eigendom aan Y zou worden overgedragen en evenmin met het gegeven dat partijen niets geregeld hebben over de wijze waarop de helft van de juridische eigendom zou worden overgedragen (rov. 1.7). Het hof houdt de uitleg van Y voor de juiste (rov. 1.8). X heeft de overeenkomst dus niet rechtsgeldig ontbonden. De vordering in conventie moet worden toegewezen, de vorderingen in reconventie moeten worden afgewezen (rov. 1.9). Onder vernieti-

ging van de vonnissen van 28 januari 2009 en 28 september 2011, heeft het hof X veroordeeld om binnen 60 dagen na de datum van het arrest mee te werken aan de juridische levering van het pand na voldoening door Y van de verschuldigde bedragen als bedoeld in rov. 1.10.

1.6 X heeft bij dagvaarding van op 3 februari 2015, derhalve tijdig, cassatieberoep ingesteld. Y heeft tot afwijzing van het principale cassatieberoep geconcludeerd en incidenteel cassatieberoep ingesteld. X zich in het incidentele beroep belang gerefereerd aan het oordeel van de Hoge Raad. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. Y heeft gedupliceerd.

2. *Bespreking van het principale cassatieberoep*

2.1 Het middel in het principaal cassatieberoep bevat vijf onderdelen.

2.2 *Onderdeel 1* richt klachten tegen r.ov. 3.2 van het arrest van 25 september 2012 en de uitwerking daarvan in het dictum van het eind-arrest. Het valt uiteen in drie subonderdelen. Volgens *subonderdeel 1a* miskent het hof, kort gezegd, dat Y reeds verzuim was gekomen vanaf het moment dat hij in gebreke bleef met de betaling van de opeisbare afbetalingstermijnen, rente en zakelijke lasten en dat diens aanbod in de dagvaarding om alsnog zijn verplichtingen na te komen zijn verzuim niet deed eindigen en evenmin kon meebrengen dat X in schuldeisersverzuim is geraakt. Op 20 augustus 2007 is de overeenkomst door (de advocaat van) X ontbonden, welke ontbinding reeds effect sorteerde ook zonder de daarin vervatte ingebrekestelling. De verschuldigde som was verschuldigd, ongeacht de vraag of tussen partijen is overeengekomen dat ofwel de hele ofwel de halve eigendom van het pand zou worden overgedragen. Gelet hierop is het hof in r.ov. 3.2 van het eerste tussenarrest hetzij uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij is de beslissing onbegrijpelijk.

2.3 Ik meen dat deze klacht faalt. Anders dan het middel veronderstelt (zie ook X s.t. nr. 9), heeft het hof niet de mogelijkheid miskend dat Y reeds in verzuim was. Het hof heeft in rov. 3.2 en 3.3 juist met de mogelijkheid rekening gehouden dat Y reeds in verzuim was met de betaling van hetgeen hij aan X verschuldigd was, dus ook reeds vóór de brief van 20 augustus 2007. Daarvan uitgaande, heeft het hof onderzocht of Y bij dagvaarding van 27 juni 2007 een correct aanbod tot zuivering van zijn verzuim als bedoeld in art. 6:86 BW heeft gedaan.

Volgens art. 6:86 BW kan de schuldeiser 'een na het intreden van het verzuim aangeboden nakoming weigeren, zolang niet tevens betaling wordt aangeboden van de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding

en van de kosten'. Daarom overweegt het hof in rov. 3.2 dat Y in de dagvaarding heeft aangeboden zijn verplichtingen uit de overeenkomst (alsnog) na te komen en in rov. 3.3 dat het aanbod in de dagvaarding om rentes en kosten te voldoen moet worden opgevat als een aanbod de schade te vergoeden die X door de te late betalingen mocht hebben geleden.

Indien door Y een afdoende aanbod tot zuivering van zijn (schuldenaars)verzuim als bedoeld in art. 6:86 BW is gedaan en de schuldeiser X daarop niet ingaat, raakt X in schuldeisersverzuim als bedoeld in art. 6:58 BW en eindigt volgens art. 6:61 lid 1 BW het (schuldenaars)verzuim van Y. Zolang die situatie voortduurt, kan Y niet opnieuw in schuldenaarsverzuim geraken (art. 6:61 lid 2 BW) en is X niet bevoegd de overeenkomst te ontbinden (art. 6:266 lid 1 BW). Indien Y op 27 juni 2007 een afdoende aanbod tot zuivering van het verzuim is gedaan en het schuldeisersverzuim voortduurde, kon X met de brief van 20 augustus 2007 noch Y in gebreke stellen (anders dan X s.t. nr. 12, lijkt te veronderstellen), noch de overeenkomst ontbinden.

2.4 Volgens subonderdeel 1a was de verschuldigde som verschuldigd, ongeacht de vraag of tussen partijen is overeengekomen dat ofwel de hele ofwel de halve eigendom van het pand zou worden overgedragen. Ik bespreek deze stelling in verband met subonderdeel 1b, voor zover daarin wordt geklaagd over de begrijpelijkheid van het oordeel dat sprake was van een correct aanbod tot zuivering nu het aanbod een gehele eigendomsoverdracht van het pand aan Y behelsde, terwijl tussen partijen in geschil was of een gehele of een gedeeltelijke eigendomsoverdracht was overeengekomen, waarbij de bewijslast op Y rustte.

2.5 Een en ander miskent naar mijn mening dat hetgeen Y verschuldigd was onder meer strekte tot afbetaling van de koopsom voor de juridische eigendom van het pand, hetzij het gehele pand (volgens Y), hetzij de helft daarvan (volgens X).

Gezien deze samenhang tussen de door partijen te verrichten prestaties, kon het hof in rov. 3.3 (slot) oordelen dat – in het veronderstelde geval dat Y's lezing van de overeenkomst de juiste is – aan zuivering van het verzuim niet in de weg staat dat Y slechts aanbod al het door hem verschuldigde te voldoen tegen eigendomsoverdracht van het hele pand, aangezien dat in dat geval in overeenstemming was met de overeenkomst. Bij een weigering van de verkoper om zijnerzijds de overeenkomst correct uit te voeren, zou de koper zijn betalingsverplichting immers hebben kunnen opschorten.

Dat partijen van mening verschilden over de inhoud van hun afspraak, zoals subonderdeel 1b aanvoert, doet daaraan niet af. Een dergelijk verschil van mening staat er op zichzelf

niet aan in de weg dat een partij een juridische maatregel treft (zoals opschorting, ontbinding of een aanbod tot zuivering) op basis van haar uitleg van de overeenkomst. Wel is het zo dat het juridisch effect van die maatregel (normaliter)² zal afhangen van het (door de rechter te geven) antwoord op de vraag wat de overeenkomst inhoudt. In zoverre handelt die partij op eigen risico. Hetzelfde geldt voor de wederpartij: indien zij haar contractuele verplichtingen niet correct nakomt omdat zij de gemaakte afspraken onjuist interpreteert, komt dat voor haar risico.

Het hof heeft gezien rov. 1.8 van het eindarrest voorts niets miskend dat op Y met het oog op de door haar ingestelde vordering stelplecht en bewijslast rust van haar uitleg van de overeenkomst.

2.6 Subonderdeel 1b voert verder nog aan dat er slechts sprake was van een aanbod tot nakoming.

Voor zover hiermee wordt betoogd dat het gestelde verzuim van Y pas had kunnen eindigen nadat hij daadwerkelijk zou zijn nagekomen, gaat het subonderdeel niet op indien de weigering van het aanbod door X onterecht was. Weliswaar laat art. 6:86 BW open op welk moment het verzuim eindigt in geval van zuivering, zodat bij een aanvaarding door de schuldeiser van een aanbod tot zuivering verschillende momenten denkbaar zijn voor het einde van het verzuim van de schuldenaar, waaronder het moment dat de nakoming wordt verricht.³ Dit ligt evenwel anders bij een onterechte weigering door de schuldeiser van een behoorlijk aanbod tot zuivering, omdat het moment waarop het verzuim van de schuldenaar eindigt alsdan wordt ingegeven door art. 6:58 BW.

2.7 Subonderdeel 1b klaagt ten slotte over de begrijpelijkheid van het oordeel dat sprake was van een correct aanbod tot zuivering, met het argument dat in het aanbod niet concreet was aangegeven welk bedrag Y verschuldigd was c.q. Y daarbij is uitgegaan van een onjuiste stand van de op dat moment bestaande schuld.

