

MONOGRAFIEËN BW

B32c Schuldeisersverzuim

Mr. F.J.P. Lock

Vijfde druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2023

VOORWOORD

Bij de vijfde druk

De in de vorige druk door Kees Streefkerk gehanteerde opzet is goeddeels gehandhaafd. Wel is de nummering aangepast aan de nieuwe auteursrichtlijnen, en is de indeling op sommige plaatsen iets geherstructureerd. Zo wordt het einde van het schuldeisersverzuim nu in een apart hoofdstuk behandeld. De tekst is her en der geactualiseerd. Van ingrijpende inhoudelijke wijzigingen is geen sprake. De kopij is afgesloten in oktober 2023.

Den Haag, 28 oktober 2023

Pieter Frans Lock

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Verkort aangehaalde literatuur / IX

Afkortingenlijst / XV

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1 Rechtsontwikkeling; overgangsrecht / 1
- 2 Systematiek van de wettelijke regeling / 2
- 3 Schuldeisersverzuim: geen verplichting tot medewerking aan nakoming / 2
- 4 Schuldeiserswanprestatie: wel verplichting tot medewerking / 3
- 5 Samenloop van schuldeisersverzuim en schuldeiserswanprestatie / 4
- 6 Rechtsgrond / 5
- 7 Kritiek op wettelijk uitgangspunt / 6
- 8 Functies van het schuldeisersverzuim / 7
- 9 Buitenlandse rechtsstelsels / 9

HOOFDSTUK 2

Ontstaan van het schuldeisersverzuim / 11

- 10 Art. 6:58 BW: voorwaarden voor schuldeisersverzuim / 11
- 11 Schuldeisersverzuim ingevolge art. 6:59 BW (opschorting) / 12
- 12 Stelplicht en bewijslast / 13
- 13 Verhinderen van nakoming / 14
- 14 Schuldeiser verleent geen medewerking / 14
- 15 Ander beletsel van de zijde van de schuldeiser / 15
- 16 Verhinderen van nakoming en ondeugdelijke nakoming / 16
- 17 Verhinderen van zuivering van schuldenaarsverzuim / 17
- 18 De oorzaak van verhinderen ligt uitsluitend in een beletsel van de kant van de schuldeiser / 17
- 19 Toerekening / 19
- 20 Kritiek op de toerekeningseis / 20
- 21 Toerekeningseis wel op haar plaats bij ontbinding / 21
- 22 Verhouding tussen schuldeisersovermacht en onmogelijkheid van rechtsuitoefening / 21

23	Conclusies ten aanzien van de toerekeningseis / 23
24	Criteria voor toerekening aan de schuldeiser / 23
25	Toedoen van de schuldeiser / 24
26	Toerekening krachtens verkeersopvattingen / 24
27	Toerekening krachtens rechtshandeling of wet / 25

HOOFDSTUK 3

Rechtsgevolgen van het schuldeisersverzuim / 27

28	Schuldeisersverzuim als schuldenaarsovermacht; geen recht op nakoming en schadevergoeding / 27
29	Art. 6:54 BW; geen bevoegdheid tot opschorting / 28
30	Art. 6:60 BW; voortbestaan en bevrijding van de verbintenis van de schuldenaar / 29
31	Andere wijzen van bevrijding / 30
32	Art. 6:61 lid 1 BW; schuldeisersverzuim beëindigt schuldenaarsverzuim / 31
33	Art. 6:61 lid 2 BW; schuldeisersverzuim verhindert schuldenaarsverzuim / 32
34	Art. 6:62 BW; geen bevoegdheid tot executiemaatregelen / 32
35	Art. 6:63 BW; kostenvergoeding / 33
36	Art. 6:64 BW; zorgplicht en risicoverlichting voor de schuldenaar / 34
37	Risico voor vertraging in de nakoming / 35
38	Speciesverbintenis en genusverbintenis / 36
39	Art. 6:65 BW; bevoegdheid tot concentratie bij soortverbintenissen / 37
40	Gevolgen van achterwege blijven van concentratie / 38
41	Art. 6:266 BW; de tegenprestatie van de schuldeiser / 39
42	Gevallen waarin het risico bij de schuldenaar blijft / 40
43	Voordeel voor de schuldenaar / 40
44	Art. 6:66-6:71 BW; bevoegdheid tot inbewaringstelling / 41
45	Twee of meer schuldeisers / 42
46	Twee of meer schuldenaren; art. 6:72 BW / 43
47	Aanbod van een derde; art. 6:73 BW / 43

HOOFDSTUK 4

Einde van het schuldeisersverzuim / 47

48	Gevallen waarin schuldeisersverzuim eindigt / 47
49	Tenietgaan van de verbintenis / 47
50	Nakoming onmogelijk door toerekenbare tekortkoming schuldenaar / 47
51	Beletsel verdwijnt of opschortingsbevoegdheid schuldenaar eindigt / 48
52	Gevolgen / 48

Trefwoordenregister / 51

Jurisprudentieregister / 55

Monografieën BW / 57

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1 Rechtsontwikkeling; overgangsrecht

De rechtsfiguur van het schuldeisersverzuim is in Nederland vrijwel volledig buiten het oude BW om tot ontwikkeling gekomen. Aan J. Willeumier komt de verdienste toe in 1903 in zijn dissertatie *Het verzuim van den schuldeischer* de rechtsfiguur in de steigers gezet te hebben.

Als eerste in de Nederlandse rechtsliteratuur en vrijwel zonder aanknopingspunt in het oude BW, construeerde Willeumier een nieuwe rechtsfiguur, die in grote mate overeenstemt met de huidige regeling in afd. 6.1.8 BW: hetzij geformuleerd als toen al geldend recht (zo bijvoorbeeld de regels van art. 6:59, 6:61, 6:63 en 6:266 lid 1 BW), hetzij als wenselijk recht (ten gevolge van het feit dat “onze tegenwoordige wetgeving of verkeerd of onvolledig is” (p. 214); zo bijvoorbeeld de regels van art. 6:60, 6:64 en 6:65 BW).

