

203

Hoge Raad
5 oktober 2012, nr. 11/02410, LJN BW8307
(mr. Numann, mr. Van Buchem-Spapens,
mr. Streefkerk, mr. Loth, mr. Sniijders)
(concl. A-G mr. Wuisman)
Noot P.C.M. Kemp

Onzekerheidsexceptie. Ontbinding.

De partij die vanwege het ongebruikt laten van de betalingstermijn in verzuim is en nog geen opeisbare vordering heeft, kan de nakoming van haar prestatie opschorten indien zij gegronde vrees heeft dat de wederpartij haar verplichtingen niet zal nakomen. De bevoegdelijke ontbinding van een overeenkomst kan tot gevolg hebben dat partijen van verbintenissen, die op het moment van ontbinding nog niet zijn uitgevoerd, worden bevrijd.

[BW art. 6:263 lid 1, 6:271]

In 2002 zijn Delata en Tyco een overeenkomst aangegaan waarbij Delata onder meer de verplichting op zich nam om minimaal twee keer per jaar een software update aan Tyco te leveren. Als tegenprestatie verplichtte Tyco zich tot het betalen van een jaarlijks in januari door Delata te factureren bedrag voor de in het betreffende jaar te leveren updates van de software. Conform de overeenkomst met Tyco heeft Delata in januari 2007 aan Tyco het verschuldigde voor de in 2007 te leveren diensten gefactureerd. In een schriftelijke reactie heeft Tyco aangegeven dat zij het gefactureerde bedrag niet zal voldoen aangezien Delata sinds april 2006 geen updates van de software heeft geleverd. Delata heeft in haar reactie, kort gezegd, aangegeven dat zolang zij geen schriftelijke opzegging heeft ontvangen, Tyco gehouden is om het verschuldigde te voldoen. Tyco is vervolgens bekend geraakt met het gegeven dat Delata vanaf 2007 geen updates van de software kon leveren. Tyco heeft om die reden de betaling van het gefactureerde bedrag opgeschort en Delata een termijn van twee weken gesteld voor nakoming van haar verplichtingen. Tyco heeft daarbij aangegeven dat zij de overeenkomst onmiddellijk zal ontbinden als Delata haar verplichtingen niet binnen de gestelde termijn nakomt. Delata heeft vervolgens Tyco in rechte betrokken. De rechtbank heeft de vordering van Delata afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en Tyco veroordeeld tot het gevorderde bedrag. De Hoge Raad doet de zaak zelf af en oordeelt dat nu Delata niet (genoegzaam) heeft bestreden dat zij vanaf begin 2007 haar verplichtingen niet is nagekomen, als vaststaand moet worden aangenomen dat zij tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst. Mede in aanmerking genomen dat Tyco Delata in gebreke heeft gesteld, was Tyco volgens de Hoge Raad bevoegd de overeenkomst met ingang van 2007 te ontbinden. De Hoge vernietigt het arrest van het hof en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Tyco Fire and Security Nederland BV, gevestigd te Rotterdam,
eiseres tot cassatie,
advocaten: mr. R.P.J.L. Tjittes en mr. L. Kelkensberg,
tegen
Delata BV, gevestigd te Oost-, West- en Middelbeers,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. K.G.W. van Oven.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Tyco en Delata.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

(...; Red.)

Onderdeel 1

2.2 De klachten in onderdeel 1 richten zich alle tegen de beslissing van het hof dat het beroep van Delata op artikel 6:89 BW gegrond is. Dat beroep werd gedaan met betrekking tot het door Tyco gestelde tekortschieten van Delata in 2006. Zo althans heeft het hof – onbestreden – dat beroep blijkens rov. 13 verstaan: het hof gaat immers daar uit van een ontdekking van een tekortschieten van Delata door Tyco in 2006. Nu het hof verder van oordeel is, dat er geen sprake van een tekortschieten van Delata in 2006 is geweest en dat oordeel in cassatie niet is bestreden, heeft het beroep van Delata op artikel 6:89 BW geen belang meer en daarmee ook niet de klachten tegen de beslissing van het hof omtrent dat beroep. De klachten kunnen bijgevolg verder onbesproken blijven.

Onderdeel 2

2.3 Onderdeel 2 omvat vijf subonderdelen met klachten gericht tegen de beslissing van het hof in rov. 23 dat aan het beroep van Tyco op 16 maart 2007 op de onzekerheidsexceptie van artikel 6:263 lid 1 BW in verband met de op het jaar 2007 betrekking hebbende factuur in de weg staat dat Tyco op dat tijdstip in verzuim verkeerde.