2.8 Deze klacht gaat niet op, omdat het hof er in rov. 3.2 en 3.3 kennelijk en iet onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat het aanbod van Y om zijn verplichtingen uit de overeenkomst (alsnog) na te komen niet was beperkt tot het bedrag dat Y op dat moment zelf meende schuldig te zijn. In rov. 3.3 overweegt het hof onder meer dat tussen partijen geen geschil bestaat over de vraag wat Y aan X verschuldigd is, althans hoe dit moet worden berekend. Deze overweging wordt door het principale middel

² Vgl. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684 (G4/Hanzevast).

³ B.M. Katan, GS Verbintenissenrecht, art. 6:86 BW aant. 8.1 en 10, en art. 6:81, aant. 45.

niet bestreden⁴ (en door het incidentele middel alleen voor wat betreft de datum tot welke de overeengekomen rente verschuldigd is).

2.9 X (s.t. nr. 15) stelt nog dat het aanbod gelet op het betalingsgedrag van Y niet als serieus kon worden beschouwd, maar dit stuit er reeds op af dat het niet in de cassatiedagvaarding is genoemd. In rov. 3.4 heeft het hof overigens een dergelijk argument al beoordeeld en verworpen.

2.10 *Subonderdeel 1c* klaagt dat het hof heeft miskend dat X (impliciet) een beroep heeft gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid met betrekking tot de stelling van Y dat X in schuldeisersverzuim is geraakt.

2.11 Deze klacht gaat niet op. De stellingen van X in CvA nrs. 17 en 39 en CvD in conventie nrs. 8, 34 en 41, waarnaar de klacht verwijst, komen er, kort gezegd, op neer dat Y naar het oordeel van X zijn verplichtingen niet nakwam en dientengevolge in verzuim verkeerde, alsmede dat het aanbod van Y in de dagvaarding d.d. 27 juni 2007 niet voldeed aan de gemaakte afspraken. In de memorie na tussenarrest van 11 maart 2014, waarnaar de klacht verder verwijst, is aangevoerd:

“119. Bovendien zou een dergelijke, voor Y positief uitgevallen, uitkomst tot het compleet onaanvaardbare resultaat leiden dat Y die (mede blijkens de bij dagvaarding en conclusie van antwoord overgelegde overzichten) vanaf medio 90-er jaren ruim tien jaar lang geen cent aan X heeft betaald, toch voor een prikkie het pand zou kunnen verwerven, terwijl het X is geweest die het grootste deel van de renovatie heeft gefinancierd.

120. Een dergelijk resultaat zou dus strijdig zijn met iedere redelijkheid en billijkheid, temeer omdat een dergelijke beslissing van Uw hof ook strijdig zou zijn met art. 150 Rv.”

Het hof heeft vastgesteld dat de koopprijs f 150.000 bedraagt en dat daarover rente van 7% per jaar zou worden betaald (rov. 1.4), dat Y per 1 mei 2007 €114.269,40 aan X verschuldigd is (rov. 1.7), dat Y heeft aangeboden zijn verplichtingen uit de overeenkomst (alsnog) na te komen (rov. 3.2) en dat niet blijkt dat X door de te late betalingen enige andere schade heeft geleden dat renteschade die Y, vermeerderd met eventuele kosten, heeft aangeboden te vergoeden (rov. 3.3). Met deze overwegingen is het hof voldoende op de stellingen van X ingegaan.

2.12 Met *onderdeel II* komt X op tegen r.ov. 4.1 en 4.2 van het eerste tussenarrest en de uit-

werking daarvan in het eindarrest. *Subonderdeel 2a* bestrijdt niet het oordeel van het hof dat de marktwaarde van het pand in 1989 een belangrijke, objectieve aanwijzing kan opleveren voor wat partijen zijn overeengekomen, maar betoogt dat het hof met deze overwegingen voorbij is gegaan aan essentiële stellingen van X. X heeft gesteld dat, als de stelling van Y juist zou zijn dat een koopprijs van f 150.000 voor het gehele pand is overeengekomen, X daardoor zou worden benadeeld, gezien:

— de prijs waarvoor hij het pand in 1979 heeft aangekocht (f 160.000) en de waardeinstijging van vastgoed in de jaren 1979-1989 waardoor het meeste onroerende goed in de tijd in de meeste gevallen in waarde verdubbeld was (het pand was, naar wordt gesteld in de CvA nr. 77, volgens X in 1988 f 300.000 à f 350.000 waard); en

— het verschil tussen het rendement dat X vóór het sluiten van de overeenkomst met het pand genereerde (de huuropbrengst van volgens X f 36.000 per jaar)⁵ en het rendement erna (7% rente over de koopsom).

2.13 Ik merk op dat het hof in rov. 4.2 (en in rov. 1.1 van het arrest van 16 juli 2013 waarbij de deskundige werd benoemd) overweegt: ‘een deskundigenbericht te gelasten omtrent de vraag wat de marktwaarde (de prijs die twee partijen in het commerciële verkeer met elkaar zouden overeenkomen) van het pand was in 1989, alle relevante omstandigheden in aanmerking genomen, zoals de onderhoudsstaat van het pand, de verhuurde staat van het pand en de daaruit gegenereerde inkomsten, eventuele aanschrijvingen van Bouw- en woningtoezicht etc’. Deze formulering impliceert dat het hof aan de deskundige heeft opgedragen om ook omstandigheden als de prijsontwikkelingen in de vastgoedmarkt en het met het pand te behalen rendement mee te wegen in het deskundigenbericht, zodat het ervoor moet worden gehouden dat hof daar niet aan voorbij is gegaan.

Blijkens het rapport van de het hof benoemde deskundige was de waarde van het pand in verhuurde toestand in 1989 f 164.000. Hierin zijn de factoren die de waarden van het onderhavige pand beïnvloeden, zoals huur en de staat van onderhoud, verdisconteerd.⁶ Volgens de partijdeskundige van X was de waarde toen f 175.000. Het hof heeft de waarde in rov. 1.4 van het eindarrest bepaald op circa f 170.000. In dit licht falen de klachten dat het hof nader had moeten ingaan op de in subonderdeel 2a genoemde stellingen.

⁵ X s.t. nr. 24 wijst erop dat het verschil ook nog aanwezig is bij de door Y gestelde huuropbrengst van f 25.290- f 28.020 per jaar.

⁶ Hierop wijst terecht Y s.t. nrs. 3.18. Zie het deskundigenrapport van 20 november 2013, par. 6.1-6.3.

⁴ Zie CvR in reconventie, p. 4-5 en p. 7, alinea 4. Vgl. voorts MvA in het principale appel tevens memorie van eis in het incidentele appel nr. 2.25.

2.14 Subonderdeel 2b klaagt dat het hof niet is ingegaan op art. 16 in het concept contract van mr. Klein, waarin is bepaald dat in geval van een eventuele onderhandse verkoop van het pand aan een derde, drie makelaars worden benoemd voor de vaststelling van de vraagprijs. Deze bepaling zou zinledig zijn indien een koopprijs van f 150.000 voor het gehele pand zou zijn overeengekomen, aldus de klacht.

2.15 Deze klacht moet falen. X heeft in de memorie na tussenarrest nrs. 80-82 in een ander verband op art. 16 gewezen, namelijk om te onderstrepen dat Y geen aanspraak meer kan maken op nakoming van de koopovereenkomst.⁷ De in subonderdeel 2b bedoelde stelling wordt voor het eerst in cassatie betrokken.⁸ Een feitelijke stelling met betrekking tot de uitleg van een contractsbepaling kan echter niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd.

2.16 *Onderdeel III* klaagt erover dat het hof in r.ov. 1.5 van het eindarrest ten onrechte de bezwaren van X tegen de door de deskundige gehanteerde uitgangspunten heeft verworpen. X heeft in zijn memorie na deskundigenbericht gesteld dat de deskundige niet het door externe beleggers in het algemeen gewenste rendement had moeten hanteren (15%), maar het door partijen gehanteerde rendementspercentage (7%)⁹ en dat dit tot een andere waardering had moeten leiden. De afwijzing door het hof van de bezwaren van X tegen het deskundigenbericht is aldus onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd.

