



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Annotatie bij: HR 4 november 2016, NJ 2017/384
(CIA/Heredium)**

Hijma, J.

Citation

Hijma, J. (2017). Annotatie bij: HR 4 november 2016, NJ 2017/384 (CIA/Heredium). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2017(44), 5943-5946. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/72292>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/72292>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

onderhandse procedure is de vrijheid van de aanbestedende dienst immers niet onbeperkt. Zo is de aanbestedende dienst gebonden aan de (zij het in een dergelijke procedure niet onverkort geldende) beginselen van gelijkheid en transparantie en moet hij zijn keuze van de tot de procedure toe te laten ondernemers aan de hand van objectieve criteria bepalen" (mijn cursivering, CJ).

8. Het voorgaande laat onverlet dat de wetgever de verplichtingen van art. 1.4 Aw 2012 wel als voorbeeld noemt van de 'verdere invulling' die hij 'binnen redelijke grenzen' heeft willen geven aan 'algemene rechtsregels' die uit andere bronnen voortvloeien, zoals de Algemene wet bestuursrecht, in het bijzonder de daarin gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en de precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid (zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, 11, p. 14-15; zie ook Bax, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2016/159, nr. 22 die verwijst naar Rb. Den Haag 31 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY8867). Zoals hiervoor in nr. 3 is opgemerkt, hebben deze algemene rechtsregels van oudsher gefungeerd als grondslagen voor de gebondenheid van aanbestedende diensten aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie (in enge zin, zie nr. 4) in het geval van een vrijwillige meervoudig onderhandse procedure. Vanuit dat perspectief bezien lijkt het dan om het even (anders: Bax, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2016/159, nr. 22) of de grondslag van de verplichtingen van art. 1.4 Aw 2012 in de door de wetgever genoemde algemene rechtsregels wordt gevonden of — zoals de Hoge Raad dat doet — in de beginselen van aanbestedingsrecht, die op hun beurt immers eveneens op die algemene rechtsregels kunnen worden gefundeerd. Ook overigens is het zo dat de keuze van de Hoge Raad geen afbreuk doet aan de bedoeling van de wetgever: die heeft slechts willen voorkomen dat een aanbestedende dienst in het geval van een meervoudig onderhandse procedure jegens de niet tot die procedure toegelaten ondernemingen gehouden zou zijn tot het doen van een algemene oproep tot mededinging (zie wat dit laatste aspect betreft voor een vergelijking met de ontwikkelingen op het terrein van de verdeling van schaarse vergunningen, in het licht van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State: Wolswinkel, *JB-plus* 2017, p. 24 en Van Ommeren, *AB* 2017/347 in zijn annotatie bij het onderhavige arrest).

9. Dat brengt mij bij mijn derde en laatste opmerking. Door de verplichting van art. 1.4 lid 1 aanhef en onder b Aw 2012 mede op het transparantiebeginsel (in enge zin) te baseren, aanvaardt de Hoge Raad mijns inziens dat een aanbestedende dienst, wanneer hij de ondernemers kiest die hij tot de meervoudig onderhandse procedure wenst toe te laten, moet waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt uitgebannen (zie nr. 4). Het is de vraag of een aanbestedende dienst overeenkomstig deze verplichting handelt wanneer hij een selectiecriterium besluit te hanteren dat inhoudt

dat alleen die ondernemingen tot de procedure worden toegelaten, die bepaalde congressen hebben bezocht en aldaar blijk hebben gegeven van hun interesse voor het door de aanbestedende dienst beoogde project. Dat lijkt op het eerste gezicht een objectief selectiecriterium (zie r.o. 4.3.3 van het onderhavige arrest), maar door dat selectiecriterium pas te formuleren *nadat* de bedoelde congressen hebben plaatsgevonden, lijkt een aanbestedende dienst het hiervoor genoemde risico van favoritisme en willekeur toch niet volledig uit te bannen.

C.E.C. Jansen

NJ 2017/384

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

4 november 2016, nr. 15/02800

(Mrs. F.B. Bakels, G. de Groot, M.V. Polak, C.E. du Perron, M.J. Kroeze; A-G mr. M.H. Wissink)
m.nt. Jac. Hijma

Art. 6:83, 6:119a, 6:212 BW

RvdW 2016/1129

NJB 2016/2070

JWB 2016/396

RCR 2017/13

ECLI:NL:HR:2016:2517

ECLI:NL:PHR:2016:860

Opschortingsrecht i.v.m. een achteraf ongegrondde vordering van een derde, gebaseerd op de tussen partijen gesloten overeenkomst. Uitwerking HR 21 september 2007, NJ 2009/50 (Ammerlaan/Enthoven). Rentevoordeel als gevolg van opschorting; verplichting tot (gedeeltelijke) afdracht?

In HR 21 september 2007, NJ 2009/50, m.nt. J. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*) is geoordeeld dat een achteraf geheel of ten dele ongegrond gebleken beroep op een opschortingsrecht meebrengt dat degene die dit beroep deed, terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim kwam te verkeren. In een geval waarin de schuldenaar een beroep doet op een opschortingsrecht i.v.m. de vordering die een derde stelt op haar te hebben i.v.m. de tussen partijen gesloten overeenkomst, brengt evenwel het enkele feit dat de door de derde ingeroepen vordering achteraf ongegrond is gebleken, niet zonder meer mee dat de schuldenaar terstond in verzuim komt te verkeren. Een zodanig oordeel impliceert immers dat de schuldenaar — toerekenbaar — tekortschiet en het antwoord op de vraag wát de overeenkomst in de gegeven omstandigheden van de schuldenaar vergde, kan slechts worden gegeven door uitleg van die overeenkomst met inachtname van alle op dat moment relevante omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoren in een zodanig geval met name de vraag

voor wiens risico het optreden van de derde komt, mede gelet op de deugdelijkheid van de onderbouwing van de door de derde ingeroepen vordering en eventuele bijzondere contractuele bepalingen.

Voor de toepasselijkheid van art. 6:119a BW is niet vereist dat de schuldenaar in verzuim verkeert. Het hof dat oordeelde dat weliswaar de opschorting van de resterende betalingsverplichting door de schuldenaar in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd was maar dat daaruit niet zonder meer volgt dat de schuldenaar het daardoor behaalde renteoordeel in zijn geheel mag behouden, heeft met zijn beslissing dat de schuldenaar de helft van het percentage van de wettelijke rente dient te vergoeden, een op (de aanvullende werking van) de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gebaseerde beslissing gegeven, mede gelet op art. 6:212 BW. Hiermee heeft het hof een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven nu tussen partijen geen debat heeft plaatsgevonden over het renteoordeel dat de schuldenaar in feite heeft gehad als gevolg van de opschorting van het nog verschuldigde restant van de koopprijs.

Heredium, thans verweerster in cassatie, heeft aan CIA, thans eiseres tot cassatie, aandelen in de vennootschap *Heredium Magnum* verkocht. CIA heeft haar verplichting tot betaling van (een deel van) de koopprijs opgeschort, in verband met een vordering die een derde, de Belastingdienst, stelde op haar te hebben in verband met deze (ver)koop. Partijen zijn er bij het sluiten van de overeenkomst van uitgegaan dat ingevolge deze koopovereenkomst geen overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn, maar in de overeenkomst is niettemin bepaald dat als toch overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn, *Heredium* deze zou voldoen. De vordering van de Belastingdienst is achteraf (geheel) ongegrond gebleken. Het geschil tussen partijen betreft de vragen of CIA in verzuim is geraakt en of zij gehouden is rente te vergoeden over het deel van de koopprijs ten aanzien waarvan zij de betaling had opgeschort. Het hof heeft geoordeeld dat CIA de betaling van het restant van de koopprijs kon opschorten en dat zij ter zake niet in verzuim verkeerde, nu de regel dat opschorting op eigen risico geschiedt, niet op dit geval ziet. Voorts heeft het hof geoordeeld dat CIA aan *Heredium* op grond van de redelijkheid en billijkheid dient te vergoeden de helft van de wettelijke handelsrente over het desbetreffende bedrag, over de periode dat CIA haar betaling heeft opgeschort. Tegen deze oordelen richten zich het incidentele, respectievelijk het principale cassatieberoep.

In het incidentele beroep overweegt de Hoge Raad als volgt. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50, m. nt. J. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*), onder meer — met verwijzing naar art. 6:83 aanhef en onder c BW — geoordeeld dat een achteraf geheel of ten dele ongegrond gebleken beroep op een opschortingsrecht meebrengt dat degene die dit beroep deed, terstond als schulde-

naar zonder ingebrekestelling in verzuim kwam te verkeren. In het onderhavige geval heeft de koper CIA zich tegenover de verkoper *Heredium* beroepen op een opschortingsrecht in verband met de vordering die een derde, de Belastingdienst, stelde op haar — CIA — te hebben in verband met de tussen partijen gesloten koop en levering van het aandelenpakket in *Heredium Magnum*. In een zodanig geval brengt het enkele feit dat de door de derde ingeroepen vordering achteraf ongegrond is gebleken, in de verhouding tussen partijen niet zonder meer mee dat degene die de voldoening van zijn tegenprestatie in verband met die door een derde gestelde vordering geheel of gedeeltelijk heeft opgeschort, geacht moet worden terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim te verkeren. Het oordeel dat een partij bij een overeenkomst als schuldenaar in verzuim verkeert, impliceert immers dat zij — toerekenbaar — tekortschiet, dat wil zeggen dat haar handelen (of nalaten) in enig opzicht ten achter bleef bij hetgeen de overeenkomst in de gegeven omstandigheden van haar vergde (vgl. Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 258). Het antwoord op de vraag wát de overeenkomst in de gegeven omstandigheden van de schuldenaar vergde — en dus ook of hij tegenover zijn contractuele wederpartij tekortschoot door de voldoening van zijn prestatie voorshands geheel of ten dele op te schorten — kan slechts worden gegeven door uitleg van die overeenkomst met inachtneming van alle op dat moment relevante omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoren in een geval als het onderhavige met name de vraag voor wiens risico het optreden van de derde komt, mede gelet op de deugdelijkheid van de onderbouwing van de door de derde ingeroepen vordering en eventuele bijzondere contractuele bepalingen. In 's hofs — in cassatie onbestreden — oordeel ligt besloten dat de oplegging van de fiscale naheffingsaanslag in de verhouding tussen partijen voor risico kwam van *Heredium*. In de formulering van het hiervoor weergegeven arrest *Ammerlaan/Enthoven* houdt het oordeel van het hof in dat het beroep van CIA op een opschortingsrecht niet achteraf geheel of ten dele ongegrond is gebleken, ook al is de beschikking waarbij de naheffingsaanslag is opgelegd, uiteindelijk door de rechter (met terugwerkende kracht) vernietigd. Dit oordeel van het hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onvoldoende gemotiveerd. De klachten in het incidentele beroep falen.

In het principale beroep wordt het volgende overwogen. Bij de beoordeling van de onderdelen wordt vooropgesteld dat de omstandigheid dat CIA naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden op goede gronden haar verplichting tot betaling van het nog resterende gedeelte van de koopprijs heeft opgeschort, meebrengt dat zij niet in verzuim verkeerde met de nakoming van deze verbintenis. De klacht van het onderdeel dat hieruit volgt dat het oordeel van het hof onvereenigbaar is met art. 6:119a BW, berust echter op een onjuiste rechtsopvatting omdat voor de toepasselijkheid van deze bepaling niet is vereist dat de schuldenaar in verzuim verkeert. Bovendien mist deze klacht feitelijke grondslag omdat het hof niet deze be-

paling heeft toegepast, maar een op (de aanvullende werking van) de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gebaseerde beslissing heeft gegeven, mede gelet op art. 6:212 BW. Klaarblijkelijk zag het hof daartoe aanleiding op de grond dat weliswaar de opschorting van de resterende betalingsverplichting door CIA in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd was, maar dat daaruit niet zonder meer volgt dat het met genoemde maatstaven in overeenstemming is dat CIA ook het daardoor behaalde rentevoordeel in zijn geheel mag behouden. Het hof kon weliswaar tot het oordeel komen dat de toegewezen rentevordering viel binnen de grenzen van de rechtsstrijd, maar het heeft een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven nu tussen partijen geen debat heeft plaatsgevonden over het rentevoordeel dat CIA in feite heeft gehad als gevolg van de opschorting van het nog verschuldigde restant van de koopprijs. De klacht die hierop ziet treft doel.

Creative Industry Amsterdam B.V., eiseres tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. M.W. Scheltema, tegen

De coöperatie Heredium Coöperatie U.A. in liquidatie, verweerster in cassatie, eiseres in het incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. J. den Hoed.

Hof:

3. Beoordeling

3.1. Heredium verzet zich in grief 1 in het principaal hoger beroep tegen de beslissing van de rechtbank voor zover inhoudende dat CIA niet de gevorderde wettelijke rente en contractuele boete is verschuldigd. De rechtbank is van oordeel dat CIA vanaf het tijdstip van de aankondiging van de naheffingsaanslagen — eind 2008 — de nakoming van haar verbintenis tot betaling mocht opschorten en dat deze bevoegdheid tot (vlak voor) haar betaling van € 1.800.000 heeft voortgeduurd, zodat zij niet in verzuim is geraakt.

Heredium voert in grief 1, kort samengevat, het volgende aan. Heredium bestrijdt, zo begrijpt het hof, niet langer dat CIA de 2e Betaling en de Finale Betaling op grond van de koopovereenkomst heeft mogen opschorten nadat CIA bij brief van haar raadsman van 22 december 2008 bij Heredium een (tegen)vordering had ingediend. Waar het om gaat is de vraag wat de gevolgen moeten zijn wanneer, zoals in deze zaak, het beroep op opschorting achteraf onterecht blijkt te zijn gedaan. Heredium beantwoordt deze vraag, onder verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad, aldus dat de opschorting door CIA op eigen risico is geschied en dat CIA daarom de nadelige gevolgen van de opschorting dient te dragen. Deze nadelige gevolgen zijn dat CIA wanprestatie heeft gepleegd en dat zij de rente dient te vergoeden over de periode dat de betaling vertraagd is. Ook is CIA, aldus Heredium, de boete verschuldigd.

3.2. Het hof overweegt als volgt. In deze zaak doet zich niet voor (het 'normale' geval) dat de vordering achteraf niet blijkt te hebben bestaan of een geringere omvang blijkt te hebben dan ten tijde van de opschorting werd verondersteld. De opschorting door CIA vond zijn rechtvaardiging in een op dat moment bestaande fiscale claim. Deze claim was opeisbaar en invorderbaar en vormt een niet meer weg te denken realiteit. Dit zo zijnde kan niet worden gezegd dat CIA, door in die omstandigheden een beroep op opschorting te doen, handelde op eigen risico en, nu achteraf door de belastingrechter is beslist dat de naheffing ondeugdelijk was, door het beroep op opschorting te doen zich schuldig heeft gemaakt aan wanprestatie. Daarom is geen sprake van verzuim van CIA. In hoeverre CIA als gevolg van dit oordeel op niet te rechtvaardigen wijze in een voordeliger positie wordt gebracht dan wanneer de fiscale claim zich niet zou hebben voorgedaan en in hoeverre dit gevolg aan de hand van de redelijkheid en billijkheid dient te worden bijgesteld, zal hierna, onder 3.6, onder ogen worden gezien.

3.3. De uitspraak van de belastingkamer van dit hof inzake de naheffingsaanslag, op grond waarvan CIA tot opschorting is overgegaan, dateert van 24 mei 2012. Deze uitspraak is op 7 juli 2012 onherroepelijk geworden. Dit brengt met zich dat toen het opschortingsrecht op grond van de naheffingsaanslag eindigde en de verplichting van CIA tot het doen van de 2e Betaling en van de Finale Betaling op grond van artikel 2.3 van de koopovereenkomst herleefde. Hierbij is in aanmerking genomen dat als gevolg van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 5 oktober 2011 (2.8) de bestemming van het pand in overeenstemming met de bouwvergunningaanvraag onherroepelijk was vastgesteld, zoals vereist door voornoemd artikel voor de opeisbaarheid van de Finale Betaling.

3.4. Dit betekent echter niet dat CIA op 7 juli 2012 in verzuim is geraakt. CIA heeft namelijk in eerste aanleg voorts een beroep gedaan op artikel 6:37 BW, inhoudende dat een opschortingsrecht bestaat indien de schuldenaar op redelijke gronden twijfelt aan wie de betaling moet geschieden. CIA heeft hierover het volgende, kort samengevat, aangevoerd. Hoewel de gestelde cessie van de vordering van Heredium aan Hannibal in strijd met artikel 18.2 van de koopovereenkomst is, is daarmee de cessie nog niet ongedaan gemaakt. Hannibal heeft CIA op 29 januari 2010 in kort geding gedagvaard (2.5), stellende dat zij alle rechten van Heredium heeft overgenomen en heeft voldoening van de 2e betaling gevorderd. Bovendien was Heredium ontbonden. Eerst uit de verklaring van Hannibal bij brief van 5 september 2012, die ontvangen is door CIA op 21 september 2012 (2.10), is duidelijk geworden dat de onderhavige vorderingen aan Heredium toekomen, aldus CIA.

Het hof is van oordeel dat CIA terecht haar betalingsverplichting op grond van artikel 6:37 BW mocht opschorten tot 21 september 2012 omdat zij

pas toen met redelijke mate van zekerheid kon weten dat de betaling aan Heredium — en niet aan Hannibal — moest geschieden. Redengevend hiervoor is dat de stelling van Heredium dat het voor CIA toentertijd duidelijk had moeten zijn dat de cessie van haar vorderingen aan Hannibal nietig was, niet opgaat. Als uitgangspunt bij de uitleg van artikel 18.2 van de koopovereenkomst, inhoudende dat geen van partijen het recht heeft om zijn rechten en verplichtingen op grond van de koopovereenkomst geheel of gedeeltelijk over te dragen, moet worden aangenomen dat deze bepaling uitsluitend verbinteniserichtelijke werking heeft, tenzij uit de — naar objectieve maatstaven uit te leggen — formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW is beoogd (HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682). Feiten en omstandigheden die tot een dergelijke uitleg aanleiding zouden kunnen geven zijn niet gesteld of gebleken.

Het voorgaande betekent dat CIA ook gedurende de periode van 7 juli tot 21 september 2012 de 2e Betaling en de Finale Betaling gerechtvaardigd heeft opgeschort.

3.5. Partijen zijn vervolgens op 27 september 2012, dus kort na ontvangst door CIA van de brief van Hannibal op 21 september 2012, een betalingsregeling overeengekomen, waarna CIA op 4 oktober 2012 aan haar verplichtingen heeft voldaan (2.11). Gelet hierop, is ook geen sprake van verzuim van CIA gedurende de periode van 21 september tot 4 oktober 2012.

3.6. Het voorgaande leidt tot de volgende conclusies.

3.6.1. De gevorderde boete op grond van art. 17 sub a van de koopovereenkomst is niet verschuldigd, aangezien CIA op goede gronden haar betalingsverplichtingen heeft opgeschort. De primaire vordering wordt voor het overige als volgt toegewezen.

CIA heeft als gevolg van haar beroep op opschorting vanaf eind 2008 tot 4 oktober 2012 de beschikking gehad over het door haar opgeschorte bedrag van € 2.000.000. Heredium heeft onbetwist gesteld dat CIA aldus rente hierover heeft bespaard en zij betrokken is geraakt in het ondernemersrisico van CIA. Gelet hierop brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid mee dat CIA een — gelet op de omstandigheden van het geval: redelijke — rente over dit bedrag aan Heredium (vgl. HR 15 april 1994, NJ 1994/628) vergoedt. Het hof bepaalt het percentage van de door CIA aldus verschuldigde rente op de helft van het percentage van de wettelijke handelsrente.

CIA is over de periode van 1 januari 2009 — de datum waarop de 2e Betaling opeisbaar werd ingevolge artikel 2.3 van de koopovereenkomst — tot 4 oktober 2012 de helft van de wettelijke handelsrente verschuldigd over € 500.000. Over de periode van 5 oktober 2011 — de datum waarop ingevolge voormeld artikel de Finale Betaling opeisbaar werd — tot

4 oktober 2012 is zij de helft van de wettelijke handelsrente verschuldigd over € 1.500.000.

Heredium vordert bovendien primair dat al hetgeen CIA reeds heeft betaald in mindering komt op eerst de verschuldigde rente, daarna op de verschuldigde boete, die dus niet zal worden toegewezen, en tot slot op de verschuldigde hoofdsom. CIA heeft zich verzet tegen deze toepassing van artikel 6:44 lid 1 BW met het verweer dat in de garantie-overeenkomst (2.11) hiervan afgeweken is. Dat in artikel 4 van de garantie-overeenkomst is bepaald dat “een bedrag van € 1.800.000 (zal) worden voldaan aan Heredium als (deel)betaling op de Finale Betaling en de 2de Betaling”, is, zonder nadere toelichting die ontbreekt, echter onvoldoende om dit verweer te honoreren, nu niet is aangevoerd dat partijen zich hierbij rekenschap hebben gegeven van de (mogelijkheid van) reeds verschenen rente over de desbetreffende bedragen.

Het voorgaande brengt met zich dat grief 1 in het principaal hoger beroep gedeeltelijk slaagt en dat de vorderingen van Heredium alsnog, onder afwijzing van het meer of anders gevorderde, zullen worden toegewezen in voege als hierna te vermelden.

3.7. In grief 2 in het principaal hoger beroep bestrijdt Heredium de toewijzing door de rechtbank van de door CIA in reconventie gevorderde schadevergoeding wegens inbreuk op de belastinggaranties tot een bedrag van € 100.000 en wegens strijd met het cessieverbod in artikel 18.2 van de koopovereenkomst ad € 15.609,49.

3.8. Heredium meent dat de belastinggaranties niet inhouden dat gegarandeerd is dat de Belastingdienst geen naheffingsaanslag overdrachtsbelasting zal opleggen, althans dat CIA niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij schade heeft geleden als gevolg van de schending van de garanties.

Het hof oordeelt als volgt. CIA heeft de stelling van Heredium niet bestreden dat door CIA een zogeheten ‘ruling’ (met de belastingdienst) is gevraagd en verkregen op grond waarvan partijen er allebei vanuit gingen en mochten gaan, dat er bij de transactie geen overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn en dat in artikel 12.1 sub b van de koopovereenkomst is vastgelegd dat, mocht dat onverhoopt anders komen te liggen, Heredium die belasting zou dragen. De belastingdienst is bij brief van 22 februari 2010 aan CIA (“Aankondiging naheffingsaanslag overdrachts-Belasting”) op de ‘ruling’ teruggekomen. Ten tijde van de totstandkoming van de koopovereenkomst deed zich dus niet de situatie voor zoals volgens partijen voorzien in artikel 10.4 van de garanties. Er was toen immers geen verschil van inzicht omtrent de verschuldigde overdrachtsbelasting met de belastingdienst noch dreigde dat. Ook zijn (uiteindelijk) geen verplichtingen tot betaling van overdrachtsbelasting voor CIA ontstaan, waarop artikel 10.3 van de garanties volgens partijen ziet. CIA heeft geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit zou kunnen volgen dat (tussen partijen is overeengekomen dat) de belastinggaranties ook een regeling inhouden voor de onderhavige situatie,

waarin onvoorzien een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting wordt opgelegd die uiteindelijk door de belastingrechter is vernietigd. Geconstateerd moet worden dat de tussen partijen gesloten overeenkomst een leemte bevat voor het geval dat CIA aanzienlijke kosten heeft gemaakt om die naheffingsaanslag te laten vernietigen, terwijl indien zij die kosten niet had gemaakt de naheffingsaanslag in stand zou zijn gebleven en Heredium de overdrachtsbelasting zou hebben moeten dragen. Naar het oordeel van het hof vloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voort dat deze kosten voor rekening komen van Heredium, omdat zij de materieel belanghebbende was dat de naheffingsaanslag en de beschikking inzake heffingsrente en boete vernietigd zouden worden.

Nu geen sprake is van een verplichting tot schadevergoeding aan de zijde van Heredium, gaat het beroep op artikel 6:98 BW inzake causaal verband reeds daarom niet op.

3.9. Heredium bestrijdt voorts de hoogte van het door de rechtbank na schatting toegewezen bedrag van € 100.000. In incidenteel hoger beroep voert CIA in grief 1 daarentegen aan dat de rechtbank ten onrechte niet het volledig gevorderde bedrag van € 137.520,57 heeft toegewezen.

Deze vordering heeft CIA onderbouwd door onder andere overlegging van een schadeoverzicht (productie 33 bij nadere akte van 23 januari 2013) en de desbetreffende facturen met specificatie van Loyens & Loeff N.V. (productie 28 bij akte van 11 december 2012). Volgens CIA zien de facturen op het schadeoverzicht onder de nummers 5, 6 (deels), 7, 11, 12 (deels), 14 (deels), 15, 16 (deels), 17, 18, 20, 22, 24, 26, 27, 28 en 29 op de onderhavige kwestie. Heredium heeft deze gespecificeerde facturen alsmede de betaling daarvan door CIA niet (voldoende) gemotiveerd weersproken, gelet op de gehanteerde gebruikelijke en redelijke tarieven, zodat het hof deze factuurbedragen ad in totaal € 66.758,95 in aanmerking zal nemen.

Verder heeft CIA zich beroepen op werkzaamheden die Aedes B.V., een van haar aandeelhouders, in dit kader voor haar heeft verricht. Volgens CIA zijn de daarvoor berekende kosten “conform de geldende afspraken” bij CIA in rekening gebracht. Heredium betwist deze afspraken bij gebrek aan wetenschap. Nu een nadere toelichting aan de zijde van CIA ontbreekt, worden deze kosten als niet (voldoende) gemotiveerd niet in aanmerking genomen.

Heredium heeft tot slot aangevoerd dat zij de kosten van de gemachtigde van CIA in de belastingprocedures ad ruim € 100.000 heeft betaald en aldus tweemaal dezelfde kosten zou moeten betalen. Volgens CIA ziet echter het overgrote deel van de gevorderde kosten van CIA op inhoudelijk commentaar van de adviseurs van CIA op de door Heredium voorbereide processtukken. Nu Heredium dat niet heeft betwist, is er geen aanleiding om het door Heredium reeds betaalde bedrag in aftrek te brengen. Wel wordt in aftrek gebracht de ten gunste van CIA uitgesproken proceskostenveroordeeling door

de belastingkamers van rechtbank Haarlem en dit hof ad in totaal € 3.356.

De slotsom is dat een bedrag van € 66.758,95 – € 3.356 = € 63.402,95 toewijsbaar is. Grief 2 in principaal hoger beroep slaagt in zoverre en grief 1 in incidenteel hoger beroep faalt dus.

3.10. Heredium voert verder in grief 2 in principaal hoger beroep aan dat de rechtbank ten onrechte een bedrag van € 15.609,49 heeft toegewezen. Zij stelt dat niet relevant is dat de vordering door Hannibal is ingesteld, althans dat CIA die kosten op grond van artikel 241 Rv niet integraal kan vorderen als schade, althans dat de kosten gematigd dienen te worden op grond van artikel 242 lid 1 Rv.

CIA werpt terecht op dat de schade het gevolg is van de schending door Heredium van het contractuele cessieverbod in artikel 18.2 van de koopovereenkomst, welke schending een (toerekenbare) tekortkoming oplevert en de daardoor geleden schade dient te worden vergoed door Heredium. Nu CIA niet heeft gegriefd tegen de omvang van de toegewezen schade, gaat dit onderdeel van grief 2 niet op.

3.11. CIA heeft in incidenteel hoger beroep in de grieven 2, 3 en 4, zoals weergegeven in de memorie van antwoord onder 120, bezwaar gemaakt tegen de afwijzing van een aantal andere tegenvorderingen naast die in rechtsoverweging 3.9 genoemd. Deze vorderingen zullen hierna achtereenvolgens worden behandeld.

3.12. CIA stelt in grief 2 dat de factuur van NUON blijkend uit haar brief van 8 april 2009 voor een bedrag van € 25.304,09 (productie 29 bij haar akte van 11 december 2012) voor rekening van Heredium dient te komen, nu het leveringen betreft van voor de datum van overdracht van de aandelen op 20 februari 2008. Zij beroept zich daartoe op artikel 9.1 aanhef van de bijlage bij de overeenkomst, waarbij zij aantekent dat niet aan de voorwaarden voor de uitzondering van artikel 9.1.3 is voldaan (2.2).

Het hof volgt CIA hierin niet. In casu betreft het door NUON gevorderde betaling van door haar verrichte leveringen voor datum overdracht, waarop artikel 9.1.3 ziet. Volgens CIA ziet de voorwaarde onder (ii) op leveringen van NUON na 20 februari 2008, hetgeen hier niet het geval is. Een dergelijke beperking van deze voorwaarde is echter niet vermeld en ook niet te rijmen met de aanhef van artikel 9.1.3 luidende “verplichtingen tot betaling van aan de Vennootschap geleverde (...) goederen en diensten”. Nu een nadere toelichting ontbreekt, wordt de door CIA verdedigde uitleg van deze voorwaarde niet gevolgd.

Voorts is CIA van mening dat Heredium moet worden geacht te zijn tekortgeschoten omdat het leveringen van voor 20 februari 2008 betreft, zodat niet is voldaan aan de voorwaarde onder (iii). Nu niet is gesteld of gebleken dat NUON reeds voor 20 februari 2008 een opeisbare vordering voor de desbetreffende leveringen op Heredium had, zoals de voorwaarde onder (iii) verlangt, volgt het hof CIA hierin niet.

De enkele stelling dat een andere uitleg van artikel 9.1.3 in strijd is met "de vastgoedpraktijk" wordt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, als onvoldoende gemotiveerd gepasseerd, in aanmerking genomen dat het partijen vrijstaat hun contractuele relatie anders te regelen dan gebruikelijk is.

