

Voorwoord

Op 11 oktober 2018 vindt het *TvHB*-congres plaats, dat onder andere in het teken zal staan van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), die met ingang van 25 mei 2018 de Wet bescherming persoonsgegevens zal vervangen. Key note speaker tijdens dit congres, Marieke Thijssen, zal ons dan precies vertellen wat verhuurders, huurders en vastgoedbeheerders van bedrijfsruimte moeten weten over de AVG en wat de eerste praktijkervaringen zijn. Nu er al vanaf 25 mei a.s. sancties staan op overtreding van de AVG, wordt in dit tijdschrift een sneak preview gegeven waarin alvast kort wordt vermeld wat nu al gedaan moet worden om tijdig aan de AVG te voldoen.

Tijdens het congres zullen ook andere actuele ontwikkelingen aan de orde komen die onze huurrechtpraktijk beïnvloeden, zoals bitcoins en blockchain. Vooruitlopend daarop gaan Boris Ziermans en Jelle Boes in dit nummer in op een andere technologische ontwikkeling die van belang is voor het huurrecht: zij beschrijven dat de analyse van big data in toenemende mate gebeurt met behulp van complexe algoritmes en zij bezien hoe deze in de vastgoedsector kunnen worden ingezet. Taxaties kunnen bijvoorbeeld nauwkeuriger plaatsvinden door gebruik te maken van algoritmes, maar er zijn inmiddels ook computerprogramma's die documenten zoals huurovereenkomsten op basis van zelflerende algoritmes samenvatten, analyseren en beoordelen. Deze ontwikkeling zal naar verwachting de manier waarop due diligences worden uitgevoerd in de toekomst drastisch veranderen en het is voor onze huurrechtpraktijk daarom van groot belang om hiervan kennis te nemen.

Elina Swaneveld onderzoekt in haar artikel 'Voorlopige bewijsverrichtingen in het huurrecht' wanneer in huurzaken zinvol voorlopige bewijsverrichtingen kunnen worden ingezet, zoals het voorlopig getuigenverhoor, het voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming. Hierbij wordt aangegeven aan welke voorwaarden een verzoek moet voldoen om toegewezen te kunnen worden. Geconcludeerd wordt dat voorlopige bewijsverrichtingen in het huurrecht zeker nuttig kunnen zijn, bijvoorbeeld om het bestaan van een huurovereenkomst aan te tonen, of om overlast en/of onderverhuur in kaart te brengen.

In dit tijdschrift is al veelvuldig ingegaan op de jurisprudentie over bankgaranties en leegstandschade. Vincent Boumans vat deze jurisprudentie samen en laat vervolgens voor de praktijk relevante vragen de revue passeren. Waarom willen banken geen leegstandschade meer dekken? Welke bankgaranties worden door banken nog wel afgegeven en zijn die nieuwe garanties wel interessant voor verhuurders? Zijn er alternatieven om het risico op leegstandschade af te dekken?

Het huidige tekort aan betaalbare woonruimte zorgt er, in combinatie met de leegstand van niet-woonruimte, voor dat kraken in 2018 nog steeds actueel is. Marloes Voorrips analyseert de recente ontwikkelingen in de civiele kraakjurisprudentie. Hieruit blijkt dat de afschrikkende werking die de wetgever met de strafbaarstelling van kraken beoogde, in de praktijk niet altijd doel lijkt te treffen nu rechters oog hebben voor woningnood en 'ongerechtvaardigde leegstand'.

Het zal u niet zijn ontgaan dat de Hoge Raad de afgelopen maanden niet heeft stilgezeten en meerdere arresten heeft gewezen die relevant zijn voor de huurrechtpraktijk. Nu deze arresten (nog) niet worden geannoteerd in dit tijdschrift wijs ik u volledigheidshalve vast kort op de inhoud hiervan. De Hoge Raad oordeelde op 2 februari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:141) dat het ontoelaatbaar kan zijn om gebruik te maken van een in een duurovereenkomst opgenomen mogelijkheid van tussentijdse opzegging, als die opzegging op grond van art. 6:248 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Bovendien kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:248 lid 1 BW meebrengen dat er aan de opzegging nadere eisen worden gesteld. Nu (ook) huurovereenkomsten kwalificeren als duurovereenkomsten, betreft dit een voor de huurpraktijk belangrijk arrest.

Bij arrest van 16 februari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:209) stelt de Hoge Raad buiten twijfel dat een goodwillvergoeding niet onder de reikwijdte van art. 7:297 BW valt, aangezien de bewoordingen van art. 7:297 BW betrekking hebben op kosten verbonden met het feitelijk betrekken van nieuwe bedrijfsruimte, terwijl een vergoeding voor goodwill volgens de Hoge Raad ziet op, kort gezegd, de winstverwachting van het in die nieuwe bedrijfsruimte uit te oefenen bedrijf. De totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:297 BW geeft evenmin aanknopingspunt voor de stelling dat een vergoeding voor goodwill onder de verhuis- en inrichtingskosten zou vallen.

