

MONOGRAFIEËN BW

# B32a Nakoming

Prof. mr. M.W. Scheltema

*Advocaat te 's-Gravenhage*

*Vijfde druk*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2022

# VOORWOORD

## ***Voorwoord bij de tweede druk***

Dit deel van de serie Monografieën Nieuw BW, waarin de nakoming van verbintenissen centraal staat, vormt een bewerking van het eerder door A.T. Bolt geschreven deel B-32a. Ten opzichte van het oude deel heb ik getracht om de daarin aangebrachte paragraafindeling zo veel mogelijk te handhaven. Op een aantal punten is deze echter toch enigszins gewijzigd. Zo is aan de nakoming van geldverbintenissen op een aantal punten meer – en tevens op een iets structurelere wijze – aandacht geschonken. Ten aanzien van de rechtsvergelijking met buitenlandse rechtsstelsels heb ik er – mede gezien de opzet van de monografieën reeks – voor gekozen om deze in de oude omvang te handhaven en niet uit te breiden. Ook het overgangsrecht is (vooralsnog) in de oude vorm gehandhaafd.

Het onderzoek van rechtspraak en literatuur is begin juli 1997 afgesloten en met nadien verschenen materiaal kon derhalve slechts sporadisch rekening worden gehouden.

Leiden, juli 1997 M.W. Scheltema

## ***Voorwoord bij de derde druk***

De opzet van deze monografie is ten opzichte van de tweede druk niet belangrijk gewijzigd. Daartoe bestond bij een aantal onderwerpen ook weinig aanleiding omdat deze een rustig bezit zijn gebleken. Dat geldt niet voor onderwerpen als de nakoming van geldverbintenissen, de nakoming door een derde en betaling aan een inningsonbevoegde. Aan de nieuwe ontwikkelingen op deze terreinen is in deze druk dan ook aandacht geschonken. Dat geldt ook voor ontwikkelingen in Europees verband, waarbij ten opzichte van de vorige druk onder meer aandacht is besteed aan de PECL.

Het onderzoek van rechtspraak en literatuur is begin februari 2008 afgesloten en met nadien verschenen materiaal kon derhalve slechts sporadisch rekening worden gehouden.

Den Haag, februari 2008 M.W. Scheltema

## ***Voorwoord bij de vierde druk***

De opzet van deze monografie is ten opzichte van de derde druk niet belangrijk gewijzigd. Daartoe bestond bij een aantal onderwerpen ook weinig aanleiding omdat deze een rustig bezit zijn gebleken. Dat geldt niet voor onderwerpen als de nakoming van geldverbintenissen, de nakoming door een derde (in verband met de vertegenwoordigingsaspecten daarvan) en ontwikkelingen in het buitenland (zoals de herziening van het Franse verbintenissenrecht). Aan de nieuwe ontwikkelingen op deze terreinen is in deze druk dan ook aandacht

geschonken. Dat geldt ook voor ontwikkelingen in Europees verband, waarbij ten opzichte van de vorige druk onder meer aandacht is besteed aan het DCFR.

Het onderzoek van rechtspraak en literatuur is eind 2015 afgesloten en met nadien verschenen materiaal kon derhalve slechts sporadisch rekening worden gehouden.

Den Haag, maart 2016 M.W. Scheltema

***Voorwoord bij de vijfde druk***

De opzet van deze monografie is ten opzichte van de vierde druk niet belangrijk gewijzigd. Daartoe bestond bij een aantal onderwerpen ook weinig aanleiding omdat deze een rustig bezit zijn gebleken. Uiteraard zijn de nieuwe ontwikkelingen in beeld gebracht en is ten opzichte van de vorige druk wat meer aandacht besteed aan de rechtsvergelijking. Die is uiteraard ook geactualiseerd. Verder is aan het slot een vooruitblik opgenomen hoe het onderwerp van deze monografie door de veranderende (digitale) samenleving zou kunnen worden beïnvloed, hoewel daarvoor in de jurisprudentie nog niet heel duidelijke aanknopingspunten bestaan.

Ik dank de student-assistenten Daan van Broeckhuijsen, Bryan Bijnen en Paul Hoyneck van Papendrecht van de Erasmus Universiteit voor hun assistentie en inzet bij het bijhouden en signaleren van literatuur, het in kaart brengen van het buitenlandse recht en bij het maken van het trefwoordenregister.

Het onderzoek van rechtspraak en literatuur is eind 2021 afgesloten en met nadien verschenen materiaal kon derhalve slechts sporadisch rekening worden gehouden.

Den Haag, februari 2022 M.W. Scheltema

# INHOUDSOPGAVE

## **Voorwoord / V**

## **Lijst van verkort aangehaalde literatuur / IX**

### HOOFDSTUK 1

#### **Inleiding / 1**

- 1 Algemene inleiding / 1
- 2 Waar is nakoming geregeld? / 2
- 3 Terminologie / 2
- 4 Is betaling een rechtshandeling? / 3
- 5 Rechtsvergelijking / 5
- 6 Plan van behandeling / 5

### HOOFDSTUK 2

#### **Nakoming, wat en de wijze waarop / 7**

- 7 De zorgplicht / 7
- 8 De kwaliteit van soortzaken / 9
- 9 De overeengekomen prestatie en niets anders / 11
- 10 Geldverbintenissen / 13
- 11 Girale betaling / 16
- 12 Betaling door middel van een papier / 20
- 13 Geen nakoming in gedeelten / 24

