

# Prejudiciële vragen én antwoorden over de reikwijdte van art. 6:265 BW (ontbinding)

Bb 2018/89

Op 28 september 2018 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in antwoord op de prejudiciële vragen van de Rechtbank Amsterdam over de uitleg van de ontbindingsregeling van art. 6:265 BW. Uit het arrest volgt dat de 'tenzij-bepaling' van dit artikel niet terughoudend dient te worden toegepast of op een zeldzaam geval betrekking heeft. Deze bepaling duidt aldus niet op een uitzonderingsgeval, maar vormt in samenhang met de hoofdregel van art. 6:265 BW de materiële rechtsregel dat 'een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op (gehele of gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst' (HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810).

## 1. Inleiding

Op 1 juli 2012 is de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in werking getreden. De wet introduceert de mogelijkheid voor rechters in feitelijke instanties om prejudiciële rechtsvragen aan de Hoge Raad te stellen. De onderhavige uitspraak is een voorbeeld van een dergelijke uitspraak waarin de Hoge Raad antwoord geeft op door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam gestelde prejudiciële vragen. Meer in het bijzonder geeft de Hoge Raad antwoord op de vraag naar de reikwijdte van art. 6:265 BW (ontbinding): hoe (niet) terughoudend dient de rechter met de hierin verankerende tenzij-bepaling om te springen?

In het vervolg van de onderhavige bespreking neem ik eerst het juridisch kader van de wettelijke ontbindingsregeling nader onder de loep (§ 2), waarbij ik in zal gaan op de vereisten van ontbinding, evenals de bewijslastverdeling (§ 2.1) en de rechtsgevolgen van ontbinding (§ 2.2). Ik vervolg met een bespreking van de relevante feiten in de onderhavige zaak (§ 3.1) evenals de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, waarin de prejudiciële vragen geformuleerd worden (§ 3.2). Vervolgens kom ik tot een bespreking (§ 4.1) en analyse (§ 4.2) van het arrest van de Hoge Raad. Ik eindig met een conclusie (§ 5).

## 2. Juridisch kader: de ontbindingsregeling van art. 6:265 BW

### 2.1 Vereisten en bewijslastverdeling

Ontbinding in de zin van art. 6:265 BW betreft – anders dan door wederzijdse nakoming – de in de praktijk meest voorkomende wijze van beëindiging van een overeenkomst. Art. 6:265 BW geeft de teleurgestelde crediteur het recht om de contractuele relatie met de tekortschietende debiteur te verbreken, zodat beide partijen bevrijd worden van hun ver-

plichting tot nakoming. Bedacht dient daarbij wel te worden dat art. 6:265 BW volgens de Parlementaire Geschiedenis van regeland recht is: partijen kunnen de bevoegdheid tot ontbinding dus contractueel uitsluiten of beperken.<sup>2</sup>

Voor een succesvol beroep op art. 6:265 BW is in de eerste plaats vereist – ik zou haast zeggen, natuurlijk – een tekortkoming in de nakoming van een wederkerige overeenkomst (lid 1). De partij die ontbinding wenst, dient het bestaan van een tekortkoming te stellen en zo nodig te bewijzen. (Het bewijs van) toerekenbaarheid is dus niet vereist: zowel bij een toerekenbare als bij een niet- toerekenbare tekortkoming kan ontbinding volgen.

Ingevolge hetzelfde lid moet de tekortkoming in de tweede plaats, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, voldoende ernstig zijn om de ontbinding te kunnen rechtvaardigen (hierna aangeduid als de 'tenzij-bepaling'). Deze voorwaarde impliceert dat er een zekere mate van proportionaliteit moet zijn tussen enerzijds de ernst van de tekortkoming en anderzijds de verstrekkende gevolgen die verbonden zijn aan een geslaagd beroep op ontbinding, en vergt aldus een afweging van alle omstandigheden van het geval. Deze afweging behoeft overigens niet steeds tot het wel of niet toestaan van een algehele ontbinding te dwingen; ook een vorm van gedeeltelijke ontbinding is mogelijk.<sup>3</sup> Belangrijk om te benadrukken is dat de stelplicht en bewijslast van deze tenzij-bepaling op de tekortschietende partij rust. Het is dus aan de verwerende partij om zich bij wijze van verweer op de geringe betekenis of de bijzondere aard van de tekortkoming te beroepen, teneinde de ontbinding tegen te houden.<sup>4</sup> In het vervolg van deze bijdrage wordt nader ingezoomd op de reikwijdte van de onderhavige tenzij-bepaling.