Op 23 februari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:284) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het einde van de hoofdhuurovereenkomst niet noodzakelijkerwijs betekent dat de hoofdhuurder richting de onderhuurder tekortschiet. Voor de geldigheid van een huurovereenkomst is niet vereist dat de verhuurder (op grond van eigendomsrecht of anderszins) bevoegd is tot verhuur aan de huurder. Het gaat om de mogelijkheid voor de huurder om de zaak *daadwerkelijk* te kunnen gebruiken. Indien de (onder)verhuurder niet bevoegd is tot verhuur aan de (onder)huurder, is pas sprake van een gebrek (en daarmee van een tekortkoming) indien een derde tegenover de huurder een beter recht pretendeert te hebben en het als gevolg daarvan tot een feitelijke stoornis van het gebruik komt. Dit betekent, aldus nog steeds de Hoge Raad, echter niet dat de (onder)huurder, indien hij ermee bekend wordt dat zijn verhuurder niet (langer) tot (onder)verhuur bevoegd is, de daaruit voortvloeiende onzekerheid of, en zo ja wanneer, een feitelijke genotstoornis zal optreden, dient te aanvaarden. In voorkomend geval kan hij, met het oog op de dreigende tekortkoming, een beroep doen op art. 6:80 BW om de huurovereenkomst te ontbinden dan wel ex art. 6:263 BW zijn betalingsverplichting opschorten.

Ik wens u weer veel leesplezier!

Nathalie Amiel

Sneak preview: de AVG en verhuur van bedrijfsruimte

mr. M. Thijssen¹

Dit najaar staat het TvHB-congres onder andere in het teken van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna AVG).² De AVG vervangt met ingang van 25 mei 2018 de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna Wbp). De AVG is deels uitgewerkt in de Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna UAVG).³ De AVG en de UAVG stellen (net als de Wbp) eisen aan het verwerken van persoonsgegevens. Daarbij gaat het om veel meer dan alleen het vastleggen van NAW-gegevens. Zo is bijvoorbeeld ook bij het maken van camerabeelden, het registreren van kentekens en het gebruik van wifi-tracking sprake van het verwerken van persoonsgegevens.

Ook verhuurders, huurders en vastgoedbeheerders kunnen met de AVG te maken krijgen. Zij verwerken steeds vaker en steeds meer persoonsgegevens. Zo zijn vastgoedobjecten steeds vaker voorzien van geïntegreerde systemen waarmee persoonsgegevens verwerkt worden. Denk aan systemen voor toegangscontrole in kantoorpanden, aan systemen voor cameratoezicht in schoolgebouwen, aan sensorsystemen in zorgvastgoed, aan kentekenregistratiesystemen in parkeergarages en aan de inzet van wifi-tracking in winkelcentra.

Wat moeten verhuurders, huurders en vastgoedbeheerders van bedrijfsruimte weten over de AVG? Die vraag beantwoord ik tijdens het TvHB-congres dit najaar. Aan de orde komt voor wie de regels van de AVG kunnen gelden: voor verhuurders, huurders of vastgoedbeheerders of voor hen allemaal? Aan de orde komt ook welke persoonsgegevens zij mogen verwerken; of en zo ja wanneer zij een Data Protection Impact Assessment (DPIA) moeten uitvoeren; wanneer en op welke wijze zij de betrokkenen over het gebruik van hun persoonsgegevens moeten informeren en welke rechten die betrok-

kenen hebben; hoe zij persoonsgegevens moeten beveiligen en wat zij moeten doen als er sprake is van een datalek; wanneer zij een functionaris voor gegevensbescherming (FG) aan moeten stellen; of en zo ja welke afspraken zij met elkaar en met derden moeten maken en wat de consequenties kunnen zijn als zij de AVG overtreden. Op papier is het duidelijk wat er moet gebeuren, maar in de praktijk roept de AVG nog de nodige vragen op. De tijd zal ons leren wat daarop de antwoorden zijn. Tijdens het TvHB-congres dit najaar zullen in ieder geval de eerste praktijkervaringen gedeeld worden.

Verhuurders, huurders en vastgoedbeheerders moeten ondertussen alvast aan de slag om op 25 mei 2018 aan de AVG te voldoen door:

- te inventariseren door wie welke verwerkingen van persoonsgegevens plaatsvinden en die verwerkingen op rechtmatigheid te controleren;
- een register van verwerkingen aan te leggen en vervolgens bij te houden;
- zo nodig een FG aan te stellen;
- zo nodig DPIA's uit te voeren;
- te zorgen voor een passende beveiliging, bij voorkeur in combinatie met een beveiligingsbeleid;
- een procedure voor (interne) melding van datalekken in te voeren en datalekken waar nodig te melden bij de Autoriteit Persoonsgegevens (AP);
- ervoor te zorgen dat betrokkenen uit eigen beweging en op verzoek geïnformeerd kunnen worden; en
- zo nodig afspraken te maken met elkaar en met andere derden met wie samengewerkt wordt.

Het is niet aan te raden hiermee te wachten tot het TvHB-congres.

1. Marieke Thijssen is advocaat vastgoed- en privacy-recht bij Hekkelman Advocaten te Nijmegen
2. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).
3. Het Wetsvoorstel Uitvoeringswet algemene verordening gegevensbescherming (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 851, nr. 2) is op 13 maart 2018 aangenomen door de Tweede Kamer. Op het moment dat dit nummer van het TvHB ter perse gaat, is het in voorbereiding bij de Eerste Kamercommissie voor Justitie en Veiligheid.

Het potentieel van algoritmes in het huurrecht

B.O. Ziermans MSc. MRE MRICS en J. Boes MSc.¹

Het potentieel van big data in het vastgoed is eerder beschreven in de publicatie 2017 nr. 2 van het *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte*. Hierin werden de mogelijke toepassingen en de uitdagingen voor de diverse actoren in het vastgoed toegelicht. De analyse van big data gebeurt in toenemende mate middels complexe algoritmes. In dit artikel wordt nader ingegaan op de recente ontwikkelingen op het gebied van algoritmes en potentiële toepassingen voor de vastgoedsector, alsmede de recente ontwikkelingen van algoritmes die specifiek kunnen worden toegepast in het huurrecht.

