

Een fundamenteel arrest over een fundamentele vraag: vereist de ontbindingsbevoegdheid van artikel 6:265 BW een fundamentele tekortkoming?

Prof.mr. H.N. Schelhaas*

HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, *RvdW* 2018/1828 (*Eigen Haard*)

1 Ontbinding bij elke tekortkoming?

Het is een klassieke kwestie: mag een overeenkomst bij *elke* tekortkoming worden ontbonden, of alleen als die tekortkoming voldoende zwaarwegend is? In een aantal rechtstelsels wordt van dit laatste uitgegaan: een overeenkomst kan pas worden ontbonden bij een gekwalificeerde tekortkoming, ook wel een *fundamental breach* genoemd. Als de tekortkoming niet heel ernstig is, dan kan de overeenkomst niet worden ontbonden maar komt de crediteur andere remedies toe, zoals schadevergoeding en nakoming.

Het Nederlandse uitgangspunt is in artikel 6:265 BW vervat: ontbinding van een overeenkomst is bij *iedere* tekortkoming mogelijk, *tenzij* de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Het uitgangspunt is dus niet dat de eiser een wezenlijke (*fundamental*) tekortkoming moet aantonen en dat is ook geen harde voorwaarde voor het ontbindingsrecht, maar hij mag een overeenkomst bij elke tekortkoming ontbinden. Het is echter aan de wederpartij om aan te tonen dat het gaat om een te onbelangrijke tekortkoming: in dat geval is ontbinding op grond van de tenzij-bepaling uit artikel 6:265 BW toch niet mogelijk.

In het *Eigen Haard*-arrest van het afgelopen najaar spreekt de Hoge Raad zich in een prejudiciële procedure uit over de betekenis van die tenzij-bepaling. Moet die terughoudend worden toegepast zodat de crediteur een sterk ontbindingsrecht heeft, of moet die veeleer zo ruimhartig worden toegepast dat de crediteur in feite

een wezenlijke tekortkoming nodig heeft om te kunnen ontbinden? Het arrest gaat uitgebreid gemotiveerd in op de fundamentele van het ontbindingsregime, geeft hierbij een mooi overzicht van het heersende recht, en scherpt het ontbindingsrecht ook aan. Daarmee is het arrest een nieuwe klassieker.

Nadat ik eerst het procesverloop en het arrest zelf heb besproken (par. 2), vat ik de belangrijkste elementen van het arrest samen (par. 3). Vervolgens analyseer ik in hoeverre het arrest nieuwe inzichten verschaft over het algemene ontbindingsregime dat in artikel 6:265 is neergelegd (par. 4), waarna ik inga op de ontbindingsmogelijkheid van het specifieke soort overeenkomst dat in het arrest centraal stond: de huur van sociale woningen (par. 5). In de conclusie worden de lijnen samengebracht (par. 6).

2 Het *Eigen Haard*-arrest

2.1 Feiten en procedure

Woningstichting Eigen Haard ('Eigen Haard') is eigenaar en verhuurder van sociale huurwoningen. Over één van deze woningen in Amsterdam draait de onderhavige procedure, en meer specifiek over de vraag wat de consequenties zijn van illegaal gebruik van huurwoningen. Krachtens artikel 10 van de toepasselijke algemene voorwaarden is gebruik van de woning door derden zonder dat daar voorafgaande toestemming voor is verkregen ongeoorloofd:

* Met dank aan mr. R.J.Q. Klomp voor zijn commentaar op een eerdere versie van deze annotatie.

'Het is huurder verboden het gehuurde, al dan niet tijdelijk, in zijn geheel onder te verhuren of aan derden in gebruik af te staan. Als huurder in strijd handelt met deze bepaling is huurder aan verhuurder een direct opeisbare boete verschuldigd van € 5.000.

Het is huurder verboden om een gedeelte van het gehuurde onder te verhuren of in gebruik te geven aan derden tenzij de verhuurder hiervoor vooraf schriftelijk toestemming heeft gegeven. Voor het onderverhuren of in gebruik geven van een gedeelte van het verhuurde geeft de verhuurder toestemming als huurder zelf het gehuurde als hoofdverblijf heeft en er geen sprake is van (over)bewoning waardoor verhuurder schade kan lijden.'

Eigen Haard constateert eind 2017 dat de bewuste woning wordt gebruikt door anderen dan de huurder en meent dat de huurder daarmee zodanig is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst, dat ontbinding van de huurovereenkomst is gerechtvaardigd.

Daarom vordert zij in kort geding ontruiming van de woning. De huurder betwist de tekortkoming, althans meent dat de eventuele tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. Hij voert hiertoe onder meer aan dat hij de woning aan een vriend en zijn gezin in gebruik heeft gegeven omdat hij tijdelijk geen woning had, dat het verblijf van deze vriend langer was dan voorzien, dat hijzelf gedurende deze periode in het pand is blijven wonen, dat een en ander zonder eigen belang was en hij geen betaling heeft ontvangen voor het gebruik van de woning.

2.2 Het oordeel van de voorzieningenrechter: prejudiciële vragen

Het betreft hier een procedure in kort geding,¹ zodat een voorlopig oordeel moet worden gegeven over de tekortkoming van de huurder en de bevoegdheid van de verhuurder om de overeenkomst te ontbinden en daarmee de woonruimte te ontruimen. De voorzieningenrechter bij de rechtbank te Amsterdam stelt eerst vast dat sprake is van een tekortkoming: voor de tijdelijke inwoning van derden was immers geen toestemming gevraagd of gekregen. De procedure spitst zich volgens de voorzieningenrechter toe op het volgende:

'De in dit geding te beantwoorden vraag is of deze tekortkoming ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, zoals Eigen Haard vordert.'²

Het komt hierbij aan op de betekenis van de tenzij-bepaling in artikel 6:265 lid 1 BW: iedere tekortkoming rechtvaardigt de ontbinding van een overeenkomst, *tenzij* de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding en haar gevolgen niet rechtvaardigt. De voorzieningenrechter oordeelt daaromtrent als volgt:

'De voorzieningenrechter [...] is van oordeel, kort gezegd, dat het gewicht van de onderhavige tekortkoming in de omstandigheden van het geval de gevorderde ontbinding niet rechtvaardigt. Hij is voorts van oordeel dat een letterlijke uitleg van de wettekst van artikel 6:265 BW heden ten dage als minder juist wordt ervaren zodat deze in de feitenrechtspraak over het algemeen niet wordt gevolgd, in elk geval niet ten aanzien van huurovereenkomsten van (sociale) woonruimte.'³

De voorzieningenrechter is dus van oordeel dat de tekortkoming onvoldoende ernstig is om de overeenkomst te ontbinden, maar vraagt zich af of dit oordeel past bij de (letterlijke) toepassing van artikel 6:265 BW. Dat artikel kent de schuldeiser immers een ontbindingsbevoegdheid toe bij *iedere* tekortkoming, tenzij die kort gezegd van ondergeschikte aard is. Uit het (tussen)vonnis van de rechtbank volgt dat de voorzieningenrechter met name worstelt met de betekenis van die tenzij-bepaling. Dient die ertoe om duidelijk te maken dat alleen in uitzonderlijke gevallen *geen* recht op ontbinding bestaat, of moet die tenzij-escape (inmiddels) zo worden begrepen dat een tekortkoming altijd voldoende zwaarwegend moet zijn om ontbinding te kunnen rechtvaardigen?⁴ In dat laatste geval bestaat voor de rechter meer ruimte om een vordering tot ontruiming van sociale huurwoningen af te wijzen.

Tegen deze achtergrond ziet de voorzieningenrechter aanleiding om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen. Dat is mogelijk indien (zie art. 392 Rv) de vraag van rechtstreeks belang is voor (i) een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of (ii) de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet. Uiteindelijk⁵ worden de volgende prejudiciële vragen geformuleerd en aan de Hoge Raad voorgelegd:

'1. Dient artikel 6:265 lid 1 BW letterlijk te worden uitgelegd in die zin dat iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen aan de wederpartij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij het maken van een uitzondering hierop gerechtvaardigd is aan de hand van de in de wet genoemde gezichtspunten? Zo niet, hoe dient deze bepaling dan te worden uitgelegd?

