

Wie het eerst hokt, hokt het best?

Opschorting vs. ontbinding bij wederzijdse tekortkomingen

HR 11 januari 2008, LJN BB7195, Co6/159

M.E.C. Lok*

Verkoper en koopster dienen gelijktijdig te presteren. Beide partijen kunnen echter op het beslissende moment niet nakomen. De een tracht de overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden, de ander doet later een beroep op haar opschortingsrecht. Kan het beroep van koopster op opschorting het beroep van verkoper op buitengerechtigke ontbinding pareren?

1 Wederzijdse tekortkomingen bij koopovereenkomst (feiten)

Mevrouw X, eiseres in cassatie ('koopster'), koopt haar droomhuis van het stel Y, verweerster c.s. ('verkoper'). Zij spreken af dat de overdracht van de woning op 7 september 2005 zal plaatsvinden. Koopster en verkoper dienen allebei op deze datum (gelijktijdig) te presteren. Koopster moet op de leveringsdatum bij de notaris aanwezig zijn én zorg dragen voor financiering. Verkoper moet op de leveringsdatum de woning leveren, onder meer vrij van huur.

Twee dagen vóór de geplande leveringsdatum verzoekt koopster aan de notaris om de overdracht van de woning met een paar maanden uit te stellen. Zij kan de financiering niet tijdig rond krijgen. Koopster verschijnt derhalve niet bij de notaris op 7 september 2005. Verkoper stelt koopster daarom conform de koopovereenkomst op 13 september 2005 in gebreke, waarbij koopster in de gelegenheid wordt gesteld om na te komen, zodat de levering alsnog kan plaatsvinden op 21 september 2005. Op deze datum verschijnt koopster echter wederom niet bij de notaris. Koopster is te weten gekomen dat er nog twee huurders in de woning aanwezig zijn. Zij bericht verkoper dat de woning niet ontruimd is en dat verkoper derhalve zelf

* Mr. M.E.C. Lok is advocaat bij Baker & McKenzie Amsterdam N.V.

tekortschiet in de nakoming van de koopovereenkomst. Koopster beroept zich daarbij niet op haar recht tot opschorting, maar vraagt wanneer de levering van de woning wel kan plaatsvinden.

Verkoper houdt het dan voor gezien. Op 28 september 2005 ontbindt hij de koopovereenkomst buiten rechte en maakt hij aanspraak op een contractuele boete en schade. Koopster wenst haar droomhuis echter niet te verliezen en stelt verkoper, conform de overeenkomst, bij brief van 6 oktober 2005 in gebreke, waarbij verkoper in de gelegenheid wordt gesteld om uiterlijk 13 oktober 2005 na te komen. Aan geen van de wederzijdse verzoeken wordt door koopster en/of verkoper voldaan.

Koopster dagvaardt verkoper in kort geding en vordert (medewerking aan) de overdracht van de woning, de contractuele boete en teruggave van een verstrekte bankgarantie. Verkoper verweert zich met een beroep op de buitengerechtelijke ontbinding en vordert in reconventie eveneens de contractuele boete. Koopster beroept zich vervolgens op opschorting, waardoor er voor ontbinding geen plaats meer zou zijn.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden heeft de verzoeken van koopster en verkoper op 23 november 2005 afgewezen. Het gerechtshof te Leeuwarden heeft het vonnis van de rechtbank op 5 april 2006 bekrachtigd. Ook de Hoge Raad volgt (voor het merendeel) het oordeel van het gerechtshof.

2 Hoge Raad

De Hoge Raad gaat ervan uit dat de verkoper niet kon nakomen op 7 en 21 september 2005. Er waren immers huurders in de woning aanwezig, van wie er minstens één zich beriep op huurbescherming. Ook staat vast dat koopster op zowel 7 als 21 september geen afdoende financiering had geregeld en dat zij niet was verschenen bij de notaris. Tegen deze achtergrond worden de twee belangrijkste verweren van koopster door de Hoge Raad behandeld:

2.1 **Aangezien verkoper de woning niet heeft ontruimd en niet huurvrij kon leveren, is er sprake van schuldeisersverzuim. Koopster stelt dat zij zich daarom terecht beroept op haar opschortingsrecht.**

Het gerechtshof oordeelt dat verkoper uit de brief van 5 september 2005 had moeten afleiden dat koopster in de nakoming zou tekortschieten. Koopster raakte daarom in verzuim zodra verkoper kennisnam van deze brief. Dit

zou uiterlijk op 7 september 2005 zijn geweest. Vanaf dat moment kon verkoper zich beroepen op ontbinding. Dit zou slechts anders zijn als koopster zich nog vóór het beroep op ontbinding had beroepen op haar opschortingsrecht. Koopster heeft niet voldoende aannemelijk gemaakt dat zij dit ook heeft gedaan. De Hoge Raad acht het arrest van het gerechtshof op dit punt niet onbegrijpelijk (r.o. 3.2 en 3.3).

2.2 Koopster stelt dat het gerechtshof onjuist oordeelt dat de ontbinding slechts kon worden gepareerd indien koopster de opschorting nog vóór de ontbinding had ingeroepen. Koopster verwijst daarbij naar HR 8 maart 2002, nr. COO/154, NJ 2002, 199.

Opschorting is, volgens de Hoge Raad, een verweermiddel van de schuldenaar in verband met een tegenvordering die hij op zijn schuldeiser heeft. Uit r.o. 3.5. van het arrest van 8 maart 2002 volgt dat

‘een beroep op een opschortingsrecht in beginsel steeds kan worden gedaan door de schuldenaar, ook wanneer de schuldeiser in rechte een vordering tot nakoming instelt’.¹

Het enkele feit dat koopster zich niet vóór de dag van ontbinding heeft beroepen op haar opschortingsrecht, betekent niet per definitie dat koopster de ontbinding niet ongedaan kan maken met een beroep op opschorting. Het gerechtshof (en tevens A-G Huydecoper in alinea 40 en 42 van zijn conclusie) heeft derhalve een onjuist criterium gehanteerd.