1. Inleiding

Een algoritme is een set regels die stap voor stap uiteenzetten welke wiskundige handelingen er moeten worden verricht om een bepaald doel te bereiken. In toenemende mate worden er algoritmes gebruikt om gebruikers van een product of dienst beter te bedienen. De meeste algoritmes hebben in beginsel dezelfde structuur. Ze ontleden data in eigenschappen op zoek naar significante verbanden. Een goed voorbeeld is Google Scholar, een database voor wetenschappelijke artikelen (Beel & Gipp, 2009). In het voorbeeld van Google Scholar zal het niemand verbazen dat dit algoritme het *aantal citaten* als zwaarstwegende eigenschap van een artikel neemt in de waardering.

2. Zelflerende algoritmes

Het interessante van het gebruik van deze techniek is de versnelde flexibiliteit van de algoritmes. Een sprekend voorbeeld zijn de websites die dagelijks hun algoritmes aan laten passen door constant kleine aanpassingen te doen op individueel niveau (Kieft, 2016). Hierdoor komen interessante resultaten naar boven als populaire vormen en kleuren in producten zoals dezelfde kleur schoenen, die ervoor zorgen dat je sneller iets op de website aanschaft. Door de websitegebruikers dagelijks te testen, kunnen er miljoenen kleine onderzoeken worden gedaan waardoor het algoritme zichzelf voortdurend optimaliseert.

Een ander interessant voorbeeld is het zelflerende systeem dat Google heeft ontwikkeld om strategische bordspellen te spelen. Een van die bordspellen is genaamd Go. Google heeft een zelflerend algoritme ontwikkeld dat beschikt over een voorspellend netwerk. Dit systeem voorspelt de volgende zet van

de tegenstander en combineert dit met voorspellingen van de verschillende zetten op het bord. De vernieuwde versie, AlphaGo Zero, die door Google's Artificial Intelligence (AI) afdeling Deepmind is ontwikkeld, gaat nog verder en heeft nog maar 1 neurale systeem.² Een neurale netwerk speelt tegen zichzelf met een zoekalgoritme. Hierdoor kan het systeem zetten voorspellen en daarmee ook de uitkomsten van het spel. Door de herhalingen kan het systeem zichzelf steeds verder optimaliseren. Uiteindelijk is het in staat om uit het niets te beginnen en is zodoende niet meer beperkt door de grenzen van menselijk denken (Silver et. Al, 2017). Dit algoritme start door te leren met willekeurig wedstrijden tegen zichzelf te spelen en was in staat om binnen 40 dagen de wereldkampioen te verslaan. Wat deze technologische ontwikkeling typeert, is dat algoritmes in toenemende mate in staat zijn zichzelf voortdurend te optimaliseren en daarmee zelflerend zijn.

Bovenstaande kan ook aangewend worden om vraag en aanbod in diverse markten bij elkaar te brengen en zelfs besluiten te nemen in de vorm van transacties.

Uitzendbureau Randstad zet in op zelflerende algoritmes om vraag en aanbod van personeel bij elkaar te brengen, zodat de intermediair zelf de eerste schifting van het aanbod niet meer hoeft te doen. Een intermediair blijft echter betrokken en deze recente ontwikkelingen hebben naar verwachting van de uitzendorganisatie geen personele consequenties.³

3. Algoritmes in het vastgoed

Een soortgelijk principe, waar vraag en aanbod geautomatiseerd wordt samengebracht, is ook mogelijk voor vastgoed. Hieronder enkele relevante

1. B.O. Ziermans MSc. MRE MRICS is International Partner Capital Markets bij Cushman & Wakefield in Amsterdam en J. Boes MSc is Consultant Industrial bij Cushman & Wakefield in Amsterdam.

2. <https://deepmind.com>.

3. <https://ir.randstad.com>.

voorbeelden van organisaties die algoritmes toepassen in de vastgoedsector.

Ten-X⁴ is een online platform waar vraag en aanbod voor vastgoed samen wordt gebracht. Zij hebben recent een algoritme ontwikkeld om vraag en aanbod van vastgoed volledig geautomatiseerd plaats te laten vinden.

Opendoor⁵ is een organisatie die is opgericht in 2014 en heeft met behulp van een zelflerend algoritme een systeem ontwikkeld dat niet alleen vraag en aanbod van woningbeleggingen op elkaar afstemt maar vervolgens ook de verwachte verkoopopbrengst geautomatiseerd weergeeft.

Start up AlphaFlow⁶ heeft een computerprogramma ontwikkeld dat op basis van circa 50 criteria (o.a. vastgoedkarakteristieken, geschiedenis van de leningnemer, recente marktgegevens etc.) volledig geautomatiseerd leningen selecteert, verwerft, de portefeuille beheert en tenslotte de leningen weer verkoopt.

Verschil met de eerdergenoemde ontwikkeling in de uitzendbranche is dat er hier tevens initiatieven zijn die volledig autonoom en zonder tussenkomst van een intermediair handelen. Dit geeft een aardig inzicht in het potentieel ook voor andere intermediairs zoals de makelaardij. Het bestaansrecht van de intermediair is niet meer het bij elkaar brengen van vraag en aanbod. Het procesmanagement, de onderhandelingsvaardigheden en de toepassing en analyse van grote hoeveelheden data bepaalt in toenemende mate het bestaansrecht voor intermediairs.

Een Nederlandse organisatie die gebruik maakt van algoritmes in het vastgoed is Geophy.⁷ Geophy gebruikt grote hoeveelheden data die vervolgens met behulp van zelflerende algoritmes worden geanalyseerd. Deze analyses worden aangewend om geautomatiseerd tot een waardering danwel analyse van het object te komen. Geophy claimt vastgoed nauwkeuriger te waarderen dan taxateurs.