### HOOFDSTUK 3

#### **De bij nakoming betrokken personen / 27**

- A *Nakoming door wie / 27*
- 14 Nakoming door de schuldenaar of door een derde / 27
- 15 Betaling door een beschikkingsonbevoegde / 34
- B *Nakoming aan wie / 36*
- 16 Algemeen / 36
- 17 Betaling aan een onbekwame schuldeiser / 37
- 18 Betaling aan een inningsonbevoegde schuldeiser / 38
- 19 Betaling aan een derde / 42

- 20      Betaling aan een pseudo-schuldeiser (I) / 45
- 21      Betaling aan een pseudo-schuldeiser (II) / 53

HOOFDSTUK 4

**Plaats en tijdstip van nakoming / 59**

- 22      Het tijdstip van nakoming / 59
- 23      De plaats van nakoming / 66

HOOFDSTUK 5

**Overige aspecten van nakoming / 73**

- 24      Toerekening van betalingen / 73
- 25      De kosten van betaling / 77
- 26      Het bewijs van nakoming / 78
- 27      Zekerheidstelling / 83

HOOFDSTUK 6

**Vooruitblik / 85**

- 28      Nieuwe vormen van overeenkomsten en nakoming / 85

**Trefwoordenregister / 87**

**Artikelenregister / 93**

**Jurisprudentieregister / 99**

**Monografieën BW / 103**

## HOOFDSTUK 1

# Inleiding

### 1 Algemene inleiding

Er bestaan diverse wijzen waarop verbintenissen teniet kunnen gaan. Nakoming is daar een van. Het is tevens de meest normale oorzaak van het tenietgaan van verbintenissen. De problematiek van het tenietgaan van verbintenissen is als zodanig niet in een afzonderlijke titel of afdeling geregeld.

De wijzen van tenietgaan van verbintenissen zijn in het BW meer verspreid geregeld. Daarbij kan het gaan om het tenietgaan van een afzonderlijke verbintenis. Denk bijvoorbeeld aan nakoming (te vinden in afd. 6.1.6), verrekening (geregeld in art. 6:127 e.v. BW) en vermeniging (te vinden in art. 6:161 BW). Een verbintenis kan echter ook tenietgaan doordat de overeenkomst waarvan zij deel uitmaakt ten onder gaat. Zo zal vernietiging (geregeld in art. 3:49 e.v. BW) of ontbinding (te vinden in art. 6:265 e.v. BW en in verband met gewijzigde omstandigheden in art. 6:258 BW) een gehele rechtsverhouding en daarmee ook de afzonderlijke verbintenissen doen tenietgaan.

Gelet op de andere gevolgen van het tenietgaan van een verbintenis door bijvoorbeeld nakoming of verrekening enerzijds en door ontbinding of vernietiging van een overeenkomst anderzijds, ligt het voor de hand in terminologie onderscheid te maken naar gelang de oorzaak van het tenietgaan van een verbintenis. Zo zou het begrip 'eindigen' van een verbintenis kunnen worden gehanteerd voor het tenietgaan van een (afzonderlijke) verbintenis door nakoming of verrekening. De term 'tenietgaan' zou dan kunnen worden gereserveerd voor het tenietgaan van een verbintenis door het ten onder gaan van de rechtshandeling – meestal een overeenkomst – waar zij op berust, bijvoorbeeld door vernietiging. Zie bijvoorbeeld Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (1997), p. 54. Omdat het begrip 'tenietgaan' echter voor beide gevallen – zowel het eindigen als het tenietgaan in eigenlijke zin van een verbintenis – wordt gebruikt, wordt deze laatste terminologie hierna gehandhaafd.

Zie over het tenietgaan van verbintenissen met verdere verwijzingen T-M en MvA II, *Parl. gesch. Boek 6*, p. 482-484; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/44-46* en 190 (die onderscheid maakt tussen het tenietgaan van overeenkomsten en van de verbintenissen die daaruit voortvloeien); De Jong-Krans-Wissink, nr. 75.

Nakoming moet, gelet op het vorenstaande, worden onderscheiden van een vordering tot schadevergoeding (wegens het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis).

Dit brengt bijvoorbeeld mee dat – anders dan op de voet van art. 6:97 BW voor schadevergoeding geldt – een op grond van een verbintenis te betalen bedrag niet ex aequo et bono mag worden vastgesteld door middel van een schatting. Zie HR 29 oktober 1999, NJ 1999/821 (*Arends/Mansur*).

Wel kan de schuldeiser bij een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis in beginsel kiezen tussen een vordering tot nakoming en een vordering tot schadevergoeding. Zie HR 5 januari 2001, NJ 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*).

## 2 Waar is nakoming geregeld?

Aan de nakoming van verbintenissen is een afzonderlijke afdeling gewijd, afd. 6.1.6, die geldt voor alle verbintenissen, ongeacht hun ontstaansbron.

Afd. 6.1.6 staat in dit deel centraal. Wanneer in de volgende paragrafen wordt verwezen naar wetsartikelen uit deze afdeling, zal het boeknummer en de afkorting BW niet worden vermeld.

Het uitgangspunt dat afd. 6.1.6 nakomingsregels bevat die voor alle verbintenissen gelden, behoeft op een tweetal punten correctie. In de eerste plaats bevat afd. 6.1.6 regels die weliswaar nauw met nakoming samenhangen, maar niet de nakoming zelf betreffen. Te denken valt aan art. 6:48, 6:49 en 6:50, die gaan over de verplichting van een schuldeiser om na de voldoening een kwitantie (op een papier) af te geven en over de bewijskracht van een dergelijke kwitantie. Ten tweede moet worden bedacht dat niet alle in afd. 6.1.6 opgenomen regels zo algemeen zijn dat ze toepasbaar zijn op iedere verbintenis. Een aantal artikelen is toegesneden op verbintenissen van een specifieke soort. Zo geldt art. 6:27 slechts voor verbintenissen tot het geven van een individueel bepaalde zaak.