2.4 Wat subonderdeel 2a, eerste en vijfde alinea betreft, daar wordt verondersteld dat het hof is uitgegaan van schuldeisersverzuim bij Tyco op 16 maart 2007. Hetgeen het hof in de rov. 23 overweegt, biedt echter geen grond voor die veronderstelling; het verzuim van Tyco, waarvan het hof uitgaat, baseert het hof op debiteursverzuim uit hoofde van artikel 6:83 onder a BW (niet-nakoming van een verbintenis binnen een daartoe gestelde termijn). De klachten in subonderdeel 2a, eerste en vijfde alinea, treffen derhalve wegens gemis aan feitelijke grondslag geen doel.

2.5 In subonderdeel 2a, tweede, derde en vierde alinea, en subonderdeel 2c wordt opgekomen tegen het aannemen door het hof van verzuim bij Tyco op 16 maart 2007 op grond van artikel 83 onder a BW. Aangevoerd wordt dat het hof ten onrechte het bestaan van een fatale termijn van zes weken voor de voldoening van de factuur voor het jaar 2007 heeft aangenomen. Een fatale termijn kan niet eenzijdig worden opgelegd, maar moet zijn overeengekomen of op grond van de redelijkheid en billijkheid uit de aard van de betrokken overeenkomst voortvloeien. Een en ander is niet gesteld en voor een en ander is in de software-overeenkomst noch elders grond te vinden.

2.6 Het zojuist vermelde betoog stuit, gelet op wat het hof in rov. 31 overweegt, af op het volgende. In rov. 31 wijst het hof erop dat in de door Delata overgelegde factuur voor het jaar 2007 wordt verwezen naar 'met u overeengekomen condities zoals deze in onze prijslijst van o.a. 31 januari 2004 en die van 23 augustus 2002 vermeld zijn' en dat de genoemde prijslijst als productie 2 bij de dagvaarding in eerste aanleg is overgelegd. Het hof aanvaardt de toepasselijkheid van deze condities of algemene voorwaarden. Een en ander is onbestreden gebleven. In genoemde prijslijst wordt gesproken als betalingsconditie vermeld betaling 'binnen zes weken na factuurdatum'. Het overeengekomen zijn van de condities in de prijslijst impliceert ook het overeengekomen zijn deze betalingsconditie. Kortom, niet alleen is door Delata op het overeengekomen zijn van een betalingstermijn van zes weken een beroep gedaan,

maar is door het hof ook aanvaard dat daarover tussen partijen overeenstemming is bereikt. Een en ander wordt niet anders door de verwijzing door het hof in rov. 23 naar de brief van 22 februari 2007, waarin Delata aan Tyco verzoekt de factuur binnen de betalingstermijn te voldoen. Die brief is, gezien het bovenstaande, te beschouwen als een houden door Delata van Tyco aan een tussen partijen overeengekomen betalingstermijn.

2.7 In subonderdeel 2b wordt het oordeel van het hof in rov. 23 bestreden dat Tyco vanwege het feit dat zij op 16 maart 2007 in verzuim verkeerde, geen beroep kan doen op artikel 6:263 BW in verband met de op het jaar 2007 betrekking hebbende factuur. Bezien in samenhang met de klachten in subonderdeel 2a derde t/m vierde alinea, laat de klacht in subonderdeel 2b zich aldus verstaan dat, ook al zou voor de voldoening van facturen een tussen partijen overeengekomen termijn van zes weken gelden en ook al zou die termijn op 16 maart 2007 zijn verstreken, dit alles niet aan het doen van een beroep op artikel 6:263 lid 1 BW in de weg staat. Deze klacht komt gegrond voor.