In de derde plaats moet er voor directe ontbinding ingevolge lid 2 sprake zijn van een tijdelijke of blijvende onmogelijkheid om na te komen (zoals overmacht). Indien nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, moet de debiteur eerst in verzuim worden gebracht conform de regels van art. 6:81 BW e.v. voordat de bevoegdheid tot ontbinding ontstaat. Benadrukt zij dat de verzuimregeling op dit punt afwijkt van de verzuimregeling van art. 6:74 BW (schadevergoeding bij een toerekenbare tekortkoming): in tegenstelling tot het laatstgenoemde artikel is verzuim bij ontbinding naast de blijvende onmogelijkheid ook niet nodig (lees: het recht op ontbinding ontstaat direct) bij een *tijdelijke* tekortkoming.

<sup>1</sup> Mr. K.L. Maes is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht en als buitenpromovenda verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht.

<sup>2</sup> TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1011, uitgezonderd overeenkomsten gesloten met consumenten. In dat geval kan niet zonder meer van art. 6:265 BW ten nadelen van de consument worden afgeweken (zie art. 236 sub b (zwarte lijst)).

<sup>3</sup> TM, Parl. Gesch. 6, p. 1005.

<sup>4</sup> HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (*De Bruin/Meiling*); HR 22 juni 2007, LJN BA4122, NJ 2007, 232 (*Fisser/Tycho*).

Tot slot: de crediteur heeft uiteraard ook andere remedies tot haar beschikking in geval van een tekortschietende debiteur. Zo kan zij bijvoorbeeld kiezen voor een nakomingsactie (art. 3:296 BW) of vervangende schadevergoeding (art. 6:74 en 6:87 BW). Een combinatie met gedeeltelijke ontbinding (art. 6:270 BW) is ook denkbaar.

## 2.2 Gevolgen van de ontbinding

### 2.2.1 Bevrijding van toekomstige prestaties

Voor zover de prestaties *nog niet* zijn uitgevoerd, hoeven zij na de ontbinding ook niet meer te worden verricht. De ontbinding bevrijdt partijen ingevolge art. 6:271 BW van de over en weer overeengekomen verbintenissen. De prestaties waren tot het moment van ontbinding verschuldigd, maar daarna niet meer. Na de ontbinding zijn partijen, met andere woorden, voor de toekomst van hun verplichtingen bevrijd. Vindt *na de ontbinding* alsnog nakoming plaats, dan is deze onverschuldigd geschied en kan de prestatie dienstovereenkomstig worden teruggevorderd (art. 6:203 BW).

### 2.2.2 Ongedaanmaking van in het verleden verrichte prestaties

Na ontbinding op grond van een contractuele tekortkoming moeten *reeds verrichte* prestaties ingevolge art. 6:271 BW ongedaan gemaakt worden. Partijen moeten elkaar dus zo goed als praktisch mogelijk is in de oude toestand brengen. Ongedaanmaking is in de regel het spiegelbeeld van nakoming van de primaire verbintenis: een geldsom moet worden terugbetaald, de goederen moeten worden teruggeleverd. Indien ongedaanmaking vanwege de aard van de prestatie onmogelijk is – denk aan het verschaffen van diensten, zoals het vervoer van personen en het schilderen van een huis – dan dient er op grond van art. 6:272 BW een waardevergoeding te worden bepaald ten belope van de (economische) waarde van de prestatie op het moment van ontvangst.