2. Is er aanleiding bijzondere eisen te stellen ten aanzien van ontbinding van een overeenkomst van huur en verhuur van sociale woonruimte, ervan uitgaande dat zulke woonruimte schaars is?'

De eerste vraag is cryptisch geformuleerd, maar is tegen de hiervoor weergegeven achtergrond van het eerste tussenvonnis in wezen gericht op de vraag of ontbinding een hard uitgangspunt is bij *elke* tekortkoming, of dat via de tenzij-bepaling voor ontbinding in beginsel een *zwaarwegende* tekortkoming nodig is.

2.3 De conclusie van de A-G

Advocaat-generaal Wissink brengt in zijn mooie en ook uitgebreid gesubstantieerde conclusie voor het arrest van de Hoge Raad naar voren dat beide vragen niet met een eenvoudig ja of nee zijn te beantwoorden. Op deze conclusie kom ik later in deze annotatie terug. Hier volsta ik met slotsom van de A-G, dat geen aanleiding bestaat om van de heersende leer af te wijken:

1 Zie art. 254 lid 1 Rv: het gaat om een procedure waarin een onmiddellijke en voorlopige voorziening kan worden gegeven indien sprake is van voldoende spoedeisend belang.

2 Rb. Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:

RBAMS:2018:814 (eerste tussenvonnis), r.o. 4.6.

3 Rb. Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:

RBAMS:2018:814 (eerste tussenvonnis), r.o. 4.9.

4 Rb. Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:

RBAMS:2018:814 (eerste tussenvonnis), onder

meer r.o. 4.15.

5 Rb. Amsterdam 26 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2546 (tweede tussenvonnis).

‘[...] met als kanttekening dat die leer m.i. niet inhoudt dat de tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW een terughoudende toepassing vereist. De toepassing ervan is immers afhankelijk van de omstandigheden van het geval en zal dus soms terughoudend, soms niet terughoudend zijn.’⁶

Wat betreft de tweede vraag brengt de A-G onder woorden dat bij de ontbinding van huurovereenkomsten inzake sociale huur specifieke belangen spelen. Deze kunnen als gezichtspunten een rol spelen bij de invulling van de tenzij-bepaling uit artikel 6:265 BW, maar voor een aparte regeling of norm bij sociale huur ziet de A-G geen aanleiding.

2.4 Het arrest van de Hoge Raad

2.4.1 De eerste prejudiciële vraag: een letterlijke uitleg van artikel 6:265 BW?

De eerste vraag van de voorzieningenrechter is gericht op de werking van de algemene in artikel 6:265 BW neergelegde ontbindingsregel. Zoals hiervoor (par. 2.2) is uiteengezet, gaat het hier met name om de vraag of ontbinding een hard uitgangspunt is bij *elke* tekortkoming, of alleen gerechtvaardigd is bij een wezenlijke tekortkoming. Het antwoord wordt in verschillende stappen opgebouwd (r.o. 3.5 tot en met 3.8.4 van het arrest). In de eerste plaats zet de Hoge Raad uiteen hoe de systematiek van artikel 6:265 BW moet worden begrepen: in artikel 6:265 lid 1 BW is een hoofdregel neergelegd (‘iedere tekortkoming geeft de schuldeiser de bevoegdheid de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden’), waarop een uitzondering is geformuleerd (de tenzij-bepaling). Dat betekent echter niet dat die tenzij-bepaling slechts bij uitzondering kan worden gehonoreerd. Volgens de Hoge Raad is namelijk:

‘[...] onjuist de opvatting dat de in de tenzij-bepaling neergelegde uitzondering op de hoofdregel slechts “bij uitzondering” toegepast kan worden of op een “zeldzaam” geval betrekking heeft. In de rechtspraak van de Hoge Raad is art. 6:265 lid 1 BW ook nooit aldus uitgelegd.’

Hierbij wordt de vergelijking gemaakt met artikel 6:74 BW, op grond waarvan een tekortkoming recht geeft op schadevergoeding, tenzij sprake is van een niet-toerekenbare tekortkoming:

‘Zoals in laatstgenoemd artikel de hoofdregel en de tenzij-bepaling tezamen uitdrukking geven aan de materiële rechtsregel dat slechts een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) tot schadevergoeding verplicht, zo brengen in art. 6:265 lid 1 BW de hoofdregel en de tenzij-bepaling tezamen de materiële rechtsregel tot uitdrukking dat, kort gezegd, slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op (gehele of gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst. In zodanig geval behoeft niet van een schuldeiser gevegd te worden dat hij met een tekortschietende wederpartij als contractspartner verder moet [...]. De inhoudelijke maatstaf dat, kort gezegd, slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op ontbinding van de overeenkomst, stoelt op de redelijkheid en billijkheid en stemt inhoudelijk overeen met vaste rechtspraak van de Hoge Raad, zowel onder oud recht als onder huidige recht.’

Vervolgens maakt de Hoge Raad duidelijk dat deze tenzij-bepaling een bewijsrechtelijk doel heeft (r.o. 3.6):

‘Ten aanzien van de stelplicht en bewijslast brengt de structuur van hoofdregel en tenzij-bepaling in de systematiek van het BW echter wel mee dat de schuldeiser moet stellen en zo nodig bewijzen dat sprake is van een tekortkoming aan de zijde van de schuldenaar (en in voorkomend geval dat voldaan is aan de eis van art. 6:265 lid 2 BW dat de schuldenaar in verzuim is), en dat het aan de schuldenaar is om de omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen die zien op toepassing van de tenzij-bepaling.’

Volgens de Hoge Raad brengt deze systematiek van artikel 6:265 BW de belangen van beide partijen goed in evenwicht: de schuldeiser moet een tekortkoming en eventueel verzuim aantonen, de schuldenaar kan zich bevrijden door gebruik te maken van de tenzij-bepaling. Daar moet de schuldenaar natuurlijk wel een beroep op doen, maar de Hoge Raad wijst erop dat zulks ook indirect besloten kan liggen in de betwisting van de tekortkoming.

Een volgende stap in de beantwoording van de vraag bestaat uit een uiteenzetting van de wijze waarop moet worden beoordeeld of een beroep op de tenzij-bepaling moet worden gehonoreerd. De Hoge Raad onderstreept dat dit afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. Dat betekent onder meer dat niet op voorhand één gezichtspunt een beslissende rol kan spelen. In het arrest worden vervolgens enige omstandigheden expliciet genoemd. Ik kom daar hierna, in paragraaf 4 op terug.

Het laatste aspect van het oordeel bestaat uit een verkenning van de rol van de redelijkheid en billijkheid als eenmaal duidelijk is dat een overeenkomst krachtens artikel 6:265 BW kan worden ontbonden. Stel dat artikel 6:265 BW tot de conclusie noopt dat de bevoegdheid bestaat om een overeenkomst te ontbinden en de tenzij-bepaling niet opgaat, kan de schuldenaar dan nog met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid voorkomen dat de overeenkomst wordt ontbonden? De Hoge Raad oordeelt dat:

‘[...] in het kader van art. 6:265 lid 1 BW reeds alle omstandigheden van het geval verdisconteerd kunnen worden, met name ook met betrekking tot de toepassing van de tenzij-bepaling (die ook zelf op de redelijkheid en billijkheid gebaseerd is [...]), en dat om die reden daarnaast weinig behoefte bestaat aan en dus weinig ruimte overblijft voor een daarvan te onderscheiden werking van de redelijkheid en billijkheid.’

Omdat bij de vraag of een overeenkomst op grond van artikel 6:265 BW kan worden ontbonden, alle omstandigheden van het geval een rol spelen, is de speelruimte voor de redelijkheid en billijkheid dus zeer beperkt.