De Hoge Raad komt desalniettemin tot dezelfde uitkomst als het gerechtshof. De Hoge Raad stelt namelijk dat in het onderhavige geval de betreffende onderdelen niet tot cassatie kunnen leiden. De Hoge Raad verwijst daarbij naar de omstandigheden dat (r.o. 3.5.1):

- a. partijen (verkoper en koopster) gelijktijdig moesten presteren;
- b. beide partijen op het beslissende tijdstip niet in staat waren hun prestatie te verrichten;
- c. verkoper tot buitengerechtelijke ontbinding is overgegaan;
- d. koopster nakoming en schadevergoeding (contractuele boete) alsmede teruggave van een verstrekte bankgarantie vordert;
- e. verkoper zich ter afwering van deze vorderingen op die ontbinding beroept;

1 Volgens de Asser-Hartkamp 4, II, alinea 541, p. 567, is hetgeen met betrekking tot de vordering tot nakoming wordt betoogd in het kader van de enac, in beginsel ook van toepassing op de vordering tot ontbinding.

- f. koopster dit beroep onder meer beantwoordt met een beroep op opschorting.

De Hoge Raad verwijst ook naar de (hierna te behandelen) Parlementaire Geschiedenis, die hierop slechts beperkt ingaat:

‘Voor de vraag wie in gevallen van gelijk oversteken mag opschorten, is beslissend bij wiens wederpartij de nakoming het eerst hokt.’²

De Hoge Raad erkent dat de Parlementaire Geschiedenis niet ziet op de onderhavige situatie, waarbij er sprake was van ‘gelijk oversteken’ én ook van het ‘onafhankelijk van elkaar op het beslissende tijdstip geen van beide kunnen nakomen’ (r.o. 3.5.3).

In een zodanig geval mogen *beide* partijen volgens de Hoge Raad ontbinden op grond van de tekortkoming in de nakoming van de prestatie van de ander. De Hoge Raad verwijst hierbij naar de Parlementaire Geschiedenis.³ Hij doelt waarschijnlijk op de passage waarin staat dat indien beide partijen zich kunnen beklagen over een tekortkoming door de wederpartij, beide partijen recht hebben op ontbinding.⁴ Een tweede niet-nakomen, die volgt op het niet-nakomen van de wederpartij, zal veelal een opschorting zijn. Is er echter geen sprake van opschorting maar van een tekortkoming, die niet door een andere nakoming kan worden hersteld, dan kan deze grond voor ontbinding opleveren. Degene die tot een geoorloofde opschorting overgaat, kan veilig nakomen. Er kan worden nagekomen zolang er geen ontbinding heeft plaatsgevonden.

Het maakt volgens de Hoge Raad dan niet meer uit welke partij het eerst ‘hokt’, omdat die vraag slechts relevant is wanneer een van de partijen nog wel in staat is na te komen, maar deze nakoming opschort. De Hoge Raad sluit zich op dit punt aan bij de conclusie van A-G Huydecoper.

2 R.o. 3.5.2. en Parl. Gesch. Boek 6, p. 203.

3 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1003.

4 Zie ook HR 10 augustus 1992, NJ 1992/715. r.o. 3.3: ‘Met dit mede uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende stelsel strookt dat bij de beoordeling van de vraag of latere gedragingen van de wederpartij van degene die wanprestatie pleegt, op hun beurt wanprestatie en (...) een grond voor ontbinding (...) kunnen opleveren, beslissend is niet het enkele feit dat de eerstgenoemde wanprestatie de oudste was, doch of deze wanprestatie in de gegeven omstandigheden (...) ook deze gedragingen kon rechtvaardigen.’

3 Opschorting vs. ontbinding

De Hoge Raad geeft in het hiervoor beschreven arrest een ogenschijnlijk praktische oplossing voor het probleem van gelijktijdig onafhankelijke wederzijdse tekortkomingen en het beroep op opschorting en ontbinding. Zijn conclusie, althans de weg daar naartoe, volgt echter niet direct uit de Parlementaire Geschiedenis waarnaar hij verwijst. Reden waarom er in het hierna volgende aan de hand van de wet en de conclusie van A-G Huydecoper nader wordt ingegaan op de wederzijdse wanprestatie en de gevolgen van een beroep op opschorting voor een eerder gedaan beroep op ontbinding.

3.1 Verzuim

Beide partijen moesten op 7 september 2005 presteren. Deze termijn is verstreken zonder dat de verbintenissen over en weer zijn nagekomen. A-G Huydecoper stelt:

‘Voor beide partijen is dan aan de voorwaarden voor toepassing van art 6:83 onder a BW voldaan: er wordt niet op het overeengekomen tijdstip gepresteerd, en er zou dus zonder ingebrekestelling verzuim aanwezig zijn, en er zou in het verlengde daarvan aanspraak op schadevergoeding en/of ontbinding kunnen worden gemaakt.’

Dit is mijns inziens niet van toepassing ten aanzien van koopster en verkoper.⁵ De A-G gaat namelijk voorbij aan de contractuele bepalingen (art. 10 koopovereenkomst), waarnaar hij eerder in zijn conclusie verwijst.⁶ Partijen zijn immers overeengekomen dat indien een der partijen, *na ingebreke te zijn gesteld*, gedurende *vijf dagen* nalatig blijft in de nakoming, de overeenkomst van rechtswege zonder rechtelijke tussenkomst ontbonden zal zijn, tenzij de wederpartij alsnog uitvoering van de overeenkomst verlangt. In beide gevallen verbeurt de nalatige partij een boete. Indien de nalatige partij na in gebreke te zijn gesteld binnen de termijn van vijf dagen alsnog nakomt, is deze partij toch gehouden schade te vergoeden.