Afd. 6.1.6 is van regeland recht. Partijen kunnen er in onderling overleg van afwijken. In sommige artikelen – zoals in art. 6:41 – is dit in de formulering nadrukkelijk tot uiting gebracht. Zie ook Wibier, in: *GS Verbintenissenrecht Inleiding* op afd. 6.1.6, aant. 3; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/255*.

Niet alle nakomingsbepalingen zijn opgenomen in afd. 6.1.6. Zo bevatten ook afd. 6.1.11 en titel 3.11 belangrijke regels omtrent nakoming. Daarnaast zijn in de regelingen van de bijzondere overeenkomsten in een aantal gevallen specifiek op de desbetreffende overeenkomst toegesneden nakomingsregels te vinden.

Afd. 6.1.11 bevat speciale regels voor verbintenissen tot betaling van een geldsom. In het O-M kwam deze afdeling niet voor. Geldverbintenissen werden echter dermate belangrijk geacht dat voor deze groep van verbintenissen bij de wijziging van het Ontwerp in 1976 een afzonderlijke regeling in Boek 6 werd opgenomen. De speciale regels van afd. 6.1.11 vullen de algemene regels van afd. 6.1.6 deels aan en wijken er deels van af.

In titel 3.11 wordt onder meer de rechtsvordering tot nakoming geregeld. Wat betreft de op een bijzondere overeenkomst toegespitste bepalingen, kan worden gewezen op de specifiek voor koopovereenkomsten geldende nakomingsregels in art. 7:12, 7:13 en 7:26 BW.

De nakomingsbepalingen buiten afd. 6.1.6 komen in het bijzonder in andere delen van deze serie aan de orde. In dit deel zal aan deze bepalingen derhalve slechts in beperkte mate aandacht worden geschonken. Wel wordt in nr. [10], [11] en [23] kort aandacht besteed aan de verbintenissen tot betaling van een geldsom.

## 3 Terminologie

Nakoming is het verrichten van een prestatie die volledig, zowel wat betreft inhoud als wat betreft het tijdstip waarop zij is verricht, beantwoordt aan een verbintenis. Met de nakoming is een verbintenis vervuld, hetgeen in het algemeen tot gevolg heeft dat zij tenietgaat.

Dat is in art. III.-2:114 Draft Common Frame of Reference (DCFR) ook expliciet bepaald. Dat is slechts anders in geval van subrogatie – zoals die bijvoorbeeld in art. 6:150 e.v. BW is vastgelegd –, waarbij een derde in de rechten van de schuldeiser treedt en de verbintenis ondanks de nakoming blijft voortbestaan.

Nakoming is niet mogelijk zonder een verbintenis. De vereisten waaraan nakoming inhoudelijk moet voldoen, worden bepaald door de inhoud van de krachtens deze verbintenis verschuldigde prestatie.

Veelal bestaat een prestatie in het bereiken van een zeker resultaat, zoals de overdracht van een zaak of de totstandbrenging van een werk. Een verbintenis zal dan pas zijn nagekomen, als dit resultaat ook werkelijk is bereikt. Soms is een prestatie echter gericht op het aanwenden van een zekere mate van inspanning, in welk geval een schuldenaar belooft te zullen doen wat redelijkerwijs van hem te vergen valt. De prestatie bestaat in dat geval in het aanwenden van een zekere mate van inspanning, en door het leveren van deze inspanning is aan de verbintenis voldaan. Vergelijk omtrent het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen *Asser/Sieburgh 6-I 2020/192*; Den Tonkelaar, *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen* (1982).

Naast het begrip 'nakoming' worden in de wet de termen 'voldoening' en 'betaling' gebruikt. De term 'voldoening' is een synoniem van nakoming. De term 'betaling' is ruimer dan het begrip 'nakoming' en heeft een meer neutrale betekenis.

Een betaling omvat het verrichten van een prestatie, ongeacht of met deze prestatie aan een bestaande verbintenis wordt voldaan en derhalve of deze betaling nakoming oplevert. Een prestatie zal een verbintenis derhalve alleen teniet doen gaan, indien aan bepaalde in de wet geformuleerde vereisten is voldaan. Zie daarvoor onder andere art. 6:31-36 waarin wordt aangegeven wanneer bepaalde gebrekkige prestaties – in deze artikelen aangeduid als betalingen – toch het tenietgaan van een verbintenis kunnen bewerkstelligen. Zie ook T-M en MvA II, *Parl. gesch. Boek 6*, p. 153 en 154; Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (1996), p. 142 en 143; Wibier, in: *GS Verbintenissenrecht Inleiding op afd. 6.1.6*, aant. 5; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/190*; De Jong-Krans-Wissink, nr. 74. Voor de vraag of een doen of nalaten als een prestatie kan worden beschouwd, is beslissend of hetgeen in concreto is geschied naar zijn objectieve strekking als zodanig kan worden aangemerkt. Zie T-M en MvA II, *Parl. gesch. Boek 6*, p. 804 en 805; Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (1997), p. 31. Zie voor de vraag wat als een prestatie kan worden beschouwd Scheltema, a.w., p. 31 en 32; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/225*; *Asser/Sieburgh 6-IV 2019/423*. Of voor het aannemen van een betaling meer vereisten moeten worden gesteld dan alleen het feit dat een prestatie is verricht, komt in nr. [4] aan de orde.