De conclusie is dat de rechtbank deze vordering terecht heeft afgewezen en dat grief 2 dus faalt.

3.13. CIA voert in grief 3 aan dat zij aanspraak heeft op een bedrag van € 18.000 betreffende een vordering van Heredium Magnum op Heredium Incendium B.V.

Nu Heredium gemotiveerd betwist dat de schuld van een andere vennootschap voor haar rekening komt en CIA deze betwisting niet (voldoende) feitelijk en concreet onderbouwd weerspreekt, wordt de vordering afgewezen. Dit brengt met zich dat geen sprake kan zijn van de subsidiair gestelde schending van een balansgarantie door Heredium. Verder kan uit de producties waarop CIA zich beroept (producties 35 en 41 bij haar nadere akte van 23 januari 2013 en producties 30 en 31 bij haar akte van 11 december 2012), anders dan zij meent, (desondanks) geen rechtens afdwingbare betalingstoezegging door een bevoegd vertegenwoordiger van Heredium tot betaling van dit bedrag worden afgeleid. Enkel laatstgenoemde productie, een faxbericht van W. Herwegh Vonk van 1 november 2008, zou als een dergelijke toezegging kunnen worden geuid, maar het enkele feit dat Herwegh Vonk de eerste bestuurder van Heredium is geweest leidt er niet toe dat CIA hem op 1 november 2008 in redelijkheid als rechtsgeldig vertegenwoordiger van Heredium heeft mogen beschouwen, terwijl zij wist dat hij geen bestuurder meer van Heredium was. Feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, zijn niet gesteld of gebleken.

Grief 3 faalt dan ook.

3.14. Grief 4 verzet zich tegen de afwijzing van de vordering ad € 5.299,03, betreffende de kosten die door CIA zijn gemaakt in verband met de hiervoor onder 3.12 en 3.13 behandelde vorderingen. Nu deze vorderingen niet voor toewijzing in aanmerking komen, deelt grief 4 het lot van de grieven 2 en 3.

3.15. CIA voert ten slotte in grief 5 aan dat Heredium haar onnodig in rechte heeft betrokken en onnodig op kosten heeft gejaagd. Daarom is volgens haar Heredium op grond van de koopovereenkomst alle kosten in verband met de onderhavige procedure ad in totaal (€ 41.674,66 + € 41.838,26 =) € 83.512,92 verschuldigd. Ook deze grief faalt, reeds omdat hierna de conventionele vordering van Heredium deels zal worden toegewezen.

3.16. De slotsom is dat het beroep op verrekening van CIA tegen de vordering in conventie tot betaling van € 200.000 tot een bedrag van (€ 63.402,95 + € 15.609,49 =) € 79.012,44 slaagt en dat een bedrag van (200.000 – € 79.012,44 =) € 120.987,56 resteert dat aan Heredium is verschuldigd.

3.17. Het hof zal in verband met de leesbaarheid van het dictum het bestreden vonnis, voor zover in conventie gewezen, met uitzondering van de beslis-

sing inzake de proceskosten, vernietigen en alsnog, in overeenstemming met hetgeen hiervoor werd overwogen en beslist, de vorderingen van Heredium (deels) toewijzen, met afwijzing van het meer of anders gevorderde. De door de rechtbank uitgesproken compensatie van de wederzijdse proceskosten zal worden bekrachtigd.

De kosten van het geding in principaal hoger beroep zullen worden gecompenseerd, nu partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld. CIA zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in incidenteel hoger beroep.

Principaal cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het Hof heeft geoordeeld als vermeld in rov. 3.6.1, 3.9 en 3.12–3.17, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

1 Het hof heeft in rov. 3.6.1 overwogen dat CIA als gevolg van haar beroep op opschorting vanaf eind 2008 tot 4 oktober 2012 de beschikking heeft gehad over het door haar opgeschorte bedrag van € 2.000.000. Heredium heeft volgens het hof onbetwist gesteld dat CIA aldus rente hierover heeft bespaard en zij betrokken is geraakt in het ondernemersrisico van CIA. Gelet hierop brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid volgens het hof mee dat CIA een – gelet op de omstandigheden van het geval: redelijke – rente over dit bedrag aan Heredium vergoedt. Het hof heeft het percentage van de door CIA aldus verschuldigde rente bepaald op de helft van het percentage van de wettelijke handelsrente.

CIA is, aldus het hof, over de periode van 1 januari 2009 – de datum waarop de 2^e Betaling opeisbaar werd ingevolge artikel 2.3 van de koopovereenkomst – tot 4 oktober 2012 de helft van de wettelijke handelsrente verschuldigd over € 500.000. Over de periode van 5 oktober 2011 – de datum waarop ingevolge voormeld artikel de Finale Betaling opeisbaar werd – tot 4 oktober 2012 is zij volgens het hof de helft van de wettelijke handelsrente verschuldigd over € 1.500.000.

Heredium vertoert, aldus het hof, bovendien primair dat al hetgeen CIA reeds heeft betaald in mindering komt op eerst de verschuldigde rente, daarna op de verschuldigde boete, die volgens het hof dus niet zal worden toegewezen, en tot slot op de verschuldigde hoofdsom. CIA heeft zich volgens het hof verzet tegen deze toepassing van artikel 6:44 lid 1 BW met het verweer dat in de garantie-overeenkomst (2.11) hiervan afgeweken is. Dat in artikel 4 van de garantie-overeenkomst is bepaald dat "een bedrag van € 1.800.000 (zal) worden voldaan aan Heredium als (deel)betaling op de Finale Betaling en de 2^e Betaling", is, zonder nadere toelichting die ontbreekt, volgens het hof echter onvoldoende om dit verweer te honoreren, nu niet is aangevoerd dat

partijen zich hierbij rekenschap hebben gegeven van de (mogelijkheid van) reeds verschenen rente over de desbetreffende bedragen.

Het voorgaande brengt volgens het hof met zich dat grief 1 in het principaal hoger beroep gedeeltelijk slaagt en dat de vorderingen van Heredium alsnog, onder afwijzing van het meer of anders gevorderde, zullen worden toegewezen.

Klachten

1.1 's Hof's beslissing in rov. 3.6.1 is rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. De schadevergoeding verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom is (in het onderhavige geval) in artikel 6:119a BW geregeld. Deze vergoeding moet worden berekend over de tijd dat CIA met de voldoening van een geldsom in verzuim is geweest. Met dit wettelijk stelsel is onverenigbaar dat CIA, zonder, naar het hof in rov. 3.2, 3.4 en 3.5 heeft vastgesteld, in verzuim te zijn geraakt, op aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ontleende gronden zou zijn gehouden om aan Heredium een rentevergoeding te betalen over het bedrag van (uiteindelijk in totaal) € 2.000.000.¹

Althans heeft het vorenstaande te gelden gedurende de periode tot 7 juli 2012, waarin CIA de betaling (naar het hof in rov. 3.2 heeft vastgesteld: gerechtvaardigd) had opgeschort in verband met de door de belastingdienst opgelegde naheffingsaanslag en niet in verband met haar beroep op artikel 6:37 BW wegens de (in strijd met artikel 18.2 van de koopovereenkomst) tussen Heredium en Hannibal overeengekomen cessie.

Althans kunnen de door het hof aan zijn beslissing ter zake ten grondslag gelegde argumenten, te weten dat (i) CIA rente heeft bespaard doordat zij het bedrag van (uiteindelijk in totaal) € 2.000.000 pas later behoefde te betalen en (ii) Heredium betrokken is geraakt in het ondernemersrisico van CIA, zijn beslissing dat CIA een rentevergoeding dient te betalen aan Heredium, gelet op het vorenstaande, niet dragen.

Deze argumenten zijn immers inherent aan de omstandigheid dat een geldbedrag (waarover een schuldenaar beschikt) pas later hoeft te worden betaald en vormen daarmee niet een uitzonderlijke omstandigheid die rechtvaardigt dat op aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ontleende gronden een rentevergoeding wordt toegekend.

Althans valt zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet in te zien waarom de zojuist genoemde (aan latere betaling inherente) omstandigheden in

het onderhavige geval van zodanig bijzondere aard waren dat deze betaling van een aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ontleende rentevergoeding rechtvaardigden.

1.2 Althans is 's hofs beslissing in rov. 3.6.1 rechtens onjuist omdat, indien in cassatie uitgangspunt zou moeten zijn dat CIA op aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ontleende gronden (over enige periode) een rentevergoeding aan Heredium dient te betalen, dit ten hoogste een rentevergoeding kan zijn die is gebaseerd op het bedrag dat CIA daadwerkelijk aan rente over het door haar nog niet betaalde bedrag heeft genoten en niet de helft van het percentage van de wettelijke handelsrente.

1.3 's Hof's beslissing in rov. 3.6.1 dat de helft van de wettelijke handelsrente verschuldigd is over € 1.500.000 over de periode van 5 oktober 2011 – de datum waarop volgens het hof ingevolge voormeld artikel de Finale Betaling opeisbaar werd – tot 4 oktober 2012, is rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. CIA heeft immers onderbouwd gesteld dat de Finale Betaling eerst op 30 mei 2012 opeisbaar werd omdat de bestemming van het Registergoed als bedoeld in de Koopovereenkomst pas op die datum onherroepelijk was geworden en niet al op 5 oktober 2011.² Het hof is echter niet (kenbaar) ingegaan op deze (essentiële) stelling van CIA. Daarmee valt niet, althans niet zonder meer, in te zien waarom de helft van de wettelijke handelsrente verschuldigd is over € 1.500.000 reeds vanaf 5 oktober 2011 en niet vanaf 30 mei 2012.

1.4 Het hof is in rov. 3.6.1 buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden of heeft althans een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven. Uit de gedingstukken blijkt immers niet dat Heredium een aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ontleende rentevergoeding heeft gevorderd voor het geval CIA niet in verzuim zou zijn geweest. Zij heeft slechts wettelijke handelsrente gevorderd over het bedrag dat CIA volgens haar eerder aan haar had moeten voldoen omdat CIA in de visie van Heredium op onterechte gronden heeft opgeschort.

Althans heeft het hof, indien zijn beslissing aldus moet worden begrepen dat Heredium zijn eis ten pleidooie in hoger beroep heeft gewijzigd en alsnog de door het hof bedoelde rentevergoeding heeft gevorderd, miskend dat deze eisenwijziging is gedaan op een zo laat moment in de procedure, nu CIA op de verschuldigdheid en hoogte van de bedoelde rentevergoeding niet meer adequaat heeft kunnen reageren, dat deze in strijd komt met de goede procesorde en daarom buiten beschouwing moet worden gelaten.

Althans had het hof, indien het de door hem in rov. 3.6.1 bedoelde rentevergoeding had willen toewijzen, teneinde een ontoelaatbare verrassingsbe-

¹ Het hof heeft in rov. 3.6.1 vastgesteld dat het gaat om rente over een bedrag van € 500.000 van 1 januari 2009 tot 4 oktober 2012 en over een bedrag van € 1.500.000 over de periode 5 oktober 2011 tot 4 oktober 2012.

Vergelijk ook de memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 53 en 77 en de spreekantekeningen van mr. T.M. Huisman in hoger beroep, onder 24, die er op wijst dat CIA niet in verzuim verkeerde en daarmee geen wettelijke rente is verschuldigd.

² Memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 78–80 en de conclusie van antwoord, onder 25.

slissing te voorkomen, partijen in de gelegenheid moeten stellen zich nader uit te laten over de hoogte van deze door hem toegewezen rentevergoeding.

1.5 In aansluiting op het in onderdeel 1.4 beoogde is eveneens rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk 's hofs overweging dat de omstandigheid dat in artikel 4 van de garantie-overeenkomst is bepaald dat "een bedrag van € 1.800.000 (zal) worden voldaan aan Heredium als (deel)betaling op de Finale Betaling en de 2^e Betaling", zonder nadere toelichting die ontbreekt, onvoldoende is om het verweer van CIA dat van de toepassing van artikel 6:44 BW in de garantie-overeenkomst is afgeweken, te honoreren, nu niet is aangevoerd dat partijen zich hierbij rekenschap hebben gegeven van de (mogelijkheid van) reeds verschenen rente over de desbetreffende bedragen.

Nu het hof kennelijk heeft aangenomen dat Heredium haar eis eerst ten pleidooie heeft gewijzigd en ook een rentevordering in verband met de rechtmatige opschorting heeft ingesteld, heeft het miskend dat CIA in haar memorie van antwoord tevens houdende memorie van grieven in het incidentele appèl³ (waarin het door het hof aangehaalde verweer is opgenomen) nog niet op die wijziging had kunnen reageren. Het hof had, zo in cassatie uitgangspunt moet zijn dat deze wijziging van eis toelaatbaar was en naar in onderdeel 1.4 is uiteengezet, CIA in de gelegenheid moeten stellen zich daarover nader uit te laten. CIA had in dat geval kunnen aangeven waarom ook terzake van deze rentevordering in de garantieovereenkomst van artikel 6:44 BW was afgeweken.

2 Het hof heeft in rov. 3.9 overwogen dat CIA zich heeft beroepen op werkzaamheden die Aedes B.V., een van haar aandeelhouders, in dit kader voor haar heeft verricht. Volgens CIA zijn, aldus het hof, de daarvoor berekende kosten "conform de geldende afspraken" bij CIA in rekening gebracht. Heredium betwist deze afspraken volgens het hof bij gebrek aan wetenschap. Nu een nadere toelichting aan de zijde van CIA ontbreekt, worden deze kosten als niet (voldoende) gemotiveerd niet in aanmerking genomen, aldus het hof.

Klachten

2.1 Indien 's hofs beslissing in rov. 3.9 aldus moet worden begrepen dat Heredium niet heeft betwist dat Aedes B.V. de door CIA gestelde werkzaamheden ten behoeve van de onderhavige zaak heeft verricht, maar wel (bij gebrek aan wetenschap) dat Aedes B.V. die "conform de geldende afspraken" in rekening heeft gebracht bij CIA, is zijn beslissing, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. CIA heeft Immers door middel van een factuur en bankafschrift uiteengezet dat zij de door Aedes B.V. in de onderhavige zaak maakte en gefactureerde kosten aan Aedes B.V.

heeft betaald.⁴ CIA heeft bovendien uiteengezet dat zij haar vordering terzake heeft verminderd waar de door Aedes B.V. verrichte werkzaamheden niet eenduidig onder een van de schadecategorieën vallen.⁵ Daarmee is uitgangspunt dat CIA inzichtelijk heeft gemaakt welke bedragen Aedes B.V. in de onderhavige zaak in rekening heeft gebracht en welke bedragen door CIA aan Aedes B.V. zijn betaald. Nu Heredium in dat geval niet heeft betwist dat de werkzaamheden door Aedes B.V. in de onderhavige zaak zijn gemaakt, is haar enkele stelling dat zij de tussen Aedes, CIA en Wonders gemaakte afspraken bij gebrek aan wetenschap betwist,⁶ alsmede dat niet is toegelicht om welke kosten het gaat en wat 'ter zake' inhoudt⁷ in beginsel ontoereikend om de vordering van CIA ter zake van deze kosten te weerleggen. Uit de zojuist bedoelde factuur blijkt immers om welke kosten het gaat en dat die ook door CIA aan Aedes B.V. zijn betaald. Nu Heredium in dat geval niet heeft betwist dat Aedes B.V. in de onderhavige zaak werkzaamheden heeft verricht en evenmin heeft aangevoerd dat de bedoelde betaling onverschuldigd zou zijn verricht, is uitgangspunt dat er een afspraak bestond op grond waarvan Aedes B.V. de door haar in de onderhavige zaak gemaakte kosten in rekening kon brengen bij CIA. In ieder geval valt niet zonder meer in te zien waarom CIA deze kosten in het licht van de betwisting door Heredium in dat geval niet voldoende heeft gemotiveerd.

2.2 Indien 's hofs beslissing in rov. 3.9 aldus moet worden begrepen dat Heredium (bij gebrek aan wetenschap) heeft betwist dat Aedes B.V. de door CIA gestelde werkzaamheden (geheel) ten behoeve van de onderhavige zaak heeft verricht, is zijn beslissing, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, eveneens onbegrijpelijk.

CIA heeft immers aan de hand van een factuur waarop de onderhavige zaak wordt vermeld en een bankafschrift uiteengezet dat Aedes B.V. in de onderhavige zaak werkzaamheden heeft verricht en dat zij de aan haar gefactureerde kosten heeft betaald.⁸ CIA heeft bovendien uiteengezet dat zij haar vordering terzake heeft verminderd waar de door Aedes B.V. verrichte werkzaamheden niet eenduidig onder een van de schadecategorieën vallen.⁹ Daarenboven heeft CIA gesteld dat met Heredium is overlegd over het verweer dat tegen de naheffingsaanslagen (waarop de door Aedes B.V. gemaakte

3 Zie voor dit door het hof aangehaalde betoog de memorie onder 119.

4 Nadere akte van 23 januari 2013 onder 18, met verwijzing naar de producties 37 en 38 bij die akte.

5 Nadere akte van 23 januari 2013, onder 18.

6 Akte van 6 maart 2013, onder 24.

7 Zie de memorie van antwoord in incidenteel appèl, onder 29.

8 Nadere akte van 23 januari 2013 onder 18, met verwijzing naar de producties 37 en 38 bij die akte.

9 Nadere akte van 23 januari 2013, onder 18.

kosten zagen)¹⁰ werd gevoerd.¹¹ Daaruit volgt dat Heredium ook op de hoogte was van de door Aedes B.V. verrichte werkzaamheden. Daarmee is uitgangspunt dat CIA gemotiveerd heeft uiteengezet dat Aedes B.V. in de onderhavige zaak werkzaamheden heeft verricht en dat die ook door haar aan Aedes B.V. zijn betaald. Daarvan uitgaande is de enkele stelling van Heredium dat zij de tussen Aedes, CIA en Wonders gemaakte afspraken bij gebrek aan wetenschap betwist,¹² alsmede dat niet is toegelicht om welke kosten het gaat en wat 'ter zake' inhoudt¹³ in beginsel ontoereikend om de vordering van CIA ter zake van deze kosten te weerleggen. Uit de zojuist bedoelde factuur blijkt immers dat in verband met de onderhavige zaak door Aedes B.V. kosten zijn gemaakt en dat deze door haar bij CIA in rekening zijn gebracht, om welke kosten het gaat, alsmede dat deze kosten door CIA aan Aedes B.V. zijn betaald. Nu Heredium niet heeft aangevoerd dat de bedoelde betaling onverschuldigd zou zijn verricht, is uitgangspunt dat er een afspraak bestond op grond waarvan Aedes B.V. de door haar in de onderhavige zaak gemaakte kosten in rekening kon brengen bij CIA. In ieder geval valt niet zonder meer in te zien waarom CIA deze kosten in het licht van de betwisting door Heredium in dat geval niet voldoende heeft gemotiveerd.

2.3 Indien 's hofs beslissing in rov. 3.9 aldus moet worden begrepen dat Heredium heeft aangevoerd dat het maken en/of de hoogte van de door Aedes B.V. bij CIA in rekening gebrachte kosten niet redelijk is en nu een nadere toelichting van de zijde van CIA ontbreekt, deze kosten daarom als niet (voldoende) gemotiveerd niet in aanmerking worden genomen, is zijn beslissing rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk.

CIA heeft aangevoerd dat het door haar gevorderde bedrag in verband met de door Aedes B.V. verrichte en bij haar in rekening gebrachte werkzaamheden in de onderhavige zaak naar beneden is bijgesteld (voor zover deze kosten niet eenduidig onder een van de schade categorieën vallen) en dat de door Aedes B.V. aan de zaak bestede tijd niet onredelijk (maar proportioneel) is.¹⁴ CIA heeft daarmee gesteld dat zowel de hoogte van de door haar gevorderde kosten als het maken daarvan redelijk is. Het hof heeft miskend dat Heredium dit betoog van CIA niet heeft betwist en zich er derhalve niet op heeft beroepen dat het maken of de hoogte van de zojuist bedoelde kosten niet redelijk zou zijn. Heredium heeft immers enkel aangevoerd dat zij de tussen

Aedes, CIA en Wonders gemaakte afspraken bij gebrek aan wetenschap betwist¹⁵ en dat niet is toegelicht om welke kosten het gaat, alsmede niet is toegelicht wat 'ter zake' inhoudt.¹⁶ Daarmee had het hof tot uitgangspunt moeten nemen dat de hoogte en het maken van deze kosten redelijk zijn. In ieder geval valt niet, althans niet zonder meer, in te zien waarom de hoogte of het maken van deze kosten volgens het hof niet redelijk zou zijn.

2.4 Indien 's hofs beslissing in rov. 3.9 aldus moet worden begrepen dat nu Aedes B.V. een van de aandeelhouders van CIA is en daarmee sprake is van interne kosten waarvan CIA onvoldoende heeft gemotiveerd waarom deze in aanmerking moeten worden genomen, is zijn beslissing rechtens onjuist.

Het hof heeft in dat geval miskend dat indien de benadeelde in eigen bedrijf kosten ('interne kosten') maakt ten gevolge van schadeveroorzakend handelen van een ander, ook deze kosten als schade kunnen worden aangemerkt en daarmee in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen. Bovendien heeft het hof in dat geval miskend dat CIA niet behoeft te motiveren waarom de zojuist bedoelde interne kosten in aanmerking moeten worden genomen, zolang zij (toereikend) onderbouwt dat deze kosten daadwerkelijk zijn gemaakt en het maken en de hoogte van de bedoelde kosten redelijk zijn.

Naar in de onderdelen 2.1–2.3 is uiteengezet, heeft CIA aan die stelplicht voldaan.

2.5 Althans heeft het hof in rov. 3.9 miskend dat het de door CIA geleden schade in verband met de door Aedes B.V. bij haar in rekening gebrachte en door haar betaalde kosten had moeten schatten op de voet van artikel 6:97 BW indien het de hoogte van de door CIA opgevoerde kosten niet zonder meer redelijk achtte vanwege de onduidelijkheid over de tussen CIA en Aedes B.V. over de vergoeding van die kosten gemaakte afspraken. Gelet op het betoogde in de onderdelen 2.1–2.3 is in het onderhavige geval immers uitgangspunt dat de bedoelde kosten door Aedes B.V. in verband met de onderhavige zaak zijn gemaakt, dat die aan CIA zijn gefactureerd en dat die ook door CIA aan Aedes B.V. zijn voldaan.

3 Het hof heeft in rov. 3.12 overwogen dat CIA heeft aangevoerd dat de factuur van Nuon blijkend uit de brief van 8 april 2009 voor een bedrag van € 25.304,09 voor rekening van Heredium dient te komen, nu het leveringen betreft van voor de datum van overdracht van de aandelen op 20 februari 2008. Zij beroept zich daartoe volgens het hof op artikel 9.1 aanhef van de bijlage bij de overeenkomst, waarbij zij aantekent dat niet aan de voorwaarden voor de uitzondering van artikel 9.1.3 is voldaan. Het hof is CIA daarin niet gevolgd. In casu betreft het volgens het hof door Nuon gevorderde betaling van door haar verrichte leveringen voor datum overdracht, waarop artikel 9.1.3 ziet. Volgens CIA ziet de voorwaarde onder (ii) op leveringen van Nuon na 20 februari 2008, hetgeen hier niet het geval is. Een

¹⁰ Nadere akte van 23 januari 2013, onder 15.

¹¹ Spreekantekeningen van mrs. T.M. Huisman en B. Linnartz van 11 december 2013, onder 14; Nadere akte van 23 januari 2013, onder 13 en 15. In dat verband heeft CIA ook de namen genoemd van de vertegenwoordigers van Heredium die bij dit overleg aanwezig waren. Zie de Nadere akte van 23 januari 2013, onder 15.

¹² Akte van 6 maart 2013, onder 24.

¹³ Zie de memorie van antwoord in incidenteel appèl, onder 29.

¹⁴ Nadere akte van 23 januari 2013, onder 18.

¹⁵ Akte van 6 maart 2013, onder 24.

¹⁶ Zie de memorie van antwoord in incidenteel appèl, onder 29.

dergelijke beperking van deze voorwaarde is echter, aldus het hof, niet vermeld en ook niet te rijmen met de aanhef van artikel 9.1.3 luidende "verplichtingen tot betaling van aan de Vennootschap geleverde (...) goederen en diensten". Nu volgens het hof een nadere toelichting ontbreekt, wordt de door CIA verdedigde uitleg van deze voorwaarde niet gevolgd. Voorts is CIA volgens het hof van mening dat Heredium moet worden geacht te zijn tekortschoten omdat het leveringen van voor 20 februari 2008 betreft, zodat niet is voldaan aan de voorwaarde onder (iii). Nu niet is gesteld of gebleken dat Nuon reeds voor 20 februari 2008 een opeisbare vordering voor de desbetreffende leveringen op Heredium had, zoals de voorwaarde onder (iii) verlangt, is het hof CIA ook daarin niet gevolgd. De enkele stelling dat een andere uitleg van artikel 9.1.3 in strijd is met 'de vastgoedpraktijk' wordt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, volgens het hof als onvoldoende gemotiveerd gepasseerd, in aanmerking genomen dat het partijen vrijstaat hun contractuele relatie anders te regelen dan gebruikelijk is. De conclusie is, aldus het hof, dat de rechtbank deze vordering terecht heeft afgewezen.

Klachten

3.1 CIA heeft uiteengezet dat de contractuele hoofdregel is dat de kosten met betrekking tot een geregistreerd tot de leveringsdatum voor rekening van Heredium komen en dat op de overnamebalans ook geen energiekosten staan vermeld, zodat de daarmee samenhangende kosten conform de zojuist genoemde hoofdregel moeten worden verrekend.¹⁷ Nu deze (voor rekening van Heredium komende) kosten door CIA zijn betaald, moeten die volgens haar door Heredium worden vergoed.¹⁸ Voorts heeft CIA zich er op beroepen dat de uitleg van artikel 9.1.3 die Heredium voorstaat, niet strookt met de (zojuist bedoelde) hoofdregel en evenmin met de vastgoedpraktijk, waarbij risico's, inkomsten en kosten per Leveringsdatum en met ingang van de Leveringsdatum overgaan van Verkoper op Koper.¹⁹ Partijen hebben volgens CIA niet beoogd een andere, afwijkende regeling overeen te komen.²⁰

Het hof heeft in rov. 3.12 derhalve miskend dat CIA in het kader van de uitleg van artikel 9.1 en 9.1.3 een beroep heeft gedaan op de in de vastgoedpraktijk bestaande (hoofd)regel dat risico's, inkomsten en kosten per Leveringsdatum en met ingang van de Leveringsdatum overgaan van Verkoper op Koper en dat partijen niet hebben beoogd daarvan af te wijken. CIA heeft derhalve in het kader van de uitleg van de tussen haar en Heredium gesloten (koop)

overeenkomst²¹ een beroep gedaan op een in de vastgoedpraktijk bestaand gebruik of daarin bestaande regel. Nu het hof niet heeft beslist dat het door CIA ingeroepen gebruik of de door haar ingeroepen regel in de vastgoedpraktijk niet, of niet op de door CIA bedoelde wijze, zou bestaan, moet van het bestaan van die regel of dat gebruik in cassatie (in ieder geval veronderstellenderwijs) worden uitgegaan. Een dergelijk in de vastgoedpraktijk bestaand gebruik of bestaande regel kan als gezichtspunt van belang zijn in het kader van de uitleg van een overeenkomst.

's Hofs beslissing dat het partijen vrijstaat hun contractuele relatie anders te regelen dan gebruikelijk is, vormt in het licht van het vorenstaande geen (rechtens juiste) weerlegging van dat betoog van CIA. Het staat partijen weliswaar vrij om van een in de branche bestaand gebruik af te wijken, maar CIA heeft nu juist betoogd dat in het onderhavige geval niet van dit gebruik is afgeweken en dit daarmee in het kader van de uitleg van artikel 9.1 (en 9.1.3) van de tussen partijen gesloten overeenkomst als gezichtspunt van belang is. Het hof kon dit door CIA aangedragen gezichtspunt daarom niet buiten beschouwing laten met de door hem gegeven onderbouwing, maar had dit in de vastgoedpraktijk bestaande gebruik of deze in de vastgoedpraktijk bestaande regel bij zijn beslissing omtrent de uitleg van de overeenkomst moeten betrekken. Eerst indien het hof zou hebben geconcludeerd dat dit gezichtspunt niet tot een andere dan de door hem gekozen uitleg kan leiden, is relevant dat partijen van een in een branche bestaande gebruik of bestaande regel kunnen afwijken.

3.2 's Hofs beslissing in rov. 3.12 is zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk.