2.7.1 Artikel 6:263 lid 1 voorziet in een bijzonder opschortingsrecht. Indien de ene partij bij een wederkerige overeenkomst eerder dient te presteren dan de andere partij dan kan deze ene partij haar prestatie toch opschorten, indien haar na het sluiten van de overeenkomst van omstandigheden blijkt die haar goede grond geven te vrezen dat de wederpartij haar tegenover die prestatie staande verplichting niet zal nakomen. Van het opschortingsrecht kan gebruik worden gemaakt als van een verweermiddel; er kan ook nog een beroep op worden gedaan in een procedure, waarin de andere partij nakoming vordert. Dit blijkt uit rov. 3.5 van HR 8 maart 2002, LJN AD7343, NJ 2002, 199, waarin de Hoge Raad naar aanleiding van het beroep van een huurder op het opschortingsrecht voor het eerst in een procedure tegen de verhuurder waarin deze laatste betaling van achterstallige huurtermijnen opeist, overweegt: "De bevoegdheid tot opschorting moet worden gezien als een verweermiddel van de schuldenaar in verband met een tegenvordering die hij op de schuldeiser heeft. Hieruit 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." Hierop borduurt de Hoge Raad voort in zijn arrest van 11 januari 2008, LJN BB7195, NJ 2009, 342, m. nt. J. Hijma en wel in de rov. 3.4.1 en 3.4.2: een koper kan zich in verband met zijn verplichtingen uit een koopovereenkomst nog op een opschortingsrecht beroepen tegenover de verkoper, ook al heeft deze laatste al eerder buitengerechtelijk de ontbinding van de koopovereenkomst ingeroepen op de grond dat de koper zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst niet is nagekomen. Onder 8 van zijn annotatie spreekt Hijma over het opschortingsrecht als fungerend als 'een schild tegen een nakomingsvordering'. In verband met die functie van het opschortingsrecht merkt hij onder 9 van zijn annotatie op: "In de aanpak van de Hoge Raad moet er één materiële afweging worden verricht, die pas definitief kan plaatsvinden nadat partijen al hun kaarten op tafel hebben gelegd. Deze uiteindelijke afweging zal leren of degene die tevoren een ontbindingsverklaring heeft uitgebracht, inderdaad tot die ontbinding bevoegd was. Blijkt de tegenpartij een opschortingsrecht te hebben, zodat geen sprake is van een tekortkoming, dan is niet aan de ontbindingseisen voldaan (art. 6:265 BW). De ontbinder is en was dan ontbindingsonbevoegd, zodat zijn verklaring de overeenkomst niet heeft getroffen."

2.7.2 Toepassing van het zojuist vermelde gedachtengoed op het onderhavige geval leidt tot de volgende slotsom. Het opschortingsrecht uit artikel 6:263 lid 1 BW fungeert in casu als een schild tegen het beroep van Delata op de overeengekomen betalingstermijn van zes weken, het verstreken zijn van die ter-

mijn op 16 maart 2007 en daarmee op het keren van Tyco in debiteursverzuim. Op dat 'schild' staat aangetekend, dat Delata voor dat jaar haar verplichtingen uit de overeenkomst van 23 augustus 2002 niet meer zou kunnen nakomen; de firma Autec in Duitsland had mondeling geruchten bevestigd¹ dat Delata – vanaf 1 januari 2007 – niet langer als distributeur van de Easy software en hardware zou kunnen optreden en derhalve geen toegang meer tot onder meer software updates zou hebben. Op deze omstandigheden beroept Tyco zich tegenover Delata ten betoge dat zij de factuur voor door Delata voor het jaar 2007 nog te verrichten diensten ondanks de overeengekomen betalingstermijn van zes weken niet hoefde te voldoen, omdat zij goede grond had te vrezen dat Delata haar in de loop van 2007 na te komen verplichtingen uit de overeenkomst van 23 augustus 2002 niet zou nakomen. Deze door Tyco gestelde vrees wordt door het hof op zichzelf niet ongegrond bevonden. In rov. 28 oordeelt het hof dat de door Tyco gestelde vrees door Delata onvoldoende is bestreden. Zoals door de Hoge Raad met betrekking tot een eerder ingestelde vordering tot nakoming in 2002 en een eerder uitgesproken buitengerechtelijke ontbindingsverklaring in 2008 is geoordeeld – zie hierboven –, zo zal ook met betrekking tot een reeds verstreken termijn voor het betalen van een factuur gelden dat een beroep op een opschortingsrecht na het verstrijken van die termijn mogelijk blijft. Dat beroep heeft te dezen deze uitwerking dat er geen verzuim is ingetreden, ook al is er niet betaald binnen de voor voldoening van facturen overeengekomen termijn van zes weken termijn en ondanks het betalingsverzoek van Delata in de brief van 22 februari 2007. Wegens genoemde vrees bij Tyco hoefde er door haar immers ingevolge artikel 6:263 lid 1 BW niet binnen die termijn van zes weken te worden betaald.

2.7.3 Als in rechte vaststaand kan worden aangenomen niet alleen dat Tyco begin 2007 terecht de vrees koesterde dat Delata haar in de loop van 2007 na te komen verplichtingen uit de overeenkomst van 23 augustus 2002 niet zou nakomen, maar ook – als door Tyco gesteld en door Delata niet (genoegzaam) bestreden – dat Delata aan die verplichtingen geen uitvoering heeft gegeven. Hiermee en met de in de brief van 16 maart 2007 vervatte ingebrekestelling is, zoals ook in rov. 28 voor de facturen voor de jaren 2008 en 2009 wordt aangenomen, gegeven dat Delata ook in het jaar 2007 tegenover Tyco tekort is geschoten in de nakoming in haar verplichtingen uit de overeenkomst van 23 augustus 2002 en dat die overeenkomst ook om die reden voor ontbinding in aanmerking komt. Dit alles maakt het mogelijk dat de Hoge Raad de zaak zelf aldus afdoet.