#### 4 Is betaling een rechtshandeling?

De vraag of betaling als een rechtshandeling moet worden aangemerkt, moet genuanceerd worden beantwoord.

Het gevolg van betaling is in beginsel dat een verbintenis tenietgaat. Een betaling kan derhalve slechts als rechtshandeling worden gekwalificeerd, wanneer de wil van een schuldenaar – betaling is dan een eenzijdige rechtshandeling – dan wel van schuldenaar en schuldeiser beiden – betaling is in dat geval een tweezijdige rechtshandeling – gericht is op het genoemde rechtsgevolg. In bijzondere gevallen kan deze wil echter ook op andere rechtsgevolgen dan het tenietgaan van een verbintenis zijn gericht. Zie Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (1997), p. 47-51.

Duidelijk is dat de betaling in het algemeen geen tweezijdige rechtshandeling is. Een op schulddelging gerichte wilsovereenstemming van partijen is niet vereist. Een schuldeiser behoeft zijn schuldenaar na het verrichten van de verschuldigde prestatie niet te ontheffen van zijn schuld, om de betaling geldig te doen zijn. Zie Scheltema, a.w., p. 41 en 42; Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling*, diss. Nijmegen 2015, p. 83 e.v.; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/194*.

Over de vraag of een betaling wel een eenzijdige rechtshandeling is, wordt verschillend gedacht. Enerzijds wordt betoogd dat betaling in alle gevallen een rechtshandeling oplevert.



De wil van de schuldenaar kan in bijzondere gevallen echter ook op andere rechtsgevolgen dan schulddeging zijn gericht. Zie Scheltema, a.w., p. 41-53. Anderzijds wordt betaling slechts als een feitelijke handeling gezien. Het verrichten van een enkele prestatie is voldoende om een verbintenis teniet te doen gaan. Zie Huizink, *WPNR* 6022 (1991). Betaling houdt in ieder geval in de meeste gevallen een rechtshandeling in. Betaling vindt immers nagenoeg altijd plaats met de kenbare bedoeling om aan een verbintenis te voldoen. Zie Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (1996), p. 146 en 147; *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/194-196; *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/2; De Jong-Krans-Wissink, nr. 77.

De problematiek van het rechtskarakter van een betaling is van belang bij de beantwoording van de vraag of een verbintenis door betaling tenietgaat. Is een betaling een rechtshandeling, dan is voor dat gevolg vereist dat de betalende persoon toerekeningsvatbaar en handelingsbekwaam is. Het tenietgaan van een verbintenis zal derhalve niet onvoorwaardelijk worden bereikt indien een betaler bijvoorbeeld onbekwaam is. De betaling zal dan immers aan vernietiging blootstaan. In de opvatting waarin betaling niet als een rechtshandeling wordt gezien, lijkt het tenietgaan van een verbintenis niet aan de genoemde voorwaarden te zijn gebonden. Echter, ook in die opvatting – waarin betaling niet als rechtshandeling wordt aangemerkt – bestaat een prestatie, door middel van welke een betaling plaatsvindt, vaak in een rechtshandeling.

Te denken valt aan de niet onbelangrijke categorie van verbintenissen om te geven. Daarbij zal, ook wanneer de betaling zelf niet als rechtshandeling wordt aangemerkt, de betalende persoon om de verschuldigde prestatie en daarmee de betaling te kunnen verrichten, wel degelijk toerekeningsvatbaar en handelingsbekwaam moeten zijn. Vergelijk *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/196.

Verder moet worden opgemerkt dat het bezwaar – indien een betaling als een rechtshandeling wordt aangemerkt – dat deze, wanneer een betaler bijvoorbeeld onbekwaam is, kan worden vernietigd van geringe importantie is, nu alleen de vernietiging van een betaling geen juridische consequenties heeft. Zie Scheltema, a.w., p. 46.

Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie lijkt tot uitgangspunt te nemen dat het volledig verrichten van de wederzijdse prestaties bij een (wederkerige) overeenkomst leidt tot nakoming van (en dus tot het tenietgaan van de verbintenissen uit) die overeenkomst. Zie HvJ EG 10 april 2008, *NJ* 2008/381, m.nt. Mok (*Hamilton/Volksbank*) (onder 42).

De meest breed gedragen opvatting lijkt te zijn dat betaling meestal als rechtshandeling moet worden aangemerkt nu deze vrijwel steeds geschiedt met de kenbare bedoeling te voldoen aan een verbintenis, maar dat dit in bijzondere gevallen anders kan liggen. Ook de wetgever beschouwt betaling in verschillende artikelen – zie bijvoorbeeld art. 3:45, 6:30 en 6:31 BW – als een rechtshandeling. In de praktijk wordt dat ook in verband met art. 47 Fw aangenomen.

Zie in die zin *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/196; Rank, a.w., p. 146, 147 en 156. Zie voor verdere verwijzingen Wibier, in: *GS Verbintenissenrecht Inleiding op afd. 6.1.6*, aant. 6. Vergelijk in dit verband T-M, *Parl. gesch. Boek 3*, p. 841; MvA II, *Parl. gesch. Boek 6*, p. 158, waaruit eveneens valt af te leiden dat de wetgever betaling als een rechtshandeling beschouwt. Vergelijk omtrent art. 47 Fw HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/104 (*Loeffen/BHM I*); HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:BB5067, *NJ* 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde (*S/Brouwer*).

