

Artikel

Ontbinding: effectief wapen of zwaard van Damocles?

Mr. I.W.M. Olthof*

1. Inleiding

In het ‘jurisprudentiejaar’ 2018 heeft de Hoge Raad een aantal arresten gewezen waarin de ontbinding van overeenkomsten aan de orde kwam.¹ In het bijzonder noemenswaardig is het arrest *Eigen Haard/X*.² Hierin beantwoordt de Hoge Raad prejudiciële vragen die waren gesteld door de Rechtbank Amsterdam en komt de verhouding tussen de in artikel 6:265 van het Burgerlijk Wetboek (BW) opgenomen hoofdregel en uitzondering in volle omvang aan de orde. Voor dit arrest heeft de Hoge Raad zich lange tijd niet hoeven uitspreken over de toepassing van de in artikel 6:265 BW neergelegde vereisten voor ontbinding, terwijl daaraan in de praktijk wel behoefte bestaat. Dit instrument kan namelijk nogal eens tot onzekere situaties leiden, met name omdat voor partijen niet altijd duidelijk is of de ingeroepen ontbinding het beoogde effect zal sorteren. In deze bijdrage zal daarom worden onderzocht of dit arrest de gewenste sturing geeft aan de praktijk.

Kenmerkend voor ontbinding is onder meer dat deze buitengerechtelijk kan worden ingeroepen. De toepassing lijkt naar de letter van de wet bovendien laagdrempelig. Artikel 6:265 BW schrijft immers voor 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. Het is vervolgens aan de wederpartij om, indien deze zich niet in de ontbinding kan vinden, aan te voeren dat de tekortkoming deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt (de zogenoemde ‘tenzijbepaling’).³ Deze discussie zal in de praktijk veelal voor de rechter worden gevoerd, ook als de overeenkomst eerst buitengerechtelijk is ontbonden. Indien de rechter tot het oordeel komt dat de door de schuldeiser ingeroepen ontbinding inderdaad niet kan worden gerechtvaardigd door de gestelde tekortkoming, kan hij de ontbindingsverklaring nietig verklaren.⁴ Hiermee wordt niet nietigheid in de zin van artikel 3:40 BW bedoeld, maar nietigheid in de zin dat de ontbinding geen rechtsgevolg heeft gehad. Dat heeft niet alleen tot gevolg dat de overeenkomst partijen nog steeds bindt, maar ook dat de partij die de ontbinding had ingeroepen in verzuim is komen te verkeren. Uit de ontbindingsverklaring mocht haar wederpartij immers afleiden dat zij niet meer zou nakomen, waardoor verzuim als bedoeld in artikel 6:83 sub c BW is ingetreden. Zij heeft bovendien haar prestaties niet meer verricht doordat zij in de veronderstelling verkeerde dat de overeenkomst was ontbonden. Achteraf gezien had zij deze prestaties nog wel moeten verrichten, aangezien de ontbinding nooit heeft plaatsgevonden. Deze situatie kan verstrekkende gevolgen hebben en brengt voor beide partijen onzekerheid met zich. Dit roept de vraag op hoe de op het oog laagdrempelige toets van artikel 6:265 BW in de rechtspraak wordt toegepast. Volstaat inderdaad iedere tekortkoming voor een succesvol beroep op ontbinding? Dient de rechter terughoudend te zijn bij het toekennen van een beroep op de tenzijbepaling, die tenslotte als uitzondering op de

15

* Mr. I.W.M. Olthof is advocaat bij Loyens & Loeff N.V. in Rotterdam.

1. Zie bijv. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:426 (*Alert c.s./Stichting Jeroen Bosch Ziekenhuis*); HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915 (*Wave/ABN AMRO*); HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2255 (*JED Textiles/X*).

2. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 (*Woningstichting Eigen Haard/X*).

3. Zie HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1217 (*Abbas/Woningbouwvereniging*).

4. Vgl. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684 (*G4/Hanzevast*).

hoofregel is geformuleerd? Welke omstandigheden spelen eigenlijk een rol bij deze beoordeling?

Deze vragen komen aan bod in het arrest Eigen Haard/X. In het vervolg van deze bijdrage zal ik de inhoud van dit arrest bespreken. Daarbij zal ik onder meer ingaan op de vraag in hoeverre dit arrest duidelijkheid verschaft over de houdbaarheid van een beroep op ontbinding van een overeenkomst en de hanteerbaarheid van de regeling zoals uitgelegd door de Hoge Raad in de praktijk. Aan de hand van uitspraken van feitenrechters zal vervolgens worden onderzocht hoe de regeling momenteel wordt toegepast, welke omstandigheden door deze rechters relevant worden geacht bij hun afweging in het kader van de tenzij-bepaling en of hieraan bepaalde handvatten kunnen worden ontleend die partijen bij het opstellen van hun overeenkomsten en het beëindigen daarvan kunnen toepassen. Ik zal afronden met een aantal praktische tips voor de partijen bij deze overeenkomsten en hun adviseurs.

2. Eigen haard is niet altijd goud waard

Woningstichting Eigen Haard wenst de huurovereenkomst die zij met X heeft gesloten te ontbinden en de sociale huurwoning die zij op grond van die overeenkomst aan X heeft verhuurd te ontruimen. Volgens Eigen Haard heeft X in strijd met de overeenkomst gedurende ruim een halfjaar kosteloos onderdak verleend aan een gezin, zonder daarvoor toestemming te vragen aan Eigen Haard. In kort geding ziet de voorzieningenrechter zich voor de vraag gesteld of de gestelde tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt.⁵ Hij legt de Hoge Raad de vraag voor of artikel 6:265 BW letterlijk moet 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. Daarnaast wil hij weten of bijzondere eisen moeten worden gesteld aan de ontbinding van overeenkomsten voor de verhuur van sociale woonruimte.

De Hoge Raad geeft college in een uitvoerig gemotiveerd arrest dat doorweven is met verwijzingen naar eerdere jurisprudentie. In het arrest wordt ook geciteerd uit de parlementaire geschiedenis, waarin onder meer nadruk wordt gelegd op de rechtszekerheid die van belang is bij de beoordeling in het kader van de tenzij-

bepaling. In het algemeen moet een schuldeiser erop kunnen vertrouwen dat hij recht heeft op ontbinding en moet zijn ontbindingsverklaring niet te snel nietig worden verklaard, aldus de parlementaire geschiedenis. Hieruit kan volgens de Hoge Raad echter niet worden afgeleid dat de tenzij-bepaling, die immers tekstueel is vormgegeven als uitzondering op de hoofregel, ook slechts bij uitzondering kan worden toegepast of slechts op zeldzame gevallen betrekking heeft. Hoewel artikel 6:265 BW volgens de Hoge Raad in zijn rechtspraak nooit anders is uitgelegd, is dit – voor zover mij bekend – het eerste arrest waarin dit expliciet is overwogen.⁶

Deze verhouding tussen de hoofregel en uitzondering is volgens de Hoge Raad vergelijkbaar met de structuur van artikel 6:74 BW, die eveneens de opzet kent van hoofregel en uitzondering. Ook de ontbindingsregeling moet volgens de Hoge Raad zo worden begrepen:

‘Zoals in laatstgenoemd artikel de hoofregel 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 hoofregel 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.’

