



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De opschortende en ontbindende voorwaarde bij de koop van onroerende zaken: over de korenwolf, stikstof en Martin Garrix

Castermans, A.G.; Krans, H.B.; Es, P.C. van; Breedveld, C.G.; Sikkema, T.H.

Citation

Castermans, A. G., & Krans, H. B. (2023). De opschortende en ontbindende voorwaarde bij de koop van onroerende zaken: over de korenwolf, stikstof en Martin Garrix. In P. C. van Es, C. G. Breedveld, & T. H. Sikkema (Eds.), *Hulde aan Huijgen* (pp. 53-64). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3728505>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3728505>

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

De opschortende en ontbindende voorwaarde bij de koop van onroerende zaken – over de korenwolf, stikstof en Martin Garrix

Alex Geert Castermans en Bart Krans

1. Een suggestie aan Huijgen

In zijn monografie over de koop en verkoop van onroerende zaken wijdt Pim Huijgen een paragraaf aan de ontbindende voorwaarde, opgenomen bij de koop van woonhuizen.¹ Hij noemt als voorbeeld de voorwaarde met het oog op het verkrijgen van passende financiering of van een huisvestings- of milieuvergunning. Hij besteedt helder en precies aandacht aan de uitleg van zo'n voorwaarde, de beoordeling van het beroep erop en aan de stelplicht en bewijslast ter zake.

In vriendschap willen wij hem, na zo'n dertig jaar met hem te zijn opgetrokken in verschillende werkverhoudingen, in overweging geven ook aandacht te besteden aan de opschortende voorwaarde. Wij denken aan de kopers van 162 nog te bouwen woningen in Weesp. Ze kochten onder de opschortende voorwaarde dat binnen negen maanden een onherroepelijke omgevingsvergunning met formele rechtskracht zou worden verkregen.² Dat is een kwetsbare aangelegenheid in een tijd dat – terecht – veel aandacht uitgaat naar de uitstoot van stikstof tijdens het bouwproces en de habitat van de korenwolf, en in een tijd waarin de huizenprijzen en hypotheekrente stijgen, net als de kosten van nieuwbouw door schaarste aan mankracht en bouwmaterialen. Voor een ontwikkelaar zou het bijna lucratief zijn de tijd vruchteloos te laten verstrijken, voor de kopers is het een nachtmerrie. Daarom verdient ook de opschortende voorwaarde en het beroep daarop aandacht.

De ontbindende en opschortende voorwaarden zijn bronnen van gedoe, zo blijkt uit de rechtspraak, niet alleen bij de koop en verkoop van onroerende zaken. Dat is ook wel begrijpelijk, want het al dan niet slagen van een beroep op een opschortende of ontbindende voorwaarde kan doorslaggevend zijn voor de positie van schuldeiser en schuldenaar. Debatten over het al dan niet slagen van een beroep op een voorwaarde gaan nogal eens over de boeg van stelplicht en bewijslast. Wat was er

¹ W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken (Monografieën Privaatrecht, nr. 9)*, Deventer: Kluwer 2022, nr. 11.

² Rb. Noord-Holland 8 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3145.

nu exact afgesproken? Is daar later mondeling weer van afgeweken? Het zijn vaak juist feiten waarover onduidelijkheid heerst. Op welk van partijen rusten stelplicht en bewijslast in verband met een opschortende of ontbindende voorwaarde? Enkele facetten van die vraag beogen wij in deze bijdrage te bespreken, om deze ten slotte te relateren aan enkele materieelrechtelijke leerstukken.

2. Art. 150 Rv en de ontbindende voorwaarde

De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten draagt de bewijslast van die feiten of rechten, zo luidt het uitgangspunt van art. 150 Rv. Naast die hoofdregel formuleert die bepaling ook twee uitzonderingen: een andere verdeling kan voortvloeien uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Die hoofdregel van art. 150 Rv zet de spotlamp op de rechtsgevolgen. Het zijn die rechtsgevolgen die als voornamelijk ijkpunt fungeren bij het bepalen van het antwoord op de vraag welke partij moet stellen en bij voldoende gemotiveerde betwisting moet bewijzen. Een schuldeiser die schadevergoeding wenst wegens contractbreuk moet in beginsel stellen dat sprake is van een overeenkomst, een tekortkoming, schade en causaal verband.