De literatuur na 1903 over het schuldeisersverzuim (*‘mora creditoris’*) bouwt dan ook voort op het werk van Willeumier. In 1919 brengt Cavadino in zijn dissertatie *Onmogelijkheid van rechtsuitoefening* nog een belangrijke aanvulling en verfijning op de theorie aan met zijn gedachten over de niet-toerekenbare verhindering van de schuldeiser om zijn rechten uit te oefenen (de onmogelijkheid van rechtsuitoefening, zie nader nr. [19]).

Bekende arresten van de Hoge Raad, die in overeenstemming met en in navolging van de literatuur houvast in deze materie hebben gebracht, zijn onder andere HR 8 november 1918, ECLI:NL:HR:1918:141, NJ 1918/1242 (*De Rooy/Becks*) betreffende schuldeisersverzuim; HR 23 januari 1925, ECLI:NL:HR:1925:246, NJ 1925/381 (*kraamverpleegster*) en HR 17 juni 1949, ECLI:NL:HR:1949:257, NJ 1949/544 (*AKU/Stalen Steiger*), die beide gaan over onmogelijkheid van rechtsuitoefening, en HR 7 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB9771, NJ 1977/55 (*Scheldestaking III*), dat de grens tussen schuldeisersverzuim en schuldeisersovermacht betreft.

Vergelijk over de geschiedenis van de rechtsfiguur verder hierna, nr. [19], en Abas, p. 132-162, en Numann, p. 633-648.

Het schuldeisersverzuim is nu geregeld in afd. 6.1.8 BW. Deze afdeling legt in wezen slechts het voordien geldende recht vast, zoals dat onder het oude BW al in de eerste helft van de vorige eeuw in rechtspraak en (vooral) literatuur gestalte had gekregen. Er bestaan dan ook – op een kleine uitzondering na – geen specifieke overgangsrechtelijke problemen. Ingevolge art. 68a Overgangswet NBW heeft de wettelijke regeling betreffende het schuldeisersverzuim onmiddellijke werking.

Alleen de regels van art. 6:60 en 6:66-71 BW wijken af van het oude recht, aangezien de wettelijk voorgeschreven weg voor de schuldenaar om tot bevrijding van zijn verbintenis te komen, geregeld was in het instituut van ‘aanbod van gerede betaling, gevolgd door consignatie of bewaargeving’ (art. 1440-1448 BW (oud)). Vgl. ook nr. [30]. In verband hiermee zijn art. 6:66-71 BW krachtens art. 181 Overgangswet NBW niet van toepassing op een aanbod van gerede betaling of een bewaargeving, die vóór 1 januari 1992 is verricht met inachtneming van art. 1440-1448 BW (oud). Er is echter geen bezwaar tegen onmiddellijke

werking van art. 6:60 BW, dat een onder het oude recht niet bestaande mogelijkheid aan de schuldenaar geeft om van zijn verbintenis bevrijd te worden. Zie over een en ander *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 306-307 (afd. 6.1.8 BW) en *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Overgangsrecht* 1991, p. 156 (art. 181 Overgangswet NBW).

2 Systematiek van de wettelijke regeling

Afd. 6.1.8 BW over schuldeisersverzuim is blijkens de plaatsing in titel 6.1 van toepassing op alle verbintenissen, ongeacht de bron waaruit zij zijn ontstaan. Verspreid over het wetboek komen nog enkele specifieke bepalingen voor, die voor bepaalde situaties of soorten van verbintenissen een uitwerking van of aanvulling op afd. 6.1.8 BW geven.

Bijzondere bepalingen in Boek 6 BW zijn bijvoorbeeld:

- art. 6:19 BW: overgang keuzebevoegdheid bij alternatieve verbintenissen;
- art. 6:30 lid 2 en art. 6:44 lid 2 en 3 BW: geen schuldeisersverzuim bij weigering van bepaalde vormen van voldoening van de schuld;
- art. 6:54 aanhef en onder a BW: uitsluiting opschortingsbevoegdheid voor zover de nakoming wordt verhinderd door schuldeisersverzuim;
- art. 6:266 BW: uitsluiting ontbindingsbevoegdheid van de schuldeiser die in verzuim verkeert (vgl. nr. [41]).

Voorts zijn er voor verschillende bijzondere overeenkomsten in Boek 7 en 8 BW specifieke bepalingen opgenomen; zo bijvoorbeeld bij:

- koop: art. 7:31-34 BW (vgl. nr. [30]) en art. 7:10 BW (vgl. nr. [39]-[41]);
- opdracht: art. 7:411 BW, loon opdrachtnemer bij beëindiging door opdrachtgever;
- aanneming van werk: art. 7:764 BW, opzegging overeenkomst door aanbesteder (vgl. nr. [21]);
- arbeidsovereenkomst: art. 7:628 BW (voorheen art. 7A:1638d BW);
- vervoer: Boek 8 BW kent meerdere bepalingen betreffende de plicht tot schadevergoeding van de schuldeiser in verzuim (vgl. nr. [35]) en betreffende de bevoegdheid om de verschuldigde zaken in bewaring te geven (vgl. nr. [44]). Zie voor de eerste categorie onder meer art. 8:24, 8:27, 8:64 en 8:67 BW (goederenvervoer), art. 8:86 en 8:87 BW (personenvervoer), en art. 8:391 BW (goederenvervoer over zee), en voor de tweede categorie art. 8:490 e.v. BW (goederenvervoer over zee), art. 8:574 e.v. BW (hulpverlening op water) en art. 8:955 e.v. BW (goederenvervoer over binnenwateren).