De structuur van hoofregel en tenzij-bepaling heeft tot gevolg dat de schuldeiser bij een beroep op ontbinding moet stellen en zo nodig bewijzen dat sprake is van een tekortkoming van de schuldenaar (en van verzuim waar vereist). De schuldenaar moet stellen en zo nodig bewijzen dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. Deze verdeling acht de Hoge Raad gerechtvaardigd doordat de omstandigheden die een beroep op de tenzij-bepaling inkleuren in de regel ook in het domein van de schuldenaar liggen. Volgens de Hoge Raad wordt de schuldenaar door dit systeem ook niet in zijn belangen geschaad. In de eerste plaats is het aan de schuldeiser om aan te tonen dat sprake is van een tekortkoming en, waar vereist, van verzuim. Vervolgens heeft de schuldenaar de mogelijkheid om zijn verzuim te zuiveren (artikel 6:86 BW)⁷ en kan hij een beroep doen op de tenzij-bepaling.

Bij deze redenering is naar mijn mening een kanttekening te plaatsen. Inderdaad is het eerste vereiste dat de schuldeiser aantoont dat de schuldenaar is tekortgeschoten en – voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is – dat de schuldenaar in verzuim verkeert. In die zin wordt een drempel opgeworpen voor de

5. De voorzieningenrechter die deze vragen stelde, mr. Bakels, pleitte eerder in zijn promotie al voor een meer proportionele benadering, in die zin dat ontbinding slechts mogelijk zou moeten zijn indien de partij die wenst te ontbinden geen minder vergaande middelen ten dienste staan: F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, en later ook F.B. Bakels, *Wederkerige overeenkomsten en ontbinding wegens tekortkoming*, Monografieën Nieuw BW B58, Deventer: Kluwer 1994.

6. In de literatuur is hier al wel eerder op gewezen: zie bijvoorbeeld W.L. Valk, *Het recht op ontbinding in de praktijk van de rechtspraak*, NTBR 2003/3, p. 133.

7. Een aanbod tot zuivering voldoet aan de eisen van art. 6:86 BW indien de schuldenaar niet alleen aanbiedt om de al ingetreden schade te vergoeden, maar ook de ingevolge art. 6:105 BW te verwachten toekomstige schade (HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2255 (JED Textiles/X)).

schuldeiser voor een beroep op ontbinding en wordt de schuldenaar beschermd tegen al te lichtvaardige toepassing van dit rechtsmiddel. Deze drempel kan in de praktijk echter nogal eens opzij worden gezet. Zo is verzuim niet in alle situaties vereist, bijvoorbeeld in geval van blijvende of tijdelijke onmogelijkheid.⁸ Daarnaast treedt het recht op ontbinding bij een toekomstige tekortkoming (*anticipatory breach*) in de zin van artikel 6:80 BW al in voordat van verzuim sprake is. Dit is bijvoorbeeld het geval indien vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn. Voor de gevallen waarin verzuim wel is vereist, bepaalt artikel 6:82 lid 1 BW dat de schuldenaar met een schriftelijke aanmaning in gebreke wordt gesteld en hem een redelijke termijn wordt gesteld om correct na te komen. Indien correcte nakoming na het verstrijken van die termijn uitblijft, verkeert de schuldenaar in verzuim. De gedachte is dat een schuldenaar op deze manier niet ineens wordt geconfronteerd met een ontbindingsverklaring, maar hij altijd een herstelmogelijkheid krijgt. Wissink wijst er in zijn conclusie bij Eigen Haard/X echter op dat de uitzonderingen op deze regel talrijk zijn.⁹ Zo is een ingebrekestelling niet vereist indien een fatale termijn geldt voor de prestatie (art. 6:83 sub a BW),¹⁰ bijvoorbeeld indien deze termijn is overeengekomen, voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid¹¹ of bij vonnis is bepaald. Het sturen van een ingebrekestelling is ook niet vereist indien de schuldenaar weigert na te komen (art. 6:83 sub b BW) of als dit om een andere reden niet van de schuldeiser kan worden gevegd (art. 6:248 lid 2 BW). In de praktijk betekent dit dat de schuldenaar in veel gevallen geen kans krijgt om alsnog te presteren of zijn verzuim te zuiveren en de schuldeiser de overeenkomst – na het stellen van een tekortkoming – zonder nadere waarschu-

wing kan ontbinden.¹² Daar komt bij dat de ontbindingsmogelijkheid in veel overeenkomsten zodanig wordt ingericht dat een beroep door de wederpartij op de tenzij-bepaling nagenoeg kansloos is.¹³ De door de Hoge Raad geuite beschermingsgedachte (te weten bescherming van de schuldenaar tegen al te laagdrempelige ontbindingsbevoegdheid van de schuldeiser) wordt hierdoor in belangrijke mate uitgehold.

Anderzijds is het naar mijn mening zo dat een beroep op ontbinding wel degelijk wat vraagt van de stelplicht van de ontbinder (in spe). Weliswaar voldoet in beginsel ‘iedere tekortkoming’ en is de ontbinder niet eens verplicht om de gronden van de ontbinding in zijn verklaring op te nemen,¹⁴ hij zal toch het zekere voor het onzekere willen nemen om te voorkomen dat zijn ontbindingsverklaring achteraf alsnog nietig wordt verklaard. Deze sanctie hangt immers al die tijd als een zwaard van Damocles boven zijn hoofd. Zijn verplichting om aan te tonen waaruit de tekortkoming bestaat, zal – zowel bij buitengerechtelijke ontbinding als in een gerechtelijke procedure – daarom in de regel meebrengen dat hij toch in elk geval de gronden van zijn beroep op ontbinding vermeldt. Zonder deze gronden zal een schuldenaar naar mijn inschatting minder genegen zijn zich neer te leggen bij de ingeroepen ontbinding. In sommige situaties kan het daarnaast geraden zijn dat de schuldeiser het belang toelicht van de verbintenis waarin de schuldenaar naar zijn mening is tekortgeschoten en wat de nadelige gevolgen daarvan voor hem zijn. Tegelijkertijd zal de schuldeiser willen voorkomen dat hij zijn positie al te zeer prijsgeeft en de verweermiddelen voor de schuldenaar alvast invult. Daarmee zou hij zichzelf juist in de voet schieten. Enige motivering van de ontbinding kan mijns inziens het risico verkleinen dat de schuldeiser loopt op vernietiging van zijn ontbinding en stelt de schuldenaar op zijn beurt in een betere positie om te beoordelen of een beroep op de tenzij-bepaling succesvol zal zijn. Ook zal hij beter in staat zijn zich te verweren tegen de door de schuldeiser aangedragen feiten en omstandigheden. Voor zover al sprake zou zijn van een verstoord evenwicht wordt de balans hiermee wat mij betreft in het voordeel van de schuldenaar hersteld en zijn de belangen van de schuldenaar ten aanzien van de stelplicht en de bewijslast voldoende beschermd. De Hoge Raad gaat vervolgens in op de te maken belangenafweging en tekent aan dat – anders dan in de prejudiciële vraag wordt verondersteld – bij de beoordeling van een beroep op de tenzij-bepaling alle omstandig-