Hoewel partijen inderdaad op 7 september 2005 moesten presteren, hebben partijen contractueel de gevolgen van niet-nakoming vastgelegd. Een ingebrekestelling is overeengekomen. De termijn van 7 september 2005 heeft

5 A-G Huydecoper maakt in zijn conclusie gebruik van een voorbeeld. Voor partijen waar geen ingebrekestelling is afgesproken, is zijn commentaar juist. Dit voorbeeld sluit echter niet aan bij de casus.

6 Conclusie A-G Huydecoper, alinea 2.

derhalve geen in gebreke stellende kracht, waardoor deze op grond van artikel 6:83a slot BW waarschijnlijk niet tot verzuim leidt.⁷ 7 september 2005 is dan geen fatale termijn. Partijen zijn pas in verzuim nadat zij in gebreke zijn gesteld. Beide partijen hebben inderdaad hun wederpartij in gebreke gesteld, maar dit is op een verschillend moment gebeurd. De ingebrekestelling door koopster heeft bovendien plaatsgevonden na de buitengerechtelijke ontbinding door verkoper. Er lijkt daarom helemaal geen sprake te zijn van gelijktijdig verzuim. Deze vraag heeft niet centraal gestaan in de procedure, en de contractuele bepalingen hieromtrent hebben daarom dus geen rol gespeeld bij de besluitvorming van de A-G en de Hoge Raad.

3.2 Opschorting en ontbinding

Het wettelijke systeem is zodanig ingericht dat een partij alleen recht heeft op rechtsmaatregelen zoals ontbinding respectievelijk opschorting als de wederpartij tekortschiet respectievelijk niet nakomt. Uitgangspunt is dat de eerstgenoemde partij zelf wel kan en zal nakomen. Is er sprake van schuldeisersverzuim aan de zijde van deze partij, dan kan zij geen beroep doen op deze maatregelen.

Schiet een partij toerekenbaar tekort en is zij in verzuim, dan kan haar wederpartij de schade vorderen die zij hierdoor lijdt (art. 6:74 BW). Deze partij kan dan bovendien de overeenkomst ontbinden ex artikel 6:265 lid 2 BW.⁸ Verkoper en koopster zijn allebei in verzuim,⁹ waardoor in beginsel beide partijen de mogelijkheid hebben om te ontbinden en/of schadevergoeding te vorderen.

Aan de vereisten van opschorting ex artikel 6:262 lid 1 BW (*exceptio non adimpleti contractus*) is eveneens door beide partijen voldaan.¹⁰ Er is immers door beide partijen niet nagekomen. De bevoegdheid tot opschorting is ontstaan op het moment dat verkoper en koopster hun wederzijdse verbintenissen niet zijn nagekomen. Niet vereist is dat er sprake is van een tekortkoming of toerekenbaarheid aan de zijde van de wederpartij.¹¹ De partij die

7 Rb. Middelburg, 21 januari 1994, KG 1994/74. In lagere rechtspraak wordt echter ook wel eens aangenomen dat in een dergelijk geval sprake is van een fatale termijn en dus verzuim. Voor ontbinding moet dan contractueel wel eerst een ingebrekestelling volgen.

8 Dit kan ook indien de tekortkoming niet toerekenbaar is.

9 Of dit nu door de wederzijdse ingebrekestelling is gekomen of door toepassing van artikel 6:83a BW laat ik hier verder in het midden.

10 Een ingebrekestelling is niet vereist voor opschorting (HR 8 maart 2002, NJ 2002, 199 (Hendrixx/Peters)).

11 HR 8 maart 2002, NJ 2002, 199 (Hendrixx/Peters).

opschort, komt zelf niet na. Dit maakt haar echter zelf niet schuldig aan een tekortkoming.¹²

In de onderhavige zaak heeft koopster een beroep gedaan op haar opschortingsrecht. Men zou de vraag kunnen opwerpen in hoeverre opschorting in de betreffende overeenkomst was uitgesloten of beperkt. Zoals gesteld, is er in beginsel geen ingebrekestelling vereist voor opschorting.¹³ Partijen hebben echter de gevolgen voor niet-nakoming aan banden gelegd in artikel 10 van de koopovereenkomst. Indien een partij niet nakomt, moet haar wederpartij haar in gebreke stellen, wil deze wederpartij de overeenkomst ontbinden of een boete vorderen voor niet- of late nakoming. Het onbeperkt uitoefenen van een opschortingsrecht lijkt niet te rijmen met het doel van artikel 10. De bedoeling van partijen – namelijk het in gebreke stellen van de wederpartij bij niet-nakomen – wordt immers op deze wijze omzeild. Uit het arrest blijkt niet dat dit punt aan de orde is geweest in de procedure en zal daarom verder buiten beschouwing worden gelaten.

Verkoper heeft gekozen voor ontbinding van de koopovereenkomst. In beginsel maakt de ontbinding een einde aan de overeenkomst. Het bevrijdt verkoper van het voldoen van zijn verplichtingen (het leveren van een woning vrij van huur). Voor ontbinding is niet vereist dat de wanprestatie toerekenbaar is aan koopster.