2.4.2 Bijzondere regel voor huurovereenkomsten?

Nadat de Hoge Raad de fundamentele van de ontbindingsregeling in artikel 6:265 BW heeft neergezet, gaat hij in op de ontbindingsmogelijkheid van huurovereenkomsten inzake sociale huur. Daar was de tweede prejudiciële vraag op gericht: zou daar een bijzonder regime voor moeten gelden? De Hoge Raad is van oordeel dat dat niet het geval is (r.o. 3.9):

‘Bij de toepassing van art. 6:265 lid 1 BW kan rekening worden gehouden zowel met het belang van sociale woningbouwverenigingen of -stichtingen om, in geval van misbruik of een andere tekortkoming aan de zijde van de huurder die van voldoende gewicht is, de woning beschikbaar te krijgen ten behoeve van anderen die aangewezen zijn op een sociale huurwoning, als met het belang van de huurder om het ingrijpende gevolg van ontbinding en ontruiming te vermijden. Het is aan de feitenrechter om te beoordelen of de tekortkoming, gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder het concrete belang van de huurder bij het voortdueren van de huurovereenkomst, van voldoende gewicht is om de overeenkomst te ontbinden.’

Kortom: geen bijzondere regeling voor de ontbinding van huurovereenkomsten inzake sociale huur, want bij de toepassing van artikel 6:265 lid 1 BW kan voldoende rekening worden gehouden met de specifieke belangen van huurder en verhuurder.

De Hoge Raad gaat ook in op de situatie dat huurders niet ter zitting verschijnen, in welk geval geen beroep zal worden gedaan op de tenzij-bepaling.⁷ Hoe moet de rechter met de ontbindingsmogelijkheid omgaan bij dergelijke verstekzaken? Volgens de Hoge Raad moeten ook daar de belangen tussen huurder en verhuurder in het kader van artikel 6:265 BW worden afgewogen en heeft de rechter een zekere beoordelingsruimte (r.o. 3.9):

‘[...] Dat ligt besloten in de in art. 7:231 lid 1 BW dwingend voorgeschreven rechterlijke tussenkomst voor de ontbinding van een huurovereenkomst met betrekking tot, kort gezegd, woon- of bedrijfsruimte of een woonwagen. Blijkens de parlementaire geschiedenis van (het op woonruimte betrekking hebbende) art. 7A:1623n (oud) BW – dat in zoverre ongewijzigd is opgegaan in het huidige art. 7:231 lid 1 BW – strekt die verplichte tussenkomst immers ertoe dat zodanige ontbinding “alleen op verantwoorde wijze kan [plaatsvinden] wanneer de rechter het gewicht van de tekortkoming in verhouding tot het woonbelang van de huurder vooraf beoordeelt” (Kamerstukken II 1978/79, 14249, nr. 11, p. 3). Deze rechterlijke beoordeling vindt vanzelfsprekend (ook in verstekzaken) wel haar praktische begrenzing erin dat de rechter slechts rekening kan houden met de voor hem kenbare feiten en omstandigheden.’

Ook al laat de huurder verstek gaan in een ontruimingsprocedure, dan nog moet de rechter ambtshalve het (woon)belang van de huurder meewegen in zijn beoordeling van de gerechtvaardigdheid van de ontbinding in het kader van artikel 6:265 BW.

2.4.3 En wat zijn dan de antwoorden op de prejudiciële vragen?

Maar wat zijn dan de antwoorden op de gestelde prejudiciële vragen? De Hoge Raad formuleert niet met zoveel woorden antwoorden, maar volstaat met de opmerking dat de eerste prejudiciële vraag ‘op de hiervoor in 3.5-3.8.4 weergegeven wijze’ is beantwoord, en dat de tweede prejudiciële vraag zijn antwoord vindt in rechtsoverweging 3.9. Het antwoord op de prejudiciële vragen moet dus worden gevonden door de betreffende rechtsoverwegingen te analyseren. Ik kom daar hierna, in paragraaf 4.5 en 5.4 op terug.

3 Twee prejudiciële vragen, zes relevante aspecten

De prejudiciële vragen zijn dus gericht op in de eerste plaats artikel 6:265 BW in het algemeen en in de tweede plaats de positie van de verhuur van sociale woonruimte

in het bijzonder. De Hoge Raad grijpt deze prejudiciële procedure aan om in die zin een fundamenteel arrest te wijzen, dat de fundamentele van het ontbindingsrecht goed gemotiveerd uiteen worden gezet. De Hoge Raad beperkt zich hierbij niet strikt tot het beantwoorden van de prejudiciële vragen, maar zet een raamwerk voor het ontbindingsregime neer.

Daarbij beroert de Hoge Raad naar mijn mening in ieder geval zes relevante aspecten. Vier daarvan hebben betrekking op de algemene werking van artikel 6:265 BW en daarmee op de eerste prejudiciële vraag, waar de Hoge Raad stap voor stap de werking van artikel 6:265 BW uit de doeken doet:

- (i) De eerste stap die de Hoge Raad zet, is het benadrukken van de systematiek van artikel 6:265 BW: het is aan de schuldeiser om een tekortkoming (en eventueel het verzuim) te stellen en aan de schuldenaar om omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen die toepassing van de tenzij-bepaling rechtvaardigen.
- (ii) Het tweede belangrijke aspect dat de Hoge Raad benoemt, is de omstandigheid dat die tenzij-bepaling niet terughoudend moet worden worden toegepast, want in feite geeft slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht op ontbinding.
- (iii) De derde stap bestaat uit het toepassen van de tenzij-bepaling, als daar een beroep op is gedaan. De Hoge Raad maakt duidelijk dat *alle* omstandigheden van belang zijn en dat niet op voorhand één gezichtspunt allesbepalend is. De Hoge Raad formuleert vervolgens ook enige gezichtspunten.
- (iv) De laatste stap bestaat uit de ruimte die de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid nog toekomt: volgens de Hoge Raad is die bijkans uitgespeeld.

De andere twee aspecten spitsen zich toe op de mogelijkheid om een huurovereenkomst ter zake van sociale verhuur te ontbinden en dus op de tweede prejudiciële vraag:

- (v) Bij ontbinding van een huurovereenkomst inzake sociale huur zijn weliswaar specifieke belangen betrokken, maar die kunnen bij de tenzij-bepaling uit artikel 6:265 BW worden meegewogen.
- (vi) Ook in verstekzaken zal de rechter de belangen in het kader van de tenzij-bepaling moeten afwegen.

In het navolgende bespreek ik elk van deze aspecten. Eerst (par. 4) becommentarieer ik het oordeel van de Hoge Raad over de algemene ontbindingsbevoegdheid, waarbij ik en passant de vier zojuist belichte interessante aspecten belicht. Daarna bespreek ik de ontbinding van huurovereenkomsten inzake sociale huur, waarbij ik inga op de twee andere interessante aspecten van de het arrest (par. 5).

⁷ De Hoge Raad doet dit naar aanleiding van schriftelijke opmerkingen van de Woonbond (zie art. 393 lid 3 Rv).

4 De fundamenteën van het ontbindingsrecht

4.1 Enkele karakteristieken van het ontbindingsregime

Voordat ik het arrest van de Hoge Raad in perspectief plaats, belicht ik eerst enige algemene karakteristieken van de ontbindingsregeling in artikel 6:265 BW. Een crediteur kan een wederkerige overeenkomst ontbinden indien zijn wederpartij tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Een *toerekenbare* tekortkoming, die vereist is om schadevergoeding te kunnen verkrijgen, is bij ontbinding niet nodig. Wel is de verzuimregeling van toepassing, althans als de tekortkoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is (zie art. 6:265 lid 2 BW).⁸ Die verzuimregeling komt er meestal op neer dat de tekortschietende partij na daartoe in gebreke te zijn gesteld, nog een mogelijkheid wordt geboden om de op hem rustende verbintenissen alsnog na te komen (art. 6:81 en 6:82 BW).⁹ Komt de debiteur vervolgens alsnog niet na, dan komt de schuldeiser in beginsel de vrijheid toe om de overeenkomst te ontbinden. Wordt de overeenkomst inderdaad ontbonden, dan heeft dit geen terugwerkende kracht maar ontstaan ongedaanmakingsverbintenissen (art. 6:269 BW).