2.17 Het onderdeel faalt. In cassatie dient tot uitgangspunt dat de marktwaarde van het pand in 1989 een belangrijke, objectieve aanwijzing kan opleveren voor hetgeen partijen zijn overeengekomen. De deskundige heeft deze waarde gesteld op € 164.000, met hantering van het bedoelde percentage van 15%. In deze marktwaarde, welke door het hof nog enigszins naar boven is gecorrigeerd, ziet het hof de door hem bedoelde objectieve aanwijzing.

Het hof verwerpt in rov. 1.5 voorts gemotiveerd het standpunt van X, dat de deskundige het percentage van 7% had moeten hanteren. Het hof overweegt daarbij onder meer, dat X het rendement dat een dergelijke verhuur zou

opleveren, verwacht met de rente die Y verschuldigd zou zijn over de koopsom. Deze motivering is afdoende en niet onbegrijpelijk. Het hof kon voorts ervan afzien om de deskundige een nadere toelichting of aanvulling te vragen (rov. 1.4).

2.18 *Onderdeel IV* bevat uitsluitend een op de eerste drie onderdelen voortbouwende klacht en faalt in voetspoor daarvan.

2.19 *Onderdeel V* klaagt dat het hof in rov. 1.8 van het eindarrest het bewijsaanbod van X heeft gepasseerd. Het hof overwoog:

“1.8 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het hof voorshands bewezen acht dat Y, tegen betaling van hetgeen hij X verschuldigd is, recht heeft op levering van het volledige pand. De vraag of X kan worden toegelaten tot tegenbewijs beantwoordt het hof ontkennend, aangezien X zodanig bewijs niet heeft aangeboden hoewel daar, gezien de uitkomst van de beide deskundigenberichten alle aanleiding toe was. Nu X ook overigens niets concreets heeft gesteld omtrent over en weer gedane mededelingen die zijn versie van de overeenkomst ondersteunen, ziet het hof ook geen aanleiding om ambtshalve bewijs op te dragen. Dit betekent dat het hof de uitleg van Y voor de juiste houdt.”

Het middel wijst op het bewijsaanbod dat X heeft gedaan in de pleitnotities in appel d.d. 10 juli 2014, slot, met name ook ten aanzien van de vraag welke waarde i 1989 aan het onderhavige pand diende te worden toegekend (uitgaande van het tussen partijen in confesso zijnde rendement van 7%):

“Voor zover nodig biedt X bewijs aan:

1. Ten aanzien van de waarde van het pand in 1989 op basis van 7% rendement, al dan niet in het kader van het in art. 200 Rv geboden recht om middels een tegendeskundige bewijs te leveren tegen een feitelijk vermoeden, want daar gaat het in casu hoogstens om.

2. Ten aanzien van de bereidheid Y om in 2007 voor het hele pand € 250.000 te betalen, middels de verklaringen van de twee accountants van X, waarover productie 9 van X bij diens memorie van 11 maart 2014 handelt.

3. Ten aanzien van de kwestie Zhecheva, middels een getuigenverklaring van haar.

2.20 Nu het hof gemotiveerd heeft aangegeven waarom het niet uitgaat van een waarde van het pand in 1989 op basis van 7% rendement, kon het bewijsaanbod onder 1 passeren. Zoals het onderdeel op zichzelf terecht aanvoert, heeft het hof beoordeeld of X kon worden toegelaten tot tegenbewijs. Het hof heeft daaraan echter niet de eis gesteld dat dit aanbod specifiek diende te zijn, zoals het onder-

7 In nr. 82 van de memorie na tussenarrest wordt Dijk gesteld: “Y beweert dus zelf dat de conceptovereenkomst de destijds gemaakte afspraken correct zou weergeven, hij stelt dus impliciet ook dat bij wanbetaling van hem het pand aan een derde verkocht zou moeten worden en dat de hele transactie met X dan dus, bij wanbetaling van hem, geen doorgang zou vinden. Desalniettemin presteert Y het om van X nakoming te eisen. Het één valt natuurlijk niet met het ander te rijmen.”

8 Hierop wijst terecht Y s.t. nrs. 3.21-3.22.

9 Ook subonderdeel 2a (slot) wijst hierop.

deel veronderstelt, maar heeft geoordeeld dat het aanbod niet ter zake doende was.

Voor het overige heeft het hof geoordeeld dat X niet aan zijn stelplicht heeft voldaan. Tegen die beslissing worden geen klachten gericht. Bij het niet voldoen aan de stelplicht is voor (tegen)bewijslevering geen plaats. Het vijfde onderdeel stuit hierop af.

2.21 Ik kom tot de slotsom dat het principale cassatieberoep niet slaagt.

3. *Bespreking van het incidentele cassatieberoep*

Bedongen rente tijdens het schuldeisersverzuim

3.1 Het incidentele middel stelt aan de orde tot welk moment Y de contractuele rente van 7% per jaar verschuldigd is. Het middel bestrijdt in zoverre de overweging dat geen geschil bestaat omtrent de vraag wat Y aan X verschuldigd is, althans hoe dit moet worden berekend, en de daarop aansluitende overweging dat het bedrag dat Y per ultimo 2006 aan X verschuldigd was moet worden vermeerderd met rente ad 7 % tot aan de leveringsdatum (rov. 3.3 van het arrest van 25 september 2012 en r.ov. 1.10 van het eindarrest).

Het middel wijst erop dat Y bij MvG (p. 27) heeft betoogd dat de verplichting om rente te betalen geldt tot het moment waarop X in crediteursverzuim is geraakt, welk moment Y heeft gesteld op 1 september 2007 (rekening houdend met een periode van twee maanden na zijn aanbod in juni 2007 waarin de levering had kunnen plaatsvinden). Het middel klaagt dat het hof niet zonder nadere motivering, die ontbreekt, had mogen oordelen dat (partijen het erover eens zijn dat) Y aan X de contractuele rente tot aan de levering verschuldigd is, nu het intreden het schuldeisersverzuim (in beginsel en onder meer) tot rechtsgevolg heeft dat de schuldenaar de contractuele (financierings)rente niet langer verschuldigd is.

3.2 X heeft zich ten aanzien van dit middel aan het oordeel van de Hoge Raad gerefereerd, met als kanttekening dat het incidentele cassatieberoep geen belang heeft als het principale cassatieberoep slaagt.

3.3 Het middel stelt een probleem aan de orde dat in Nederland geruime tijd weinig aandacht heeft gekregen. Omdat het probleem ook in andere zaken dan de onderhavige kan spelen, wijd ik er een wat uitgebreidere beschouwing aan. Ik stel daarbij voorop dat moet worden onderscheiden tussen rente die is gesteld op de vertraging in de nakoming en andere rente.

3.4 Vertragingsrente (ofwel moratoire interessen) is volgens art. 6:119 BW verschuldigd bij verzuim van de schuldenaar. Zolang het schuldeisersverzuim voortduurt, is de schulde-

naar zelf niet in verzuim (art. 6:61 lid 2 BW) en daarom geen wettelijke rente op de voet van art. 6:119 BW – of in voorkomend geval contractuele verpagingsrente – verschuldigd.¹⁰ Hetzelfde geldt blijkens de leden 6-8 van art. 6:119a en 6:119b BW voor de wettelijke handelsrente.

3.5 Hiervan moet worden onderscheiden de rente die verschuldigd is in verband met het ter beschikking stellen van een bepaalde hoofdsom, de rente bij geldlening c.q. financiering. Deze 'bedongen rente' zal normaliter door partijen zijn bepaald, maar mochten zij het rentepercentage niet hebben bepaald, dan geldt het percentage van de wettelijke rente (art. 7A:1805 BW). Het gaat thans om deze bedongen rente.¹¹

3.6 De vraag of tijdens het schuldeisersverzuim bedongen rente verschuldigd is, is in Nederland traditioneel bevestigend beantwoord: zolang de schuldenaar de verschuldigde som niet in consignatie gaf, liep de rente door. Naar mijn mening dient die oplossing niet langer te worden gevolgd en moet worden aangenomen dat de bedongen rente reeds tijdens het schuldeisersverzuim niet loopt. Ik licht dat hieronder toe. Ik merk daarbij op dat partijen in beginsel over de verschuldigdheid van de bedongen rente tijdens het schuldeisersverzuim hiervan afwijkende afspraken kunnen maken.