3.3 Schuldeisersverzuim

Indien er sprake is van schuldeisersverzuim, zijn de mogelijkheden tot opschorting en ontbinding beperkt. Artikel 6:54 sub a BW bepaalt dat een partij niet mag opschorten voor zover de nakoming van de verbintenis zelf door deze partij wordt verhinderd. Ten aanzien van ontbinding geldt ex artikel 6:266 BW¹⁴ dat ontbinding niet kan worden gegrond op een tekortkoming ten aanzien waarvan de schuldeiser zelf in verzuim is. Indien koopster of verkoper dus zelf in schuldeisersverzuim is, heeft zij geen recht meer op het uitoefenen van een beroep op opschorting of ontbinding jegens de wederpartij. Het is van belang daarbij te realiseren dat verkoper en koopster jegens elkaar zowel schuldeiser als schuldenaar zijn. Het schuldeisersverzuim ziet alleen op het gedrag van de betreffende partij in de rol van schuldeiser ten aanzien van de door haar wederpartij te verrichten verbinten-

12 Asser-Hartkamp, 4 II, *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 541, p. 566.

13 HR 8 maart 2002, NJ 2002/199 (Hendrikx/Peters).

14 Art. 6:266 verwijst naar 'een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis ten aanzien waarvan de schuldeiser zelf in verzuim is'. In de literatuur wordt echter aangenomen dat ook de tegenovergestelde verbintenissen hieronder vallen.

tenissen. Het schuldeisersverzuim ziet niet op de verbintenissen die deze zelfde partij als schuldenaar dient te verrichten. Schuldeisersverzuim kan zich voordoen op grond van artikel 6:58 of 6:59 BW.

Artikel 6:58 BW is niet van toepassing op koopster of verkoper. Uit het arrest blijkt immers niet dat verkoper en koopster (als schuldenaren) alles hebben gedaan wat voor de nakoming nodig is. Het artikel ziet bovendien op de situatie waarin de schuldenaar niet kan nakomen *door* een aan de zijde van de schuldeiser ontstane verhindering van de nakoming. De prestaties van partijen zijn over en weer in deze zaak niet van elkaar afhankelijk. De ene wanprestatie heeft geen invloed op de wanprestatie van de andere partij.¹⁵ Er is dus geen sprake van een niet-nakomen aan de zijde van de schuldenaar *door* de verhindering van de schuldeiser.

Artikel 6:59 BW lijkt wel van toepassing op het onderhavige geschil. Het artikel bepaalt dat een schuldeiser in verzuim komt wanneer hij toerekenbaar niet voldoet aan zijn verplichtingen jegens de schuldenaar en deze schuldenaar op die grond bevoegdlijk de nakoming van zijn verbintenis opschort. Nu koopster een, laten wij ervan uitgaan geldig, beroep doet op haar opschortingsrecht omdat verkoper toerekenbaar niet is nagekomen, verkeert verkoper in schuldeisersverzuim. Verkoper heeft dan in beginsel niet meer de mogelijkheid om schadevergoeding ex artikel 6:74 BW of ontbinding ex artikel 6:265 BW te vorderen.¹⁶

Ingevolge artikel 6:61 BW maakt het crediteursverzuim van verkoper ook een einde aan het debiteursverzuim van koopster. Zolang verkoper in verzuim is, kan koopster als opschortende partij niet in verzuim geraken door niet na te komen. Verkoper kan de overeenkomst dan niet ontbinden. Verkoper kan echter zelf geen beroep doen op artikel 6:59 BW jo. artikel 6:61 BW nu verkoper heeft ontbonden en niet opgeschort. Er treedt derhalve geen schuldeisersverzuim in aan de zijde van koopster. Koopster heeft derhalve het recht om op te schorten.

3.4 Wie mag opschorten bij gelijktijdige prestatie?

Gelden de hiervoor genoemde wettelijke regels ook in geval van wederzijdse wanprestatie in combinatie met de verplichting gelijktijdig te presteren? De vraag welke partij mag opschorten bij 'wederzijdse wanprestatie'¹⁷

15 Betwist kan worden of art. 6:58 BW met deze tekst een dergelijk verband als noodzakelijk vereiste voor schuldeisersverzuim voor ogen had.

16 TM Parl. Gesch. 6, p. 1013.

17 Term gebruikt door A-G Huydecoper bij zijn conclusie onder het onderhavige arrest.

komt aan bod in de *Parlementaire Geschiedenis*. De Tweede Kamer¹⁸ vreesde voor een impasse indien er bij 'gelijk oversteken' zou worden opgeschort. De Regeringscommissie meende dat uit de (toen concept) wettekst zou volgen dat bij gelijk oversteken de partij wiens wederpartij de nakoming het eerst 'hokt', mag opschorten; de 'hokkende' partij niet.¹⁹ Deze wederpartij raakt immers zelf in schuldeisersverzuim door gronden te veroorzaken waardoor de eerste partij een beroep kon doen op haar opschortingsrecht. Wat er moest worden verstaan onder 'hokken' werd door de wetgever in het midden gelaten.

Enige problematiek met betrekking tot wie het eerste 'hokt', zou worden opgelost met de vraag of de betreffende partij terecht een beroep doet op opschorting. Partijen die wensen op te schorten en niet na te komen, zullen dit door woord of gedraging duidelijk maken.²⁰ 'Wie geen geld bij zich heeft, krijgt het gerepareerde horloge niet mee' (r.o. 3.5.2; *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 210). Deze verklaringen of gedragingen zijn dan een uitvloeisel van het door de opschortende partij te voeren verweer. Duidt de mededeling of gedraging niet op een deugdelijk beroep, dan kan slechts de wederpartij een beroep doen op opschorting.²¹ Een impasse zou slechts een 'academisch geval' zijn. De Eerste Kamer sloot zich bij dit standpunt aan.

Toepassing van deze toelichting door de wetgever op het huidige geschil leidt tot twee problemen: (1) onduidelijk is wat er onder de term 'hokt' wordt verstaan en (2) er wordt geen oplossing geboden voor het onderhavige geval, waarbij beide partijen afzonderlijk van elkaar zijn tekortgeschoten in de nakoming. We zijn derhalve nu gearriveerd bij de impasse waarvan de wetgever ons heeft verzekerd dat dit slechts een 'academisch geval' was en zich nimmer in de praktijk zou voordoen. Zo blijkt dat de praktijk (onbewust) creatiever is dan de wetgever.

