

Verzuim en tekortkoming uitgelegd

Alex Geert Castermans en Stijn Voskamp

Voorschoten, mei 1940. Een stuk karton voor de deur van sigarenmagazijn Osewoudt maakte bekend dat wie hier zijn rolfilmpje in de brievenbus deed, het na tweemaal 24 uur ontwikkeld en afgedrukt kon komen afhalen. Dorbeck leverde een filmpje in. Twee dagen later hadden de Duitsers Voorschoten bezet en moest Osewoudt Dorbeck melden dat het filmpje nog niet klaar was.

Had Dorbeck aanspraak op ontbinding of schadevergoeding? Het antwoord op deze vraag is simpel, naar huidig recht. Osewoudt had Dorbeck zonder tegenspraak voorgehouden: “Ik zal mijn best doen, maar ik garandeer niet dat het overmorgen klaar is”. Dorbeck moest daarom aantonen dat Osewoudt niet zijn best had gedaan. Er was geen aanwijzing dat Osewoudt zich onvoldoende had ingespannen. Er was dan ook geen sprake van een tekortkoming en er was om die reden al geen aanspraak op schadevergoeding of ontbinding. De termijn op het stuk karton was niet van doorslaggevende betekenis. Het antwoord spoort met Dorbecks reactie toen Osewoudt meldde dat het filmpje niet was ontwikkeld: “Dondert niet”.¹ In deze casus ligt voor civilisten naar huidig recht niettemin een twistpunt besloten.

Indien zou kunnen worden vastgesteld dat Osewoudt *niet* zijn best had gedaan, dan zou men geneigd zijn aan te nemen dat er sprake was van een tekortkoming. Die conclusie brengt volgens de artikelen 6:74 lid 2 en 6:265 lid 2 BW nog niet per se een aanspraak op schadevergoeding of een ontbindingsbevoegdheid mee. Indien de oorlogsomstandigheden inmiddels tijdelijk verhinderden dat het filmpje alsnog werd ontwikkeld en afgedrukt, dan was voor de aanspraak op schadevergoeding vereist dat Osewoudt in verzuim was, terwijl voor de ontbindingsbevoegdheid verzuim niet was vereist.

Althans, in de visie van Jaap Hijma en Marianne Olthof, te vinden in hun *Compendium, dat messcherpe panorama van ons vermogensrecht*.² Jaap en Marianne plaatsen in de vele drukken van hun boek een stevige kanttekening bij de definitie van de tekortkoming in – wat zij noemen – de heersende opvatting. Volgens de Hoge Raad, in lijn met de jongste parlementaire stukken over het begrip tekortkoming, zal niet eerder van een tekortkoming worden gesproken dan nadat, indien vereist, verzuim is ingetreden.³ Volgen we de Hoge Raad, dan zou Osewoudt mogelijk wel en tegelijk ook niet zijn tekortgeschoten: wél indien Dorbeck de overeenkomst wilde ontbinden, want dan is geen verzuim vereist; níet

¹ W.F. Hermans, *De donkere kamer van Damocles*.

² Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 366; zie in verband met ontbinding nr. 519.

³ De jurisprudentie wordt hierna besproken.

indien Dorbeck schadevergoeding wou, want dan is verzuim wel vereist. Kan het beter? In de voorbereiding van de werkgroepen Inleiding burgerlijk recht en Verbintenissenrecht zijn jaar op jaar discussies gevoerd over de verhouding tussen tekortkoming en verzuim. Wij hebben onze arme studenten opgezadeld met twijfel over de consistentie van het wettelijk begrippenapparaat. Voor het antwoord op de vraag of het beter kan gaan wij terug naar de parlementaire stukken en de arresten over de verhouding tussen tekortkoming en verzuim, om vervolgens de voor- en nadelen nog eens op een rij te zetten vanuit het perspectief van de partijautonomie. Uiteindelijk breken wij graag een lans voor de visie Hijma/Olthof.

