

# 42. De voortdurende verbintenis

MR. A.E. VAN DEN HEUVEL

**In ons contractenrecht is een voortdurende verbintenis een bijzonder geval: niet nakoming van die verbintenis maakt ontbinding van een overeenkomst mogelijk zonder dat verzuim is vereist. De kwalificatie 'voortdurende verbintenis' heeft dus belangrijke contractuele consequenties. Hoog tijd om eens wat langer stil te staan bij dit type verbintenis.**

## 1. Inleiding

**A**ls een partij tekortschiet in de nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst, is diens wederpartij in beginsel bevoegd om de overeenkomst te ontbinden. Voor zover nakoming nog mogelijk is, is vereist dat de schuldenaar in verzuim verkeert. Indien de schuldenaar tijdelijk of permanent niet in staat is om de verbintenis waarin hij tekort is geschoten alsnog na te komen, dan kan de schuldeiser direct ontbinden. De schuldenaar hoeft niet in verzuim te zijn.

Een bijzonder gevalstype van onmogelijkheid tot nakoming betreft de situatie waarin sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een voortdurende verbintenis. Dit is een ondergeschoven leerstuk waaraan weinig aandacht wordt besteed en waarop vaker een beroep zou kunnen worden gedaan.

Ik geef in dit artikel een toelichting op dit leerstuk en bespreek hoe het kan worden toegepast. Daartoe zet ik aan de hand van jurisprudentie uiteen wat voortdurende verbintenissen zijn en waar ze uit voortvloeien. Ik vang aan met een toelichting op het gevolg van de kwalificatie als voortdurende verbintenis, te weten het ontstaan van een ontbindingsmogelijkheid die geen verzuim en daarom ook geen voorafgaande ingebrekestelling vereist.

## 2. De onmogelijkheid tot nakoming bij schending van een voortdurende verbintenis

In diverse arresten heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat bij schending van een voortdurende verbintenis, sprake is van een onherstelbare tekortkoming. Een schuldenaar kan bij schending van een dergelijke verbintenis weliswaar de toekomstige verbintenissen nog nakomen, maar de tekortkomingen uit het verleden kunnen daardoor niet

met terugwerkende kracht ongedaan worden gemaakt. Ik bespreek twee arresten.

In het eerste arrest heeft verhuurder Schwarz de huur-overeenkomst met huurder Gnjatovic ontbonden en daaraan onder meer ten grondslag gelegd dat (i) huurder bij herhaling en voortdurend in gebreke is gebleven de huurtermijnen tijdig te voldoen, (ii) zich agressief, onredelijk en/of onrechtmatig heeft gedragen richting verhuurder, zijn medehuurders en derden en (iii) huurder de woning in strijd met de bestemming als woonruimte gebruikt. De huurachterstand was volgens de rechtbank niet hoog genoeg om ontbinding te rechtvaardigen. Ten aanzien van de overige gestelde tekortkomingen oordeelde de rechtbank dat gesteld noch gebleken was dat de huurder deugdelijk in gebreke was gesteld, dan wel op andere wijze in verzuim was geraakt. De rechtbank overwoog weliswaar dat voor zover nakoming niet onmogelijk is, een ontbindingsbevoegdheid pas ontstaat indien sprake is van verzuim, maar besteedde verder geen aandacht aan de vraag of hier sprake was van onmogelijkheid.<sup>1</sup> Zij ging er kennelijk vanuit dat nakoming nog mogelijk was.

De Hoge Raad volgt de rechtbank daarin niet. De Hoge Raad oordeelt:

*"De Rechtbank heeft bij haar beoordeling van de vordering tot ontbinding, in cassatie terecht niet bestreden, tot uitgangspunt genomen dat de vraag of deze vordering kan worden toegewezen, moet worden beoordeeld aan de hand van art. 6:265 BW. Zij heeft evenwel vervolgens, kennelijk op grond van haar oordeel dat nakoming niet*

<sup>1</sup> Uit de weergegeven beoordeling door de rechtbank blijkt niet, of Schwarz zich er in eerste aanleg op heeft beroepen dat nakoming ten aanzien van de overige gronden onmogelijk was. Wel overweegt de rechtbank dat niets gesteld of gebleken is over verzuim, dus ik vermoed dat ook niet door Schwarz betoogd zal zijn dat verzuim niet nodig was.