Ook zijn er aanbieders van online datarooms die hun dienstverlening uitbreiden met software die gebaseerd is op algoritmes en de verkoper helpt om relevante verkoopdocumentatie te identificeren en te selecteren. Deze analyse vindt plaats op basis van de analyse van het klikgedrag van kandidaat-kopers in diezelfde dataroom bij alle voorgaande processen. Dit helpt verkopers snel en efficiënt de grote hoeveelheden documentatie te analyseren en selecteren.

4. Algoritmes in de rechtspraak

Ook binnen het recht is het mogelijk om grote hoeveelheden data te analyseren met behulp van algoritmes.

4. <https://ten-x.com>.

5. <https://opendoor.com>.

6. <https://alphaflow.com>.

7. <https://geophy.com>.

Er is inmiddels een aantal initiatieven dat data analyseert om de weg naar de rechter efficiënter vorm te geven of de rechter te ondersteunen bij het nemen van beslissingen.

Een concreet voorbeeld is het artikel wat onlangs in The New York Times verscheen over COMPAS.⁸ Een rechter heeft zijn uitspraak in een strafzaak 'onder andere' gebaseerd op een computerprogramma dat een algoritme gebruikt voor risicobeoordelingen. COMPAS kan namelijk aan de hand van algoritmes de kans op recidive berekenen en middels een score weergeven. Overigens worden in de New York Times ook kritische kanttekeningen geplaatst omtrent de werking van algoritmes. Algoritmes worden initieel gedefinieerd door mensen en zijn daarmee gebaseerd op menselijke vooroordelen. Transparantie in de werking van algoritmes is dus van essentieel belang. Het nadeel van transparantie is dat dit het risico op misbruik of manipulatie van de algoritmes vergroot.

5. Algoritmes in het huurrecht

Ook binnen het huurrecht zijn er toepassingen in ontwikkeling die relevant zijn om kennis van te nemen.

Bij grote hoeveelheden documenten kan het uitkomst bieden om een computerprogramma de meest relevante gegevens te laten toetsen op basis van algoritmes.

Denk bijvoorbeeld aan de verkoop van een grote vastgoedportefeuille of een groot object met honderden huurovereenkomsten en allonges. In de huidige verkopersmarkt worden kopers gedwongen om in een zeer kort tijdsbestek haar due diligence uit te voeren. In het verleden koos de koper vaak voor een pragmatische oplossing door te besluiten de 20% meest omvangrijke huurovereenkomsten qua huurinkomsten te analyseren, die in de regel circa 80% van de totale kasstroom omvatten. Met als potentieel risico dat een groot aantal contracten niet inhoudelijk werd beoordeeld.

Tegenwoordig zijn er computerprogramma's die documenten zoals huurovereenkomsten op basis van zelflerende algoritmes samenvatten, analyseren en beoordelen. Organisaties zoals Leverton⁹ en Counselytics¹⁰ produceren software die huurovereenkomsten samenvatten in meer dan 20 talen en zelfs besluiten kunnen nemen op basis van zelflerende algoritmes.

Groot voordeel is de snelheid van de analyse. Een computerprogramma kan veel sneller de belangrijkste kenmerken in huurovereenkomsten analyseren en maakt daarnaast geen typefouten zoals het geval kan zijn bij de invoer van data door personen.

8. www.nytimes.com/2017/10/26/opinion/algorithm-compas-sentencing-bias.html.

9. <http://leverton.ai>.

10. <http://counselytics.com>.

Hierbij geldt wel dat een algoritme ook niet foutloos opereert. Het zal in het begin niet gelijk alles herkennen aan een contract. Niet zelden wordt er in de overeenkomst met pen een correctie uitgevoerd die vervolgens geparafeerd wordt. Die herkent een computer in beginsel niet. Ook heeft een algoritme moeite met de herkenning van clausules die op steeds verschillende plekken in de overeenkomst staan.

Echter, met behulp van zelflerende algoritmes kan ook deze techniek steeds verder verfijnd worden en kunnen ook voormelde beperkingen worden verholpen. Cloud Auto ML is een van de technieken die daarbij kunnen helpen.¹¹ Dat is een door Google vrijgegeven platform waarbij zonder al te veel moeite modellen gemaakt kunnen worden die werken met kunstmatige intelligentie. De eerste toepassingen kunnen beelden herkennen, de volgende kunnen dat met tekst- en spraaktoepassingen.

Dit kan in de toekomst substantiële consequenties hebben voor de wijze waarop due diligence wordt uitgevoerd. Menig advocatenkantoor hanteert het 'vier-ogen-principe' waarbij alle contractstukken door minimaal twee personen worden beoordeeld om fouten te minimaliseren. Dat kan wellicht in de huidige opzet worden teruggebracht tot één persoon toepassing van software en wellicht is menselijke interventie in de toekomst in het geheel niet meer nodig. Een voorbeeld van een dergelijk ontwikkeling is Watson¹². Dat is een zelflerende computer van IBM waarvan op termijn wordt verwacht bepaalde werkzaamheden van advocaten te kunnen overnemen op het gebied van annotaties.

6. Ethiek

Waar het in het privaatrecht al snel op ethische kwesties stuit, zou je dat bij informatieverwerking in de algemene zin wat minder snel verwachten. Maar ook hier gelden dezelfde regels wat betreft eindverantwoordelijkheid. Wie is verantwoordelijk en aansprakelijk voor conclusies die zijn gedaan op basis van informatie die door een computer is vergaard?