8. Hiervan is bijv. sprake indien huurpenningen niet tijdig zijn betaald, overlast is veroorzaakt, een geheimhoudingsbeding is geschonden of een verplichting tot het verlenen van spoedig herstel niet is nagekomen; dergelijke tekortkomingen liggen in het verleden en kunnen niet meer worden nagekomen. Zie hierover HR 11 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4925 (Schwarz/Gnjatovic); HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4122 (Fisser/Tycho); HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6997 (Elbrink/Halfman).
9. Conclusie A-G Wissink bij HR 28 september 2018 (Woningstichting Eigen Haard/X), ECLI:NL:PHR:2018:787, onder 2.2.2.
10. Een voor voldoening bepaalde termijn kan ook volgen uit de aard van de prestatie, zoals het leveren van pootaardappelen op een zodanig moment dat deze voldoende tijd hebben om te ontkiemen en een volwaardige opbrengst te realiseren (HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9348, NJ 2010/83 (Moerings/Mol)). Zie anders het oordeel van het hof dat voorafging aan HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3144. Uit dit oordeel (r.o. 2.5) volgt dat de afspraak dat de aanneemwerkzaamheden zijn afgerond voordat het regen- en orkaanseizoen start, niet voldoende bepaald is. Dit oordeel wordt in cassatie niet bestreden. In P.S. Bakker, 173. Ingebrekestelling en verzuim - enige opmerkingen naar aanleiding van HR 15 december 2017, RvdV 2018/42, ECLI:NL:HR:2017:3144, ORP 2018/6, p. 4-10 wordt mede aan de hand van voornoemde arresten geconcludeerd dat een ontwikkeling gaande is van deformalisering en versoepeling van het leerstuk van verzuim en ingebrekestelling. Een termijn van dertig werkbare dagen in een aanneemovereenkomst werd wel als voldoende bepaalbaar en daarmee fataal geacht; het overeenkomen van een bepaalde datum is niet nodig, zo volgt uit Hof Arnhem-Leeuwarden 20 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10102, r.o. 4.7.
11. HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, NJ 2003/257 (Fraanje/Götte).

12. Zie over de verzuimregeling meer uitgebreid V. van Brink, Verzuim en ingebrekestelling (deel 1), MvV 2015/10, p. 182-186; V. van Brink, Verzuim en ingebrekestelling (deel 2), MvV 2015/11, p. 198-203.
13. Denk hierbij bijvoorbeeld aan bepalingen waarin ontbinding mogelijk is indien een van de partijen in staat van faillissement wordt verklaard, de bedrijfsactiviteiten staakt of een wijziging in de zeggenschap van de vennootschap ondergaat (de zogenoemde *change of control*-bepaling). Deze afwijkingen op de wettelijke ontbindingsregeling zijn mogelijk, omdat de regeling van regeland recht is.
14. De gronden voor ontbinding kunnen bovendien nog worden aangevuld met omstandigheden die na het uitbrengen van de verklaring hebben plaatsgevonden: HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6997 (Elbrink/Halfman).

heden van het geval van belang zijn en niet slechts ‘de in de wet genoemde gezichtspunten’. Dat betekent dat de in artikel 6:265 BW genoemde omstandigheden, te weten de bijzondere aard en geringe betekenis van de tekortkoming, niet limitatief zijn en ook andere gezichtspunten een rol kunnen spelen. Dit was al lange tijd vaste rechtspraak.¹⁵ De overweging dat alle omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn bij een beroep op de tenzij-bepaling brengt volgens de Hoge Raad ook mee dat niet op voorhand aan één omstandigheid beslissende betekenis toekomt.¹⁶ Het is dus niet zo dat niet-naleving van bedingen die de kern van de overeengekomen prestatie betreffen in beginsel grond voor ontbinding opleveren en dat niet-naleving van andere bedingen slechts tot ontbinding kunnen leiden na afweging van het belang van de schuldeiser bij ontbinding tegen het belang van de schuldenaar bij voortzetting van de overeenkomst. Voor het op voorhand maken van dit onderscheid zag de Hoge Raad in Twickler/R¹⁷ geen grond. Dit arrest wordt vaak, en zo nu ook door de Hoge Raad, in één adem genoemd met Mol/Meijer.¹⁸ Hierin werd overwogen dat het de schuldeiser in beginsel vrijstaat te kiezen voor ontbinding, ook wanneer hem een minder bezwaarlijke mogelijkheid van redres ter beschikking staat.

Dit betekent overigens niet dat deze omstandigheden in het geheel geen rol spelen. De Hoge Raad overweegt dat het bestaan van een minder bezwaarlijk alternatief (zoals bij Mol/Meijer) een omstandigheid is die bij de beoordeling van het beroep op die tenzij-bepaling kan worden betrokken,¹⁹ net als de aard en betekenis van het beding waarin de schuldenaar is tekortgeschoten (zoals bij Twickler/R). Andere voorbeelden die worden genoemd zijn de omstandigheid dat de schuldenaar alsnog betaalt,²⁰ de aard van de overeenkomst²¹ en de vraag of de schuldenaar zich bewust was van de tekortkoming.²² Ik leid hieruit af dat de Hoge Raad de ‘ontbindingspoort’ wijd openhoudt, in die zin dat hij geen drempels

opwerpt voor de schuldeiser door extra eisen te stellen aan de tekortkoming. Vervolgens geeft de Hoge Raad echter ruim baan aan de schuldenaar om aan de hand van alle relevante omstandigheden aan te tonen dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt.

Al deze omstandigheden dienen overigens wel in het kader van die tenzij-bepaling aan de orde te komen; voor een beroep op de redelijkheid en billijkheid is hiernaast slechts beperkt ruimte.²³ Dit laatste lijkt mij geen onredelijke inperking van de positie van de schuldenaar. Hij kan alle omstandigheden die in zijn ogen van belang zijn immers naar voren brengen bij zijn beroep op de tenzij-bepaling. Terwijl de rechter bij een beroep op de tenzij-bepaling aldus een ruime beoordelingsvrijheid heeft, dient hij bij een beroep op artikel 6:248 BW juist terughoudend te zijn. Deze grondslag zou nog uitkomst kunnen bieden indien de schuldenaar gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen dat de schuldeiser geen beroep meer zou doen op ontbinding.²⁴ Tegelijkertijd zie ik niet in waarom ook die situatie niet in het kader van artikel 6:265 BW kan worden getoetst. Van een onevenwichtige situatie zou naar mijn inschatting enkel sprake kunnen zijn indien artikel 6:265 BW contractueel is uitgesloten of de schuldenaar verzuimt een beroep te doen op de tenzij-bepaling. Ook in laatstgenoemde situatie is een ruimere toepassing van artikel 6:248 BW wat mij betreft echter niet wenselijk. Van een schuldenaar mag op zijn minst worden verwacht de tenzij-bepaling in te roepen indien hij het niet eens is met de ontbinding, althans omstandigheden aan te dragen die in die richting wijzen. Rechters blijken in de praktijk ruimhartig met het ‘inlezen’ van een dergelijk beroep in het verweer van de schuldenaar.²⁵ Een afzonderlijke beoordeling in het kader van artikel 6:248 BW zou mijns inziens bovendien leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van het wettelijke systeem.²⁶ De schuldenaar zou via artikel 6:248 BW dezelfde discussie nogmaals kunnen voeren. Naar mijn mening is dit niet alleen overbodig, maar kan dit bovendien leiden tot verwarring over de vraag hoe beide grondslagen zich tot elkaar verhouden.