2.8 De klacht in subonderdeel 2d faalt, omdat daarbij ten onrechte wordt verondersteld dat het hof vanwege zijn beslissing in rov. 28 inzake de facturen voor het jaar 2008 en 2009 er in rov. 23 toekomt om het beroep van Tyco op artikel 6:263 lid 1 BW af te wijzen.

2.9 De klacht in subonderdeel 2e treft eveneens geen doel wegens gemis aan feitelijke grondslag. Het hof verwerpt het beroep van Tyco op artikel 6:263 lid 1 BW niet op de grond dat er in 2006 geen sprake is van een tekortschieten van Delata.

Onderdeel 3

2.10 In onderdeel 3 zijn verspreid over de subonderdelen 3a t/m 3c klachten opgenomen, die er evenzeer toe strekken dat het

1 Dit is tijdens de comparitie van partijen op 24 april 2008 namens Tyco (ADT) verklaard. Daarna is de beëindiging van de relatie tussen Autec en Delata per 1 januari 2007 door Autec nog eens in een brief van 25 april 2007 aan Tyco bevestigd; zie in verband met dit laatste de conclusie van antwoord in eerste aanleg, sub 45 en 46 j° productie 7 bij die conclusie.

hof ten onrechte, anders dan de rechtbank, heeft aangenomen dat Tyco gehouden was en is de factuur betreffende het jaar 2007 te voldoen. Bij deze klachten, voor zover zij al voldoende feitelijke grondslag bezitten, heeft Tyco na hetgeen hierboven in 2.7 t/m 2.7.2 omtrent subonderdeel 2b is opgemerkt, geen belang. Zij blijven hier verder onbesproken.

2.11 In de laatste alinea van onderdeel 3 komt nog een klacht voor gericht tegen rov. 31 en het dictum. Deze klacht bouwt mede voort op de doel treffende klacht in subonderdeel 2b en slaagt in zoverre ook.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest wegens gegrondheid van de klachten in subonderdeel 2b en de slotalinea van onderdeel 3.

Hoge Raad:

(...; Red.)

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) ADT Security Services BV (hierna: ADT) heeft op 23 augustus 2002 met Delata een "EASY software update overeenkomst" (hierna: software-overeenkomst) gesloten. Deze overeenkomst hield voor Delata onder meer de verplichting in om, kort gezegd, minimaal twee keer per jaar een update van software te leveren aan ADT.

Als tegenprestatie verplichtte ADT zich tot het betalen van een jaarlijks in januari door Delata te factureren bedrag voor de in het desbetreffende jaar te verlenen diensten.

(ii) Producent van de software-updates was de in Duitsland gevestigde onderneming Autec.

Het dealercontract dat Delata met Autec had, is per 1 januari 2007 geëindigd.

(iii) Delata heeft op 29 januari 2007 conform de software-overeenkomst een bedrag van € 68.267,- aan ADT gefactureerd voor het jaar 2007. In reactie daarop heeft ADT bij e-mail van 14 februari 2007 aan Delata het volgende medegedeeld:

"Gezien het feit dat u sinds 4 april 2006 alle contacten met ons bedrijf (...) heeft verbroken en u na die datum ook niets meer voor ADT heeft betekend kan het sturen van deze factuur alleen op een misverstand zijn gebaseerd."

(iv) Bij brief van 22 februari 2007 is namens Delata op deze e-mail onder meer als volgt gereageerd:

"Dat (...) Delata alle contacten met uw bedrijf (...) verbroken zou hebben is derhalve onjuist. (...) Zolang geen schriftelijke opzegging (...) aan Delata BV plaatsvindt, blijft ADT gehouden om haar jaarlijkse vergoeding uit hoofde van de EASY software overeenkomst aan Delata BV te blijven voldoen (...)."

(v) De raadsman van ADT heeft bij brief van 16 maart 2007 aan Delata onder meer het volgende geantwoord:

"Echter, u heeft sinds april 2006 niet meer voldaan aan uw verplichtingen onder de Overeenkomst, te weten het leveren van software updates.

