

Over het effect van een contractuele afwijking van de wettelijke ontbindingsregeling

Bb 2023/44

In deze bijdrage wordt het arrest van de Hoge Raad van 7 juli 2023 (ECLI:NL:HR:2023:1071) besproken. Dit arrest gaat over de vraag wanneer een schuldeiser bevoegd is om een overeenkomst te ontbinden. Daarbij komt aan de orde welke betekenis het voor partijen kan hebben indien zij afspraken hebben gemaakt die (mogelijk) afwijken van de wettelijke ontbindingsregeling.

1. Inleiding

Schuldeisers die worden geconfronteerd met een partij die – ook na ingebrekestelling – tekortschiet in de nakoming van een verplichting, overwegen vaak een ontbinding van de overeenkomst. Dat lijkt vaak eenvoudig omdat een ontbinding gerealiseerd kan worden door het versturen van een enkele ontbindingsbrief en zonder tussenkomst van de rechter. Het ontbinden van een overeenkomst is echter niet risicoloos. In de praktijk worden vele procedures gevoerd over de vraag of een ontbindingsverklaring effect heeft gesorteerd. Schuldeisers die ten onrechte een ontbindingsverklaring uitbrengen, kunnen veroordeeld worden tot nakoming en/of vergoeding van de schade die de schuldenaar (inmiddels) heeft geleden. De beslissing om te ontbinden moet dus weloverwogen worden genomen.

Uit de wet volgt dat iedere tekortkoming de schuldeiser de bevoegdheid geeft om een overeenkomst te ontbinden. Voor zover nakoming nog mogelijk is, ontstaat die bevoegdheid nadat het verzuim van de schuldenaar is ingetreden. Dit uitgangspunt wordt genuanceerd door de zogeheten ‘tenzij-bepaling’: ‘tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.’ Over de betekenis en reikwijdte van deze bepaling zijn door de jaren heen diverse arresten geweest. In overeenkomsten wijken partijen echter regelmatig af van de wettelijke ontbindingsregeling. In het arrest van 7 juli 2023 oordeelt de Hoge Raad over de vraag hoe de rechter die moet beoordelen of een ontbinding effect heeft gesorteerd om moet gaan met dergelijke afspraken.² Deze uitspraak wordt hierna, aan de hand van een schets van de wettelijke ontbindingsregeling, besproken.

2. Juridisch kader: ontbinding en de betekenis van ‘tenzij’

2.1 Hoofdregeel

Uit art. 6:265 lid 1 BW volgt dat iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen, de wederpartij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst

geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Indien nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, kan de schuldeiser de overeenkomst pas ontbinden, wanneer de schuldenaar in verzuim is.

Een schuldeiser die de overeenkomst wenst te ontbinden, kan dat doen door een schriftelijke verklaring of door een vordering in te stellen bij de rechter (art. 6:267 BW). De schuldeiser kan kiezen voor gehele of gedeeltelijke ontbinding. In de ontbindingsverklaring en/of de voorafgaande ingebrekestelling zal de schuldeiser meestal ook de reden van de ontbinding omschrijven. De rechter die achteraf moet beoordelen of een buitengerechtelijke ontbindingsverklaring terecht is uitgebracht, mag bij deze beoordeling echter ook een gebrek betrekken dat ten tijde van de ontbindingsverklaring nog niet aan het licht was getreden.³

2.2 De toepassing van de tenzij-bepaling

Over de toepassing van de tenzij-bepaling heeft de Hoge Raad over de jaren heen diverse arresten gegeven. Hoewel uit de parlementaire geschiedenis lijkt te volgen dat nagenoeg elke tekortkoming aanleiding zou moeten kunnen vormen voor ontbinding en dat de tenzij-bepaling omwille van de rechtszekerheid zeer terughoudend moet worden toegepast, heeft de Hoge Raad aan deze bepaling een ruimhartigere betekenis toegekend. Zo heeft de Hoge Raad in 2018, in het arrest *Eigen Haard*, expliciet overwogen dat 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, onjuist is. In *Eigen Haard* heeft de Hoge Raad daarnaast een overzicht gegeven van de rechtspraak op dit gebied.⁴ Een aantal relevante uitgangspunten staan hieronder benoemd.