De schuldenaar kan één van de voor een geslaagde vordering krachtens art. 6:74 BW constituerende elementen betwisten, bijvoorbeeld door te stellen dat hij de overeenkomst zijnerzijds perfect heeft uitgevoerd en hij zelf dus niet tekortschoot bij de uitvoering van dat contract. Indien de schuldenaar die betwisting voldoende motiveert zal het aan de schuldeiser zijn om te bewijzen dat sprake is van een tekortkoming aan de zijde van de schuldenaar. Hetzelfde stramien geldt als de schuldenaar gemotiveerd stelt dat geen overeenkomst is gesloten. Het zal dan aan de schuldeiser zijn om te bewijzen dat er wel een contract tot stand kwam.

Als de schuldenaar zich tegen de vordering tot schadevergoeding verweert met een beroep op overmacht, liggen de kaarten anders. De tenzij-formulering in art. 6:74 BW betekent materieelrechtelijk dat in geval de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend die schuldenaar niet schadeplichtig is.³ Procesrechtelijk, zo men wil bewijsrechtelijk, betekent die tenzij-regel dat het aan de schuldenaar is om zich op overmacht (niet-toerekenbaarheid) te beroepen en die overmacht zo nodig te bewijzen.

³ Behoudens de toepasselijkheid van art. 6:78 BW (welke bepaling recht op schadevergoeding geeft binnen de grenzen van de ongerechtvaardigde verrijking).

In lijn hiermee schrijft Huijgen over de ontbindende voorwaarde:

‘In geval van een mondelinge koopovereenkomst ten aanzien van een onroerende zaak zal – ingeval door de koper direct na het sluiten van die koopovereenkomst een beroep op een financieringsvoorbehoud wordt gedaan – in beginsel de hoofdregel gelden dat degene die zulks stelt, te weten de koper, moet bewijzen dat zo’n ontbindende voorwaarde inzake financiering inderdaad was overeengekomen (art. 150 Rv)’.⁴

Hij heeft gelijk. Het zal zo gaan: de verkoper verlangt nakoming. De koper verweert zich tegen die nakomingsvordering met een beroep op een ontbindende voorwaarde. Die voorwaarde was afgesproken en aan de voorwaarden waaronder die voorwaarde in werking zou treden is voldaan, zo stelt hij. Gevolg van het voldoen aan de ontbindende voorwaarde is dat de verbintenissen vervallen (art. 6:22 BW). De stelplicht en bewijslast ten aanzien van het bestaan en het vervuld zijn van een ontbindende voorwaarde berusten bij de partij die zich op deze voorwaarde en het vervuld zijn ervan beroept.

De Hoge Raad motiveert deze uitkomst in termen van de bevrijdende omstandigheid of het bevrijdende verweer. De koper bestrijdt niet de door de verkoper aan zijn vordering ten grondslag gelegde omstandigheden, maar beroept zich op een andere omstandigheid. Het bestaan en vervuld zijn van de ontbindende voorwaarde vormen de grondslag van het bevrijdende verweer van de koper dat de voorwaarde is vervuld.⁵

Een alternatieve redenering is dat de koper zich beroept op een rechtsgevolg, namelijk het beëindigen van de overeenkomst. Dan zou conform de hoofdregel van art. 150 Rv kunnen worden gesteld dat de schuldenaar zich op een rechtsgevolg beroept en dus de stelplicht en bewijslast ter zake op hem rusten. Het zijn andere bewoordingen, maar komt in feite op hetzelfde neer als de route van het bevrijdend verweer.

Het verloop van het partijdebat is in elk geval helder: indien de koper zich wil disculperen van zijn verplichtingen met een beroep op een ontbindende voorwaarde, dan zal hij het bestaan en vervuld zijn van de ontbindende voorwaarde moeten stellen en zo nodig bewijzen.

⁴ W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken (Monografieën Privaatrecht, nr. 9)*, Deventer: Kluwer 2022, nr. 11.

⁵ HR 22 april 2011, *NJ* 2011/188, r.o. 3.4 (*Batavus/Race Productions*). Zie ook HR 9 september 2005, *LJN* AT5156, *NJ* 2005/468, r.o. 3.4; HR 21 oktober 1988, *NJ* 1989/80 (*Schilperoort en Kooy/De Nijls*); HR 9 september 2005 *NJ* 2005/468 (*Kroymans/Verploegen*).