Voor algoritmes zijn in het BW nog geen specifieke bepalingen en aangezien het een recente ontwikkeling betreft is het nog niet mogelijk om terug te vallen op opinies of de literatuur (Tjong Tjin Tai, 2017). De vraag die we ons moeten stellen is: wie is er uiteindelijk verantwoordelijk voor de uitkomsten van de analyses. Hoe kom je bijvoorbeeld tot een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke veroordeling wanneer het gaat om het gebruik van een zelfstandig functionerend algoritme?

De discussie die hierop volgde is de mate van objectiviteit van de methode. Algoritmes lijken in eerste instantie wellicht objectief maar kunnen wel degelijk discrimineren. 'De veroordelen die er in de

algoritmes of data zitten, kunnen worden versterkt in het eindresultaat', schreef Laurens Verhagen onlangs over de rechterlijke uitspraak met behulp van COMPAS.¹³

Propublica, een non-profit organisatie, heeft via een 'Freedom of Information'-verzoek de recidive scores gekregen en kwam tot de conclusie dat het daadwerkelijk de zwarte bevolking benadeelt (Larson et. al, 2016). Hoe ze dat hebben geanalyseerd, is stap voor stap na te lezen op de website van Propublica.¹⁴

In Nederland is er een privaat initiatief om langs digitale weg een uitspraak te ontvangen dat als bindend advies of arbitraal vonnis geldt. Dit is e-court met de zelf geclaimde titel *moderne private rechtspraak*.¹⁵ Het is een initiatief dat een goedkopere en digitale gang naar de rechtbank mogelijk maakt omdat dit in eerste aanleg online gaat. De griffiekosten voor eenvoudige incassozaken worden doorgaans te hoog gevonden om de toegang naar de rechter te garanderen.¹⁶ Het gebruik van e-court is hierdoor een goedkoop en snel alternatief voor de gewone rechter en die het voor zorgverzekeraars bijzonder interessant maakt, die veel privaatrechtelijke zaken hebben lopen op grond van art. 1020 e.v. WBR of art. 7:900 e.v. BW. De mogelijkheid van deze methode staat in de kleine letters van bijna alle zorgverzekeraars en is een ander voorbeeld dat aangeeft dat data en algoritmes de wetshandhaving en het strafrecht in razendsnel tempo veranderen.

7. Conclusie

Het gebruik van algoritmes bespaart veel tijd en ze zijn steeds beter in staat menselijke vaardigheden te kopiëren maar helemaal volledig zijn ze nog niet. Op dit moment zijn algoritmes een krachtig middel maar voorlopig is menselijke interventie vaak nog noodzakelijk.

De EU wil met haar nieuwe databeveiligingsrichtlijn het gebruik van algoritmes in de maatschappij reguleren. Zo zou je het recht moeten hebben op uitleg hoe algoritmen tot een besluit zijn gekomen over jou. Of dat nu voor je overlijdensrisicoverzekering of een veroordeling is.

Literatuur

Hieronder een opgave van relevante literatuur voor degenen die er meer over willen lezen.

- J. Beel and B. Gipp, (2009) 'Google Scholar's Ranking Algorithm: An Introductory Overview,' in Proceedings of the 12th International Conference on Scientometrics and Informetrics (ISSI'09), Rio de Janeiro, Brazil geraadpleegd op 27 januari 2018 via <http://docear.org/papers/Google%20Scholar%27s%20Ranking%20Algorithm%20>

11. <http://cloud.google.com>.

12. <http://advocatie.nl>.

13. <http://volksrant.nl>.

14. <http://propublica.org>.

15. <http://e-court.nl>.

16. <http://rechtspraak.nl>.

- %20An%20Introductory%20Overview%20--%20preprint.pdf
- Kieft, M. (Producent) (2016) What makes you click [Film], Hilversum: Tegenlicht geraadpleegd op 27 januari 2018 via <https://www.vpro.nl/programmas/tegenlicht/kijk/afleveringen/2016-2017/what-makes-you-click.html>
- D. Silver, J. Schrittwieser, K. Simonyan, L. Antonoglou, A. Huang, A. Guez, T. Hubert, L. Baker, M. Lai, A. Bolton, Y. Chen, T. Lillicrap, F. Hui, L. Sifre, G. van den Driessche, T. Graepel, D. Hassabis (2017) Mastering the game of Go without human knowledge, *Nature* 550, 354-359 geraadpleegd op 27 januari 2018 via <https://www.nature.com/articles/nature24270>
- J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, J. Angwin (2016) How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm geraadpleegd op 27 januari 2018 via <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>
- E. Tjong Tjin Tai (2017) Aansprakelijkheid voor robots en algoritmes, *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht*, 14 (3), 123-132 geraadpleegd op 6 maart 2018 via https://pure.uvt.nl/portal/files/16560684/Aansprakelijkheid_robots_algoritmes_NTHR_2017.pdf
- Op het moment van schrijven is er nog weinig academische literatuur beschikbaar omtrent de laatste toepassingen van algoritmen en het recht. Een aantal voor dit onderwerp relevante publicaties en in dit artikel aangehaalde websites worden hieronder genoemd:
 - Deepmind
<https://deepmind.com/research/alphago>
 - Randstad
<https://www.ir.randstad.com/news-and-events/press-releases/2017/2017-11-21>
 - Ten-x
<https://www.ten-x.com/commercial>
 - Opendoor
<https://www.opendoor.com/how-it-works>
 - Alphaflow
<https://www.alphaflow.com/how-it-works>
 - Geophy
<https://geophy.com/data-enrichment>
 - The New York Times
<https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html>
<https://www.nytimes.com/2017/10/26/opinion/algorithm-compas-sentencing-bias.html>
 - Leverton
<https://www.leverton.ai/the-leverton-platform?hsCtaTracking=e5a2f04c-d2cc-476a-9522-75cdc6be6da3%7C291caf2e-9c83-437d-96b2-94c767d0e72c>
 - Counselytics
<http://counselytics.com/how-counselytics-works>
 - Automated Machine Learning
<https://cloud.google.com/automl>
 - Advocatie
<http://www.advocatie.nl/cms-gebruikt-als-eerste-nederlandse-advocatenkantoor-watson>
- Volkskrant
<https://www.volkskrant.nl/tech/is-een-robot-als-rechter-daadwerkelijk-objectiever-a4521674>
- Propublica
<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>
- E-court
<http://www.e-court.nl>
- Rechtspraak
https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Voorzitter-Raad-voor-de-rechtspraak-Verlaag-griffiekosten-om-toegang-tot-de-rechter-te-garanderen.aspx?pk_campaign=rssfeed&pk_medium=rssfeed&pk_keyword=Alle-landelijke-actualiteiten