3.7 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1643 (*Sepeba/Rito*) sluit in zekere zin reeds aan bij opvatting dat bedongen rente tijdens het schuldeisersverzuim niet loopt.¹² Ter vermijding van misverstand wijs ik erop dat in die zaak, waarin eveneens sprake was van een overeengekomen rente tot aan de datum van levering van een onroerende zaak, door de Hoge Raad geen uitspraak is gedaan over deze vraag. In cassatie gold namelijk als uitgangspunt dat de door de schuldenaar (*Sepeba*) contractueel verschuldigde rente niet doorliep zolang de schuldeiser (*Rito*) in schuldeisersverzuim verkeerde, nu dit door de rechtbank was vastgesteld en daartegen in hoger beroep niet was opgekomen. In cassatie stond slechts nog ter discussie wanneer het schuldeisersverzuim zou eindigen en het arrest geeft aan hoe daarover moet worden geoordeeld:

¹⁰ HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2629, *NJ* 2012/445 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Van Staalduinen/Tiethof q.q.*), rov. 3.4.3.

¹¹ Art. 6:119 lid 3 BW geeft een regel over de verschuldigdheid van bedongen rente tijdens het verzuim van de schuldenaar: de bedongen rente loopt door als zij hoger is dan de wettelijke rente op de voet van de leden 1 en 2 van dit artikel. Deze variant volgt verder de bij 3.4 bedoelde regels.

¹² HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1643, *NJ* 2014/36, *JIN* 2014/176 m.nt. P.H. Bossema-de Greef (*Sepeba/Rito*).

“Indien, nadat de schuldeiser zich (alsnog) tot medewerking aan de nakoming bereid heeft verklaard, de schuldenaar zijn prestatie niet aanstonds kan verrichten maar daarvoor redelijkerwijs nog enige voorbereidingstijd nodig heeft, eindigen de gevolgen van het schuldeisersverzuim pas zodra de schuldenaar redelijkerwijs weer tot nakoming in staat is. Pas op dat moment is immers het van de zijde van de schuldeiser opgekomen beletsel voor de schuldenaar om zijn verbintenis na te komen, uitgewerkt.” (rov. 3.6.3).

Geen bedongen rente verschuldigd tijdens schuldeisersverzuim en/of consignatie?

3.8 Volgens de regeling van het BW van 1838 diende de schuldenaar de bedongen rente ook tijdens het schuldeisersverzuim te voldoen. De schuldenaar kan aan deze verplichting ontsnappen door een aanbod van gerede betaling te doen gevolgd door consignatie van het verschuldigde (art. 1440 (oud) BW). Na de dag der bewaarsstelling zijn interessen niet meer verschuldigd (art. 1442 (oud) BW).¹³

3.9 Het in 1900 in werking getreden BGB kent twee benaderingen van het probleem. In de eerste plaats de regel dat gedurende de consignatie (*Hinterlegung*), indien de schuldenaar de zaak nog kan terugnemen,¹⁴ geen rente loopt. Zie § 379(2) BGB:

“Solange die Sache hinterlegt ist, trägt der Gläubiger der Gefahr und ist der Schuldner nicht verpflichtet, Zinsen zu zahlen oder Ersatz für nicht gezogene Nützungen zu leisten.”

Neemt de schuldenaar terug, dan is hij de rente met terugwerkende kracht weer verschuldigd geworden. Consignatie is krachtens § 372 BGB mogelijk bij schuldeisersverzuim in de zin van § 293 BGB (*Gläubigerverzug*), maar ook in andere gevallen. De renteregule bij *Hinterlegung* is echter niet bepalend voor de verschuldigdheid van rente in geval van schuldeisersverzuim.

Dit komt door de regel van § 301 BGB:

“Von einer verzinslichen Geldschuld hat der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers Zinsen nicht zu entrichten.”

De regel dat tijdens het schuldeisersverzuim de bedongen rente niet verschuldigd is, werkt naast de regel van § 379(2) BGB en belet dat rente tijdens het schuldeisersverzuim ver-

schuldigd wordt. § 302 BGB voorziet in de mogelijkheid dat de schuldenaar, afhankelijk van de rechtsverhouding, door hem tijdens het schuldeisersverzuim genoten rente moet afstaan aan de schuldeiser. De strekking van de regeling is dat de schuldenaar door het schuldeisersverzuim geen nadeel dient te lijden, maar ook geen voordeel.¹⁵

3.10 In zijn dissertatie uit 1903 verwerpt Willeumier voor het Nederlandse recht de, op dat moment recente, regel van § 301 BGB. Hij erkent het billijkheidsargument, dat deze regel voorkomt dat (buiten het geval van consignatie) de schuldeiser voordeel trekt uit zijn verzuim. Hij meent echter dat de ten gunste van deze bepaling aangevoerde redenen – dat de debiteur reeds last genoeg van de mora van zijn schuldeiser ondervindt, dat het genot wat hij van het geleende geld na het aanbod kan hebben zeer problematisch is, en dat men de debiteur niet tot consignatie heeft willen dwingen – van onvoldoende gewicht zijn. Willeumier wijst op de onbillijkheid dat de schuldenaar voordeel kan trekken van het geld en wellicht een aanbod doet om alleen van de interessen-betaling ontslagen te worden. Zijns inziens zal het voor de schuldeiser vrijwel ondoenlijk zijn om te bewijzen, dat de schuldenaar tijdens het schuldeisersverzuim voordeel heeft getrokken van het geld. De bezwaren tegen § 301 BGB acht Willeumier dan ook ‘veel groter dan de onbillijkheid die er in kan gelegen zijn van den debiteur de geringe moeite der consignatie te vragen’. Bovendien is zijns inziens terecht dat de schuldenaar gehouden blijft rente, dat wil zeggen een gebruiksvergoeding voor het geleende geld, te betalen zolang hij gebruik maakt of kan maken van het geleende geld.¹⁶

3.11 De kwestie is nadien, voor zover ik heb kunnen vaststellen, niet afzonderlijk besproken in de Nederlandse literatuur. De meeste auteurs vermelden het aanbod van gerede betaling gevolgd door consignatie als de manier

13 Er was wel discussie over de vraag of de rente reeds zou ophouden te lopen op de dag van de aangeboden betaling, mits dat aanbod door latere consignatie zou worden gevolgd, dan wel pas op de dag van de consignatie. Zie Diephuis, VI, 1849, p. 517-520.

14 Voor het geval de schuldenaar de zaak niet meer kan terugnemen, bepaalt § 378 BGB dat de schuldenaar door de *Hinterlegung* gekwetten is. Dan loopt uit de aard der zaak geen rente meer.

15 Zie Medicus/Larenz, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, 2015 nrs.284, 286 en 554; Ernst, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage 2016, § 301 BGB, Rdnr. 1 en § 302 BGB, Rdnr. 1; Fetzner, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage 2016, § 379 BGB, Rdnr. 3-4. Vgl. BGH, Urteil vom 25. 10. 1957 - I ZR 25/57, NJW 1958/137 (138).

16 J. Willeumier, *Het verzuim van den schuldeiser* (diss. UvA), 1903, p. 230-234.

om de lopende rente te doen stoppen.¹⁷ Soms wordt in een voetnoot de regel van § 301 BGB verworpen.¹⁸

3.12.1 De regeling van het BW van 1838 is ook te vinden in het Belgische en het (thans nog geldende) Franse recht, waaraan deze regeling is ontleend. In deze stelsels houdt de rente eerst op te lopen door het aanbod van betaling gevolgd door consignatie.¹⁹ Cornelis merkt op dat de ingewikkelde procedures van aanbod en consignatie in de praktijk zelden wordt toegepast en dat meestal, in overleg tussen partijen, de betwiste som op een rentedragende rekening wordt gestort.

3.12.2 Bij *ordonnance* 2016-131 van 1 februari 2016 zijn wijzigingen van de Code civil vastgesteld die per 1 oktober 2016 in werking zullen treden.²⁰ Volgens de nieuwe bepalingen zal, na aanzegging, de rente tijdens het schuldeisersverzuim niet verschuldigd zijn. Daarnaast blijft het mogelijk de som (na twee maanden) in consignatie te geven:

Art. 1345.

“Lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution.

La mise en demeure du créancier arrête le cours des intérêts dus par le débiteur et met les risques de la chose à la charge du

créancier, s'ils n'y sont déjà, sauf faute lourde ou dolosive du débiteur.

Elle n'interrompt pas la prescription.”

Art. 1345-1.

“Si l'obstruction n'a pas pris fin dans les deux mois de la mise en demeure, le débiteur peut, lorsque l'obligation porte sur une somme d'argent, la consigner à la Caisse des dépôts et consignations ou, lorsque l'obligation porte sur la livraison d'une chose, séquestrer celle-ci auprès d'un gardien professionnel.