Het voorgaande brengt de Hoge Raad wat mij betreft logischerwijs tot de conclusie dat voor overeenkomsten voor sociale woonruimte geen behoefte bestaat aan bijzondere ontbindingsregels. Het is aan de feitenrechter om aan de hand van alle omstandigheden van het geval te beoordelen of de tekortkoming van voldoende gewicht is om de ontbinding te rechtvaardigen. In geval van sociale huur zal de huurder het in die belangenafweging met name moeten hebben van de aard van de overeenkomst, zo overweegt Wissink in zijn conclusie bij dit arrest. Nieuw is wel de overweging dat de rechter deze beoordelingsruimte ook heeft indien tegen de huurder verstek is verleend. De Hoge Raad wijst erop

15. Zie o.a. HR 11 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4400, NJ 1983/695 (Gallas/Mozes en Oskam); HR 27 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2789, NJ 1999/197 (De Bruin/Meiling).

16. Vgl. HR 24 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1859, NJ 1996/160 (Tromp/Regency), r.o. 5; HR 27 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2789, NJ 1999/197 (De Bruin/Meiling).

17. HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2993, NJ 2000/208 (Twickler/R).

18. HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728, NJ 2000/562 (Mol/Meijer Beheer).

19. HR 24 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1859, NJ 1996/160, (Tromp/Regency), r.o. 5.

20. HR 11 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4400, NJ 1983/695 (Gallas/Mozes en Oskam); HR 10 augustus 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0673, NJ 1992/715 (Lensink/Van Koppenhagen).

21. HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728, NJ 2000/562 (Mol/Meijer Beheer). In dit arrest lag de ontbinding voor van een overnameovereenkomst. Bij dat type contracten is het vaak lastig de over en weer verrichte prestaties ongedaan te maken, om welke reden ontbinding vaak wordt uitgesloten (‘you can’t unscramble scrambled eggs’). Dat was in dit geval echter niet gebeurd. Zie hierover o.a. R.J. Tjittes, Remedies bij inbreuken op garanties in overnamecontracten, *Contracteren* 2015/4, p. 106-114.

22. HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2952, NJ 2009/244 (D/De Alliantie); HR 3 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH0762, NJ 2009/319 (WonenBregburg/B).

23. Zo volgt ook uit HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728, NJ 2000/562 (Mol/Meijer Beheer), r.o. 3.4.

24. Vgl. Valk 2003, p. 136-137.

25. Zie bijv. conclusie A-G Wissink bij HR 28 september 2018 (Woningstichting Eigen Haard/X), ECLI:NL:PHR:2018:787, onder 2.13; Valk 2003, p. 134-135.

26. Zie in gelijke zin Valk 2003, p. 136-137.

dat deze beoordelingsruimte ligt besloten in de omstandigheid dat de wet rechterlijke tussenkomst voor de ontbinding van huurovereenkomsten dwingend voorschrijft. Om die reden lijkt ambtshalve toepassing van de tenzij-bepaling door de rechter vooralsnog beperkt tot huurzaken.²⁷ De vraag is wel in hoeverre deze ambtshalve toepassing de huurder – jegens wie de ontbinding in de regel zal worden ingeroepen – zal baten. Wissink wijst er in zijn conclusie mijns inziens terecht op dat veelal specifieke informatie van de huurder nodig zal zijn om de gevolgen van de ontbinding voor die huurder te kunnen waarderen.²⁸

De Hoge Raad bevestigt voor het overige de heersende leer, met dien verstande dat, zoals gezegd, wordt verduidelijkt dat de tenzij-bepaling niet terughoudend of in uitzonderingsgevallen moet worden toegepast. Aldus is de Hoge Raad kennelijk van oordeel dat de regels voor ontbinding zoals in dit arrest nader toegelicht deugen, zelfs voor overeenkomsten die zien op sociale huurwoningen. De gevolgen van ontbinding van dit type overeenkomsten zullen voor de bewoners immers vaak schrijnend zijn. Het lijkt er echter op dat de scherpe randjes van ontbinding voor de Hoge Raad voldoende kunnen worden weggenomen met de tenzij-bepaling als slijptol. Deze uitkomst zal de huurder en zijn medebewoners van de sociale huurwoning in dit arrest weinig helpen in de strijd tegen Eigen Haard, die voor hen geen goud waard blijkt te zijn. De voorzieningenrechter zal immers moeten roeien met de riemen die hij al had en kan aan de enkele omstandigheid dat de overeenkomst betrekking heeft op sociale huur geen extra argumenten ontlenuen om ontruiming te voorkomen.

3. De tenzij-bepaling in de praktijk

Hoewel de antwoorden op de gestelde prejudiciële vragen wat mij betreft begrijpelijk en geheel in lijn zijn met Twickler/R, Mol/Meijer en andere jurisprudentie van de Hoge Raad, vraag ik mij af of dit arrest – ook buiten de context van sociale huur – de gewenste sturing geeft aan de praktijk. Uit het arrest volgt weliswaar dat het beroep op ontbinding door de schuldeiser laagdrempelig is, maar ook dat een rechter niet terughoudend hoeft te zijn bij het toekennen van een beroep op de tenzij-bepaling. Bij die beoordeling dient bovendien op voorhand in gelijke mate rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Dit lijkt zowel de schuldeiser als de schuldenaar weinig houvast te geven over het antwoord op de vraag of de overeenkomst nou wel of niet ‘in staat van ontbinding’ verkeert. Beide

partijen hebben er belang bij te weten welke omstandigheden de balans bij de beoordeling van een beroep op ontbinding in het voordeel van de schuldeiser of juist de schuldenaar laten doorslaan. Het Eigen Haard-arrest verschaft dit inzicht niet. Uitspraken van feitenrechters kunnen mogelijk wel meer helderheid verschaffen over de wijze waarop in de praktijk met een beroep op ontbinding wordt omgegaan. Voor deze bijdrage zijn daarom uitspraken van hoven en rechtbanken uit 2018 onderzocht en is getracht de omstandigheden in kaart te brengen die in deze uitspraken naar voren komen.²⁹

Hoewel met deze bijdrage wordt beoogd handvatten te geven voor de algemene contractspraktijk, wordt uit dit onderzoek duidelijk dat verreweg de meeste uitspraken betrekking hebben op huurovereenkomsten. Het is de vraag in hoeverre deze uitspraken representatief zijn voor andere soorten overeenkomsten. In de uitspraken is de huurder veelal een natuurlijk persoon die in bepaalde mate afhankelijk is van de verhuurder. Deze afhankelijkheidsrelatie komt met name tot uitdrukking in de belangen die in het kader van de tenzij-bepaling worden afgewogen. Hierbij staat veelal het belang van de verhuurder om de overeenkomst te ontbinden tegenover het belang van de huurder bij behoud van zijn woonruimte. Daarnaast bestaat de tekortkoming die voor de verhuurder heeft geleid tot een beroep op ontbinding in de meeste gevallen uit het veroorzaken van overlast, illegale praktijken en ander misbruik van de woonruimte of het hebben van een betalingsachterstand. Dergelijke omstandigheden kunnen voor andere overeenkomsten een andere invulling en weging krijgen. Bij commerciële contracten bijvoorbeeld, die in de regel uitvoerig worden onderhandeld tussen professionele partijen die zijn bijgestaan door deskundige adviseurs, zijn partijen in de regel veel minder afhankelijk van elkaar en wordt niet een van beide partijen wettelijk beschermd. Om die reden kan ik mij voorstellen dat de omstandigheden die bij huurovereenkomsten een rol spelen niet per definitie ook (in dezelfde mate) van belang zijn voor ander-soortige overeenkomsten. Desalniettemin geven de hierna weergegeven uitspraken, waaronder ook een aantal niet-huurzaken, een interessant inkijkje in de omstandigheden-catalogus die in de rechtspraak wordt gehanteerd bij een beroep op de tenzij-bepaling. Een aantal omstandigheden kan, zoals hierna zal blijken, wat mij betreft ook van belang zijn bij de onderbouwing van c.q. het verweer tegen een beroep op ontbinding van overeenkomsten buiten de context van (sociale) huur.