3.5 'Hokken' als criterium om te bepalen wie mag opschorten

Niet duidelijk is wat moet worden verstaan onder 'hokken'. Uit de *Parlementaire Geschiedenis* kan worden afgeleid dat het hier gaat om het moment waarop duidelijk wordt dat een partij niet kan nakomen.²² Zoals de A-G in

18 Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer.

19 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 203. Zie ook Asser-Hijma, *Koop & ruil*, 2001, 5, I, aant. 411.

20 Partij moet duidelijk maken wat de reden voor opschorting is. HR 24 oktober 2003, C01/335.

21 Zie ook C.J.H. Brunner, G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2004, nr. 144, p.114; *Tekst & Commentaar, Boek 6*, art. 52, aantekening 4, c, p. 2307.

22 Asser-Hijma, *Koop & ruil*, 2001, 5, I, aant. 411 (een beroep op enac komt toe aan degene wiens wederpartij het eerst doet blijken dat zij haar prestatie niet zal verrichten).

zijn conclusie omschrijft, is dat moment op diverse wijzen te peilen. De A-G vraagt zich bijvoorbeeld af of het er om gaat aan welke kant het eerst aan het licht treedt dat er problemen bij de nakoming zijn, of welke partij zich het eerst beroept op de tekortkoming van de andere partij, of welke partij het eerst met beletselen voor de nakoming van de eigen prestatie geconfronteerd wordt.²³ In de praktijk zal het mijns inziens echter neerkomen op de partij die het eerst laat weten dat zij niet zal nakomen. Dit is onwenselijk, omdat het een zeer arbitrair karakter heeft²⁴ en bewijs van een eerder 'hokken' door de wederpartij moeilijk verkrijgbaar is. De maatstaf is bovendien eenvoudig te beïnvloeden door partijen. Het werkt bijvoorbeeld in de hand dat de partij die niet kan nakomen, daarover zo lang mogelijk stil blijft, zodat zij haar opschortings- of ontbindingsrechten kan uitoefenen als op een (later) moment duidelijk wordt dat (ook) haar wederpartij niet kan nakomen.

Koopster heeft per brief van 5 september 2005 aan de notaris laten weten dat zij niet zou nakomen. Op 21 september 2005 werd bekend dat ook verkoper niet zou nakomen. Aannemelijk is echter dat verkoper al veel eerder bekend was met het feit dat hij niet zou kunnen nakomen. De huurders hebben zich naar alle waarschijnlijkheid veel eerder beroepen op huurbescherming. Er zou ook kunnen worden gesteld dat verkoper wist dat hij niet zou kunnen nakomen toen hij de overeenkomst sloot wetende dat er huurders in de woning aanwezig waren.²⁵ Het 'hokken' door verkoper zal niet snel door koopster kunnen worden bewezen, waardoor er het risico bestaat dat 5 september wordt aangemerkt als de datum waarop eerst duidelijk werd dat koopster zou 'hokken' in de nakoming.

Indien de theorie van het 'hokken' wordt gehanteerd, zou dit betekenen dat één partij achter wordt gesteld ten aanzien van de andere partij. Het feit dat een van deze partijen eerder 'hokt', is volstrekt willekeurig. Zoals reeds gesteld zal het moment van 'hokken' in de praktijk vaak gekoppeld worden aan de mededeling hiervan. De kans is daarbij groot, zoals ook de A-G stelt, dat het de meest zorgvuldige partij is die het eerst bekend wordt met het feit dat zij niet zal kunnen nakomen. De 'slordige' partij zou hier haar voordeel mee kunnen doen, waardoor de wederpartij – door haar zorgvuldigheid – de mogelijkheid tot beroep op opschorting of ontbinding verliest. De maatstaf van het 'wie het eerst hokt' is alleen om deze reden onaanvaardbaar in het onderhavige geval.

23 Conclusie A-G, alinea 23 t/m 26.

24 Zie voor uitvoerige argumentatie tegen deze koppeling, de conclusie van A-G Huydecoper.

25 Indien dit reeds bij de totstandkoming van de koopovereenkomst bekend was bij verkoper, zou koopster mogelijk een beroep kunnen doen op dwaling, hetgeen echter niet tot nakoming leidt.

De A-G wijst er – terecht – op dat het dragen van het risico van wanprestatie door één partij, terwijl ook de andere partij niet kan nakomen, onaanvaardbaar is. In het onderhavig geval is er sprake van twee partijen die gelijktijdig moeten nakomen, maar dit op het beslissende moment niet kunnen. Van belang hierbij is dat de wanprestatie van één partij niet veroorzaakt is door de wanprestatie van haar wederpartij: het niet-nakomen is volstrekt onafhankelijk van elkaar. De argumentatie van de wetgever is volledig gericht op de situatie waar één wanprestatie het gevolg is van de wanprestatie van een andere partij. Dit sluit wel enigszins aan op de wet en literatuur. De schuldenaar is immers ook niet schuldig aan wanprestatie indien hij niet nakwam nadat en *omdat* de schuldeiser zelf zijn verbintenis niet nakwam.²⁶ Heeft de schuldeiser nakoming geweigerd *omdat* de schuldenaar tekortschoot, dan pleegt de schuldenaar wanprestatie en kan de schuldeiser ontbinden of opschorten. De wetgever heeft echter niet ingespeeld op de onderhavige situatie, waarbij partijen onafhankelijk van elkaar hun verplichting om gelijktijdig te presteren niet kunnen nakomen.