blijvend of tijdelijk onmogelijk is, geoordeeld dat de hiervoor vermelde gronden niet tot ontbinding kunnen leiden nu geen sprake is van verzuim. Aldus overwegende heeft de Rechtbank blijk gegeven van een onjuiste opvatting met betrekking tot de vraag wanneer nakoming onmogelijk is. Het gaat hier om een huurovereenkomst, die voor beide partijen voortdurende verplichtingen inhoudt. Indien een partij is tekortgeschoten in de nakoming van een dergelijke ver-

plichting tot betaling van huurpenningen, loon en/of onkosten – zie ik echter niet als voorbeelden van voortdurende verbintenissen. Dat zijn uit een duurovereenkomst voortvloeiende steeds opnieuw ontstane opeenvolgende verplichtingen. Op de kwalificatie van een voortdurende verbintenis ga ik in paragraaf 3 uitgebreider in. Ik merk nu alvast op, dat een situatie waarin sprake is van een geschonden ‘echte’ voortdurende verbintenis en waarbij nakoming toch nog mogelijk is, zich niet goed laat bedenken. Ik ben derhalve van mening, dat indien geconcludeerd kan worden dat een geschonden verbintenis kwalificeert als een voortdurende verbintenis, daarmee de onmogelijkheid tot nakoming is gegeven.

## Bij een geschonden voortdurende verbintenis is nakoming blijvend onmogelijk. Verzuim speelt geen rol, zodat een ingebrekestelling voor ontbinding niet is vereist.

plichting, kan deze weliswaar in de toekomst alsnog worden nagekomen, maar daarmee wordt de tekortkoming in het verleden niet ongedaan gemaakt en wat deze tekortkoming betreft is nakoming dan ook niet meer mogelijk. Hetzelfde geldt met betrekking tot het tekortschieten in de nakoming van verplichtingen om niet te doen. Dit een en ander brengt mee dat ontbinding mogelijk is ook zonder dat sprake is van verzuim.<sup>2</sup>

Uit deze overweging blijkt dat nakoming van een geschonden voortdurende verbintenis per definitie onmogelijk is vanwege het voortdurende karakter van de (geschonden) verbintenis. In de volgende overweging geeft de Hoge Raad echter aan dat na verwijzing alsnog onderzocht moet worden in hoeverre de door Schwarz aangevoerde gronden betrekking hadden op verplichtingen van Gnjatovic waarvan de niet-nakoming in het verleden betekent dat nakoming onmogelijk is geworden. Daarnaast moest nog worden beoordeeld of de tekortkomingen de ontbinding rechtvaardigden.

Dat de Hoge Raad die instructie niet zodanig heeft geformuleerd, dat (slechts) moet worden onderzocht of de geschonden verplichtingen voortdurende verbintenissen zijn, kan tot de gedachte leiden dat de schending van een voortdurende verbintenis niet altijd meebrengt dat nakoming daarvan onmogelijk is. De Hoge Raad heeft die instructie immers breder geformuleerd, namelijk als verplichting om nog te onderzoeken of de verplichtingen waarin in het verleden was tekortgeschoten ook niet meer nagekomen konden worden.

Hijma concludeert dat het arrest leert dat bij een tekortkoming in de nakoming van een voortdurende verplichting steeds sprake is van een onmogelijkheid in de zin van artikel 6:265 lid 2 BW.<sup>3</sup> Stolp betoogt echter dat er situaties zijn waarin sprake is van schending van een voortdurende verplichting, waarin het belang van de schuldeiser toch nog gediend kan zijn bij nakoming.<sup>4</sup> De voorbeelden die zij aanhaalt – een voortdurende

Ruim vijf jaar na *Schwarz/Gnjatovic* heeft de Hoge Raad zich wederom uitgelaten over een geschonden voortdurende verbintenis in het arrest *Fisser/Tycho*. Daarin ging het onder meer over een schending van een geheimhoudingsplicht in een beëindigingsovereenkomst. In incidenteel appel is geklaagd dat het hof voorbij was gegaan aan de stelling van Tycho dat zij van de beweerde schending van de geheimhoudingsplicht niet in gebreke is gesteld of aangemaand. Ten aanzien van deze klacht overwoog de Hoge Raad:

“Het gaat hier om een (beweerdelijk) tekortschieten in de nakoming van art. 8 van de beëindigingsovereenkomst, welke bepaling voor Tycho en Jeroen de voortdurende verplichting tot geheimhouding met betrekking tot vertrouwelijke gegevens van Fisser inhoudt. Indien een partij is tekortgeschoten in de nakoming van een dergelijke verplichting, kan deze weliswaar in de toekomst alsnog worden nagekomen, maar daarmee wordt de tekortkoming in het verleden niet ongedaan gemaakt en wat deze tekortkoming betreft is nakoming dan ook niet meer mogelijk (vgl. HR 11 januari 2002, nr. C00/112, NJ 2003, 255). Dit brengt mee dat ontbinding van de overeenkomst mogelijk is ook zonder verzuim.”<sup>5</sup>

In dit arrest herhaalt de Hoge Raad aldus dat indien een voortdurende verbintenis niet wordt nagekomen, ontbinding mogelijk is zonder verzuim, vanwege de onmogelijkheid om de geschonden verbintenis alsnog na te komen.

### 3. De voortdurende verbintenis

In *Schwarz/Gnjatovic* overwoog de Hoge Raad: “Het gaat hier om een huurovereenkomst, die voor beide partijen voortdurende verplichtingen inhoudt.” Deze overweging maakt echter nog niet dat alle verbintenissen uit een huurovereenkomst dan wel uit andere duurovereenkomsten voortdurende verbintenissen zouden zijn. Uit een huurovereenkomst kunnen immers ook ‘aflopende verbintenissen’ voortvloeien. Hijma noemt als voorbeeld van een dergelijke aflopende verbintenis (of een bundel van aflopende verbintenissen) de plicht om periodiek huurpenningen te voldoen.<sup>6</sup>

2 Hoge Raad 11 januari 2002, NJ 2003, 255, r.o. 3.4.

3 Zie de noot van J. Hijma bij NJ 2003, 255.

4 M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming*. Deventer: Kluwer 2007, p. 52-53.

5 Hoge Raad 22 juni 2007, NJ 2007, 343, r.o. 6.2.

6 Zie de noot van J. Hijma bij NJ 2003, 255.

Wat is dan wel een voortdurende verbintenis? In de literatuur worden voortdurende verbintenissen gedefinieerd als verbintenissen *‘welke verplichten tot opeenvolgende of voortdurende prestaties en daardoor bestemd zijn gedurende een langere tijd-ruimte te blijven werken’*.<sup>7</sup> Als gevolg van deze kwalificatie wordt genoemd:

*“De aard van de verbintenis, die tot een dergelijke prestatie verplicht, brengt vrijwel steeds mede dat de schuldenaar zich aan een als zodanig niet meer te herstellen niet-behoorlijk presteren schuldig maakt, wanneer hij de prestatie niet op tijd begint, haar gedurende de tijd waarover zij zou moeten worden voortgezet, onderbreekt, of haar te vroeg beëindigt.”*<sup>8</sup>

Ik definieer de voortdurende verbintenis als volgt: een verbintenis waarvan de aard met zich brengt dat gedurende een bepaalde periode continu een prestatie moet worden geleverd, welke verbintenis niet door volbrenging van de prestatie gedurende die periode kan worden voltooid.

Kernelementen in deze definitie zijn het continue karakter van de prestatie gedurende een bepaalde periode en het (dus) niet kunnen voltooien van de verplichting, gedurende die periode. Neem de verplichting van de huurder om zich als goed huurder te gedragen. Als hij zich voortdurend als goed huurder moet gedragen en hij zich gister heeft misdragen, kan hij zich weliswaar vandaag weer als een goed huurder opstellen, maar daarmee kan hij niet ongedaan maken dat hij gister in die plicht tekort is geschoten. Dat is feitelijk onmogelijk. Daarin verschilt de voortdurende verbintenis met bijvoorbeeld de (aflopende) verbintenis om periodiek tijdig huurpenningen te betalen. Heeft de huurder dat gisteren niet gedaan, dan kan hij dat vandaag alsnog doen en heeft hij daarmee voldaan (weliswaar te laat) aan de verbintenis om de huurpenningen voor die periode te betalen.