Si le séquestre de la chose est impossible ou trop onéreux, le juge peut en autoriser la vente amiable ou aux enchères publiques. Déduction faite des frais de la vente, le prix en est consigné à la Caisse des dépôts et consignations.

La consignation ou le séquestre libère le débiteur à compter de leur notification au créancier.”

In het rapport bij deze *ordonnance* wordt ter toelichting opgemerkt:²¹

“Paragraphe 2: La mise en demeure du créancier

Actuellement, dans le code civil, il n'existe pas de pendant à la mise en demeure du débiteur, pour régler la situation dans laquelle le créancier refuse de recevoir le paiement. Le paragraphe 2 consacre donc de nouvelles dispositions relatives à la mise en demeure du créancier par le débiteur, ayant pour effet l'arrêt du cours des intérêts et le transfert des risques de la chose à la charge du créancier (article 1345).

Afin de permettre au débiteur de se libérer malgré l'obstruction du créancier, les articles 1345-1 à 1345-3 consacrent un nouveau dispositif moins contraignant que la procédure actuelle des offres réelles, qui est très critiquée: le débiteur peut se libérer en consignand la somme due ou en séquestrant la chose devant être livrée (l'article 1345-1 alinéa 2 réservant l'hypothèse où le séquestre est impossible ou trop onéreux); lorsque l'obligation porte

17 Ik raadpleegde Veegens/Oppenheim, *Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, 1921, p. 159; Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*, II, 1, 1934, p. 529 (diens verwijzing naar Hof Arnhem 8 maart 1933, NJ 1933, p. 1261, betreft een geval van moratoire interessen); Hofmann, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht*, eerste deel, 1941, p. 413-420; Van Brakel, *Leerboek van het Nederlandsch Verbintenissenrecht*, 1942, p. 175-176; Völmar, *Nederlandsch Burgerlijk Recht*, 1944, p. 421, 424, 427; Hofmann/Drion/Wiersma, *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht*, De algemene leer der verbintenissen, tweede gedeelte, 1959, p. 345-352, i.h.b. 351; Pitlo/Bolweg, 1979, p. 390-391; Asser-Rutten I, 1981, p. 283, 291-292 en 288; Asser-Hartkamp I, 1988, p. 242-243.

18 In deze zin nog in Asser-Losecaat Vermeer, 1948, p. 291; Asser-Rutten, 1958, p. 305.

19 Zie voor België: art. 1257 BW; Cass. 13 mei 1994, Arr. Cass. 1994, 481; L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 2000 p. 501; Dekkers-Verbeke, *Handboek Burgerlijk recht*, III, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 334-336; Van Gerven/Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, Leuven/Den Haag: Acco 2015, p. 623. Zie voor Frankrijk: art. 1257 Cc; Civ. 1re, 28 april 1982: Bull. Civ. I. no. 151; Civ. 1er 11 juni 2002, RTD civ. 2002, p. 813; Terré/Simmler/Lequette, *Les obligations*, 2009, nrs. 1347 en 1349; Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, *Les obligations*, 2005, nr. 1089; Carbonnier, *Les obligations*, 1995, nr. 329; Code Civil Edition Dalloz 2015, p. 1689.

20 www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORF-TEXT000032004939&categorieLien=id.

21 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (geraadpleegd via www.leclubdesjuristes.com/rapport-au-president-de-la-republique-relatif-a-lordonnance-no-2016-131-du-10-fevrier-2016-portant-reforme-du-droit-des-contrats-du-regime-general-et-de-la-preuve-des-obligations/). Al. Bénabent & L. Aynès, 'Réforme du droit des contrats et des obligations aperçu général', Recueil Dalloz 2016, p. 437, spreken van een 'une véritable création simplificatrice et énergique pour vaincre "l'obstruction" du créancier qui refusoson paiement.' Zie voor enige achtergrondinformatie over de gevolgd wetgevingsprocedure C.M.D.S. Pavillon, 'Een nieuw contractenrecht voor Frankrijk', NTBR 2015/11.

sur un autre objet, le débiteur peut se libérer si l'obstruction du créancier n'a pas pris fin dans les deux mois de la mise en demeure."

In de Franse literatuur wordt opgemerkt dat het mechanisme van de consignatie zwaar, kostbaar en niet in alle gevallen bruikbaar is.²²

3.12.3 De informatie over het Oostenrijkse en het Zwitserse recht geeft een wisselend beeld. Art. 1419 en 1425 ABGB bevatten een regeling over de consignatie. In de literatuur wordt zowel verwezen naar rechtspraak uit de 19e eeuw waaruit volgt dat de renteverplichting eerst na consignatie ophoudt, als naar heersende mening in de literatuur die aansluiting zoekt bij § 301 BGB.²³ Voor het Zwitserse recht bieden art. 91 en 92 OR een regeling van de consignatie. Oudere literatuur lijkt de oplossing van § 301 BGB van de hand te wijzen, in recentere boeken trof ik alleen een bespreking van de consignatie aan.²⁴

3.12.4 Naar het recht van Engeland en Wales geeft het aanbod tot betaling, dat ten onrechte is geweigerd door de schuldeiser, de schuldenaar een verweermiddel. Tot betaling gedagvaard, kan de schuldenaar betogen dat hij een aanbod tot betaling heeft gedaan, bereid en in staat is tot betaling en de verschuldigde aan het gerecht betalen. Dat ontslaat hem van de verplichting om rente te betalen, als ik het goed zie, vanaf het moment van het aanbod. Chitty on Contracts vermeldt (in een voetnoot) een wat andere regel voor rente die verschuldigd is voor een lening:

"But where a borrower of money tenders the amount due for principal and interest, the tender does not stop interest running after the date of the tender unless there is evidence that the sum has been set aside and is available for payment at any time: *Barratt v Gough-Thomans* [1951] 2 All ER 48 (following *Edmondson v Copland* [1911] 2 Ch. 301)."²⁵

3.12.5 Art. III.-2:112(1) DCFR (Money not accepted) verwijst slechts naar de mogelijkheid van consignatie overeenkomstig het nationale recht als mogelijkheid tot bevrijding van de schuldenaar:

"Where a creditor fails to accept money properly tendered by the debtor, the debtor may after notice to the creditor obtain discharge of the obligation to pay by depositing the money to the order of the creditor in accordance with the law of the place where payment is due."

3.13.1 De NBW-wetgever heeft aandacht besteed aan het effect van het schuldeisersverzuim op de verplichting om bedongen rente te betalen in verband met de regeling van de consignatie van geldschulden.

3.13.2 Op grond van art. 6:66 BW is de schuldenaar in geval van schuldeisersverzuim bevoegd om het verschuldigde ten behoeve van de schuldeiser in bewaring te stellen, indien de verbintenis strekt tot betaling van een geldsom of tot aflevering van een zaak. De inbewaringstelling van een geldsom geschiedt door consignatie overeenkomstig de wet (art. 6:67 BW), dat wil zeggen overeenkomstig de Wet op de consignatie van gelden (*Stb.* 1980, 483).

Gedurende de bewaring loopt over een in bewaring gestelde geldsom geen rente ten laste van de schuldenaar (art. 6:68 BW). Wel vergoedt de Staat gedurende zekere tijd een bepaalde rente over de bij hem in de consignatiekas gestorte gelden (art. 9 Wet op de consignatie van gelden, *Stb.* 1980, 473). Dat percentage is volgens het mij laatst bekende Besluit rente geconsigneerde gelden 2009 (*Stcrt.* 2009, 14) 1,06% per jaar. Voor de invoering van de Wet op de consignatie van gelden, werd door de Staat overigens geen rente vergoed (art. 8 Wet houdende instelling ener consignatiekas, *Stb.* 1908, 226).

Gedurende de bewaring kan de schuldeiser zijn verzuim slechts zuiveren door het in bewaring gestelde te aanvaarden (art. 6:69 lid 1 BW). Tot dat moment blijft de schuldenaar tot

22 F. David, *De la mise en demeure*, *Rev. Crit de legislation et de jurisprudence*, 1939, p. 99; L. Josseland, *Cours du Droit Civil positif Français II*, Paris: Sirey 1939, nrs. 865-866; C. Robin, *La Mora creditoris*, RTD civ. 1998, p. 608, 611 en 624-625; J. Mestre & B. Fages, *Chroniques obligations et contrats spéciaux*, RTD civ. 2002, p. 814, linkerkolom.