3.1 Risico's voor de woonomgeving

Het houden van een hennepkwekerij in de woning van de huurder blijkt veel jurisprudentie op te leveren. In de onderzochte zaken voeren rechtbanken en hoven een

27. Eerder volgde uit o.a. HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1217 (Abbas/Woningbouwvereniging), ook een huurzaak, nog dat de rechter deze tenzij-bepaling niet ambtshalve toetst en dat het aan de schuldenaar is om een beroep te doen op deze bepaling.

28. Conclusie A-G Wissink bij HR 28 september 2018 (Woningstichting Eigen Haard/X), ECLI:NL:PHR:2018:787, onder 3.6.3.

29. Voor dit onderzoek zijn uitspraken geselecteerd die zijn gewezen in de periode van 1 januari 2018 tot en met 1 december 2018 en waarin een beroep op de tenzij-bepaling is gedaan. Niet alle uitspraken worden in deze bijdrage vermeld. Uitspraken die zozeer zijn verweven met de feiten dat daaruit geen conclusies van algemene aard voor dat type overeenkomsten kunnen worden getrokken, zijn bijv. niet meegenomen in het onderzoek.

zerotolerancebeleid en valt de belangenafweging vrijwel altijd uit in het voordeel van de verhuurder.³⁰ In veel zaken wordt gewezen op het feit dat een hennepkwekerij of het hebben van drugs risico's voor de woonomgeving, waaronder brandgevaar, schade en andere overlast, met zich kan brengen.³¹ Deze risico's hoeven zich voor een geslaagd beroep op ontbinding niet daadwerkelijk te hebben verwezenlijkt; de gedachte is dat van de verhuurder niet kan worden gevergd dat hij wacht tot overlast ontstaat.³² In veel uitspraken wordt gewezen op het belang van het voorkomen van precedentwerking.³³ De omstandigheden die de huurder in deze procedures aanvoert om te voorkomen dat hij uit zijn woning wordt gezet, worden door de rechter steeds terzijde geschoven. Zo worden de woonbelangen en de psychische problemen van de huurder niet van voldoende gewicht geacht om te kunnen afdoen aan het belang van de verhuurder bij ontbinding.³⁴ Het hof overweegt dat het in eerste instantie aan de huurder zelf is om de nadelige gevolgen van een ontruiming te voorkomen of te beperken. Het risico voor de woonomgeving wordt niet alleen benadrukt in de hiervoor genoemde hennepzaken. Ook in woningen waarin bijvoorbeeld vuurwapens worden aangetroffen, wordt gehandeld in harddrugs of andere criminele activiteiten worden ontplooid speelt deze omstandigheid een rol.³⁵ In lijn met deze uitspraken kan ik mij voorstellen dat bijvoorbeeld de openbare orde ook bij andere contracten door de schuldeiser met succes als verweer kan worden gevoerd tegen een beroep van de schuldenaar op de tenzij-bepaling.

3.2 Overtreding van een expliciet verbod

In de onderzochte hennepzaken lijkt niet doorslaggevend of het gebruik van het gehuurde voor deze praktijken expliciet is verboden in de huurovereenkomst. Een expliciet verbod in een huurovereenkomst wordt wel als relevante omstandigheid meegewogen, omdat in die gevallen de huurder actief op de hoogte is gesteld van de mogelijke gevolgen van niet-nakoming van dit verbod.³⁶ Indien een dergelijk verbod niet is opgenomen, wordt bijvoorbeeld verwezen naar de verplichting om zich als

een goed huurder te gedragen (art. 7:213 BW).³⁷ Deze norm zal mede worden ingekleurd door de omstandigheid dat in veel hennepzaken sprake is van een overtreding van de Opiumwet, waarnaar in veel zaken wordt verwezen. In één zaak, waarin een verbod was opgenomen in de algemene voorwaarden, wordt zelfs overwogen dat de huurder 'temeer' met de gevolgen rekening had moeten houden omdat het een feit van algemene bekendheid is dat veel sociale verhuurders op dit punt een zerotolerancebeleid voeren. Het ontbreken van een expliciete verbodsbepaling in de overeenkomst lijkt de rechter in deze gevallen dus niet te weerhouden van het toewijzen of in stand houden van de ontbinding. Omgekeerd kan ik mij voorstellen dat een expliciet verbod in een overeenkomst een beroep op ontbinding (ook in niet-huurzaken) kansrijker maakt, omdat de schuldenaar in die situatie op de hoogte is of zou moeten zijn van de gevolgen van niet-nakoming van die bepaling.

3.3 Rechtvaardige verdeling van schaarse sociale woonruimte

Veel van de onderzochte huurzaken zien op de situatie waarin een huurder zijn woning (mede) in gebruik heeft gegeven aan derden. In de uitspraken waarin deze situatie zich voordoet wordt, naast de signaalfunctie, gewezen op het belang van een rechtvaardige verdeling van schaarse sociale woonruimte.³⁸ In de uitspraken wordt erop gewezen dat het niet de bedoeling is dat huurders hun sociale huurwoning als 'melkkoe' gebruiken, ook niet als de huurder gedetineerd is of de verhuurder eerdere onderhuur heeft gedoogd.³⁹ Ontbinding wegens een dergelijke tekortkoming wordt daarom veelal toegewezen, zelfs indien het verbod niet expliciet in de huurovereenkomst is opgenomen.⁴⁰ Uitzondering hierop is een zaak waarin een sociale huurwoning via Airbnb werd verhuurd.⁴¹ Hoewel de woningstichting, wederom Eigen Haard, belang hecht aan preventieve werking en strikte handhaving van het gebruik van het gehuurde, en bovendien expliciet in haar huurvoorwaarden heeft opgenomen dat verhuur via bijvoorbeeld Airbnb is verboden, wordt ontbinding niet gerechtvaardigd geacht omdat de gevolgen voor de huurder verstrekkend zijn. De rechtbank overweegt dat de huurder schoolgaande kinderen heeft, die bovendien begeleiding van jeugdzorg krijgen. De omstandigheid dat Eigen Haard ruim negen maanden heeft gewacht met het starten van de procedure nadat zij de overtreding bij de huurder had gemeld, draagt volgens de rechtbank daarnaast niet bij aan de beoogde preventieve werking. Opvallend in deze zaak is dat de rechtbank overweegt dat de tenzij-bepaling van artikel 6:265 BW terughoudend moet worden toegepast, onder meer omdat dit in de aard van die bepaling beslo-

30. Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8115; Hof Den Bosch 31 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3257; Hof Den Bosch 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2679; Rb. Rotterdam 9 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9381.

31. Zie bijv. Hof Amsterdam 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2847; Hof Den Bosch 3 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1422.

32. Zie bijv. Hof Den Bosch 17 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1612; Hof Den Bosch 6 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:903; Rb. Limburg 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:7390; Rb. Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4360.

33. Zie bijv. Hof Den Bosch 3 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1422; Hof Den Bosch 6 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:903; Rb. Limburg, 12 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8545; Rb. Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4360.

34. Hof Den Bosch 6 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:903.

35. Hof Den Bosch 2 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:40; Rb. Oost-Brabant 11 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1670; Rb. Noord-Holland 21 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2364.

