

# Zuivering van schuldenaarsverzuim, hoe zit het ook alweer?

Bb 2019/9

*Een schuldenaar kan zijn verzuim in de nakoming van een verbintenis zuiveren. Op grond van art. 6:86 BW moet hij de schuldeiser daartoe alsnog behoorlijke nakoming én betaling van de tijdens het verzuim verschuldigd geworden schadevergoeding en kosten aanbieden. Deze bijdrage geeft een overzicht van dit leerstuk aan de hand van het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2255).*

## 1. Inleiding

Wanneer een wederpartij tekortschiet in de nakoming van een overeenkomst, kunnen contractuele remedies als ontbinding of het vorderen van vervangende schadevergoeding veelal pas worden gebruikt als de schuldenaar in verzuim is. Eenmaal in verzuim kan de schuldenaar de inzet van contractuele remedies door de schuldeiser alsnog voorkomen. Art. 6:86 BW biedt hem de kans zijn verzuim te zuiveren door alsnog behoorlijke nakoming én betaling van de tijdens het verzuim verschuldigd geworden schadevergoeding en kosten aan te bieden.

In het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018 (ECLI:HR:2018:2255) komt deze regeling integraal aan de orde. Ter bespreking van dit arrest geef ik in paragraaf 2 van deze bijdrage eerst een samenvatting van het wettelijk kader van art. 6:86 BW. In paragraaf 3 volgt een samenvatting van het arrest. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in dit arrest een nieuwe maatstaf formuleert voor beoordeling van de vraag of het zuiveringsaanbod toereikend is. Het is echter de vraag of de positie van de schuldeiser daardoor niet teveel wordt ondergraven. In paragraaf 4 analyseer ik de nieuwe maatstaf van de Hoge Raad. Ik besluit met een conclusie in paragraaf 5.

## 2. De zuiveringsregeling en de rechtsgevolgen daarvan

Als gezegd volgt uit art. 6:86 BW dat een schuldenaar, die met de nakoming van zijn verbintenis in verzuim is, zijn verzuim kan zuiveren door alsnog behoorlijke nakoming alsmede betaling van de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten aan te bieden.

### Schade en kosten

Onder schade moet in dit verband niet alleen op de reeds ingetreden schade, maar ook op redelijkerwijs te verwachten toekomstige schade die het gevolg is van het verzuim van de schuldenaar (vergelijk art. 6:105 BW, denk bijvoorbeeld aan het verlies van klanten door het uitblijven van een levering) worden begrepen. Bij het begrip 'kosten' valt te

denken aan executiekosten of aan kosten die zijn gemaakt om de prestatie te ontvangen (bijvoorbeeld de kosten van een sommatiebrief en/of ingebrekestelling), maar die gelet op het uitblijven daarvan hun doel hebben gemist.<sup>2</sup> In de literatuur is betoogd dat met het begrippenpaar 'kosten' en 'schadevergoeding' van art. 6:86 BW in wezen hetzelfde wordt bedoeld.<sup>3</sup> Die stelling is echter niet helemaal juist, omdat 'kosten' als bedoeld in art. 6:86 BW ook voorafgaand aan het verzuim gemaakt kunnen zijn, terwijl het begrip schade uitsluitend betrekking heeft op de verzuimperiode.<sup>4</sup> De schuldeiser heeft op grond van art. 6:86 BW een discretionaire bevoegdheid om dit aanbod te weigeren, bijvoorbeeld indien het aanbod geen compensatie van de door hem geleden schade en kosten omvat. Omgekeerd betekent dit ook dat de schuldeiser een aanbod tot nakoming *zonder* enige andere vorm van compensatie gewoon mag accepteren. In de regel eindigt het schuldenaarsverzuim vervolgens wanneer de prestatie door de schuldenaar is verricht.