Ten slotte kan nog gewezen worden op art. 853-861 Rv, waarin regels zijn opgenomen omtrent de gerechtelijke bewaring, ter uitwerking van (onder andere) de inbewaringstelling van art. 6:66 e.v. BW. Zie nr. [44].

De materiële bepalingen over het schuldeisersverzuim en zijn gevolgen zijn, op een enkele uitzondering na (zie bijvoorbeeld art. 7:413 in verbinding met art. 7:411 BW), van aanvullend recht. Daarvan kan dus bij overeenkomst worden afgeweken.

3 Schuldeisersverzuim: geen verplichting tot medewerking aan nakoming

Schuldeisersverzuim is de situatie dat nakoming van de verbintenis – feitelijk of juridisch – verhinderd wordt door toedoen van de schuldeiser zelf of door een ander beletsel van zijn zijde (zie nr. [10] e.v.). In tegenstelling tot de gangbare betekenis die aan het begrip ‘verzuim’ gehecht wordt (vgl. art. 6:81 BW), gaat het bij deze vorm van schuldeisersverzuim niet om schending van een verplichting van de schuldeiser. Schuldeisersverzuim betreft

immers – vanuit de schuldeiser gezien – het niet uitoefenen van zijn recht op de prestatie, doordat hij zelf verhindert dat de schuldenaar jegens hem presteert.

Als uitgangspunt geldt dat de schuldeiser niet verplicht is tot (medewerking aan) het verkrijgen van de hem toekomende prestatie; zie *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 219 en 230. Het staat hem in het algemeen vrij om die prestatie te weigeren, zolang hij maar de eventueel door hem verschuldigde tegenprestatie aan zijn wederpartij voldoet. Zo hoeft de koper de bestelde waren niet af te nemen, als hij de koopsom maar voldoet; hij schiet dan niet tekort in enige op hem rustende verbintenis.

Zie voor kritiek op dit uitgangspunt Vranken (1986a), waarover hierna, nr. [7].

4 Schuldeiserswanprestatie: wel verplichting tot medewerking

Soms heeft de schuldeiser niet alleen recht op verkrijging van de prestatie, maar is hij ook verplicht tot (medewerking aan) het verkrijgen van de prestatie. De schuldeiser is dan ten aanzien van de inontvangstneming niet alleen schuldeiser, maar ook schuldenaar. In zo'n geval levert het achterwege laten van de vereiste medewerking een tekortkoming van de schuldeiser op. Dat wordt ook wel 'schuldeiserswanprestatie' genoemd. Een dergelijke verplichting van de schuldeiser kan voortvloeien uit de wet of uit de overeenkomst zelf.

Voorbeelden van een wettelijke verplichting tot inontvangstneming zijn art. 6:53 en 6:60 CISG die de koper verplichten de zaak in ontvangst te nemen. Naar intern Nederlands recht bestaat een dergelijke verplichting voor de koper in het algemeen niet; zie de rechtspraak en literatuur bij *Asser/Hijma 7-I 2019/737*, 740-741. Wel kent art. 6:29 lid 2 BW (zie ook art. 86 lid 2 CISG) een bijzondere regel voor inontvangstneming in de situatie dat de zaak aan de koper is verzonden en op de bestemmingsplaats te zijner beschikking is gesteld.

Een verplichting tot inontvangstneming kan uit de overeenkomst voortvloeien. Zo zal bij verkoop van een onroerende zaak de koper vrijwel steeds gehouden zijn tot medewerking aan het transport; een clause die een boete stelt op het niet meewerken aan het transport door de koper komt in veel koopcontracten voor. Vgl. HR 13 juni 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3096, *NJ 1980/589 (Stekelenburg/Benschop)*, Van Velten, *Koop van onroerende zaken (Mon. BW nr. B65c) 2012/19*, en *Asser/Hijma 7-I 2019/741*. Zie HR 16 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1444, *NJ 1995/8 (zoon/vader)*, voor een geval waarin een partij niet alleen recht had op toescheiding van een aandeel in een gemeenschap, maar ook verplicht was aan die toescheiding mee te werken.

Ook zonder uitdrukkelijk daartoe strekkende bepaling kan de overeenkomst met zich brengen dat de schuldeiser verplicht is medewerking te verlenen. Dit is met name het geval als de schuldenaar een positief belang heeft bij de nakoming van zijn verbintenis, dat wil zeggen dat de schuldenaar een voordeel nastreeft dat slechts gerealiseerd kan worden door het daadwerkelijk verrichten van de eigen prestatie. Dat belang is dus niet gelegen in het louter bevrijd worden van zijn verbintenis (negatief belang) – wat ook door kwijtschelding of ontbinding zou kunnen – of in het verkrijgen van de tegenprestatie. Voorbeelden zijn: de zanggroep die met het optreden hoopt 'door te breken'; de verkoper die bevrijd wil worden van de hoge lasten die op de zaak drukken; de exploitant van een winkelcentrum die door verhuur van bedrijfspanden de omzet en daardoor de waarde van het centrum wil vergroten; de verkoper die zijn opslagruimte vrij wil maken (vgl. HR 18 juni 1926, ECLI:NL:HR:1926:277, *NJ 1926/1078 (Sporwegkamp Andruicq)*); de specialist die zijn vakbekwaamheid op peil wil houden door het regelmatig verrichten van behandelingen.