Zoals hiervoor al naar voren is gekomen, schrijft de in artikel 6:265 BW vervatte ontbindingsmogelijkheid niet voor dat de crediteur een ernstige tekortkoming moet aanvoeren: een overeenkomst kan bij *iedere* tekortkoming worden ontbonden. De tenzij-bepaling geeft de schuldeenaar de mogelijkheid om aan te tonen dat ontbinding niet gerechtvaardigd is gezien de bijzondere aard of de geringe betekenis van de tekortkoming. Een hoofdregel, met een escape dus. In de parlementaire geschiedenis van artikel 6:265 BW wordt over de werking van deze tenzij-bepaling opgemerkt dat hier een afweging moet worden gemaakt waarbij de geringe betekenis en bijzondere aard van de tekortkoming en de ‘uitzonderlijk ingrijpende gevolgen van een concrete ontbinding’ relevant zijn. Verder wordt het volgende opgetekend:

‘Het is zeer goed denkbaar dat deze afweging leidt tot de conclusie dat een algehele ontbinding niet, maar een vorm van gedeeltelijke ontbinding wel door de tekortkoming gerechtvaardigd kan worden. Men blijve zich echter steeds ervan bewust dat de hier besproken zinsnede een uitzonderingsbepaling is, en dat vooral de gevallen waarin de bijzondere aard van de tekortkoming of de buitengewoon ingrijpende gevolgen van een ontbinding de doorslag geven tot een uitsluiting van de ontbinding, vrij zeldzaam zijn. Daarbij moet meewegen dat het voor de rechtszekerheid van groot belang is dat verklaringen tot ontbinding niet te spoedig nietig worden verklaard. In het algemeen moet een teleurgestelde crediteur erop kunnen rekenen dat hij recht op ontbinding heeft. Voor de schuldeiser die aan zijn bevoegdheid twijfelt, is overigens de mogelijkheid opengelaten om het oordeel van de rechter in te roepen.’¹⁰

In de parlementaire geschiedenis wordt dus benadrukt dat gevallen waarin ontbinding niet gerechtvaardigd is ‘vrij zeldzaam’ zijn, dat achteraf niet te snel mag worden

geconcludeerd dat een uitgebrachte ontbindingsverklaring nietig is en dat een crediteur in beginsel de vrijheid heeft om te kiezen voor het ontbinden van de overeenkomst. Het was zodoende de bedoeling van de wetgever dat een ruime ontbindingsmogelijkheid zou bestaan.

4.2 De achtergrond van de prejudiciële procedure: discussies in de literatuur

De voorzieningenrechter wil in zijn eerste prejudiciële vraag in essentie weten of het hiervoor weergegeven uitgangspunt nog wel klopt, of dat met het voortschrijden der tijd een gewijzigd ontbindingsregime geïndiceerd is. Meer specifiek rijst de vraag of niet meer en zwaardere eisen aan de tekortkoming moeten worden gesteld om de overeenkomst te kunnen ontbinden.

Deze vraag staat niet op zichzelf, maar vindt zijn achtergrond in discussies in de literatuur, waar de ruime ontbindingsregeling kritiek heeft ontvangen.¹¹ Zo wordt gewezen op de bezwaarlijke consequenties van ontbinding: de overeenkomst komt geheel tot een einde en het geleverde moet ongedaan worden gemaakt. Bij de koop en verkoop van een non-conforme zaak is die ongedaanmaking nog niet heel ingewikkeld: de zaak moet weer worden overgedragen aan de tekortschietende verkoper. Maar als het gaat om een tekortkoming in het verrichten van een dienst (bijvoorbeeld: een huis wordt geschilderd, maar niet geheel volgens afspraak omdat een verkeerde kleur wordt gebruikt), is ongedaanmaking feitelijk niet mogelijk en moet conform artikel 6:272 BW een waardevergoeding plaatsvinden. Maar hoe moet die worden bepaald als het schilderwerk weliswaar niet conform afspraak is verricht, maar niet helemaal waardeloos is? En bovendien, waarom is het dan nodig om de overeenkomst te beëindigen en wordt de debiteur de kans ontnomen om alsnog na te komen? Daarnaast wordt gewezen op de omstandigheid dat bij de ruime ontbindingsmogelijkheid die de crediteur toekomt, nauwelijks rekening wordt gehouden met de belangen van de debiteur bij instandhouding van de overeenkomst. Dat verhoudt zich niet met andere rechtspraak in het contractenrecht, zo wordt betoogd, waaruit volgt dat de schuldeiser bij de uitoefening van zijn rechten rekening moet houden met de redelijke belangen van de debiteur.¹² Dit zijn grosso modo de kanttekeningen die in de literatuur worden geplaatst bij de ruime wettelijke ontbindingsmogelijkheid.

De belangrijke representanten van deze kritiek zijn Hartlief en Bakels. Net na de inwerkingtreding van het BW en dus ook net nadat het huidige ontbindingsregime het licht zag, keerden zij zich tegen het uitgangspunt dat een overeenkomst kan worden ontbonden bij elke tekortkoming. Bakels onderstreept in zowel zijn proefschrift

8 Bij schadevergoeding is de verzuimregeling alleen van toepassing bij een blijvende onmogelijkheid: zie art. 6:74.

9 Soms is echter geen ingebrekestelling nodig en treedt het verzuim rauwelijks in: zie art. 6:83 BW. 10 Parl. Gesch. Boek 6, TM, p. 1005.

11 A-G Wissink deelt in zijn conclusie voor dit arrest, par. 2.10 e.v. de kritiek in drie categorieën in: kritiek op (i) het stelsel als zodanig, (ii) de door de

tenzij-bepaling geboden ruimte, en (iii) de rolverdeling van partijen. Zie verder Van Boom, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:265 aant. 4.3 voor een overzicht van de auteurs die bepleiten dat ontbinding eerder uitzondering dan regel moet zijn.

12 Zie F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW nr. B58), Deventer: Kluwer 2011/61, verwijzend naar HR 5 januari 2001, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*) ten aanzien van de

keuze voor nakoming. Daaraan kan het *Vodafone/ETC*-arrest nog worden toegevoegd, waar de Hoge Raad meer algemeen tot uitdrukking brengt dat rekening moet worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, *NJ* 2007/565).

uit 1993 als in zijn latere publicaties dat ontbinding een heel ingrijpende maatregel is en dat dit middel pas gerechtvaardigd zou zijn als aan de schuldeiser geen minder vergaande middelen ten dienste zouden staan. Als een redelijk en minder ingrijpend alternatief zou bestaan voor ontbinding, zoals opschorting van de eigen verbintenis(sen) of een vordering tot schadevergoeding of nakoming, dan zou dit prevaleren.¹³ Volgens Bakels zou de tekst van artikel 6:265 BW onvoldoende tot uitdrukking brengen dat een afweging van de belangen van schuldeiser en schuldenaar moet plaatsvinden. Ook Hartlief heeft het standpunt betrokken dat de ontbindingsregeling van artikel 6:265 BW te ruim is en ook niet goed werkt in de situatie waarin de karakteristieke prestatie al is verricht en feitelijk niet meer ongedaan kan worden gemaakt. Ontbinding zou alleen maar mogelijk moeten zijn als dit een reële optie is en als sprake zou zijn van een wezenlijke tekortkoming.¹⁴

Beide auteurs hebben dus bepleit dat de wettelijke systematiek van een ontbindingsbevoegdheid bij elke tekortkoming *tenzij* sprake is van een uitzonderingssituatie, moest worden ingeruild voor een systeem waarin hogere eisen worden gesteld aan de mogelijkheid een overeenkomst te ontbinden. Een dergelijke visie, waarbij ontbinding van een overeenkomst geen uitgangspunt is, wordt in sommige andere rechtssystemen ook wel gevolgd.¹⁵ Zo wordt in het Amerikaanse recht voor ontbinding vereist dat een *fundamental breach* bestaat, kan in het Engelse recht een overeenkomst alleen worden ontbonden indien een bepaald soort bepalingen wordt geschonden, eist artikel 64 van het Weens Koopverdrag een *fundamental breach* alvorens een overeenkomst kan worden ontbonden en gaan ook de Unidroit Principles for International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law ervan uit dat een *fundamental breach* nodig is om een overeenkomst te kunnen ontbinden.¹⁶ De gedachte dat een gekwalificeerde vorm van een tekortkoming nodig is om een overeenkomst te kunnen ontbinden, is dus niet vreemd. In het *Twickler*-arrest heeft de Hoge Raad het pleidooi voor een minder ruime ontbindingsmogelijkheid echter niet aanvaard.¹⁷ De rechtbank had hier onderscheid gemaakt tussen bedingen die (i) de kern van de overeengekomen prestatie betreffen en (ii) niet de kern raken van de overeengekomen prestatie. In het eerste geval zou ontbinding in beginsel mogelijk zijn, in het tweede geval slechts indien het belang van de partij die

de overeenkomst wil ontbinden zwaarder weegt dan het belang van de andere partij bij het in stand houden van een overeenkomst. De Hoge Raad gaat hier niet in mee omdat artikel 6:265 BW:

‘[...] iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen in beginsel aan de wederpartij de bevoegdheid [geeft] om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden.’