### 2.2.3 Aanvullende schadevergoeding

Art. 6:277 BW geeft de partij die de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbindt of door de rechter heeft doen ontbinden, recht op vergoeding van de schade die deze eventueel heeft geleden. Dankzij deze bepaling kan dus niet alleen de schade die door wanprestatie geleden wordt, maar ook die door ontbinding veroorzaakt wordt voor vergoeding in aanmerking komen. De schadevergoeding heeft betrekking op het positieve contractsbelang: de omvang van de schade wordt vastgesteld door een vergelijking te maken tussen twee vermogenssituaties, enerzijds die welke zou zijn voortgevloeid uit een behoorlijke wederzijdse nakoming, anderzijds die zou bestaan na ontbinding zonder schadevergoeding.

## 3. De relevante feiten en lagere rechtspraak

### 3.1 Feitenrelaas

Eiser in de onderhavige zaak betrof de Woningcorporatie Eigen Haard (hierna aangeduid als 'de verhuurder'), welke

verhuurder aan X (hierna aangeduid als 'de huurder') een sociale huurwoning verhuurde. De huurder had de woning – in strijd met de bij de huurovereenkomst behorende algemene voorwaarden – ruim zes maanden (kosteloos) in gebruik gegeven aan een gezin met een jong kind, zonder daartoe schriftelijk toestemming aan de verhuurder te vragen.

Om die reden vorderde de verhuurder in een kort geding procedure voor de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam ontruiming van de woning op de grond dat de huurder zodanig tekort was geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst (althans, het verbod in de algemene voorwaarden) dat ontbinding van de huurovereenkomst gerechtvaardigd was. De huurder betwistte dat de huurovereenkomst ontbonden kon worden, stellende dat de tekortkoming, gelet op de omstandigheden van het geval, de ontbinding niet rechtvaardigde. De huurder beriep zich aldus op de tenzij-bepaling.

### 3.2 Rechtbank Amsterdam

In het eerste tussenvonnissen van 13 februari 2018 stelde de voorzieningenrechter voorop dat ontruiming van een gehuurde woning een ingrijpende maatregel is, waarvoor in kort geding slechts plaats is als met een hoge mate van waarschijnlijkheid valt te verwachten dat de huurovereenkomst in een bodemprocedure zal worden ontbonden en daarbij ontruiming van het gehuurde zal worden bevolen. Vervolgens diende de voorzieningenrechter, gezien het daartoe strekkende verweer van de huurder, de vraag te beantwoorden of de tekortkoming van de huurder de ontbinding van de huurovereenkomst rechtvaardigde. Deze vraag kon de voorzieningenrechter echter niet zonder meer beantwoorden. In het voornoemde tussenvonnissen wees de rechter er immers op dat hij in een eerdere – vergelijkbare – huurzaak had geoordeeld dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigde, waarna het Gerechtshof Amsterdam anders oordeelde. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter lag hieraan niet zozeer een verschil in de (casuïstische) beoordeling van de ernst van de tekortkoming ten grondslag, maar meer een principiële verschillende opvatting over de status van het uitgangspunt dat iedere tekortkoming grond oplevert voor ontbinding van de (huur)overeenkomst, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt (art. 6:265 lid 1 BW). Om die reden wenste de voorzieningenrechter aan de Hoge Raad de volgende prejudiciële vragen te stellen.

1. Dient art. 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?

In het vervolg van deze bijdrage zal met name ingegaan worden op het antwoord op de vraag zoals hiervoor geformuleerd onder 1.

#### 4. Hoge Raad

##### 4.1 *Het arrest*

Ter beantwoording van de eerste vraag volgt een reeks van overwegingen, waarin de Hoge Raad ingaat op de hoofdregel van art. 6:265 lid 1 BW en de uitzondering daarop in de tenzij-bepaling van datzelfde lid (zoals hiervoor in § 2.1 uiteengezet). Alhoewel de Hoge Raad erkent dat uit de Parlementaire Geschiedenis ook anders afgeleid kan worden (zie hierna in § 4.2), oordeelt zij in klinkklare taal dat onjuist is 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 is art. 6:265 lid 1 BW ook nooit op die wijze uitgelegd, aldus de Hoge Raad (r.o. 3.5.). Meer specifiek overweegt de Hoge Raad in het vervolg van r.o. 3.5:

“De tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW is vergelijkbaar met de tenzij-bepaling in art. 6:74 lid 1 BW, welk artikel eveneens de structuur kent van hoofdregel (iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar tot schadevergoeding) en uitzondering (tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend). 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 gevergd te worden dat hij met een tekortschietende wederpartij als contractspartner verder moet; in die zin moet ook de hiervoor geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis begrepen worden.