## 5 Rechtsvergelijking

Afd. 6.1.6 is in sterke mate beïnvloed door de ontwerp-Beneluxovereenkomst inzake nakoming van verbintenissen. Deze ontwerpovereenkomst (hierna te noemen Beneluxontwerp-nakoming) heeft model gestaan voor een belangrijk deel van de wijzigingen, die in de loop van de parlementaire geschiedenis in afd. 6.1.6 is aangebracht.

Vergelijk MvA II, *Parl. gesch. Boek 6*, p. 29 en 154.

Het Beneluxontwerp-nakoming is opgesteld door de Beneluxstudiecommissie voor de eenmaking van het recht. Het is op 22 juni 1972 gepubliceerd door de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad als stuk 131-1. Deze Raad heeft op 2 juni 1973 een gunstig advies uitgebracht omtrent het ontwerp. Met het Beneluxontwerp-nakoming werd beoogd een in beginsel voor de drie Beneluxlanden gelijke regeling voor de nakoming van verbintenissen te geven. Dit vooral ter bevordering van een vlot en veilig verlopend betalingsverkeer, zowel binnen de drie betrokken landen afzonderlijk als tussen die landen onderling. Het ontwerp is opgebouwd uit een overeenkomst en een Bijlage die gemeenschappelijke bepalingen bevat. Daaraan is een memorie van toelichting toegevoegd, waarin commentaar wordt gegeven op de gemeenschappelijke bepalingen.

Het Beneluxontwerp-nakoming heeft niet het karakter van een eenvormige wet. De betrokken landen zijn derhalve niet verplicht de gemeenschappelijke bepalingen woordelijk over te nemen in hun nationale wetgeving. Art. 1 van de overeenkomst schrijft de landen slechts voor hun nationale wetgeving aan te passen aan de genoemde bepalingen. De nationale wetgever heeft derhalve de vrijheid om de bepalingen aan te vullen dan wel eigen bepalingen omtrent de nakoming te handhaven, mits een en ander geen strijd oplevert met de in de gemeenschappelijke bepalingen neergelegde beginselen.

De in de Bijlage opgenomen gemeenschappelijke bepalingen kennen een inleidend artikel, gevolgd door een uit 24 artikelen bestaande afdeling 'Nakoming' en een uit veertien artikelen bestaande afdeling 'Schuldeisersverzuim'. Slechts de eerstgenoemde afdeling is voor het hier centraal staande onderwerp van belang. Diverse artikelen van deze afdeling vertonen een opvallende gelijkenis met de artikelen van afd. 6.1.6. Vergelijk omtrent het Beneluxontwerp-nakoming Van Opstall, *TvP 1973*, p. 697 e.v. en in het bijzonder voor de artikelen uit het ontwerp de p. 704-733.

Bij de bespreking van de regels van afd. 6.1.6 zal dan ook aandacht worden besteed aan vergelijkbare regels in het Beneluxontwerp-nakoming. Daarnaast zullen, voor zover dat bijdraagt tot een juiste uitleg en toepassing van de in afd. 6.1.6 neergelegde bepalingen, gegevens worden verschaft omtrent het recht van ons omringende landen die geen deel uitmaken van de Benelux. Van deze niet-Beneluxlanden kunnen vooral de rechtsstelsels van Frankrijk, Duitsland en Zwitserland voor de problematiek van de nakoming relevante gegevens verschaffen. Voorts zijn in de Principles of European Contract Law (PECL, hoofdstuk 7, 'Performance') bepalingen over nakoming opgenomen, waaraan eveneens aandacht zal worden besteed. Ook is aandacht besteed aan het Draft Common Frame of Reference (DCFR), waarin op Europees niveau niet bindende beginselen van het privaatrecht zijn vastgelegd.

## 6 Plan van behandeling

De artikelen van afd. 6.1.6 – en een aantal andere voor nakoming relevante bepalingen – passeren hierna de revue. Daarbij wordt echter niet de volgorde aangehouden waarin ze in de genoemde afdeling zijn opgenomen. Uitgangspunt bij de behandeling zijn de volgende vragen die ten aanzien van de nakoming van verbintenissen kunnen worden gesteld: wat

moet worden nagekomen; door wie en aan wie moet dan wel kan worden nagekomen en waar en wanneer moet worden nagekomen. Deze vragen zullen in de hoofdstukken 2-4 centraal staan, waarna in het vijfde en laatste hoofdstuk met name de bepalingen van afd. 6.1.6, die niet door de weergegeven vragen worden gedekt, aan de orde komen.

## HOOFDSTUK 2

# Nakoming, wat en de wijze waarop

### 7 De zorgplicht

De schuldenaar kan slechts bevrijdend betalen door de krachtens een verbintenis verschuldigde prestatie te verrichten. Partijen zijn in beginsel vrij om zelf de inhoud van een verbintenis en daarmee van de nakomingsplicht te bepalen. Toch zijn in afd. 6.1.6 een paar artikelen te vinden over de inhoud van de te verrichten prestatie. Het betreft regels die het door partijen overeengekomene op bepaalde punten nader invullen of aanvullen.

Gedoeld wordt op art. 6:27 en 6:28, die achtereenvolgens in deze en de volgende paragraaf besproken zullen worden. Beide artikelen hebben betrekking op verbintenissen tot het afleveren van zaken en zijn van regeland recht.