De oudere en jongere parlementaire geschiedenis

In de Toelichting Meijers (in 1964 ingediend als memorie van toelichting) hebben de begrippen ‘tekortschieten in de nakoming’ en ‘tekortkoming’ een ruime betekenis:

‘Zij omvatten alle gevallen waarin hetgeen de schuldenaar verricht, in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt. Anders dan in het begrip ‘wanprestatie’ ligt in ‘tekortschieten’ en ‘tekortkoming’ niet opgesloten dat de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend.’⁴

De memorie van antwoord (1976) meldt in deze lijn:

‘Duidelijk is dat op vele verschillende wijzen in de nakoming van een verbintenis kan worden tekortgeschoten. Het is daarom van belang dat het gewijzigd ontwerp, evenals het ontwerp deed, een regel voorop stelt, waardoor voor alle soorten van tekortkomingen in de nakoming buiten twijfel gesteld wordt dat de schuldeiser recht op schadevergoeding heeft, tenzij de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend.’⁵

Tot zover sporen de oudere en jongere parlementaire stukken. Op dezelfde plaats komt in de memorie van antwoord het begrip ‘verzuim’ ten tonele, gedefinieerd als ‘aan de schuldenaar toe te rekenen vertraging in de nakoming’:

‘In het gewijzigd ontwerp wordt daaraan in het tweede lid terstond een bepaling verbonden die herinnert aan een belangrijke onderscheiding die in het nieuwe wetboek ten aanzien van het tekort schieten in de nakoming is aangebracht aan de hand van de vraag in hoeverre de prestatie al of niet blijvend onmogelijk is. Voor zover de prestatie niet reeds blijvend onmogelijk is, gelden de bepalingen van de tweede paragraaf van deze afdeling betreffende het verzuim van de schuldenaar’.

⁴ TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 258.

⁵ MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 253.

Welk verband tussen de begrippen tekortkoming en verzuim precies wordt beoogd is nog niet meteen helder. Zoveel is zeker dat de regel dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar verplicht de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, slechts toepassing vindt met inachtneming van de verzuimregels voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is (art. 6:74 lid 2 BW).

Overigens krijgt de betekenis van contractuele termijnen voor nakoming relatief veel aandacht, vanwege een breuk met het oude recht. De wijziging houdt verband met art. 6:83 onder a BW dat bepaalt dat, indien een termijn voor de nakoming is bepaald, de schuldenaar in beginsel zonder ingebrekestelling in verzuim komt. Volgens de minister kan men zeggen dat:

*‘de schuldenaar die een termijn aanvaardt, in beginsel gewaarschuwd is en niet meer op “zien komen” moet kunnen spelen, terwijl de schuldeiser vrij moet zijn zich zonder verdere aanmaningen elders in te dekken, wanneer de schuldenaar de overeengekomen termijn ongebruikt laat verstrijken’.*⁶

De minister vervolgt dat de scherpe kantjes van deze regel kunnen en moeten worden afgeslepen:

‘door een weinig terughoudende toepassing van de woorden “tenzij van een andere bedoeling blijkt” in [art. 8 onder a BW], hetzij door aan te nemen dat een overschrijding van de termijn in de gegeven omstandigheden een tekortkoming is die, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de omzetting c.q. ontbinding niet rechtvaardigt in de zin van [art. 6:87 lid 2 of art. 6:265 lid 1 BW] van het gewijzigd ontwerp’.

Dat van een tekortkoming pas sprake kan zijn in geval van verzuim, voor zover vereist, wordt pas duidelijk na vragen in het Voorlopig Verslag van bevindingen over het wetsontwerp van de Invoeringswet Boeken 3-6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (1985), met referentie aan de leer Hijma/Olthof.⁷ In de memorie van antwoord van de Invoeringswet stelt de minister voorop:

*‘Het is duidelijk dat een zo algemeen begrip uiteenlopende functies van verschillende aard heeft en daarom met een zekere soepelheid moet worden uitgelegd, telkens in verband met de aard van de bepaling waarin het gebezigd wordt. Dit brengt blijkens het navolgende echter niet mee dat gezegd kan worden dat de term “tekortkoming” in het nieuwe wetboek in verschillende betekenissen gebezigd wordt’.*⁸

Vervolgens behandelt de minister verschillende gevallen van niet nakoming, maar hij gaat niet in op het geval waarin nakoming tijdelijk niet mogelijk is en om die reden voor schadevergoeding wél en voor ontbinding géén verzuim is vereist. Het

6 MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 255.

7 VV II Inv, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, p. 1247.

8 MvA II InvW, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, p. 1247-1248.

is dan ook onduidelijk wat de minister tegenhoudt om te erkennen dat de term tekortkoming bij tijdelijk onmogelijke nakoming in verschillende betekenissen wordt gebruikt.