Meer specifiek heeft de Hoge Raad ook Bakels’ leer van het redelijke alternatief en Hartlief’s pleidooi voor een gekwalificeerde tekortkoming als voorwaarde voor ontbinding van de hand gewezen.¹⁸

Volgens Bakels en Hartlief moet de systematiek van de ontbindingsregeling dus worden gewijzigd. Er bestaat echter ook een groep auteurs die weliswaar van mening is dat de ontbindingsmogelijkheid moet worden begrensd, maar meent dat de *tenzij*-bepaling daar voldoende ruimte voor biedt, althans als deze niet terughoudend behoeft te worden toegepast.¹⁹

Tegen deze achtergrond moeten de prejudiciële vragen van de Amsterdamse voorzieningenrechter, niet geheel toevallig dezelfde persoon die eerder in zijn carrière de leer van het redelijke alternatief poneerde,²⁰ worden gezien.

4.3 De Hoge Raad bestendigt en verscherpt

De Hoge Raad houdt de fundamentele van het ontbindingsregime in het *Eigen Haard*-arrest in stand, maar brengt wel nuances aan. In de eerste plaats maakt de Hoge Raad duidelijk dat een beroep op de *tenzij*-clausule niet alleen bij wijze van uitzondering wordt gehonoreerd en evenmin betrekking heeft op een zeldzaam geval. De Hoge Raad zoekt hierbij de vergelijking met artikel 6:74 BW, op grond waarvan een recht op schadevergoeding bestaat *tenzij* de tekortkoming niet-toerekenbaar is. Net zoals daar de materiële rechtsregel is dat pas een recht op schadevergoeding bestaat als sprake is van een toerekenbare tekortkoming, leidt de systematiek van artikel 6:265 BW tot de materiële regel dat ‘slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op (gehele of gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst’. De Hoge Raad doet het vervolgens voorkomen alsof dit aspect van het arrest bestendige rechtspraak is (r.o. 3.5):

‘De inhoudelijke maatstaf dat, kort gezegd, slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op ontbinding van de overeenkomst, stoelt op de redelijkheid en billijkheid en stemt inhoudelijk overeen met vaste rechtspraak van de Hoge Raad [...]’

13 F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 225 e.v., 256 e.v. en zijn latere publicaties: F.B. Bakels, ‘Inzake het redelijk alternatief’, *WPNR* 2007, afl. 6693, p. 12-21; Bakels 2011/61 e.v.

14 T. Hartlief, *Ontbinding. Over ongedaanmaking, beurtjding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, p. 87 e.v. en (samenvattend) p. 223-224.

15 Zie voor een overzicht Asser/Sieburgh 6-III 2018/671 en 672.

16 Art. 7.3.1 lid 1 Unidroit Principles for International Commercial Contracts 2016 en art. 9:301 lid 1 Principles of European Contract Law.

17 Zie o.m. HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000/208, m.nt. J. Hijma (*Twickler*/R).

18 Zie resp. HR 24 november 1995, *NJ* 1996/169 (*Tromp/Regency*) waar de Hoge Raad de regel ontkent dat ‘van ontbinding zou behoren te worden afgezien op de enkele grond dat de schuldeiser door een alternatief [...] niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren’ en HR 27 november 1999, *NJ* 1999/197 (*De Bruin / Meiling*) waar het cassatiemiddel dat voor een gerechtvaardigd beroep op ontbinding sprake moest zijn van een ernstige tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst (hier: huur van bedrijfsruimte) werd verworpen.

19 Zie o.m. J.H. Nieuwenhuis, ‘Vernietigen, ont-

binden of aanpassen (II, slot), wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?’, *WPNR* 1995, afl. 6165, p. 39; Asser/Hijma 7-I* 2013/497; W.L. Valk, ‘Het recht op ontbinding in de praktijk van de rechtspraak’, *NTBR* 2003, afl. 3, p. 137. A-G Wissink vestigt in par. 2.13 van zijn conclusie voor dit arrest de aandacht op een derde groep critici, die vooral de pijlen richt op het procesuele aspect van art. 6:265 BW.

20 De voorzieningenrechter is namelijk Bakels, dezelfde persoon die sinds de jaren 90 van de vorige eeuw een pleitbezorger is van een beperkter ontbindingsbevoegdheid en dat ook in zijn recenter monografie herhaalt.

Toch is dit deel van het arrest naar mijn inschatting een aanscherping van het heersende recht. In de eerste plaats volgt uit de hiervoor in paragraaf 4.1 weergegeven parlementaire geschiedenis toch echt een soepeler ontbindingsregime, waar wordt aangegeven dat de tenzij-bepaling een uitzondering is die ‘vrij zeldzaam’ zal worden toegepast. In de tweede plaats kan, zoals A-G Wissink in zijn conclusie ook aangeeft,²¹ weliswaar uit enige arresten indirect worden afgeleid dat als eenmaal op de tenzij-bepaling een beroep is gedaan, het aankomt op de vraag of sprake is van een voldoende ernstige tekortkoming, maar een dergelijke regel is nooit met zoveel woorden expliciet geformuleerd.²² Daar komt bij dat uit andere arresten van de Hoge Raad evengoed kan worden afgeleid dat een wezenlijke tekortkoming *geen* harde regel is om ontbinding te kunnen rechtvaardigen en dat toch enige terughoudendheid gepast is.²³ De Hoge Raad heeft in ieder geval nog nooit zo expliciet tot uitdrukking gebracht dat slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op ontbinding van de overeenkomst.²⁴ Dat is dus een novum en betekent mijns inziens dat het recht op ontbinding beperkt wordt: de Hoge Raad maakt voor het eerst expliciet duidelijk dat zodra een beroep is gedaan op de tenzij-bepaling sprake moet zijn van een zwaarwegende tekortkoming om te kunnen ontbinden. In enige uitspraken die ná het *Eigen Haard*-arrest zijn gewezen, wordt ook verwezen naar het (nieuwe) vereiste van een tekortkoming van voldoende gewicht.²⁵

Maar waarom maakt de wet dan gebruik van die tenzij-bepaling? Puur vanwege een bewijsrechtelijk perspectief,²⁶ zo onderstreept de Hoge Raad (r.o. 3.6). De schuldeiser behoeft alleen te stellen dat de wederpartij tekort is geschoten in de nakoming van zijn verbintenis. Dat is op zichzelf voldoende voor de ontbinding, tenzij de schuldenaar zich met succes op de tenzij-bepaling beroept en aantoon dat in dit geval ontbinding gezien de feiten en omstandigheden van het geval niet is gerechtvaardigd. Deze systematiek betekent dat het niet aan de crediteur is om aan te tonen dat sprake is van een wezenlijke tekortkoming.

Wat betekent dit alles dan? Dat de systematiek van artikel 6:265 BW onaangetast blijft: de schuldeiser stelt dat sprake is van een tekortkoming, de schuldenaar moet aantonen dat deze tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. De Hoge Raad maakt echter wel duidelijk dat *als* de debiteur zich op de tenzij-bepaling beroept, de lat vervolgens, bij de beoordeling van de stellingen van de

debiteur, niet heel hoog wordt gelegd en het verweer van de debiteur niet slechts bij wijze van (hoge) uitzondering wordt gehonoreerd.