Art. 6:27 legt aan de schuldenaar van een verbintenis tot het afleveren van een individueel bepaalde zaak, naast de hoofdverplichting tot aflevering van die zaak, een afzonderlijke verplichting op om tot het moment van aflevering als een zorgvuldig schuldenaar voor de zaak zorg te dragen.

Het begrip 'afleveren', dat ook in art. 6:41 en 6:42 wordt gebruikt, heeft daarbij niet de betekenis van het feitelijk ter beschikking stellen van een zaak. De term doelt zowel op het verschaffen van bezit als op het verschaffen van houderschap. Bij het eerste valt te denken aan een koopovereenkomst en bij het tweede aan verhuur van een zaak. Zie T-M, *Parl. gesch. Boek 6*, p. 54; De Mul, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:27, aant. 1; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/198*. In de koopregeling van Boek 7 wordt een specifiek op de koop afgestemd afleveringsbegrip gebruikt. In art. 7:9 en 7:10 BW wordt met de term 'afleveren' daarom meestal alleen het in het bezit van de koper stellen bedoeld. Zie *Asser/Hijma 7-I 2019/429-438* en 464. Vergelijk verder art. 30 en 31 CISG, waarin respectievelijk is bepaald dat de verkoper de verkochte zaken moet afleveren en dat hij ze ter beschikking van de koper moet stellen. Anders dan art. 7:9 BW impliceert, is bezitsoverdracht derhalve niet noodzakelijk, al bestaat in de praktijk weinig verschil tussen de Nederlandse regeling en het CISG. Zie *Asser/Hijma 7-I 2019/438*. Daarnaast brengt art. 30 CISG mee dat de verkoper verplicht is alle op de afgeleverde zaak betrekking hebbende documenten aan de koper te overhandigen. Zie *Asser/Hijma 7-I 2019/438*. Art. 7:9 lid 1 BW houdt een vergelijkbare verplichting in. Zie *Asser/Hijma 7-I 2019/429*.

Vergelijk voorts art. III.-2:111 (1) DCFR dat een soortgelijke verplichting bevat in het geval dat de schuldeiser een zaak niet accepteert. De schuldenaar kan zich in dat geval krachtens art. III.-2:111 (2) DCFR van deze verbintenis bevrijden door de zaak op redelijke voorwaarden in bewaring te geven aan een derde en de crediteur daarvan in kennis te stellen of door de zaak op redelijke voorwaarden en na mededeling aan de schuldeiser te verkopen en de opbrengst aan de schuldeiser ter beschikking te stellen. Bij bederfelijke zaken dient de schuldenaar op grond van art. III.-2:111 (3) tot verkoop over te gaan en kan hij zich van de bijkomende verbintenis bevrijden door de opbrengst aan de schuldeiser af te dragen. In de gevallen waarin de schuldenaar overgaat tot verkoop, heeft hij op grond van art. III.-2:111 (4) recht op vergoeding van de in dat verband gemaakte kosten.

Naast de uit de verbintenis voortvloeiende hoofdverplichting, kunnen voor een schuldenaar bepaalde nevenverplichtingen ontstaan. Een nevenverplichting kan door partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen, uit de aard van de verbintenis voortvloeien of in de wet zijn neergelegd. Van dit laatste vormt art. 6:27 een voorbeeld. Krachtens de wet rust bij verbintenissen tot aflevering van een individueel bepaalde zaak op de schuldenaar niet alleen de verplichting om de desbetreffende zaak op het overeengekomen tijdstip af te leveren, maar ook de nevenverplichting om een bepaalde mate van zorg ten aanzien van de af te leveren zaak te betrachten.

Deze zorgplicht maakt onderdeel uit van de nakomingsverplichting van een schuldenaar. Het is echter een zelfstandige verplichting, waarvan afzonderlijk nakoming kan worden gevorderd en die bestaat ongeacht op welk tijdstip aflevering moet plaatsvinden. Verwaarlozing van de af te leveren zaak kan derhalve al voordat er afgeleverd moet worden, aanleiding zijn om de schuldenaar te veroordelen tot het treffen van bepaalde maatregelen tot behoud van deze zaak. Vergelijk T-M, *Parl. gesch. Boek 6*, p. 154; De Mul, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:27, aant. 2; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/198*; *Asser/Hijma 7-I 2019/464*. Zie ook art. 1.1 Beneluxontwerp-nakoming, waarin een identieke regeling omtrent de zorgplicht van de schuldenaar is te vinden. Zie voor koop ook art. 6.90, 7:32 jo. art. 7:30 BW en art. 85 CISG. Van de hiervoor genoemde mogelijkheid zal echter weinig gebruik worden gemaakt. Veelal zal een schuldeiser pas in actie komen, indien door de schuldenaar zijn verplichting tot aflevering van een zaak niet of niet behoorlijk is nagekomen.

Art. 6:27 richt zich uitdrukkelijk slechts op verbintenissen tot het geven van één of meer individueel bepaalde zaken.