Wil in deze gevallen werkelijk sprake zijn van een verplichting voor de schuldeiser om aan de prestatie van de schuldenaar mee te werken, dan moet dat 'positieve belang' ook in de overeenkomst zijn verdisconteerd, bijvoorbeeld door (stilzwijgende) toestemming van de schuldeiser of omdat de aard van de overeenkomst dat in verband met de redelijkheid

en billijkheid meebrengt (art. 6:248 lid 1 BW); vgl. *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 230. Zo zal een patiënt niet verplicht zijn om de specialist de overeengekomen behandeling te laten verrichten. Maar de kliniek jegens wie de specialist zich heeft verbonden tot het regelmatig verrichten van kunstbehandelingen is veelal wel verplicht om hem daartoe in staat te stellen. Vgl. ook HR 1 juli 1985, ECLI:NL:HR:1985:AB7672, *NJ* 1986/692 (*Frenkel/KRO*): de overeenkomst waarbij aan een auteur de opdracht wordt gegeven om een voor uitzending geschikte documentairefilm te maken, heeft naar zijn aard ten doel dat de in opdracht vervaardigde film – ook al heeft de zendgemachtigde zich niet tot uitzending verplicht – na aanvaarding door deze daadwerkelijk zal worden uitgezonden; daarbij zijn niet alleen de belangen van de zendgemachtigde maar ook de belangen en rechten van de auteur betrokken.

5 Samenloop van schuldeisersverzuim en schuldeiserswanprestatie

Indien de schuldeiser niet meewerkt aan een verplichting tot inontvangstneming, schiet hij in zoverre tekort in de nakoming van een op hem rustende verbintenis. De schuldenaar, die ten aanzien van de verplichte inontvangstneming door de wederpartij dus eigenlijk de schuldeiser is, kan dan de normale gevolgen die de wet aan de tekortkoming verbindt invoeren. Maar afd. 6.1.8 BW is in zo'n situatie niet overbodig geworden; verschillende bepalingen betreffende schuldeisersverzuim blijven van belang voor de rechtsverhouding. Wanneer de schuldeiser in de nakoming van een eigen verplichting tekortschiet (schuldeiserswanprestatie), doet zich een samenloop voor van de bepalingen betreffende wanprestatie en de bepalingen betreffende schuldeisersverzuim.

Die samenloop vloeit voort uit het bijzondere karakter van de verplichting van de schuldeiser: hij is namelijk verplicht om zijn (vorderings)recht uit te oefenen. Daarbij wordt het aspect van de rechtsuitoefening niet volledig 'geabsorbeerd' door de verplichting. De schuldenaar zal dan ook in beginsel beide of naar keuze een van beide regelingen mogen invoeren (respectievelijk cumulatie en alternativiteit).

Neem als voorbeeld de verkoop van een handelsvoorraad, waarbij de koper in strijd met zijn verplichting de goederen niet afneemt. De verkoper zal nu meestal geen behoefte hebben aan art. 6:60 BW (bevrijding van de verbintenis) en art. 6:63 BW (recht op kostenvergoeding), aangezien de bepalingen betreffende wanprestatie hem betere middelen in handen geven: art. 6:265 (ontbinding) en art. 6:74 dan wel 6:277 BW (schadevergoeding); zie echter nr. [35] in geval van overmacht.

Bij schuldeiserswanprestatie kan de schuldenaar (verkoper) in rechte nakoming van de afnameplicht vorderen (art. 3:296 BW), wat niet mogelijk zou zijn op basis van de regeling van het schuldeisersverzuim. Afd. 6.1.8 BW blijft in een geval waarin de verkoper op afname blijft aansturen, wel in ander opzicht van groot belang. Op grond van art. 6:65 BW is hij immers bij een soortkoop bevoegd tot eenzijdige individualisatie, en op grond van art. 6:64 BW draagt hij in het vervolg een geringer risico voor het onmogelijk worden van zijn prestatie. Ook de regeling van de inbewaringstelling (art. 6:66 e.v. BW) kan bij tekortschieten door de schuldeiser soms een welkome oplossing bieden voor de schuldenaar (verkoper), terwijl art. 6:62 BW belet dat tijdens het schuldeisersverzuim executiemaatregelen tegen de schuldenaar worden getroffen.

Zie over de samenloop bij schuldeisersverzuim ook Storme, p. 233, en *Asser/Hijma* 7-1 2019/739, 794.

Daarnaast geldt dat onder schuldeisersverzuim ook is gebracht het niet voldoen door de schuldeiser aan een eigen verplichting jegens de schuldenaar, ook indien het niet een verplichting betreft die betrekking heeft op de inontvangstneming van de prestatie maar de schuldenaar wel bevoegd is om op grond van dat tekortschieten de nakoming van zijn

verbintenis jegens de schuldeiser op te schorten (zie nr. [11]). Dat tekortschieten kan ook worden beschouwd als een vorm van schuldeiserswanprestatie.

6 Rechtsgrond

De regeling van het schuldeisersverzuim beoogt de nadelen weg te nemen die voor de schuldenaar verbonden zijn aan de – aan de schuldeiser toerekenbare – onmogelijkheid de verbintenis na te komen; zie HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2227, NJ 2017/72 (*Van Dijk/Van Lenningh*). Dit laat zich niet aanmerken als een sanctie op de schending van een verplichting tot medewerking voor de schuldeiser; de schuldeiser is immers slechts onder bijzondere omstandigheden tot medewerking verplicht (zie nr. [3] en nr. [4]).

In de Duitse rechtsleer wordt in dit verband het begrip 'Obliegenheit' gehanteerd.

Het begrip 'Obliegenheit' is in verband met het schuldeisersverzuim gebruikt door Schut (Schut, p. 71-77). Hij omschrijft deze term als een "gehoudenheid, een quasi-verplichting of quasi-rechtsplicht" voor de schuldeiser; tegenover deze quasi-plicht staat geen vorderingsrecht en nakoming kan dan ook niet afgedwongen worden, maar de schuldeiser is wel gehouden om aan de vervulling van de verbintenis mee te werken; de in afd. 6.1.8 BW geregelde gevolgen zijn alle een sequeel van de plichtsschending en vinden daarin hun rechtvaardiging. In de literatuur zijn hiervoor ook wel de begrippen 'last', 'rechtsdrang' (Hofmann/Van Opstall, p. 49) of 'indirecte verplichting' (Suijling, nr. 141 en 170) gehanteerd, als de gehoudenheid tot medewerking zonder dat die als een verplichting of verbintenis kan worden aangemerkt.