23 Dittrich/Tades, *ABGB Grosse Gesetzausgabe Band 2*, Wien: Manz 1985, p. 1600 F. Gschnitzer, *Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Wien/New York: Springer Verlag 1986, p. 97. Het punt wordt niet besproken in Kozio/Welser, *Bürgerliches Recht Band II*, Wien: Manz 2001 p. 57-59 en 97-98.

24 Von Thur/Escher, *Allgemeiner teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1974, p. 75 stelt onder verwijzing naar literatuur dat – op één auteur na, die aansluiting bij art. 301 BGB bepleit – de heersende mening is dat de schuldenaar zich alleen kan bevrijden van het doorlopen van rente door consignatie. De rechtvaardiging voor het doorlopen van rente tijdens schuldeisersverzuim wordt gezocht in het gegeven dat de schuldenaar het geld nog tot zijn beschikking heeft. Het punt wordt niet besproken in T. Gohl, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1980, p. 228-230; Honsell/Peter Vogt/Wiegand, *Obligationenrecht I*, Zürich, Helbing&Lichtenhahn p. 498-506; A. Blaeser, *Die Zinsen im Schweizerischen Obligationenrecht*, Zürich/St. Gallen, Dike Verlag 2011 p. 18).

25 Beale et. al, *Chitty on contracts Vol. I General Principles*, 2015, nrs. 21-085 en 21-086 (p. 1634-1635). Zie voorts C. Wild & S. Weinstein, *Smith and Keenan's English Law*, 2013, p. 419-420; J.K. Macleod, *Halsbury's Laws of England*, Vol. 9(1), 1998, nrs. 971-977; J. Beatson, *Anson's law of contract*, 1998, p. 483-484; Jenks/Geldart/Holdsworth/Lee/Miles, *A digest of English civil law*, 1983, nrs. 250-254.

terugname bevoegd (art. 6:69 lid 2 BW). Hieruit blijkt, dat de schuldenaar zijn verbintenis nog niet is nagekomen door het verschuldigde in consignatie te geven.²⁶

3.13.3 De regeling van art. 6:66 e.v. BW ziet (onder meer)²⁷ op bedongen rente. Volgens de T.M. heeft de inbewaringstelling:

“vooral deze betekenis, dat zij de schuldenaar de mogelijkheid biedt van een verplichting tot betaling van rente over een verschuldigde hoofdsom af te komen of bevrijd te worden van alle zorg voor af te leveren zaken.”²⁸

In de T.M. bij art. 6:68 (6.1.7.11) BW is opgemerkt:

“Krachtens het in dit artikel bepaalde is een van de rechtsgevolgen van de inbewaringstelling, dat gedurende de bewaring de in bewaring gestelde geldsom ten kosten van de schuldenaar geen rente wordt vergoed.”²⁹ Hoewel in de regeling van het ontwerp door de enkele inbewaringstelling de schuldenaar niet van zijn verbintenis wordt bevrijd, is het redelijk dat hij van de dag van de inbewaringstelling af geen rente meer verschuldigd is.³⁰ De rente waarvan hier sprake is, kan zijn bedongen rente of wettelijke rente. Moratoire interessen zijn reeds op grond van het verzuim van de schuldenaar niet meer verschuldigd (men ziet artikel 4 [6:61; A-G]).”

In de MvA II is opgemerkt:

“De mogelijkheid van inbewaringstelling van geldsommen (consignatie) is van aanzienlijk minder betekenis. Voor de schuldenaar zal het veelal aantrekkelijker zijn om het geld in eigen vermogen te houden en de opbrengsten daarvan te genieten tot het tijdstip dat tot daadwerkelijke betaling moet worden overgegaan. Consignatie zal echter voor hem van nut kunnen zijn, wanneer het gaat om een geldschuld waarover een bedongen rente loopt. Hij zal dan immers een beroep kunnen doen op artikel 11 [6:68; A-G] voor wettelijke rente is dit artikel niet van belang, omdat deze alleen loopt zolang de schuldenaar in verzuim is, hetgeen krachtens artikel 4 [6:61; A-G] bij ver-

zuim van de schuldeiser niet het geval is. Om vergelijkbare redenen is het begrijpelijk dat in de huidige praktijk consignatie op de voet van de artikelen 1440 e.v. BW zeldzaam is, hoewel deze artikelen – anders dan het ontwerp – de schuldenaar die tot consignatie overgaat, definitieve bevrijding in het vooruitzicht stelt.”³¹

3.13.4 Uit het voorgaande blijkt dat de regeling van de art. 6:66 e.v. BW ertoe strekt de schuldenaar een middel te bieden om te voorkomen dat de bedongen rente doorloopt tijdens het schuldeisersverzuim.

Is de consignatieregeling van art. 6:66 e.v. BW exclusief?

3.14 Uit de toelichtende stukken bij art. 6:66 e.v. BW zou kunnen worden afgeleid dat de veronderstelling voorzat, dat *alleen* door middel van consignatie van de verschuldigde geldsom de schuldenaar zou kunnen bereiken dat de bedongen rente niet doorloopt. Deze lezing zou in die zin in overeenstemming zijn met de gedachte dat de regeling van het schuldeisersverzuim beoogt de nadelen weg te nemen die voor de schuldenaar verbonden zijn aan het niet kunnen nakomen van zijn verbintenis, dat het nadeel van het doorlopen van de bedongen rente kan worden weggenomen door middel van consignatie. Deze lezing zou, tegen de achtergrond van de hiervoor genoemde opvatting onder het BW van 1838 verklaren waarom in de parlementaire geschiedenis alleen aandacht wordt besteed aan de mogelijkheid om langs deze weg van de renteverplichting bevrijd te worden (en alleen § 379(2) BGB wordt genoemd, maar niet § 301 BGB).

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter niet met zoveel woorden, dat de wetgever de regeling van art. 6:66 en 6:68 BW exclusief heeft bedoeld. De literatuur, voor zover mij bekend, bespreekt het probleem niet.³²

3.15 Zou de regel dat in beginsel bedongen rente gedurende het schuldeisersverzuim niet verschuldigd is, de regeling van de art. 6:66 e.v. BW overbodig maken, dan zou dat een indicatie kunnen opleveren dat art. 6:66 e.v. BW exclusief is. Beide regelingen kunnen echter naast elkaar bestaan. Een verschil tussen beide betreft bijvoorbeeld de positie van de schuldenaar wanneer de schuldeiser zijn verzuim wil zuiveren.

26 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/308; Streefkerk, *Schuldeisersverzuim* (Mon. BW nr. 32c), 2006, nr. 22.

27 Voorts bijvoorbeeld bij uiterste wil of bij rechterlijke uitspraak (vgl. art. 4:5 BW) bepaalde rente. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/309; Streefkerk, *Schuldeisersverzuim*, 2006, nr. 22.

28 T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 235-236.

29 Voetnoot 3 vermeldt hier: “Vergelijk Duitsland 379 lid 2”.

30 Voetnoot 4 vermeldt hier: “Ingevolge art. 8 Wet houdende instelling ener consignatiekas (Wet van 11 juli 2008, Stb. no. 226) is de Staat over een op grond van art. 1440 v. B.W. in bewaring gegeven geldsom geen rente verschuldigd.”

31 MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 237 of 238. Zie ook H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenisrecht naar het nieuw Burgerlijk Wetboek*, 1979, p. 162; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2011/299 en 308; A.L.M. Keirse en Y.E.M. Beukers, *GS Verbintenisrecht*, art. 6:66 BW aant. 1.2. en art. 6:68, aant. 1.

32 Zo lijkt bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/232 er van uit te gaan dat art 6:68 BW nodig is om de rente te doen stoppen.

Indien de verschuldigde som niet in consignatie is gegeven, dan wordt de rente³³ weer verschuldigd op het moment dat het schuldeisersverzuim eindigt en de schuldenaar op dat moment niet alsnog zijn verplichtingen nakomt. De maatstaf van het arrest *Sepeba/Rito* biedt de mogelijkheid om het moment waarop de gevolgen van het schuldeisersverzuim eindigen, te bepalen met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Daarmee wordt – althans tot op zekere hoogte – voorkómen dat de schuldeiser onverhoeds aan de gevolgen van het schuldeisersverzuim een eind kan maken door de prestatie alsnog van de schuldenaar op te eisen (welke gedachte ten grondslag ligt aan art. 6:69 BW).³⁴ Dit neemt echter niet weg dat voor partijen onzekerheid kan bestaan over het exacte moment waarop de gevolgen van het schuldeisersverzuim eindigen en daarover tussen hen discussie kan ontstaan. Bovendien weet de schuldenaar niet wanneer de schuldeiser weer aanspraak zal maken op betaling en bestaat de mogelijkheid dat hij, gezien zijn financiële omstandigheden op dat moment, niet in staat is om tijdig te betalen en weer rente verschuldigd wordt.