1. De hoofdregel en de tenzij-bepaling uit art. 6:265 lid 1 BW brengen samen de materiële rechtsregel tot uitdrukking dat slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op (gehele of gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst. Deze maatstaf is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid en stemt overeen met vaste rechtspraak van de Hoge Raad, zowel onder het oude recht als onder het huidige recht.⁵
2. De structuur van de hoofdregel en tenzij-bepaling brengt mee dat de schuldeiser moet stellen en zo nodig bewijzen dat sprake is van een tekortkoming aan de

³ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, NJ 2008/605 (*Amsing/Dijkstra-Post*).

⁴ HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 (*Eigen Haard*).

⁵ Onder verwijzing naar (oud recht) HR 11 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4400, NJ 1983/695, rov. 3.3 (*Gallas/Mozes en Oskam*) en HR 10 augustus 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0673, NJ 1992/715, rov. 3.3 (*Lensink/Van Koppenhagen*), en (huidig recht) HR 3 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH0762, NJ 2009/319, rov. 3.4 en 3.7 (*WonenBrebreg//B*) en HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4340, rov. 3.40 (*[C]/Staat*).

¹ Renske Verhoeff is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht.

² HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1071.

zijde van de schuldenaar (en indien verzuim vereist is, dat het verzuim is ingetreden). Het is vervolgens aan de schuldenaar om de omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen die zien op toepassing van de tenzij-bepaling.⁶

3. Bij de vraag of ontbinding in een concreet geval gerechtvaardigd is, zijn niet alleen de in de wet genoemde gezichtspunten relevant (bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming; gevolgen van de ontbinding), maar moet ook worden gekeken naar de overige omstandigheden van het geval.⁷
4. Omstandigheden die bijvoorbeeld een rol kunnen spelen zijn: het feit dat een schuldenaar na het intreden van verzuim de achterstallige bedragen alsnog heeft betaald, de aard van de overeenkomst, de aard en betekenis van het beding in de naleving waarvan de schuldenaar is tekortgeschoten, de omstandigheid dat de schuldenaar zich niet bewust was van de tekortkoming en het bestaan van een voor de schuldenaar minder bezwaarlijke mogelijkheid van redres. Maar, let wel:
 - De enkele grond dat de schuldeiser door een ander remedie te kiezen dan ontbinding (zoals bijvoorbeeld nakoming met schadevergoeding) niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren, brengt niet mee dat de schuldeiser – als de wanprestatie van de wederpartij zodanig is dat deze de ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt – de overeenkomst niet kan ontbinden.⁸
 - Ook de omstandigheid dat de schuldeiser zou kunnen kiezen voor een voor de schuldenaar minder bezwaarlijke mogelijkheid van redres, brengt niet automatisch mee dat de schuldeiser de overeenkomst niet kan ontbinden.⁹
 - Dat een tekortkoming niet de kern van de overeengekomen prestatie betreft, betekent niet dat ontbinding alleen mogelijk is als de schuldeiser stelt en bewijst dan zijn belang bij ontbinding zwaarder weegt dan het belang van de schuldenaar bij instandhouding van de overeenkomst.¹⁰
5. Omdat in het kader van art. 6:265 lid 1 BW alle omstandigheden een rol spelen en de toepassing van de tenzij-bepaling op de redelijkheid en billijkheid gebaseerd is, bestaat er in de praktijk weinig behoefte en blijft er weinig ruimte over voor een daarvan te onderscheiden werking van de redelijkheid en billijkheid.¹¹

2.3 De gevolgen van ontbinding

De ontbinding van de overeenkomst bevrijdt partijen van de verbintenissen die door de ontbinding zijn getroffen. Zijn deze verbintenissen al nagekomen? Dan ontstaat een verplichting tot ongedaanmaking van de ontvangen prestaties

(art. 6:271 BW). Als de aard van de prestatie uitsluit dat deze ongedaan wordt gemaakt, dan treedt daarvoor een waardevergoeding in de plaats (art. 6:272 BW).