Een andere benadering, maar met *de facto* hetzelfde resultaat, is gekozen in Hofmann/Van Opstall, p. 49-50. In die benadering gaat het erom de belangen van bepaalde personen (in dit geval de schuldenaar) te beschermen, niet door aan de wederpartij (de schuldeiser) een verplichting tot zeker gewenst gedrag op te leggen, maar door bepaalde nadelige rechtsgevolgen te verbinden aan het nalaten van dat gedrag. Zie aldus r.o. 3.7 van HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9855, NJ 2012/144 (*Mooijman/WLTO*) en Smits, *Bronnen van verbintenissen* (Mon. Nieuw BW A-2) 2003/12 en 28. Dezelfde figuur speelt bijvoorbeeld ook bij leerstukken als eigen schuld en rechtsverwerking; vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2020/11. Zie over het begrip 'Obliegenheit' verder Vranken (1986b), p. 423-427, Vranken (1989), p. 197 e.v. en Castermans, p. 29 e.v. Zie voorts voor een genuanceerde verkenning van het grensgebied tussen 'Obliegenheit' en verbintenis in het bouwrecht Jansen (diss.), p. 111-139.

Overigens wordt met het begrip 'Obliegenheit' slechts een typering van de rechtsverhouding gegeven, maar nog niet een verklaring waarom deze zo is.

Ervan uitgaande dat voor de schuldeiser geen verplichting jegens de schuldenaar bestaat, zijn de gevolgen die het weigeren van de prestatie in het leven roept ten nadele van de schuldeiser te vergelijken met de schadevergoeding bij rechtmatige daad. De rechtsgrond voor het toekennen van rechtsgevolgen aan het schuldeisersverzuim is dan dat men weliswaar in beginsel vrij is om zijn rechten (inclusief vorderingsrechten en andere subjectieve vermogensrechten) niet te benutten, maar dan wel zonder dat men de wederpartij mag opzadelen met de nadelige gevolgen van die – zij het ook rechtmatige – keuze om de prestatie te weigeren (tenzij natuurlijk het desbetreffende recht ook de bevoegdheid tot het toebrengen van een bepaald nadeel omvat). Op dit punt kan een vergelijking gemaakt worden met het leerstuk van schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen, zoals ook gedaan wordt in *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1441. Bij beide leerstukken staat de vraag centraal, of en zo ja, onder welke voorwaarden een partij zich mag terugtrekken uit het tot dan toe bereikte resultaat: onderhandelingen afbreken dan wel (bij schuldeisersverzuim) de aangeboden prestatie weigeren.

De rechtvaardiging voor de rechtsgevolgen van het schuldeisersverzuim kan in deze gevallen dus worden gevonden in de norm dat men de gerechtvaardigde belangen van zijn

wederpartij dient te respecteren; zie ook Storme, p. 236. Hierbij kan de vergelijking tussen schuldeisersverzuim en afgebroken onderhandelingen op twee niveaus getrokken worden:

- a) Volgens HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983/723 (*Plas/Valburg*), is het niet uitgesloten dat het afbreken van onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren; in zo'n situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gederfde winst. De parallel met het leerstuk van het schuldeisersverzuim schuilt hier in de gevallen van schuldeiserswanprestatie die in nr. [4] zijn beschreven: in die gevallen mag de schuldeiser zich niet onttrekken aan de nakoming van de verbintenis door de schuldenaar, omdat deze erop mocht vertrouwen dat zijn belang bij daadwerkelijke nakoming zou worden gerespecteerd. Bij schending van deze verplichting dient de schuldeiser de wederpartij volledig schadeloos te stellen, inclusief gederfde winst (vergoeding van het positief belang).
- b) Volgens het arrest *Plas/Valburg* kan er echter ook een (minder vergaande) verplichting tot vergoeding van gemaakte kosten bestaan indien het afbreken van de onderhandelingen een partij in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door de wederpartij gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen. Hetzelfde kan worden gezegd bij de eigenlijke gevallen van schuldeisersverzuim, waarin het de schuldeiser weliswaar vrijstaat om de aangeboden prestatie te weigeren, maar hij daartegenover wel verplicht is de kosten die daaruit voor de schuldenaar voortvloeien te vergoeden: art. 6:63 BW (vergoeding van het negatief belang).

Naar aanleiding van HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467 (*CBB/JPO*) is wel gesuggereerd dat het zojuist onder b omschreven stadium (dat afbreken van de onderhandelingen geoorloofd is mits de gemaakte kosten worden vergoed) door de Hoge Raad in de ban zou zijn gedaan (vgl. C.E. Drion, 'Ons onderhandelingsrecht onder handen', *NJB* 2005, p. 1781, en R.P.J.L. Tjittes, 'De afbraak van aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen', in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvariaties*, Deventer: Kluwer 2006, p. 139-149). Die conclusie lijkt evenwel voorbarig en geen grond te vinden in genoemd arrest (vgl. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen* (*Mon. Pr. Nr. 5*) 2005, p. 39-40, en Asser/*Sieburgh* 6-III 2022/200).

Zo bezien is de rechtsfiguur van het schuldeisersverzuim een neerslag van de norm dat ook een schuldeiser bij de al of niet uitoefening van zijn rechten rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van zijn schuldenaar; ook bij het rechtmatig weigeren van de prestatie dient de schuldeiser zijn wederpartij te vrijwaren voor de daaruit voortvloeiende extra kosten en risico's.