3. Art. 150 Rv en de opschortende voorwaarde

Bij een beroep op een opschortende voorwaarde liggen de bewijskaarten anders. Indien partijen een opschortende voorwaarde overeenkomen vangt de werking van de verbintenissen pas aan met het vervullen van die voorwaarde. Nu de verbintenissen voordien geen werking hebben is nakoming vóór het vervullen van die voorwaarde niet verschuldigd, en dus onverschuldigd (art. 6:25 BW). Dat is een wezenlijk andere situatie dan bij een ontbindende voorwaarde. Het materieelrechtelijke verschil tussen beide soorten voorwaarden heeft ook een bewijsrechtelijke dimensie.

Het zal zo gaan: de verkoper die door een koper wordt aangesproken tot nakoming of schadevergoeding en zich verweert met een beroep op een opschortende voorwaarde van bijvoorbeeld het verkrijgen van een omgevingsvergunning. Die verkoper bokst dan niet op tegen verbintenissen die al in werking zijn, zoals bij de ontbindende voorwaarde, maar stelt dat de verbintenissen nog geen werking hebben. Zijn verplichtingen zijn dan ook nog niet opeisbaar, zo is de kern van zijn eigen stellingen.

Als de koper vervolgens het bestaan van de opschortende voorwaarde gemotiveerd betwist, zal de verkoper moeten bewijzen dat een opschortende voorwaarde is overeengekomen. Steun voor deze regel is te vinden in een uitspraak over de vraag of aan de verplichting tot terugbetaling van een geldsom een voorwaarde was verbonden en of de voorwaarde was vervuld.

De ene partij S had de andere partij B een bedrag van € 10.000 overgemaakt. Zij hadden een affectieve relatie die op enig moment na de betaling is beëindigd. S vorderde dat B het bedrag zou terugbetalen. Volgens S had B toegezegd het bedrag terug te betalen en bleek dit ook uit het feit dat B na beëindiging van de affectieve relatie gedurende achttien maanden een bedrag van € 55 per maand aan S overmaakte onder vermelding van 'Dank rente'. B meende dat aan de verplichting tot terugbetaling een opschortende voorwaarde was verbonden, namelijk dat B daartoe de mogelijkheid had. De vraag rees wie ter zake de stelplicht en bewijslast droeg.

S voerde aan dat de stelplicht en bewijslast ter zake van de stelling dat de opschortende voorwaarde niet langer aan nakoming door B van zijn verplichting tot terugbetaling in de weg staat, niet op S maar op B rusten, aangezien het om een bevrijdend verweer gaat. De Hoge Raad gaat maar zeer gedeeltelijk mee in deze redenering:

‘De stelling dat aan de verplichting tot terugbetaling een voorwaarde was verbonden, hetgeen in beginsel aan de vordering tot nakoming in de weg staat,

is inderdaad een bevrijdend verweer waarvan ... de stelplicht en bewijslast op B. rusten'.⁶

Het bestaan van de voorwaarde zal bij voldoende gemotiveerde betwisting dus moeten worden bewezen door de partij die zich op de voorwaarde beroept. Dit leverde S niets op, omdat het hof de stelling besloten heeft geacht in wat B ten processe had aangevoerd. Het achtte bewijs van die stelling niet nodig, omdat zij overeenstemde met wat S had aangevoerd. Voor het overige ligt de bal bij S:

‘Uitgaande van het bestaan van zojuist bedoelde voorwaarde, rusten echter op S. als de partij die desondanks nakoming verlangt, de stelplicht en bewijslast dat de voorwaarde niet langer aan nakoming in de weg staat doordat deze in vervulling is gegaan ... zoals het hof met juistheid heeft geoordeeld’.⁷

Voor het vervolg – staat de voorwaarde nog in de weg aan nakoming of niet – zal het debat bij een opschortende voorwaarde bij de koop en verkoop van een woning anders verlopen dan bij de ontbindende voorwaarde. Dat hangt samen met de opeisbaarheid van de verbintenis, die behoort tot de voorwaarden voor het inwerking-treden van de rechtsgevolgen waar de koper zich op beroept. Het beroep op de opschortende voorwaarde bestrijdt en betwist in de kern een van de elementen waar de koper zich op beroept. Het behoort dan ook tot het terrein van de koper om te stellen en zo nodig te bewijzen dat de verbintenis waarvan hij nakoming verlangt inmiddels opeisbaar is. Indien de verkoper de feiten die koper aan zijn vordering ten grondslag betwist draagt niet hij, maar de koper in beginsel de bewijslast ter zake van die feiten.