Indien de ontbindingsverklaring niet gerechtvaardigd was, dan zijn partijen nog steeds gebonden aan de overeenkomst en is bovendien het verzuim van degene die de ontbindingsverklaring aflegde ingetreden.¹² De partij die wordt geconfronteerd met de onterechte ontbinding kan in dat geval dus nakoming vorderen en/of aanspraak maken op vergoeding van de (inmiddels) geleden schade.

2.4 Regelend recht

De hiervoor geschetste wettelijke regels over ontbinding zijn voor contracten tussen professionele partijen (*b2b*) van regelend recht.¹³ Partijen kunnen dus afspraken maken die afwijken van de wettelijke ontbindingsregeling. Zij kunnen bijvoorbeeld de situaties waarin de overeenkomst kan worden ontbonden uitbreiden, of juist de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden geheel uitsluiten. Ook kunnen partijen de gevolgen van een ontbinding anders regelen (door bijvoorbeeld af te spreken dat er na ontbinding geen ongedaanmakingsverbintenissen zullen ontstaan). Afwijkende afspraken over het leerstuk van ontbinding zullen in beginsel gelden, maar er zit wel een grens aan. Uit art. 6:248 lid 2 BW volgt namelijk dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regeling niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zou zijn. Deze bepaling kan niet door partijen buiten toepassing worden verklaard, maar moet wel terughoudend door de rechter worden toegepast.¹⁴

3. Bespreking HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1071

3.1 Casus

In de zaak die heeft geleid tot het arrest van 7 juli 2023, was de volgende casus aan de orde.

Eind juni 2018 sluiten Vastgoed en Beachhotel een huur-overeenkomst, waarbij Beachhotel van Vastgoed een hotel huurt in Cadzand-Bad met 32 hotelkamers, inclusief restaurant, bar, wellness en zwembad. De eigenaar van het hotel (de verhuurder van Vastgoed) heeft plannen om het hotel op termijn te slopen en te vervangen door nieuwbouw. Vastgoed staat er tegenover de eigenaar van het hotel voor in dat het hotel tot die tijd geëxploiteerd wordt en verhuurt het hotel met dit doel aan Beachhotel. In artikel 12 van de huurovereenkomst, spreken partijen diverse garanties met elkaar af. Ook spreken partijen af dat Vastgoed (verhuurder) in geval van schending boetes verbeurt en dat Beachhotel (huurder) in dat geval het recht heeft om de overeenkomst per direct te ontbinden:

6 HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4122, NJ 2007/343, rov. 5.2 (*[A]/Tycho*).

7 HR 27 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2789, NJ 1999/197, rov. 3.4 (*De Bruin/Meiling*).

8 HR 24 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1859, NJ 1996/160, rov. 5 (*Tromp/Regency*).

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

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

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

12 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684 (*G4/Hanzevast*).

13 Voor het consumentenrecht gelden uitzonderingen. Zie bijvoorbeeld art. 6:236 sub b BW.

14 Zie ook de conclusie van A-G Hartlief bij het arrest HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1071, overweging 3.6.

- “a) Verhuurder garandeert: (...)
- dat de huidige exploitatie van het hotel, restaurant, zwembad, wellness, etc. voldoet aan alle eisen van volksgezondheid, brandveiligheid, overige veiligheid in de ruimste zin des woords en alle mogelijke overheidsvoorschriften in de ruimste zin des woords (...)
 - dat ondersteunende apparatuur in de meest brede zin ten behoeve van de exploitatie van het hotel en de daarbij behorende horeca naar gangbare maatstaven goed functioneert (...)
- b) Indien verhuurder een of meer van de hiervoor uiteengezette garanties in artikel 6 en 12 niet of niet volledig nakomt en/of sprake is van een inbreuk, verbeurt verhuurder een onmiddellijk opeisbare boete ad € 50.000,00 per overtreding en heeft Huurder het recht om de overeenkomst per direct te ontbinden, onverminderd het recht van Huurder om daarnaast vergoeding te vorderen van alle als gevolg van ontbinding geleden schade (waaronder omzetschade en kosten van rechtsbijstand).”