Uit contacten die cliënte heeft met de firma Autec in Duitsland is gebleken dat u niet langer als distributeur van de Easy software en hardware producten kunt optreden en dat U derhalve geen toegang meer heeft tot onder meer software updates. Daarom oefen ik namens cliënte de bevoegdheid uit om, gezien deze niet-nakoming sinds april 2006, haar verplichtingen onder de Overeenkomst op te schorten. Als gevolg van deze opschorting hoeft cliënte bovengenoemde factuur niet te betalen voordat u uw verplichtingen onder de Overeenkomst nakomt. Voorts stel ik u namens cliënte, voor zover nodig, in gebreke en geef ik u een termijn van twee weken voor de nakoming van

uw verplichtingen onder de Overeenkomst. Na het verstrijken van deze termijn is cliënte gerechtigd om de Overeenkomst onmiddellijk te ontbinden (...)."

(vi) De raadsman van Delata heeft in een brief van 24 april 2007 aan de raadsman van ADT onder meer het volgende geschreven:

"U deelde mij mee dat Uw cliënte de nakoming van haar betalingsverbintenis opschort, omdat zij volgens u grond heeft te vrezen dat cliënte haar daartegenover staande verplichting niet zou nakomen. (...)"

(vii) ADT is in mei 2008 ten gevolge van een fusie opgegaan in Tyco.

3.2 De rechtbank heeft de vordering van Delata om Tyco te veroordelen tot betaling van het in 3.1 onder (iii) genoemde bedrag afgewezen, onder meer op de grond dat het beroep van Tyco op ontbinding van de software-overeenkomst slaagt.

Het hof heeft het vonnis vernietigd en Tyco veroordeeld tot betaling van het bedrag van € 68.267,-. Het heeft daartoe het volgende overwogen.

Het beroep van Delata op art. 6:89 BW slaagt nu Tyco niet binnen bekwame tijd na de ontdekking van het tekortschieten van Delata heeft geklaagd. (rov. 11-13)

Ook indien zou worden aangenomen dat Tyco tijdig heeft geklaagd, is geen sprake van een tekortkoming over het jaar 2006, zodat Tyco niet bevoegd was betaling op te schorten en niet aan de vereisten voor ontbinding was voldaan. (rov. 14-20) Met betrekking tot de factuur van 29 januari 2007 kwam Tyco geen beroep toe op de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 lid 1 BW, aangezien Tyco op het moment dat zij zich hierop beriep (op 16 maart 2007), in verzuim verkeerde ten aanzien van de betaling van die factuur. Deze had uiterlijk zes weken na 29 januari 2007, dus op 12 maart 2007, moeten zijn voldaan. (rov. 20-23)

3.3 Onderdeel 1 richt zich tegen de beslissing in rov. 12-13 dat het beroep van Delata op art. 6:89 BW gegrond is.

Het onderdeel kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Het beroep op art. 6:89 BW had betrekking op beweerdelijk tekortschieten van Delata in 2006. Nu het hof – in cassatie onbestreden – in rov. 14 heeft vastgesteld dat van tekortschieten van Delata in 2006 geen sprake was, komt aan de vraag of Tyco tijdig heeft geklaagd, het belang te ontvallen.

3.4.1 Onderdeel 2 richt zich onder meer tegen het oordeel in rov. 23 dat Tyco met betrekking tot de factuur van 29 januari 2007 geen beroep kon doen op de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 lid 1 BW, aangezien zij op het moment dat zij dat beroep deed (op 16 maart 2007), in verzuim verkeerde ten aanzien van de betaling van die factuur. Het onderdeel betoogt dat zelfs wanneer de betalingstermijn voor 16 maart 2007 zou zijn verstreken, dit niet in de weg staat aan een beroep op art. 6:263 lid 1 BW.

3.4.2 Ingevolge art. 6:263 lid 1 BW is de partij die verplicht is het eerst te presteren, niettemin bevoegd de nakoming van haar verbintenis op te schorten, indien na het sluiten van de overeenkomst te harer kennis gekomen omstandigheden haar goede grond geven te vrezen dat de wederpartij haar daartegenover staande verplichtingen niet zal nakomen. Tyco heeft aangevoerd dat zij de factuur over 2007 ondanks de overeengekomen betalingstermijn niet behoefde te voldoen, omdat zij goede grond had te vrezen dat Delata in 2007 haar verplichtingen niet zou nakomen. Zij heeft daaraan ten grondslag gelegd dat het dealercontract tussen Delata en Autec per 1 januari 2007 was beëindigd, zodat Delata niet langer toegang had tot de software-updates. Het hof heeft de door Tyco gestelde vrees gegrond bevonden (rov. 28). Dit brengt mee dat Tyco ingevolge art. 6:263 lid 1 BW niet binnen de overeengekomen termijn be-

hoefde te betalen en zich daartoe – ook voor het eerst na het verstrijken van die termijn – kon beroepen op haar in dit artikel bedoelde opschortingsrecht (vgl. HR 11 januari 2008, LJN BB7195, NJ 2009/342). De klacht slaagt dus, zodat het bestreden arrest niet in stand kan blijven.