Zo verkocht De Smedt aan Probis de door hem gehouden aandelen in de vennootschap naar Belgisch recht Indeko Bvba. Art. 15 van de notariële akte van levering bepaalde:

‘Zodra zulks mogelijk is, verbinden de koper (lees: Probis) en comparant sub 3 zich jegens de comparant sub 1 in privé (lees: De Smedt) dat laatstgenoemde zal worden ontslagen uit aansprakelijkheid of borgstelling door hem gesteld ten behoeve van banken of andere crediteuren van de vennootschap’.

⁶ HR 30 september 2016, *NJ* 2016/440 r.o. 3.7.2 met referte aan HR 24 november 1927, *NJ* 1928, p. 390, m.n.t. E.M. Meijers (*Anneveld/Van Dijk*). Zie A-G Van Peurse in onderdeel 3.26 van zijn conclusie voor HR 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:114, *RvdW* 2022/194 en M.M. Olthof, *GS Vermogensrecht*, art. 3:38 BW, aant. 9.1. Hierover kritisch F.J.P. Lock in zijn noot onder HR 30 september 2016, *JBPR* 2016/66 onder 8, die vervolgens verschillende scenario's schetst waardoor de overweging van de Hoge Raad kan worden verklaard. Kritisch ook Asser *Procesrecht*/Asser 3 2017/289 en Stein/Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 2021, par. 7.2.1.

⁷ HR 30 september 2016, *NJ* 2016/440 r.o. 3.7.3 met referte aan HR 20 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0610, *NJ* 2002/494.

De Smedt wenste dat Probis uitvoering zou geven aan deze bepaling. Die bleef uit, waarop De Smedt van Probis schadevergoeding vorderde op grond van wanpresstatie. Het hof liet De Smedt toe te bewijzen dat de woorden: 'Zodra zulks mogelijk is' een onvoorwaardelijke verbintenis voor Probis inhielden. In het eindarrest overwoog het hof dat de woorden een voorwaarde bevatten. Probis beriep zich ter bevrijding van haar uit art. 15 van de notariële akte voortvloeiende verplichtingen op de voorwaarde; volgens het hof diende zij daarom de inhoud van deze voorwaarde te stellen en, zo nodig, te bewijzen. Aangezien het door Probis ingenomen standpunt echter niet duidelijk was, oordeelde het hof dat Probis niet of onvoldoende aan haar stelplicht omtrent de inhoud van de voorwaarde had voldaan. Het beroep van Probis op de onduidelijke voorwaarde kon er dan ook niet toe leiden dat zij van haar uit het vermelde artikel voortvloeiende verplichtingen was bevrijd.

Op het cassatieberoep van Probis overweegt de Hoge Raad allereerst in het algemeen over de voorloper van art. 150 Rv, art. 177 Rv (oud):

'Ingevolge de hoofdregel van art. 177 Rv. is de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten, belast met het bewijs van deze feiten. Uit deze regel kan niet worden afgeleid dat de wederpartij de feiten moet bewijzen die zij stelt ter motivering van haar betwisting van de eerder bedoelde feiten'.

Vervolgens spitst hij deze overweging toe op de opschortende woordwaarde:

'Voor een geval als het onderhavige brengt dit mee dat [De Smedt] dient te bewijzen dat op Probis een verbintenis rust en derhalve ook, nu naar de in cassatie onbestreden vaststelling van het Hof ervan moet worden uitgegaan dat de overeenkomst een voorwaarde inhoudt, dat deze voorwaarde niet (langer) aan nakoming in de weg staat, bijv. doordat zij in vervulling is gegaan. Daartoe zal [De Smedt] moeten stellen en bij betwisting moeten bewijzen welke inhoud die voorwaarde heeft'.⁸

Vertaald naar de opschortende voorwaarde van het verkrijgen van een omgevingsvergunning dient dus de koper te stellen en zo nodig te bewijzen dat wat de opschortende voorwaarde inhoudt en of die voorwaarde is vervuld.