Mede in het licht van de in onderdeel 3.1 bedoelde vastgoedpraktijk, valt niet, althans niet zonder meer, in te zien, naar CIA ook heeft betoogd,²² waarom partijen zouden zijn overeengekomen dat CIA diende te betalen voor aan Heredium voor de leveringsdatum geleverde energie. Naar CIA heeft gesteld, is immers niet voldaan aan de eisen die artikel 9.1.3 stelt voor een uitzondering op de (hoofd)regel dat de levering van diensten en goederen voor de leveringsdatum voor rekening van Heredium blijft, nu het niet gaat om een geval waarin de verplichtingen die CIA ten goede komen in/voor de periode na leveringsdatum, waarop dit artikel doelt, aan de orde zijn.²³

Bovendien valt niet, althans niet zonder meer, in te zien waarom niet is gesteld of gebleken dat Nuon reeds voor 20 februari 2008 een opeisbare vordering op Heredium had. CIA heeft zich er immers op beroepen dat het gaat om de levering van energie

17 Zie de memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 134 en 135.

18 De memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 135.

19 Memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 140.

20 Memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 140.

21 Zie rov. 2.2.

22 Memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 134, 135 en 140.

23 Memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 138.

aan Heredium voor de leveringsdatum.²⁴ Niet zonder meer valt in te zien waarom ter zake van die (reeds geleverde) energie geen opeisbare vordering op Heredium zou bestaan. Dat geldt teminder nu CIA heeft gesteld dat zij door Nuon is aangesproken tot betaling en ter voorkoming van afsluiting de facultuur van Nuon heeft voldaan.²⁵

4 Het hof heeft in rov. 3.13 overwogen dat uit de producties waarop CIA zich beroept, anders dan zij meent, (desondanks) geen rechtens afdwingbare betalingstoezegging door een bevoegd vertegenwoordiger van Heredium tot betaling van dit bedrag kan worden afgeleid. Enkel laatstgenoemde productie, een faxbericht van W. Herwegh van 1 november 2008, zou volgens het hof als een dergelijke toezegging kunnen worden geduid, maar het enkele feit dat Herwegh Vonk de eerste bestuurder van Heredium is geweest leidt er, aldus het hof, niet toe dat CIA hem op 1 november 2008 in redelijkheid als rechtsgeldig vertegenwoordiger van Heredium heeft mogen beschouwen, terwijl zij wist dat hij geen bestuurder meer van Heredium was. Feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, zijn volgens het hof niet gesteld of gebleken.

4.1 's Hof's beslissing in rov. 3.13 is rechtens onjuist. De omstandigheid dat Herwegh Vonk weliswaar de eerste bestuurder van Heredium was, maar CIA wist dat dit niet meer het geval was, brengt niet, althans niet zonder meer, mee, dat CIA er niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat Herwegh Vonk (op 1 november 2008) bevoegd was om Heredium te vertegenwoordigen. Ook niet bestuurders (zoals oud-bestuurders) kunnen immers bevoegd zijn om een rechtspersoon te vertegenwoordigen (bijvoorbeeld krachtens een aan hen verleende volmacht). Bovendien kan ook zonder een expliciet toedoen van Heredium gerechtvaardigd vertrouwen op het bestaan van een volmacht worden aangenomen, ook al was Herwegh Vonk geen bestuurder meer, op grond van feiten en omstandigheden die voor risico komen van Heredium en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van Herwegh Vonk kan worden afgeleid.

4.2 Indien het hof het in onderdeel 4.1 betoogde niet heeft miskend, is zijn beslissing, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onbegrijpelijk. CIA heeft zich er immers op beroepen dat (i) Herwegh Vonk als vertegenwoordigingsbevoegd contactpersoon optrad,²⁶ (ii) zij de (door het hof bedoelde) betalingstoezegging van de heer Herwegh Vonk bij brief van 27 november 2008 aan hem heeft bevestigd met een kopie aan de bewindvoerder van

Heredium,²⁷ de heer Genk, en geen van hen beiden daartegen bezwaar heeft gemaakt,²⁸ alsmede dat (iii) CIA geen enkele reden had om te twijfelen aan de bevoegdheid van Herwegh Vonk, die de oprichter was van Heredium en die de intentieovereenkomst had ondertekend.²⁹

Dit terwijl Heredium de zojuist genoemde omstandigheden niet (gemotiveerd) heeft weersproken, maar zich er slechts op heeft beroepen dat (CIA wist dat) Herwegh Vonk geen bestuurder (meer) was van Heredium.³⁰ In het licht van deze omstandigheden valt niet, althans niet zonder meer, in te zien waarom geen sprake zou zijn van een rechtens afdwingbare betalingstoezegging door een bevoegd vertegenwoordiger van Heredium, althans van een rechtens afdwingbare betalingstoezegging van Herwegh Vonk die CIA gerechtvaardigd voor vertegenwoordiger van Heredium mocht houden.

4.3 Onderdeel 4.2 vitiëert eveneens 's hofs beslissing in rov. 3.13 dat geen feiten en omstandigheden zijn gesteld of gebleken die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden.

4.4 In het licht van de vorenstaande onderdelen 4.1–4.3 is eveneens, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk 's hofs overweging in rov. 3.13 dat CIA de betwisting door Heredium dat de schuld van de andere vennootschap voor haar rekening komt, niet voldoende (feitelijk) en onderbouwd heeft weerlegd.

4.5 Onderdeel 4.4 vitiëert bij gegrondbevinding ook 's hofs beslissing in rov. 3.13 dat geen sprake kan zijn van de subsidiair gestelde schending van de balansgarantie door Heredium.

5 De vorenstaande onderdelen 1–4 vitiëren bij gegrondbevinding ook 's hofs beslissingen in rov. 3.14–3.17.

Incidenteel cassatiemiddel:

Onderdeel I: rechtsgevolg ongegrond beroep op opschorting

2.1 De klachten van dit onderdeel richten zich tegen rov. 3.2 en 3.3, 3.4 van het bestreden arrest.

Inleiding op onderdeel I

2.2 Een beroep op opschorting geschiedt op eigen risico,¹² zo komt naar voren uit HR 21 september 2007, NJ 2009/50 (*Kwekerij de Engel/Enthoven Electra*), waarin Uw Raad onder meer overwoog:

"4.6 (...) In dit verband is bovendien van belang dat een achteraf geheel of ten dele ongegrond gebleken beroep op opschorting mee-

24 Memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 139; Nadere akte van 23 januari 2013, onder 24.

25 Nadere akte van 23 januari 2013, onder 24.

26 Memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 129.

27 Naar het hof in rov. 2.4 heeft vastgesteld, is Heredium op 10 december 2009 ontbonden en vereffend. Het hof heeft in rov. 2.9 vastgesteld dat de liquidatie van Heredium op 15 maart 2012 is heropend.

28 Memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 129.

29 Memorie van antwoord tevens houdende grieven in incidenteel appèl, onder 131.

30 Memorie van antwoord in incidenteel appèl, onder 15 en 16.

12 Vgl. Streekkerk, Opschortingsrechten (mon. BW nr. 32b) 2013/27.1 en 27.2.

brengt dat degeen die dit beroep deed, terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim kwam te verkeren (art. 6:83, aanhef en onder c), zodat hij aanstonds de wettelijke rente verschuldigd werd over de door hem nog verschuldigde geldsom (art. 6:74 in verbinding met art. 6:119 lid 1)."

2.3 Schort een schuldenaar de nakoming van zijn verbintenis op dan aanvaardt hij voormelde consequenties indien het beroep op opschorting achteraf geheel of gedeeltelijk ongegrond blijkt.

2.4 Dit is niet slechts het geval indien de schuldenaar op het moment waarop hij zich op opschorting beroept (serieuze) redenen heeft om aan de gerechtigdheid van opschorting te twijfelen. Ook als hij zich aanvankelijk gesterkt wist in zijn beroep op opschorting door een (nadien in hoger beroep of cassatie vernietigde) rechterlijk uitspraak dan wel anderszins meende de nakoming van zijn verbintenis te mogen opschorten, komt het beroep op opschorting voor zijn risico. Zo kan worden opge maakt uit (rov. 3.5 van) het arrest van 3 februari 2012, NJ 2012/91, waarin Uw Raad onder meer overwoog:

"Uit genoemd arrest van 21 september 2007 vloeit voort dat, indien in een later gevoerde arbitrageprocedure bepaald zou worden dat de koopsom niet (of slechts in geringe mate) wordt bijgesteld, Euretco zich op eigen risico van het opschortingsverweer heeft bediend, ook indien de rechter in de onderhavige procedure dat verweer voorshands gegrond heeft geoordeeld; dat brengt dan mee dat het opschortingsverweer alsnog ongegrond blijkt te zijn geweest, (...)."

2.5 Deze jurisprudentie strookt met die aangaande een achteraf door de rechter als ongegrond beoordeeld beroep op ontbinding.¹³ Zo overwoog Uw Raad in (rov. 3.3.2 van) het arrest *G4 Beheer/Hanzevast Beleggingen*¹⁴:

"Beslist de rechter daarentegen dat de ontbindingsverklaring niet gerechtvaardigd was, dan staat daarmee in beginsel niet alleen vast dat de overeenkomst partijen nog steeds bindt, maar ook dat de ontbindingsverklaring heeft geleid tot verzuim van de partij die deze verklaring aflegde."

2.6 Bovendien zijn voormelde uitspraken in lijn met vaste jurisprudentie van Uw Raad over achteraf gezien ongegronde beslagleggingen en de executiemaatregelen ter uitvoering van (uitvoerbaar bij voorraad verklaarde) rechterlijke uitspraken waaraan nog geen kracht van gewijsde toekomt.¹⁵

2.7 De schuldenaar neemt met zijn beroep op opschorting een mogelijke schadelijktigheid tegenover zijn wederpartij voor lief.

Toespitsing op onderhavige procedure

2.8 De belastingdienst heeft voorafgaand aan de onderhavige transactie (op 15 oktober 2007) een 'ruling' afgegeven, waarin Heredium Magnum B.V. aangaande de verwerving van de eigendom van het pand per 15 februari 2007 werd aangemerkt als monumentenvennootschap in de zin van art. 15 lid 1 onder p Wbr.,¹⁶ waaraan geen aanslag overdrachtsbelasting zou worden opgelegd. Ook aan CIA is voorafgaand aan de transactie door de belastingdienst een 'ruling' verstrekt waarin de belastingdienst te kennen gaf geen aanslag overdrachtsbelasting te zullen opleggen.¹⁷

2.9 Partijen gingen er beiden vanuit en mochten er beiden, van uitgaan dat voor de transactie geen overdrachtsbelasting zou hoeven worden voldaan.¹⁸

2.10 Bij brief van 22 februari 2010 is de belastingdienst van deze 'ruling' teruggekomen. Heredium heeft van begin af aan gewezen op de onhoudbaarheid van de aanslag.¹⁹

2.11 CIA heeft bezwaar gemaakt tegen de aanslag. De belastingdienst heeft het bezwaar verworpen voor zover gericht tegen de naheffingsaanslag, de boete werd evenwel verminderd. De rechtbank Haarlem heeft op 3 augustus 2011 het beroep tegen deze beschikking op bezwaar gegrond verklaard en de naheffingsaanslag vernietigd. Het Gerechtshof Amsterdam heeft die uitspraak op 24 mei 2012 bekrachtigd.

2.12 Heredium heeft de kosten van de advocaat van CIA in de fiscale procedure voor haar rekening genomen²⁰ ad ruim € 100.000.

2.13 Ofschoon de vordering opeisbaar was, heeft de belastingdienst besloten niet over te gaan tot executie.²¹

2.14 Nu de belastingdienst tegen voormelde uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 24 mei 2012 geen cassatieberoep heeft ingesteld, werd die zes weken later, op 6 juli 2012, onherroepelijk.

2.15 Achteraf bleek het beroep van CIA op opschorting van haar verbintenis tot voldoening van de tweede en de finale termijn, welke ontstond per 1 januari 2009 respectievelijk 5 oktober 2011, (ook in de optiek van CIA) ongegrond.²²

2.16 Rov. 3.2 luidt als volgt:

"3.2. Het hof overweegt als volgt. In deze zaak doet zich niet voor (het 'normale' geval) dat de vordering achteraf niet blijkt te hebben bestaan of een geringere omvang blijkt te hebben dan ten tijde van de opschorting werd verondersteld. De opschorting door CIA vond zijn recht-

13 Vgl. ook Streefkerk, Opschortingsrechten (mon. BW nr. 32b) 2013/27.1 en 27.2.

14 Vgl. HR 8 juli 2011, NJ 2012, 684.

15 Vgl. Streefkerk, Opschortingsrechten (Mon. BW nr. 32b) 2013/27.1 en 27.2. Zie verder bijvoorbeeld HR. 19 februari 1999, NJ 1999, 367 en HR 19 december 2014, NJ 2015, 168.

16 Randnummer 15 en 16 van de mvg.

17 Vgl. bijv. rov. 3.8 van het bestreden arrest.

18 Vgl. rov. 3.8 van het bestreden arrest.

19 Vgl. bijv. par. 7 van de pleitnotities van 11 december 2012 van de raadsman van Heredium.

20 Vgl. het proces-verbaal van de rechtbank van de comparitie, gehouden op 11 december 2012.

21 Vgl. het proces-verbaal van de rechtbank van de comparitie, gehouden op 11 december 2012.

22 Vgl. het proces-verbaal van pleidooi voor het hof van 15 oktober 2014.

vaardiging in een op dat moment bestaande fiscale claim.

Deze claim was opeisbaar en invorderbaar en vormt een niet meer weg te denken realiteit. Dit zo zijnde kan niet worden gezegd dat CIA, door in die omstandigheden een beroep op opschorting te doen, handelde op eigen risico en, nu achteraf door de belastingrechter is beslist dat de naheffing ondeugdelijk was, door het beroep op opschorting te doen zich schuldig heeft gemaakt aan wanprestatie. Daarom is geen sprake van verzuim van CIA. In hoeverre CIA als gevolg van dit oordeel op niet te rechtvaardigen wijze in een voordeliger positie wordt gebracht dan wanneer de fiscale claim zich niet zou hebben voorgedaan en in hoeverre dit gevolg aan de hand van de redelijkheid en billijkheid dient te worden bijgesteld, zal hierna, onder 3.6, onder ogen worden gezien."

Onderdeel I.a

2.17 Waar naar het oordeel van het hof in rov. 3.2 het beroep op opschorting niet voor risico komt van CIA, nu de "claim opeisbaar en invorderbaar" was en (om die reden) een niet meer weg te denken realiteit vormde en CIA — ofschoon de naheffingsaanslag in rechte is vernietigd — (dan ook) jegens Heredium geen wanprestatie heeft gepleegd en (dus) niet in verzuim is geraakt, gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien de aanslag ingevolge de (in hoger beroep bekrachtigde) uitspraak van de rechtbank Haarlem van 3 augustus 2011 met terugwerkende kracht is vernietigd, dus moet worden geacht nooit te hebben bestaan, en een beroep op opschorting geschiedt op eigen risico, met als gevolg dat als dit beroep achteraf ongegrond blijkt de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim komt.

Onderdeel I.b

2.18 Voor zover naar het oordeel van het hof in rov. 3.2 van het bestreden arrest "zich niet (...) (het 'normale' geval) [voordoet] dat de vordering achteraf niet blijkt te hebben bestaan", getuigt 's hofs oordeel van een onjuiste rechtsopvatting, althans is dit niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, nu met de vernietiging van de belastingclaim in de fiscale procedure de vordering (op grond waarvan CIA haar verbintenis tot betaling opschortte) geacht moet worden nooit te hebben bestaan, en als het hof zulks niet heeft miskend, zonder nadere, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk is gemotiveerd, waarom naar het oordeel van het hof de belastingclaim niet mag worden geacht nooit te hebben bestaan, en (zonder motivering, die ontbreekt) niet inzichtelijk is waarin, aldus het hof, het (beslissende) verschil schuilt tussen wat het aanduidt als "het 'normale' geval" en de onderhavige situatie, te meer niet nu met de vernietiging van de belastingaanslag de belastingaanslag in juridische zin ge-

acht moet worden nooit te hebben bestaan²³ (evenals het geval is bij vernietiging van een rechtshandeling) en overigens voor een beroep op de rechtsgevolgen van een achteraf ongegrond gebleken opschorting de tegenvordering met het oog waarop het opschortingsrecht werd ingeroepen, niet hoeft te zijn vernietigd, doch voldoende is dat de tegenvordering niet (of niet voor de opgevoerde som) blijkt te bestaan.

Onderdeel I.c

2.19 Althans gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting als naar zijn oordeel in rov. 3.2 de 'claim' van de belastingdienst een niet meer weg te denken realiteit vormde en het hof met zijn overweging in rov. 3.2 "de opschorting door CIA vond zijn rechtvaardiging in een op dat moment bestaande fiscale claim" mocht hebben geoordeeld dat om die reden CIA niet in verzuim is geraakt, nu de naheffingsaanslag met de (in hoger beroep bekrachtigde) uitspraak van de rechtbank Haarlem van 3 augustus 2011 is vernietigd en deze vernietiging terugwerkt tot aan de datum waarop de aanslag is opgelegd, althans zij (de jure) geen "niet meer weg te denken realiteit" vormde (en dus CIA haar beroep op opschorting heeft gegrond op een achteraf gezien non-existente vordering).

Onderdeel I.d

2.20 Waar, naar het oordeel van het hof in rov. 3.2, het beroep op opschorting niet voor risico komt van CIA, nu de "claim opeisbaar en invorderbaar" was en (om die reden) een niet meer weg te denken realiteit vormde en CIA — ofschoon de naheffingsaanslag in rechte is vernietigd — (dan ook) jegens Heredium geen wanprestatie heeft gepleegd en (dus) niet in verzuim is geraakt, gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het voor risico komt van de schuldenaar als achteraf het beroep op opschorting ongegrond blijkt en dit niet anders wordt indien de tegenvordering berust op een belastingclaim, aangezien het een feit van algemene bekendheid is dat fiscale aanslagen in rechte niet altijd stand houden, en dit (gelet op de vernietiging van de aanslag) evenmin anders wordt doordat de — aan de tegenvordering, waarvoor een beroep wordt gedaan op opschorting, ten grondslag gelegde — belastingclaim tot aan de datum van de uitspraak van de rechtbank, althans die van het gerechtshof in de fiscale procedure, opeisbaar en invorderbaar was, te meer niet nu de fiscus had laten weten hangende de fiscale procedure niet te zullen overgaan tot invordering.²⁴

Onderdeel I.e

2.21 Het oordeel van het hof in rov. 3.2 dat CIA door in de gegeven omstandigheden — "de claim

²³ Vgl. E.B. Pechler, *Belastingprocesrecht, Fiscale Monografieën* 107, Kluwer Deventer 2009 (tweede druk), p. 223.

²⁴ Vgl. het proces-verbaal van de rechtbank van de comparitie, gehouden op 11 december 2012.

was opeisbaar en invorderbaar en vormt een niet meer weg te denken realiteit” — een beroep op opschorting te doen niet op eigen risico handelde en, ondanks de vernietiging van de naheffingsaanslag door de belastingrechter, geen wanprestatie heeft gepleegd en (daarom) niet in verzuim is geraakt, is, zonder nadere motivering, die ontbreekt, bovendien niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd, nu de rechtbank (in een nadien in hoger beroep bekrachtigde uitspraak) de aanslag heeft vernietigd, voorafgaand aan de transactie aan CIA (zowel als aan Heredium) een ruling was afgegeven waarin de fiscus verklaarde geen overdrachtsbelasting te zullen opleggen, de belastingdienst in beginsel aan een ruling gebonden is,²⁵ partijen (om die reden) aannemen en mochten aannemen gevrijwaard te zullen blijven van de onderhavige belastingaanslag;²⁶ Heredium van aanvang af heeft gewezen op de ondeugdelijkheid van de aanslag en het besluit waarbij de aanslag is opgelegd (op kosten van Heredium) onmiddellijk in rechte is aangevallen Heredium de kosten van de advocaat van CIA heeft betaald in de fiscale procedure, Heredium CIA ter zake de belastingaanslag (zo die in stand was gebleven) had dienen te vrijwaren en, naar tussen partijen vaststaat, CIA achteraf gezien geen beroep toekwam op opschorting.²⁷

Onderdeel I.f

2.22 De rechtbank is, gelijk het hof, van oordeel dat CIA, ofschoon de vordering ter zake waarvan CIA zich op opschorting heeft beroep, achteraf niet blijkt te bestaan, niet in verzuim is komen te verkeren. De weg waarlangs beide gerechten tot dit oordeel komen, verschilt evenwel. De rechtbank acht de hoofdregel van toepassing dat de schuldenaar in verzuim raakt indien de aan het beroep op opschorting ten grondslag gelegde vordering achteraf gezien niet blijkt te hebben bestaan. Naar het oordeel van de rechtbank betreft dit evenwel een regel van regeland recht, waarvan partijen (aldus de rechtbank) in de koopovereenkomst zijn afgeweken. De desbetreffende rechtsoverweging in het vonnis van 11 december 2013 luidt, voor zover thans van belang, als volgt:

“4.3.1 Ingevolge het regeland recht van het Burgerlijk Wetboek is, zoals Heredium terecht betoogt, een schuldenaar ondanks een beroep op opschorting in verzuim geraakt indien de aan dat beroep ten grondslag liggende vordering achteraf niet blijkt te hebben bestaan. In het on-

derhavige geval is de rechtbank evenwel op de volgende gronden van oordeel dat partijen in de koopovereenkomst een daarvan afwijkende regeling zijn overeengekomen. (...)”.

2.23 Heredium is in hoger beroep opgekomen tegen het oordeel van het hof dat partijen zijn afwijken van deze hoofdregel. CIA heeft deze hoofdregel in hoger beroep niet met een grief bestreden. Het hof had in zoverre van deze hoofdregel uit te gaan.

2.24 Waar, naar het oordeel van het hof in rov. 3.2, het beroep op opschorting niet voor risico komt van CIA, nu de “claim opeisbaar en invorderbaar” was en (om die reden) een niet meer weg te denken realiteit vormde en CIA — ofschoon de naheffingsaanslag in rechte is vernietigd — (dan ook) jegens Heredium geen wanprestatie heeft gepleegd en (dus) niet in verzuim is geraakt, gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het zijn gebondenheid aan de grenzen van het hoger beroep heeft miskend, althans buiten de (door de grieven, de devolutive werking van het appél en de te verrichten ambtshalve beoordeling getrokken) grenzen van de rechtsstrijd is getreden door — terwijl de rechtbank nadrukkelijk ook voor het onderhavige geval vooropstelt dat de schuldenaar in verzuim raakt indien de aan het beroep op opschorting ten grondslag gelegde vordering achteraf gezien niet blijkt te hebben bestaan (waarna de rechtbank op dit, ook voor deze zaak gehanteerde uitgangspunt, een contractuele uitzondering aanneemt) — toch te beoordelen of CIA niet in verzuim is gekomen, ofschoon het beroep op opschorting achteraf ongegrond blijkt, althans door niet uit te gaan van voormelde hoofdregel, doch daarop voor een situatie als deze, althans een belastingclaim, een uitzondering te aanvaarden.

Onderdeel I.g

2.25 Waar naar het oordeel van het hof in rov. 3.3 en 3.4 de verbintenis tot betaling van de tweede en de finale termijn per 7 juli 2012 (toen de termijn voor beroep tegen de uitspraak van het hof van 24 mei 2012 ongebruikt verstreek) ‘herleefde’, gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting, althans heeft het zijn oordeel, zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd, aangezien met de vernietiging van de naheffingsaanslag bij (in appél gehandhaafd) vonnis van 3 augustus 2011 de ‘claim’ rechtens moet worden gedacht nooit te hebben bestaan, en dus niet eerst op 7 juli 2012 de verbintenis tot betaling is ‘herleefd’. Indien het hof dit niet heeft miskend, is zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet begrijpelijk waarom, naar het oordeel van het hof, de betalingsverplichting voor CIA (met de vernietiging van de claim) eerst op 7 juli 2012 ‘herleefde’ en CIA niet per 1 januari 2009 verplicht was tot betaling van de tweede termijn en (in beginsel) per 5 oktober 2011 van de finale termijn.

2.26 Heredium heeft belang bij deze klacht, nu CIA vóór 29 januari 2010 geen beroep op opschorting ex art. 6:37 BW toekwam. CIA werd pas op die

25 Vgl. de brief van de Staatssecretaris van financiën aan de Voorzitter van de Tweede kamer d.d. 2 februari 2015 (31 066 Belastingdienst), *Kamerstuk 33 003, nr. 83*, p. onder de kop “rulings van belang voor bedrijven en voor de Belastingdienst” en “Zekerheid vooraf, maar altijd binnen de wet”. Dat de belastingdienst in beginsel aan de ruling gebonden is vloeit ook voort uit het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel.

26 Vgl. rov. 3.7 van het bestreden arrest en randnummer 108 tot en met 110 van de mvg.

27 Vgl. het proces-verbaal van pleidooi voor het hof van 15 oktober 2014.

datum geconfronteerd met een vordering tot betaling van Hannibal Corporation. Zij kende Hannibal Corporation tot dat moment niet, althans was tot die datum niet op de hoogte van de cessie. Tot de dagvaarding van CIA door Hannibal op 10 februari 2010, althans de ontbinding van Heredium per 10 december 2009, kon bij CIA redelijkerwijs geen twijfel bestaan over de vraag aan wie zij diende te betalen.²⁸ Weliswaar is het mogelijk om achteraf een beroep op opschorting te doen, maar dit beroep werkt niet verder terug dan tot de datum waarop de grond voor opschorting ontstond. CIA was dan ook in ieder geval tot aan 29 januari 2010 niet gerechtigd haar verbintenis tot betaling van de koopsom op te schorten ex art. 6:37 BW. De tweede termijn was vóór die datum reeds opeisbaar geworden, namelijk op 1 januari 2009. Nu het beroep op opschorting (ter zake de fiscale claim) achteraf ongegrond bleek, had CIA niet met een beroep op opschorting vanwege de naheffingsaanslag mogen nalaten haar verbintenis tot betaling van de tweede termijn te voldoen. Zij is derhalve met ingang van 1 januari 2009 in verzuim en vanaf die datum wettelijke handelsrente verschuldigd. Bovendien heeft zij, nu de tweede termijn niet binnen vijf dagen na 1 januari 2009 is voldaan, de door haar geredigeerde en op haar instigatie in het contract opgenomen boetebepaling geschonden en is zij Heredium mitsdien de contractuele boete verschuldigd, zoals in feitelijke instanties is aangevoerd.²⁹

Onderdeel II: Proportionaliteit van de opschorting

2.27 De schuldenaar mag zijn prestatie slechts opschorten voor zover dit gerechtvaardigd wordt door de tekortkoming van de wederpartij. Deze proportionaliteitseis is een uitvloeisel van de redelijkheid en billijkheid.³⁰

2.28 Met de (in hoger beroep bekrachtigde) uitspraak van de rechtbank Haarlem van 3 augustus 2011, waarbij de fiscale claim werd vernietigd, bleek het beroep van CIA op opschorting, voor zover onderbouwd met de belastingaanslag, ongegrond. CIA kwam derhalve (nu de belastingclaim vanwege de vernietiging in rechte geacht moet worden nooit te hebben bestaan) voor wat betreft haar contractuele verbintenis tot betaling van de tweede termijn, welke inging op 1 januari 2009, geen opschortingsrecht toe. Desalniettemin heeft zij haar verbintenis tot betaling van dit bedrag opgeschort. Uiteindelijk is in rechte een tegenvordering van CIA op Heredium komen vast te staan van niet meer dan € 79.012,44. Naar Heredium heeft aangevoerd, staat die in geen verhouding tot het bedrag waarvan CIA de betaling

heeft opgeschort.³¹ Het hof heeft evenwel niet kenbaar op die stelling gerespondeerd. Het heeft nage laten kenbaar te onderzoeken of het beroep op opschorting proportioneel was.

Onderdeel II.a

2.29 Het oordeel van het hof over het recht op opschorting in rov. 3.2 en de daarop voortbouwende rechtsoverwegingen, is rehtens onjuist, althans niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, waar het hof de essentiële stelling van Heredium dat de opschorting van de verbintenis tot betaling in verhouding tot de (uiteindelijk toegewezen) vordering van CIA op Heredium onevenredig is,³² ten onrechte onbehandeld heeft gelaten dan wel (impliciet) ongemotiveerd heeft verworpen.

Onderdeel III: aanvullende werking redelijkheid en billijkheid en art. 6:98 BW

2.30 De klachten van dit onderdeel richten zich tegen rov. 3.8 van het bestreden arrest.

2.31 Naar het oordeel van het hof in rov. 3.8 vertoont de overeenkomst van partijen een lacune, welke het hof heeft opgevuld met toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Naar het oordeel van het hof vloeit uit de redelijkheid en billijkheid voort dat (buiten de reeds door Heredium betaalde kosten van de advocaat van CIA in de fiscale procedure ter grootte van ruim € 100.000) de overige door CIA ter vernietiging van de belastingaanslag gemaakte kosten (in beginsel) eveneens voor rekening komen van Heredium. Het beroep van Heredium op art. 6:98 BW faalt, aldus het hof, nu geen sprake is van een verplichting tot schadevergoeding.

Inleiding op de klachten

2.32 De inhoud van de schadevergoedingsverbintenis wordt bepaald door afdeling 6.1.10. Deze afdeling is niet van toepassing indien de verplichting tot schadevergoeding voortvloeit uit een rechtshandeling, zoals een overeenkomst.³³ Deze afdeling ziet op wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. Een wettelijke verplichting tot schadevergoeding waarop afdeling 6.1.10 van toepassing is, bestaat niet alleen wanneer de wettelijke bepaling (met zoveel woorden) een verplichting tot schadevergoeding oplegt, doch ook wanneer de verbintenis tot schadevergoeding (indirect) uit een wettelijke bepaling voortvloeit of ontspruit aan een regel van ongeschreven recht.³⁴

2.33 Uit ongeschreven recht kunnen slechts verbintenissen voortvloeien voor zover de wet hiernaar verwijst, zoals gebeurt in art. 6:2 en 6:248 BW.³⁵ Uit

²⁸ CIA was niet eerder bekend met de cessie van de vordering. Zulks valt op te maken uit in ieder geval (randnummer 23) van de spreekantekeningen CIA van de comparitie van 11 december 2012.

²⁹ Vgl. bijv. randnummer 86 in verbinding met randnummer 68 van de mvg.

³⁰ Vgl. CA. Streefkerk, Opschortingsrechten, Mon BW B32b 2013, nr. 23.1.

³¹ Vgl. randnummer 79 e.v. van de mvg.

³² Vgl. randnummer 79 e.v. van de mvg.