De overige klachten van onderdeel 2 behoeven geen behandeling.

3.5 Onderdeel 3 klaagt onder meer dat het hof in rov. 28 ten onrechte heeft geoordeeld dat de ontbinding van de overeenkomst bij conclusie van antwoord (die dateerde van 7 november 2007) ingevolge art. 6:269 BW geen terugwerkende kracht heeft en daarom alleen kan zien op de facturen over 2008 en 2009. De klacht is gegrond. Een ontbinding bevrijdt immers de partijen van “de daardoor getroffen verbintenissen” (eerste zin van art. 6:271 BW), en blijkens de tweede zin van art. 6:271 BW kan een partij door ontbinding van de overeenkomst ook over een reeds verstreken periode van haar verbintenissen bevrijd worden (vgl. HR 6 juni 1997, LJN ZC2389, NJ 1998/128, rov. 3.5). Tyco heeft gesteld dat Delata haar verbintenissen vanaf begin 2007 niet meer is nagekomen en dat zij, Tyco, op die grond haar betalingsverplichting over 2007 heeft opgeschort en de overeenkomst – in haar conclusie van antwoord van 7 november 2007 – buitengerechtelijk heeft ontbonden.

Dat brengt mee dat de ontbinding de verbintenissen uit de software-overeenkomst vanaf begin 2007 tref, zodat Tyco door die ontbinding ook bevrijd wordt van haar betalingsverplichting over 2007. De overige klachten van onderdeel 3 behoeven geen behandeling.

3.6 De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen.

Nu Delata niet (genoegzaam) heeft bestreden dat zij vanaf begin 2007 haar verplichtingen niet is nagekomen, moet als vaststaand worden aangenomen dat zij is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de software-overeenkomst. Mede in aanmerking genomen dat Tyco Delata bij de hiervoor in 3.1 onder (v) vermelde brief van 16 maart 2007 in gebreke heeft gesteld, was Tyco bevoegd die overeenkomst met ingang van 2007 te ontbinden. Dit brengt mee dat het vonnis van de rechtbank dient te worden bekrachtigd.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 15 februari 2011;

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 18 maart 2009;

veroordeelt Delata in de kosten van het geding

– in hoger beroep, aan de zijde van Tyco begroot op € 6943,=

– in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Tyco begroot op € 2514,49 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

Rechtsvraag

In deze zaak rijst de vraag of een debiteur op de onzekerheidsexceptie een beroep kan doen ten aanzien van facturen waarvan de betalingstermijn reeds is verstreken. Voorts komt in deze zaak de vraag aan de orde of ontbinding van een overeenkomst tot gevolg kan hebben dat de debiteur over een reeds verstreken periode van zijn verbintenissen wordt bevrijd.

Feiten

ADT is distributeur van software van het in Duitsland gevestigde Autec. In 2002 is ADT met Tyco een overeenkomst aangegaan waarbij ADT zich als distributeur van Autec verplichtte om

tweemaal per jaar updates van software aan Tyco te leveren. Conform de overeenkomst factureert ADT in januari 2007 het verschuldigde bedrag aan Tyco voor de in het betreffende jaar te leveren updates. In eerste instantie heeft Tyco betaling van het gefactureerde bedrag geweigerd op grond van de omstandigheid dat Delata sinds april 2006 geen contact meer had met Tyco en dat Delata vanaf dat moment ook geen updates van de software had geleverd. Op later moment heeft Tyco hieraan toegevoegd dat zij bekend is geraakt met het gegeven dat de overeenkomst tussen Delata en Autec is beëindigd en dat Delata om die reden geen updates van de software meer kan leveren. Tyco heeft derhalve de betaling van het gefactureerde bedrag opgeschort en tevens aangekondigd dat zij de overeenkomst met Delata onmiddellijk zal ontbinden indien Delata niet binnen twee weken de overeengekomen verplichtingen nakomt.