De A-G verwijst naar Duits, Engels en Frans recht om aanknopingspunten te vinden voor het oplossen van een impasse. Ook deze rechtsstelsels bieden geen pasklare oplossingen. In Duitsland kan men een vordering tot nakoming instellen onder de voorwaarde dat men zelf ook nakomt. Beide partijen moeten daarom wel kunnen nakomen. Ten aanzien van ontbinding geldt naar het Duitse recht dat men niet kan ontbinden als men zelf tekortschiet. Naar Engels recht kan de wederzijdse verbondenheid bij wederzijdse tekortkomingen worden beëindigd. Naar Frans recht heeft de rechter discretionaire bevoegdheid.

De A-G stelt voor om de impasse volledig uit de weg te gaan. Dit sluit niet direct aan bij de Parlementaire Geschiedenis. De A-G wijst er echter op dat er ook geen regel bestaat dat het eerst ontstane probleem voorgaat bij gelijktijdig oversteken in het geval van onafhankelijke wederzijdse wanprestatie. Er zijn in dit geval bovendien geen omstandigheden waardoor het risico wel bij verkoper of juist bij koper zou moeten liggen. Het zelf niet kunnen nakomen zou niet in de weg staan aan een beroep op ontbinding. De A-G kiest daarom voor de oplossing dat beide partijen in deze situatie de overeenkomst mogen ontbinden. De A-G verwijst daarbij naar de literatuur.

Indien partijen onafhankelijk van elkaar wanprestatie hebben gepleegd, hebben zij beiden recht op ontbinding van de overeenkomst.²⁷ Het maakt

26 Asser-Hartkamp, 4 II, Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 2005, nr. 542, p. 567.

27 Asser-Hartkamp, 4 II, Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 2005, nr. 542, p. 567.

dan niet uit wie er het eerste tekortschoot in de nakoming. Als een partij die contractueel verplicht was vóór de levering aan haar wederpartij te betalen, niet aan haar verplichting voldoet, heeft de wederpartij recht om op te schorten. Als de wederpartij toch – maar ondeugdelijk – levert, dan pleegt zij wanprestatie. Het feit dat de eerste partij zelf ook in gebreke was, doet hier niet aan af. In een dergelijk geval kan ontbinding op grond van beide tekortkomingen worden uitgesproken. De conclusie van A-G Hartkamp bij HR 10 augustus 1992, NJ 1992, 715 bevestigt dit. Ook de A-G verkiest deze oplossing en past dit toe op opschorting. Volgens de A-G impliceert dit echter dat er bij wederzijdse wanprestatie geen beroep kan worden gedaan op opschorting, omdat men anders alsnog binnen de impasse valt.

3.6 Kan een opschortingsberoep een reeds ontbonden overeenkomst doorbreken?

Uitgaande van de hiervoor onder 3.2 genoemde wetsartikelen lijkt het opschortingsrecht te prevaleren boven het recht tot ontbinding. Hier staat echter tegenover dat in de onderhavige casus de buitengerechtelijke ontbinding reeds heeft plaatsgevonden vóórdat er een beroep op opschorting was gedaan. Op het moment van de buitengerechtelijke ontbinding was verkoper wel als schuldenaar maar niet als schuldeiser in verzuim. De ontbinding bracht derhalve een einde aan de overeenkomst. De overeenkomst was reeds vervallen op het moment dat er een beroep werd gedaan op opschorting.²⁸ Kan het beroep op opschorting in dit geval met terugwerkende kracht de ontbinding pareren?

Volgens de A-G Huydecoper geeft

‘een opschortingsrecht een op billijkheid en op de connexiteit van de relevante prestaties gebaseerde faciliteit (...), die er toe strekt dat op de wederpartij pressie wordt uitgeoefend op de van haar verlangde prestatie (alsnog) te leveren, en die tevens de rechthebbende enige zekerheid voor de nakoming van die prestatie verschaft’.

In dat kader stelt de A-G dat zolang koopster geen mededeling heeft gedaan van beroep op opschortingsrecht, van verkoper niet kan worden verwacht dat hij de mogelijkheid tot presteren openhoudt.²⁹

²⁸ Olthof, T&C BW (zevende druk), artikel 6:269 BW, aant. 2, p. 2717.

²⁹ Conclusie A-G, alinea 38 en 39.

De A-G stelt bovendien dat uit het arrest van 8 maart 2002, NJ 2002, 199 geenszins volgt dat een opschortingsberoep kan worden gedaan met terugwerkende kracht, terwijl men op dat moment zelf geen beroep op opschorting had gedaan. Zolang de opschorting niet is ingeroepen, blijven de verplichtingen in tact. Bij de niet-nakoming daarvan kan worden ontbonden. Deze ontbinding kan volgens de A-G niet ongedaan worden gemaakt door een latere opschorting. Koopster kan derhalve niet slagen met een opschortingsberoep achteraf en zij kan de ontbinding niet ongedaan maken. Dit sluit aan bij de Parlementaire Geschiedenis waarnaar ook de Hoge Raad verwijst en waarin staat dat de schuldenaar nog kan nakomen zolang er nog geen ontbinding heeft plaatsgevonden.³⁰ De opvattingen van de A-G verschillen echter van die van de Hoge Raad. De Hoge Raad oordeelt immers dat het enkele feit dat koopster zich niet vóór de dag van ontbinding heeft beroepen op haar opschortingsrecht, niet automatisch betekent dat koopster de ontbinding niet ongedaan kan maken met een beroep op opschorting. In dit concrete geval komt de Hoge Raad echter tot de conclusie dat het beroep op opschorting het eerder gedane beroep op ontbinding niet pareert. Beide partijen mogen volgens de Hoge Raad ontbinden in het geval van gelijk oversteken en het onafhankelijk van elkaar op het beslissende tijdstip geen van beide kunnen nakomen. Dit in tegenstelling tot het Duitse recht, waar men niet kan ontbinden als men zelf tekortschiet.