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 huidig recht. (...)”

Naast deze principiële uitspraak, vervolgt de Hoge Raad met de handreiking van verschillende (andere) uitgangspunten bij de interpretatie en uitleg van art. 6:265 lid 1 BW, een en ander ter beantwoording van de eerste prejudiciële vraag. Zonder recht te doen aan deze uitvoerige overwegingen – daarvoor zij verwezen naar de rechtsoverwegingen

3.6 – 3.9 van het arrest – volgt in het navolgende een korte samenvatting van de hoofdpunten.

- De structuur van de hoofdregel en de tenzij-bepaling brengen mee dat de schuldeiser moet stellen en zo nodig moet bewijzen dat sprake is van een tekortkoming aan de zijde van de schuldenaar (en eventueel 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;
- dat het aan de schuldenaar is om zich op de tenzij-bepaling te beroepen, sluit niet uit dat onder omstandigheden in het verweer van de schuldenaar dat geen sprake is van een tekortkoming, het (subsidiële) betoog besloten kan liggen dat de tekortkoming gelet op de omstandigheden van het geval niet de gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt. Of dat zo is, is een kwestie van uitleg van het partijdebat;
- de afweging in het kader van de tenzij-bepaling van art. 6:265 lid 1 BW geschiedt aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Deze afweging dient daarom niet slechts, zoals in eerste prejudiciële vraag wel was geformuleerd, aan de hand van uitsluitend de in de wet genoemde 'gezichtspunten' (de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming) te geschieden;
- hoewel het bestaan van een minder bezwaarlijk alternatief niet aan de bevoegdheid tot ontbinding in de weg staat, kan het bestaan daarvan wel met zich meebrengen dat de tekortkoming de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. De schuldeiser is dan alsnog niet bevoegd om de overeenkomst te ontbinden;
- in het kader van art. 6:265 lid 1 BW is slechts beperkte ruimte voor separate toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Alle omstandigheden van het geval kunnen immers al in de toepassing van lid 1 worden meegenomen en de tenzij-bepaling vindt zijn oorsprong reeds in de redelijkheid en billijkheid.

De tweede prejudiciële vraag wordt door de Hoge Raad negatief beantwoord. Volgens de Hoge Raad is er geen behoefte aan bijzondere regels ten aanzien van ontbinding van een huurovereenkomst in het geval het gehuurde een sociale huurwoning betreft, ook niet wanneer dergelijke huurwoningen schaars zijn. De rechter kan namelijk in zijn beoordeling in het kader van art. 6:265 lid 1 BW al rekening houden met zowel het belang van de verhuurder om de woning beschikbaar te krijgen voor anderen die op een sociale huurwoning aangewezen zijn, als met het belang van de huurder om het ingrijpende gevolg van ontbinding van de huurovereenkomst en ontruiming van de woning te voorkomen.

##### 4.2 *Analyse*

Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat de tenzij-bepaling van art. 6:265 BW hetzelfde moet worden behandeld als art. 6:74 BW: het betreft geen uitzonderingsgeval, maar vormt in samenhang met de hoofdregel van deze bepaling de materiële rechtsregel dat “een tekortkoming van vol-

doende gewicht recht geeft op (gehele of gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst". Lag dat antwoord – gezien de wetsgeschiedenis en eerder gewezen rechtspraak – in de rede? Niet per se.