³³ Vgl. GS Schadevergoeding, afd. 10 Boek 6 BW (2014), aant. 2.3.

³⁴ Vgl. GS Schadevergoeding, afd. 10 Boek 6 BW (2014), aant. 2.3.

³⁵ Vgl. T&C BW (2015), art. 6:1 BW.

de redelijkheid en billijkheid kan een verbintenis tot schadevergoeding voortvloeien.³⁶

2.34 Waar de rechter ex art. 6:248 lid 1 BW een vastgestelde lacune in een overeenkomst opvult, vormen de redelijkheid en billijkheid de bron van de door de rechter (ter opvulling van de leemte) aangenomen verbintenis (niet het contract).³⁷

2.35 De aanspraak jegens een derde tot vergoeding van kosten gemaakt in verband met een gerechtelijke procedure (tegen een andere partij, in casus de belastingdienst) kwalificeert als een vordering tot schadevergoeding³⁸ (op in dit geval Heredium).

2.36 CIA heeft haar aanspraak op vergoeding van de (buiten de reeds door Heredium betaalde kosten van de advocaat van CIA in de fiscale procedure van ruim € 100.000) nadrukkelijk betiteld als vordering tot schadevergoeding, opgenomen onder (wat zij aanduidt als) 'schadecategorie (I)'.³⁹ Heredium heeft de aanspraak op vergoeding van de in de fiscale procedure gemaakte kosten ook begrepen als een vordering tot schadevergoeding.⁴⁰ Ook de rechtbank heeft de aanspraak op de vergoeding van deze kosten aangemerkt als een vordering tot schadevergoeding.⁴¹

2.37 Is Afdeling 6.1.10 niet (rechtstreeks) van toepassing dan sluit dit toepassing van deze afdeling (meer in het bijzonder art. 6:98 BW) naar analogie niet uit.⁴² De rechter dient, als art. 6:98 BW niet rechtstreeks van toepassing is, in voorkomend geval, na te gaan of grond bestaat voor analoge toepassing van art. 6:98 BW.

2.38 Het hof overweegt in rov. 3.8, voor zover thans van belang, het navolgende:

"(...) Geconstateerd moet worden dat de tussen partijen gesloten overeenkomst een leemte bevat voor het geval dat CIA aanzienlijke kosten heeft gemaakt om die naheffingsaanslag te laten vernietigen, terwijl indien zij die kosten niet had gemaakt de naheffingsaanslag in stand zou zijn gebleven en Heredium de overdrachtsbelasting zou hebben moeten dragen. Naar het oordeel van het hof vloeit uit de eisen van redelijkheid

en billijkheid voort dat deze kosten voor rekening komen van Heredium, omdat zij de materieel belanghebbende was dat de naheffingsaanslag en de beschikking inzake heffingsrente en boete vernietigd zouden worden.

Nu geen sprake is van een verplichting tot schadevergoeding aan de zijde van Heredium, gaat het beroep op artikel 6:98 BW inzake causaal verband reeds daarom niet op."

Onderdeel III.a

2.39 Waar art. 6:98 BW naar het oordeel van het in rov. 3.8 hof niet voor toepassing in aanmerking komt, nu "geen sprake is van een verplichting tot schadevergoeding", gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting, nu de op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, althans de redelijkheid en billijkheid, aangenomen verplichting tot vergoeding van de kosten die CIA heeft gemaakt ter vernietiging van de naheffingsaanslag, een verplichting tot schadevergoeding behelst waarop afdeling 6.1.10 BW van toepassing is.

Onderdeel III.b

2.40 Waar Heredium, naar het oordeel van hof in rov. 3.8, geen beroep toekomt op art. 6:98 BW, gaat het hof (indien afd. 6.1.10 BW niet rechtstreeks van toepassing is) uit van een onjuiste rechtsopvatting, nu zij heeft miskend dat in dit geval art. 6:98 BW voor analoge toepassing in aanmerking komt, nu de kosten waarvan CIA vergoeding vordert voor haar schade vormen, zij die ook als schade betitelt.⁴³ Heredium eveneens uitgaat van een vordering tot schadevergoeding,⁴⁴ gelijk de rechtbank in eerste aanleg, en de aanspraak op betaling van de gemaakte (aanvullende) kosten, als die geen aanspraak op schadevergoeding op grond van wanprestatie behelst, hiermee in zoverre wél op één lijn zijn te stellen, althans hier (op zijn minst) dicht genoeg tegen schurken om art. 6:89 BW analoog toe te passen.

Onderdeel III.c

2.41 Indien het hof het voorgaande niet heeft miskend, is zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd waarom, naar het oordeel van het hof in rov. 3.8, het beroep op van Heredium art. 6:98 BW niet opgaat, nu de kosten waarvan CIA vergoeding vordert voor haar schade vormen, zij die ook als schade betitelt,⁴⁵ Heredium, gelijk de rechtbank, eveneens uitgaat van een vordering tot schadevergoeding⁴⁶ en de

36 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III 2014/405, HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264 (verplichting werkgever schade aan auto werknemer te vergoeden), HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 en HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235, verplichting voor de werkgever tot vergoeding van letselschade werknemer opgelopen tijdens woon-werkverkeer.

37 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III/2014, 403, 407 en GS Verbintenissenrecht art. 6:2 BW (2007), aant. 5.

38 Vgl. bijv. HR 23 mei 2014, NJ 2014, 387 en de noot van S.D. Lindenberg onder dit arrest.

39 Vgl. randnummer 5 en 7 van de nadere akte, tevens houdende vermeerdering van eis in reconventie tevens houdende overlegging van producties van 23 januari 2013, randnummer 17, 18 en 19 van de Pleitaantekeningen van mrs. T.M. Huisman en B. Linnartz.

40 Vgl. randnummer 116 tot en met 134 van de mvg.

41 De rechtbank heeft de schade geschat.

42 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburg 6-II 2013, 4 (en aldaar aangehaalde bronnen), GS Schadevergoeding, afd. 10 Boek 6 BW (2014), aant. 2.3 en aldaar aangehaalde bronnen, T&C BW, commentaar op afdeling 10 van Boek 6 BW (2015), aant. 3, HR 26 september 2003, NJ 2003, 645, HR 9 juli 2004, NJ 2004, 572.

43 Vgl. randnummer 5 en 7 van de nadere akte, tevens houdende vermeerdering van eis in reconventie, tevens houdende overlegging van producties van 23 januari 2013, randnummer 17, 18 en 19 van de Pleitaantekeningen van mrs. T.M. Huisman en B. Linnartz.

44 Vgl. randnummer 116, 120 en 123 van de mvg.

45 Vgl. randnummer 5 en 7 van de nadere akte, tevens houdende vermeerdering van eis in reconventie, tevens houdende overlegging van producties van 23 januari 2013, randnummer 17, 18 en 19 van de Pleitaantekeningen van mrs. T.M. Huisman en B. Linnartz.

46 Vgl. randnummer 116, 120 en 123 van de mvg.

aanspraak op betaling van de gemaakte kosten op één lijn is te stellen met een vordering tot schadevergoeding ex art. 6:74 BW, althans hier dicht tegen aanschurkt.

Onderdeel III.d

2.42 Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd waarom Heredium (enkel) omdat Heredium uit hoofde van de koopovereenkomst verplicht is CIA te vrijwaren voor het geval een aanslag zou worden opgelegd — naar het oordeel van het hof in rov. 3.8 (bij uitstek, althans als enige) belanghebbende moet worden aangemerkt bij vernietiging van ‘de claim’, terwijl het kosten betreft die bovenop de proceskosten in de fiscale procedure komen, Heredium die proceskosten van de advocaat van CIA in de fiscale procedure, gemaakt teneinde de aanslag overdrachtsbelasting te vernietigen (ter grootte van ruim € 100.000) reeds voor haar rekening heeft genomen, op de schuldeiser uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid de verplichting rust zijn schade te beperken,⁴⁷ althans de rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, en Mitsdien CIA in de gegeven omstandigheden niet — in de wetenschap de belastingaanslag uiteindelijk op Heredium te kunnen verhalen — zich bij de claim zou hebben mogen neerleggen (en dus Heredium in zoverre niet de enige belanghebbende was bij vernietiging van de aanslag), de onderhavige kosten weliswaar ook betrekkelijk zijn tot deze procedure, doch een (meer) secundair karakter hebben (althans niet de onmiddellijke proceskosten behelzen), en ten dele overlap vertonen met de reeds door Heredium gedragen, kosten.⁴⁸

Onderdeel III.e

2.43 Althans is zonder nader motivering, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd waarom naar het oordeel van het hof in rov. 3.8 “uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat [ook] deze kosten voor rekening komen van Heredium”, nu iedere partij in beginsel zijn eigen schade draagt, de bedoelde kosten bovenop de reeds door Heredium betaalde vergoeding van de advocaat in de fiscale procedure komen van ruim € 100.000, de rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, op de schuldeiser uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid de verplichting rust zijn schade te beperken,⁴⁹ de kosten die Heredium zou moeten dragen (bovenop de reeds

door haar betaalde proceskosten van de advocaat van CIA in de fiscale procedure ter grootte van ruim € 100.000⁵⁰) een meer afgeleid (secundair) karakter hebben (en uitstijgen boven de directe proceskosten), die (aanvullende) kosten niet voorzienbaar waren,⁵¹ beide partijen afzonderlijk van elkaar voorafgaand aan de onderhavige transactie een ruling van de belastingdienst hebben verkregen (waarin de belastingdienst expliciet liet weten geen aanslag te zullen opleggen), beide partijen aannemen en mochten aannemen geen aanslag overdrachtsbelasting te zullen ontvangen,⁵² het contract dan ook niet voorziet in een regeling voor een geval als zich thans heeft voorgedaan, CIA tijdens de onderhandelingen werd bijgestaan door een team van deskundigen (gevormd door advocaten en fiscalisten),⁵³ (de advocaat van) CIA het contract heeft geredigeerd,⁵⁴ Heredium tijdens de onderhandelingen geen bijstand van advocaten en fiscalisten genoot en het (naar Heredium heeft aangevoerd) “voor het overgrote deel kosten van Loyens & Loeff in het kader van de proceshandelingen”⁵⁵ betreft, waarbij die kosten “niet als redelijke kosten kwalificeren”.⁵⁶

Onderdeel IV: overschrijding grenzen rechtsstrijd met opvulling leemte in het contract

2.44 Het hof is in rov. 3.8 buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden of heeft althans een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven waar het — terwijl CIA haar vordering tot betaling van de kosten, gemaakt ter vernietiging van de naheffingsaanslag, heeft gestoeld op een specifieke bepaling in de koopovereenkomst, doch naar het oordeel van het hof de koopovereenkomst CIA geen aanspraak verleent op betaling van de desbetreffende kosten — ingevolge de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, althans de redelijkheid en billijkheid, een verbintenis aanneemt van Heredium tot betaling van voormelde kosten, ofschoon CIA haar vordering tot betaling vergoeding van voormelde kosten enkel op het contract heeft gebaseerd, tussen partijen enkel ter discussie stond of het contract hierop recht gaf (en niet ook of CIA, wier advocaten de overeenkomst hebben geredigeerd, redelijkerwijs mocht uitgaan van een afspraak met Heredium dat zij deze (buiten de directe proceskosten gelegen) kosten zou dragen), althans CIA haar vordering niet op de redelijkheid en billijkheid heeft gebaseerd.

Onderdeel V: boetebeding

2.45 Rechtsoverweging 3.5 getuigt van een juiste rechtsopvatting voor zover CIA, naar het oordeel van het hof, in de periode van 21 september 2012 tot 4 oktober 2012 niet in verzuim is geraakt

47 Vgl. bijv. S.D. Lindenbergh, Schadevergoeding: algemeen, deel 1 (Mon. BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2014/48. De verplichting tot beperking van de schade rust (in de eerste plaats) op de schuldenaar. Heredium heeft hieraan reeds voldaan door de advocaatkosten van de gehele fiscale procedure voor haar rekening te nemen.

48 Vgl. randnummer 127 van de mvg.

49 Vgl. bijv. S.D. Lindenbergh, Schadevergoeding: algemeen, deel 1 (Mon. BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2014/48.

50 Randnummer 125 van de mvg.

51 Randnummer 133 van de mvg.

52 Vgl. rov. 3.8 van het bestreden arrest.

53 Randnummer 18 van de mvg.

54 Randnummer 115 van de mvg.

55 Randnummer 127 van de mvg.

56 Randnummer 130 van de mvg.

en (dus) geen boete verschuldigd is geworden, ofschoon zij (terwijl geen grond meer bestond voor opschorting (ex art. 6:37 BW noch enige andere wettelijke of contractuele bepaling)) en zij zich onvoorwaardelijk contractueel had verbonden de finale termijn binnen vijf dagen te betalen nadat de bestemming onherroepelijk zou zijn komen vast te staan, hetgeen het geval was toen op 5 oktober 2011 het tegen het bestemmingsplan ingestelde hoger groep ongegrond werd verklaard, (nog steeds) niet tot betaling van de de finale termijn is overgegaan. Met het verstrijken van voormelde termijn van vijf werkdagen na 21 september 2012 raakte CIA onherroepelijk in verzuim. Het hof heeft dit miskend.

2.46 Als het hof zulks niet heeft miskend, is zijn oordeel in rov. 3.5 dat CIA in de periode van 21 september 2012 tot 4 oktober 2012 nog steeds niet in verzuim is geraakt, ofschoon zij de finale termijn in die periode (nog immer) onbetaald heeft gelaten, zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet (volgende) begrijpelijk gemotiveerd, in ogenschouw genomen dat de op initiatief van CIA in de koopovereenkomst opgenomen, door CIA geredigeerde contractsbepaling 2.3, CIA onvoorwaardelijk verplichtte tot betaling van de finale termijn binnen vijf werkdagen nadat de bestemming onherroepelijk zou zijn geworden, hetgeen het geval was op 5 oktober 2011 toen het tegen het bestemmingsplan ingestelde hoger beroep werd afgewezen, de aandelen conform afspraak reeds in 2008 waren geleverd, Hannibal het door haar geïnitieerde kort geding nog vóór de geplande zitting heeft ingetrokken, op 15 maart 2012 de liquidatie van Heredium is heropend, Heredium op 5 september 2012 nog eens heeft bevestigd dat aan haar moest worden betaald, gelet op de langdurige opschorting extra reden bestond voor onverkorte handhaving van de contractuele betalingstermijn, de afspraak van 27 september 2012 geen opschorting of afwijking van de betalingstermijn inhield en het hof zulks ook niet heeft overwogen, én het hof niet heeft uiteengezet waarom, naar zijn oordeel, toen ook na 21 september 2012 de betaling nog steeds niet binnen vijf werkdagen geschiedde CIA niet in verzuim is geraakt en geen boete verschuldigd is geworden.

Veegklacht

2.47 Gegrondbevinding van één of meer van de aangevoerde klachten viteit ook de voortbouwen de oordelen van het hof en het dictum van het bestreden arrest.

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

CIA heeft gedurende enige jaren betaling van gedeelten van de koopprijs opgeschort in verband met een uiteindelijk door de belastingrechter vernietigde naheffingsaanslag en in verband met onzekerheid over de identiteit van haar crediteur. In cassatie gaat het om de vragen of CIA in verzuim is geraakt en, zo neen, of zij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden is rente te vergoeden over

de betreffende bedragen. Voorts wordt de verschuldigdheid van enige verrekenposten aan de orde gesteld.

1 Feiten¹

1.1 Heredium was enig aandeelhouder van Heredium Magnum B.V. (hierna: Heredium Magnum). Heredium Magnum was eigenaar van een gebouw waarin voorheen de Openbare Bibliotheek was gevestigd aan de Keizersgracht 440/Prinsengracht 587 te Amsterdam (hierna: het pand).

1.2 Op 21 december 2007 hebben partijen, met Heredium als verkoper en CIA als koper, een koopovereenkomst (hierna: de koopovereenkomst) betreffende de levering van de aandelen in Heredium Magnum voor een bedrag van € 22.500.000 gesloten. De aandelen zijn geleverd op 20 februari 2008. De koopovereenkomst bepaalt, voor zover van belang:

“OVERWEGENDE

(...)

D. dat Koper (CIA, hof) na de Levering voornemens is het Registergoed (het pand, hof) te herontwikkelen tot, een hotel, met minimaal 100 kamers, een centrum voor de creatieve industrie en parkeergarage:

(...)

2.3 Betaling

Koper dient de Koopprijs als volgt te betalen:

(a) € (Koopprijs minus € 2.000.000) (de ‘1e Betaling’) op de Leveringsdatum;

(b) € 500.000 (...) (de ‘2e Betaling’) uiterlijk op 31 december 2008; en

(c) € 1.500.000 (...) (‘de ‘Finale Betaling’) binnen 5 (...) werkdagen nadat en uitsluitend indien, binnen zes jaren na de Leveringsdatum, de bestemming van het Registergoed, conform de door Koper in overeenstemming met het in Overweging D gestelde in e dienen bouwvergunningaanvraag, onherroepelijk is vastgesteld.

2.4 Indien Koper in overeenstemming met Artikel 10.4 een Vordering heeft ingediend heeft Koper het recht de betaling van de 2e Betaling en de Finale Betaling op te schorten voor een bedrag ter grootte van de Vordering (...)

10 VRIJWARING DOOR VERKOPER

10.1 Algemeen

Verkoper dient Koper en de Vennootschap (Heredium Magnum, hof) (...) te vrijwaren tegen en volledig schadeloos te stellen ter zake van alle schade die wordt geleden als gevolg van of in verband met een inbreuk op een Garantie (een ‘Inbreuk’) of een niet-nakoming van enige andere verplichtingen van Verkoper uit hoofde

¹ Gerechtshof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1290, rov. 2.1-2.11 onder verwijzing naar Rb. Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:8890, 2.1-2.21.

van deze Overeenkomst (niet-nakoming of Inbreuk hierna te noemen: een 'Tekortkoming').

10.2 Vaststelling van de schade

Voor de toepassing van dit Artikel 10 wordt onder 'Schade' mede begrepen de totale kosten van alle vergoedingen en op herstel gerichte handelingen die vereist zijn om elk der Gevrijwaarde Partijen in de positie te brengen waarin zij zou hebben verkeerd indien de betreffende Tekortkoming zich niet had voorgedaan. (...) De verplichting tot vergoeding van de Schade omvat mede alle Juridische – en andere – kosten die worden gemaakt in verband met het inschakelen van professionele (interne en externe) adviseurs.

(...)

10.4. Procedure voor vorderingen

Verkoper dient binnen 30 (...) kalenderdagen na ontvangst van een vordering tot vergoeding van Schade (een 'Vordering') ter zake van een Tekortkoming (i) (...) het onbetwiste gedeelte van de Vordering te betalen (...) en (ii) indien Verkoper een deel van de Vordering betwist, Koper daarvan (...) in kennis te stellen (...). Koper en Verkoper dienen binnen 20 (...) kalenderdagen na de datum van de Kennisgeving te trachten hun meningsverschil op te lossen en overeenstemming over het betwiste bedrag te bereiken, bij gebreke waarvan Koper het recht heeft om een procedure in te stellen (...)

10.14 Verrekening met 2e Betaling en Finale Betaling

Partijen komen overeen dat vrijwaringsbetalingen (met inbegrip van, doch niet beperkt tot, een betaling door Verkoper uit hoofde van Artikelen 10, 11 en 12 van deze Overeenkomst) verrekend zullen worden met de 2e – en (indien van toepassing de Finale Betaling indien de aansprakelijkheid van Verkoper in het hoogste ressort is vast komen te staan of Verkoper schriftelijk haar aansprakelijkheid hiervoor heeft erkend. (...)

12.1 Overdrachtsbelasting

Overdrachtsbelasting die in verband met het aangaan van deze Overeenkomst en de tenuitvoerlegging daarvan verschuldigd is of wordt, dient zodra dit verschuldigd is als volgt betaald te worden:

(...)

(b) indien in alle andere gevallen dan genoemd onder (a) overdrachtsbelasting (inclusief boetes en renten) verschuldigd is of wordt, zal Verkoper deze voldoen.

(...)

17. BOETE

Indien één van Partijen in gebreke blijft met de bepalingen van deze Overeenkomst zal deze Partij de andere Partij een éénmalige direct opeisbare boete verschuldigd zijn van:

(a) € 500.000 indien één van Partijen in gebreke blijft met de bepalingen van

Artikel 2 (Koop en Levering);

(...)

18.2 Overdracht rechten en verplichtingen

Geen van de Partijen heeft het recht om zijn rechten en verplichtingen, op grond van de Overeenkomst geheel of gedeeltelijk over te dragen (...).

Bij de overeenkomst hoort de volgende bijlage:

"Bijlage 9.1 Garanties

(...)

9. Passiva

9.1. De Vennootschap heeft geen verplichtingen, in geld of anderszins, en aan de Vennootschap kan geen verplichtingen opkomen die direct of indirect voortvloeien uit enige gebeurtenis vóór de Levering, anders dan:

(...)

9.1.3 verplichtingen tot levering van goederen en diensten, en verplichtingen tot betaling van aan de Vennootschap geleverde of te leveren goederen en diensten, (i) die de Vennootschap op gebruikelijke voorwaarden in de gewone uitoefening van haar bedrijf is aangegaan, (ii) waartegenover verplichtingen van de wederpartij staan die voor de Vennootschap ten minste dezelfde waarde hebben als de verplichtingen van de Vennootschap, en (iii) in de nakoming waarvan de Vennootschap niet is tekortgeschoten.

(...)

10. Belastingen

(...)

10.3 De Vennootschap heeft behoudens als voorzien in de Interim Jaarrekening, de Geprognosticeerde Overnamebalans en de Overnamebalans, geen verplichtingen noch zal de Vennootschap verplichtingen krijgen terzake Belastingen betrekking hebbend op of voortvloeiend uit het tijdvak tot en met de Leveringsdatum of samenhangend met de in deze Overeenkomst beoogde transacties.

10.4 Er bestaat tussen Verkoper en/of de Vennootschap enerzijds en de Belasting- en sociale verzekeringsautoriteiten (...) anderzijds terzake van de aangiften, opgaven en mededelingen terzake van Belastingen betrekking hebbend op of voortvloeiend uit het tijdvak tot de Leveringsdatum geen verschil van inzicht noch dreigt zodanig verschil van inzicht.

(...)"

1.3 Bij brief van 22 december 2008 heeft de raadsman van CIA aan Heredium medegedeeld dat sprake is van een aantal Tekortkomingen onder de

koopovereenkomst en dat deze bief kan worden aangemerkt als een kennisgeving van Tekortkomingen en Vorderingen zoals bedoeld in de koopovereenkomst. De door CIA in de brief gemelde Tekortkomingen bestaan er onder meer uit dat een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting van circa € 2.700.000 zal worden opgelegd, eventueel nog vermeerderd met kosten, rente en boetes en dat CIA op grond van artikel 2.4 van de koopovereenkomst gerechtigd is de 2e Betaling op te schorten nu CIA tijdig Vorderingen heeft ingediend die tezamen het bedrag van de 2e Betaling overschrijden.

1.4 Op 10 december 2009 is Heredium ontbonden, waarna vereffening heeft plaatsgevonden.

1.5 Op 29 januari 2010 heeft de vennootschap naar Antilliaans recht Hannibal Corporation N.V. (hierna: Hannibal) onder andere CIA in kort geding gedagvaard, stellende dat zij alle rechten van Heredium heeft overgenomen, en voldoening van de 2e Betaling gevorderd. Hannibal heeft de vordering ingetrokken voor de geplande zitting van 9 februari 2010.

1.6 Op 10 februari 2010 heeft de Belastingdienst Amsterdam aan CIA, waarin Heredium Magnum na een fusie was opgegaan, een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting opgelegd alsmede bij beschikking heffingsrente in rekening gebracht en een boete opgelegd. Deze beschikkingen hebben betrekking op het verkrijgen van het pand door Heredium Magnum.

1.7 Na daartegen door CIA gemaakt bezwaar heeft de Belastingdienst Amsterdam de naheffingsaanslag en de heffingsrente gehandhaafd en de boete verminderd. Bij uitspraak van 3 augustus 2011 heeft de rechtbank Haarlem het door CIA ingestelde beroep gegrond verklaard en de uitspraak op bezwaar, de naheffingsaanslagen en de beschikkingen vernietigd. Na het tegen deze uitspraak door de Belastingdienst Amsterdam ingestelde hoger beroep is bij uitspraak van 24 mei 2012 door dit hof de uitspraak van de rechtbank bevestigd. Tegen deze uitspraak is geen rechtsmiddel aangewend.

1.8 Bij uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 5 oktober 2011 is het hoger beroep tegen de wijzigingen van het bestemmingsplan in die zin dat in het pand onder meer hotel zou kunnen worden gevestigd ongegrond verklaard.

1.9 Op 15 maart 2012 is de liquidatie van Heredium heropend.

1.10 Bij brief van 5 september 2012, die door CIA op 21 september 2012 is ontvangen, is namens Hannibal aan de raadsman van Heredium geschreven, voor zover hier van belang:

“Heredium (...) heeft een geschil met CIA (...) over onder meer de betaling van een deel van de koopsom voortvloeiend uit de koopovereenkomst van 21 december 2007. (...) alle vorderingen uit hoofde van de koopovereenkomst komen toe aan Heredium (...), niet aan Hannibal (...).”

1.11 Partijen zijn bij overeenkomst houdende garantie van 27 september 2012 overeengekomen dat Heredium alle ten laste van CIA gelegde beslagen opheft en deze niet opnieuw zal leggen onder de voorwaarde dat door CIA een bedrag van € 1.800.000 wordt voldaan en namens CIA een bankgarantie ten behoeve van Heredium zal worden gesteld van € 250.000. Op 4 oktober 2012 heeft CIA een bedrag van € 1.800.000 overgemaakt naar de derdenrekening van de raadslieden van Heredium, als deelbetaling op de 2e Betaling en de Finale Betaling. Daarnaast heeft CIA € 250.000 in depot gestort tot zekerheid voor de nakoming van de eventueel uit de onderhavige procedure voortvloeiende betalingsverplichting aan Heredium.

2 Procesverloop

2.1 Heredium heeft CIA gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en gevorderd, kort gezegd, veroordeling van CIA tot betaling van (i) € 2 miljoen, althans € 200.000, uit hoofde van de 2e Betaling en de Finale Betaling, vermeerderd met wettelijke (handels)rente over € 500.000 vanaf 1 januari 2009, over € 1,3 miljoen vanaf 12 oktober 2011 en over € 200.000 vanaf 12 oktober 2011 en (ii) € 500.000 uit hoofde van de boete vermeerderd met de wettelijke (handels)rente vanaf 31 december 2008. CIA heeft hiertegen verweer gevoerd.

2.2 In reconventie vorderde CIA onder meer veroordeling van Heredium om (i) aan CIA te betalen een bedrag van € 85.246, althans een door de rechtbank te bepalen bedrag zijnde het verschil tussen het schadebedrag dat Heredium aan CIA verschuldigd is en € 200.000, vermeerderd met rente, en (ii) binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis Loyens & Loeff schriftelijk opdracht te geven om tot uitkering over te gaan aan CIA van het depot, althans een deel daarvan, met de daarover opgebouwde rente. Heredium heeft hiertegen verweer gevoerd.

2.3 Bij vonnis van 11 december 2013 veroordeelde de rechtbank Amsterdam in conventie CIA om – uitvoerbaar bij voorraad – aan Heredium te betalen € 84.390,51 vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf 4 oktober 2012.

In reconventie veroordeelde de rechtbank Heredium om binnen vijf dagen na betekening schriftelijk opdracht te geven om tot uitkering over te gaan aan CIA van het depot met de daarover opgebouwde rente met afwijzing van het meer of anders gevorderde.

2.4 Heredium heeft in principaal hoger beroep geconcludeerd dat het hof het vonnis zal vernietigen en CIA zal veroordelen tot betaling van primair de 2e Betaling ad € 500.000, de Finale Betaling ad € 1.500.000 en de contractuele boete ad € 500.000, telkens vermeerderd met rente, met dien verstande dat al hetgeen CIA heeft betaald in mindering komt op achtereenvolgens de verschuldigde rente, de contractuele boete en de hoofdsom. Subsidiair werd gevorderd een bedrag van € 200.000 en de contractuele boete ad € 500.000 vermeerderd met rente, en

de rente over de 2e Betaling ad € 500.000 en € 1.300.000. CIA heeft in incidenteel hoger beroep betaling gevorderd van Heredium van € 169.636,51 met rente. CIA heeft hiertegen verweer gevoerd.

2.5 CIA heeft in incidenteel hoger beroep geconcludeerd dat het hof het vonnis zal vernietigen en Heredium zal veroordelen tot betaling van € 169.636,51 met rente. Heredium heeft hiertegen verweer gevoerd.

2.6 Het hof heeft in principaal en incidenteel appel het in conventie gewezen vonnis waarvan beroep, met uitzondering van de beslissing inzake de proceskosten, vernietigd en in zoverre opnieuw rechtdoende CIA – uitvoerbaar bij voorraad – veroordeeld om aan Heredium te betalen:

– € 120.987,56, vermeerderd met de helft van de wettelijke handelsrente vanaf 5 oktober 2011 tot 4 oktober 2012;

– € 500.000, vermeerderd met de helft van de wettelijke handelsrente hierover vanaf 1 januari 2009 tot 4 oktober 2012;

– € 1.300.000, vermeerderd met de helft van de wettelijke handelsrente hierover vanaf 5 oktober 2011 tot 4 oktober 2012;

– *met dien verstande* dat al hetgeen CIA reeds heeft betaald (€ 1.800.000 op 4 oktober 2012 en hetgeen ter uitvoering van het bestreden vonnis daarna aan Heredium is voldaan) in mindering komt op eerst de verschuldigde rente en daarna op de verschuldigde hoofdsom ad € 1.920.987,56 (eerst de 2e Betaling en daarna de Finale Betaling);

– de wettelijke handelsrente over de na de betaling op 4 oktober 2012 van € 1.800.000 resterende hoofdsom vanaf 4 oktober 2012 tot de dag van betaling van hetgeen ter uitvoering van het bestreden vonnis is voldaan;

– van de na laatstgenoemde betaling (eventueel) nog resterende hoofdsom vermeerderd met de wettelijke handelsrente hierover vanaf de dag van deze laatstgenoemde betaling tot de dag van de algehele voldoening.