7 Kritiek op wettelijk uitgangspunt

Vranken (1986a) heeft fundamentele kritiek uitgeoefend op het leerstuk van het schuldeisersverzuim en de wettelijke neerslag daarvan in afd. 6.1.8 BW. Vranken noemt het leerstuk van het schuldeisersverzuim "een relict van een verouderd rechtsdenken", omdat het eenzijdig tot uitgangspunt neemt dat een schuldeiser in een verbintenis slechts rechten heeft en geen verplichtingen. Dat uitgangspunt past volgens Vranken niet meer in de moderne opvatting van het begrip 'verbintenis' (niet als rechtsplicht maar) als rechtsbetrekking, met een verplichting voor beide partijen om met de belangen van de wederpartij rekening te houden. Hij bepleit dan ook "een principiële gelijkstelling van debiteurs- en crediteursverzuim", waarbij voor het schuldeisersverzuim nog slechts ruimte is voor een regeling van de risicoverlichting voor de schuldenaar (art. 6:64 BW) en van de bewaring en consignatie (art. 6:66-71 BW).

Vranken heeft bijval gekregen van R.I.V.F. Bertrams, *Enige aspecten van het Weens Koopverdrag* (preadvies Ver. Voor Burgerlijk Recht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 39-40; A.J. Feenstra, 'Nakoming door de tekortschietende verkoper en de macht van de koper', *NTBR* 1997/8, p. 245; M.A.M.C. van den Berg, 'Crediteursverzuim: relict van een verouderd rechtsdenken', in: G. van Dijk e.a. (red.), *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik* (Vranken-bundel), Deventer: Kluwer 2013, p. 89-95, en Van den Berg, *Asser/Van den Berg* 7-VI 2017/78. Vgl. ook Hesselink, p. 254. Het standpunt van Vranken is bestreden door M.A.B. Chao-Duivis, 'Juridische aspecten van coördinatie', in: J.F. de Groot e.a. (red.), *Frank en Vrij Thunissen-bundel*, SIBR 2009, p. 35 e.v.; Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84) 2013/33 en Jansen (Vranken-bundel), p. 97-105. Zie over deze discussie verder A.N.L. de Hoogh & M. van Kogelenberg, 'Schuldeisersverzuim belicht vanuit theorie en praktijk', *MvV* 2013/3, p. 65-73; zij komen mede op basis van een onderzoek van verschenen rechtspraak tot de conclusie dat zij "niet overtuigend kunnen vaststellen dat de regeling van het schuldeisersverzuim misstaat in het BW".

Uit de norm dat rekening moet worden gehouden met de belangen van de wederpartij, hoeft evenwel geen algemene verplichting te worden afgeleid voor de schuldeiser om mee te werken aan de nakoming door de schuldenaar. Die norm biedt juist de grondslag om de voor de schuldenaar nadelige gevolgen van het niet-meewerken door de schuldeiser voor rekening van laatstgenoemde te laten; zie nr. [6]. Er is geen goede reden om de schuldeiser in het algemeen verplicht te achten de hem toekomende prestatie in ontvangst te nemen (afgezien van de in nr. [4] beschreven gevallen, waar een duidelijke rechtvaardiging voor zo'n verplichting in de concrete rechtsverhouding aanwezig is). De wet bepaalt voor een aantal belangrijke contracten juist dat de schuldeiser/opdrachtgever te allen tijde bevoegd is de overeenkomst op te zeggen (zo bijvoorbeeld art. 7:408 BW voor opdracht en art. 7:764 BW voor aanneming van werk); daarmee verdraagt zich niet een algemene verplichting als zojuist bedoeld.

Het is dan ook zinvoller om te onderzoeken in welke gevallen of onder welke omstandigheden een verplichting tot inontvangstneming – in afwijking van het uitgangspunt – op zijn plaats is. Vranken beschouwt het als een ongewenste ongelijkheid in positie van schuldeiser en schuldenaar indien de schuldeiser wel nakoming kan afdwingen maar de schuldenaar voor het verrichten van zijn prestatie afhankelijk is van de medewerking van de schuldeiser welke niet afgedwongen kan worden. Maar ook in de door Vranken bepleite meer dynamische opvatting van de verbintenis als wederzijdse rechtsbetrekking in plaats van eenzijdige rechtsplicht, blijven het schuldeisers- en schuldenaarsaspect als onderscheiden polen in de rechtsbetrekking aanwezig. Er blijft hoe dan ook een 'ongelijkheid' en verschil in rechtspositie van schuldeiser en schuldenaar, waaraan de door Vranken beschreven ontwikkelingen (waarschuwings- en mededelingsplichten, rekening houden met de belangen van de wederpartij) niet afdoen. Dat blijkt ook hieruit dat, ook wanneer een verplichting tot inontvangstneming van de prestatie bestaat, nog steeds behoefte blijft bestaan aan regels die de gevolgen van het schuldeisersverzuim regelen; zie nr. [5]. Zo wil ook Vranken in ieder geval de regels omtrent risicoverlichting (art. 6:64 BW) en bewaring (art. 6:66-71 BW) handhaven. Juist de bescherming die afd. 6.1.8 BW de schuldenaar biedt tegen de nadelige gevolgen van niet-medewerking door de schuldeiser (ongeacht of de schuldeiser tot medewerking verplicht is), maakt het stelsel evenwichtig.

8 Functies van het schuldeisersverzuim

Het schuldeisersverzuim heeft als rechtsfiguur in de rechtspraktijk geen grote rol gespeeld. De rechterlijke uitspraken op dit gebied zijn gemakkelijk te overzien en hetzelfde geldt voor de literatuur. Daarbij komt dan nog dat een deel van de desbetreffende literatuur en jurisprudentie betrekking heeft op onderwerpen die eigenlijk aan of buiten de grens van afd. 6.1.8 BW liggen, maar die vanwege de verwantschap meestal bij het eigenlijke

schuldeisersverzuim betrokken worden; denk met name aan de onmogelijkheid van rechtsuitoefening, waarover nr. [22].