Het is dus voor het eerst dat de Hoge Raad onomwonden tot uitdrukking brengt dat slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op ontbinding van de overeenkomst. Dat is naar mijn idee geen *radicale* koerswijziging, want de tenzij-bepaling geeft immers al uitdrukking aan de gedachte dat niet *elke* tekortkoming ontbinding rechtvaardigt, maar wel een flinke bijsturing die het ontbindingsrecht materieel beperkt.²⁷ Hiermee *nadert* de koers van de Hoge Raad de leer van de fundamentele tekortkoming, zoals in sommige andere rechtstelsels is aanvaard en hier te lande door Hartlief bepleit. Maar niet helemaal. In de eerste plaats niet omdat de leer van de *fundamental breach* vooronderstelt dat de schuldeiser moet aantonen dat sprake is van een dergelijke *fundamental breach*: het is een voorwaarde om te kunnen ontbinden. Dat is niet de Nederlandse systematiek op grond waarvan de debiteur moet aantonen dat sprake is van een ondergeschikte tekortkoming. In de tweede plaats spelen hier, anders dan bij de leer van de *fundamental breach*, *alle* omstandigheden een rol, waaronder – maar niet beperkt tot – de ernst van de tekortkoming.

Het feit dat de Hoge Raad de systematiek van artikel 6:265 BW in stand laat, juich ik toe. Voor de schuldeiser is het in eerste instantie voldoende om een tekortkoming aan te tonen. Hem met de last op te zadelen om een voldoende zwaarwegende tekortkoming aan te tonen, zoals Hartlief en in zekere zin ook Bakels betogen, vind ik te vergaand. Het is wat mij betreft als uitgangspunt te rechtvaardigen dat een schuldeiser niet te veel behoeft te stellen om van zijn overeenkomst af te komen: hij wordt immers geconfronteerd met een tekortkoming en heeft via de verzuimregeling de schuldenaar in de meeste gevallen al tevergeefs in de gelegenheid gesteld om alsnog na te komen.²⁸ Dat hij zich vervolgens in beginsel relatief eenvoudig kan ontdoen van zijn tekortschietende wederpartij, vind ik te billijken. Eveneens is het zinvol om de debiteur de mogelijkheid te geven om zich tegen ontbinding te verzetten als de tekortkoming niet ernstig genoeg is. In zo’n geval kan ontbinding een te vergaand middel zijn en is het niet onredelijk om van partijen te vergen dat ze contractueel verbonden blijven.²⁹ Wel constateer ik dat de Hoge Raad de debiteur ruimte biedt om zich succesvol

21 Conclusie van A-G Wissink voor het arrest, par. 2.17-2.21 e.v.

22 Ook in de twee arresten waar de Hoge Raad in het *Eigen Haard*-arrest naar verwijst, worden daar geen principiële rechtsoverwegingen aan gewijd. In HR 3 april 2009, ECLI:NL:HR:2009: BH0762, NJ 2009/319 (*WonenBreborg*), werd er simpelweg van uitgegaan (vooral r.o. 3.7) dat een huurovereenkomst kon worden ontbonden wegens ‘een voldoende zwaarwegende tekortkoming’. In HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4340, RvdW 2011/588, r.o. 3.40 (*C/Staat*), oordeelt de Hoge Raad slechts dat ‘het oordeel van het hof dat de tekortkoming van [eiseres] in de nakoming van haar informatieplicht voldoende zwaarwegend was om algehele ontbinding van de afbetalingsregeling te rechtvaardigen, niet onbegrijpelijk was’.

23 Bijv. HR 22 oktober 1999, NJ 1999/197 (*De Bruin/Meiling*). De rechtsklacht dat voor ontbinding een ernstige tekortkoming nodig was, faalde omdat ‘[...] geen goede grond [bestaat] voor de huur van bedrijfsruimte af te wijken van de algemene regels voor de ontbinding van de overeenkomst wegens tekortschieten in de nakoming daarvan, te weten dat wanprestatie in de regel ontbinding wettigt’.

24 In deze zin ook K.L. Maes, ‘Prejudiciële vragen en antwoorden over de reikwijdte van art. 6:265 (ontbinding)’, *Bb* 2018/89, p. 329.

25 Zie o.m. Rb. Rotterdam 1 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:780; Hof Den Bosch 15 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:100; Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10739; Hof Den Bosch 27 november

2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4878; Rb. Den Haag 7 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14070.

26 Zie nader over de precieze bewijsregels in dit verband. E.J. Bellaart, in R.J.B. Boonenkamp & W.L. Valk (red.), *Stelplicht en Bewijslast*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, commentaar op art. 6:265 en de noot van F.J.P. Lock bij het *Eigen Haard*-arrest, *JBPR* 2018/61.

27 In de in voetnoot 25 genoemde uitspraken wordt bij de vraag of ontbinding gerechtvaardigd is, ook de norm gebruikt van de ‘tekortkoming van voldoende gewicht’.

28 In vergelijkbare zin Asser/Sieburgh 6-III 2018/685.

29 En als de tekortkoming toerekenbaar is, is een schadevergoedingsverplichting aan de orde.

te verweren tegen de ontbinding van de overeenkomst: de tenzij-bepaling is geen zeldzame uitzondering en uiteindelijk moet in het kader van deze bepaling worden getoetst of de tekortkoming van voldoende gewicht is. Bovendien geeft de Hoge Raad aan dat ook *impliciet* een beroep op de tenzij-bepaling wordt gedaan. Meer ruimte voor de zich verwerende debiteur dus. Het is goed mogelijk dat het *Eigen Haard*-arrest daarmee een voedingsbodem gaat worden voor meer procedures over de vraag of ontbinding gerechtvaardigd is. De in de parlementaire geschiedenis geuite vrees dat verklaringen tot ontbinding achteraf spoedig ongeldig worden verklaard, hetgeen rechtsonzekerheid met zich brengt, kan zo waarheid worden. En omdat procedures over ontbinding geregeld *ex post* worden gevoerd, op het moment dat al ontbonden is en de crediteur met een andere wederpartij in zee is gegaan, kan dat vergaande consequenties hebben. Dat is wat mij betreft een nadelige consequentie van het *Eigen Haard*-arrest.³⁰

4.4 Relevante omstandigheden bij de tenzij-bepaling

De hierop volgende vraag is natuurlijk welke omstandigheden precies een rol spelen bij de invulling van de tenzij-bepaling. Artikel 6:265 BW expliciteert dat de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming en de gevolgen van ontbinding een rol spelen. De prejudiciële vraag lijkt te insinueren dat louter deze in de wet genoemde factoren van belang kunnen zijn,³¹ maar dat is te beperkt: alle omstandigheden van het geval kunnen volgens de Hoge Raad van belang zijn. Dat is niets nieuws en volgt al uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad.³² Wel verduidelijkt de Hoge Raad dat niet op voorhand één gezichtspunt beslissend kan zijn en dus dat ontbinding niet louter gerechtvaardigd is omdat de schuldeiser door een alternatieve remedie niet wezenlijk wordt benadeeld (r.o. 3.8.2). De Hoge Raad verwierpt hier overigens nogmaals³³ expliciet de leer van het redelijke alternatief van Bakels. Welke gezichtspunten zijn onder meer relevant? De Hoge Raad noemt er een paar bij naam (r.o. 3.8.2 en 3.8.3):

- De in de wet genoemde vereisten: de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming, de gevolgen van de ontbinding.³⁴
- Het bestaan van een voor de schuldenaar minder bezwarende alternatieve remedie die de positie van de

schuldeiser niet wezenlijk benadeelt. Ofschoon dat niet een allesbepalende factor is (zie boven), speelt dit gezichtspunt naast alle andere feiten en omstandigheden natuurlijk wel een rol.

- De ernst van de tekortkoming in de nakoming van een huurovereenkomst (bedrijfsruimte) in relatie tot het belang van de huurder bij voortzetting van de huurovereenkomst. Ook dit is geen allesbepalende factor, maar het is wel een gezichtspunt dat meeweegt.
- Het gaat om een tekortkoming van een beding dat de kern van de prestatie betreft.³⁵
- De omstandigheid dat de schuldenaar na het intreden van het verzuim alsnog is nagekomen.³⁶
- De aard van de overeenkomst.³⁷ Zo kan van belang zijn of de schuldenaar afhankelijk is van de instandhouding van de overeenkomst, zoals het geval is bij een huurovereenkomst van woonruimte, of bij een arbeidsovereenkomst.³⁸
- De aard en betekenis van het beding dat niet wordt nagekomen.³⁹
- De omstandigheid dat de schuldenaar zich niet bewust was van de tekortkoming.⁴⁰

Nieuwe inzichten zijn dit niet, want deze gezichtspunten volgen al uit eerdere rechtspraak, maar de Hoge Raad geeft wel een mooi overzicht van de omstandigheden die zoal relevant zijn, en benadrukt nogmaals dat één bepaalde omstandigheid nimmer allesbepalend kan zijn. Naast deze opsomming kunnen natuurlijk ook andere gezichtspunten relevant zijn, want bij de invulling van de tenzij-bepaling gaat het immers om *alle* omstandigheden van het geval. Bakels noemt bijvoorbeeld de hoedanigheid van contractspartijen als een gezichtspunt.⁴¹ Dat onderschrijf ik. Het is inderdaad relevant of het gaat om gelijkwaardige commerciële partijen, die uit het oogpunt van rechtszekerheid belang kunnen hebben bij een snel uit te oefenen ontbindingsrecht en die minder bescherming behoeven dan een ondergeschikte wederpartij.