Het procesverloop

De rechtbank heeft de vordering van Delata afgewezen. Naar het oordeel van de rechtbank staat als niet althans, als niet voldoende weersproken vast, dat Delata na 6 april 2006 geen nieuwe software aan Tyco heeft geleverd, hoewel Autec na die datum nieuwe software heeft vrijgegeven, zodat Delata is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Tyco. Hieraan heeft Tyco volgens de rechtbank het recht kunnen ontlenen om eerst de nakoming van de betalingsverplichting voor het jaar 2007 op te schorten en vervolgens de overeenkomst met Delata te ontbinden. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en Tyco veroordeeld tot het door Delata gevorderde bedrag. Het hof overwoog daartoe dat het beroep van Delata op art. 6:89 BW slaagt, nu Tyco niet binnen bekwame tijd na de ontdekking van het tekortschieten van Delata heeft geklaagd. Ook indien zou worden aangenomen dat Tyco niet tijdig heeft geklaagd, is er volgens het hof geen sprake van een tekortkoming over het jaar 2006, zodat Tyco niet bevoegd was betaling op te schorten en niet aan de vereisten voor ontbinding was voldaan. Met betrekking tot de factuur voor het jaar 2007 kwam in de optiek van het hof aan Tyco geen beroep toe op de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 lid 1 BW, aangezien Tyco op het moment dat zij zich hierop beriep, in verzuim verkeerde ten aanzien van de betaling van die factuur. De Hoge Raad oordeelt dat de partij die verplicht is eerst te presteren ingevolge art. 6:263 lid 1 BW bevoegd is de nakoming van haar verbintenis op te schorten, indien na het sluiten van de overeenkomst te harer kennis gekomen omstandigheden haar goede grond geven te vrezen dat de wederpartij haar daartegenover staande verplichtingen niet zal nakomen. Gelet op het gegeven dat het hof de vrees van Tyco gegrond heeft bevonden, kon Tyco zich beroepen op het opschortingsrecht ex art. 6:263 lid 1 BW. De Hoge Raad overweegt verder dat op grond van art. 6:271 BW een ontbinding partijen bevrijdt van “de daardoor getroffen verbintenissen” en dat een partij op grond van laatstgenoemd artikel ook bevrijd kan worden van verbintenissen die zien op een reeds verstreken periode. Tyco heeft gesteld dat Delata haar verbintenissen vanaf begin 2007 niet meer is nagekomen en dat zij, Tyco, op die grond haar betalingsverplichting over 2007 heeft opgeschort en de overeenkomst buitengerechtelijk heeft ontbonden. Dat brengt volgens de Hoge Raad mee dat de ontbinding de verbintenissen uit de overeenkomst vanaf begin 2007 tref, zodat Tyco ook door die ontbinding bevrijd wordt van haar betalingsverplichting over 2007.

Conclusie

Het algemene recht om de nakoming van een verbintenis op te schorten is neergelegd in art. 6:52 BW. Deze bepaling geeft algemene regels voor alle opschortingsrechten, tenzij daarvan in