Bij de parlementaire behandeling van het huidige BW heeft de minister zich echter verzet tegen de gedachte dat de betekenis van het schuldeisersverzuim voor de praktijk slechts gering is en dat de regeling van afd. 6.1.8 BW daarom veel te uitvoerig is. Hij betoogde dat de figuur van het schuldeisersverzuim voor de praktijk belangrijker is dan die op het eerste gezicht wellicht lijkt.

De minister wees daarbij op de volgende “in de praktijk niet zeldzame” situaties (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 221; vgl. het identieke betoog van Snijders, p. 322-323):

1. De schuldeiser weigert een prestatie omdat die naar zijn mening niet aan de verbintenis beantwoordt, of omdat hij zich op het standpunt stelt dat de overeenkomst op grond waarvan de prestatie hem zou toekomen, niet tot stand gekomen is of naderhand is vernietigd of ontbonden. Blijkt deze weigering ten onrechte te zijn, dan komt daarmee tevens vast te staan dat de schuldeiser door deze weigering in verzuim is geweest.
2. De schuldeiser heeft door hem toerekenbare omstandigheden nagelaten om de nodige voorzieningen te treffen om de prestatie in ontvangst te nemen: het door hem te stellen schip daagt niet op, hij heeft niet de benodigde opslagruimte vrijgemaakt of gereserveerd, het bouwwerk waaraan de prestatie moet worden verricht is nog niet ver genoeg gevorderd, of – belangrijk voor de consument – de leverancier weigert na een terechte klacht van de koper de geleverde zaak weer terug te nemen.
3. Ten slotte het geval van art. 6:59 BW: doordat de schuldeiser van zijn kant de tegenprestatie niet voldoet, brengt hij de schuldenaar ertoe om gebruik te maken van een opschortingsbevoegdheid; met betrekking tot de opgeschorte verbintenis komt de schuldeiser in verzuim te verkeren.

A.N.L. de Hoogh & M. van Kogelenberg, ‘Schuldeisersverzuim belicht vanuit theorie en praktijk’, *MvV* 2013/3, p. 65-73, concluderen op basis van een onderzoek van verschenen rechtspraak dat een beroep op schuldeisersverzuim vrijwel altijd voorkomt in de vorm van een verweer tegen een vordering tot nakoming, ontbinding of schadevergoeding. De schuldenaar beoogt aldus gevrijwaard te blijven van de gevolgen van zijn eigen tekortkoming, door aan te voeren dat de oorzaak van de tekortkoming gelegen is in een gebrek aan medewerking of in een ander beletsel van de zijde van de schuldeiser (vgl. ook nr. [28]).

Dat schuldeisersverzuim geen grote rol in de rechtspraak speelt, kan een gevolg zijn van het feit dat het ongewoon is om de rechtsverhouding te bezien vanuit de positie van een schuldeiser die de prestatie van de schuldenaar belemmert. Het verbintenissenrecht is immers in hoofdzaak geordend vanuit de positie van de schuldenaar die zijn rechtsplicht of verbintenis moet nakomen. Normaliter staat dan ook de rechtsplicht of verbintenis centraal en wordt bezien welke gevolgen niet-nakoming daarvan (onrechtmatige daad, wanprestatie, overmacht) voor de rechtsverhouding heeft. Bij schuldeisersverzuim is het gezichtspunt in zeker opzicht tegenovergesteld: het subjectieve vorderingsrecht, alsmede de gevolgen welke het niet uitoefenen daarvan voor de rechtsverhouding heeft, staan centraal. In de praktijk blijkt dan ook dat gevallen van schuldeisersverzuim regelmatig niet als zodanig herkend worden, maar ten onrechte als ‘wanprestatie’ betiteld worden.

Overigens ligt het voor de hand om aan te nemen dat het schuldeisersverzuim in de praktijk een bescheidener rol zal blijven spelen dan het schuldenaarsverzuim: de schuldeiser zal veelal toch wel al het mogelijke doen om de prestatie waar hij recht op heeft en waarvoor hij moet betalen, daadwerkelijk te verkrijgen.

9 Buitenlandse rechtsstelsels

Op het gebied van het schuldeisersverzuim stemt ons recht meer overeen met de Duitstalige rechtsstelsels (Duitsland, Oostenrijk, Zwitserland) dan met de Franstalige (Frankrijk, België). Dit is niet alleen te verklaren door het stelsel van de Code Civil. Ook al onder de gelding van het oude BW (dat op dit punt overeenstemde met de Code Civil) is de Nederlandse rechtsleer ten aanzien van het schuldeisersverzuim ontwikkeld onder invloed van de Duitstalige wetgeving en doctrine. Zie voor een uitgebreide beschrijving van verschillende Europese rechtsstelsels op het gebied van medewerkingsplichten en schuldeisersverzuim Hesselink, p. 238-255.

In Frankrijk en België is in het verleden nauwelijks een zelfstandige leer over schuldeisersverzuim van de grond gekomen. Het leerstuk bleef ondergeschikt aan en beperkt tot het wettelijk instituut van het 'offre réelle suivie de consignation' (voor Frankrijk art. 1257-1264 Code Civil (oud), voor België art. 1257-1264 Belgisch BW (oud), beide wetboeken overeenstemmend met de Nederlandse art. 1440-1448 BW (oud)). Het schuldeisersverzuim fungeerde er slechts als voorwaarde voor de toepassing van de consignatieregeling, waarbij de wet bovendien nog bepaalde formele eisen stelde aan het vruchteloze aanbod van de schuldenaar.

Zie voor België: De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, 2 1967, p. 112-116 en 496 e.v.; Vandeputte, *De overeenkomst* 1977, p. 226; L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis* 2000, nr. 398; Van Gerven/Van Oevelen, *Verbintenissenrecht* 2016, p. 623. Overigens werd in de Belgische literatuur soms meer aandacht geschonken aan het schuldeisersverzuim als zelfstandig leerstuk, onderscheiden van de regeling van consignatie. Zie met name Storme, p. 231-249, die bij wijze van "proeve van rechtsvinding naar Belgisch recht" aan de hand van rechtsvergelijkende gegevens het bestaan en de praktische toepassing van het leerstuk verdedigt.