Dat het leerstuk van de voortdurende verbintenis soms onjuist wordt toegepast, blijkt uit de hierna volgende overweging van de Rechtbank Almelo. Zij oordeelde ten aanzien van een verplichting tot vooruitbetaling van de periodieke leasevergoeding:

*“Het gaat hier om een duurovereenkomst te weten een leaseovereenkomst, die voor beide partijen voortdurende verplichtingen inhoudt. Indien een partij is tekortgeschoten in de nakoming van een dergelijke verplichting, kan deze weliswaar in de toekomst alsnog worden nagekomen, maar daarmee wordt de tekortkoming in het verleden niet ongedaan gemaakt en wat deze tekortkoming betreft is nakoming dan ook niet meer mogelijk. Dit een en ander brengt mee dat [gedaagde] op grond van het bepaalde in artikel 6:81 BW voor de betaling van de leasetermijnen over de maanden mei, juni*

*en juli 2010 in verzuim verkeerde.”*<sup>9</sup>

Ten eerste is deze overweging onjuist omdat de verplichting om periodiek leasetermijnen te betalen geen voortdurende verbintenis is. Ten tweede is zij onjuist omdat de schending van een voortdurende verbintenis niet meebrengt dat de gedaagde daardoor in verzuim verkeerde. Verzuim is immers niet aan de orde in geval nakoming onmogelijk is, hetgeen het geval is bij een geschonden voortdurende verbintenis. De conclusie dat sprake was van verzuim, lijkt me overigens wel juist, omdat een fatale nakomingstermijn als bedoeld in artikel 6:83 onder a BW geschonden zal zijn. In dat geval treedt verzuim in zonder ingebrekestelling.

Welke andere voorbeelden van voortdurende verbintenissen volgen uit de jurisprudentie? Als equivalent van de verplichting van de huurder om zich voortdurend als goed huurder te gedragen, kan worden gedacht aan de verplichting van de verhuurder om constant huurgenot te verschaffen. Ten aanzien van het verschaffen van huurgenot c.q. gebruik is het arrest *Robinson/Molenaar*<sup>10</sup> interessant.

In *Robinson/Molenaar* speelde het volgende. Robinson had zich verbonden om Molenaar in de gelegenheid te stellen aan motorraces deel te nemen, onder andere door de beschikbaarstelling van twee motorfietsen. Aan Robinson is echter gedurende lange tijd slechts één motor ter beschikking gesteld. Robinson ontbond onder meer op die grond de overeenkomst. Het hof oordeelde dat hij daartoe niet bevoegd was, omdat Molenaar niet in verzuim was geweest. In hoger beroep klaagt Robinson dat het hof heeft miskend dat het hier gaat om een overeenkomst voor bepaalde tijd waaruit voor Molenaar de voortdurende verplichting voortvloeide om aan Robinson twee motorfietsen ter beschikking te stellen. De klacht slaagt, aangezien sprake was van een geschonden voortdurende verplichting, zodat ontbinding volgens de Hoge Raad

### Een uit de wet voortvloeiende voortdurende verbintenis is artikel 7:401 BW: de verplichting om de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen.

mogelijk was, ook zonder dat sprake was van verzuim. Een recent voorbeeld betreft de zaak *To Serve & Protect* (*‘TSaP’*)/*Gemeente Almere*.<sup>11</sup> Er was sprake van een overeenkomst voor de duur van twee jaar voor de inzet van een zestal straatcoaches in tweetallen door TSaP van dinsdag tot en met donderdag van 16.00 uur tot 24.00 uur en op vrijdag en zaterdag van 18.00 uur tot 02.00 uur. Uit een door de gemeente geïnitieerde observatie van de straatcoaches is gebleken dat niet aan de genoemde afspraken is voldaan en ‘tijdfraude’ is gepleegd door de coaches. De gemeente heeft op basis hiervan de overeenkomst beëindigd. TSaP heeft de

7 Asser 6-1, *Verbintenissenrecht*, De verbintenis in het algemeen, eerste deel, Deventer: Kluwer 2012, nr. 43, p. 31.

8 L.C. Hofmann- S.N. van Opstall; het Nederlandse Verbintenissenrecht I-1, negende druk, p. 111, waarnaar ook verwijst B.M. Katan in *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:83 BW, aant. 58.