Een verbintenis waarvan het voorwerp individueel is bepaald, heet een specifieke, geïndividualiseerde of speciesverbintenis. Een schuldenaar kan slechts aan zijn verplichtingen uit een dergelijke verbintenis voldoen door de door partijen bepaalde zaak af te leveren. Van deze verbintenis moet worden onderscheiden de generieke of soortverbintenis, waarvan het voorwerp enkel naar de soort is bepaald. De af te leveren zaak moet in dat geval behoren tot de door partijen aangewezen soort. Welk exemplaar van deze soort door de schuldenaar wordt geleverd, doet in beginsel niet ter zake. Zo zal de verbintenis tot levering van 1000 kilo 'fritesaardappelen' in beginsel een soortverbintenis zijn. De levering van een bepaald antiek haardstel is daarentegen in principe een speciesverbintenis. Of sprake is van een genus- of speciesverbintenis wordt bepaald door middel van uitleg. Een genusverbintenis tot aflevering van zaken die naar hun aard vervangbaar zijn, kan echter een speciesverbintenis worden doordat partijen de af te leveren zaken individueel aanwijzen. Vergelijk HR 3 april 1970, *NJ 1970/252*, m.nt. G.J. Scholten (*Vanandel/C.P. Fabrieken*); HR 13 juni 1980, *NJ 1980/474*, m.nt. G.J. Scholten (*Vabedo/Plevier*). Zie ook De Mul, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:27, aant. 1; *Asser/Hijma 7-I 2019/464*. Zie omtrent het onderscheid tussen soort- en speciesverbintenissen *Asser/Sieburgh 6-I 2020/156-159*; Streefkerk, *Mon. BW B32c*, 2018/19.4.

Bij genusverbintenissen is de in de zorgplicht van een schuldenaar gelegen bescherming voor de schuldeiser in het algemeen minder noodzakelijk. Als één of meer zaken van de af te leveren soort onbruikbaar worden, zullen er veelal vervangende zaken van dezelfde soort beschikbaar zijn. Slechts wanneer de hele soort teniet dreigt te gaan, kan er behoefte bestaan aan bescherming en kan gedacht worden aan analoge toepassing van art. 6:27. Vergelijk De Mul, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:27, aant. 1.

De mate van zorg die in het kader van art. 6:27 van een schuldenaar kan worden gevergd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Van belang zijn onder andere de inhoud en de strekking van een verbintenis, het beoogde gebruik en de aard van de zaak, de gewoonte, de aard van het door de schuldenaar uitgeoefende beroep of bedrijf en de middelen waarover iemand die een zodanig beroep of bedrijf uitoefent, pleegt te beschikken, alsmede de redelijkheid en billijkheid.

De nu in art. 6:27 gebezigde formulering is ontleend aan art. 1.1 Beneluxontwerp-nakoming. Ze kan worden beschouwd als een aanpassing aan het huidige spraakgebruik. Verder wordt met deze terminologie beoogd duidelijker te doen uitkomen dat bij de invulling van de zorgplicht in het concrete geval verschillende omstandigheden, waaronder de hiervoor genoemde, een rol kunnen spelen. Zie MvA II, *Parl. gesch. Boek 6*, p. 155; De Mul, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:27, aant. 3. Zie ook HR 30 juni 2017, *NJ 2017/287 (Schuijling/ZLM)*, waarin een deel van de hiervoor genoemde gezichtspunten aan de orde kwam en is beslist dat de zorgplicht die een bruiklenner heeft ten aanzien van de in bruikleen gegeven zaak, dezelfde is als die op grond van art. 6:27 op de schuldenaar rust. Deze verbintenis lijkt een inspanningsverbintenis te zijn. Zie De Mul, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:27, aant. 3.

Uit art. 6:64 BW blijkt dat ook tijdens het verzuim van zijn schuldeiser voor een schuldenaar een zekere zorgplicht ten aanzien van de af te leveren zaak blijft bestaan. In vergelijking met situaties waarin geen sprake is van schuldeisersverzuim, ligt deze zorgplicht echter op een lager niveau. Vergelijk *Asser/Sieburgh 6-I 2020/303*.

## 8 De kwaliteit van soortzaken

Art. 6:28 geeft inhoud aan de verbintenis tot aflevering van een slechts naar de soort bepaalde zaak. De zaak die de schuldenaar aflevert moet minimaal van goede gemiddelde kwaliteit zijn.

Vergelijk omtrent verbintenissen tot aflevering van naar de soort bepaalde zaken en het onderscheid met verbintenissen tot aflevering van individueel bepaalde zaken nr. [7].

Art. 6:28 is slechts van toepassing indien en voor zover de verplichting van een schuldenaar tot aflevering van een naar de soort bepaalde zaak niet nader is ingevuld door een overeenkomst, de wet of het gebruik. Partijen kunnen zelf de soort waarvan de af te leveren zaak deel uitmaakt nader omschrijven en daarmee de keuzevrijheid van de schuldenaar beperken. Zo kan een schuldenaar, wanneer een bordeauxrood bankstel is besteld, niet aan zijn verplichting voldoen door een karmijnrood exemplaar af te leveren. Vergelijk Hof Amsterdam 4 juni 1952, *NJ 1952/727 (Hoenson Products/Cefai)*. In deze uitspraak werd de door middel van uitleg van een overeenkomst vastgestelde bedoeling van partijen geacht art. 1428 BW (oud), de voorloper van art. 6:28, opzij te zetten. Verder zal, naarmate in een overeenkomst meer eisen zijn vastgelegd waaraan de af te leveren zaak moet voldoen, in steeds mindere mate sprake zijn van een slechts naar de soort bepaalde zaak.

Art. 6:28 is ook van toepassing op koopovereenkomsten en wordt niet overbodig gemaakt door art. 7:17 BW. Art. 7:17 BW geeft slechts aan dat de af te leveren zaak aan de koopovereenkomst moet beantwoorden, hetgeen onder andere betekent dat de zaak de eigenschappen dient te hebben welke de koper mocht verwachten. Daarmee wordt echter niet duidelijk welke eigenschappen de koper bij een slechts naar de soort bepaalde zaak van de af te leveren zaak mag verwachten. Indien partijen daaromtrent niets zijn overeengekomen en ook het gebruik geen aanwijzingen geeft, moet dat worden bepaald aan de hand van art. 6:28. Zie Eindverslag I, *Parl. gesch. Boek 6*, p. 155 en 156; Wibier, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:28, aant. 1; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/236*; *Asser/Hijma 7-I 2019/509*.