Kort na het sluiten van de overeenkomst, eind augustus 2018, stelt Beachhotel zich op het standpunt dat Vastgoed garanties heeft geschonden en boetes heeft verbeurt. De garantieschendingen bestaan volgens Beachhotel onder meer uit het noodgedwongen moeten sluiten van het zwembad, het niet functioneren van de wifi, overlast door stank en vliegen als gevolg van een constructiefout, het niet functioneren van een tv-signaal, het niet (deugdelijk) functioneren van diverse technische installaties (klimatisering en cv), een lek in het dak, kapotte raamkozijnen, het ontbreken van een legionella beheersplan en het ontbreken van brandveilige deuren. Beachhotel sommeert Vastgoed tot betaling van (een voorschot op) schadevergoeding en de volgens haar inmiddels verbeurde boetes. Vastgoed maakt op haar beurt aanspraak op betaling van de openstaande (huur)facturen. Een overleg tussen de accountants van partijen in oktober 2018 leidt niet tot een oplossing. Op 25 oktober 2018 ontbindt Beachhotel – op grond van artikel 12 sub b – de overeenkomst.

De kantonrechter moet de vraag beantwoorden of de door Beachhotel uitgebrachte ontbindingsverklaring effect heeft gesorteerd.

3.2 Uitspraak kantonrechter en hof

De kantonrechter oordeelt dat Vastgoed twee garanties heeft geschonden, namelijk een garantie betreffende de brandveiligheid van het hotel (enkele deuren zijn onvoldoende brandwerend) en een garantie betreffende het goed functioneren van ondersteunende apparatuur (de chloordoseringscomputer van het zwembad functioneerde niet goed). Gelet op de aard en omvang van de tekortkoming, de aard van de huurovereenkomst en het belang van Vastgoed bij voortzetting daarvan, vindt de kantonrechter ontbinding echter niet gerechtvaardigd.

Beachhotel stelt hoger beroep in en voert daarbij onder meer aan dat de kantonrechter de tenzij-bepaling van art. 6:265

lid 1 BW ten onrechte heeft toegepast, omdat partijen in artikel 12 sub b zijn afgeweken van de wettelijke ontbindingsregeling, in die zin dat iedere overtreding van een garantie bepaling een ontbindingsbevoegdheid voor Beachhotel oplevert. Het hof gaat naar aanleiding van deze grief niet in op de vraag hoe artikel 12 sub b van de overeenkomst moet worden uitgelegd, maar oordeelt als volgt.

“6.10.3 Naar het oordeel van het hof faalt deze grief van Beachhotel. De “tenzij-bepaling” in artikel 6:265 lid 1 BW is gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid die partijen in een contractuele relatie jegens elkaar in acht dienen te nemen, welke eisen ook gelden in de onderhavige zaak. Het beding in artikel 12 sub b van de huurovereenkomst maakt dit niet anders (vergelijk HR 24 november 1995, NJ 1996, 160).”

Het hof gaat vervolgens in op de vraag welke garanties Vastgoed al dan niet heeft geschonden en concludeert dat Vastgoed éénmaal de contractuele boete van € 50.000,- verschuldigd is geworden wegens het tekortschieten in de nakoming van haar garantieverplichtingen ten aanzien van het zwembad. Hierna beoordeelt het hof – aan de hand van de in *Eigen Haard* geformuleerde maatstaf dat voor een geslaagde ontbinding sprake moet zijn van een tekortkoming van voldoende gewicht – of ontbinding in dit geval gerechtvaardigd was. Het hof sluit zich aan bij het oordeel van de kantonrechter en oordeelt dat de ontbinding van de huurovereenkomst geen effect heeft gesorteerd.

3.3 Hoge Raad

In cassatie klaagt Beachhotel dat het hof ten onrechte voorbij is gegaan aan het feit dat art. 6:265 lid 1 BW van regelen recht is, en voert zij opnieuw aan dat partijen in art. 12 van de huurovereenkomst zijn afgeweken van de wettelijke ontbindingsregeling, zodat het hof de tenzij-bepaling niet had mogen toepassen. De Hoge Raad gaat daarin mee en oordeelt in rechtsoverweging 3.2 als volgt.