Het hof heeft het vonnis voor het overige bekrachtigd, in het principale hoger beroep de kosten gecompenseerd en in het incidentele hoger beroep CIA in de kosten veroordeeld.

2.7 Hiertoe overwoog het hof, samengevat,

(i) dat opschorting van de 2e Betaling en de Finale betaling gerechtvaardigd was (rov. 3.1-3.4) en

(ii) dat CIA niet op 21 september 2012 in verzuim is geraakt (rov. 3.5), maar

(iii) dat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de helft van de wettelijke handelsrente moet worden vergoed over de opgeschorte bedragen van in totaal € 2.000.000 (rov. 3.6.1).

Voorts oordeelde het hof ten aanzien van de door CIA gestelde verrekenposten:

(iv) dat Heredium kosten moet vergoeden die CIA maakte in de belastingprocedure (rov. 3.8),

(v) dat niet in aanmerking worden genomen door CIA opgevoerde kosten in verband met werkzaamheden van Aedes B.V. (rov. 3.9),

(vi) dat niet in aanmerking worden genomen de door CIA opgevoerde factuur van NUON voor € 25.304,09 (rov. 3.12) en

(vii) dat niet in aanmerking worden genomen de door CIA opgevoerde post van € 18.000 betreffende een vordering van Heredium Magnum op Heredium Incendium B.V. (rov. 3.13).

2.8 Tegen dit arrest heeft CIA principaal cassatieberoep ingesteld.² Heredium heeft geconcludeerd tot verwerping van het principale beroep en incidenteel cassatieberoep ingesteld. CAI heeft geconcludeerd tot verwerping van het incidentele beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht en daarna op elkaars schriftelijke toelichtingen gereageerd.

3 *Bespreking van de principale en de incidentele cassatieberoepen*

3.1 Het principale beroep is gericht tegen de bij 2.7 onder (iii), (v), (vi) en (vii) weergegeven oordelen, waarover respectievelijk de onderdelen 1 tot en met 4 klagen. Onderdeel 5 bevat een louter voortbouwende klacht.

Het incidentele cassatieberoep is gericht tegen de bij 2.7 onder (i), (ii) en (iv) weergegeven oordelen. De onderdelen I en II zien op het oordeel onder (i), onderdeel V op het oordeel onder (ii) en de onderdelen III en IV op het oordeel onder (iv). Onder 2.47 bevat het incidentele middel een louter voortbouwende klacht.

Het komt praktisch voor om de klachten van beide middelen te bespreken in de volgorde van de oordelen waartegen zij zijn gericht.

(i) Opschorting – incidenteel middel onderdelen I en II

3.2 Deze onderdelen zijn gericht tegen rov. 3.2-3.4:

“3.1 Heredium verzet zich in grief 1 in het principaal hoger beroep tegen de beslissing van de rechtbank voor zover inhoudende dat CIA niet de gevorderde wettelijke rente en contractuele boete is verschuldigd. De rechtbank is van oordeel dat CIA vanaf het tijdstip van de aankondiging van de naheffingsaanslagen – eind 2008 – de nakoming van haar verbintenis tot betaling mocht opschorten en dat deze bevoegdheid tot (vlak voor) haar betaling van € 1.800.000 heeft voortgeduurd, zodat zij niet in verzuim is geraakt.

Heredium voert in grief 1, kort samengevat, het volgende aan. Heredium bestrijdt, zo begrijpt het hof, niet langer dat CIA de 2e Betaling en de Finale Betaling op grond van de koopovereenkomst heeft mogen opschorten nadat CIA bij brief van haar raadsman van 22 december 2008 bij Heredium een (tegen)vordering had ingediend. Waar het om gaat is de vraag wat de gevolgen moeten zijn wanneer, zoals in deze zaak,

² Dit was aanvankelijk ingetrokken, maar daarna doorgezet na het door Heredium aangekondigde incidentele beroep.

het beroep op opschorting achteraf onterecht blijkt te zijn gedaan. Heredium beantwoordt deze vraag, onder verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad, aldus dat de opschorting door CIA op eigen risico is geschied en dat CIA daarom de nadelige gevolgen van de opschorting dient te dragen. Deze nadelige gevolgen zijn dat CIA wanprestatie heeft gepleegd en dat zij de rente dient te vergoeden over de periode dat de betaling vertraagd is. Ook is CIA, aldus Heredium, de boete verschuldigd.

3.2 Het hof overweegt als volgt. In deze zaak doet zich niet voor (het 'normale' geval) dat de vordering achteraf niet blijkt te hebben bestaan of een geringere omvang blijkt te hebben dan ten tijde van de opschorting werd verondersteld. De opschorting door CIA vond zijn rechtvaardiging in een op dat moment bestaande fiscale claim. Deze claim was opeisbaar en invorderbaar en vormt een niet meer weg te denken realiteit. Dit zo zijnde kan Hannibal worden gezegd dat CIA, door in die omstandigheden een beroep op opschorting te doen, handelde op eigen risico en, nu achteraf door de belastingrechter is beslist dat de naheffing ondeugdelijk was, door het beroep op opschorting te doen zich schuldig heeft gemaakt aan wanprestatie. Daarom is geen sprake van verzuim van CIA. In hoeverre CIA als gevolg van dit oordeel op niet te rechtvaardigen wijze in een voordeliger positie wordt gebracht dan wanneer de fiscale claim zich niet zou hebben voorgedaan en in hoeverre dit gevolg aan de hand van de redelijkheid en billijkheid dient te worden bijgesteld, zal hierna, onder 3.6, onder ogen worden gezien.

3.3. De uitspraak van de belastingkamer van dit hof inzake de naheffingsaanslag, op grond waarvan CIA tot opschorting is overgegaan, dateert van 24 mei 2012. Deze uitspraak is op 7 juli 2012 onherroepelijk geworden. Dit brengt met zich dat toen het opschortingsrecht op grond van de naheffingsaanslag eindigde en de verplichting van CIA tot het doen van de 2e Betaling en van de Finale Betaling op grond van artikel 2.3 van de koopovereenkomst herleefde. Hierbij is in aanmerking genomen dat als gevolg van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 5 oktober 2011 (2.8) de bestemming van het pand in overeenstemming met de bouw-vergunningsaanvraag onherroepelijk was vastgesteld, zoals vereist door voornoemd artikel voor de opeisbaarheid van de Finale Betaling.

3.4. Dit betekent echter niet dat CIA op 7 juli 2012 in verzuim is geraakt. CIA heeft namelijk in eerste aanleg voorts een beroep gedaan op artikel 6:37 BW, inhoudende dat een opschortingsrecht bestaat indien de schuldenaar op redelijke gronden twijfelt aan wie de betaling moet geschieden. CIA heeft hierover het volgende, kort samengevat, aangevoerd. Hoewel de gestelde cessie van de vordering van Heredium aan

Hannibal in strijd met artikel 18.2 van de koopovereenkomst is, is daarmee de cessie nog niet ongedaan gemaakt. Hannibal heeft CIA op 29 januari 2010 in kort geding gedagvaard (2.5), stellende dat zij alle rechten van Heredium heeft overgenomen en heeft voldoening van de 2e betaling gevorderd. Bovendien was Heredium ontbonden. Eerst uit de verklaring van Hannibal bij brief van 5 september 2012, die ontvangen is door CIA op 21 september 2012 (2.10), is duidelijk geworden dat de onderhavige vorderingen aan Heredium toekomen, aldus CIA.

Het hof is van oordeel dat CIA terecht haar betalingsverplichting op grond van artikel 6:37 BW mocht opschorten tot 21 september 2012 omdat zij pas toen met redelijke mate van zekerheid kon weten dat de betaling aan Heredium — en niet aan Hannibal — moest geschieden. Redengevend hiervoor is dat de stelling van Heredium dat het voor CIA toentertijd duidelijk had moeten zijn dat de cessie van haar vorderingen aan Hannibal nietig was, niet opgaat. Als uitgangspunt bij de uitleg van artikel 18.2 van de koopovereenkomst, inhoudende dat geen van partijen het recht heeft om zijn rechten en verplichtingen op grond van de koopovereenkomst geheel of gedeeltelijk over te dragen, moet worden aangenomen dat deze bepaling uitsluitend verbintenisrechtelijke werking heeft, tenzij uit de — naar objectieve maatstaven uit te leggen — formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW is beoogd (HR 21 maart 2014, ECLI:NL: HR:2014:682). Feiten en omstandigheden die tot een dergelijke uitleg aanleiding zouden kunnen geven zijn niet gesteld of gebleken.

Het voorgaande betekent dat CIA ook gedurende de periode van 7 juli tot 21 september 2012 de 2e Betaling en de Finale Betaling gerechtvaardigd heeft opgeschort.

3.5. Partijen zijn vervolgens op 27 september 2012, dus kort na ontvangst door CIA van de brief van Hannibal op 21 september 2012, een betalingsregeling overeengekomen, waarna CIA op 4 oktober 2012 aan haar verplichtingen heeft voldaan (2.11). Gelet hierop, is ook geen sprake van verzuim van CIA gedurende de periode van 21 september tot 4 oktober 2012."

3.3.1 Het hof heeft geoordeeld dat de 2e Betaling vanaf 1 januari 2009 en de Finale Betaling vanaf 5 oktober 2011 (zie rov. 3.6.1 voor deze data van opeisbaarheid)³ zijn opgeschort tot 7 juli 2012 in verband met de kwestie van de belastingaanslag⁴ en vanaf 7 juli 2012 tot 21 september 2012 in verband met de kwestie Hannibal.

3.3.2 De opschorting op de voet van art. 6:37 BW staat als zodanig in cassatie niet ter discussie. Hoe-

³ Eigenlijk vijf werkdagen na 5 oktober 2011. Zie MvG, nr. 101 en de eis op p 38 van de MvG.

⁴ Ik spreek in navolging van het hof van naheffingsaanslag in enkelvoud.

wel het hof deze opschortingsbevoegdheid heeft toegepast vanaf 7 juli 2012, is denkbaar dat art. 6:37 BW ook reeds vóór 7 juli 2012 opschorting rechtvaardigde: Hannibal heeft CIA immers op 29 januari 2010 in kort geding gedagvaard en de onzekerheid als bedoeld in rov. 6:37 BW werd eerst op 21 september 2012 weggenomen.⁵

Voor de beoordeling van onderdeel I van het incidentele middel maakt het aanvangsmoment van de opschorting op de voet van art. 6:37 BW verder niet uit. Het onderdeel betreft de opschorting in verband met de kwestie van de belastingaanslagen en strekt er mede te betogen toe dat CIA achteraf beschouwd vanaf 1 januari 2009 in verzuim was met de 2e Betaling (zie onderdeel 1.g).⁶

Ik merk alvast op dat het punt wel zijdeling een rol speelt bij de beoordeling van onderdeel 1 van het principale middel. Heredium (s.t. nr. 33 sub h) gaat er in dat verband van uit dat de opschortingsgrond van art. 6:37 BW vanaf 29 januari 2010 werking had, terwijl CIA daarvoor verwijst naar 7 juli 2012 (s.t. nr. 4.1.8').

3.4 Volgens *onderdeel 1a* gaat het hof in rov. 3.2 uit van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de 'claim opeisbaar en invorderbaar' was en een niet meer weg te denken realiteit, aangezien de aanslag met terugwerkende kracht is vernietigd en geacht moet worden nooit te hebben bestaan, en een beroep op opschorting op eigen risico geschiedt, met als gevolg dat als dit beroep achteraf ongegrond blijkt de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim komt.

Op deze argumenten berusten ook de rechts- en motiveringsklachten van de *onderdelen 1.b tot en met 1.e en 1.g*.

Onderdeel 1.b wijst er nog op dat voor een beroep op de rechtsgevolgen van een achteraf ongegrond gebleken opschorting de tegenvordering met het oog waarop het opschortingsrecht werd ingeroepen, niet hoeft te zijn vernietigd, doch voldoende is dat de tegenvordering niet (of niet voor de opgevoerde som) blijkt te bestaan.

Onderdeel 1.d voert aan dat fiscale aanslagen in rechte niet altijd stand houden en dat de fiscus had laten weten hangende de fiscale procedure niet te zullen overgaan tot invordering. *Onderdeel 1.e* wijst er nog op dat een ruling was afgegeven waaraan de belastingdienst in beginsel gebonden is, partijen aannamen gevrijwaard te zullen blijven van de onderhavige belastingaanslag. Heredium van aanvang af heeft gewezen op de ondeugdelijkheid van de aanslag en het besluit waarbij de aanslag is opgelegd (op kosten van Heredium) onmiddellijk in rechte is aangevallen. Heredium CIA ter zake de belastingaanslag (zo die in stand was gebleven) had dienen te vrijwaren en, naar tussen partijen vaststaat, CIA achteraf gezien geen beroep toekwam op opschorting.

Onderdeel 1.g klaagt dat de verbintenis tot betaling van de tweede en de finale termijn niet per 7 juli 2012 'herleefde', aangezien met de vernietiging van de naheffingsaanslag de 'claim' rechsens moet worden geacht nooit te hebben bestaan en CIA per 1 januari 2009 verplicht was tot betaling van de tweede termijn en (in beginsel) per 5 oktober 2011 van de finale termijn.

3.5 Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij missen feitelijke grondslag voor zover zij veronderstellen dat het hof heeft miskend dat de vernietiging van de naheffingsaanslag door de rechter terugwerkende kracht had. Het hof heeft dat niet miskend, maar zijn oordeel gebaseerd op het feit dat deze aanslag een gegeven was waartegen (met succes) in rechte zou moeten worden opgekomen door middel van het instellen van bezwaar en (zo nodig) beroep om te voorkómen dat de aanslag onaantastbaar zou worden. Dat oordeel is niet onjuist of onvoldoende gemotiveerd.

3.6.1 Heredium beroept zich in deze klachten voorts op de regel dat een achteraf geheel of ten dele ongegrond gebleken beroep op opschorting meebrengt dat degeen die dit beroep deed, terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim kwam te verkeren (art. 6:83, aanhef en onder c, BW).⁸

Deze regel impliceert dat een partij die achteraf beschouwd onterecht heeft opgeschort, het risico daarvan draagt.⁹ Een partij kan op goede, althans verdedigbare, gronden aannemen dat zij bevoegd is tot opschorting, maar wanneer haar wederpartij dit betwist, zal het oordeel van de rechter nodig zijn om vast te stellen wie gelijk heeft. Inden wordt vastgesteld dat er geen (voldoende) grond voor opschorting was, dan is er (achteraf gezien) ook aanvaankelijk ten onrechte opgeschort. Juist in dit verschil tussen de beoordeling ex ante en de beoordeling ex post ligt besloten dat de partij die zich beroept op opschorting, dit op eigen risico doet.¹⁰

Van dergelijk handelen op eigen risico is bijvoorbeeld ook sprake indien een partij, naar achteraf

8 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50 m.nt. Jac. Hijma (Ammerlaan/Enthoven). Zie ook MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 213 ("Indien de schuldeiser een prestatie weigert, omdat hij zich op het standpunt stelt dat zij niet aan de verbintenis beantwoordt, maar naar achteraf blijkt ten onrechte, behoort vast te staan dat, zo hij in verband met zijn standpunt de nakoming van een door hem verschuldigde tegenprestatie heeft opgeschort, hij dit deed zonder daartoe bevoegd te zijn, zodat deze niet-nakoming een tekortkoming oplevert die hem kan worden toegerekend").

9 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907, NJ 2012/91, JOR 2012/201 m.nt. S. van Dongen, JIN 2012/54 m.nt. G.C. Vergouwen (Eureto/Naeije). Zie voorts C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/271; R.J.Q. Klomp, *GS Verbinde-nissenrecht*, afdeling 7 Boek 6 BW, aant. 13.

10 Vgl. de s.t. Heredium nr. 16 en haar conclusie van dupliek/re-pleik nr. 1.5; de Nota ven repliek van CIA nr. 2.2.

5 Vgl. s.t. CIA nr. 5.1.3; incidentele middel nr. 2.26.

6 Vgl. Heredium conclusie van dupliek/repleik nr. 1.8.

7 Zie echter ook de repliek nr. 1.1.

blijkt, ten onrechte een ontbindingsverklaring heeft uitgebracht.¹¹

3.6.2 Volgens Heredium (s.t. nr. 12) is dit een ongeclausuleerde, algemene regel. Heredium (s.t. nrs. 13 en 20) voert aan dat de regel ook geldt indien de opschorting aanvankelijk gerechtvaardigd lijkt te zijn door een rechterlijke uitspraak die later wordt vernietigd en er is volgens haar geen reden het onderhavige geval van een opschorting die is gebaseerd op een later vernietigde belastingaanslag anders te beoordelen. Bovendien moest CIA rekening houden met de vernietiging van de belastingaanslag (s.t. nrs. 17 en 19).

3.6.3 Ik meen dat het incidentele middel ten onrechte een beroep doet op de bij 3.6.1 bedoelde regel.

3.7 Blijkens de lezing van grief 1 in rov. 3.1 had het hof niet te oordelen over de vraag of CIA de 2e Betaling en de Finale Betaling op grond van de koopovereenkomst mocht opschorten, maar diende het te oordelen over de vraag of — indien deze opschorting achteraf onterecht zou blijken te zijn — dit voor risico van CIA zou komen met als gevolg dat CIA (achteraf beschouwd) in verzuim was geraakt door deze betalingen niet tijdig te verrichten en daarmee rente en de contractuele boete verschuldigd was geworden.¹² Dit is een wat andere benadering dan die ten grondslag ligt aan de in rov. 3.6.1 bedoelde regel, die er m.i. op is gebaseerd dat door de rechter (achteraf) wordt geoordeeld dat de opschorting vanaf het begin onterecht is geweest.

Voor de beoordeling door het hof maakt dit echter geen verschil. Rov. 3.2 komt erop neer dat CIA door op te schorten niet handelde op eigen risico voor het geval de naheffingsaanslag zou worden vernietigd. In rov. 3.6.1 overweegt het hof dat CIA op goede gronden haar betalingsverplichtingen heeft opgeschort (waarmee óók de onderhavige opschortingsgrond wordt bedoeld).¹³ Kortom, volgens het hof mocht CIA opschorten in verband met de naheffingsaanslag, ook voor het geval zou komen vast te staan dat deze ten onrechte was opgelegd.

Het incidentele middel perst rov. 3.2 in de mal van de bij 3.6.1 bedoelde regel, maar miskent daarmee m.i. dat het feit dat naheffingsaanslag is vernietigd volgens het hof niet meebrengt dat de opschorting 'achteraf onterecht' was en op 'eigen risico' geschiedde in de zin van de in rov. 3.6.1. bedoelde regel.

3.8.1 Ook overigens meen ik dat het oordeel in rov. 3.2 niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en afdoende is gemotiveerd. Het gaat hier niet om een uiteenlopende waardering van de feiten en de inhoud van overeenkomst door partijen met het oog op de vraag of een partij haar verbintenissen niet is

nagekomen (het 'normale geval'). Tegen de naheffingsaanslag moest immers in rechte worden opgekomen om te voorkomen dat deze onaantastbaar zou worden. Zolang de fiscale claim 'in de lucht hing' zou de belastinggarantie in de overeenkomst aan de orde (kunnen) komen. Dat de naheffingsaanslag achteraf onterecht bleek te zijn, betekent daarom niet dat ook de opschorting op de voet van de overeenkomst gedurende deze periode onterecht was.

3.8.2 Ik denk dat de bij 3.6.1 bedoelde regel is toegesneden op het 'normale geval', al zal ook in andere gevallen de vraag kunnen rijzen voor wiens risico een beroep op een opschortingsbevoegdheid geschiedt. In wezen gaat het erom om door middel van uitleg vast te stellen of de overeenkomst meebrengt dat ook een opschorting als de onderhavige geschiedt op risico van de opschortende partij.¹⁴

Het is naar mijn mening niet evident dat CIA dat risico moet dragen, in die zin dat zij na vernietiging van de naheffingsaanslag (achteraf beschouwd) in verzuim blijkt te zijn geweest met haar betaling zodat zij de rente en de boete verschuldigd is geworden. Voor zover het incidentele middel betoogt dat in het licht van de in de onderdelen I.d en I.e bedoelde omstandigheden CIA wel op eigen risico heeft opgeschort omdat, kort gezegd, voorzienbaar was de naheffingsaanslag geen stand zou houden (vgl. s.t. Heredium nrs. 17 en 19), stuit het af op het andersluidende, feitelijke oordeel van het hof dat in rov. 3.2 besloten ligt.

3.9 De klacht van *onderdeel I*f, dat het hof de grenzen van het hoger beroep heeft miskend, dient te falen. Het onderdeel betoogt, kort gezegd, dat Heredium in hoger beroep alleen is opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 4.3.1 van haar vonnis, dat partijen contractueel zijn afgeweken van de door de rechtbank bedoelde hoofdregel, maar dat het hof bij gebreke van een daartegen gerichte grief van CIA wel had uit te gaan van deze hoofdregel. Met de hoofdregel wordt bedoeld op de bij 3.6.1. bedoelde regel. Het onderdeel miskent dat grief 1 volgens de, in cassatie niet bestreden, uitleg van het hof aan de orde stelde of de opschorting door CIA gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad op eigen risico geschiedde. Daarmee viel de toepassing van deze regel binnen het door de grief ontsloten gebied.

3.10 *Onderdeel II* klaagt dat het hof de essentiële stelling van Heredium dat de opschorting van de verbintenissen tot betaling in verhouding tot de (uiteindelijk toegewezen) vordering van CIA op Heredium onevenredig is (MvG nr. 79 e.v.), ten onrechte onbehandeld heeft gelaten dan wel (impliciet) ongemotiveerd heeft verworpen.

3.11 Deze klacht faalt. Het hof geeft in rov. 3.2 aan (i) dat zich in deze zaak niet het ('normale') ge-

11 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*G4/Hanzevast*). Voorts wordt ook gewezen op het geval dat, achteraf ten onrechte, beslag is gelegd of veroordeling van een uitvoeraad bij voorraad verklaard vonnis is afgedwongen. Zie C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (*Mon. BW nr. B32b*), 2013/27.2.

12 Vgl. MvG nrs. 60, 62, 66.

13 Vgl. CIA s.t. 4.1.7 en 5.1.5.

14 Volgens de s.t. CIA nr. 5.1.7 geldt de regel niet indien de reden voor de opschorting bij een derde ligt die geen partij is bij de overeenkomst. Dat lijkt mij te breed geformuleerd, nu denkbaar is dat het handelen van die derde contractueel voor risico van een van partijen komt.

val voordoet, dat de vordering achteraf niet blijkt te hebben bestaan of een geringere omvang blijkt te hebben dan ten tijde van de opschorting werd verondersteld en (ii) dat de opschorting van CIA zijn rechtvaardiging vond in een op dat moment bestaande fiscale claim.¹⁵ Dat oordeel houdt m.i. stand. Daaruit volgt dat het hof niet nader behoefte in te gaan op het door het onderdeel bedoelde verhouding tussen het opgeschorte betalingen en de uiteindelijke vordering van CIA die resteerte nadat de naheffingsaanslag was vernietigd.

(ii) Verzuim — incidenteel middel onderdeel V

3.12 Volgens de rechtsklacht van *onderdeel V* heeft het hof, kort gezegd, in rov. 3.5 miskend dat na het eindigen van de periode van opschorting op 21 september 2012, CIA krachtens de overeenkomst gehouden was om de Finale Betaling te verrichten binnen vijf werkdagen zodat zij na het verstrijken daarvan in verzuim is geraakt. Volgens de motiveringsklacht is het oordeel onbegrijpelijk in het licht van de in nr. 2.46 van het middel genoemde omstandigheden.

3.13 Het onderdeel geeft niet aan dat op deze omstandigheden in feitelijke instanties een beroep is gedaan. Ook overigens faalt het onderdeel. Het hof geeft aan waarom het verzuim in de omstandigheden van het geval, waaronder de op 27 september 2012 getroffen betalingsregeling, niet reeds op (dan wel vijf werkdagen na) 21 september 2012 intrad. Dat oordeel is afdoende gemotiveerd en getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. De regels over het intreden van het verzuim dienen immers mede te worden toegepast in het licht van hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen in de omstandigheden van het geval.¹⁶

(iii) Rente bij opschorting — principaal middel onderdeel 1

3.14 Ik kom nu toe aan het principale cassatie-middel. Onderdeel 1 van dit middel ziet op het oordeel in rov. 3.6.1 dat CIA op grond van de redelijkheid en billijkheid aan Heredium de helft van de wettelijke handelsrente over de opgeschorte betalingen moet vergoeden. Dit oordeel bouwt voort op de rov. 3.2-3.5. Nu de tegen die overwegingen gericht klachten van het incidentele middel falen, heeft CIA belang bij bespreking van dit onderdeel van het principale middel. Voorts doet zich niet de

situatie voor, waarop Heredium s.t. nr. 47 doelt, dat de laatste betalingen hadden moeten geschieden vóórdat de kwestie Hannibal opkwam. Het hof overwoog:

“3.6 Het voorgaande leidt tot de volgende conclusies.

3.6.1. De gevorderde boete op grond van art. 17 sub a van de koopovereenkomst is niet verschuldigd, aangezien CIA op goede gronden haar betalingsverplichtingen heeft opgeschort. De primaire vordering wordt voor het overige als volgt toegewezen. CIA heeft als gevolg van haar beroep op opschorting vanaf eind 2008 tot 4 oktober 2012 de beschikking gehad over het door haar opgeschorte bedrag van € 2.000.000. Heredium heeft onbetwist gesteld dat CIA aldus rente hierover heeft bespaard en zij betrokken is geraakt in het ondernemersrisico van CIA. Gelet hierop brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid mee dat CIA een — gelet op de omstandigheden van het geval: redelijke — rente over dit bedrag aan Heredium (vgl. HR 15 april 1994, NJ 1994/628) vergoedt. Het hof bepaalt het percentage van de door CIA aldus verschuldigde rente op de helft van het percentage van de wettelijke handelsrente.

CIA is over de periode van 1 januari 2009 — de datum waarop de 2e Betaling opeisbaar werd ingevolge artikel 2.3 van de koopovereenkomst — tot 4 oktober 2012 de helft van de wettelijke handelsrente verschuldigd over € 500.000. Over de periode van 5 oktober 2011 — de datum waarop ingevolge voormeld artikel de Finale Betaling opeisbaar werd — tot 4 oktober 2012 is zij de helft van de wettelijke handelsrente verschuldigd over € 1.500.000.

Heredium vordert bovendien primair dat al hetgeen CIA reeds heeft betaald in mindering komt op eerst de verschuldigde rente, daarna op de verschuldigde boete, die dus niet zal worden toegewezen, en tot slot op de verschuldigde hoofdsom. CIA heeft zich verzet tegen deze toepassing van artikel 6:44 lid 1 BW met het verweer dat in de garantie-overeenkomst (2.11) hiervan afgeweken is. Dat in artikel 4 van de garantie-overeenkomst is bepaald dat 'een bedrag van € 1.800.000 (zal) worden voldaan aan Heredium als (deel)betaling op de Finale Betaling en de 2de Betaling', is, zonder nadere toelichting die ontbreekt, echter onvoldoende om dit verweer te honoreren, nu niet is aangevoerd dat partijen zich hierbij rekenschap hebben gegeven van de (mogelijkheid van) reeds verschene rente over de desbetreffende bedragen. (...)"

3.15 *Onderdeel 1.1* klaagt, samengevat, in de eerste plaats dat het oordeel in rov. 3.6.1 onverenigbaar is met het wettelijke stelsel van art. 6:119a BW, dat vereist dat de rentevergoeding wordt berekend over de tijd CIA met de voldoening van de geldsom in verzuim is, terwijl het hof vaststelt dat CIA niet in verzuim is. Althans geldt dit gedurende de periode

15 Blijkens rov. 2.3 dreigde aanvankelijk een claim van circa € 2.700.000 plus eventueel kosten, rente en boete. De in rov. 2.6 bedoelde aanslag van 19 februari 2010 bedroeg € 610.500 met heffingsrente (€ 54.003) en een boete (aanvankelijk € 120.000, na bezwaar € 60.000). Zie het in rov. 2.7 genoemde arrest van het hof Amsterdam van 4 mei 2012 (overgelegd als prod. 8 bij MVG).

16 HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE4358, NJ 2003/257 m.nt. J. Hijma (*Fraanje/Götte*); B.M. Katan, GS Verbintenissenrecht, art. 6:82 BW, aant. 4. Vgl. in verband met een 'opstartperiode' na het einde van het schuldeisersverzuim HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1643, NJ 2014/36, JIN 2014/176 m.nt. P.H. Bossema-de Greef (*Sepeba/Rito*).

tot 7 juli 2012, waarin CIA de betaling (naar het hof in rov. 3.2 heeft vastgesteld: gerechtvaardigd) had opgeschort in verband met de door de belastingdienst opgelegde naheffingsaanslag en niet in verband met haar beroep op artikel 6:37 BW.