4 Ratio

Opschorting en ontbinding zijn beide rechtsmiddelen die kunnen worden gebruikt als een wederpartij niet nakomt. De ratio van ontbinding is om partijen de mogelijkheid te bieden bevrijd te worden van verplichtingen jegens een wederpartij die haar verplichtingen niet nakomt. De ratio van het opschortingsrecht is dat een partij niet kan worden gedwongen om na te komen, terwijl de wederpartij zelf niet nakomt. Opschorting dient daarbij als een verweer en pressiemiddel om de wederpartij te bewegen om na te komen. Met deze ratio valt niet te rijmen dat, in geval van wederzijdse tekortkomingen waarbij een partij zelf dus ook niet nakomt, deze wel een beroep kan doen op rechtsmaatregelen als opschorting en ontbinding.

Als partijen geen gebruik kunnen maken van rechtsmiddelen wanneer zij zelf niet nakomen, belanden zij in de hiervoor besproken impasse. De overeenkomst kan dan eeuwig voortduren. Het BW biedt weinig andere mogelijkheden om deze impasse te doorbreken. De Hoge Raad had mogelijk een oplossing kunnen zoeken in artikel 6:248 lid 2 BW. In plaats van het bui-

³⁰ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1003.

ten werking laten van een regel uit de overeenkomst, zou de Hoge Raad de gehele overeenkomst buiten werking kunnen laten, nu het naar de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat beide partijen niet nakomen en toch een beroep doen op rechtsmaatregelen. Het is de vraag of aan de maatstaf 'onaanvaardbaar' wordt voldaan, maar artikel 6:248 lid 2 BW biedt de Hoge Raad in ieder geval een oplossing binnen het wettelijke kader. De A-G en de Hoge Raad hebben er echter voor gekozen om de vraag 'wie het eerst hokt' te omzeilen en om beide partijen de gelegenheid te geven om te ontbinden. Het is een praktische maar niet op de wet gebaseerde oplossing, die niet strookt met de hiervoor genoemde ratio.

5 De hypothetische schade en boete

De A-G stelt dat het feit dat partijen elkaar over en weer toerekenbaar niet nakomen kunnen tegenwerpen, meestal in de weg staat aan het verbinden van verdere sancties aan de tekortkomingen, zoals een boete.³¹ Hierbij sluit ik mij aan. Indien er sprake is van schuldeisersverzuim, bestaat er geen grond voor een contractuele boete of schadevergoeding. De onderhavige zaak roept echter vragen op. De Hoge Raad behandelt met zijn oplossing helaas enkel de 'voorkant' van het probleem (einde van de overeenkomst). De 'achterkant' van het probleem (schadevergoedingen, boetes) wordt niet of nauwelijks belicht. Dit was ook niet aan de orde in cassatie. Wat zou de uitkomst zijn indien de boete en schade wel onderwerp van cassatie waren geweest?

5.1 Schade

Het verzuim van de schuldeiser maakt een einde aan het verzuim van de schuldenaar (art. 6:61 lid 1 en 2 BW). Er kan dan geen schadevergoeding van deze schuldenaar worden gevorderd. In het geval van de wederzijdse gelijktijdige tekortkomingen zouden beide partijen over en weer een einde maken aan het verzuim van hun wederpartij. Een Catch-22, die met strikte toepassing van artikel 6:61 BW ertoe zou kunnen leiden dat geen van de partijen schadevergoeding kan vorderen. De A-G omzeilt de 'wie het eerst hokt'-discussie door een oplossing te vinden in het ontbreken van relevante schade en/of relevant causaal verband:

'Door de verhindering in de nakoming aan eigen zijde, zou het hypothetische verloop van zaken waarop de schadevordering gebaseerd wordt, zich niet voltrekken.'

³¹ Alinea 34 conclusie A-G.

De overeenkomst zou ook niet zijn uitgevoerd als de aangesproken partij wel was nagekomen. Ook A-G Hartkamp stelt:

‘Is er geen verband aanwezig – staan dus de beide wanprestaties geheel los van elkaar – dan ontbreekt dunkt mij aan beide zijden het c.s.n.q. verband tussen de wanprestatie en de door de schuldeiser geleden ontbindingsschade.’³²

Artikel 6:74 BW eist dat de tekortkoming *condicio sine qua non* voor de schade is. De schade moet zijn geleden *door* het tekortkomen van de wederpartij. Dat dit verband in de onderhavige zaak ontbreekt, lijkt zeer waarschijnlijk. De situatie kan zich echter voordoen dat beide partijen onafhankelijk van elkaar niet kunnen nakomen, doch dat het niet-nakomen van één partij toch tot schade leidt bij de ander. Het niet-nakomen door beide partijen leidt tot afzonderlijke schadevorderingen. Dit betekent ook dat de schadevergoeding van één partij hoger uit kan pakken dan bij de andere partij. De ene schade is de andere niet.

5.2 Boete

Aan de wettelijke en contractuele vereisten voor het vorderen van een boete lijkt in de onderhavige zaak te zijn voldaan. Ook hier kan schuldeisersverzuim echter een rol spelen. De Hoge Raad oordeelt in het onderhavige arrest dat koopster het ontbindingsberoep niet kan pareren met haar beroep op opschorting. Artikel 6:59 BW – en het daarmee gepaarde schuldeisersverzuim – is daarom niet langer van toepassing (zie alinea 3.3). Is er geen schuldeisersverzuim, dan kan de boete in beginsel door beide partijen worden gevorderd.

De contractuele boete is in de overeenkomst gekoppeld aan een ingebrekestelling. De boete verbeurt als na ingebrekestelling ontbonden wordt *of* als na ingebrekestelling uitvoering van de overeenkomst wordt verlangd. De boete verbeurde derhalve ten aanzien van beide partijen: koopster vanaf 21 september 2005 en verkoper vanaf 13 oktober 2005. Indien hier sprake was geweest van een doorlopende boete in plaats van een eenmalige, zou de boete jegens koopster hoger zijn dan de boete jegens verkoper. Dit terwijl zij beiden gelijktijdig niet na zijn gekomen. Beide partijen waren immers niet in staat aan hun verplichtingen te voldoen op 7 noch 21 september 2005. Het is mijns inziens naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ex.