Wat betreft de inhoud van de voorwaarde spreekt dit niet vanzelf. Het antwoord op de vraag op welke partij stelplicht en bewijslast van de inhoud van een voorwaarde rusten, is namelijk niet altijd duidelijk. Enerzijds ligt het voor de hand om de bewijslast van de inhoud van een voorwaarde toe te kennen aan de partij die ook het bestaan van de voorwaarde moet bewijzen. Bestaan en inhoud kunnen immers nauw verweven zijn. Het bewijs van het bestaan van de voorwaarde lijkt bezwaarlijk

⁸ HR 7 december 2001, NJ 2002/494, m.nt. W.D.H. Asser (*Probis/De Smedt*), r.o. 3.5. Vergelijk kernachtig Rb. Rotterdam 14 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9895, r.o. 4.6 over een opschortende voorwaarde bij de koop van aandelen.

te scheiden van het bewijs van de inhoud.⁹ De partij die moet bewijzen dat er een voorwaarde is overeengekomen zal veel ook de inhoud van die voorwaarde kunnen of moeten ophoesten. Anderzijds hangt het bewijs van de inhoud van de voorwaarde net zo goed samen het bewijs van de vervulling van die voorwaarde.¹⁰ Het genoemde arrest *Probis/De Smedt* geeft daarvoor een goede indicatie.

4. De verkrijging van een omgevingsvergunning als voorwaarde

De kopers in Weesp waren niet te benijden. Zij kochten van een projectontwikkelaar een nieuwbouwhuis op een moment dat de omgevingsvergunning nog niet rond was. De projectontwikkelaar deed er goed aan hiervan melding te maken en duidelijkheid te scheppen met het oog op de contractuele rechtsverhouding. Wij stellen ons voor dat hij kon kiezen voor een ontbindende voorwaarde met als tekst:

Deze koopovereenkomst wordt gesloten onder de ontbindende voorwaarde dat uiterlijk [datum] geen omgevingsvergunning is verkregen.

Een alternatief was gelegen in een opschortende voorwaarde:

Deze koopovereenkomst wordt gesloten onder de opschortende voorwaarde dat uiterlijk [datum] een omgevingsvergunning is verkregen.

Voor de argeloze kopers zal het mogelijk lood om oud ijzer zijn geweest, maar inmiddels weten wij beter.

Indien de koper na de overeengekomen datum nakoming wenst, zal de projectontwikkelaar bij een ontbindende voorwaarde niet alleen moeten stellen en zo nodig bewijzen dat de voorwaarde is vervuld, maar zal hem een beroep op het beding ook nog eens niet baten als blijkt dat hij niet zijn best heeft gedaan de omgevingsvergunning te verkrijgen. Dat geldt tenminste als de projectontwikkelaar net zo streng wordt aangepakt als de koper bij het beroep op een financieringsvoorbehoud.

Als het aankomt op het beroep op een ontbindende voorwaarde als een financieringsvoorbehoud, heeft Huijgen ons geleerd dat een beroep daarop geen sine cure is. Als uitgangspunt geldt:

‘Wanneer de koper na één hypotheekaanvraag die door de bank wordt afgewezen aan de verkoper meedeelt dat hij de financiering niet rond kan krijgen, leidt zulks

⁹ Enzo M.M. Olthof, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:22 BW, aant. 1.

¹⁰ Aldus A-G Keus in zijn conclusie voor HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5156, NJ 2005/468, onder 3.10.

niet tot het oordeel dat de koper wanprestatie pleegt, maar slechts dat de ontbindende voorwaarde uitsluitend dan als niet vervuld geldt, indien de redelijkheid en billijkheid dit verlangen'.¹¹

Juist in verband hiermee is volgens hem in veel modelkoopovereenkomsten opgenomen dat de koper ter verkrijging van de financiering al het mogelijke zal verrichten en dat een beroep op de ontbindende voorwaarde slechts mogelijk is indien de koper ten minste twee of drie schriftelijke afwijzingen voor een financiering van verschillende bankstellingen kan overleggen. Het resultaat is dat de koper er niet te snel met succes een beroep op kunnen doen.¹²