De schuldenaar die na het intreden van het schuldeisersverzuim de geldsom in consignatie heeft gegeven, hoeft zich gezien art. 6:69 BW niet te bekommeren om het exacte moment waarop het schuldeisersverzuim eindigt en is bevrijd van de genoemde discussie. Hij loopt ook niet meer het risico om rente verschuldigd te worden zolang het geld in consignatie blijft.

3.16 Hoewel de regeling van de consignatie voor de schuldenaar bepaalde voordelen heeft, is de gang naar de consignatiekas voor de schuldenaar in de praktijk veelal niet aantrekkelijk.

In de praktijk zal veelal niet duidelijk zijn of sprake van is schuldenaars- dan wel schuldeisersverzuim zolang tussen partijen discussie bestaat over de vraag waartoe zij jegens elkaar gehouden zijn. De schuldenaar zal er dan vaak de voorkeur aan geven de geldsom zelf te behouden (en te benutten) tot het moment dat duidelijkheid ontstaat over de inhoud van de rechtsverhouding tussen partijen. Dat is echter niet alleen een kwestie van renteverhaal (waarop de parlementaire geschiedenis wijst) of van liquiditeit, maar het is vaak gewoon verstandig. Wanneer partijen in redelijkheid van mening kunnen verschillen over de inhoud van hun afspraak, is er namelijk ook onzekerheid over de vraag of het aanbod tot nakoming van de schuldenaar (welk aanbod diens opvatting over de afspraak zal reflecteren) afdoende is en dus onzekerheid over de vraag of sprake is van

schuldeisersverzuim. Mocht de schuldenaar de discussie over de uitleg van de overeenkomst verliezen, dan zal hij alsnog het verschuldigde, inclusief (bedongen)³⁵ rente en kosten, aan de schuldeiser moeten betalen. Met het oog op dat risico zal een redelijk handelende schuldenaar er vaak de voorkeur aan geven om de geldsom aan zich te houden (en bijvoorbeeld rentedragend bij een bank onder te brengen) en niet in consignatie te geven.

Dat consignatie voor de schuldenaar nadelen heeft, blijkt ook uit de toelichting bij art. 6:37 BW, dat de schuldenaar de bevoegdheid geeft de nakoming op te schorten wanneer hij op redelijke gronden twijfelt aan wie de betaling moet geschieden. De mogelijkheid van consignatie vormt geen volwaardig alternatief voor dit opschortingsrecht, aldus de MvA II, onder meer omdat de schuldenaar geen of onvoldoende rente ontvangt en omdat het terugvorderen van het eenmaal geconsigneerde bedrag tot moeilijkheden kan leiden.³⁶

3.17 Het belang van de schuldeiser brengt naar mijn mening niet mee dat de regeling van de consignatie in de art. 6:66 e.v. BW exclusief moet worden opgevat. Weliswaar ontvangt de schuldeiser bij consignatie in beginsel enige rente (zie bij 3.13.2), maar dat is uitsluitend het gevolg van een keuze van de 'consignatiwetgever'. Ten tijde van het eerste ontwerp van de latere art. 6:66 e.v. BW werd nog geen rente over in consignatie gegeven gelden vergoed. De art. 6:66 e.v. BW zijn geschreven met het oog op de belangen van de schuldenaar. Zie voorts bij 3.22.1-3.22.3.

3.18 Naar mijn mening is er onvoldoende reden om de consignatieregeling van art. 6:66 e.v. BW als exclusief aan te merken.

Geen bedongen rente verschuldigd tijdens schuldeisersverzuim

3.19.1 De oplossingsrichting van het Duitse en het toekomstige Franse recht, namelijk dat in beginsel bedongen rente gedurende het schuldeisersverzuim niet verschuldigd is, verdient naar mijn mening om inhoudelijke redenen de voorkeur.

3.19.2 De regeling van het schuldeisersverzuim beoogt de nadelen weg te nemen die voor de schuldenaar verbonden zijn aan het niet kunnen nakomen van zijn verbintenissen. Het nadeel betreft hier het doorlopen van de contractueel overeengekomen rente tot aan de datum van levering.³⁷ Door betaling van de

³⁵ Zie art. 6:119 lid 3 BW.

³⁶ MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 169.

³⁷ Zie de conclusie van de plv. procureur-generaal sub 12 voor HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1643, NJ 2014/36, JIN 2014/176 m.nt. P.H. Bossema-de Greef (*Sepeba/Rito*), met verwijzing naar C.A. Streefkerk, *Schuldeisersverzuim* (Mon. BW nr. 32c) 2006, nrs. 3-4.

³³ Het hier besprokene geldt mutatis mutandis zowel voor bedongen rente als voor vertragsrenten.

³⁴ MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 242.

schuld wordt de schuldenaar van de renteverplichting bevrijd en heeft de schuldeiser ontvangen waar hij recht op heeft. Hiermee strookt het om aan te nemen dat deze rente in beginsel niet langer doorloopt wanneer de schuldenaar aanbiedt zijn schuld te betalen, maar de nakoming wordt verhinderd door een onterechte weigering van de schuldeiser dan wel een andere aan deze toe te rekenen omstandigheid. Hierop wijst terecht de s.t. Y nr. 4.15.

3.19.3 Hieraan doet niet naar mijn mening onvoldoende af dat de schuldenaar tijdens het schuldeisersverzuim de beschikking houdt over de geldsom.

In de eerste plaats, omdat dat niet verklaart waarom de schuldenaar rente tegen het *overeengekomen tarief* zou moeten blijven betalen. Zou de bedongen rente verschuldigd blijven tijdens het schuldeisersverzuim, dan zou de schuldeiser door middel van een onterechte weigering van de nakoming het risico van fluctuaties in de marktrente kunnen afwentelen op de schuldenaar. Het valt niet in te zien waarom de schuldenaar dit risico moet dragen, nu hij door zijn aanbod tot betaling aangeeft van (ook) dat risico bevrijd te willen worden. Het ligt meer in de rede om de schuldeiser te belasten met dit risico. Hij zou dit risico immers ook hebben moeten dragen indien hij het aanbod van de schuldenaar, zoals hij had behoren te doen, had aanvaard.

In de tweede plaats omdat aan de schuldenaar een bepaald bestedingspatroon wordt opgedrongen indien hij de rente moet doorbetalen. Het is daarom in overeenstemming met de gedachte dat ongegronde verrijking moet worden voorkomen, om aan te nemen dat in beginsel bedongen rente gedurende het schuldeisersverzuim niet verschuldigd is.

3.20 Indien de schuldenaar gedurende de periode van het schuldeisersverzuim de bedongen rente niet hoeft te betalen, rijst de vraag of hij wel aan de schuldeiser eventuele door hem met de geweigerde som behaalde of te behalen voordelen moet afdragen. Daarbij kan het gaan om afdracht van concreet genoten voordeel (zoals behaalde of uitgespaarde rente) of om vergoeding van een redelijke rente over de som.

3.21.1 Als hoofdregel zou kunnen gelden (indien partijen daarover geen afspraak hebben gemaakt) dat de schuldeiser geen aanspraak kan maken op deze voordelen, nu zijn eigen gedrag er de oorzaak van is dat hij de aangeboden som mist.

3.21.2 De positie van de schuldenaar die vanwege schuldeisersverzuim niet kan betalen, lijkt enigszins op die van de in art. 6:37 BW bedoelde schuldenaar. Indien de onduidelijkheid over de vraag aan wie moet worden betaald kan worden toegerekend aan de partij die uit-

eindelijk schuldeiser blijkt te zijn, is samenloop van art. 6:37 BW en de regeling van het schuldeisersverzuim overigens denkbaar.³⁸ Over de verplichting om het verschuldigde rentedragend te beleggen of om genoten voordelen af te dragen, merkt de MvA II Inv. bij art.6:37 BW op:³⁹

“Vooropgesteld moet worden dat het redelijk kan zijn dat de schuldenaar die erkent het bedrag van de vordering verschuldigd te zijn, maar de betaling alleen opschort, omdat twee of meer schuldeisers haar opeisen, zonder dat hij kan uitmaken aan wie betaald moet worden, het geld rentegevend belegt ten behoeve van degene die de schuldeiser blijkt te zijn. (...)