De kwaliteit van de af te leveren zaak mag niet middelmatig zijn. Vereist is een goede gemiddelde kwaliteit.

Bij de hiervoor reeds genoemde verplichting tot levering van fritesaardappelen heeft de schuldenaar ruime keuze. Hij is niet gebonden aan een bepaald aardappelras. Wel moet hij binnen de groep van aardappelen die geschikt zijn om er frites van te maken een partij kiezen waarvan de kwaliteit niet onder het gemiddelde ligt. Zie Oldenhuis, in: *Overzicht*

*vermogensrecht naar huidig BW* (1992), p. 69; Wibier, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:28, aant. 3; *Asser/Sieburgh 6-I 2020/236*.

In de jurisprudentie over de voorloper van art. 6:28, art. 1428 BW(oud), werd deze bepaling aldus uitgelegd dat de schuldenaar een zaak van normale kwaliteit moet afleveren. Zie HR 2 april 1925, *NJ 1925/653* (*Seegers/Kaup*); HR 15 januari 1931, *NJ 1931/434* (*Lederfabriek Oisterwijk*). Vergelijk Van der Burg, *WPNR 5172* (1972).

Volgens § 243 lid 1 BGB is de schuldenaar van een *generieke* schuld verplicht goederen van gemiddelde soort en kwaliteit te leveren. In het geval van een *generieke schuld* blijft op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst (voorlopig) onbepaald welke concrete zaken de schuldenaar moet leveren. In plaats daarvan beperken de partijen zich aanvankelijk tot het omschrijven van de verschuldigde prestatie aan de hand van bepaalde kenmerken, terwijl zij de meer gedetailleerde keuze van de te leveren zaken uit de aldus omschreven hoeveelheid aan de schuldenaar overlaten. Of er sprake is van een generieke schuld wordt dus door uitleg bepaald. Alleen als die uitleg ruimte laat voor voorwerpen van verschillende kwaliteit, moet voor de verschuldigdheid van de kwaliteit van een zaak gekozen worden voor een zaak van *gemiddelde soort en kwaliteit*. Afwijkende afspraken zijn evenwel mogelijk. Zie Palandt, § 243, rdn. 4 & Münchener Kommentar zum BGB, rdn. 18-21 Auflage 2019. Indien de door de schuldenaar gekozen goederen gebreken vertonen, zal in het algemeen niet aan de eis van de *gemiddelde kwaliteit* zijn voldaan. In dat geval kan de schuldeiser (de koper), ten aanzien van de goederen die niet de vereiste *gemiddelde kwaliteit* bezitten, kiezen tussen *herstel* van de geleverde *gebrekkige* goederen (lees: de goederen die *niet* over de *gemiddelde kwaliteit* beschikken), vervanging of latere levering (vgl. ten aanzien van dat laatste § 439 lid 1 BGB). De schuldenaar kan ervoor kiezen een betere kwaliteit te leveren dan de gemiddelde overeengekomen kwaliteit. Hij kan de betere goederen dan niet terugvorderen om zaken van gemiddelde kwaliteit te leveren en de schuldeiser kan deze zaken ook niet weigeren. Dit wordt slechts anders indien de betere zaken duurder zijn dan zaken van gemiddelde kwaliteit of indien de schuldeiser in bijzondere omstandigheden een specifiek belang heeft bij de levering van zaken van gemiddelde kwaliteit, omdat die beter dan zaken van een andere kwaliteit aan zijn persoonlijke behoeften voldoen. Zie Münchener Kommentar zum BGB, rdn. 18-21 Auflage 2019.

In art. 1166 CC heeft de Franse wetgever anders dan voorheen de term 'kwaliteit' gecodificeerd. Het artikel is gebaseerd op Europese harmonisatie-initiatieven. Zie Dissaux/Jamin, p. 62. Art. 1166 CC bepaalt dat, wanneer de kwaliteit van de te leveren zaken in de overeenkomst niet is bepaald of niet bepaalbaar is, de schuldenaar een zaak moet leveren die voldoet aan de legitieme verwachtingen van partijen, gelet op de aard en het gebruik van de zaak en de hoogte van de tegenprestatie. Art. 1166 CC eist een gemiddelde kwaliteit. Wanneer aan die eis is voldaan, hangt af van de aard van de overeenkomst, het gebruik en de hoogte van de tegenprestatie. Zie Dissaux/Jamin, p. 62.

Art. 1245 jo. art. 1138 Belgisch BW bepaalt dat, indien een bepaalde zaak moet worden geleverd, de schuldenaar is bevrijd door afgifte van de zaak in de staat waarin zij zich ten tijde van de levering bevindt, mits een eventuele beschadiging niet werd veroorzaakt door zijn fout, noch door die van de personen voor wie hij aansprakelijk is, of als de schade is ontstaan na de ingebrekestelling. Heeft de verbintenis een *soortzaak* tot voorwerp, dan is de schuldenaar op grond van art. 1246 Belgisch BW *niet* verplicht een zaak van de beste kwaliteit te leveren, maar mag hij ook niet de slechtste kwaliteit aanbieden. De afgifte