Uit de Parlementaire Geschiedenis volgt immers behoorlijk expliciet dat de tenzij-bepaling wél een uitzonderingsbepaling betreft. Daarbij heeft de wetgever meegewogen het belang dat het voor de rechtszekerheid van groot belang is dat verklaringen tot ontbinding niet te spoedig nietig worden verklaard. In het algemeen zou een teleurgestelde crediteur erop moeten kunnen rekenen dat hij recht op ontbinding heeft. Opgemerkt wordt in de Parlementaire Geschiedenis:

“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 opengeplaat om het oordeel van de rechter in te roepen.”<sup>5</sup>  
[mijn onderstreping, KLM]

Ook uit de arresten HR 24 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1895, NJ 1996/160 (*Tromp/Regency*); HR 4 februari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4728, NJ 2000/562 (*Mol/Meijer*) en HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4122, NJ 2007/343 (*Fisser/Tycho*) kan worden afgeleid dat de Hoge Raad de tenzij-clausule in het verleden terughoudend heeft toegepast.<sup>6</sup>

In de literatuur over de tenzij-bepaling zijn ruwweg drie visies of stromingen te onderscheiden: (1) de huidige tenzij-bepaling voldoet niet en moet worden aangepast door de wetgever; (2) de huidige tenzij-bepaling voldoet, en de bepaling biedt voldoende ruimte voor een niet-terughoudende uitleg; en (3) de huidige tenzij-bepaling voldoet en de restrictieve uitleg die daaraan in de wetsgeschiedenis en in de jurisprudentie wordt gegeven, is wenselijk.

In de eerste stroming bevinden zich auteurs die vinden dat het geldende recht niet toereikend is en de ontbinding te snel toestaat. Aanhangers van dit standpunt zijn Bakels<sup>7</sup> en Hartlief,<sup>8</sup> die vinden dat de ruime ontbindingsbevoegdheid onredelijk is in het licht van de belangen van de schuldenaar. Beenders en Van 't Hullenaar onderschrijven die kritiek en stellen dat het ontbindingsrecht, in tegenstelling tot

andere terreinen van het burgerlijk recht, niet voldoende is aangepast aan het voortschrijdend inzicht dat partijen bij hun handelen rekening moeten houden met elkaars belangen. Zij stellen dat de Parlementaire Geschiedenis en de rechtspraak van de Hoge Raad geen ruimte laten voor het breder toepassen van de tenzij-bepaling en vinden een wetwijziging dan ook noodzakelijk.<sup>9</sup>

De aanhangers van de tweede stroming verwerpen de kritiek van de eerste stroming. Deze auteurs vinden dat de huidige regeling geen onredelijke benadeling van de schuldenaar oplevert. Zo meent Nieuwenhuis dat de huidige wettekst voldoende ruimte biedt om te kunnen stellen dat een tekortkoming wezenlijk moet zijn om ontbinding te rechtvaardigen. Dat dit een bredere toepassing is dan die in de Parlementaire Geschiedenis wordt voorgeschreven, acht hij niet problematisch.<sup>10</sup> Nieuwenhuis wordt daarin gesteund door Hijma, die een geleidelijk ruimhartiger toepassing van de tenzij-bepaling voorstaat.<sup>11</sup> Valk sluit zich bij het standpunt van Hijma aan.<sup>12</sup>

De auteurs die tot de derde stroming behoren en voorstander zijn van het restrictief uitleggen van de tenzij-bepaling, conform de 'instructies' van de wetgever, wijzen op het belang van de rechtszekerheid en het belang van een rechtsmiddel dat schuldeisers kunnen inzetten tegen een wanpresterende schuldenaar, in het bijzonder wanneer er sprake is van een particuliere schuldeiser en een professionele schuldenaar.<sup>13</sup> Stolp pleit voor de terughoudende toepassing van de tenzij-bepaling met het argument dat de schuldenaar in het systeem van de wet voldoende beschermd wordt tegen een onredelijke of ongerechtvaardigde ontbinding door middel van het vereiste van verzuim van art. 6:265 lid 2 BW en de mogelijkheid van de schuldenaar om het verzuim te zuiveren.<sup>14</sup> Tjittes ziet in het ruime ontbindingsrecht een goede prikkel tot nakoming.<sup>15</sup> Schelhaas wijst op het belang van een ruime mogelijkheid tot ontbinding bij duurovereenkomsten, omdat partijen anders mogelijk te lang aan elkaar gebonden blijven, ondanks tekortkomingen in de nakoming van deze overeenkomsten.<sup>16</sup>

Ik voeg daar nog aan toe dat een terughoudende toetsing van art. 6:265 BW ten opzichte van art. 6:74 BW wat mij betreft te rechtvaardigen kan zijn vanwege het systeem van deze wettelijke bepalingen. Art 6:74 BW legt de lat voor schadevergoeding immers in het algemeen hoger dan art. 6:265 BW dat doet voor ontbinding (de tekortkoming moet toerekenbaar zijn en ook bij een tijdelijke onmogelijkheid dient de crediteur in verzuim gebracht te worden, een en ander

5 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005.