32 Alinea 7 conclusie A-G Hartkamp bij HR 10 augustus 1992, NJ 1992, 715.

artikel 6:248 lid 2 BW onaanvaardbaar dat partijen die zelf tekortschieten een beroep doen op de boete (art. 6:248 lid 2 BW).

Ook indien er wel sprake is van schuldeisersverzuim, is er geen grondslag voor de contractuele boete. Schuldeisers in verzuim kunnen in beginsel (ook naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid) geen aanspraak doen gelden op een contractuele boete.³³ Als partijen gelijktijdig in schuldeisersverzuim treden, arriveert men bij de hiervoor omschreven Catch-22. Wederom kan er gesteld worden dat artikel 6:61 BW meebrengt dat geen van beide partijen de boete kan vorderen. Ook zou kunnen worden aangeknoopt bij het 'hok'-criterium. De bezwaren hiertegen zijn reeds uitvoerig aan bod gekomen. De redelijkheid en billijkheid bieden ook in dit kader een meer geschikte oplossing.

6 Conclusie: het arrest binnen het wettelijke kader

De Hoge Raad heeft net als de A-G geen acht geslagen op de contractuele bepalingen tussen partijen inzake niet-nakoming. De vraag of er in dit geval wel sprake is van wederzijdse gelijktijdige verzuim en een geldig opschortingsrecht wordt daarom niet naar volledigheid beantwoord. Ik betwijfel daarom of het arrest wel op de juiste gronden is gewezen.³⁴

Duidelijk is dat er een praktische (doch niet op de wet gebaseerde) uitweg is gezocht uit de impasse. De wet en de Parlementaire Geschiedenis bieden immers geen pasklaar antwoord op de vraag of in de onderhavige omstandigheden een eerder beroep op ontbinding ongedaan kan worden gemaakt met een later beroep op opschorting indien beide partijen gelijktijdig dienen te presteren. Het omzeilen van de vraag wie het eerst 'hokt' is juist, nu gebruik van deze maatstaf onder de omstandigheden onaanvaardbaar is. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat het 'hok'-criterium met name is gericht op de situatie waarbij de wanprestatie van één partij het (indirecte) gevolg is van de wanprestatie van een ander. Jammer is overigens wel dat er nu nog steeds geen nadere invulling is gegeven aan deze term.

De Hoge Raad sluit zich dan aan bij de Parlementaire Geschiedenis, waarin wordt gesteld dat beide partijen kunnen ontbinden indien (1) beide partijen tekortschieten, (2) het tweede niet-nakomen (die volgt op het niet-nakomen van de wederpartij) geen opschorting is en (3) deze tekortkoming niet door een andere nakoming kan worden hersteld. De Parlementaire Geschiedenis

³³ HR 1 februari 2008, LJN BB8648 en Conclusie L. Timmerman alinea 8.4.1.

³⁴ In cassatietechnische zin wel.

sluit op twee punten niet aan op de onderhavige zaak. *Ten eerste* heeft koopster wél een beroep gedaan op haar opschortingsrecht. Willen beide partijen kunnen ontbinden, dan dient – in mijn opinie – op grond van punt 2 het niet-nakomen van koopster uitdrukkelijk te worden gekwalificeerd als een tekortkoming en geen opschorting. Om dit te beoordelen moet worden gekeken of er met terugwerkende kracht beroep op een opschortingsrecht kon worden gedaan, hetgeen niet het geval was. *Ten tweede* was er in het onderhavige geval geen sprake van een niet-nakomen dat volgt op een niet-nakomen van de wederpartij, maar van een gelijktijdig niet-nakomen. De stap van de Parlementaire Geschiedenis naar de conclusie van de Hoge Raad is nog groot en mijns inziens onvoldoende gemotiveerd. Zijn oplossing is ook niet volledig juridisch zuiver met het oog op de redelijkheid en billijkheid en de ratio van het opschortings- en ontbindingsrecht.

Het arrest HR 8 maart 2002 brengt mee dat een beroep op opschorting ook pas in een procedure als verweer tegen een vordering tot nakoming kan worden gedaan. Nu, volgens de Hoge Raad, in dit arrest niet is uitgesloten dat een later beroep op opschorting een eerder beroep op ontbinding kan pareren, blijft het duister, althans onvoldoende door de Hoge Raad gemotiveerd, waarom dit juist in het onderhavige geval niet is toegelaten. De Hoge Raad somt de omstandigheden weliswaar op, maar zegt niet welke omstandigheden doorslaggevend waren voor zijn oordeel.³⁵ Het enkele feit dat de overeenkomst al ontbonden was, was dit kennelijk niet. Nu ook de A-G een van de Hoge Raad afwijkende uitleg van het arrest van 8 maart 2002 hanteerde, blijft het onduidelijk in welke situaties de Hoge Raad het wél mogelijk acht dat een partij door middel van opschorting een eerder beroep op ontbinding ongedaan kan maken. Kan dit nooit in een situatie waar beide partijen op het beslissende moment niet kunnen nakomen?

Totdat duidelijk wordt in welke omstandigheden een partij wél met een beroep op opschorting de ontbinding van de overeenkomst met terugwerkende kracht kan pareren, is het raadzaam om bij kennisname van een tekortkoming van de wederpartij direct op te schorten dan wel te ontbinden. Het droomhuis gaat in dit geval aan mevrouw X voorbij.

35 Zie in dit kader ook C. Drion, 'De omstandighedencatalogus, drie gedachten ter verbetering', *NJB* 2008, p. 1635.