### Rechtsgevolgen van weigering zuiveringsaanbod door schuldeiser

Als de schuldeiser het aanbod weigert, rijst de vraag of deze weigering terecht was. Daar hangt namelijk relevant rechtsgevolg vanaf. Was de weigering terecht, dan duurt het verzuim gewoon voort. Was de weigering daarentegen 'onterecht', dan komt de schuldeiser op zijn beurt in verzuim te verkeren (op grond art. 6:58 BW) en eindigt tegelijkertijd met het intreden van het schuldeisersverzuim het verzuim van de schuldenaar (op grond van art. 6:61 lid 1 BW).

In geval van schuldeisersverzuim kan de schuldeiser op grond van art. 6:266 lid 1 BW in beginsel niet langer tot ontbinding van de overeenkomst overgaan. Het schuldeisersverzuim biedt de schuldenaar bovendien de mogelijkheid om op grond van art. 6:60 BW bij de rechter te vorderen dat hij van zijn verbintenis bevrijd zal zijn. Schuldeisersverzuim biedt op zichzelf geen grond voor ontbinding door de schuldenaar, omdat daarvoor (op grond van art. 6:265 BW) een tekortkoming van de kant van de schuldeiser is vereist.

Schuldeisersverzuim laat dan ook onverlet de schuldeiser aanspraak kan maken op de oorspronkelijke prestatie, bijvoorbeeld door het zuiveringsaanbod van de schuldenaar alsnog te aanvaarden.<sup>5</sup> De schuldenaar zal er dan ook zorg voor moeten dragen dat hij daartoe in staat is. Als nakoming door de schuldenaar onmogelijk is geworden doordat hij (of ondergeschikten) tekort is geschoten in de zorg die in de gegeven omstandigheden van hem mocht worden gevegd,

<sup>1</sup> Hugo Boom is advocaat bij BarentsKrans N.V.

<sup>2</sup> MvA, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 307.

<sup>3</sup> Vgl. G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, 1997, p. 101.

<sup>4</sup> A.J. Feenstra, Het aanbod tot betaling van schadevergoeding en kosten in art. 6:86 BW, harmonie- of conflictmodel?, *WPNR* 1998/6319, p. 409; B.M. Katan (2018), *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:86 BW, aant. 7.

<sup>5</sup> B.M. Katan (2018), *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:86 BW, aant. 8.1.

dan is de schuldeiser ook tijdens het schuldeisersverzuim op grond van art. 6:266 lid 2 BW in verbinding met art. 6:64 BW bevoegd om de overeenkomst te ontbinden. Tenslotte laat schuldeisersverzuim onverlet dat de schuldenaar verplicht blijft om de reeds ontstane schade en kosten aan de schuldeiser te vergoeden.

#### *Hoe te bepalen of de weigering terecht was?*

Als de schuldeiser een zuiveringsaanbod van de schuldenaar weigert, hangt dus veel af van de vraag of die weigering terecht was. Er zijn verschillende benaderingen bepleit voor de beantwoording van deze vraag. Advocaat-Generaal Wissink heeft in zijn conclusie van 16 februari 2018 (ECLI:NL:PHR:2018:147, par. 3.4.4) bijvoorbeeld gepleit voor een contextgevoelige toepassing van art. 6:86 BW. Wissink stelt dat de vraag of het zuiveringsaanbod voldoende tegemoet komt aan de belangen van de schuldeiser moet worden beoordeeld met inachtneming van de omstandigheden van het geval en hetgeen partijen in dat opzicht redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten.<sup>6</sup> Wissink acht het bovendien mogelijk dat de schuldenaar volstaat met een algemeen aanbod tot vergoeding van schade en kosten, eventueel in combinatie met voldoende zekerheidstelling en/of onder voorbehoud van beoordeling door de bodemrechter (vgl. par. 3.8 van zijn conclusie).

### 3. HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2255

In dit arrest gaat de Hoge Raad onder meer op deze vraag in. De feiten van de zaak zijn als volgt. JED Textiles B.V. (hierna: JED) richt zich op productie van en (groot)handel in modekleding. Op 28 december 2012 sluit JED een overeenkomst met een partij die poloshirts aan onder meer detailhandel levert. JED zou deze onderneming 1750 piqué poloshirts en 750 jersey poloshirts leveren. Als leverdatum wordt 27 februari 2013 overeengekomen.