In de tweede plaats wordt geklaagd dat de door het hof aan zijn beslissing ter zake ten grondslag gelegde argumenten – (i) CIA rente heeft bespaard doordat zij het bedrag van (uiteindelijk in totaal) € 2.000.000 pas later behoefde te betalen en (ii) Heredium betrokken is geraakt in het ondernemersrisico van CIA – zijn beslissing niet dragen. Deze argumenten zijn immers inherent aan de omstandigheid dat een geldbedrag (waarover een schuldenaar beschikt) pas later hoeft te worden betaald en vormen daarmee niet een uitzonderlijke omstandigheid, althans niet zonder nadere motivering, die rechtvaardigt dat op aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ontleende gronden een rentevergoeding wordt toegekend.

Volgens *onderdeel 1.2* zou ten hoogste een rentevergoeding gebaseerd op het bedrag dat CIA daadwerkelijk aan rente over het door haar nog niet betaalde bedrag heeft genoten, in aanmerking kunnen komen en niet de helft van het percentage van de wettelijke handelsrente.

3.16 Deze klachten lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Naar mijn mening slagen zij.

3.17.1 Ik stel voorop dat toewijzing van de wettelijke (handels)rente in het onderhavige geval niet aan de orde is (gegeven het falen van de reeds besproken klachten van het incidentele middel).

De wettelijke rente van art. 6:119 en 6:120 lid 1 BW is verschuldigd gedurende de periode van het verzuim. Indien terecht een opschortingsbevoegdheid wordt ingeroepen, levert de niet-nakoming van de verbintenis geen tekortkoming en verzuim op. Er is daarom geen wettelijke rente op de voet van art. 6:119 BW verschuldigd.¹⁷ Mogelijk is dan wel sprake van schuldeisersverzuim op de voet van art. 6:59 BW.

3.17.2 Op de verplichting tot betaling van de koopprijs zien in het onderhavige geval de regels van de wettelijke handelsrente van art. 6:119a en art. 6:120 lid 2 BW, die berusten op de omzetting van twee opvolgende Europese richtlijnen.¹⁸ Deze handelsrente is verschuldigd door tijdverloop ten opzichte van een overeengekomen betaaldatum dan wel door het verloop van de bijzondere termijnen die in art. 6:119a (of art. 6:119b) BW worden genoemd.

Art. 6:119a BW vereist geen verzuim als bedoeld in art. 6:81 BW,¹⁹ al zal daarvan veelal wel tevens sprake zijn.²⁰ Hoewel onderdeel 1.1 het verzuimver-eiste betreft op art. 6:119a BW, is dat voor de beoor-deling van de klachten – anders dan Heredium s.t. nrs. 44 en 46 aanvoert – niet relevant in verband met het volgende.

3.17.3 Volgens art. 6:119a, vierde (respectievelijk, vanaf 13 maart 2013, zesde) lid, BW is geen wettelij-ke handelsrente verschuldigd wanneer de schuldei-ser zelf in verzuim is. Indien terecht een opschor-tingsbevoegdheid wordt ingeroepen, geraakt de schuldeiser op de voet van art. 6:59 BW in (credi-teurs)verzuim wanneer de opschorting een reactie is op het feit dat de schuldeiser ten gevolge van hem toe te rekenen omstandigheden niet voldoet aan een verplichting zijnerzijds jegens de schuldenaar.²¹ Deze uitzondering omvat dus niet het geval van 'crediteursovermacht'.²²

Voorts is volgens art. 6:119a, vijfde (respectieve-lijk, vanaf 13 maart 2013,²³ zevende) lid, BW geen rente verschuldigd voor zover de vertraging niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. In rov. 3.2 ligt naar mijn mening besloten dat de vertraging in verband met de kwestie van de naheffingsaanslag niet aan CIA kan worden toegerekend in de zin van art. 6:119a, lid 5 (respectievelijk 7), BW. Hetzelfde geldt blijkens rov. 3.4 voor de op art. 6:37 BW geba-seerde opschorting op de voet van art. 6:37 BW in verband met de kwestie Hannibal. In hoeverre de opschortingen wel aan Heredium kunnen worden toegerekend, kan thans in het midden blijven.

3.18 Het hof heeft onderkend dat in het onder-havige geval geen wettelijke (handels)rente ver-schuldigd is krachtens art. 6:119 of 6:119a BW. Het hof heeft rente toegewezen op grond van de (aan-vullende werking van de) redelijkheid en billijkheid.

In mijn conclusie in de, thans nog aanhangige, zaak 15/00616 besprak ik deze regel in verband met de vraag of geconvenieerde rente over een schuld uit geldlening blijft doorlopen tijdens het schuldei-sersverzuim. Ten behoeve van partijen volsta ik thans niet met een enkele verwijzing naar die con-clusie.

3.19 Over de verplichting om het verschuldigde rentedragend te beleggen of om genoten voordelen

17 HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2629, NJ 2012/445 m.nt. A.L.M. van Mierlo (Staalduinen/Tiethof g.q.); C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b), 2013/26.

18 Richtlijn 2000/35/EG van het Europees parlement en de Raad van 29 juni 2000 en Richtlijn 2011/7/EU betreffende bestrij-ding van betalingsachterstand bij handelstransacties. De bepa-ling ziet op betaling van op het op grond van een handelsover-eenkomst verschuldigde en (dus) niet op schadevergoeding. Zie HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:40, NJ 2013/368; HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:70, NJ 2016/51.

19 MvT, *Kamerstukken II*, 2001/2002, 28 239, nr. 3, p. 9.

20 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/215 wijzen op de wer-king van art. 6:83 sub a BW. Vgl. MvT, *Kamerstukken II*, 2001/2002, 28 239, nr. 3, p. 10, waarop wordt gewezen in de repliek nr. 1.2.

21 Zie G.T. de Jong, 'Twee systemen voor de wettelijke rente', in: M.H. Wissink en T.H.M. van Wechem, *Betalingsachterstanden bij handelstransacties*, 2006, p. 63-64.

22 Zie MvT, *Kamerstukken II*, 2001/2002, 28 239, nr. 3, p. 10.

23 Op deze datum traden de wetswijzigingen ter omzetting van Richtlijn 2011/7//E in werking. Zie *Stb.* 2012/647 en *Stb.* 2013/9.

af te dragen, merkt de MvA II Inv. bij art. 6:37 BW op:²⁴

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

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

Verder kan het zich voordoen dat de schuldenaar ook de grondslag van de vordering betwist en te dier zake tenslotte in het ongelijk wordt gesteld op een tijdstip dat tevens duidelijk is geworden dat zijn processuele wederpartij inderdaad de schuldeiser is. De schuldenaar zal dan wettelijke rente verschuldigd zijn over de periode dat hij in verzuim is geweest. Niet is in te zien waarom hij over de periode daarvoor of daarna ten behoeve van de schuldeiser de door hem betwiste vordering rentegevend zou moeten beleggen. De wettelijke rente zal hier immers verschuldigd zijn over de gehele vertragsperiode, omdat door de betwisting van de grondslag van de vordering niet gezegd kan worden dat deze vertraging niet aan de schuldenaar is toe te rekenen, maar aan de door artikel 6.1.6.7c voor rekening van de schuldeiser gebrachte onzekerheid. Tenslotte moet nog worden gedacht aan de mogelijkheid dat het een schuld betreft die krachtens overeenkomst, ook afgezien van verzuim,²⁵ rente draagt. Ook hier dient aan de schuldenaar overgelaten te worden in hoeverre hij in afwachting van het opheffen van de onzekerheid rente wil kweken, die hij dan uiteraard mag behouden.

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

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

3.20.1 Uit de rechtspraak volgt verder dat in het algemeen geen rente over ter beschikking staande bedragen verschuldigd is, tenzij dit is bedongen of voortvloeit uit de wet. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, echter verschuldigdheid van rente meebrengen.²⁶

Een dergelijk oordeel is, zo werd overwogen door HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1340, waarnaar het hof verwijst, ingrijpend van aard en zulks is van belang bij de beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid dat oordeel kunnen dragen en welke eisen aan de motivering van dit oordeel behoren te worden gesteld.

3.20.2 Aan die eisen was voldaan in het in HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1340, bedoelde geval. Dat betrof een rentevergoeding over de kapitaalbreng in een v.o.f. bij de ontbinding daarvan. Het hof had vastgesteld dat (i) het bij ondernemingen die in firmaverband worden gedreven, zeer gebruikelijk is bij de winstverdeling rekening te houden met een rentevergoeding over het door elk der firmanten geïnvesteerde kapitaal; (ii) in de weliswaar niet ondertekende maar wel opgemaakte firma-akte van de vennootschap in artikel 3 sprake is van een rentevergoeding van 8% over ieders kapitaalbreng; (iii) er belangrijke verschillen zijn ontstaan in de saldi van beide kapitaalrekeningen als gevolg van onttrekkingen aan het firmakapitaal door een vennoot voor de financiering van een privéwoning en (iv) in verband daarmee een ander standpunt dan dat van het Hof zou betekenen dat de andere vennoot door bij de winstverdeling over de betreffende jaren niet te wijzen op de bedoelde renteverrekening geacht moet worden stilzwijgend te hebben ingestemd met medefinanciering zijnerzijds van die privéwoning.

3.20.3 Daarentegen is volgens HR 16 december 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AD0546, voor een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde rentevergoeding onvoldoende het enkele feit dat het gaat om een waarborgsom die is gestort uit hoofde van een huurovereenkomst betreffende woonruimte waarop art. 6 Huurprijzenwet²⁷ van toepassing is.

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

25 Naar ik begrip, wordt hier gedoeld op het schuldenaarsverzuim en de wettelijke rente.

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

27 Zie over het beding houdende een niet redelijk voordeel thans art. 7:264 BW.

Blijkens HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, is met het wettelijk stelsel van art. 6:119 BW onverenigbaar dat een gewezen echtgenoot, zonder in verzuim te zijn geraakt, zonder meer op aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ontleende gronden zou zijn gehouden om aan de andere gewezen echtgenoot een rentevergoeding te betalen over een wegens overbedeling verschuldigde geldsom.

3.21 Een rentevordering zou wellicht ook gebaseerd kunnen worden op ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Het hof lijkt daarop enigszins te doelen aan het slot van rov. 3.2, waar het gaat over de mogelijkheid om door middel van de redelijkheid en billijkheid bij te stellen in hoeverre CIA "op niet te rechtvaardigen wijze in een voordeliger positie wordt gebracht dan wanneer de fiscale claim zich niet zou hebben voorgedaan".

Aan het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking ontleende inzichten kunnen een rol spelen bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Dat geldt ook voor zover die inzichten nopen tot terughoudendheid.²⁸ In dit verband wijs ik op HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, waaruit volgt dat wanneer een partij wegens het ontbreken van een ingebrekestelling geen vordering tot schadevergoeding op grond van wanprestatie toekomt, het niet in de rede ligt dat die partij langs een andere weg, namelijk die van de ongerechtvaardigde verrijking, zonder meer vergoeding van haar schade kan verkrijgen.²⁹

3.22 Ten slotte vermeld ik dat uit de regels van art. 856 lid 1 Rv, inhoudend dat de gerechtelijke bewaring geschiedt op voorwaarden die door de bewaarder gewoonlijk voor zaken van dezelfde soort worden overeengekomen, voort vloeit dat indien de deurwaarder geld in gerechtelijke bewaring geeft aan een bank, de deurwaarder ten behoeve van de rechthebbenden de gebruikelijke rente moet bedingen over het in bewaring gegeven bedrag.³⁰ Een verplichting om gelden rentedragend te beleggen kan zich ook in andere situaties voordoen waarin professionele partijen aan derden af te dragen gelden onder zich hebben of in bewaring moeten stellen.

3.23.1 Uit het voorgaande volgt dat, wanneer volgens art. 6:119a BW geen recht op rente bestaat, het in de rede ligt dat ook op basis van de redelijkheid en billijkheid geen recht op vergoeding van rente bestaat. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, echter verschuldigdheid van rente meebrengen. Een dergelijk oordeel is ingrijpend van aard en zulks is van belang bij de beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid dat oordeel

kunnen dragen en welke eisen aan de motivering van dit oordeel behoren te worden gesteld.

3.23.2 De twee door het hof in rov. 3.6.1 genoemde omstandigheden zijn, zoals onderdeel 1.1 terecht aanvoert, onvoldoende om het oordeel van het hof te dragen nu deze omstandigheden welhaast inherent zijn aan situaties waarin betaling van een geldsom langer duurt dan contractueel is voorzien. Nu moeten deze twee omstandigheden kennelijk worden gelezen tegen de achtergrond van hetgeen het hof overweegt in rov. 3.2 omtrent het "op niet te rechtvaardigen wijze in een voordeliger positie" worden gebracht van CIA als gevolg van de opschorting in verband met de naheffingsaanslag. Ook dan getuigt het oordeel naar mijn mening van een onjuiste rechtsopvatting omtrent hetgeen redelijkheid en billijkheid in de omstandigheden van dit geval meebrengen, althans is dat oordeel onvoldoende gemotiveerd.

3.23.3 In het onderhavige geval dient naar mijn mening ook verdisconteerd te worden gedurende welke periodes is opgeschort in verband met de kwestie van de naheffingsaanslag respectievelijk de kwestie Hannibal (zie bij 3.3.2) en in hoeverre de opschorting op die twee gronden aan Heredium kan worden toegerekend. Mocht gedurende een zekere periode opschorting op beide gronden gerechtvaardigd zijn geweest en de ene grond niet en de ander grond wel aan Heredium toerekenbaar zijn, dan dient te worden bezien of er aanleiding is daarmee rekening te houden bij de beoordeling van hetgeen redelijkheid en billijkheid vereisen.

3.23.4 CIA (s.t. nr. 4.1.6 op p. 10, midden) meent dat de opschorting in verband met de belastingaanslag voor risico van Heredium komt. Heredium (dupliek/replik nr. 1.12) ontkent dat met een beroep op rov. 3.8. In rov. 3.2 (opschorting in verband met de aanslag is niet voor risico van CIA), rov. 3.8 (de overeenkomst regelt niet de onderhavige situatie waarin onvoorzien een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting wordt opgelegd die uiteindelijk door de belastingrechter wordt vernietigd) en rov. 3.6.1 (toewijzing van de helft van de wettelijke handelsrente is redelijk), ligt m.i. besloten dat het hof van oordeel was dat geen van partijen in dit opzicht het risico draagt van de vertraging in de betaling voor zover die is veroorzaakt door de kwestie van de naheffingsaanslag.

Over de toerekenbaarheid van de op art. 6:37 BW gebaseerde opschortingsbevoegdheid hebben partijen zich in cassatie niet uitgelaten. Uit rov. 3.4 volgt naar mijn mening dat deze zijn oorzaak vindt in schending van art. 18.2 van de koopovereenkomst.

3.24 Voorts slaagt naar mijn mening ook de klacht van onderdeel 1.2 over de hoogte van de toegewezen rente.

Het is niet zonder meer duidelijk waarom de rente zou moeten worden vastgesteld op de helft van de wettelijke handelsrente in de zin van art. 6:119a en 6:119b BW. Deze rente is hoog – de door de ECB vastgestelde herfinancieringsrente plus ze-

28 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/398 en 6-IV 2015/476-478. Ik verwijs voorts naar mijn bijdrage in T. Hartlief e.a. (red.), *Coherente instrumenten*, 2003, p. 75 e.v.

29 HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3363, NJ 2004/458 m.nt. J. Hijma (*Caribbean Bistros/Club Caraïbeën*).

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

ven respectievelijk, vanaf 16 maart 2013, acht procentpunten (art. 6:120 lid 2 BW)³¹ – teneinde schuldenaren aan te sporen hun contractuele geldschulden tijdig te betalen.³² Dit aansporende element ontbreekt bij de wettelijke rente van art. 6:119 BW, dat voorziet in een gefixeerde schadevergoeding bij te late betaling van een geldsom. Voor een aansporing is echter geen reden indien CIA, zoals het hof overwoog, betaling terecht opschort.

Mocht het hof rekening hiermee hebben willen houden door de helft van de wettelijke handelsrente toe te wijzen, dan moet worden geconstateerd dat gedurende groot een deel van de betreffende periode dit resulteert in een percentage dat (iets) hoger ligt dan de wettelijke rente van art. 6:119 BW.³³ Daarmee zou Heredium maar maatstaven van art. 6:119 BW min of meer volledig schadeloos zijn gesteld.

Mocht het hof de helft van de wettelijke handelsrente hebben toegewezen, teneinde het door Heredium gelopen 'ondernemersrisico' (gedeeltelijk) te compenseren dan is niet duidelijk waarom niet (een deel van) de in art. 6:119 BW bedoelde rente of de feitelijk door CIA genoten rente is toegewezen.

3.25 Volgens *onderdeel 1.3* is het hof niet (kenbaar) ingegaan op de (essentiële) stelling van CIA, dat de Finale Betaling eerst op 30 mei 2012 opeisbaar werd, omdat de bestemming van het Registergoed als bedoeld in de Koopovereenkomst pas op die datum onherroepelijk was geworden, en niet al op 5 oktober 2011. Daarmee zou onbegrijpelijk zijn waarom de helft van de wettelijke handelsrente verschuldigd zou zijn over € 1.500.000 reeds vanaf 5 oktober 2011 en niet vanaf 30 mei 2012.

3.26 Het hof heeft in rov. 3.6.1 de verschuldigheid van een redelijke rente over het bedrag van de Finale Betaling laten ingaan op het moment van opeisbaarheid daarvan (door het hof gesteld op 5 oktober 2011). Nu reeds het oordeel over de rente m.i. geen standhoudt, behoeft de door het onderdeel aan de orde gestelde vraag naar het aanvangsmoment van de rente ter zake van de Finale Betaling geen behandeling.

3.27 Volgens *onderdeel 1.4* is het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden of heeft het althans een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven, nu Heredium niet een aan de maatstaven van

redelijkheid en billijkheid ontleende rentevergoeding heeft gevorderd voor het geval CIA niet in verzuim zou zijn geweest, maar slechts de wettelijke handelsrente over het bedrag dat CIA volgens haar eerder aan haar had moeten voldoen omdat CIA in de visie van Heredium op onterechte gronden heeft opgeschort.

Indien de beslissing van het hof aldus moet worden begrepen dat Heredium zijn eis ten pleidooie in hoger beroep heeft gewijzigd en alsnog de door het hof bedoelde rentevergoeding heeft gevorderd, mist het hof dat deze eisiwijziging is gedaan op een zo laat moment in de procedure dat deze in zitting komt met de goede procesorde en daarom buiten beschouwing moet worden gelaten nu CIA op de verschuldigheid en hoogte van de bedoelde rentevergoeding niet meer adequaat heeft kunnen reageren.

Althans had het hof teneinde een ontoelaatbare verrassingsbeslissing te voorkomen, partijen in de gelegenheid moeten stellen zich nader uit te laten over de hoogte van deze door hem toegewezen rentevergoeding.

3.28 Heredium (s.t. nr. 51) verwijst naar een eisiwijziging bij pleidooi in hoger beroep. Van een dergelijke eisiwijziging blijkt niet uit de stukken van het geding. In het bijzonder vermeldt het proces-verbaal van de zitting bij het hof niets over enige discussie op dit punt terwijl ook uit het arrest niet blijkt van een eisiwijziging in dit stadium van de procedure. Ik houd het er daarom op dat het hof heeft beoogd de rentevordering toe te wijzen binnen de grenzen van de rechtsstrijd in het hoger beroep. Voor zover het onderdeel uitgaat van een eisiwijziging bij pleidooi dient het bij gebrek aan feitelijke grondslag te falen.

3.29 In hoger beroep heeft Heredium betaling van de in rov. 1 bedoelde bedragen gevorderd, telkens met rente. Heredium heeft daarbij aangevoerd, in het kader van haar grief 1, dat het opschorten van de betaling het goed recht van CIA was, maar dat het gevolg niet kan zijn dat de achteraf ten onrechte opschorting ertoe leidt dat CIA haar verplichtingen pas jaren later nakomt zonder dat zij over die vertraging rente verschuldigd is. In dat verband heeft zij aangevoerd dat CIA jarenlang rente heeft bespaard en dat Heredium noodgedwongen betrokken is geraakt bij het ondernemersrisico van CIA (MvG nr. 60 en noot 7; zie ook MvG nrs. 4, 90, 152-153 en de pleitaantekeningen van mr. Kraaijpoel d.d. 15 oktober 2014 nr. 3).

Het hof heeft hierin kennelijk aanknopingspunten gezien voor een beoordeling, indien het standpunt van Heredium dat CIA de wettelijke handelsrente verschuldigd was, moest worden verworpen, van de vraag of redelijkheid en billijkheid meebrachten dat CIA een redelijke rente verschuldigd was. Naar mijn mening valt dit nog binnen de grenzen van de rechtsstrijd, zoals deze door het hof was opgevat. De inzet van het geding was blijkens de eis in de MvG (onder meer) de verschuldigheid van de wettelijke handelsrente vanaf 1 januari 2009 voor

31 Stb. 2012/647 en Stb. 2013/9.

32 MvT, *Kamerstukken II*, 2001/2002, 28 239, nr. 3, p. 1 ("Beoogd is een wettelijke rente die zodanig hoog is dat het oplopen van betalingsachterstand voor een schuldenaar uiterst onaantrekkelijk is.").

33 De wettelijke rente van art. 6:119 BW is van 1 januari 2009 tot 1 juli 2009 6% en daarmee hoger dan de helft van de handelsrente van 9,5% in die periode; van 1 juli 2009 tot 1 januari 2010 is de wettelijke rente van 4% gelijk aan de helft van de handelsrente van 8%; van 1 januari 2010 tot 1 juli 2011 is de wettelijke rente van 3% lager dan de helft van de handelsrente van 8%; van 1 juli 2011 tot 4 oktober 2012 is de wettelijke rente van 4% iets lager dan de helft van de handelsrente van 8,25%. Zie W.A.K. Rank, T&C BW 2013, art. 6:120 BW, aant. 1 en 2. Vgl. nog Heredium s.t. nr. 49.

de 2e Betaling respectievelijk 12 oktober 2011, althans 7 juni 2012, voor de Finale Betaling en het hof heeft in zoverre het mindere, dat wil zeggen de helft van deze rente vanaf de opeisbaarheidsdata³⁴ toegevoegd. Voorts heeft het hof binnen het door grief 1 ontsloten gebied ambtshalve de rechtsgrond redelijkheid en billijkheid aangevuld (art. 25 Rv), waarvoor het aanknopingspunten vond in de door Heredium opgeworpen vraag of het terecht was dat CIA in deze omstandigheden geen rentevergoeding zou betalen.

3.30 Partijen moeten over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan de rechterlijke beslissing, voldoende zijn gehoord en mogen niet worden verrast door een beslissing van de rechter waarmee zij, gelet op het verloop van het procesuele debat, geen rekening behoeven te houden en over de consequenties waarvan zij zich niet hebben kunnen uitlaten.³⁵ Naar mijn mening is sprake van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing voor zover het hof de helft van de wettelijke handelsrente toewijsbaar heeft geacht zonder partijdebat over het rentevoordeel dat CIA feitelijk heeft gehad. In zoverre slaagt onderdeel 1.4.

3.31

Onderdeel 1.5 klaagt dat de omstandigheid dat in artikel 4 van de garantie-overeenkomst is bepaald dat een bedrag van € 1.800.000 (zal) worden voldaan aan Heredium als (deel)betaling op de Finale Betaling en de 2e Betaling, zonder nadere toelichting die ontbreekt, onvoldoende is om het verweer van CIA dat van de toepassing van artikel 6:44 BW in de garantie-overeenkomst is afgeweken, te honoreren.

3.32 Het onderdeel mist feitelijke grondslag voor zover tot uitgangspunt neemt dat het hof kennelijk heeft aangenomen dat een eisiwijziging bij pleidooi heeft plaatsgevonden. Voor het overige heeft hof – zoals gevorderd – de imputatieregels van art. 6:44 BW gevolgd. Het hof heeft in de overeenkomst geen afwijking gelezen van deze wettelijke regel. Deze uitleg is in beginsel voorbehouden aan het hof en niet onbegrijpelijk. Het onderdeel faalt daarom.

3.33 De resterende klachten van de beide cassatieberoepen stellen de toe- respectievelijk afwijzing van bepaalde verrekenposten aan de orde.

- (iv) Kosten belastingprocedure – incidenteel middel onderdelen III en IV

3.34 Heredium klaagt met de onderdelen III en IV van haar middel over rov. 3.8. Het hof overwoog in rov. 3.7-3.9:

“3.7. In grief 2 in het principaal hoger beroep bestrijdt Heredium de toewijzing door de rechtbank van de door CIA in reconventie gevorderde schadevergoeding wegens inbreuk op de belastinggaranties tot een bedrag van € 100.000 en wegens strijd met het cessieverbod in artikel 18.2 van de koopovereenkomst ad € 15.609,49.

3.8. Heredium meent dat de belastinggaranties niet inhouden dat gegarandeerd is dat de Belastingdienst geen naheffingsaanslag overdrachtsbelasting zal opleggen, althans dat CIA niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij schade heeft geleden als gevolg van de schending van de garanties.

Het hof oordeelt als volgt. CIA heeft de stelling van Heredium niet bestreden dat door CIA een zogeheten ‘ruling’ (met de belastingdienst) is gevraagd en verkregen op grond waarvan partijen er allebei vanuit gingen en mochten gaan, dat er bij de transactie geen overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn en dat in artikel 12.1 sub b van de koopovereenkomst is vastgelegd dat, mocht dat onverhoopt anders komen te liggen, Heredium die belasting zou dragen. De belastingdienst is bij brief van 22 februari 2010 aan CIA (‘Aankondiging naheffingsaanslag overdrachtsbelasting’) op de ‘ruling’ teruggekomen. Ten tijde van de totstandkoming van de koopovereenkomst deed zich dus niet de situatie voor zoals volgens partijen voorzien in artikel 10.4 van de garanties. Er was toen immers geen verschil van inzicht omtrent de verschuldigde overdrachtsbelasting met de belastingdienst noch dreigde dat. Ook zijn (uiteindelijk) geen verplichtingen tot betaling van overdrachtsbelasting voor CIA ontstaan, waarop artikel 10.3 van de garanties volgens partijen ziet. CIA heeft geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit zou kunnen volgen dat (tussen partijen is overeengekomen dat) de belastinggaranties ook een regeling inhouden voor de onderhavige situatie, waarin onvoorziën een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting wordt opgelegd die uiteindelijk door de belastingrechter is vernietigd. Geconstateerd moet worden dat de tussen partijen gesloten overeenkomst een leemte bevat voor het geval dat CIA aanzienlijke kosten heeft gemaakt om die naheffingsaanslag te laten vernietigen, terwijl indien zij die kosten niet had gemaakt de naheffingsaanslag in stand zou zijn gebleven en Heredium de overdrachtsbelasting zou hebben moeten dragen. Naar het oordeel van het hof vloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voort dat deze kosten voor rekening komen van Heredium, omdat zij de materieel belanghebbende was dat de naheffingsaanslag en de beschikking inzake heffingsrente en boete vernietigd zouden worden.

Nu geen sprake is van een verplichting tot schadevergoeding aan de zijde van Heredium, gaat het beroep op artikel 6:98 BW inzake causaal verband reeds daarom niet op.

³⁴ Zie over de datum van de verschuldigdheid van de Finale Betaling reeds bij 3.3.1. Het hof kent in rov. 3.6.1 rente over de Finale Betaling toe per 5 oktober 2011. Het principale middel (onderdeel 1.4) klaagt niet over deze kwestie. Het betreft een bagatel.

³⁵ Vgl. HR 31 januari 2014 ECLI:NL:HR:2014:212, NJ 2014/89; HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:AZ8210, NJ 2007/293 m.nt. J.M.M. Maeijer.

3.9 Heredium bestrijdt voorts de hoogte van het door de rechtbank na schatting toegewezen bedrag van € 100.000. In incidenteel hoger beroep voert CIA in grief 1 daarentegen aan dat de rechtbank ten onrechte niet het volledig gevorderde bedrag van € 137.520,57 heeft toegewezen.

Deze vordering heeft CIA onderbouwd door onder andere overlegging van een shadeoverzicht (productie 33 bij nadere akte van 23 januari 2013) en de desbetreffende facturen met specificatie van Loyens & Loeff N.V. (productie 28 bij akte van 11 december 2012). Volgens CIA zien de facturen op het shadeoverzicht onder de nummers 5, 6 (deels), 7, 11, 12 (deels), 14 (deels), 15, 16 (deels), 17, 18, 20, 22, 24, 26, 27, 28 en 29 op de onderhavige kwestie. Heredium heeft deze gespecificeerde facturen alsmede de betaling daarvan door CIA niet (voldoende) gemotiveerd weersproken, gelet op de gehanteerde gebruikelijke en redelijke tarieven, zodat het hof deze faatuurbedragen ad in totaal € 66.758,95 in aanmerking zal nemen.

Verder heeft CIA zich beroepen op werkzaamheden die Aedes B.V., een van haar aandeelhouders, in dit kader voor haar heeft verricht. Volgens CIA zijn de daarvoor berekende kosten 'conform de geldende afspraken' bij CIA in rekening gebracht. Heredium betwist deze afspraken bij gebrek aan wetenschap. Nu een nadere toelichting aan de zijde van CIA ontbreekt, worden deze kosten als niet (voldoende) gemotiveerd niet in aanmerking genomen.

Heredium heeft tot slot aangevoerd dat zij de kosten van de gemachtigde van CIA in de belastingprocedures ad ruim € 100.000 heeft betaald en aldus tweemaal dezelfde kosten zou moeten betalen. Volgens CIA ziet echter het overgrote deel van de gevorderde kosten van CIA op inhoudelijk commentaar van de adviseurs van CIA op de door Heredium voorbereide processtukken. Nu Heredium dat niet heeft betwist, is er geen aanleiding om het door Heredium reeds betaalde bedrag in aftrek te brengen. Wel wordt in aftrek gebracht de ten gunste van CIA uitgesproken proceskostenveroordeling door de belastingkamers van rechtbank Haarlem en dit hof ad in totaal € 3.356.