Wel wordt duidelijk dat de minister eraan hecht te vermijden dat ‘alle gevallen waarin het nog niet tot nakoming van de verbintenis is gekomen als een “tekortkoming” moeten worden gezien, ook als [de] prestatie zonder enige tekortkoming nog mogelijk is’:

‘Dit is in de eerste plaats van belang voor de in de praktijk belangrijke situatie dat er geen bepaald tijdstip voor de nakoming is overeengekomen. De schuldenaar die in dat geval niet terstond uit eigen beweging tot nakoming overgaat, komt door dit enkele feit nog niet in strijd met de verplichting die hij op zich genomen heeft; men vergelijk [art. 6:39 BW], dat op dit punt slechts bepaalt dat de schuldeiser terstond bevoegd is tot het vorderen van nakoming over te gaan. Wil het uitblijven van nakoming in deze gevallen een tekortkoming opleveren, dan dient de schuldeiser de inhoud van de verbintenis derhalve nader te preciseren door een ingebrekestelling als bedoeld in [art. 6:82 lid 1 BW], d.w.z. een aanmaning waarin opgesloten ligt dat de schuldeiser aan de schuldenaar te kennen geeft “binnen welke tijd de nakoming uiterlijk van hem verlangd wordt” [...] Laat de schuldenaar deze termijn ongebruikt verlopen dan ontstaat pas daardoor een tekortkoming (nl. een niet-tijdige nakoming) en krachtens [art. 6:82 BW] tegelijkertijd verzuim’.⁹

Daarmee trekt de minister voorwaarden die zijn geschreven voor het ontstaan van een verbintenis tot schadevergoeding of de ontbindingsbevoegdheid in de sfeer van de primaire contractuele verplichtingen. Ook in de jurisprudentie wordt in de gevallen waarin verzuim is vereist het antwoord op de vraag of een partij in de op hem rustende verbintenis tekortschiet afhankelijk gemaakt van het aanwezig zijn van verzuim.

De oudere en jongere jurisprudentie

In de dertiende druk van hun Compendium refereren Jaap Hijma en Marianne Olthof aan drie arresten van de Hoge Raad waaraan zij de heersende opvatting van het begrip tekortkoming ontleen.

Het eerste arrest gaat over Büchner, die van Wies een houten woning huurde. Hij had daaraan verschillende werkzaamheden verricht. Na de beëindiging van de huurovereenkomst vorderde hij schadevergoeding van Wies, omdat deze hem zou hebben verhinderd de aangebrachte verbeteringen en uitbreidingen weg te nemen. De rechtbank wees zijn vordering af, omdat niet was komen vast te staan dat Büchner Wies in gebreke had gesteld. In cassatie betoogt Büchner dat een ingebrekestelling ‘geen andere functie heeft dan het verzuim vast te stellen en

⁹ MvA II InvW, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, p. 1248.

aldus de aanvang van een procedure te rechtvaardigen'. De Hoge Raad overweegt hiertoe:

*'(...) dat een ingebrekestelling niet de functie heeft om 'het verzuim vast te stellen', doch om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar vanaf dat tijdstip in verzuim is.'*¹⁰

Hiermee sluit de Hoge Raad naadloos aan bij de memorie van antwoord van de Invoeringswet, waarin de minister het karakter van de ingebrekestelling als aanmaning heeft benadrukt, met het oog op het vermijden van het gebruik van het begrip tekortkoming zolang nakoming nog mogelijk is. Ook de Hoge Raad plaatst dus het verzuim binnen het begrip tekortkoming.

Het tweede arrest betreft ook een huurovereenkomst. Toen huurder Van der Meer zijn huurwoning verliet, trof Woningbouwvereniging Beter Wonen het pand in erbarmelijke staat aan. Zij vorderde schadevergoeding. De rechtbank honoreerde ten dele Van der Meers verweer dat de woningbouwvereniging, nu zij niet vooraf heeft geïnspecteerd en Van der Meer derhalve niet in de gelegenheid is gesteld de gebreken zelf te herstellen, geen aanspraak kan maken op volledige vergoeding van de gemaakte herstelkosten. In cassatie voert Van der Meer aan dat van wanprestatie van de huurder-schuldenaar eerst sprake is indien hij in verzuim is, waartoe is vereist dat hij in gebreke is gesteld. De Hoge Raad maakt korte metten met dit betoog, met referte aan het arrest Büchner/Wies:

*'De huurder [...] is verplicht de zaak bij het einde van de huurovereenkomst in goede staat terug te geven. Deze verplichting [...] kan naar haar aard slechts worden nagekomen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst eindigt. Is deze verplichting dan niet nagekomen, dan is de huurder in verzuim: daarvoor is niet een ingebrekestelling vereist, nu deze ertoe strekt de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is.'*¹¹

Zo legt de Hoge Raad dus andermaal een verband tussen verzuim en tekortkoming, zij het dat hier verzuim en tekortkoming in de tijd samenvallen en een ingebrekestelling anders dan in Büchner/Wies niet nodig was.