36. Rb. Limburg 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:7390; Rb. Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4360; Rb. Oost-Brabant 9 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1645; Rb. Limburg 7 februari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:1112.

37. Hof Amsterdam 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2847.

38. Hof Amsterdam 4 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3250; Rb. Rotterdam 10 augustus 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6417; Rb. Rotterdam 29 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5074; Rb. Noord-Holland 29 mei 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:4584.

39. Hof Amsterdam 4 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3250.

40. In die situatie werd gewezen op goedhuurderschap: Rb. Amsterdam 19 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5129.

41. Rb. Amsterdam 20 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7828.

ten zou liggen. Dit laatste lijkt gelet op het recente Eigen Haard-arrest van de Hoge Raad niet juist.⁴² Deze omstandigheid lijkt uitsluitend relevant bij huur-zaken. Toch zou een schuldeiser aan de hand van deze jurisprudentie wat mij betreft kunnen beargumenteren dat ook andere vormen van misbruik van publieke mid-delen (zwaar) dienen mee te wegen bij de beslissing van een rechter om de overeenkomst te ontbinden.

3.4 Duur van de tekortkoming

De duur van de tekortkoming speelt in diverse onder-zochte uitspraken een rol, onder meer bij zaken waarin een huurder is gehouden het gehuurde (zelf) bewoond te houden. Deze verplichting komt ook voor in overeen-komsten buiten de context van sociale huur. In een zaak waarin de huurder in strijd met dit verbod had gehan-deld, laat het hof de daaropvolgende ontbinding door de verhuurder in stand, mede vanwege de lange periode waarin het gehuurde had leeggestaan en de huurder dus niet had voldaan aan zijn bewonersverplichting.⁴³ Opvallend aan deze uitspraak is dat het hof daarnaast afzonderlijk en uitgebreid toetst aan artikel 6:248 lid 2 BW. Dit lijkt mij niet in lijn met de beperkte ruimte die de Hoge Raad voor ogen staat met de toepassing van artikel 6:248 BW naast de tenzij-bepaling uit artikel 6:265 BW.⁴⁴ Ook het jarenlang voortduren van overlast kan door de rechter aanleiding zijn de ontbinding toe te wijzen, zelfs indien de huurder naar eigen zeggen in een noodsituatie terechtkomt doordat hij door zijn financiële situatie geen alternatieve woonruimte kan krijgen en het met zijn psychische klachten en medicijngebruik onwenselijk is als hij zonder woon- of verblijfplaats komt te verkeren.⁴⁵

Deze omstandigheid speelt niet alleen in huurovereen-komsten een rol. In het kader van een overeenkomst tot aanneming van werk had de opdrachtgever dusdanig lang verzuimd aan de aannemer data op te geven waarop herstelwerkzaamheden konden worden verricht, dat volgens het hof niet kan worden gesproken van een tekortkoming die gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis de ontbinding van de aannemingsovereen-komst niet kan rechtvaardigen.⁴⁶ Andersom kan een kortstondige overtreding of een overtreding die zich uit-strekt over een beperkte periode bijdragen aan het oor-deel dat ontbinding niet is gerechtvaardigd.⁴⁷ De duur van de tekortkoming lijkt daarmee een omstandigheid die van belang kan zijn bij een beroep op ontbinding van verschillende soorten overeenkomsten.

3.5 Belangen van derden

Voor het wegen van de belangen van een derde die geen partij is bij de overeenkomst die is of dreigt te worden ontbonden, lijkt in de praktijk weinig ruimte te zijn. In een van de onderzochte uitspraken had de broer van de huurder de exploitatie van het gehuurde café feitelijk overgenomen zonder dat daarvoor toestemming was gevraagd aan de verhuurder. De verhuurder wenst de overeenkomst te ontbinden. De exploitant is naar eigen zeggen voor zijn broodwinning afhankelijk van het café, terwijl zijn broer slechts 10% ontvangt van de resultaten van het café. Het hof overweegt dat de belangen van de broer buiten beschouwing blijven en dat de gevolgen van de ontbinding voor de huurder niet zo verstrekkend zijn dat ontbinding een te zware sanctie zou zijn.⁴⁸ Tot eenzelfde oordeel komt het hof in een vergelijkbare zaak waarin een derde partij zich in het gehuurde hotel had gevestigd.⁴⁹ Daarin overweegt het hof dat aan het belang van die partij bij het voortduren van de overeenkomst in het kader van de te maken afweging ‘geen zwaar gewicht’ toekomt.

Het lijkt mij dat deze omstandigheid ook voor andere dan huurovereenkomsten van belang kan zijn. In begin-sel zullen immers enkel de contractspartijen rechten – en bescherming – kunnen ontlenen aan de overeenkomst en zal met de belangen van derden in mindere mate rekening worden gehouden.⁵⁰

3.6 Aangeboden alternatieven

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad⁵¹ blijkt dat het bestaan van een redelijk alternatief de schuldeiser niet hoeft te weerhouden van een beroep op ontbinding, maar dat deze omstandigheid wel kan worden meegewo-gen in het kader van de tenzij-bepaling. Deze lijn wordt gevolgd in de volgende zaak. Een leverancier had dak-platen verkocht en geleverd aan de koper. De koper beriep zich op ontbinding omdat de dakplaten niet aan de gestelde eisen voldeden.⁵² De leverancier meende dat de tekortkoming van geringe betekenis was omdat de afwijking geen nadeel voor de koper opleverde en hij bovendien een prijsreductie had aangeboden. Het hof gaat hier niet in mee, met name omdat een deskundige had vastgesteld dat de dakplaten niet geschikt waren voor het beoogde gebruik. Het verweer van de leveran-cier dat de gevolgen van de ontbinding (terugbetaling van de koopsom en teruglevering van waardeloze dak-platen) voor hem groot zijn, terwijl minder nadelige oplossingen voorhanden zijn, mag hem niet baten. Het hof oordeelt dat de andere door de leverancier gedane voorstellen *too little too late* zijn: niet alleen worden deze pas na de ontbinding voorgesteld, ze vormen bovendien geen deugdelijk alternatief. Desalniettemin kan uit deze

42. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 (Woningstichting Eigen Haard/X).

43. Hof Arnhem-Leeuwarden 10 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3298.

44. HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728, NJ 2000/562 (Mol/Meijer Beheer), hetgeen is bevestigd in HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 (Woningstichting Eigen Haard/X).

45. Rb. Limburg 7 februari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:1112. Zie in gelijke zin Rb. Limburg 25 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3941.

46. Hof Den Haag 5 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1283.

47. Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1247.

48. Hof Amsterdam 1 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1483.

49. Hof Amsterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:44.

50. Het uitgangspunt dat een overeenkomst alleen de partijen daarbij bindt is in de jurisprudentie herhaaldelijk genuanceerd, zoals recentelijk in HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355 (X/Compaen) en eerder in HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069 (Vleesmeesters/Alog).

51. HR 24 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1859, NJ 1996/160 (Tromp/Regency), r.o. 5.

52. Hof Den Bosch 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2682.

uitspraak wat mij betreft wel worden afgeleid dat een tijdig en deugdelijk aangeboden alternatief ontbinding van de overeenkomst nog kan afwenden. Het kan voor de schuldenaar daardoor nuttig zijn dit aanbod naar voren te brengen bij een beroep op de tenzij-bepaling.