6 Aldus de Groene Serie Verinteningenrecht, 4.2 Uitzonderingen: geringe betekenis en bijzondere aard van de tekortkoming bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, art. 265 [Ontbinding].

7 F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten*, (Mon. BW B58), Deventer: Kluwer 2011.

8 T. Hartlief, *Ontbinding: over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

9 Beenders en Van 't Hullenaar, 'Artikel 6:265 lid 1 BW: in staat van ontbinding?', *WPNR* 2005/6644, p. 904 en 906.

10 J.H. Nieuwenhuis, 'Vernietigen, ontbinden of aanpassen (II, slot), wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?', *WPNR* 1995/6165, p. 39.

11 Asser/Hijma 7-I\* 2013/497 en Hijma in zijn annotatie onder HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2993, NJ 2000/208.

12 W.L. Valk, 'Het recht op ontbinding in de praktijk van de rechtspraak', *NTBR* 2003/3, p. 137.

13 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/685.

14 M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming* (diss. Nijmegen) 2007, p. 217-218.

15 R.J. Tjittes, 'Punitief contractenrecht', *RMThemis* 2000/3, p. 42.

16 E.H.H. Schelhaas, 'De ontbinding van een huurovereenkomst door een tekortkoming van de huurder', *TvHB* 2007/3, p. 78.

in tegenstelling tot art. 6:265 BW). Goed betoogd zou wat mij betreft dus kunnen worden dat een meer terughoudende toepassing van de tenzij-clausule van art. 6:265 BW ten opzichte van art. 6:74 BW (waardoor relatief sneller tot ontbinding overgegaan kan worden), binnen deze lijn past. Duidelijk is immers dat de wetgever een bepaalde terughoudendheid in de toepassing van art. 6:74 BW ten opzichte van art. 6:265 BW voor ogen heeft gehad: waarom dan niet ook in de toepassing van de tenzij-bepaling?

De verschillende visies worden ook door de A-G in zijn conclusie bij het onderhavige arrest besproken. De A-G concludeert vervolgens dat de tenzij-bepaling in sommige gevallen terughoudend en in sommige gevallen juist niet terughoudend moet worden toegepast. De manier van toepassen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de overeenkomst en de hoedanigheid van partijen relevant. De A-G erkent vervolgens dat dit een afwijking is van de Parlementaire Geschiedenis, maar vindt die afwijking passen binnen de rechtsontwikkeling.<sup>17</sup> Daarmee valt de A-G in de hierboven beschreven tweede stroming te plaatsen, waarin ook de uitspraak van de Hoge Raad te plaatsen is.

## 5. Conclusie

De Hoge Raad neemt in het onderhavige arrest een principiële oordeel in over een belangrijk leerstuk in ons burgerlijk recht: de 'tenzij-bepaling' van art. 6:265 BW dient ten opzichte van art. 6:74 BW niet terughoudend te worden toegepast en heeft niet op een zeldzaam geval betrekking. Een oordeel dat niet direct lijkt te rijmen met de bedoeling die de wetgever ooit met deze tenzij-bepaling heeft gehad, hetgeen de vraag opwerpt of de rechter hier niet (te veel) op de stoel van de wetgever heeft plaatsgenomen. Zeker daar waar er bovendien goede argumenten voorhanden waren om anders te oordelen – aan het recht op schadevergoeding worden immers ook op andere punten (hogere) eisen verbonden die voor ontbinding niet gelden – kunnen wat mij betreft wel vraagtekens geplaatst worden bij deze uitspraak, en vooral de weg ernaartoe.

<sup>17</sup> De conclusie bij HR 28 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:787, ov. 2.19.