In de derde zaak wilde schilder Endlich hotel Atlantic te Kijkduin in de verf zetten, op de steigers die Bouwmachines voor hem had geplaatst. Het was geen doen: 'loopplaten lagen los, delen van de steiger vielen naar beneden, netten lieten los en steigers stonden niet vast'. De vraag rees of Endlich Bouwmachines in gebreke had moeten stellen met het oog op zijn vordering tot schadevergoeding en op zijn

¹⁰ HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2140, NJ 1996/748 (Büchner/Wies), r.o. 3.2.

¹¹ HR 27 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2790, NJ 1999/380, m.nt. P.A. Stein (Van der Meer/Beter Wonen), r.o. 3.3.

ontbindingsbevoegdheid. Andermaal refereert de Hoge Raad aan de functie van de ingebrekestelling:

‘Die brengt mee dat, voorzover vanwege de spoedeisendheid van het herstel een schriftelijke ingebrekestelling met termijnstelling in overeenstemming met art. 6:82 lid 1 BW niet mogelijk of niet zinvol is, de schuldeiser wel het in de betrokken situatie redelijkerwijs mogelijke zal moeten doen om de schuldenaar in de gelegenheid te stellen om het gebrek in de geleverde prestatie en in voorkomend geval de erdoor veroorzaakte schade te herstellen.’¹²

De Hoge Raad vervolgt dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat verzuim van rechtswege intreedt, zonder een ingebrekestelling, wanneer de schuldenaar niet bijvoorbeeld per telefoon bereikt kan worden, of bereikt zijnde niet met de noodzakelijke spoed afdoende maatregelen neemt. Mogelijk is het dus eind goed al goed voor Endlich, maar conform de heersende opvatting moeten we Endlich, geconfronteerd met de brakke steigers van Bouwmachines, in beginsel voorhouden dat Bouwmachines vooralsnog niet is tekortgeschoten en nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is. De door Hijma en Olthof genoemde arresten kunnen worden aangevuld met recentere arresten. De Hoge Raad zet de ingezette lijn voort.¹³

Het perspectief van partijen

In zijn noot onder het arrest Endlich/Bouwmachines deelt Jaap Hijma zijn kritiek op de lijn van de Hoge Raad:

‘De functie van de ingebrekestelling, zo leert de Hoge Raad in rov. 3.4.4, is niet om ‘het verzuim vast te stellen’, maar om ‘de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is (...)’ (rov. 3.4.4). [...] De slottournure ‘zonder dat van een tekortkoming sprake is’ positioneert het verzuimvereiste binnen het tekortkomingsbegrip. [...] De Hoge Raad verkiest de enge begripsopvatting, waarin, onmogelijkheid daargelaten, pas van een tekortkoming wordt gesproken nadat verzuim is ingetreden. Ik houd voorkeur voor de ruime opvatting, waarin het etiket ‘tekortkoming’ wordt geplakt vóórdat de verzuimregeling aan de orde komt.

¹² HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9494, NJ 2006/597, m.nt. Jac. Hijma (*Endlich/Bouwmachines*), r.o. 3.4.4.

¹³ HR oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, NJ 2020/197 (*Fraanje/Alukon*), r.o. 3.2.1; HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:141, NJ 2020/60, r.o. 3.2.2. Deze lijn wordt ook in *Asser/Sieburgh 6-1* 2016/319 verdedigd, als laatst ook H.N. Schelhaas, ‘Een nieuwe standaard voor de verzuimregeling in het contractenrecht’ (annotatie bij HR 11 oktober 2019, ECLI: NL:HR:2019:1581, *RvdW* 2019/1056 (*Fraanje/Alukon*) en HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:141, NJ 2020/60), AA 2020/4, p. 379.