3.7 Kernverplichtingen en nevenverplichtingen

De lijn die de Hoge Raad met onder meer Twickler/R heeft uitgezet, wordt in de lagere rechtspraak goeddeels gevolgd. In een zaak waarin de ontbinding van een vaststellingsovereenkomst was ingeroepen, verweerde de benadeelde partij zich met de stelling dat zij slechts een nevenverplichting had geschonden waarover niet is onderhandeld en die door haar ongevraagd in de overeenkomst is opgenomen. Het hof oordeelt dat dit gegeven de tekortkoming in de nakoming van die verplichting nog niet beperkt van betekenis maakt.⁵³ In een andere zaak ontbond Xenosite de overeenkomst op grond waarvan Pranger vorderingen van Xenosite diende te incasseren. Volgens Xenosite heeft Pranger onder meer te hoge incassotarieven in rekening gebracht, waardoor zij in strijd heeft gehandeld met de wettelijke regeling. Het hof herhaalt eerst de in artikel 6:265 BW neergelegde maatstaf en overweegt vervolgens dat Pranger is tekortgeschoten in een kernverplichting. Pranger heeft volgens het hof onvoldoende onderbouwd dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. Ook in een andere zaak verwijst de rechtbank naar ‘essentiële verplichtingen’ of ‘hoofdverplichtingen’.⁵⁴ In geen van de onderzochte uitspraken wordt echter op voorhand een onderscheid gemaakt tussen kern- en nevenverplichtingen, maar weegt de rechter de zwaarte van de bepaling mee als omstandigheid bij zijn belangenafweging. Dit lijkt mij juist in het licht van de eerdergenoemde jurisprudentie.

3.8 Aard van de overeenkomst

In huurzaken is het niet ongebruikelijk dat huurders een ‘laatstekanscontract’ in de vorm van een vaststellingsovereenkomst wordt aangeboden om te voorkomen dat zij uit hun woning worden gezet. Dit gebeurt vaak nadat zij eerder zijn tekortgeschoten in de nakoming van één of meer verplichtingen uit hun huurovereenkomst. Het hof oordeelt dat bij dergelijke contracten niet snel geoordeeld kan worden dat een tekortkoming in de nakoming van de vaststellingsovereenkomst de ontbinding van de huurovereenkomst *niet* rechtvaardigt.⁵⁵ Aldus kan de aard van de overeenkomst (en de achtergrond daarvan) een factor zijn die de balans eerder in het voordeel van de ontbindende partij doet uitslaan.

53. Hof Arnhem-Leeuwarden 10 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3329.

54. Rb. Rotterdam 10 augustus 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6417; Rb. Rotterdam 22 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5210.

55. Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1247. In dit geval trok de partij die zich op ontbinding had beroepen bij de belangenafweging overigens alsnog aan het kortste eind, omdat de huurder zich volgens het hof voldoende had inspannen om de situatie te verbeteren.

3.9 Inspanningen tot herstel van de situatie

De huurder kan soms de ontbinding of de nadelige gevolgen daarvan voorkomen door zich in te spannen om de situatie te verbeteren.⁵⁶ Deze omstandigheid speelt met name een rol bij zaken waarin sprake is van een betalingsachterstand van de huurder.⁵⁷ Ook al volgt uit jurisprudentie van de Hoge Raad dat een dergelijke tekortkoming niet meer ongedaan kan worden gemaakt en grond voor ontbinding kan opleveren,⁵⁸ blijkt hier in de lagere rechtspraak coulant mee te worden omgegaan. Andersom kan vanzelfsprekend het zich onvoldoende inspannen van de huurder om de situatie te verbeteren in het nadeel van de huurder uitvallen.⁵⁹ Dit is zelfs zo als de gevolgen voor de huurder groot zijn. In een zaak waarin de huurder onder meer aanvoert dat hij op 70-jarige leeftijd zwerft van noodopvang naar jeugdherberg, overweegt het hof dat dat niet opweegt tegen het feit dat de huurder een grote huurschuld heeft, de woning ernstig vervuult en verwaarloost, overlast veroorzaakt en onvoldoende meewerkt aan inspecties en onderhoud van de woning.⁶⁰ Tegelijkertijd meen ik dat het aanvoeren van inspanningen van de schuldenaar om zijn tekortkoming op te heffen bij een dreigende ontbinding van een overeenkomst in het voordeel van die schuldenaar kan meewegen, ook buiten de context van (sociale) huur.

3.10 Analyse

In de meeste van deze uitspraken wordt de ontbinding in stand gelaten c.q. toegewezen en delft de schuldenaar het onderspit. Dit kan erop wijzen dat een beroep op artikel 6:265 BW – in lijn met het Eigen Haard-arrest – inderdaad laagdrempelig is en de schuldeiser erop kan vertrouwen dat zijn recht op ontbinding wordt gehonoreerd. Tegelijkertijd meen ik dat in veel van de onderzochte uitspraken de tekortkoming dusdanig ernstig was dat de belangen van de schuldenaar niet opwogen tegen ontbinding. Dit betekent mijns inziens veeleer dat de aangevoerde omstandigheden ontoereikend waren dan dat met de belangen van de schuldenaar onvoldoende rekening wordt gehouden. Hoewel in de meeste gevallen het beroep op de tenzij-bepaling niet succesvol is, toetst de rechter in deze gevallen wel steeds aan deze bepaling door de aangevoerde omstandigheden af te wegen. Van enige terughoudendheid lijkt, een enkele uitzondering

56. Zie bijv. Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1247.

57. Hof Den Bosch 30 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:350; Rb. Rotterdam 31 augustus 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7284. Voor huurachterstanden wordt in de rechtspraak doorgaans aangenomen dat een achterstand van minder dan drie maanden van te geringe betekenis is om de ontbinding van de huurovereenkomst en de daaraan verbonden ont ruiming te rechtvaardigen.

58. Zie bijv. HR 11 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4925 (Schwarz/Gnjatovic).

59. Zie voor huurachterstanden bijv. Hof Den Bosch 27 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4878; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9224; Rb. Oost-Brabant 25 oktober 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:5460; Rb. Limburg 4 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8598; Rb. Rotterdam 22 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5210; Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:201.

60. Hof Amsterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:37.

daargelaten,⁶¹ geen sprake. De regels voor ontbinding zoals uiteengezet in het Eigen Haard-arrest en eerdere jurisprudentie worden in de onderzochte jurisprudentie in de meeste gevallen correct toegepast.⁶²

De uitspraken geven daarnaast, meer dan het Eigen Haard-arrest, inzicht in de omstandigheden die worden meegewogen. Wat opvalt is dat deze zeer uiteenlopend van aard zijn. De omstandigheden die in een bepaalde zaak relevant worden geacht lijken sterk samen te hangen met de aard van de overeenkomst en de aard van de tekortkoming. Bij een verplichting tot een nalaten zal vaak de duur van de tekortkoming een relevante factor zijn. In zaken waarin overlast, schade of andere risico's voor de woonomgeving bestaan, zoals vaak het geval is bij het houden van drugs of wapens in de woning, rechtvaardigt de ernst van de tekortkoming nagenoeg altijd de ontbinding en is weinig ruimte voor het (woon)belang van de huurder. Voor de belangen van de huurder bestaat ook weinig ruimte indien sprake is van een tekortkoming die lange tijd duurt of als de huurder zich niet of nauwelijks inspant om de situatie te verbeteren. Deze twee omstandigheden spelen met name in situaties waarin de huurder het gehuurde niet zelf bewoont respectievelijk een forse huurachterstand heeft opgebouwd.