Voorlopige bewijsverrichtingen in het huurrecht

mr. E. Swaneveld¹

Op procedures die gevoerd worden in huurzaken is – uiteraard – het bewijsrecht zoals opgenomen in de art. 149 tot en met 207 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) van toepassing. Onderdeel van het bewijsrecht dat in deze artikelen is opgenomen zijn de zogenoemde 'voorlopige bewijsverrichtingen'. Ik doel dan op de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een voorlopig getuigenverhoor (art. 186-193 Rv) of voorlopig deskundigenbericht te bevelen of een voorlopige plaatsopneming (beide geregeld in de artikelen (art. 202-207 Rv) te houden. De exhibitievordering van art. 843a Rv kan ook worden gezien als een voorlopige bewijsverrichting, doch deze vordering blijft in dit artikel buiten beschouwing.

In dit artikel onderzoek ik de vraag in welke omstandigheden in huurzaken deze voorlopige bewijsverrichtingen zouden kunnen worden ingezet. Daarbij zal ik ook ingaan op de omstandigheden waarin het weinig zinvol lijkt om een dergelijk verzoek in te dienen.

Ik begin met het schetsen van de voorwaarden waaraan een verzoek moet voldoen om toegewezen te kunnen worden. De wettelijke eisen zoals opgenomen in de hiervoor genoemde artikelen zijn uitgewerkt in diverse uitspraken van de Hoge Raad en lagere rechters.

1. Wettelijke bepalingen

Een verzoek tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming kan voorafgaand aan een eventuele procedure maar ook tijdens een lopende procedure worden gedaan. Wie bevoegd is tot het indienen van een verzoekschrift, is afhankelijk van de vraag of de procedure waarop het verhoor ziet al aanhangig is of niet. Is de procedure nog niet aanhangig, dan kan iedere belanghebbende het verzoek doen. Tot de belanghebbenden behoren de (beoogde) partijen, maar bijvoorbeeld ook een partij die borg staat voor één van de partijen, die eventueel in vrijwaring zou kunnen worden opgeroepen of door voeging of tussenkomst partij bij de procedure zou kunnen worden.² Is de procedure al aanhangig, dan kunnen alleen de partijen bij die procedure het verzoek tot het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting doen. De voegende of tussenkomende (rechts)persoon is pas partij nadat voeging of tussenkomst is toegestaan en kan in een lopende procedure dus eerst vanaf dat moment een verzoek indienen. De rechter die bevoegd is in de eventuele procedure waarvoor de verzoeker het bewijs wil vergaren - of beoordelen - is ook de rechter bij wie het verzoekschrift wordt ingediend. In

huurzaken worden deze verzoeken dus bij de sector kanton van de rechtbank ingediend of (als de hoofdzaak al aanhangig is in hoger beroep) bij het gerechtshof.

Een voorlopige bewijsverrichting zal in de regel drie doelen dienen. Allereerst kan iemand er belang bij hebben om bewijsmiddelen veilig te stellen. Een tweede doel is het vergaren van bewijsmiddelen ten behoeve van een lopende of nog te starten procedure. Dat bewijs kan noodzakelijk zijn om een vordering of verweer te onderbouwen. Tot slot kan iemand een voorlopige bewijsmaatregel gebruiken om zijn proceskansen in een eventueel (al dan niet door hem) te starten procedure in te schatten en zo nodig vast te stellen tegen wie een vordering zou moeten worden ingesteld.³

In het verzoekschrift moet de verzoekende partij, naast de inhoudseisen die gelden voor alle verzoekschriften,⁴ ten minste de aard en het beloop van de vordering opnemen. Ook vermeldt hij de naam en woonplaats van de wederpartij of de redenen waarom de wederpartij onbekend is.⁵ Bij het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor vermeldt verzoeker de feiten of rechten die men wil bewijzen en de namen en woonplaatsen van de per-

1. Elina Swaneveld is Professional Support Lawyer bij VMBS Advocaten in Eindhoven.
2. Ook andere partijen kunnen voegen of tussenkomen in een procedure. De borg is slechts genoemd als voorbeeld.