*Deze sluit veel beter aan bij de centrale wetsartikelen, en voorkomt dat het tekortkomingsbegrip kameleontische trekken gaat vertonen: bij ontbinding anders dan bij schadevergoeding, bij de ene schadepost weer anders dan bij de andere. Zulke verschillen kunnen m.i. beter op het uiteindelijke niveau der rechtsgevolgen dan reeds op dat van de begrippen ontstaan.*¹⁴

Hijma maakt zo glashelder dat de ontkenning door de minister dat de wet de term tekortkoming in verschillende betekenissen bezigt, onjuist is. Als in één en hetzelfde geval van tijdelijke onmogelijke nakoming, zoals in de kwestie van Osewoudt en Dorbeck, de schuldeiser zich afvraagt welke remedie hij zal inroepen, dan móet hem worden geadviseerd dat voor schadevergoeding verzuim is vereist en voor ontbinding niet. Dat is op het eerste gezicht niet zo erg. Er is immers niets mis mee dat voor verschillende sancties verschillende eisen gelden. Maar luidt de vraag: schoot Osewoudt tekort, dan zal het antwoord van de jurist moeilijk zijn te volgen: weliswaar heeft Osewoudt niet gedaan wat hij u had beloofd, maar dat is alleen een tekortkoming als u de overeenkomst wilt ontbinden.

Vanuit het perspectief van partijen ligt het voor de hand hun verbintenis als uitgangspunt te nemen. Van een tekortkoming is sprake als de prestatie van de schuldenaar in enig opzicht achter blijft bij wat de verbintenis vergt. Dat is in een contractuele rechtsverhouding een kwestie van uitleg van de overeenkomst, eventueel aangevuld door de wet.

Ook Bakels relateert het begrip tekortkoming aan het leerstuk van uitleg. Aangezien uitleg een normatieve bezigheid is waarbinnen redelijkheid en billijkheid een rol spelen, kan volgens Bakels duidelijker worden gezegd dat ‘tekortkoming elk ten achter blijven van de prestatie is, bij datgene *waartoe de verbintenis naar redelijke uitleg in geobjectiveerde zin strekt.*’¹⁵ Volgens Bakels is de ‘enge leer’ – de heersende opvatting over het tekortkomingsbegrip – ‘superieur’ aan de ruime leer – de visie Hijma/Olthof – aangezien de enge leer strookt met de visie van wetgever en rechter omtrent het uitlegleerstuk.¹⁶

Op het eerste gezicht ligt het voor de hand als partijen het moment van nakoming niet of onduidelijk hebben bepaald, voor het invullen van de primaire verbintenis aansluiting te zoeken bij een wettelijke bepaling die voorziet in een redelijke termijn, ook al is die bepaling gegeven voor de vordering tot schadevergoeding of voor de ontbindingsbevoegdheid. De schuldeiser wordt, wanneer verzuim en

14 Onderdeel 3 van Jac. Hijma’s noot onder HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9494, NJ 2006/597 (*Endlich/Bouwmachines*). Voor een nauwkeurige beschrijving van de problematische inbedding van het tekortkomingsbegrip in het systeem van het vermogensrecht, ook al in reactie op het verschil tussen de visie van Hijma/Olthof en de heersende leer: P.C. Knol, ‘De tekortkoming in het NBW’, in: P.C. Knol e.a. (red.), *BW-NBW: Twee sporen, één weg* (BWKJ 1985), p. 105-116, te raadplegen op <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/36713/248.pdf?sequence=1>.

15 F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 180.

16 F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* 1993, p. 189.

ingebrekestelling zijn vereist, geacht langs lijnen van redelijkheid, maar eenzijdig, dus zonder dat wilsovereenstemming nodig is, de inhoud van de verbintenis te preciseren.

Dat is om twee redenen een kwetsbare aangelegenheid. Ten eerste wordt in de heersende opvatting – buiten de redelijke toepassing van art. 6:38 BW om – een termijn toegeschreven aan een tussen partijen geldende verbintenis, terwijl de schuldenaar aan die termijn part noch deel heeft. Ten tweede zal het voor een schuldeiser moeilijk te begrijpen zijn waarom een geschonden verbintenis niet als tekortkoming wordt aangemerkt, zoals in het geval dat Osewoudt niet aan zijn inspanningsverbintenis heeft voldaan of dat Bouwmachines een steiger heeft afgeleverd waarop Endlich niet met goed fatsoen zijn schilderwerk kan doen. Een recent arrest laat die kwetsbaarheid zien.