9 Rechtbank Almelo 28 september 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BT7528, r.o. 5.4.

10 Hoge Raad 20 januari 2006, NJ 2006, 80.

11 Rechtbank Amsterdam 25 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8439.

ontbinding aangevochten, stellende dat zij niet in gebreke is gesteld en niet in verzuim verkeerde. De rechtbank heeft dit verweer verworpen. De inzet en levering van de coaches was volgens de rechtbank een voortdurende verplichting. Dat de coaches niet de afgesproken uren hebben gewerkt (en de dagrapporten niet naar waarheid hebben ingevuld) was volgens de rechtbank niet meer te herstellen, hetgeen betekent dat verzuim niet vereist was en de gemeente

## Denk bij voortdurende verbintenissen aan de plicht tot het vertonen van gedrag, het leveren van een prestatie of het bezit van een kwaliteit, zonder onderbreking gedurende een bepaalde periode.

TSaP niet eerst in gebreke hoefde te stellen alvorens de ontbinding in te roepen.

Aan de hand van deze casus illustreer ik nogmaals het verschil tussen aflopende en voortdurende verbintenissen. De verplichting tot periodieke inzet is naar mijn mening een telkens aflopende verbintenis, die op een bepaald moment opeisbaar wordt en na afloop van het tijdvak ook is voltooid. Die surveillancedienst is na afloop van die dienst volbracht. De verplichting tot surveillance tijdens zo'n dienst, moet echter gedurende de dienst ononderbroken worden nagekomen. Vanaf het moment van ingang van een bepaald surveillancetijdvak, totdat het overeengekomen tijdvak eindigt, is dan ook sprake van een voortdurende verplichting tot aanwezigheid en surveillance. Indien die verplichting wordt geschonden, kan die tekortkoming niet meer ongedaan gemaakt worden; de beveiliging kan niet meer met terugwerkende kracht alsnog op het al verstreken tijdstip aanwezig zijn. Ontbinding van de overeenkomst is in dat geval dan ook in beginsel mogelijk, zonder noodzaak tot voorafgaande ingebrekestelling.

### 4. Voortdurende verbintenis, maar toch geen ontbindingsbevoegdheid

In het arrest *Van Bommel/Ruijgrok*<sup>12</sup> – gewezen onder oud huurrecht – was sprake van een uit een huurovereenkomst voortvloeiende voortdurende verplichting. Ook in dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat sprake was van een (tijdelijke) onmogelijkheid voor de verhuurder om zijn verplichtingen na te komen en overwoog de Hoge Raad dat voor de ontbinding geen ingebrekestelling was vereist. Op grond van de (beperkende werking van de) redelijkheid en de billijkheid achtte de Hoge Raad de ontbinding echter toch niet eerder gerechtvaardigd dan nadat de huurder de verhuurder van de gebreken op de hoogte had gesteld.

De Hoge Raad heeft zijn oordeel, dat niet direct tot ontbinding over gegaan kon worden, gebaseerd op de maatstaven van de redelijkheid en de billijkheid. Zodoende

kan niet gezegd worden dat dit arrest op enigerlei wijze afbreuk zou doen aan de conclusie dat bij een tekortkoming in een voortdurende verbintenis ontbinding mogelijk is, zonder dat daarvoor een ingebrekestelling of aanmaning is vereist.

Ik merk op dat het systeem van een noodzaak tot een voorafgaande mededeling, terwijl geen ingebrekestelling vereist is, ook terug te vinden is in artikel 6:82 lid 2 BW. Dit artikel maakt echter onderdeel uit van de algemene verzuimregeling en doet er niet aan af dat op grond van artikel 6:265 BW de ontbindingsbevoegdheid in geval van een onmogelijkheid tot nakoming ontstaat zonder dat verzuim is vereist. Een noodzaak tot een voorafgaande mededeling kan in dat geval dus slechts uit de redelijkheid en de billijkheid voortvloeien en niet uit toepassing van artikel 6:82 lid 2 BW.