JED haalt deze leverdatum niet vanwege problemen bij het productieproces. Op 12 maart 2013 laat zij haar wederpartij weten dat zij een deel van de poloshirts op 19 maart 2013 zal leveren. Het restant zou op 26 maart 2013 worden geleverd. Op eerstgenoemde partij bood JED een korting van 10% op de originele koopprijs aan, op laatstgenoemde partij een korting van 15%.

Ook deze leverdata worden niet gehaald. Op 21 maart 2013 worden 451 polo's geleverd en gefactureerd. Op 26 maart 2013 stuurt JED een bericht aan haar wederpartij met de strekking dat levering van de overige polo's pas op 18 april 2013 kan plaatsvinden.

Vertraging of niet-levering is volgens haar wederpartij geen optie, omdat zij deze vertraging niet kan opvangen. JED's wederpartij doet daarop bij e-mail van 27 maart 2013 een voorstel voor een oplossing. Dat voorstel behelst onder meer een korting van 60% op de levering van de resterende poloshirts. Dat voorstel wijst JED in een telefoongesprek op

diezelfde dag van de hand. JED geeft in dat gesprek ook aan dat het voorstel van haar wederpartij grond geeft om de order bij JED's toeleveranciers te annuleren.

Gedurende deze e-mailwisseling en telefonische besprekingen annuleert JED de order bij haar toeleveranciers, zodat levering van de restantpartij polo's überhaupt niet meer zal kunnen plaatsvinden. Daarop start JED's wederpartij een procedure tegen JED, waarin zij bij dagvaarding overgaat tot buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomst (voor zover het de restantpartij poloshirts betreft) en schadevergoeding van JED eist. JED doet in dat verband een beroep op art. 6:86 BW: de korting die zij haar wederpartij bood zou in dit verband toereikend zijn geweest.

#### *Hof: zuiveringsaanbod was ontoereikend*

JED's zuiveringsaanbod was volgens het hof ontoereikend. Met name zou JED geen relevant nieuw aanbod hebben gedaan toen bleek dat de levering voor een tweede keer vertraagd was. Daarom heeft het aanbod van JED geen zuivering van haar verzuim bewerkstelligd. JED's wederpartij mocht daarom tot ontbinding van de overeenkomst overgaan, aldus het hof.

#### *Hoge Raad verwerpt cassatieberoep*

Hoewel de A-G in deze zaak meende dat het arrest zou moeten worden vernietigd, verwerpt de Hoge Raad het door JED ingestelde cassatieberoep. De A-G kwam tot deze conclusie, omdat het hof over het hoofd zou hebben gezien dat JED in de e-mailwisseling en telefoongesprekken van 27 maart 2013 niet alleen een integrale korting van 15% heeft aangeboden, maar ook voorstelde dat de kosten van het invliegen van de poloshirts voor haar rekening kwamen. Bovendien had het hof voor zijn beoordeling een inschatting moeten maken van de schade van JED's wederpartij, alvorens te beoordelen of het zuiveringsaanbod toereikend was, aldus de A-G.

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof evenwel in stand. Volgens de Hoge Raad laat de vraag of JED's aanbod toereikend was, onverlet dat JED lopende deze besprekingen de order bij haar toeleveranciers annuleerde. Dit terwijl zij wist dat niet leveren voor haar wederpartij geen optie was. Dat brengt volgens de Hoge Raad mee dat JED's wederpartij gerechtigd was de ontbinding te annuleren. Zelfs als zij in schuldeisersverzuim zou verkeren door weigering van een mogelijk toereikend aanbod van JED, was zij daartoe op grond van art. 6:266 lid 2 BW in verbinding met art. 6:64 BW bevoegd, aldus de Hoge Raad.