V is eigenaar van een pand. De begane grond is ingericht als horecagelegenheid, de bovenverdieping als woonruimte. In 2011 faillieert de vennootschap die op de begane grond een pizzeria drijft. K koopt voor € 6.000 de inventaris en betaalt € 300 voor de voorraden en € 700 voor goodwill. In juli 2011 hebben V en K overeenstemming bereikt over de verkoop van het pand door V aan K voor een koopsom van € 470.000, met levering uiterlijk december 2011. Ook zijn zij overeengekomen dat K het pand terstond in gebruik zal nemen, tegen voldoening van ‘sleutelgeld’ ten bedrage van € 2.500 per maand. Er werd niets schriftelijk vastgelegd. K maakt een aanvang met de (her)inrichting en verbouwing van het pand. De levering van het pand blijft eind van het jaar uit. V vordert onder meer verklaringen voor recht dat K in de uitvoering van de koopovereenkomst toerekenbaar is tekortgeschoten en dat de koopovereenkomst bij brief van 29 december 2011 buitengerechtig is ontbonden.¹⁷

Het hof wijst de vorderingen af. Het hof onderzoekt allereerst wat partijen hebben beoogd met de overeengekomen levering vóór eind december 2011:

‘In het licht van al het voorgaande is het hof van oordeel dat [K] de afspraak redelijkerwijs zo mocht begrijpen als hij heeft gedaan, namelijk dat hij niet eerder hoefde te presteren dan 31 december 2011, echter zonder dat hij bij uitblijven van presteren op die datum direct in verzuim zou zijn, althans dat de overeenkomst dan direct zou kunnen worden ontbonden’ (r.o. 5.9.4).

Het hof dicht dit nogal subtiele begrip van de overeenkomst niet alleen aan K toe. Het is van oordeel dat ook V hiermee rekening diende te houden. V heeft in getuigenverhoor verklaard dat hij het niet nodig vond *iets* schriftelijk vast te leggen (r.o. 5.9.3). Het hof spitst deze opmerking toe op de regeling van het verzuim:

‘De keuze van [V] om niet schriftelijk vast te leggen dat bij niet afnemen uiterlijk 31 december 2011 zonder ingebrekestelling het verzuim zou intreden kon eraan bijgedragen dat bij de andere partij ([K]) een meer vrijblijvende opvatting kon postvatten over wat er bedoeld werd met de woorden ‘uiterlijk 31 december 2011’ (r.o. 5.9.3).

¹⁷ HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:141, NJ 2020/60.

Ervan uitgaande dat er geen sprake was van een fatale termijn, overweegt het hof:

‘Het had [...] op de weg van [V] gelegen om, toen hij uit het gesprek van 6 december 2011 meende te kunnen concluderen dat [K] niet eind 2011 zou kunnen afnemen (of die conclusie gerechtvaardigd was, kan hier in het midden blijven), [K] in gebreke te stellen opdat hij een redelijke termijn zou hebben gekregen om het intreden van verzuim te voorkomen. In plaats daarvan is [V] zonder nadere aankondiging op 29 december 2011 direct tot ontbinding overgegaan, zonder dat toen sprake was van verzuim’ (r.o. 5.11).

Zo komt het hof tot de conclusie dat K na 31 december 2011 niet in verzuim was en dat de ontbinding geen effect heeft gesorteerd. De vorderingen worden afgewezen, ook de verklaring voor recht dat K toerekenbaar is tekortgeschoten. Het hof motiveert niet waarom die verklaring niet kan worden toegewezen.

In cassatie stelt V dit punt aan de orde. In de woorden van de Hoge Raad:

‘Onderdeel 3 klaagt in het verlengde daarvan dat het hof in het dictum ten onrechte, althans onbegrijpelijk, (ook) de door [V] gevorderde verklaring voor recht heeft afgewezen dat [K] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenis. Ook als de overeengekomen termijn ‘uiterlijk 31 december 2011’ geen fataal karakter heeft, neemt dat niet weg dat op [K] de verbintenis rustte het pand binnen die overeengekomen termijn af te nemen en dat, nu zodanige afname is uitgebleven, [K] toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van die verbintenis, aldus onderdeel 3’ (r.o. 3.2.1).