### 5. Toepassing in de praktijk

Op het leerstuk van de voortdurende verbintenis en de onmogelijkheid tot nakoming bij schending daarvan, kan vaker een beroep worden gedaan dan nu (blijkens de schaarse jurisprudentie hierover) gebeurt. Daarvoor is uiteraard van belang de aanwezigheid van een voortdurende verbintenis te herkennen. Daarnaast kan op het bestaan daarvan contractueel worden aangestuurd. Ik licht dit toe.

De wet kent diverse (open) normen die aangemerkt kunnen worden als voortdurende verbintenissen. Een voorbeeld daarvan is artikel 7:401 BW. Bij een overeenkomst van opdracht bepaalt dit artikel dat op de opdrachtnemer de verplichting rust om bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Dit betreft een voortdurende verbintenis. Schiet de opdrachtnemer daarin tekort, dan levert dat dus een grond op om direct tot ontbinding van de overeenkomst over te kunnen gaan. Diverse vormen van ongewenst gedrag van de opdrachtnemer, dan wel het naar mening van de opdrachtgever leveren van onvoldoende inspanningen kunnen onder deze open norm worden gebracht en daarmee een ontbindingsgrond opleveren.

Om daadwerkelijk tot het bestaan een ontbindingsbevoegdheid te komen, moet uiteraard wel vast komen te staan dat het ongewenste gedrag of de (onvoldoende) inspanning een schending van de verbintenis oplevert. Bovendien kan ontbinding bij een dergelijke schending onder omstandigheden toch niet gerechtvaardigd zijn, gelet op de mogelijke geringe betekenis van de tekortkoming.

Naast de zorgplicht van de opdrachtnemer kent de wet onder meer de volgende (open) normen die aangemerkt kunnen worden als voortdurende verplichtingen: goed

<sup>12</sup> Hoge Raad 6 juni 1997, NJ 1998, 128.

huurderschap,<sup>13</sup> goed pachterschap,<sup>14</sup> de verplichting om het verpachte ter beschikking te stellen,<sup>15</sup> goed bewaarnemerschap<sup>16</sup> en de verplichting om zich als goed werknemer of werkgever te gedragen.<sup>17</sup>

Voortdurende verbintenissen vloeien niet alleen uit de wet voort, maar kunnen ook contractueel worden overeengekomen. Door in een overeenkomst op te nemen dat een contractuele wederpartij zich gedurende de looptijd van de overeenkomst (bij voortduring) op een bepaalde manier moet gedragen of bijvoorbeeld continu (ononderbroken) een bepaalde dienst moet leveren, wordt een voortdurende verbintenis gecreëerd.

Daarnaast kan worden gedacht aan het opnemen van een garantie, waarbij het van de formulering van de garantie afhangt, of daarmee een voortdurende verbintenis in het leven wordt geroepen. Dat is wel het geval indien de garantie een toezegging inhoudt van de (continue) aanwezigheid van een bepaalde kwaliteit gedurende de garantietermijn.<sup>18</sup>

Dat het nut kan hebben om een verplichting als voortdurende verbintenis te formuleren, blijkt a contrario uit de volgende overweging van de rechtbank: *“Van een voortdurende verbintenis is in het onderhavige geval van een koopovereenkomst evenwel geen sprake. (...) Dit is anders indien tussen partijen zou zijn overeengekomen dat de trekker gedurende een bepaalde tijd volstrekt probleemloos zou functioneren, doch zulks is niet gesteld.”*<sup>19</sup>

Overigens kan het ook nuttig zijn om een verbintenis niet te formuleren als verplichting om iets bij voortduring te doen, maar juist als de verplichting om zich gedurende een periode te onthouden van bepaald gedrag. Ten aanzien van verplichtingen om niet te doen, wordt algemeen aangenomen dat bij schending van die verplichting sprake is van een onmogelijkheid tot nakoming, zodat verzuim niet aan de orde is bij het ontstaan van de ontbindingsbevoegdheid.<sup>20</sup>

Kritisch over het brengen van vele situaties onder de noemer van ‘onmogelijkheid’ is Van Schaik. Ten aanzien van het

arrest *Robinson/Molenaar*, vindt hij onder meer dat de bevoegdheid tot ontbinding niet in de (volgens hem niet aanwezige) onmogelijkheid tot nakoming gevonden zou moeten worden, maar in dat een voortdurende verbintenis (als ik hem goed begrijp) uitgelegd zou kunnen worden als verbintenis waarvoor een fatale nakomingstermijn is overeengekomen, namelijk de termijn om daaraan ‘bij voortduring’ uitvoering te geven. Het niet bij voortduring uitvoeren van een dergelijke verbintenis leidt dan van rechtswege tot het intreden van verzuim.<sup>21</sup>