Dat de schuldenaar die op grond van artikel 6.1.6.7c [art. 6:37; A-G] onder alle omstandigheden de door hem daadwerkelijk genoten rente zou moeten vergoeden, zou evenmin een gelukkige regel zijn, nu de onzekerheid aan wie betaald moet worden ook voor de schuldenaar nadelen kan hebben, bij voorbeeld in de vorm van extra-werkzaamheden ter behandeling van de aangelegenheid. Ook dient te worden bedacht dat de onzekerheid gemakkelijk terug te voeren zal kunnen zijn op schuldeisersverzuim in de zin van afdeling 6.1.7, in het kader waarvan evenmin een verplichting van de schuldenaar tot het afdragen van intussen gekweekte rente bestaat. Het zou ook niet eenvoudig zijn vast te stellen wanneer deze zou moeten ingaan, nu een vast tijdstip als dat van artikel 6.1.9A.8 (de ingang van het schuldenaarsverzuim) ontbreekt.

Verder kan het zich voordoen dat de schuldenaar ook de grondslag van de vordering betwist en te dier zake tenslotte in het ongelijk wordt gesteld op een tijdstip dat tevens duidelijk is geworden dat zijn procesuele wederpartij inderdaad de schuldeiser is. De schuldenaar zal dan wettelijke rente verschuldigd zijn over de periode dat hij in verzuim is geweest. Niet is in te zien waarom hij over de periode daarvoor of daarna ten behoeve van de schuldeiser de door hem betwiste vordering rentegevend zou moeten beleggen. De wettelijke rente zal hier immers verschuldigd zijn over de gehele vertragsperiode, omdat door de betwisting van de grondslag van de vordering

³⁸ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/232.

³⁹ MvA II Inv., Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6, p. 1222-1223. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/232; Scheltema, *Nakoming* (Mon. BW nr. B32a) 2008/20 op p. 46-47; Koot, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:37 BW, aant. 1; H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw BW*, 1979, p. 128.

niet gezegd kan worden dat deze vertraging niet aan de schuldenaar is toe te rekenen, maar aan de door artikel 6.1.6.7c voor rekening van de schuldeiser gebrachte onzekerheid.

Tenslotte moet nog worden gedacht aan de mogelijkheid dat het een schuld betreft die krachtens overeenkomst, ook afgezien van verzuim,⁴⁰ rente draagt. Ook hier dient aan de schuldenaar overgelaten te worden in hoeverre hij in afwachting van het opheffen van de onzekerheid rente wil kweken, die hij dan uiteraard mag behouden.

Het voorgaande laat zich aldus samenvatten dat een algemene regel betreffende vergoeding van rente niet te geven valt, maar dat een verplichting daartoe kan voortvloeien uit de eisen van redelijkheid en billijkheid (...)."

In het kader van het schuldeisersverzuim bestaat er dus geen verplichting van de schuldenaar om het verschuldigde bedrag rentedragend te beleggen of om intussen gekweekte rente af te dragen.

3.22.1 Uitzonderingen zijn echter denkbaar. De grondslag daarvoor zou kunnen worden gevonden in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) of in de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW).

3.22.2 Een op art. 6:212 BW gebaseerde benadering leidt ertoe dat in daartoe geëigende gevallen, afhankelijk van de concrete rechtsverhouding en de omstandigheden van het geval, kan worden voorkómen dat de schuldenaar een onredelijk voordeel trekt uit het schuldeisersverzuim. Deze grondslag lijkt met name geschikt als het gaat om de vraag of een concreet genoten voordeel moet worden afgedragen. Het bezwaar dat de schuldeiser niet exact zal kunnen aantonen welk voordeel de schuldenaar van de betreffende geldsom heeft genoten (zie 3.10), telt tegenwoordig niet zo zwaar meer nu daarmee zowel materieelrechtelijk⁴¹ als bewijsrechtelijk rekening zou kunnen worden gehouden.

3.22.3 Vergoeding van een redelijke rente over de som kan eventueel worden gebaseerd op art. 6:248 lid 1 BW. In het algemeen is geen rente over ter beschikking staande bedragen verschuldigd is, tenzij dit is bedongen of voortvloeit uit de wet. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, verschuldigdheid van

rente meebrengen.⁴² Nu in het geval van schuldeisersverzuim m.i. bedongen noch wettelijke rente verschuldigd is, zou een eventuele plicht om, in afwijking van de hoofdregel, rente te vergoeden daarom afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.

3.23 Ik merk nog op dat een verplichting om gelden rente dragend te beleggen wel in ander situaties kan bestaan. Uit de regels van art. 856 lid 1 Rv, inhoudend dat de gerechtelijke bewaring geschiedt op voorwaarden die door de bewaarder gewoonlijk voor zaken van dezelfde soort worden overeengekomen, vloeit voort dat indien de deurwaarder geld in gerechtelijke bewaring geeft aan een bank, de deurwaarder ten behoeve van de rechthebbenden de gebruikelijke rente moet bedingen over het in bewaring gegeven bedrag.⁴³ Art. 856 Rv is echter niet van toepassing in geval van schuldeisersverzuim, ook niet bij consignatie van gelden.⁴⁴ De schuldenaar die vanwege schuldeisersverzuim niet kan betalen, bevindt zich bovendien in een andere positie dan professionele partijen, zoals deurwaarders, die aan derde af te dragen gelden onder zich hebben of in bewaring moeten stellen.

3.24 De voorgestelde oplossing neemt naar mijn mening niet de prikkel weg voor partijen om in overleg het betwiste bedrag te storten op een (rente dragende) rekening van een derde. Op deze wijze kunnen zij immers ieder voor zich het risico verkleinen, dat is verbonden aan de onzekerheid over de uitkomst van het geschil.

Slotsom

3.25 Ik meen dat het middel er terecht op wijst dat in beginsel bedongen rente gedurende het schuldeisersverzuim niet verschuldigd is en dat het oordeel van het hof op dit punt daarom niet in stand kan blijven.

3.26 Uw Raad zou in dit opzicht de zaak zelf kunnen afdoen (waarop ook Y, s.t. nr 4.17 e.v.

42 HR 16 december 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0546, NJ 1989/433 m.nt. M.M. Mendel; HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1340, NJ 1994/628; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, NJ 2013/201 m.nt. Verstoppen; Koot, GS Verbintenissenrecht, art. 6:2 BW, aant. 17.

43 HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3571, NJ 2011/236 m.nt. Van Mierlo.

44 Weliswaar is de inbewaringstelling van art. 6:66 BW e.v. een vorm van de in art. 853 e.v. Rv geregelde gerechtelijke bewaring, maar art. 853 e.v. Rv is op deze vorm van bewaring van toepassing voor zover uit de art. 6:66 e.v. BW niets anders voortvloeit. Uit art. 6:67 BW vloeit voort dat de consignatie plaats vindt op de eerder genoemde wijze, zodat art. 853 e.v. Rv in dit opzicht niet bepalend zijn. Zie Streefkerk, *Schuldeisersverzuim* (Mon. BW nr. B32c), 2006/22; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2011/308; Asser/Van Schaik 7-VIII* 2015/57; M. Zilinsky, *GS Burgerlijke Rechtsvordering, Tweede afdeling Van gerechtelijke bewaring*, Inleiding, aant. 3-5.

40 Naar ik begrijp, wordt hier bedoeld op het schuldenaarsverzuim en de wettelijke rente.

41 Via een meer abstracte schadebegroting. Vgl. HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, NJ 2013/540 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper.

aandringt) door het dictum van het arrest van het hof van 4 november 2014 in het principaal appel in conventie in die zin aan te vullen dat daarin tot uitdrukking wordt gebracht dat Y geen contractuele (financierings-)rente ad 7% per jaar is verschuldigd over de periode vanaf 1 september 2007 tot aan het moment waarop het schuldeisersverzuim zal zijn geëindigd zonder dat Y zijnerzijds aan zijn verplichtingen heeft voldaan.

Conclusie

De conclusie strekt

- in het principale cassatieberoep tot verwerping en
- in het incidentele cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest en afdoening van de zaak door de Hoge Raad op de bij 3.26 aangegeven wijze.