4.5 De rol van de redelijkheid en billijkheid?

Het laatste aspect dat de Hoge Raad beroert bij de eerste prejudiciële vraag, is de ruimte die de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW)

30 In de in voetnoot 25 genoemde uitspraken wordt ook als uitgangspunt verwezen naar het vereiste van een tekortkoming van voldoende gewicht als nieuwe standaard voor het ontbindingsrecht.

31 De eerste prejudiciële vraag stelt dat de vraag of ontbinding gerechtvaardigd is, geschiedt '[...] aan de hand van de in de wet genoemde gezichtspunten'.

32 Bijv. HR 27 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2789, *NJ* 1999/197 (*De Bruin/Meiling*): de rechter moet 'bij de beoordeling van de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is om de ontbinding te rechtvaardigen, rekening [...] houden met alle omstandigheden van het geval'.

33 Zie reeds HR 24 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1859, *NJ* 1996/160 (*Tromp/Regency*).

34 Bakels 2011/67 voegt hier nog de mate van verwijtbaarheid van de tekortkoming aan toe. Ik vind dat niet een zwaarwegend gezichtspunt,

juist omdat ontbinding waardenneutraal is en ook kan plaatsvinden bij een niet-toerekenbare tekortkoming. Wel heeft de Hoge Raad bevestigd dat van belang kan zijn of en in hoeverre de debiteur (hier: medehuurder) wetenschap had van de tekortkoming die aanleiding geeft tot een ontbindingsdebat; zie bijv. HR 3 april 2009, *NJ* 2009/319, m.nt. P.A. Stein (*WonenBregburg/A*) en HR 9 december 2005, *NJ* 2006/153 (*S/Bergopwaarts*).

35 Ofschoon de Hoge Raad oordeelt dat in dit geval geen algemene regel kan worden aanvaard dat ontbinding pas mogelijk is als het belang van de schuldeiser bij ontbinding zwaarder weegt dan het belang van de schuldenaar bij instandhouding van de overeenkomst, is het wel van belang of een tekortkoming ziet op een ondergeschikte verbintenis. De Hoge Raad verwijst hier naar HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2993, *NJ*

2000/208, m.nt. J. Hijma (*Twickler/R*).

36 De Hoge Raad verwijst naar onder meer HR 3 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH0762, *NJ* 2009/319 (*WonenBregburg*) en HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4340 (*C/Staat*).

37 De Hoge Raad verwijst hier naar HR 4 februari 2000, *NJ* 2000/562, m.nt. J.B.M. Vranken (*Mol/Meijer*).

38 Zie ook Bakels 2011/66.

39 De Hoge Raad verwijst hier weer naar het *Twickler/R*-arrest.

40 De Hoge Raad verwijst naar HR 3 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH0762, *NJ* 2009/319 (*WonenBregburg*) en HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2952, *NJ* 2009/244 (*D/De Alliantie*).

41 Bakels 2011/68. Zie voor een aantal andere omstandigheden ook Asser/Sieburgh 6-III 2018/684.

speelt in ontbindingsvragen. In het *Mol/Meijer*-arrest kwam die verhouding al aan de orde.⁴² In die zaak ging het om een tekortkoming in de nakoming van verplichtingen uit hoofde van een omvangrijke Share Purchase Agreement. Anders dan te doen gebruikelijk bij dit type overeenkomsten, was het recht op ontbinding niet uitgesloten. De schuldenaar deed als laatste redmiddel nog een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid: naar zijn mening was een beroep op het ontbindingsrecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, juist vanwege de complexiteit die ontbinding van een Share Purchase Agreement met zich brengt. De Hoge Raad ging daar niet in mee, mede omdat de redelijkheid en billijkheid bij de invulling van de tenzij-bepaling al een rol spelen. De Hoge Raad bevestigt deze uitspraak, en lijkt de ruimte voor de redelijkheid en billijkheid nog iets kleiner te maken door te oordelen dat naast de tenzij-bepaling ‘weinig behoefte bestaat aan en dus weinig ruimte overblijft voor een daarvan te onderscheiden werking van de redelijkheid en billijkheid’. Wederom verschaft de Hoge Raad hier geen wezenlijk nieuwe inzichten, maar scherpt hij hoogstens het eerdere oordeel enigszins aan.

4.6 Antwoord op de eerste prejudiciële vraag?

Kort samengevat verstevigt de Hoge Raad in het *Eigen Haard*-arrest de fundamenteen die er al lagen, en geeft expliciet aan dat de tenzij-bepaling niet bij hoge uitzondering opgeld doet: materieel gaat het erom dat slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op ontbinding van de overeenkomst. Dat laatste is wat mij betreft een novum die het vrije ontbindingsrecht beperkt. De systematiek van artikel 6:265 BW blijft echter standvastig overeind staan: de schuldeiser kan ter onderbouwing van zijn ontbindingsrecht in eerste instantie volstaan met het aantonen van een tekortkoming. De schuldenaar moet aantonen dat *deze* tekortkoming gezien alle omstandigheden van het geval ontbinding niet rechtvaardigt.

Maar wat betekent dat nu voor de beantwoording van de prejudiciële vraag? De voorzieningenrechter vroeg zich immers af of artikel 6:265 lid 1 BW letterlijk moet worden uitgelegd in die zin dat iedere tekortkoming een ontbindingsbevoegdheid creëert, tenzij een uitzondering hierop gerechtvaardigd is aan de hand van de in de wet genoemde gezichtspunten. Omdat de vraag wat mij betreft onzuiver is geformuleerd en niet goed weergeeft waar het de voorzieningenrechter echt om te doen is (is voor ontbinding een gekwalificeerde vorm van een tekortkoming nodig ja of nee), is de beantwoording lastig. Want het is nog steeds zo dat iedere tekortkoming in beginsel een ontbindingsmogelijkheid *triggert*, tenzij de andere partij zich daartegen keert. In die zin is de ‘letterlijke’ uitleg van het bewuste artikel ongewijzigd gebleven.

Een antwoord op deze cryptische vraag kan wat mij betreft als volgt luiden: artikel 6:265 lid 1 BW moet onveranderd (letterlijk) worden uitgelegd, maar bij de invul-

ling van de tenzij-bepaling zijn niet alleen de wettelijke gezichtspunten van belang, maar alle feiten en omstandigheden van het geval.

5 Ontbinding van een huurovereenkomst inzake sociale huur

5.1 Achtergrond

De tweede prejudiciële vraag houdt verband met het feit dat het in de onderhavige zaak een huurovereenkomst inzake sociale huur betrof. Volgens de Amsterdamse voorzieningenrechter zou dat mogelijk een bijzonder regime kunnen rechtvaardigen. Maar waarom eigenlijk? Omdat daar een aantal belangen spelen die niet altijd bij andere overeenkomsten relevant zijn. Dat is in de eerste plaats het belang van de verhuurder en ook het algemene belang. Sociale huurwoningen zijn schaars in Amsterdam, en woonfraude zoals illegale onderhuur is een probleem. Op deze wijze worden aan de woningmarkt woningen onttrokken die eigenlijk bestemd zijn voor personen met een dringende woonbehoefte. Dit belang zou erop kunnen duiden dat woningcorporaties streng moeten kunnen optreden tegen illegaal gebruik van huurwoningen en dus spoedig huurovereenkomsten moet kunnen ontbinden. Anderzijds is daar het belang van de huurder, wiens elementaire recht op een woning wordt ontzegd indien een woningcorporatie te snel de huurovereenkomst kan ontbinden. Juist omdat betaalbare huurwoningen schaars zijn, zou dit belang kunnen betekenen dat ontbinding van een huurovereenkomst alleen op zwaarwegende gronden zou kunnen plaatsvinden.