Interessant voor het vervolg van de procedure in Eigen Haard/X na terugverwijzing zijn wat mij betreft de uitspraken die zijn gegeven over het café respectievelijk hotel dat in gebruik was gegeven aan derden, niet zijnde de huurders zelf.⁶³ In beide uitspraken overweegt de rechter met zoveel woorden dat met de belangen van deze derden niet of slechts beperkt rekening wordt gehouden in het kader van de tenzij-bepaling. Deze uitspraken zullen X, die zijn woning deelde met een ander gezin, tegenover Eigen Haard waarschijnlijk niet helpen, zo is mijn inschatting. Desalniettemin kan de belangenafweging van de voorzieningenrechter alsnog anders uitvallen, bijvoorbeeld indien de duur van de tekortkoming of andere omstandigheden daartoe aanleiding geven.

4. Afronding

Welke lessen kunnen wij nu uit vorenstaande uitspraken trekken? Met het arrest Eigen Haard/X wordt enerzijds bevestigd dat iedere tekortkoming voldoende is voor een beroep op ontbinding. Anderzijds kunnen alle relevante omstandigheden in gelijke mate worden meegewogen bij een beroep op de tenzij-bepaling. Dit geeft beide partijen een ruim speelveld. Zowel schuldeiser als schuldenaar zou zijn voordeel kunnen doen met deze en andere uitspraken en zijn beroep op respectievelijk ver-

weer tegen ontbinding kunnen onderbouwen met één of meer van deze omstandigheden. De partij die zich beroept op ontbinding kan bijvoorbeeld stellen dat de wat hem betreft geschonden bepaling een kernverplichting inhoudt, de tekortkoming lang heeft geduurd en de gevolgen van deze tekortkoming voor hem nadelig zijn. De schuldenaar kan op zijn beurt onder meer aanvoeren dat de gestelde tekortkoming niet van wezenlijk belang is, van korte duur was, geen grote gevolgen heeft en de tekortkoming en de gevolgen daarvan inmiddels (gedeeltelijk) zijn weggenomen. Al deze omstandigheden worden door feitenrechters, mits goed gemotiveerd, relevant geacht bij de discussie over de houdbaarheid van de ontbinding.

Met name op de vraag of een bepaling een kernverplichting inhoudt kan in de overeenkomst zelf al worden voorgesorteerd. In de praktijk ziet men dat veel overeenkomsten bepalen dat ontbinding slechts mogelijk is bij een wezenlijke tekortkoming of *fundamental breach*, wellicht naar Angelsaksisch model of naar het voorbeeld van het Weens Koopverdrag (WKV).⁶⁴ Hiermee wordt de structuur van stelplicht en bewijslast die volgt uit artikel 6:265 BW gewijzigd. Het is dan aan de partij die zich beroept op ontbinding om niet alleen de tekortkoming maar ook de ernst daarvan te onderbouwen.⁶⁵ Dit kan de kans van een geslaagd beroep op ontbinding verkleinen. Tegelijkertijd bestaat vooraf meer zekerheid over de omstandigheden waaronder een beroep op ontbinding wel slaagt. Om discussie te voorkomen over de vraag wat wordt bedoeld met 'wezenlijk' of 'fundamenteel' is het aan te raden deze begrippen te definiëren of, beter nog, expliciet te verwijzen naar de relevante bepalingen uit de overeenkomst.

Ook indien het contract niet een wezenlijke tekortkoming vereist, is het aan te raden om in de overeenkomst expliciet de sanctie van ontbinding op niet-nakoming te verbinden aan bepalingen die voor partijen van belang zijn. Hierdoor wordt meer zekerheid gecreëerd over de houdbaarheid van ontbinding op die grond. Uit de onderzochte uitspraken blijkt dat een dergelijke expliciete bepaling als relevante omstandigheid in het voordeel van de ontbindende partij wordt meegewogen. Een expliciete voorziening in de overeenkomst voorkomt overigens niet altijd dat andere bepalingen uit de overeenkomst – waaraan de consequentie van ontbinding niet met zoveel woorden is verbonden – via de wettelijke regeling ook tot ontbinding kunnen leiden indien is voldaan aan de vereisten van artikel 6:265 BW. Tegelijkertijd staat voor de schuldenaar naar mijn

61. Rb. Amsterdam 20 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7828.

62. Met uitzondering van de hiervoor genoemde uitspraken van Rb. Amsterdam, 20 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7828; Hof Arnhem-Leeuwarden 10 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3298.

63. Hof Amsterdam 1 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1483; Hof Amsterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:44.

64. Volgens art. 25 WKV is een tekortkoming wezenlijk als deze leidt tot zodanige schade voor de andere partij dat haar in aanmerkelijke mate wordt onthouden wat zij uit hoofde van de overeenkomst mag verwachten, tenzij de partij die tekortschiet dit gevolg niet heeft voorzien en een redelijk persoon van dezelfde hoedanigheid in dezelfde omstandigheden het evenmin zou hebben voorzien. Ontbinding wordt verder geregeld in de art. 49 lid 1 en 51 lid 2 WKV (door de koper), 64 lid 1 sub a WKV (door de verkoper) en 72 lid 1 en 73 lid 1 en 2 (door beide partijen).

65. Zie hierover ook H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Beëindigingsbesprekingen zijn helemaal het einde, of toch niet?, *Contracteren* 2018/2, p. 51-52.

mening ook bij tekortkomingen die in de overeenkomst als wezenlijk zijn gekwalificeerd of waarop expliciet de sanctie van ontbinding is gesteld, nog een beroep op de tenzij-bepaling van artikel 6:265 BW open. Een tekortkoming kan namelijk wel wezenlijk zijn, maar gelet op de overige omstandigheden wellicht toch onvoldoende zwaar om de ontbinding te rechtvaardigen. Indien men wil voorkomen dat de wettelijke regeling van ontbinding op deze manier doorwerkt in de overeenkomst, zal men deze regeling expliciet in de overeenkomst moeten uitsluiten.

Deze maatregelen nemen niet weg dat de schuldenaar lang kan blijven stilzitten voor hij zich tegen de ontbindingsverklaring verweert met de stelling dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. Hierdoor blijft bij beide partijen onzekerheid bestaan over de vraag of de ontbinding slaagt. Een schuldeiser zou er daarom voor kunnen kiezen om in zijn buitengerechtelijke ontbindingsverklaring een redelijke termijn te stellen waarbinnen de schuldenaar tegen deze ontbinding dient op te komen. Deze oplossing is niet waterdicht, met name omdat de termijn niet is overeengekomen. Wel zou lang stilzitten van de schuldenaar in die situatie kunnen bijdragen aan het gerechtvaardigd vertrouwen van de schuldeiser dat zijn ontbinding het door hem beoogde effect heeft gesorteerd. Partijen zouden ook kunnen overwegen de termijn voor het opkomen tegen een eventuele ontbindingsverklaring al bij voorbaat op te nemen in hun overeenkomst, op straffe van verlies van het recht op die grond ontbinding in te roepen.

Kortom: met heldere contractuele afspraken vooraf en het aanreiken van de juiste omstandigheden aan de rechter indien het toch tot een procedure komt blijft ontbinding wat mij betreft een effectief wapen voor de schuldeiser, maar is de schuldenaar in zijn strijd niet helemaal weerloos. De feitenrechters lijken in 2018 op basis van de bestaande en in Eigen Haard bevestigde regels in elk geval in voldoende mate rekening te hebben gehouden met de belangen van beide partijen.