Er valt wat ons betreft best wat voor te zeggen even streng te zijn voor de projectontwikkelaar die een beroep doet op een opschortende voorwaarde ter zake van de omgevingsvergunning. De projectontwikkelaar heeft de timing van een project immers voor een belangrijk deel in eigen hand. De contractuele termijn zal immers in de regel worden gedicteerd door de projectontwikkelaar die zelf bepaalt wanneer hij zijn project in de etalage zet en koopovereenkomsten aangaat en die op dat moment zelf het beste kan inschatten hoever het staat met de omgevingsvergunning en wat er nog moet gebeuren om de belanghebbenden in goede gemoede te kunnen overtuigen dat de stikstof- en korenwolfdossiers op orde zijn. Het ligt dan ook in de rede van de projectontwikkelaar te verlangen dat hij ter verkrijging van de omgevingsvergunning al het mogelijke zal verrichten en dat een beroep op de ontbindende voorwaarde slechts mogelijk is, indien de omgevingsvergunning wordt opgehouden of is afgewezen om redenen die hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet redelijkerwijze had kunnen voorzien.

Bij een opschortende voorwaarde zal het juist de koper zijn die zal moeten stellen en zo nodig bewijzen dat de voorwaarde is vervuld. Wat nu als de voorwaarde onmiskenbaar niet is vervuld, maar er aanleiding is veronderstellen dat de projectontwikkelaar het verkrijgen van de omgevingsvergunning op zijn beloop heeft gelaten? Het is niet denkbeeldig dat het in deze situatie ook aan de koper is het nodige te stellen en zo nodig te bewijzen dat de omgevingsvergunning wordt opgehouden of is afgewezen om redenen die hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst redelijkerwijze had kunnen voorzien.

Hierbij zal onmiskenbaar in het oog moeten worden gehouden dat de realisering van de woningen zonder de benodigde omgevingsvergunning lastig wordt. Hieraan hechtte het Hof 's-Hertogenbosch in een geschil tussen twee professionele partijen:

¹¹ W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken (Monografieën Privaatrecht nr. 9)*, Deventer: Kluwer 2022, nr. 11, met referte aan art. 6:23 lid 2 BW en HR 21 oktober 1988, NJ 1989/80 (*Schilperoort/De Nijs*).

¹² Met referte aan HR 21 juni 1996, NJ 1996/698.

‘Daar komt bij dat het niet goed voorstelbaar is dat de partijen met de bouw zouden willen aanvangen zonder te beschikken over een onherroepelijke bouwvergunning. Aan een dergelijke handelwijze zouden aanzienlijke risico’s verbonden zijn, onder meer verband houdend met door de bezwaarmaker te treffen rechtsmaatregelen en door de gemeente toe te passen bestuursrechtelijke maatregelen. [geïntimeerde] heeft geen feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan zij heeft mogen aannemen dat WSU bereid was om dergelijke risico’s te lopen. Ook de gang van zaken tijdens de bouwvergaderingen bevestigt dit. Mede in verband met de nog aanhangige bestuursrechtelijke procedure is de datum van start van de bouwwerkzaamheden in die vergaderingen telkens vooruit geschoven’.¹³

Deze gedachte laat onverlet dat het voor de rechtsverhouding tussen koper en verkoper van belang kan zijn uit te gaan van een gave overeenkomst. Dat die overeenkomst misschien niet kan worden uitgevoerd – ook niet na inspanningen om alsnog een omgevingsvergunning te bemachtigen – staat een afwikkeling van de overeenkomst langs lijnen van ontbinding en schadevergoeding niet in de weg.

Wat hiervan zij, het maakt duidelijk dat de kwalificatie van de voorwaarde als ontbindend of opschortend van groot belang is.