5.2 Een ander regime voor huurovereenkomsten inzake sociale huur?

De vraag of een huurovereenkomst kan worden ontbonden, wordt net zoals elke andere overeenkomst beantwoord door artikel 6:265 BW. Wel bestaan enige bijzondere regels over de *wijze* van ontbinding. Zo schrijft artikel 7:231 BW voor dat ontbinding van overeenkomst inzake een gebouwde onroerende zaak, een woonboot of standplaats slechts door de rechter kan plaatsvinden. De materiële norm is echter gelijk aan elke andere soort overeenkomst. En volgens de Hoge Raad blijft dit zo. Dat is wat mij betreft een juist oordeel, want artikel 6:265 BW biedt inderdaad voldoende ruimte om aan de belangen van zowel huurder als verhuurder recht te doen.⁴³ Daar komt bij dat aan een der belangen naar mijn mening niet op voorhand een zwaarder gewicht toekomt: het belang van de sociale verhuurder om uit het oogpunt van de toedeling van huurwoning aan anderen snel tot ontbinding over te gaan, is even gerechtvaardigd als het belang van de tekortschietende huurder op voortzetting van zijn huurovereenkomst. Welk belang in een concreet geval prevaleert, is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval. En voor de afweging daarvan biedt artikel 6:265 BW voldoende ruimte. De Hoge Raad oordeelt dan ook terecht dat een ander regime niet nodig is.

⁴² HR 4 februari 2000, NJ 2000/562, m.nt. J.B.M. Vranken (*Mol/Meijer*).

⁴³ In vergelijkbare zin de noot S. van Gulijk bij dit arrest, *TBR* 2018/197, nr. 9.

5.3 En wat te doen met verstekzaken?

De Hoge Raad gaat echter verder dan dat en gaat naar aanleiding van de interventie van de Woonbond, die geen partij was bij deze prejudiciële procedure, maar wel gerechtigd was om schriftelijke opmerkingen te plaatsen (zie art. 393 lid 3 Rv), in op een niet-gestelde maar wel relevante (prejudiciële) vraag: wat moet de rechter doen als een huurder niet ter terechtzitting verschijnt? Dergelijke verstekzaken komen in het huurrecht geregeld voor en dat betekent dat geen actief beroep op artikel 6:265 BW wordt gedaan. Moet de rechter dan maar alle ontruimingsverzoeken toewijzen? De Hoge Raad voelt daar niets voor en wijst erop dat bij de ontbinding van een huurovereenkomst met betrekking tot woon- of bedrijfsruimte niet voor niets rechterlijke tussenkomst voorgeschreven is. Dat is gedaan omdat ontbinding bij dit soort overeenkomsten '[...] alleen op verantwoorde wijze kan [plaatsvinden] wanneer de rechter het gewicht van de tekortkoming in verhouding tot het woonbelang van de huurder vooraf beoordeelt'.⁴⁴ Dat betekent volgens de Hoge Raad ook dat een rechter in verstekzaken waar geen actief beroep op de tenzij-bepaling is gedaan, de ruimte heeft om ambtshalve te beoordelen of de tekortkoming gezien alle feiten en omstandigheden van het geval van voldoende gewicht is om de overeenkomst te dragen. Dat is een novum, want de rechter moet hier dus kennelijk ambtshalve toetsen, ofschoon de wetssystematiek dwingt tot een actief beroep op de tenzij-bepaling.⁴⁵ De Hoge Raad benadrukt in dit verband dat deze beoordelingsruimte in die zin praktisch wordt begrensd, dat de rechter natuurlijk alleen rekening kan houden met feiten en omstandigheden die hem bekend zijn. Het blijft natuurlijk wel de vraag hoe hij aan die wetenschap komt: mag hij actief op zoek gaan?

5.4 Antwoord op de tweede prejudiciële vraag?

Ook hier geeft de Hoge Raad geen specifiek antwoord op de prejudiciële vraag of bijzondere eisen moeten worden gesteld aan ontbinding van een overeenkomst van huur en verhuur van sociale woonruimte. Ik waag een poging. In die zin behoeven geen bijzondere eisen te worden gesteld aan ontbinding van huur en verhuur van sociale woonruimte dat geen bijzondere regel of bijzondere norm nodig is: toetsing vindt plaats aan de hand van de eisen van artikel 6:265 BW. In het kader van artikel 6:265 BW bestaat voldoende ruimte om aan de bijzondere belangen van zowel huurder als verhuurder bij de huur van sociale woonruimte aandacht besteden. Ook bij verstekzaken dient de rechter die ruimte te benutten.

6 Conclusie

De lijntjes bijeen. De Hoge Raad heeft een fundamenteel arrest gewezen, want het heeft de fundamenteen van het ontbindingsrecht verstevigd. Voor een groot deel waren die fundamenteen echter al aanwezig in eerdere rechtspraak, maar de Hoge Raad scherpt het ontbindingsregime ook op een aantal punten aan.

De Hoge Raad maakt om te beginnen duidelijk dat de systematiek onveranderd is gebleven en dat de schuld-eiser die een overeenkomst wil ontbinden kan volstaan met de stelling dat sprake is van een tekortkoming. Het is aan de debiteur om aannemelijk te maken dat ontbinding *niet* gerechtvaardigd is. Dat is niets nieuws.

Bij de invulling van de tenzij-bepaling brengt de Hoge Raad echter wel iets nieuws: hij oordeelt expliciet dat ontbinding slechts mogelijk is bij een tekortkoming van voldoende gewicht. Een beroep op de tenzij-bepaling wordt dus niet slechts in uitzonderlijke gevallen gehonoreerd en een vorm van een gekwalificeerde tekortkoming is dus nodig, althans zodra de schuldenaar zich op de tenzij-bepaling beroept. Verder is nieuw dat de Hoge Raad het vereiste dat de debiteur een beroep moet doen op de tenzij-bepaling afzwakt. Enerzijds door aan te geven dat een *expliciet* beroep niet altijd nodig is omdat zulks ook besloten kan liggen in het verweer van de schuldenaar dat geen sprake is van een tekortkoming. Anderzijds door te oordelen dat de rechter in verstekzaken bij sociale huur sowieso moet toetsen of de tekortkoming van voldoende belang is om ontbinding te kunnen rechtvaardigen.

Uit het arrest volgt dus dat ontbinding niet zomaar kan. Dat betekent dat de roep in de literatuur om relativisering van de ontbindingsbevoegdheid, en de gerechtelijke uitspraken die bij de toepassing van de ontbindings-clausule al de nodige ruimte namen om in menig geval ontbinding af te wijzen, genade vinden in de ogen van de Hoge Raad. Hijma had wat dat betreft in zijn noot bij het *Twickler*-arrest al een voorspellende blik, waar hij vaststelde dat de relativiseringsgedachte niet op een dood spoor is beland, maar dat '[d]enkbaar is dat die gedachten allengs leiden tot een intensiever gebruik van de uitzonderingsformule van artikel 6:265 lid 1, waarmee zij via de achterdeur toch het geldende recht beïnvloeden'.⁴⁶ Dat is precies de lijn die de Hoge Raad hier heeft gekozen.

Een fundamenteel arrest dus over een fundamenteel leerstuk in het contractenrecht. De uitkomst? De Hoge Raad aanvaardt dat een vorm van een fundamentele tekortkoming nodig is voor ontbinding, maar wel binnen de bestaande wettelijke systematiek. ■

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1978/79, 14249, 11, p. 3.

⁴⁵ Zie ook de noot van T. Gardenbroek bij dit arrest, *JHV* 2018/29 en over de rechtsgrond(en) voor

ambtshalve toetsing in dit geval de noot van F.J.P. Lock bij het *Eigen Haard*-arrest, *JBPR* 2018/61, nr. 5-12.

⁴⁶ HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000/208, m.nt. J. Hijma (*Twickler/R*).