In 2016 is in Frankrijk het contractenrecht herzien. Art. 1345, 1345-1, 1345-2 en 1345-3 Code Civil bevatten nu een moderne regeling van het schuldeisersverzuim. Daarin is bepaald dat de schuldeiser, indien hij de nakoming verhindert, door de schuldenaar in gebreke kan worden gesteld, waarna de schuldenaar geen rente meer verschuldigd is en de schuldeiser het risico van de prestatie draagt, behoudens opzet of grove schuld van de schuldenaar (art. 1345 Code Civil). Indien het schuldeisersverzuim niet binnen twee maanden na de ingebrekestelling is beëindigd, kan de schuldenaar de verschuldigde zaken of geldsom in bewaring stellen, waardoor hij (na kennisgeving daarvan) van zijn verbintenis bevrijd is (art. 1345-1 Code Civil). Indien het een andersoortige prestatie betreft (bijvoorbeeld het verrichten van diensten), is de schuldenaar na twee maanden zelfs zonder meer van zijn verbintenis bevrijd (art. 1345-2 Code Civil). De kosten van ingebrekestelling en inbewaringstelling zijn voor rekening van de schuldeiser (art. 1345-3 Code Civil).

Zie over het schuldeisersverzuim in het nieuwe verbintenissenrecht in Frankrijk: Deshayes/Genicon/Laithier, *Réforme du droit des contrats* 2016, p. 741-748; T. Douville e.a., *La réforme du Droit des contrats* 2016, p. 360-362; Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, *Droit Civil, Les Obligations* 2022, nr. 714; A. Bénabent, *Droit des obligations* 2022, nr. 775.

Het nieuwe Belgische BW (art. 5.211-5.216) bevat ook een (summiere) regeling van het schuldeisersverzuim. Zie hierover ook kort S. Stijns e.a., 'Het nieuwe verbintenissenrecht in Boek 5 BW – Deel II', *RW* 2022-23, nr. 25, p. 990. De regeling is blijkens de memorie van toelichting "in zekere mate gebaseerd op het Franse recht" en bevat "een alomvattend systeem, dat tegelijk minder formalistisch is dan de procedure van aanbod van gerede betaling, gevolgd door consignatie". De regeling komt in grote lijnen overeen met de huidige regeling in Frankrijk. De Belgische regeling bevat evenwel, anders dan de Franse, geen specifieke termijn waarna de schuldenaar aan het niet voldoen aan de ingebrekestelling gevolgen mag verbinden; art. 5.212 en 5.213 Belgisch BW hanteren een "redelijke termijn". Ook kent het voor andere prestaties dan de prestatie tot het betalen van een geldsom of het overhandigen van een voorwerp niet een bepaling als art. 1345-2 Code Civil ingevolge welke bepaling de schuldenaar na verloop van twee maanden zonder meer van zijn verbintenis is bevrijd. Die oplossing werd in België te radicaal geacht (zie de memorie van toelichting). Voor dergelijke verbintenissen bepaalt art. 5.214 Belgisch BW niet meer dan dat de schuldenaar via het gerecht de veroordeling van de schuldeiser kan eisen om de prestatie te ontvangen.

Duitsland kent in par. 293-304 BGB een uitgebreide regeling van het Gläubigerverzug (ook wel Annahmeverzug genoemd), met daarnaast nog een regeling van de consignatie (Hinterlegung) in par. 372-382 BGB. Deze regelingen hebben bij gelegenheid van de 'Schuldrechtreform' van 1 januari 2002 geen noemenswaardige wijzigingen ondergaan. De voorwaarden voor het intreden van schuldeisersverzuim worden minutieus geregeld in par. 293-299 BGB. Deze regeling stemt inhoudelijk grotendeels overeen met het Nederlandse recht, met als belangrijkste verschil dat naar Duits recht niet de voorwaarde gesteld wordt dat het Gläubigerverzug aan de schuldeiser toegerekend kan worden; zie nr. [21].

Ook de gevolgen van schuldeisersverzuim zijn in hoofdzaak dezelfde als naar Nederlands recht: de aansprakelijkheid van de schuldenaar wordt verlicht (zij het in iets sterkere mate dan krachtens art. 6:64 BW geldt, aangezien hij krachtens par. 300 lid 1 BGB nog slechts voor opzet en grove schuld aansprakelijk blijft); bij een soortverbintenis gaat het risico op de schuldeiser over (par. 300 lid 2 BGB); de rente over een geldschuld loopt niet langer door (par. 301 BGB); de schuldeiser moet de extra kosten van de schuldenaar vergoeden (par. 304 BGB); bij een wederkerige overeenkomst gaat het risico ter zake van de tegenprestatie op de schuldeiser over (par. 323 lid 6 en par. 326 lid 2 BGB), en de schuldenaar heeft het recht om de verschuldigde zaak in bewaring te stellen (par. 372 BGB) of, indien de zaak zich daarvoor niet leent, deze te verkopen en de opbrengst te consigner (Selbsthilfeverkauf, par. 383-386 BGB).

Literatuur: Lehrbuch, p. 387-402; Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil* 2015 (21e druk), nr. 544-559; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil* 2005 (zesde druk), nr. 683-702; S. Dötterl, *Wann ist der Gläubiger für die Unmöglichkeit verantwortlich?* 2008, in het bijzonder p. 93-145; Grüneberg, *Bürgerliches Gesetzbuch* 2023 (82e druk), ad par. 293-304 en 324 (Grüneberg); *Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil* 2022 (negende druk), ad par. 293-304 (Ernst).