De slotsom is dat een bedrag van € 66.758,95 – € 3.356 = € 63.402,95 toewijsbaar is. Grief 2 in principaal hoger beroep slaagt in zoverre en grief 1 in incidenteel hoger beroep faalt dus.

Het voorgaande brengt met zich dat grief 1 in het principaal hoger beroep gedeeltelijk slaagt en dat de vorderingen van Heredium alsnog, onder afwijzing van het meer of anders gevorderde, zullen worden toegewezen in voege als hierna te vermelden."

3.35 Onderdeel III van het incidentele middel bestrijdt de slotoverweging van rov. 3.8 inzake het beroep op art. 6:98 BW. De *onderdelen III.a tot en met III.c* klagen, samengevat, dat het oordeel getuigt

van een onjuiste rechtsopvatting, althans onvoldoende is gemotiveerd, nu een op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid aangenomen verplichting tot vergoeding van de kosten, die CIA heeft gemaakt ter vernietiging van de naheffingsaanslag, een verplichting tot schadevergoeding behelst waarop afdeling 6.1.10 BW (analoog) van toepassing is.

3.36 Deze klachten falen naar mijn mening. Heredium heeft in appel bestreden dat zij schadeplichtig is wegens schending van de belastinggarantie en in dat verband, subsidiair, met een beroep op art. 6:98 BW aangevoerd dat het te ver voert om ook alle door CIA aangevoerde (en door Heredium betwiste) kosten toe te rekenen aan de inbreuk op de belastinggarantie (MvG nrs. 132-133). Nu volgens het hof geen sprake was van schadeplechtigheid wegens schending van de belastinggarantie kon het hof het subsidiaire beroep op art. 6:98 BW verwerpen. In het midden kan blijven in hoeverre art. 6:98 BW in het onderhavige geval voor (analoge) toepassing in aanmerking zou hebben kunnen komen. Het hof heeft de grief van Heredium ten aanzien van de omvang van de kosten, die door de rechtbank waren gesteld op € 100.000, immers wel inhoudelijk beoordeeld (rov. 3.9). Niet valt in te zien (en het middel geeft dat ook niet aan) dat deze beoordeling anders zou zijn uitgevallen indien het hof deze had verricht in het kader van art. 6:98 BW. De klachten falen daarom ook bij gebrek aan belang.

3.37 De *onderdelen III.d en III.e* klagen, samengevat, over de motivering van het oordeel dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat de kosten die CIA heeft gemaakt om de naheffingsaanslag te laten vernietigen, voor rekening van Heredium moeten komen.

Deze klachten dienen te falen. Het oordeel van het hof is voldoende gemotiveerd. Hetgeen de klachten daartegen aanvoeren, vergt een feitelijke beoordeling van de omstandigheden van het geval, waarvoor in cassatie geen plaats is.

3.38 *Onderdeel IV* klaagt dat het hof in rov. 3.8 buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden of een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven waar het een verbintenis aanneemt van Heredium tot betaling voormelde kosten, ofschoon CIA haar vordering tot vergoeding van deze kosten enkel op het contract heeft gebaseerd, tussen partijen enkel ter discussie stond of het contract hierop recht gaf (en niet ook of CIA, wier advocaten de overeenkomst hebben geredigeerd, redelijkerwijs mocht uitgaan van een afspraak met Heredium dat zij deze buiten de directe proceskosten gelegen kosten zou dragen), althans CIA haar vordering niet op de redelijkheid en billijkheid heeft gebaseerd.

3.39 Dit onderdeel gaat niet op. CIA heeft vergoeding van bedoelde kosten gevorderd en ter onderbouwing van die vordering op de door haar voorgestane uitleg van de overeenkomst gewezen, die inhield dat sprake was van schending van de belastinggarantie. Heredium heeft deze uitleg bestreden en geconcludeerd dat deze kosten niet voor ver-

goeding in aanmerking komen. Daarmee was de vraag of de overeenkomst Heredium tot vergoeding van deze kosten verplicht deel van het debat in hoger beroep. Het hof heeft de overeenkomst aldus uitgelegd, dat op dit punt een leemte bestaat. Het stond het hof vrij een uitleg te kiezen die door geen van partijen is verdedigd.³⁶ Het hof kon voorts oordelen dat uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid voortvloeit, hoe in deze leemte moet worden voorzien.³⁷ Dit betreft een reguliere toepassing van artikel 25 Rv. Evenmin is sprake van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing. Het gaat niet om een beslissing waarmee partijen, gelet op het verloop van het processuele debat, geen rekening behoeven te houden en over de consequenties waarvan zij zich niet hebben kunnen uitlaten.

(v) Werkzaamheden van Aedes B.V. – principaal middel onderdeel 2

3.40 *Onderdeel 2* van het middel van CIA klaagt over de verwerping in rov. 3.9 van de gevorderde kosten voor werkzaamheden van Aedes B.V.

3.41 CIA heeft gesteld dat deze kosten aan haar in rekening zijn gebracht 'conform de geldende afspraken' (Nadere Akte d.d. 23 januari 2013 nr. 18). Het hof overweegt dat Heredium deze afspraken bij gebrek aan wetenschap heeft betwist, oordeelt dat CIA onvoldoende heeft gesteld over de 'geldende afspraken' tussen haar en Aedes B.V. en neemt deze post daarom als niet (voldoende) gemotiveerd niet in aanmerking.

De kern van deze overweging betreft de door CIA aangevoerde grondslag voor de vergoeding van de door Aedes B.V. aan haar in rekening gebrachte kosten. Anders dan *onderdeel 2.1* aanvoert, volgt uit het feit dat Heredium niet heeft betwist dat Aedes B.V. werkzaamheden heeft verricht en niet heeft gesteld dat deze onverschuldigd zijn betaald, niet dat moet worden uitgegaan van het bestaan van een afspraak tussen CIA en Aedes B.V. op grond waarvan Aedes B.V. de door haar in de onderhavige zaak gemaakte kosten in rekening kon brengen bij CIA (en, zo voeg ik toe, dat Heredium deze diende te vergoeden). Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof geoordeeld dat CIA nader had moeten toelichten op grond waarvan de aan Aedes B.V. betaalde bedragen door Heredium vergoed moesten worden. Voor het hof bestond dan ook geen aanleiding, anders dan *onderdeel 2.5* betoogt, om het bedrag van deze kosten op de voet van art. 6:97 BW te schatten.

De *onderdelen 2.2 tot en met 2.4* veronderstellen dat het hof deze kosten om een andere reden heeft afgewezen. Genoemd worden een betwisting dat de werkzaamheden zijn verricht (2.2), een betwisting van het maken of de redelijkheid van de kosten (2.3) en een afwijzing omdat het slechts interne kosten van CIA zouden zijn (2.4). Deze onderdelen berusten op een onjuiste lezing van het arrest en falen bij

gebrek aan feitelijke grondslag. De klachten van onderdeel 2 dienen te falen.

(vi) Factuur NUON – principaal middel onderdeel 3

3.42 In *onderdeel 3* klaagt CIA over de verwerping van haar vordering tot vergoeding van een factuur van NUON in rov. 3.12:

"3.12 CIA stelt in grief 2 dat de factuur van NUON blijkend uit haar brief van 8 april 2009 voor een bedrag van € 25.304,09 (productie 29 bij haar akte van 11 december 2012) voor rekening van Heredium dient te komen, nu het leveringen betreft van voor de datum van overdracht van de aandelen op 20 februari 2008. Zij beroept zich daartoe op artikel 9.1 aanhef van de bijlage bij de overeenkomst, waarbij zij aantekent dat niet aan de voorwaarden voor de uitzondering van artikel 9.1.3 is voldaan (2.2).

Het hof volgt CIA hierin niet. In casu betreft het door NUON gevorderde betaling van door haar verrichte leveringen voor datum overdracht, waarop artikel 9.1.3 ziet.

Volgens CIA ziet de voorwaarde onder (ii) op leveringen van NUON na 20 februari 2008, hetgeen hier niet het geval is. Een dergelijke beperking van deze voorwaarde is echter niet vermeld en ook niet te rijmen met de aanhef van artikel 9.1.3 luidende 'verplichtingen tot betaling van aan de Vennootschap geleverde (...) goederen en diensten'. Nu een nadere toelichting ontbreekt, wordt de door CIA verdedigde uitleg van deze voorwaarde niet gevolgd.

Voorts is CIA van mening dat Heredium moet worden geacht te zijn tekortgeschoten omdat het leveringen van voor 20 februari 2008 betreft, zodat niet is voldaan aan de voorwaarde onder (iii). Nu niet is gesteld of gebleken dat NUON reeds voor 20 februari 2008 een opeisbare vordering voor de desbetreffende leveringen op Heredium had, zoals de voorwaarde onder (iii) verlangt, volgt het hof CIA hierin niet.

De enkele stelling dat een andere uitleg van artikel 9.1.3 in strijd is met 'de vastgoedpraktijk' wordt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, als onvoldoende gemotiveerd gepasseerd, in aanmerking genomen dat het partijen vrijstaat hun contractuele relatie anders te regelen dan gebruikelijk is.

De conclusie is dat de rechtbank deze vordering terecht heeft afgewezen en dat grief 2 dus faalt."

3.43 Anders dan *onderdeel 3.1* aanvoert, heeft het hof naar mijn mening niet miskend dat CIA zich in het kader van de uitleg van artikel 9.1 en 9.1.3 heeft beroepen op een in de vastgoedpraktijk bestaande (hoofd)regel of gebruik. Het hof heeft onderkend dat zij dat heeft gedaan, maar heeft dit gegeven anders gewogen dan door CIA was bepleit.

Anders dan het onderdeel verder aanvoert, kan niet worden gezegd dat het hof het door CIA aangevoerde gebruik niet bij de uitleg van de overeenkomst heeft betrokken. Het hof komt op basis van

36 HR 21 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2107, NJ 1997/327.

37 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/403.

andere factoren dan het gestelde gebruik tot een bepaald uitleg van de overeenkomst en oordeelt dat de enkele stelling dat sprake is van een bepaald gebruik onvoldoende is om tot een andere uitleg te komen. Op welke wijze het hof het gestelde gebruik bij de uitleg betreft, is in beginsel aan het hof voorbehouden nu dit ziet op het gewicht dat moet worden toegekend aan de verschillende uitlegfactoren. Het hof was niet gehouden, anders dan het onderdeel betoogt, om eerst vast te stellen dat het aan het gestelde gebruik te ontleen "gezichtspunt niet tot een andere dan de door hem gekozen uitleg kan leiden".

3.44 Anders dan *onderdeel 3.2* aanvoert, is de beslissing in rov. 3.12 niet onbegrijpelijk gemotiveerd. Het hof heeft aangegeven waarom de voorwaarde onder (ii) niet is beperkt tot levering van NUON na 20 februari 2008, waarbij het heeft gewezen op de aanhef van art. 9.1.3. Voorts heeft het hof gemotiveerd waarom niet is voldaan aan de voorwaarde onder (iii). Het onderdeel wijst niet op vindplaatsen in de gedingstukken waar zou zijn betoogd dat de vordering van NUON per 20 februari 2008 opeisbaar was. Volgens het onderdeel valt niet in te zien waarom er geen opeisbare vordering zou zijn, gezien de stelling van CIA dat het gaat om energieleveranties van voor de leveringsdatum. Ook indien daarin besloten ligt dat de vordering opeisbaar was, ligt daarin echter nog niet besloten dat sprake was van een tekortkoming in de nakoming ervan. Dat ligt ook niet besloten in de stelling (waarvoor de klacht verwijst naar de Nadere Akte d.d. 23 januari 2013 nr. 24) dat CIA door NUON is aangesproken tot betaling.

- (vii) Vordering op Heredium Incendium –
principaal middel onderdeel 4

3.45 In rov. 3.13 verwerpt het hof de twee door CIA aangevoerde grondslagen³⁸ voor vergoeding van een vordering van Heredium Magnum op Heredium Incendium B.V.:

"3.13. CIA voert in grief 3 aan dat zij aanspraak heeft op een bedrag van € 18.000 betreffende een vordering van Heredium Magnum op Heredium Incendium B.V. Nu Heredium gemotiveerd betwist dat de schuld van een andere vennootschap voor haar rekening komt en CIA deze betwisting niet (voldoende) feitelijk en concreet onderbouwd weerspreekt, wordt de vordering afgewezen. Dit brengt met zich dat geen sprake kan zijn van de subsidiair gestelde schending van een balansgarantie door Heredium. Verder kan uit de producties waarop CIA zich beroept (producties 35 en 41 bij haar nadere akte van 23 januari 2013 en producties 30 en 31 bij haar akte van 11 december 2012), anders dan zij meent, (desondanks) geen rechtens afdwingbare betalingstoezegging door een bevoegd vertegenwoordiger van Heredium tot betaling van dit bedrag worden afgeleid. Enkel laatstgenoemde productie, een faxbericht van CIA van 1 no-

vember 2008, zou als een dergelijke toezegging kunnen worden geduid, maar het enkele feit dat CIA de eerste bestuurder van Heredium is geweest leidt er niet toe dat CIA hem op 1 november 2008 in redelijkheid als rechtsgeldig vertegenwoordiger van Heredium heeft mogen beschouwen, terwijl zij wist dat hij geen bestuurder meer van Heredium was. Feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, zijn niet gesteld of gebleken.

Grief 3 faalt dan ook."

Onderdeel 4 is gericht tegen de afwijzing van de tweede grondslag, de toezegging van W. Herwegh Vonk.³⁹

3.46 Anders dan *onderdeel 4.1* aanvoert, heeft het hof niet miskend dat ook niet-bestuurders (zoals oud-bestuurders) bevoegd kunnen zijn om een rechtspersoon te vertegenwoordigen (bijvoorbeeld krachtens een aan hen verleende volmacht) respectievelijk dat sprake kan zijn van gerechtvaardigd vertrouwen op het bestaan van een volmacht ook al was Herwegh Vonk geen bestuurder meer. In rov. 3.13 ligt besloten dat CIA daartoe te weinig heeft aangevoerd, namelijk slechts dat Herwegh Vonk de eerste bestuurder van Heredium is geweest, om een dergelijk vertrouwen op vertegenwoordigingsbevoegdheid te kunnen aannemen.

3.47 *Onderdeel 4.2* klaagt over de begrijpelijk van het oordeel nu CIA zich er op heeft beroepen dat (i) Herwegh Vonk als vertegenwoordigingsbevoegd contactpersoon optrad, (ii) zij de (door het hof bedoelde) betalingstoezegging van de heer Herwegh Vonk bij brief van 27 november 2008 aan hem heeft bevestigd met een kopie aan de bewindvoerder van Heredium, de heer van Genk, en geen van hen beiden daartegen bezwaar heeft gemaakt, alsmede dat (iii) CIA geen enkele reden had om te twijfelen aan de bevoegdheid van Herwegh Vonk, die de oprichter was van Heredium en die de intentieovereenkomst had ondertekend. Heredium heeft deze genoemde omstandigheden niet (gemotiveerd) weersproken, maar zich er slechts op beroepen dat (CIA wist dat) Herwegh Vonk geen bestuurder (meer) was van Heredium.

3.48 Naar mijn mening heeft het hof op deze stellingen gereageerd met zijn overweging dat geen feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, zijn gesteld of gebleken. De stelling onder (i) stond ter discussie. Tegenover de stelling onder (iii) staat juist dat de heer Herwegh Vonk de eerste bestuurder van Heredium is geweest en CIA wist dat hij geen bestuurder meer van Heredium was. Dat het hof ook de stelling onder (ii) onvoldoende heeft geacht, is niet onbegrijpelijk nu een bevestiging aan de heer van Genk ook kan worden beschouwd als een indicatie van twijfel over de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de heer Herwegh Vonk. Voor het overige berust het oordeel van het hof aan een aan hem voorbehouden weging van de gestelde feiten.

³⁸ Zie CIA repliek nr. 1.3.

³⁹ Zie voor de producties 30 en 31 het B-dossier.

3.49 De onderdelen 4.3 tot en met 4.5 bevatten voortbouwende klachten die falen in het voetspoor van de onderdelen 4.1 en 4.2.

Slotsom

3.50 Van het principale middel slaagt onderdeel 1 (gedeeltelijk). Dat geldt ook voor onderdeel 5 van het principale middel, voor zover dat is gericht tegen overwegingen die voortbouwen op de toewijzing van de rente in rov. 3.6.1.

3.51 De klachten van het incidentele middel, waaronder de louter voortbouwende klacht onder 2.47, slagen niet.

Conclusie

De conclusie strekt:

- in het principale beroep tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing en
- in het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

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

- a. de vonnissen in de zaak C/13/518673/HA ZA 12-683 van de Rechtbank Amsterdam van 5 september 2012 en 11 december 2013;
 - b. het arrest in de zaak 200.144.458/01 van het gerechtshof Amsterdam van 7 april 2015.
- Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft CIA beroep in cassatie ingesteld. Heredium heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.H. Wissink strekt in het principale beroep tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing en in het incidentele beroep tot verwerping.

De advocaten van beide partijen hebben ieder bij brief van 9 september 2016 op die conclusie gereageerd.

3 *Uitgangspunten in cassatie*

3.1 De Hoge Raad verwijst voor de in dit geding vaststaande feiten naar de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1-1.11.

3.2.1 In cassatie kan, verkort weergegeven, van het volgende worden uitgegaan. Het gaat in dit geding om de rechtsgevolgen van de verkoop op 21 december 2007 van de aandelen in de vennootschap Heredium Magnum B.V. (hierna: Heredium Magnum), door Heredium aan CIA, voor een bedrag

van in totaal € 22.500.000. Meer in het bijzonder gaat het om de rechtsgevolgen van de opschorting gedurende een periode van ruim drie jaren door CIA van haar resterende betalingsverplichting, zulks in verband met de vordering die een derde, de Belastingdienst — naar achteraf is gebleken: ten onrechte — stelde op CIA te hebben in verband met deze (ver)koop (en daaropvolgende levering).

3.2.2 De tussen partijen gesloten koopovereenkomst omvat onder meer de volgende bepalingen:

“OVERWEGENDE

(...)

D. dat Koper na de Levering voornemens is het Registergoed te herontwikkelen tot, een hotel, met minimaal 100 kamers, een centrum voor de creatieve industrie en parkeergarage;

(...)

2.3 *Betaling*

Koper dient de Koopprijs als volgt te betalen:

- (a) € (Koopprijs minus € 2.000.000) (de ‘1e Betaling’) op de Leveringsdatum;
- (b) € 500.000 (...) (de ‘2e Betaling’) uiterlijk op 31 december 2008; en
- (c) € 1.500.000 (...) (de ‘Finale Betaling’) binnen 5 (...) werkdagen nadat en uitsluitend indien, binnen zes jaren na de Leveringsdatum, de bestemming van het Registergoed, conform de door Koper in overeenstemming met het in Overweging D gestelde in te dienen bouwvergunningaanvraag, onherroepelijk is vastgesteld.

2.4 Indien Koper in overeenstemming met Artikel 10.4 een Vordering heeft ingediend heeft Koper het recht de betaling van de 2e Betaling en de Finale Betaling op te schorten voor een bedrag ter grootte van de Vordering (...)

10 *VRIJWARING DOOR VERKOPER*

10.1 *Algemeen*

Verkoper dient Koper en [Heredium Magnum] (...) te vrijwaren tegen en volledig schadeloos te stellen ter zake van alle schade die wordt geleden als gevolg van of in verband met een inbreuk op een Garantie (een ‘Inbreuk’) of een niet-nakoming van enige andere verplichtingen van Verkoper uit hoofde van deze Overeenkomst (niet-nakoming of Inbreuk hierna te noemen: een ‘Tekortkoming’).

10.2 *Vaststelling van de schade*

Voor de toepassing van dit Artikel 10 wordt onder ‘Schade’ mede begrepen de totale kosten van alle vergoedingen en op herstel gerichte handelingen die vereist zijn om elk der Gevrijwaarde Partijen in de positie te brengen waarin zij zou hebben verkeerd indien de betreffende Tekortkoming zich niet had voorgedaan. (...) De verplichting tot vergoeding van de Schade omvat mede alle Juridische — en andere — kosten die worden gemaakt in verband met het inschake-

len van professionele (interne en externe) adviseurs.
(...)

10.4. Procedure voor vorderingen

Verkoper dient binnen 30 (...) kalenderdagen na ontvangst van een vordering tot vergoeding van Schade (een 'Vordering') ter zake van een Tekortkoming (i) (...) het onbetwiste gedeelte van de Vordering te betalen (...) en (ii) indien Verkoper een deel van de Vordering betwist, Koper daarvan (...) in kennis te stellen (...). Koper en Verkoper dienen binnen 20 (...) kalenderdagen na de datum van de Kennisgeving te trachten hun meningsverschil op te lossen en overeenstemming over het betwiste bedrag te bereiken, bij gebreke waarvan Koper het recht heeft om een procedure in te stellen.
(...)

10.14 Verrekening met 2e Betaling en Finale Betaling

Partijen komen overeen dat vrijwaringsbetalingen (met inbegrip van, doch niet beperkt tot, een betaling door Verkoper uit hoofde van Artikelen 10, 11 en 12 van deze Overeenkomst) verrekend zullen worden met de 2e – en (indien van toepassing de Finale Betaling indien de aansprakelijkheid van Verkoper in het hoogste ressort is vast komen te staan of Verkoper schriftelijk haar aansprakelijkheid hiervoor heeft erkend.
(...)

12.1 Overdrachtsbelasting

Overdrachtsbelasting die in verband met het aangaan van deze Overeenkomst en de tenuitvoerlegging daarvan verschuldigd is of wordt, dient zodra dit verschuldigd is als volgt betaald te worden:
(...)

(b) indien in alle andere gevallen dan genoemd onder (a) overdrachtsbelasting (inclusief boetes en renten) verschuldigd is of wordt, zal Verkoper deze voldoen.
(...)

17. BOETE

Indien één van Partijen in gebreke blijft met de bepalingen van deze Overeenkomst zal deze Partij de andere Partij een éénmalige direct op eisbare boete verschuldigd zijn van:

(a) € 500.000 indien één van Partijen in gebreke blijft met de bepalingen van art. 2 (Koop en Levering);
(...)

18.2 Overdracht rechten en verplichtingen

Geen van de Partijen heeft het recht om zijn rechten en verplichtingen, op grond van de Overeenkomst geheel of gedeeltelijk over te dragen (...)."

3.2.3 Tot het vermogen van Heredium Magnum behoorde een gebouw aan de Keizersgracht/Prinsengracht te Amsterdam. CIA en Heredium zijn bij het sluiten van de overeenkomst ervan uitgegaan dat ingevolge deze koopovereenkomst geen overdrachtsbelasting was verschuldigd omdat het gebouw niet door Heredium aan CIA zou worden overgedragen en dus niet van eigenaar veranderde. Niettemin is in art. 12.1 onder (b) van de koopovereenkomst bepaald dat als toch overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn, Heredium deze zou voldoen. De aandelen zijn aan CIA geleverd op 20 februari 2008.

3.2.4 Bij brief van 22 december 2008 heeft (de raadsman van) CIA Heredium op de hoogte gesteld van een aantal tekortkomingen als bedoeld in art. 10 van de tussen partijen gesloten koopovereenkomst, waaronder met name een aangekondigde naheffingsaanslag overdrachtsbelasting van omstreeks € 2.700.000. De raadsman van CIA heeft medegedeeld dat zijn cliënt, vanwege deze tekortkomingen, de betaling van de contractueel verschuldigde tweede termijn van de koopsom zou opschorten.

3.2.5 Bij brief van 19 januari 2009 heeft de Belastingdienst Amsterdam aan CIA naheffingsaanslagen aangekondigd van in totaal € 2.790.000 exclusief heffingsrente en mogelijke boete. Bij beschikking van 10 februari 2010 heeft de Belastingdienst Amsterdam aan CIA, waarin Heredium Magnum door een fusie was opgegaan, een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting en een boete opgelegd en heffingsrente in rekening gebracht. CIA heeft bezwaar en beroep ingesteld tegen de aan haar opgelegde naheffingsaanslag. De rechtbank heeft de beschikking waarbij de naheffingsaanslag was opgelegd, vernietigd en de aanslag op nihil gesteld. Het gerechtshof Amsterdam heeft bij arrest van 24 mei 2012, dat op 7 juli 2012 onherroepelijk is geworden, het door de Belastingdienst ingestelde beroep tegen het vonnis van de rechtbank verworpen.

3.2.6 Ingevolge een overeenkomst tussen partijen heeft CIA op 4 oktober 2012 een bedrag van € 1.800.000 aan Heredium voldaan als deelbetaling op de 2e Betaling en de Finale Betaling. Daarnaast heeft zij € 250.000 in depot gestort tot zekerheid voor de nakoming van eventueel uit de onderhavige procedure voortvloeiende betalingsverplichtingen aan Heredium.

3.3.1 In dit geding heeft Heredium in conventie gevorderd dat CIA zou worden veroordeeld tot betaling van (i) € 2 miljoen, althans € 200.000, uit hoofde van de 2e Betaling en de Finale Betaling, en (ii) € 500.000 als boete, beide vermeerderd met de wettelijke (handels)rente.

3.3.2 De rechtbank heeft CIA in conventie veroordeeld aan Heredium een bedrag te betalen van € 84.390,51 met de wettelijke handelsrente.

3.3.3 Het hof heeft in hoger beroep het vonnis van de rechtbank vernietigd en CIA veroordeeld aan Heredium diverse (in het dictum van zijn arrest gespecificeerde) betalingen te doen, met de wettelijke

handelsrente over die bedragen. Het hof overwoog daartoe, voor zover in cassatie nog van belang:

“3.1 Heredium verzet zich in grief 1 in het principaal hoger beroep tegen de beslissing van de rechtbank voor zover inhoudende dat CIA niet de gevorderde wettelijke rente en contractuele boete is verschuldigd. De rechtbank is van oordeel dat CIA vanaf het tijdstip van de aankondiging van de naheffingsaanslagen — eind 2008 — de nakoming van haar verbintenis tot betaling mocht opschorten en dat deze bevoegdheid tot (vlak voor) haar betaling van € 1.800.000 heeft voortgeduurd, zodat zij niet in verzuim is geraakt.

Heredium voert in grief 1, kort samengevat, het volgende aan. Heredium bestrijdt, zo begrijpt het hof, niet langer dat CIA de 2e Betaling en de Finale Betaling op grond van de koopovereenkomst heeft mogen opschorten nadat CIA bij brief van haar raadsman van 22 december 2008 bij Heredium een (tegen)vordering had ingediend. Waar het om gaat is de vraag wat de gevolgen moeten zijn wanneer, zoals in deze zaak, het beroep op opschorting achteraf onterecht blijkt te zijn gedaan. Heredium beantwoordt deze vraag, onder verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad, aldus dat de opschorting door CIA op eigen risico is geschied en dat CIA daarom de nadelige gevolgen van de opschorting dient te dragen. Deze nadelige gevolgen zijn dat CIA wanprestatie heeft gepleegd en dat zij de rente dient te vergoeden over de periode dat de betaling vertraagd is. Ook is CIA, aldus Heredium, de boete verschuldigd.

3.2 Het hof overweegt als volgt. In deze zaak doet zich niet voor (het 'normale' geval) dat de vordering achteraf niet blijkt te hebben bestaan of een geringere omvang blijkt te hebben dan ten tijde van de opschorting werd verondersteld. De opschorting door CIA vond zijn rechtvaardiging in een op dat moment bestaande fiscale claim. Deze claim was opeisbaar en invorderbaar en vormt een niet meer weg te denken realiteit. Dit zo zijnde kan niet worden gezegd dat CIA, door in die omstandigheden een beroep op opschorting te doen, handelde op eigen risico en, nu achteraf door de belastingrechter is beslist dat de naheffing ondeugdelijk was, door het beroep op opschorting te doen zich schuldig heeft gemaakt aan wanprestatie. Daarom is geen sprake van verzuim van CIA. In hoeverre CIA als gevolg van dit oordeel op niet te rechtvaardigen wijze in een voordeliger positie wordt gebracht dan wanneer de fiscale claim zich niet zou hebben voorgedaan en in hoeverre dit gevolg aan de hand van de redelijkheid en billijkheid dient te worden bijgesteld, zal hierna, onder 3.6, onder ogen worden gezien.

(...)

3.6 Het voorgaande leidt tot de volgende conclusies.

3.6.1 De gevorderde boete op grond van art. 17 sub a van de koopovereenkomst is niet ver-

schuldigd, aangezien CIA op goede gronden haar betalingsverplichtingen heeft opgeschort. De primaire vordering wordt voor het overige als volgt toegewezen. CIA heeft als gevolg van haar beroep op opschorting vanaf eind 2008 tot 4 oktober 2012 de beschikking gehad over het door haar opgeschorte bedrag van € 2.000.000. Heredium heeft onbetwist gesteld dat CIA aldus rente hierover heeft bespaard en zij betrokken is geraakt in het ondernemersrisico van CIA. Gelet hierop brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid mee dat CIA een — gelet op de omstandigheden van het geval: redelijke — rente over dit bedrag aan Heredium (vgl. HR 15 april 1994, NJ 1994/ 628) vergoedt. Het hof bepaalt het percentage van de door CIA aldus verschuldigde rente op de helft van het percentage van de wettelijke handelsrente.

(...)

3.7. In grief 2 in het principaal hoger beroep bestrijdt Heredium de toewijzing door de rechtbank van de door CIA in reconventie gevorderde schadevergoeding wegens inbreuk op de belastinggaranties tot een bedrag van € 100.000 en wegens strijd met het cessieverbod in art. 18.2 van de koopovereenkomst ad € 15.609,49.