“Art. 6:265 lid 1 BW is van aanvullend recht.¹⁵ Het staat partijen dus in beginsel vrij om daarvan bij overeenkomst af te wijken. In deze zaak zijn partijen overeengekomen dat indien de verhuurder een of meer van de in art. 6 en 12 van de huurovereenkomst opgenomen garanties niet of niet volledig nakomt, de huurder het recht heeft om de overeenkomst per direct te ontbinden (art. 12 onder b van de huurovereenkomst, (...)). Naar het in cassatie onbestreden oordeel van het hof (rov. 6.16.4.), heeft Vastgoed garantieverplichtingen overtreden. Of de ontbindingsverklaring van Beachhotel doel heeft getroffen, dient dan ook te worden onderzocht aan de hand van hetgeen partijen daaromtrent zijn overeengekomen. Daartoe moet dus na verwijzing naar aanleiding van grief I van Beachhotel art. 12 onder b van de huurovereenkomst worden uitgelegd.”

¹⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1011.

De Hoge Raad verwijst de zaak vervolgens naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing.

4. Tot slot

In het arrest van 7 juli 2023 bevestigt de Hoge Raad dat de wettelijke ontbindingsregeling van regeland recht is. De rechter zal dus – als een partij aanvoert dat er een afwijkende afspraak is gemaakt – moeten onderzoeken of een van de wet afwijkende regeling is overeengekomen, en mag niet zomaar voorbijgaan aan deze afspraak. In ieder geval niet op basis van het feit dat de tenzij-bepaling uit art. 6:265 lid 1 BW gebaseerd is op de redelijkheid en billijkheid.

Als het hof Arnhem-Leeuwarden uiteindelijk tot de conclusie komt dat partijen met artikel 12 van de huurovereenkomst de tenzij-bepaling buiten toepassing hebben verklaard, dan bestaat nog de kans dat wordt geoordeeld dat het toepassen van artikel 12 – en daarmee het ontbinden van de (gehele) overeenkomst – in dit geval onaanvaardbaar is. Het is dus nog niet zeker dat de ontbinding van Beachhotel zal standhouden. Het hof zal art. 6:248 lid 2 BW echter wel terughoudend moeten toepassen, zodat het niet ondenkbaar is dat de ontbinding bij het hof Arnhem-Leeuwarden wel degelijk standhoudt.

Het arrest van de Hoge Raad illustreert daarmee wat het effect kan zijn van afspraken die afwijken van de wettelijke ontbindingsregeling. In de praktijk worden dergelijke afspraken regelmatig gemaakt. Zo staat bijvoorbeeld in veel overeenkomsten en/of algemene voorwaarden omschreven in welke gevallen ontbinding van de overeenkomst mogelijk is en wat het gevolg van ontbinding zal zijn. Ook wordt de mogelijkheid van ontbinding (voor bepaalde situaties) weleens uitgesloten. Deze afspraken kunnen de schuldeiser helpen bij de afweging van de risico's van een voorgenomen ontbinding en kunnen van pas komen in discussies over (het gevolg van) een ontbindingsverklaring, maar kunnen ook (ongepland) nadelige gevolgen hebben.

Bij het uitonderhandelen van overeenkomsten is het daarmee van belang scherp te zijn op bedingen die weliswaar lijken op de tekst van art. 6:265 lid 1 BW, maar daarvan toch *nét* afwijken. Vermeldt een beding bijvoorbeeld dat de overeenkomst uitsluitend kan worden ontbonden in het geval van een 'wezenlijke tekortkoming'? Dan kan dat voor de ontbindende partij een – voor de schuldeiser nadelige – verzwaring van de bewijslast meebrengen. Staat in de overeenkomst dat ontbinding uitsluitend mogelijk is in geval van een *toerekenbare* tekortkoming? Dat volgt niet uit art. 6:265 BW.

Dit brengt tot slot mee dat partijen die een ontbinding overwegen (of juist met een ontbinding worden geconfronteerd) er goed aan doen om de overeenkomst – inclusief algemene voorwaarden – nog eens door te nemen.