In beide situaties is sprake van een ontbindingsbevoegdheid, zodat de kwalificatie als onmogelijkheid tot nakoming of verzuimsituatie (ten gevolge van een geschonden fatale termijn) in dat opzicht niet van belang lijkt. Het onderscheid is echter relevant, vanwege de volgende verschillen:

- (i) de schuldeiser kan in geval van verzuim van de schuldenaar nog nakoming vorderen, terwijl een dergelijke vordering bij blijvende onmogelijkheid tot nakoming is uitgesloten;
- (ii) verzuim kan worden gezuiverd (artikel 6:86 BW), terwijl zuivering niet aan de orde is bij blijvende onmogelijkheid tot nakoming;
- (iii) bij blijvende onmogelijkheid tot nakoming wordt de primaire verbintenis van rechtswege omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding, terwijl daarvoor in een situatie van verzuim een omzettingsverklaring nodig is (artikel 6:87 lid 1 BW);
- (iv) bij verzuim van de schuldenaar, kan de schuldeiser de nakoming van zijn eigen verbintenis opschorten. Dat kan hij niet altijd, als nakoming door de schuldenaar onmogelijk is (artikel 6:54 sub b jo. 6:264 BW).<sup>22</sup>

## 6. Conclusies

Een voortdurende verbintenis is een verbintenis waarvan de aard met zich brengt dat gedurende een bepaalde periode continu een prestatie moet worden verricht, welke verbintenis niet door volbrenging gedurende die periode kan worden voltooid. Een tekortkoming in een voortdurende verbintenis leidt (behoudens voor zover de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt) tot het ontstaan van een onmiddellijke ontbindingsbevoegdheid, waarbij verzuim geen rol speelt en een ingebrekestelling dus niet noodzakelijk is.

Voortdurende verbintenissen vloeien voort uit de wet, maar kunnen daarnaast ook contractueel worden overeengekomen. Opname van voortdurende verplichtingen lijkt met name denkbaar bij het overeenkomen van een bepaald gedrag dat de wederpartij gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst (of een bepaalde periode daarbinnen) moet vertonen, bij bepaalde prestaties die gedurende een bepaalde periode continu moeten worden geleverd, dan wel indien het geleverde een bepaalde

13 Artikel 7:213 BW, waarbij ik erop wijs dat boek 7 titel 4 eigen beëindigingsregelingen kent waar het gaat om huur van (een gedeelte van) onroerende zaken, zodat de algemene ontbindingsregeling niet van toepassing is bij huur van onroerende zaken. Eenzelfde kanttekening over de relevantie van het in dit artikel besproken leerstuk in verband met een eigen bijzondere beëindigingsregeling, kan worden geplaatst ten aanzien van ontbinding van pachtovereenkomsten en arbeidsovereenkomsten.

14 Artikel 7:347 BW.

15 Artikel 7:336 BW.

16 Artikel 7:602 BW.

17 Artikel 7:611 BW.

18 Zie over garantietermijnen ook de literatuur en jurisprudentie waarnaar B.M. Katan verwijst in *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:83 BW, aant. 58.

19 Rechtbank Zwolle-Lelystad 11 juli 2012, *NJF* 2013, 149, r.o. 5.24.

20 Asser 6-1, Deventer: Kluwer 2012, nr. 383 p. 302; Hoge Raad 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255.

21 A.C. Van Schaik, *NTBR* 2012, 240, ‘Blijvende Onmogelijkheid’.

22 A.C. Van Schaik, *NTBR* 2012, 240, ‘Blijvende Onmogelijkheid’.

---

kwaliteit gedurende (tenminste) een bepaalde periode moet bezitten.

Door zich bewust te zijn van voortdurende verbintenissen en door deze actief in contracten op te nemen, vergroot de contractenschrijver het aantal situaties waarin

zonder noodzaak tot voorafgaande ingebrekestelling tot ontbinding kan worden overgegaan.

**Over de auteur**

Mr. Andrea van den Heuvel is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten N.V.