Deze klacht daagt de Hoge Raad uit te kiezen voor de visie Hijma/Olthof: verzuim verdient afzonderlijke beschouwing, met het oog op de vordering tot schadevergoeding of ontbinding. Voor de beoordeling van de klacht grijpt de Hoge Raad naar de functie van de ingebrekestelling, zoals weergegeven in paragraaf 3 behandelde arresten. Hij voegt daaraan toe:

‘Hiermee strookt dat pas sprake is van een tekortkoming wegens niet tijdig presteren (ervan uitgaande dat nakoming nog mogelijk is), indien de schuldenaar in verzuim is.’ (r.o. 3.2.2).

Hij gaat in het geding zelf vervolgens één stapje verder dan het hof en expliciteert dat voor dit geval zonder verzuim geen sprake is van een tekortkoming:

‘Het hof heeft de overeenkomst tussen [K] en [V] aldus uitgelegd [de cassatieklachten hiertegen zijn met toepassing van art. 81 RO afgedaan; AGC en SV] dat de in die overeenkomst afgesproken leveringstermijn van ‘uiterlijk 31 december 2011’ geen fatale termijn was als bedoeld in art. 6:83, onder a, BW, en dat [K] daarom niet in verzuim is gekomen door het laten verstrijken van die termijn zonder het pand af te nemen. Daaruit volgt, gelet op hetgeen hiervoor in 3.2.2 is overwogen, dat het feit dat

[V] het pand niet binnen die termijn heeft afgenomen, nog geen tekortkoming van hem opleverde' (r.o. 3.2.3).

Dit alles leert dat de uitleg van wat op het oog een hoofdverbintenis is in een overeenkomst (afname vóór een bepaalde datum) betekenis verliest door toepassing van de regels van verzuim die zijn gegeven ter beoordeling van in dit geval het al dan niet bestaan van de ontbindingsbevoegdheid. De redenering is dat er geen sprake is van een tekortkoming indien niet vóór 31 december 2011 is afgenomen, omdat er geen sprake is van een fatale termijn in de zin van de verzuimregeling. Het begint al met de wijze waarop het hof de inhoud van de overeenkomst onderzoekt. Het hof lijkt te suggereren dat burgers bij het aangaan van een overeenkomst plegen te denken in termen van verzuim en ingebrekestelling. In deze zaak ontbreekt enige aanwijzing dat partijen de inhoud van hun rechtsverhouding plachten vorm te geven aan de hand van juridische termen. Indien de rechter de verwachtingen van partijen meent te kunnen vatten in juridische termen – de schuldenaar mocht begrijpen dat de termijn niet een fatale termijn was in de zin van art. 6:83 onder a BW – zou enige aandacht op zijn plaats zijn voor de maatschappelijke kring waartoe partijen behoren en voor de rechtskennis die van van zodanige partijen kan worden verwacht.¹⁸

De overweging van het hof dat de schuldenaar ervan mocht uitgaan dat hij bij uitblijven van presteren op de overeengekomen datum niet direct in verzuim zou zijn, levert het beeld op van partijen die zich zonder enig geschrift aan elkaar hebben verbonden tot levering vóór 31 december 2011. Het hof legt deze afspraak uit aan de hand van de verzuimregeling en gaat na of er sprake is van een fatale termijn in de zin van art. 6:83 onder a BW en komt tot de conclusie dat de termijn niet is bedoeld als fatale termijn, op een wijze die iedere betekenis aan de gebruikte termijn ontnemt. Het hof meent dat de schuldeiser die ervoor 'kiest' niet schriftelijk vast te leggen dat bij niet afnemen uiterlijk 31 december 2011 zonder ingebrekestelling het verzuim zou intreden eraan heeft bijgedragen dat bij de schuldenaar een meer vrijblijvende opvatting kon postvatten over wat er bedoeld werd met de woorden 'uiterlijk 31 december 2011'. Waarom zou het in dit geval dan niet aan de schuldenaar zijn om te verifiëren of er ruimte is voor een meer vrijblijvende opvatting in de zin van bijvoorbeeld een streefdatum?¹⁹ Dit klemmt te meer nu art. 6:39 BW als uitgangspunt neemt dat een termijn voor nakoming in beginsel inhoudt dat de afdwingbaarheid van de verbintenis tot de overeengekomen datum is opgeschort en art. 6:83 onder a BW een contractuele termijn in beginsel als fataal bestempeld. Het hof lijkt uit te gaan van een omgedraaide wereld.