de bepalingen betreffende het opschortingsrecht in kwestie geheel of gedeeltelijk wordt afgeweken (de zogenoemde excepties). De algemene opschortingsbevoegdheid zoals die is opgenomen in art. 6:52 BW is een verweermiddel dat de schuldenaar in verband met een tegenvordering op zijn schuldeiser heeft (*MVA II, Parl. Gesch.* 6, p. 207). Hieruit volgt mede dat een voorafgaande ingebrekestelling niet is vereist en dat een beroep op een opschortingsrecht in beginsel ook kan worden gedaan door de schuldenaar, ook wanneer de schuldeiser in rechte een vordering tot nakoming instelt (HR 8 maart 2002, *Nf* 2002, 199). Bij de toepassing van het opschortingsrecht is de (overeengekomen) volgorde van presteren van wezenlijk belang. Een partij die als eerste moet presteren, kan immers geen opschortingsrecht op art. 6:52 BW j° art. 6:262 BW baseren, daar zij, zolang zij haar prestatie nog niet heeft verricht, geen opeisbare vordering heeft. Indien partijen niet bepaald hebben wie als eerste moet presteren en ook de wet geen aanknopingspunten biedt, bepaalt het ongeschreven recht welke partij het eerst moet presteren of dat partijen gelijk moeten oversteken. De wet kent echter geen bepaling dat partijen als regel gelijktijdig dienen te presteren (*Parl. Gesch.*, p. 994 en zie ook *Eindverslag I, Parl. Gesch.* 6, p. 210). Wel is vastgelegd, dat indien geen tijd voor nakoming is bepaald, verbintenissen terstond nagekomen moeten worden en dat nakoming terstond kan worden gevorderd (art. 6:38 BW). Om discussie te voorkomen, kunnen partijen onderling afspreken wie als eerste presteert. Dit wordt de 'Vorleistungspflicht' genoemd. Voor deze gevallen is in art. 6:263 BW een opschortingsrecht toegekend aan degene die als eerste moet presteren en geen opschortingsbevoegdheid aan art. 6:262 BW kan onttelen, omdat zijn vordering op de wederpartij nog niet opeisbaar is. De overige door art. 6:262 BW gestelde eisen gelden overigens wel voor de in art. 6:263 lid 1 BW beschreven onzekerheidsexceptie: het moet gaan om tegenover elkaar staande verbintenissen uit wederkerige overeenkomsten en de dreigende tekortkoming moet de opschorting rechtvaardigen (art. 6:263 lid 2 BW). De onzekerheidsexceptie kan door de partij die als eerste moet presteren worden gehanteerd op grond van na het sluiten van de overeenkomst ter harer kennis gekomen omstandigheden, bijvoorbeeld omstandigheden die een beroep op art. 6:228 BW (dwaling) of op art. 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden) rechtvaardigen. Daarnaast kan ook een surseanceaanvraag of faillissement van een bedrijf een grond opleveren voor de vrees dat een wederpartij haar verplichtingen niet zal nakomen (*GS Verbintenissenrecht*, art. 263 Boek 6 BW, aant. 1). In het geschil tussen Delata en Tyco staat vast dat Tyco als eerste diende te presteren. Dit had tot gevolg dat de verbintenis waartoe Delata zich had verplicht op het moment dat Tyco moest presteren nog niet opeisbaar was en Tyco derhalve geen beroep op art. 6:262 BW toekwam. Tyco mocht echter uit de schriftelijke mededeling van Autec afleiden dat Delata haar verplichtingen in 2007 niet zou nakomen, waardoor Tyco haar verplichting op grond van art. 6:263 lid 1 BW had opgeschort. De Hoge Raad heeft mijns inziens terecht – conform voormelde overwegingen – geoordeeld dat Tyco in de gegeven omstandigheden haar verplichting jegens Delata op grond van art. 6:263 lid 1 BW mocht opschorten. Het gegeven dat Tyco op dat moment in verzuim verkeerde doet daar niets aan af. Een beroep op art. 6:263 lid 1 BW is immers ook mogelijk wanneer de schuldeiser in rechte een vordering tot nakoming instelt. Met betrekking tot de vraag of ontbinding van een overeenkomst tot gevolg kan hebben dat de debiteur over een reeds verstreken periode van zijn verbintenissen wordt bevrijd, is van belang dat bij ontbinding onderscheid dient te worden gemaakt tussen de verbintenissen die reeds wel en die nog niet zijn uitgevoerd. In het geval een verbintenis reeds is

uitgevoerd, ontstaat door ontbinding voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds ontvangen prestatie. Indien de verbintenissen nog niet zijn uitgevoerd, zijn partijen door de ontbinding van de overeenkomst bevrijd van de verbintenissen (Asser-Hartkamp II, nr. 527). Dit houdt in dat de verplichtingen van partijen vervallen door en pas op het moment van de ontbinding (ex nunc). Gelet op voorgaande heeft de Hoge Raad in mijn optiek bij de beantwoording van de onderhavige vraag terecht overwogen dat een partij op grond van art. 6:271 BW ook bevrijd kan worden van verbintenissen die nog niet zijn uitgevoerd en die zien op de periode die voorafgaat aan de periode van ontbinding van de overeenkomst.

P.C.M. Kemp
Banning N.V.

201
Hoge Raad 12 oktober 2012, nr. 11/01698, LJN BX5572 (mr. Numann, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Van Oven, mr. Streefkerk, mr. Drion) (concl. A-G mr. De Vries Lentsch-Kostense) Noot N. de Boer
Haviltex. Opdracht.
Ook gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst kunnen van belang zijn voor de aan die overeenkomst te geven uitleg.
[BW art. 7:400]

Partijen verschillen van mening over de inhoud en reikwijdte van een verstrekte opdracht. Het hof heeft de omvang van de opdracht slechts beredeneerd vanuit een uitgangspunt dat het koos op basis van de vaststelling van hetgeen tussen partijen met betrekking tot de opdracht niet in geschil is, en is voorbijgegaan aan het partijdebat over de vraag wat "het doen van ruimte- en volumeonderzoek" concreet inhield. Het hof is in het geheel niet ingegaan op de door eiser aangevoerde stellingen ten betoge dat de opdracht veel ruimer was dan de wederpartij van eiser verdedigde. De Hoge Raad oordeelt dat het hof kennelijk de Haviltexmaatstaf heeft miskend. De Hoge Raad merkt hierbij op dat ook gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst van belang kunnen zijn voor de aan die overeenkomst te geven uitleg.

[Eiser], handelend onder de naam [A] Architecten, wonende te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. M.E.M.G. Peletier,
tegen
Stichting Montessori Scholengemeenschap Amsterdam, gevestigd te Amsterdam,
verweerder in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en de Stichting.