3.8. Heredium meent dat de belastinggaranties niet inhouden dat gegarandeerd is dat de Belastingdienst geen naheffingsaanslag overdrachtsbelasting zal opleggen, althans dat CIA niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij schade heeft geleden als gevolg van de schending van de garanties.

Het hof oordeelt als volgt. CIA heeft de stelling van Heredium niet bestreden dat door CIA een zogeheten 'ruling' (met de belastingdienst) is gevraagd en verkregen op grond waarvan partijen er allebei vanuit gingen en mochten gaan, dat er bij de transactie geen overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn en dat in art. 12.1 sub b van de koopovereenkomst is vastgelegd dat, mocht dat onverhoopt anders komen te liggen, Heredium die belasting zou dragen. De belastingdienst is bij brief van 22 februari 2010 aan CIA ('Aankondiging naheffingsaanslag overdrachtsbelasting') op de 'ruling' teruggekomen. Ten tijde van de totstandkoming van de koopovereenkomst deed zich dus niet de situatie voor zoals volgens partijen voorzien in art. 10.4 van de garanties. Er was toen immers geen verschil van inzicht omtrent de verschuldigde overdrachtsbelasting met de belastingdienst noch dreigde dat. Ook zijn (uiteindelijk) geen verplichtingen tot betaling van overdrachtsbelasting voor CIA ontstaan, waarop art. 10.3 van de garanties volgens partijen ziet. CIA heeft geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit zou kunnen volgen dat (tussen partijen is overeengekomen dat) de belastinggaranties ook een regeling inhouden voor de onderhavige situatie, waarin onvoorzien een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting wordt opgelegd die uiteindelijk door de belastingrechter is vernie-

tigd. Geconstateerd moet worden dat de tussen partijen gesloten overeenkomst een leemte bevat voor het geval dat CIA aanzienlijke kosten heeft gemaakt om die naheffingsaanslag te laten vernietigen, terwijl indien zij die kosten niet had gemaakt de naheffingsaanslag in stand zou zijn gebleven en Heredium de overdrachtsbelasting zou hebben moeten dragen. Naar het oordeel van het hof vloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voort dat deze kosten voor rekening komen van Heredium, omdat zij de materieel belanghebbende was dat de naheffingsaanslag en de beschikking inzake heffingsrente en boete vernietigd zouden worden. (...)”

4 *Beoordeling van het middel in het incidentele beroep*

4.1 Onderdeel 1 keert zich met diverse klachten tegen rov. 3.2. De onderdelen 1a en 1d voeren aan dat CIA, achteraf bezien, wel degelijk in verzuim verkeerde met voldoening van het nog verschuldigde restant van de koopprijs. De aan CIA opgelegde naheffingsaanslag is immers in rechte met terugwerkende kracht vernietigd. Deze aanslag moet dus rechtens worden geacht nooit te hebben bestaan. Een beroep op een opschortingsrecht geschiedt op eigen risico. Daarom is het gevolg van het feit dat dit beroep achteraf ongegrond blijkt, dat de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim komt. Ten onrechte heeft het hof anders beslist. Onderdeel 1b klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat zich hier niet het normale geval voordoet van, kort gezegd, opschorting in een tweepartijenrelatie. Onderdeel 1c voert aan dat het hof ten onrechte zijn oordeel heeft toegelicht met de overweging dat de claim van de belastingdienst een niet meer weg te denken realiteit vormde, en dat de opschorting door CIA haar rechtvaardiging vond in een op dat moment bestaande fiscale claim.

4.2 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50 (*Ammerlaan/Enthoven*), onder meer — met verwijzing naar art. 6:83, aanhef en onder c, BW — geoordeeld dat een achteraf geheel of ten dele ongegrond gebleken beroep op een opschortingsrecht meebrengt dat degene die dit beroep deed, terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim kwam te verkeren.

4.3 In het onderhavige geval heeft de koper CIA zich tegenover de verkoper Heredium beroepen op een opschortingsrecht in verband met de vordering die een derde, de Belastingdienst, stelde op haar — CIA — te hebben in verband met de tussen partijen gesloten koop en levering van het aandelenpakket in Heredium Magnum. In een zodanig geval brengt het enkele feit dat de door de derde ingeroepen vordering achteraf ongegrond is gebleken, in de verhouding tussen partijen niet zonder meer mee dat degene die de voldoening van zijn tegenprestatie in verband met die door een derde gestelde vordering geheel of gedeeltelijk heeft opgeschort, geacht moet worden terstond als schuldenaar zon-

der ingebrekestelling in verzuim te verkeren. Het oordeel dat een partij bij een overeenkomst als schuldenaar in verzuim verkeert, impliceert immers dat zij — toerekenbaar — tekortschiet, dat wil zeggen dat haar handelen (of nalaten) in enig opzicht ten achter bleef bij hetgeen de overeenkomst in de gegeven omstandigheden van haar vergde (vgl. Parl. Gesch. Boek 6 p. 258). Het antwoord op de vraag wat de overeenkomst in de gegeven omstandigheden van de schuldenaar vergde — en dus ook of hij tegenover zijn contractuele wederpartij tekortschoot door de voldoening van zijn prestatie voorshands geheel of ten dele op te schorten — kan slechts worden gegeven door uitleg van die overeenkomst met inachtneming van alle op dat moment relevante omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoren in een geval als het onderhavige met name de vraag voor wiens risico het optreden van de derde komt, mede gelet op de deugdelijkheid van de onderbouwing van de door de derde ingeroepen vordering en eventuele bijzondere contractuele bepalingen.

4.4.1 Het hof heeft in rov. 3.8 (slot) van zijn arrest — onbestreden in cassatie — geoordeeld dat de kosten die CIA heeft gemaakt om de fiscale naheffingsaanslag te laten vernietigen, voor rekening komen van Heredium, omdat zij de materieel belanghebbende erbij was dat de naheffingsaanslag en de beschikking inzake heffingsrente en boete vernietigd zouden worden. Hierin ligt als oordeel van het hof besloten dat de oplegging van deze fiscale naheffingsaanslag in de verhouding tussen partijen voor risico kwam van Heredium.

4.4.2 Het hof heeft voorts in rov. 3.2 zakelijk weergegeven geoordeeld dat in dit geval de fiscale naheffingsaanslag — die opeisbaar en invorderbaar was en een niet meer weg te denken realiteit vormde — een voldoende onderbouwde vordering was die de opschorting rechtvaardigde van de verplichtingen van CIA de overeengekomen 2e Betaling en de Finale Betaling aan Heredium te voldoen. De omstandigheid dat achteraf kwam vast te staan dat de naheffingsaanslag ten onrechte was opgelegd, bracht daarin geen wijziging, aldus nog steeds het hof.

4.5 In de formulering van het hiervoor in 4.2 weergegeven arrest *Ammerlaan/Enthoven* houdt het hiervoor in 4.4.1 en 4.4.2 zakelijk weergegeven oordeel van het hof in dat het beroep van CIA op een opschortingsrecht niet achteraf geheel of ten dele ongegrond is gebleken, ook al is de beschikking waarbij de naheffingsaanslag is opgelegd, uiteindelijk door de rechter vernietigd. Dit oordeel van het hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onvoldoende gemotiveerd. Op zichzelf terecht voeren de onderdelen 1a en 1d aan dat de vernietiging van de naheffingsaanslag terugwerkende kracht had, zodat — achteraf bezien — deze aanslag in de verhouding tussen de Belastingdienst en CIA nimmer de daarmee beoogde rechtsgevolgen heeft gehad. Maar in de verhouding tussen partijen bij de koopovereenkomst — CIA en Heredium — was en

bleef deze naheffingsaanslag in de periode dat zij nog niet (onherroepelijk) was vernietigd, mede bepalend voor hetgeen die overeenkomst in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van CIA vergde. Ingevolge art. 12.1, aanhef en onder (b), van de koopovereenkomst was Heredium immers in de verhouding tussen partijen de materieel belanghebbende bij het door CIA tegen de naheffingsaanslag gevoerde verweer omdat de genoemde bepaling meebracht dat Heredium in relatie tot CIA het risico droeg van het slagen of falen van dit verweer. De opschorting was dus — ook achteraf gezien, met inachtneming van de vernietiging van de naheffingsaanslag — in de relatie tussen partijen gerechtvaardigd, zodat CIA door die opschorting niet tegenover Heredium tekortschoot.

4.6 Het vorenstaande betekent dat de hiervoor in 4.1 vermelde klachten van de onderdelen 1a-1d falen.

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

5 Beoordeling van het middel in het principale beroep

5.1 Onderdeel 1 van het middel is met diverse klachten gericht tegen hetgeen het hof heeft overwogen in rov. 3.6.1 van zijn arrest. Onderdeel 1.1 klaagt dat uit het feit dat het hof heeft vastgesteld dat CIA niet in verzuim is, volgt dat zijn oordeel onverenigbaar is met art. 6:119a BW en dat de door het hof vermelde redenen waarom CIA toch de helft van het percentage van de wettelijke handelsrente zou moeten afdragen, onjuist of onbegrijpelijk zijn. Onderdeel 1.2 voegt daaraan toe dat hooguit het bedrag dat CIA daadwerkelijk aan rente over het niet betaalde bedrag heeft genoten, voor vergoeding in aanmerking kan komen. Dit bedrag is niet (zonder meer) gelijk aan de helft van het percentage van de wettelijke handelsrente.

5.2 Bij de beoordeling van de onderdelen wordt vooropgesteld dat de omstandigheid dat CIA naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden op goede gronden haar verplichting tot betaling van het nog resterende gedeelte van de koopprijs heeft opgeschort, meebrengt dat zij niet in verzuim verkeerde met de nakoming van deze verbintenis (zie hiervoor in 4.3-4.6). De klacht van onderdeel 1.1 dat hieruit volgt dat het oordeel van het hof onverenigbaar is met art. 6:119a BW, berust echter op een onjuiste rechtsopvatting omdat voor de toepasselijkheid van deze bepaling niet is vereist dat de schuldenaar in verzuim verkeert (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.17.2). Bovendien mist deze klacht feitelijke grondslag omdat het hof niet deze bepaling heeft toegepast, maar een op (de aanvullende werking van) de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gebaseerde beslissing

heeft gegeven, mede gelet op art. 6:212 BW. Klaarblijkelijk zag het hof daartoe aanleiding op de grond dat weliswaar de opschorting van de resterende betalingsverplichting door CIA in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd was, maar dat daaruit niet zonder meer volgt dat het met genoemde maatstaven in overeenstemming is dat CIA ook het daardoor behaalde rentevoordeel in zijn geheel mag behouden.

5.3.1 Onderdeel 1.4 klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden of althans een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven omdat Heredium niet een op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gebaseerde rentevergoeding heeft gevorderd voor het geval CIA niet in verzuim zou zijn geweest. Zij heeft uitsluitend de wettelijke handelsrente gevorderd over het bedrag dat CIA — naar haar stelling — eerder aan haar had moeten voldoen dan in feite is geschied, aldus het onderdeel.

5.3.2 Laatstgenoemde klacht treft doel. Het hof kon weliswaar tot het oordeel komen dat de toegevoegde rentevordering viel binnen de grenzen van de rechtsstrijd (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.29), maar het heeft een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven nu tussen partijen geen debat heeft plaatsgevonden over het rentevoordeel dat CIA in feite heeft gehad als gevolg van de opschorting van het nog verschuldigde restant van de koopprijs.

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

6 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 7 april 2015;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Heredium in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van CIA begroot op € 6.612,02 aan verschotten en € 2.600 voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Heredium in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van CIA begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Noot

1. Heredium verkoopt de aandelen in vennootschap HM aan CIA; de koopsom zal in drie termijnen worden betaald. Tot het vermogen van HM behoort een grachtenpand; aangezien dat pand niet van eigenaar verandert, nemen partijen aan dat te

dien aanzien geen overdrachtsbelasting verschuldigd zal zijn. Wel bepaalt het contract dat een eventuele overdrachtsbelasting door Heredium zal worden voldaan.

Begin 2008 betaalt CIA de eerste termijn (ruim 90% van de koopprijs) en verwerft zij de aandelen. Een jaar later legt de Belastingdienst haar een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting op. CIA vecht die aan, en met succes: de rechtbank vernietigt de beschikking, het hof verwerpt het appel. Inmiddels is het medio 2012. In de tussentijd heeft CIA de betaling van de resterende termijnen opgeschort. Naar Herediums oordeel is die opschorting onterecht gebleken, zodat CIA over de ingehouden bedragen de wettelijke handelsrente moet voldoen.

Rechtbank en hof achten CIA's opschorting gerechtvaardigd, zodat zij niet aansprakelijk is voor de wettelijke handelsrente (art. 6:119a BW). Wel acht het hof, op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), CIA gehouden een vergoeding ten belope van de halve handelsrente te betalen. Beide partijen gaan in cassatie. Overeenkomstig de conclusie van A-G Wissink verwerpt de Hoge Raad het beroep van Heredium en honoreert hij dat van CIA.

2. Het arrest betreft de combinatie van twee leerstukken: enerzijds dat van de opschorting (art. 6:52 e.v., 6:262 e.v. BW), anderzijds dat van tekortkoming, verzuim en ingebrekestelling (art. 6:74 jo. 6:81 e.v. BW). Onderweg verschuift het perspectief: de opschorting verricht CIA in haar rol van teleurgestelde schuldeiser, terwijl zij in het kader van tekortkoming en verzuim de rol heeft van teleurstellende schuldenaar.

3. Het arrest bevat een verfijning ten opzichte van HR 21 september 2007, NJ 2009/50, m.nt. Jac. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*). Die uitspraak betrof een paprikakweker die een voedingsinstallatie had gekocht en schade leed door een gebrek daarvan; hij schortte de resterende koopprijsbetaling op met het oog op zijn tegenvordering tot schadevergoeding. De Hoge Raad overwoog toen "dat een achteraf geheel of ten dele ongegrond gebleken beroep op opschorting meebrengt dat degenen die dit beroep deed, terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim kwam te verkeren (art. 6:83, aanhef en onder c), zodat hij aanstonds de wettelijke rente verschuldigd werd over de door hem nog verschuldigde geldsom (art. 6:74 in verbinding met art. 6:119 lid 1)".

De onterechte opschortingsverklaring schrompelt rechtens dus ineen tot de dorre melding dat betrokkene niet zal presteren, zodat krachtens art. 6:83 aanhef en onder c BW voor het intreden van zijn verzuim geen ingebrekestelling meer nodig is. Voor een ongegronde buitengerechtelijke ontbindingsverklaring (art. 6:267 lid 1 BW) geldt mutatis mutandis hetzelfde; zie HR 8 juli 2011, NJ 2012/684, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*G4/Hanzevast*), r.o. 3.3.2.

4. Dit principe dat een onterecht opschortingsberoep in verzuim brengt zonder een ingebrekestelling, bevindt zich op het niveau van art. 6:83 BW. Secuur beschouwd ziet het niet op het opschor-

ten als zodanig, maar op het beroep erop tegen de wederpartij, op de *aanmelding*, die een mededeling oplevert zoals in art. 6:83 onder c BW bedoeld.

5. Het geschetste principe ligt daarmee op een juridisch *vervolgniveau*. Vóórdat men aan de verzuimregeling van art. 6:81-87 BW toekomt, dient immers – systematisch bezien – de toegangspoort van art. 6:74 lid 1 BW te worden gepasseerd, waar onder meer een (aan de schuldenaar toerekenbare) tekortkoming wordt verlangd. Anders dan het neutraal-registrerende *niet-nakoming*, heeft dit begrip *tekortkoming* een normatieve lading. Het omvat de gevallen waarin 'hetgeen de schuldenaar verricht, in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt'. Zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 258, waaraan de Hoge Raad met instemming refereert (r.o. 4.3). Zie par. 11 voor een terminologische kanttekening.

Op de inleidende vraag of de schuldenaar inderdaad 'ten achter is gebleven', geeft het verzuimprincipe van *Ammerlaan/Enthoven* geen antwoord. Dat verzuimprincipe *veronderstelt* een tekortkoming, maar brengt niet mee dat zo'n tekortkoming ook inderdaad bestaat.

Toch wekt dat eerdere arrest de indruk, dat de Hoge Raad er als vanzelfsprekend van uitgaat dat ongegrond opschorten een tekortkoming oplevert. Vreemd is dat niet, omdat normaliter inderdaad zo'n tekortkoming zal bestaan. Contractuele situaties zijn feitelijk en/of juridisch niet steeds zonneklaar. Een partij die wil opschorten (of ontbinden), zal vaak een inschatting van haar rechtspositie moeten maken. De rechter aan wie de zaak later wordt voorgelegd, kan het anders zien en daarmee die inschatting logenstraffen. De opschorter is dan te optimistisch gebleken; hij zal de nadelige consequenties van zijn misrekening moeten dragen. Zie ook A-G Wissink, onder 3.6.1. De casus van *Ammerlaan/Enthoven* levert een illustratie van zo'n standaardmisslag, die voor de opschorter in een tekortkoming resulteert.

6. In *CIA/Heredium* echter wringt de schoen juist in het – prealabele – kader van het tekortkomingsvereiste (art. 6:74 lid 1 BW). De vraag of de opschortende partij tekortschoot kan, zo leert de Hoge Raad, slechts worden gegeven door *uitleg* van de overeenkomst, met inachtneming van alle op dat moment relevante omstandigheden van het geval (r.o. 4.3). "Tot die omstandigheden [behoort] in een geval als het onderhavige met name de vraag voor wiens risico het optreden van de derde komt, mede gelet op de deugdelijkheid van de onderbouwing van de door de derde ingeroepen vordering en eventuele bijzondere contractuele bepalingen" (r.o. 4.3 slot; de kwalificatie van de risicovraag zelf als 'omstandigheid' lijkt mij niet geheel zuiver).

Uiteindelijk neemt de Raad, met het hof, aan dat de opschortende CIA géén tekortkoming heeft begaan (r.o. 4.5 slot). Doorslaggevend is het koopcontract, waarin een eventuele overdrachtsbelasting ten laste van Heredium is gebracht (art. 12.1 sub b; zie r.o. 3.2.2). Hoewel de tekst van het beding is be-

perkt tot het *voldoen* van overdrachtsbelasting, geeft de afspraak ruimer bezien aan dat partijen, voor zover zij over het onderwerp 'overdrachtsbelasting' hebben nagedacht, dat onderwerp voor rekening van verkoper Heredium hebben willen brengen; Heredium is 'de materieel belanghebbende' (r.o. 4.4.1, 4.5). Vanaf dit punt ligt een uitwaaiing naar met de aanslag samenhangende nadelen en ongemakken voor de hand. Als vehikel dienen zich aan: een ruime uitleg van het betrokken beding (art. 3:33-35 BW) en/of – naar mijn idee verkieslijk – de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).

Tot die begeleidende nadelen behoren allereerst de kosten van de door CIA gevoerde fiscale procedures. Het hof brengt deze terecht ten laste van Heredium (hof, r.o. 3.8); de tegen dit oordeel gericht cassatieklachten sneuvelen op de voet van art. 81 lid 1 RO (r.o. 4.7). De lijn kan en mag worden doorgetrokken naar het probleem dat in cassatie centraal staat: het jarenlang op tafel liggen van een – serieus te nemen – naheffing. Ook dit ongemak dient voor rekening van Heredium te komen, hetgeen in dit verband betekent dat de opschorting door CIA niet tot een tekortkoming harerzijds heeft geleid.

7. Herediums standpunt dat CIA niet mocht opschorten, heeft mede een 'logische' dimensie. De belastingaanslag is door de rechter vernietigd, met terugwerkende kracht. Achteraf bezien moet die aanslag geacht worden nooit te hebben bestaan (cassatiemiddel 1a,1d; r.o. 4.1), zodat – in Herediums optiek – het beroep op opschorting op 'niets' heeft berust en reeds daarom voor risico van de opschorter moet komen. Terecht acht de Hoge Raad deze gedachtegang te mechanisch. Zij ziet eraan voorbij dat de fiscale claim jarenlang als een belangrijk *feitelijk* gegeven op tafel heeft gelegen; zij 'was opeisbaar en invorderbaar en vormt een niet meer weg te denken realiteit' (hof, r.o. 3.2). Bedoelde realiteit is en was medebepalend voor wat de overeenkomst van CIA vergde. Dat de aanslag onterecht was, impliceert dus niet dat de opschorting onterecht was (r.o. 4.5). De kiem van deze visie is reeds zichtbaar in r.o. 4.3, waar de Raad aangeeft dat het gaat om alle 'op dat moment relevante' omstandigheden.

8. Dat CIA/Heredium anders uitvalt dan het principe van *Ammerlaan/Enthoven* suggereert, hangt samen met een verschil in casusstructuur: bij die eerdere casus waren alleen partijen zelf betrokken ('interne kwestie'), terwijl ditmaal het verstoorde optreden door een derde centraal staat ('externe kwestie'). Bij een interne misrekening zal al snel sprake zijn van een tekortkoming (par. 5), terwijl wanneer een derde optreedt die vraag meer open ligt. Maar dit typeverschil mag niet worden overtrokken; allesbepalend is het zeker niet.

Aan de ene kant geldt ook voor de 'interne kwesties', dat een onbevoegde opschorting niet per definitie in verzuim uitmondt. De constatering in CIA/Heredium dat voor aansprakelijkheid een tekortkoming benodigd is, en dat aan de hand van uitleg van de overeenkomst moet worden bezien of die tekort-

koming in casu inderdaad bestaat (par. 6), is immers van universele aard. Zij kan van zich doen spreken in allerlei diffuse situaties waarin de onduidelijkheid 'tussen partijen in ligt', bijvoorbeeld als niet helder is of een bepaalde voorwaarde is vervuld, of als zich complexe onverwachte gebeurtenissen voordoen.

Aan de andere kant geldt voor de 'externe kwesties', dat zeker niet iedere partij die wegens de verstoring door een derde opschort, zal worden gesauveerd. De derde kan immers tot de eigen sfeer van de opschortende partij behoren (familielid, werknemer). Maar ook wanneer dat – zoals bij de fiscus – niet zo is, kan het handelen van de derde nog voor rekening van de opschorter komen. In r.o. 4.3 accentueert de Hoge Raad het belang van deze risicovraag (par. 6). In casu mocht CIA opschorten in verband met het feit dat, naar het contract aangaf, een eventuele naheffing door Heredium moest worden voldaan. Als dat beding er niet was geweest, zou opschorting veel sneller in een tekortkoming (en verzuim) hebben geresulteerd.

9. Het hof acht CIA weliswaar niet aansprakelijk voor de wettelijke handelsrente (art. 6:119a BW), maar laat haar evenmin vrijuit gaan: de eisen van redelijkheid en billijkheid brengen – aldus het hof – mee dat CIA een redelijke rente moet vergoeden, te stellen op de helft van het percentage van de wettelijke handelsrente (hof, r.o. 3.6.1; HR, r.o. 3.3.3).

Deze 50/50-oplossing is bijzonder. Zij verlangt daarmee een stevige onderbouwing, niet alleen ten aanzien van de gehoudenheid zelf, maar ook ten aanzien van de – forse – omvang daarvan. Nader A-G Wissink, onder 3.14-24, die 's hofs arrest in deze opzichten ontoereikend acht.

De Hoge Raad casseert op een specifiek punt: het hof heeft een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven, nu tussen partijen geen debat heeft plaatsgevonden over het door CIA genoten rentevoordeel (r.o. 5.3.2). Aldus heeft het hof gehandeld in strijd met het – in eerdere arresten omschreven – "fundamentele beginsel van procesrecht dat partijen over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan de rechterlijke beslissing, voldoende moeten zijn gehoord en niet mogen worden verrast met een beslissing van de rechter waarmee zij, gelet op het verloop van het processuele debat, geen rekening behoeften te houden". Zie o.a. HR 21 december 2001, NJ 2004/34, m.nt. W.D.H. Asser (*Caribic/Town House*), r.o. 3.4.

10. De Hoge Raad herinnert er nog aan, dat voor het verschuldigd raken van de wettelijke handelsrente niet is vereist dat de schuldenaar in verzuim verkeert (r.o. 5.2). Zie art. 6:119a BW en MvT, *Kamerstukken II* 2001/2002, 28239, 3, p. 9; de A-G, onder 3.17.2. Achtergrond is de Europese origine van de regeling. Wel zijn 'vertraging' en toerekenbaarheid nodig (art. 6:119a lid 1 en 7 BW). Opgemerkt zij dat voor de gewone wettelijke rente, die op nationale leest is geschoeid, wel verzuim wordt verlangd (art. 6:119 lid 1 BW).

11. In deze noot heb ik, helderheidshalve, 'tekortkoming' en 'verzuim' als naast elkaar staande

begrippen gebruikt en daarmee de zogeheten ruime opvatting van het tekortkomingsbegrip aangehouden. Het komt mij voor dat het besproken arrest daar naadloos bij past. Over de terminologische discussie o.a. G.T. de Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen*, 2014, nr. 131.

12. Over het arrest ook J.J. Dammingsh, *JOR* 2017/58.

Jac. Hijma

NJ 2017/385

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

14 april 2017, nr. 16/06225

(Mrs. E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot, T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze; A-G mr. R.H. de Bock)
m.nt. F.M.J. Verstijlen

Art. 15b, 138, 285 Fw

JWB 2017/152

RvdW 2017/482

NJB 2017/977

ECLI:NL:HR:2017:696

ECLI:NL:PHR:2017:266

Schuldsanering. Verzoek omzetting faillissement in schuldsaneringsregeling op voet art. 15b Fw; aan verzoek te stellen eisen; (inhoud) verklaring curator; misverstand in HR 13 maart 2015, NJ 2015/157. Herstel verzuim bij ontbrekende gegevens; bevoegdheid rechter tot stellen termijn; onbegrijpelijk oordeel.

De gefailleerde schuldenaar die een omzettingsverzoek op de voet van art. 15b Fw wil doen, kan aan de eis van art. 285 lid 1 aanhef en onder f Fw voldoen door bij het omzettingsverzoek een schriftelijke verklaring van de curator te voegen waaruit blijkt dat de curator heeft onderzocht of de gefailleerde aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord in de zin van art. 138 Fw kan aanbieden. De overweging in HR 13 maart 2015, NJ 2015/157, m.nt. F.M.J. Verstijlen dat uit de verklaring van de curator ook moet blijken dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen, berust op een misverstand.

Het oordeel van het hof dat het geen aanleiding heeft gezien verzoekster gelegenheid te bieden de door het hof geconstateerde verzuimen te herstellen, is onvoldoende begrijpelijk.

In deze zaak hebben rechtbank en hof het verzoek van verzoekster tot cassatie om het jegens haar uitgesproken faillissement op de voet van art. 15b Fw op te heffen onder gelijktijdige toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling, afgewezen. Het hof heeft daartoe geoordeeld dat het op basis van de door en namens de curator verstrekte informatie niet de over-

tuiging heeft gekregen dat er sprake is van een daadwerkelijk op de juiste wijze uitgevoerd minnelijk traject, nu er geen concreet bod aan alle schuldeisers is gedaan en evenmin sprake is van een voldoende met redenen omklede verklaring dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. Het middel keert zich allereerst tegen dit oordeel. Het middel klaagt verder dat het hof verzoekster ten onrechte geen gelegenheid heeft geboden tot herstel van het verzuim om alle voor een goede beoordeling van de zaak relevante stukken over te leggen, althans dat zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd.

Een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling moet volgens art. 285 lid 1 aanhef en onder f Fw vergezeld gaan van een met redenen omklede verklaring dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen, alsmede over welke aflossingsmogelijkheden de verzoeker beschikt, afgegeven door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente van de woon- of verblijfplaats van de schuldenaar. Dit geldt ook voor een verzoek tot omzetting van een faillissement in een schuldsaneringsregeling op de voet van art. 15b Fw (HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:589, NJ 2015/157, m.nt. F.M.J. Verstijlen). In laatstgenoemd arrest is tevens overwogen dat de gefailleerde schuldenaar die een omzettingsverzoek op de voet van art. 15b Fw wil doen, aan de eis van art. 285 lid 1 aanhef en onder f Fw kan voldoen door bij het omzettingsverzoek een schriftelijke verklaring van de curator te voegen waaruit blijkt dat de curator heeft onderzocht of de gefailleerde aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord in de zin van art. 138 Fw kan aanbieden en dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. Deze laatste toevoeging betreffende een buitengerechtelijke schuldregeling berust op een misverstand. Voldoende is dat de curator heeft onderzocht of de gefailleerde aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord in de zin van art. 138 Fw kan aanbieden. De verklaring van de curator komt erop neer dat hij heeft onderzocht of de gefailleerde aan de gezamenlijke schuldeisers een akkoord in de zin van art. 138 Fw kan aanbieden en dat reeds de schuldeiser die de hoogste vordering op verzoekster heeft, daaraan niet wil meewerken. Uit het bestreden oordeel blijkt dat het hof heeft miskend dat het had moeten onderzoeken of uit voormelde verklaringen van en namens de curator blijkt dat er onvoldoende zicht bestond op een akkoord als bedoeld in art. 138 Fw.

Het oordeel van het hof dat het geen aanleiding heeft gezien verzoekster gelegenheid te bieden de door het hof geconstateerde verzuimen te herstellen, is onvoldoende begrijpelijk, nu de rechtbank aan de hand van de stukken waarover ook het hof beschikte een inhoudelijk oordeel had gegeven zonder aan de volledigheid van de beschikbare informatie een overweging te wijden en uit het oordeel van het hof niet kenbaar is waarom verzoekster ermee rekening moest houden dat het hof de stukken ontoereikend zou achten.