Zo lopen de vaststelling van de hoofdverplichting van de schuldenaar en de aan een tekortkoming te verbinden rechtsgevolgen op een onnavolgbare wijze door elkaar. Partijen bij een mondelinge overeenkomst worden door het hof onuitgesproken en

¹⁸ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*), r.o. 2.

¹⁹ Vergelijk het voorbeeld van Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* 1993, p. 189.

niet geconcretiseerde gedachten en verwachtingen over verzuim en tekortkoming toegedicht.

Het kan beter. Wat ons betreft kan de kwetsbaarheid van de heersende opvatting worden vermeden door de wettelijke verzuimregels te laten in de context waarvoor ze zijn gegeven: voor de beoordeling van de vordering tot schadevergoeding of de ontbindingsbevoegdheid. Wat ons betreft zou er preciezer vanuit het partijperspectief naar een zaak moeten worden gekeken.

In deze zaak was dat perspectief gericht op levering eind van het jaar. Tot zover de bekommernis van partijen met de inhoud van hun verbintenis. Vervolgens kan dan bij de vraag of er sprake was van een verbintenis tot schadevergoeding of een aanspraak op ontbinding worden beoordeeld of verzuim vereist is en of de schuldenaar in verband daarmee nog een terme de grace moet worden gegund. Daarover hebben partijen zich in het geheel niet uitgelaten. Hier biedt de wettelijke regeling van schadevergoeding en ontbinding, inclusief de verzuimregeling, uitkomst. Zo voorkomt men dat partijen juridisch technische begrippen in de mond worden gelegd, ook al hebben zij zich in het geheel niet met die begrippen bezighouden en kon van hen ook niet worden verwacht dat zij dat hebben gedaan. Per saldo komt dit neer op het omarmen van de visie Hijma/Olthof.

Ons zou kunnen worden tegengeworpen dat de keuze voor de visie Hijma/Olthof de functie van de ingebrekestelling te kort zou doen. De Hoge Raad vraagt bij herhaling aandacht voor die functie, maar wat ons betreft zit hierin geen enkel probleem. Wij onderschrijven het belang van de ingebrekestelling te zien als instrument om de schuldenaar een laatste kans te bieden of, liever gezegd, om een adempauze in te lassen voordat de wapens worden geslepen.²⁰ Het uit elkaar houden van de begrippen tekortkoming en verzuim doet aan deze functie geen afbreuk. Integendeel, het benadrukt juist het belang van het moment waarop de schuldeiser keuze maakt tussen de verschillende rechtsmiddelen die hem ten dienste staan als er sprake is van een tekortkoming. Daarbij wordt de ingebrekestelling niet gedegradeerd tot slechts een onderdeel van de verzuimregeling dat erop is gericht de aanvang van de periode van verzuim te fixeren.

Slot

Wij roepen op, als saluut bij het afscheid van Jaap Hijma als hoogleraar burgerlijk recht, de visie van Hijma/Olthof op het begrip tekortkoming te omarmen, dit te relateren aan de contractuele verbintenissen die partijen in het leven hebben geroepen en te onderscheiden van de verbintenis tot schadevergoeding en de ontbindingsbevoegdheid. Het begrip verzuim dient geen onderdeel te zijn van het begrip tekortkoming, als partijen de verzuimregeling niet in hun verbintenissen hebben geïncorporeerd.

Het mag zo zijn dat tekortkoming en verzuim erg op elkaar lijken. Met dit soort redeneringen moet men voorzichtig zijn. Hoeveel kenmerken moeten twee

²⁰ A.G. Castermans, 'Adempauze in plaats van ingebrekestelling', *NTBR* 2011/60.

begripen gemeen hebben om ze verwant te achten? Toen Osewoudt Dorbeck naar zijn naam vroeg, antwoordde hij 'Dorbeck. Met ck.' 'Ik heet Osewoudt met dt', zei Osewoudt, waarop Dorbeck opmerkte: 'Dan lijken onze namen op elkaar.' Osewoudts vrouw maakte het nog bonter: Dorbeck zou precies op haar man lijken, 'zoals een negatief van een foto lijkt op een positief'. Al deze misplaatste gelijkenissen bleken een voorbode van ongeluk te zijn. Osewoudt wilde zich spiegelen aan Dorbeck en ging zo zijn ondergang tegemoet. Dat nu moeten wij voor tekortkoming en verzuim zien te voorkomen, al was het maar ter ere van Jaap Hijma, en Marianne Olthof.