5. Uitleg en kwalificatie van de voorwaarde

Wat ons betreft slaat Huijgens promotus Stolz de spijker op de kop. Allereerst toont hij begrip voor het feit dat in de praktijk verwarring kan ontstaan over de aard van de voorwaarde:

‘Vermoedelijk de veelvuldigst voorkomende verklaring zal daaruit bestaan, dat partijen aanvankelijk wel de afhankelijkheid met de toekomstige onzekere gebeurtenis voor ogen stond, maar niet hetgeen in dat verband tussen hen zou moeten gelden gedurende de periode van onzekerheid. Dat laatste zal al helemaal gelden voor ieders bewijspositie ten aanzien van die voorwaardelijkheid, waar niet-juristen nooit bij stil zullen staan. Daar komt ook nog eens bij dat positief geformuleerde opschortende voorwaarden en negatief geformuleerde ontbindende voorwaarden voor veel partijen nauwelijks zijn te onderscheiden.’¹⁴

Hij vraagt zich vervolgens af of het gelet hierop wel zo vanzelf spreekt vast te houden aan de bewijslastverdeling die samenhangt met het onderscheid tussen ontbindende of opschortende voorwaarden en afhangt van het antwoord op de vraag

¹³ Hof 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:36, r.o. 3.5.4; in stand gelaten in HR 12 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:868, *RvdW* 2017/564 met toepassing van art. 81 RO.

¹⁴ H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss.), Leiden 2015, p. 374.

of er sprake is van een bevrijdend verweer.¹⁵ Vervolgens breekt hij een lans voor een rechtvaardig resultaat:

‘Voor zover partijen in het rechtsverkeer bij het overeenkomen van een voorwaarde überhaupt al materiële gevolgen gedurende de periode van onzekerheid voor ogen stonden, zullen deze partijen vrijwel nooit aan de bewijsrechtelijke implicaties van die voorwaarde hebben gedacht. Het verschil in bewijsrechtelijke positie bij een mondelinge koopovereenkomst waarbij de verkoper betwist dat deze zou zijn aangegaan onder een door de koper gestelde ontbindende dan wel een opschortende voorwaarde is in de opvattingen van de Hoge Raad niettemin hemelsbreed. De rechtvaardiging daarvan via het bedoelde formele criterium kan ik moeilijk inzien. ...

Met het oog op het ‘alles of niets’ karakter dat voortvloeit uit het bestaan en al dan niet intreden van een voorwaarde bevindt zich dit qua gevolgen op het niveau van het al dan niet aangegaan zijn van de rechtsverhouding. Dat vraagt mijns inziens om een genuanceerde verdeling van de bewijslast, met name als we bedenken dat partijen in het rechtsverkeer veelal wel een redelijk beeld zullen hebben of zij al dan niet (wensen te) contracteren en over de eventuele bewijsbaarheid daarvan, maar de bewijsrechtelijke implicaties van een voorwaarde in dat verband in het geheel niet kunnen overzien. Ik wil er dan ook voor pleiten dat, anders dan de terughoudendheid die ik dienaangaande bij de Hoge Raad meen te bespeuren, de omstandigheden van het geval relatief snel van belang zijn in het verband van deze bewijslastverdeling’.¹⁶

De oplossing zou zowel in het bewijsrecht kunnen worden gevonden als in het materiële recht.

Bij de toepassing van art. 150 Rv kan rekening worden gehouden met de bijzondere positie van een partij als een projectontwikkelaar en recht worden gedaan aan diens rol bij het verwerven van een omgevingsvergunning. Die kan meebrengen dat strengere eisen worden gesteld aan het verweer van de projectontwikkelaar en dat deze voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de koper, zodat de koper beschikt over aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering.¹⁷ Het kan ook zijn dat de opschortende voorwaarde zich in het concrete geval niet of nauwelijks onderscheidt van de ontbindende voorwaarde gelet op de subtiele formulering ervan en de overige inhoud van de overeenkomst, waaruit zou kunnen volgen dat het verschil met een ontbindende voorwaarde gering is. Dan zou er wellicht aanleiding zijn om dezelfde bewijsregels toe te passen als bij

¹⁵ H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss.), Leiden 2015, p. 382.

¹⁶ H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss.), Leiden 2015, p. 383.