Dit oordeel van de Hoge Raad is goed te volgen. Ook in geval van schuldeisersverzuim moet de schuldenaar erop bedacht zijn dat nog van hem kan worden verlangd dat hij de overeengekomen prestatie verricht. Dat was in dit geval zeker aan de orde, omdat JED's wederpartij aangaf dat niet-leveren geen optie was en bovendien heeft geprobeerd om tot een oplossing te komen. Bij die stand van zaken is het niet verstandig om nakoming onmogelijk te maken door een order bij toeleveranciers te annuleren. Dat komt JED dan ook duur te staan.

<sup>6</sup> Het cassatieberoep is in deze zaak geëindigd in een ongemotiveerde verwerving door de Hoge Raad op grond van artikel 81 Wet RO (HR 18 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:647).

## 4. Nieuwe maatstaf voor beoordeling zuiveringsaanbod

Voorafgaand aan deze overweging neemt de Hoge Raad in dit arrest de gelegenheid te baat om het wettelijk kader van art. 6:86 BW te schetsen. Daarbij gaat de Hoge Raad in op de vraag hoe moet worden beoordeeld of een zuiveringsaanbod toereikend was. Hij overweegt in dit verband dat in de praktijk onduidelijkheid of onenigheid kan bestaan over de omvang van de te vergoeden schade en kosten. Als partijen het daarover oneens blijven, zal de schuldenaar volgens de Hoge Raad in het algemeen niet kunnen volstaan met een aanbod tot betaling van het door hemzelf redelijk geachte bedrag. Het vervolg van de overweging (rov. 3.4.3) citeer ik:

“Hij dient buiten twijfel te stellen dat hij de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en kosten [...] volledig zal voldoen. Zo nodig zal de omvang daarvan naderhand, al dan niet door de rechter, moeten worden vastgesteld.”

Deze overweging is interessant, omdat de Hoge Raad hiermee invulling geeft aan het beoordelingskader van een zuiveringsaanbod ex art. 6:86 BW. De door Wissink bepleite contextgerichte beoordeling van het zuiveringsaanbod wordt door de Hoge Raad niet overgenomen. Bekende formuleringen die daarop duiden (zoals “alle omstandigheden van het geval”) lezen we in deze overweging namelijk niet terug. Veeleer lijkt de Hoge Raad de schuldeiser tegemoet te willen komen door van de schuldenaar te eisen dat deze min of meer garandeert dat hij de schuldeiser *volledig* zal compenseren.

Het is echter nog maar de vraag of de Hoge Raad de positie van de schuldeiser aldus versterkt. Zo is niet duidelijk of de woorden “buiten twijfel stellen” enige vorm van zekerheidsstelling door de schuldenaar vereisen. Als de schuldenaar bij onenigheid over de schade en kosten aan deze maatstaf kan voldoen indien hij slechts in algemene bewoordingen hoeft toe te zeggen dat hij, uiteraard los van nakoming, de schade en kosten van de schuldeiser zal compenseren, is de positie van de schuldeiser naar mijn mening niet zo sterk.

In dat geval eindigt namelijk het schuldenaarsverzuim. De schuldeiser zal het aanbod bovendien moeten accepteren om zelf niet in verzuim te komen. Bovendien zal hij vervolgens de stap naar de rechter moeten nemen om de omvang van schade en kosten vast te laten stellen, alvorens daadwerkelijk zicht te hebben op enige vorm van compensatie. De nieuwe maatstaf van de Hoge Raad zou aldus eerder een drempel opwerpen voor compensatie van de schuldeiser.

## 5. Conclusie

In deze bijdrage gaf ik een overzicht van de wettelijke regeling van zuivering van schuldenaarsverzuim ex art. 6:86 BW. In dat verband analyseerde ik het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2018, waarin de Hoge Raad een nieuwe maatstaf formuleert voor de vraag of een zuiveringsaanbod toereikend is. Naar mijn mening zou deze

maatstaf de positie van de schuldenaar kunnen versterken, omdat hij hierdoor lijkt te kunnen volstaan met een onge-specificeerd aanbod tot compensatie van de schade en kosten die de schuldeiser door het schuldenaarsverzuim heeft geleden. Het is de vraag of de Hoge Raad daardoor niet een te hoge drempel opwerpt voor daadwerkelijke compensatie van schuldeiser door schuldenaar.