¹⁷ Vergelijk bijvoorbeeld HR 20 november 1987, NJ 1988/500, m.nt. W.L. Haardt (*Timmer/Deutman*), r.o. 3.4.

de ontbindende voorwaarde op grond van de redelijkheid en billijkheid genoemd in art. 150 Rv. De van de hoofdregel van art. 150 Rv afwijkende rechtsregel heeft dan niet zozeer te maken met de eventuele bewijsnood van de koper – die inzicht in de activiteiten van de projectontwikkelaar zal ontberen – of de betere bewijspositie van de projectontwikkelaar, maar zal wellicht in verband kunnen worden gebracht met de omstandigheid dat de projectontwikkelaar in de regel én verantwoordelijk was voor de formulering van de voorwaarde én minst genomen feitelijk was aangewezen voor het verkrijgen van de omgevingsvergunning, inclusief de timing van de het hele bestuursrechtelijke proces.

Ook in het materiële recht zijn er mogelijkheden, zowel bij de uitleg van de voorwaarde als bij de beoordeling van het beding als algemene voorwaarde of bij de beoordeling van het beroep op de voorwaarde. Hierbij is altijd sprake van een normatief element. De uitleg van de voorwaarde is – zo leert de uitlegjurisprudentie – gestoeld op redelijkheid en billijkheid, terwijl de beoordeling van het beding als algemene voorwaarde en het beroep op het beding worden getoetst aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. In al deze gevallen zal ermee rekening worden gehouden welke verwachtingen er zijn omtrent de verantwoordelijkheid van de projectontwikkelaar voor het verkrijgen van de omgevingsvergunning en voor andere voorbereidende werkzaamheden met het oog op de bouw van de woning. Daaruit zou kunnen blijken dat het opschortende karakter van de voorwaarde een beperkte betekenis heeft en dat van de projectontwikkelaar de nodige en tijdige inspanning mag worden verwacht om de omgevingsvergunning te krijgen, bij gebreke waarvan – zoals bij de ontbindende voorwaarde – het beroep op de opschortende voorwaarde – als deze al als zodanig is overeengekomen – zonder gevolg blijft.

De relatie tussen de uitleg van de voorwaarde enerzijds en de beoordeling van zowel het beding als algemene voorwaarde als van het beroep erop, blijft nog al eens onderbelicht. Een recent en pregnant voorbeeld daarvan is te vinden in het arrest met als eiser Martin Garrix, wiens muzikale vruchten Huijgen wel bekend zullen zijn van zijn reizen met notariële studenten.¹⁸ Centraal in het arrest staat het verschil in beoordeling van een beding op grond van art. 25f Auteurswet – te vergelijken met de algemene voorwaardenregeling in het burgerlijk wetboek – en de beoordeling van de onaanvaardbaarheid van het beroep erop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Veel woorden werden gewijd aan de vraag naar welk moment het beding en het beroep erop moesten worden beoordeeld en of feiten, die zich hebben voorgedaan na het sluiten van de overeenkomst, relevant zijn. Hierbij is – waarschijnlijk bij gebrek aan cassatieklachten dienaangaande – in het geheel niet stilgestaan bij de uitleg van de desbetreffende bedingen, in welk verband had gegolden dat ook feiten van na het sluiten van de overeenkomst relevant kunnen zijn om de betekenis van een voorwaarde te achterhalen.

¹⁸ HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, NJ 2022/90, m.nt. D.W.F. Verkade (*Martin Garrix/Spinnin Records*).

Wat ons betreft zou bij de opschortende voorwaarde bij de koop en verkoop van onroerende zaken juist ook op de wijze waarop partijen met elkaar omgaan moeten worden gelet, om te kunnen bepalen of een voorwaarde het karakter heeft van een opschortende of ontbindende voorwaarde. Pas dan kan worden beoordeeld hoe de stelplicht en bewijslast ter zake van de inhoud van en het beroep op de voorwaarde moeten worden verdeeld.

6. Afronding

Wij zijn benieuwd welk licht Pim Huijgen zal laten schijnen over de opschortende voorwaarde bij de koop en verkoop van onroerende zaken. Het is belangrijk erover na te denken zowel vanuit het perspectief van de stelplicht en bewijslast als vanuit de materieelrechtelijke leerstukken. Voor een evenwichtig contractenrecht valt wat ons betreft te hopen dat Pim Huijgen hieraan toekomt in zijn nieuwe hoedanigheid als emeritus. Tegelijkertijd zouden wij het hem zeer gunnen dat zijn prioriteit naar andere zaken zal uitgaan.