3. Parket bij HR 22 december 2017, NJ 2018, 155. Zie voor een procedure waar het verzoek ertoe diende om vast te stellen tegen wie een vordering zou moeten worden ingesteld Rechtbank Den Haag 1 augustus 2017, ECLI: RBDHA:2017:9026.
4. Art. 278 Rv.
5. Art. 187 lid 3 sub a en d en 203 lid 2 sub a en c Rv.

sonen die men als getuigen wil doen horen;⁶ bij een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming de punten waarover het oordeel van de deskundigen wordt gevraagd of de plaats of de zaak die in ogenschouw moet worden genomen.⁷

Voldoet het verzoekschrift aan deze cumulatieve vereisten, dan moet het verzoek in beginsel door de rechter worden toegewezen. Deze verzoekschriftprocedure is niet de plaats voor een inhoudelijke beoordeling van de vordering of het verweer waarvoor de verzoeker bewijs wil verzamelen. Dit uitgangspunt is expliciet opgenomen in een beschikking van de Hoge Raad van 6 juni 2008.⁸ In die zaak was een voorlopig getuigenverhoor verzocht. Uit de beschikking van de Hoge Raad van 19 december 2003 volgt dat deze maatstaf ook geldt bij verzoeken om een voorlopig deskundigenbericht.⁹ In zijn noot bij een beschikking van de Hoge Raad d.d. 6 februari 1998 merkt Snijders op dat deze maatstaf niet zou gelden bij een verzoek tot het houden van een voorlopige plaatsopneming, omdat deze verrichting zou kunnen worden vervangen door een getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht. De voorlopige plaatsopneming zou van een andere aard zijn dan deze twee voorlopige bewijsverrichtingen.¹⁰ De Rechtbank Limburg meent echter dat de beoordelingsmaatstaf van de Hoge Raad ook moet worden toegepast bij de beoordeling van een verzoek tot een voorlopige plaatsopneming.¹¹ De toetsing die de rechter uitvoert is marginaal.

2. Afwijzingsgronden

Het verzoek wordt door de rechter afgewezen als het niet voldoet aan de hiervoor genoemde wettelijke vereisten. Dat een verzoekschrift voldoet aan deze wettelijke vereisten, bekend echter niet dat het verzoek niet afgewezen kan worden. Er zijn namelijk wel degelijk afwijzingsgronden waarop de verwerende partij zich kan beroepen. De marginale toetsing is dus niet zo beperkt als op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn. Er zijn drie gronden te onderscheiden waarop het verzoek toch door de rechter kan worden afgewezen:¹²

- de verzoeker heeft geen belang bij zijn verzoek;
- de verzoeker maakt misbruik van zijn bevoegdheid;
- het verzoek is gedaan in strijd met een goede procesorde of stuit af op een zwaarwichtig bezwaar.

6. Art. 187 lid 3 sub b en c Rv.

7. Art. 203 lid 2 sub b Rv.

8. HR 6 juni 2008, NJ 2008, 323; zie ook HR 19 maart 2010, NJ 2010, 172.

9. HR 19 december 2003, NJ 2004, 584 (*Wustenhoff/Gebuis*).

10. HR 6 februari 1998, NJ 1999, 478, m.nt. H.J. Snijders.

11. Rechtbank Limburg 19 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6959 (*Jazz City Leisure/Rabobank*).

12. HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442, m.nt. W.H.D. Asser (*Frog/Floriade*).

Geen belang bij het verzoek

Uit de aangehaalde beschikking van de Hoge Raad van 11 februari 2005 blijkt dat het bepaalde in art. 3:303 BW, inhoudende dat wie geen belang heeft, geen actie toekomt, van toepassing is op een verzoek tot het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting. Art. 3:303 BW is van algemeen belang en dient daarom ambtshalve te worden toegepast.¹³

Een partij kan om verschillende redenen geen belang hebben bij het verzoek. Een van de redenen die direct in het oog springt, is het gegeven dat de verzoeker in een hoofdzaak vrijwel zeker in het ongelijk zal worden gesteld. De beoordeling of de verzoeker belang heeft bij het door hem gedane verzoek tot het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting komt dan in de buurt van een inhoudelijke beoordeling van de grondslag van een eventuele vordering of verweer van de verzoeker. Wesseling meent dat afwijzing wegens het ontbreken van belang mogelijk is wanneer het materiele recht van de verzoeker te zwak of te vaag is om het houden van (in dat geval) een voorlopig getuigenverhoor te rechtvaardigen of wanneer de vordering in de hoofdzaak kansloos is.¹⁴ De Hoge Raad overweegt echter in de procedure waarin Wesseling haar conclusie schrijft dat de toewijsbaarheid van de beoogde vordering niet ter toetsing voorligt. De beschikking van het Hof wordt daarom vernietigd.^{15,16}

Het belang van de verzoeker kan ook ontbreken als de voorlopige bewijsverrichting op een zodanig moment wordt toegepast dat de uitkomst niet meer gebruikt kan worden in de hoofdzaak. Denk aan een voorlopig getuigenverhoor dat op zijn vroegst afgerond zal zijn nadat in de hoofdzaak al getuigenverhoren hebben plaatsgevonden of zelfs al uitspraak is gedaan.¹⁷ Het stadium waarin de hoofdzaak zich bevindt kan ook relevant zijn bij het beoordelen van de vraag of het verzoek in strijd met een goede procesorde is gedaan. Tot slot kan het verzoek worden afgewezen wegens gebrek aan belang als er een andere – voorgeschreven – manier is waarop het beoogde bewijs kan worden geleverd en de voorlopige bewijsverrichting de voorgeschreven weg zou doorkruisen. Dit was het geval in een procedure over de waardevaststelling van ontei-

13. E.F. de Groot/B. Krans, H. Snijders & J. Vranken, 'Het voorlopig getuigenverhoor', *Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XVII*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/251.

14. Parket bij HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1171 (concl. A-G E. Wesseling-van Gent, onder 2.21 en 2.22).

15. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:1171, 3250, r.o. 4.3.4.

16. De Groot c.s. noemt een aantal gevallen waarin de kans van slagen van de vordering in de hoofdzaak zo klein is dat het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor wegens het ontbreken van belang is afgewezen, zie E.F. de Groot/B. Krans, H. Snijders & J. Vranken, 'Het voorlopig getuigenverhoor', *Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XVII*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/275. Deze uitspraken van lagere rechters zijn in het licht van de beschikking van de Hoge Raad d.d. 27 oktober 2017 (zie noot 13) echter – achteraf gezien – onjuist geweest.

17. HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442.

gende effecten. Verzoeker verzocht om het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor, maar zowel de rechtbank als het hof wijzen het verzoek af omdat de waardevaststelling in een procedure bij de ondernemingskamer moet plaatsvinden.¹⁸

Misbruik van bevoegdheid

Art. 3:13 BW is ingevolge art. 3:15 BW ook van toepassing op het bewijsrecht. Van misbruik van bevoegdheid bij een verzoek tot het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting kan sprake zijn:

- als het verzoek wordt gedaan met geen ander doel dan een ander te schaden;
- als het wordt gedaan met een ander doel dan waarvoor het recht is verleend; of
- als sprake is van zodanige onevenredigheid tussen het belang van de verzoekende en de verwerende partij dat het verzoek in redelijkheid niet kan worden toegewezen.¹⁹

Het criterium 'de bevoegdheid wordt uitgeoefend met een ander doel dan waarvoor deze is verleend' bespreek ik hier nader. Volgens De Groot c.s. wordt dit criterium onder meer toegepast wanneer sprake is van een fishing expedition,²⁰ als een ander bewijsmiddel dan de verzochte voorlopige bewijsverrichting geschikt is, als de verzoeker beoogt feiten te onderzoeken ten behoeve van een andere (civiele hoofdzaak), als de hoofdzaak prematuur is of als het verzoek wordt gebruikt om een andere partij onder druk te zetten.²¹ Een verzoek kan bijvoorbeeld worden gekwalificeerd als een fishing expedition als het te verzamelen bewijs niet ziet op de in het verzoekschrift omschreven feiten doch op een indruk die men door getuigen bevestigd wenst te zien²² of als de te bewijzen feiten niet kunnen dienen ter onderbouwing van de vordering in deze specifieke zaak.²³ Het Hof Den Haag wees volgens de Hoge Raad terecht een verzoek tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor af, omdat verzoeker een groot aantal getuigen wilde horen en niet alleen te bewijzen feiten, maar ook rechtsvragen onderwerp van de verhoren wilde laten zijn. Het Hof oordeelde dat het inzetten van deze voorlopige bewijsverrichting niet in verhouding stond tot de beoogde vor-

dering van verzoeker en wees het verzoek wegens misbruik van omstandigheden af.²⁴

Strijd met de goede procesorde of een ander zwaarwichtig bezwaar

Het is moeilijk, zo niet onmogelijk, om een opsomming te geven van de omstandigheden waarin sprake kan zijn van strijd met de goede procesorde of van een ander zwaarwichtig bezwaar. In de praktijk wordt een verzoek regelmatig afgewezen wegens strijd met de goede procesorde, terwijl afwijzing vanwege een van de hiervoor behandelde gronden net zozeer in de rede ligt. Strijd met de goede procesorde wordt dan ook wel gebruikt als 'paraplusargument' voor het afwijzen van verzoeken tot een voorlopige bewijsverrichting.

Het onderscheid tussen de al behandelde afwijzingsgronden en de grond 'een ander zwaarwichtig bezwaar' is ook (nog) niet uitgekristalliseerd. De Groot c.s. meent dat het met het 'invoeren' van deze grond ook mogelijk is geworden om andere belangen dan die van de betrokken partijen in de afwijzing te betrekken.²⁵ Een tweetal uitspraken dat ziet op verzoeken tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht laat zien dat de mate waarin het onderzoek belastend is voor een betrokken partij (de verweerder) reden kan zijn om het verzoek af te wijzen. In beide zaken waren al deskundigenrapporten aanwezig die elkaar tegenspraken. Een nieuw onderzoek werd – in het stadium waarin de procedure zich bevond – te belastend voor de verweerder geacht.²⁶ Een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenonderzoek waarbij 5000 personen zouden moeten worden betrokken terwijl het belang van de verzoeker uitsluitend emotioneel van aard was, werd ook afgewezen wegens zwaarwichtige bezwaren.²⁷

Een veel gebruikte argumentatie bij de afwijzingsgrond 'strijd met de goede procesorde' is dat – in het concrete geval! – het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting in strijd is met het beginsel van zo efficiënt mogelijk procederen. Nu een verzoek tot het bevelen van een voorlopige bewijsverrichting echter in beginsel moet worden toegewezen, moet er wel sprake zijn van evidente inefficiëntie. Daarbij kan bijvoorbeeld het stadium waarin de

18. HR 17 november 2017, NJ 2018, 28.

19. HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Enka/Dupont*) en HR 19 februari 1993, NJ 1994, 345, m.nt. H.J. Snijders.

20. De meest eenvoudige definitie van het begrip fishing expedition is 'het hengelen bij een wederpartij naar onbekende gegevens'.

21. E.F. de Groot/B. Krans, H. Snijders & J. Vranken, 'Het voorlopig getuigenverhoor', *Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XVII*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/309.

22. Rechtbank Amsterdam 13 april 2017, NJF 2017, 278 (*Geka Textiles/G-Star*).

23. Rechtbank Amsterdam 20 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6624. Verzoekers wensen getuigen te horen om vast te stellen welke informatie aan patiënten in het algemeen is gegeven, terwijl in een eventuele procedure zou moeten komen vast te staan welke informatie aan verzoeker is verstrekt.

24. HR 24 juni 1988, NJ 1989, 121, m.nt. J.B.M. Vranken. Uit de noot van Vranken blijkt dat bij de beoordeling tevens (zeer) relevant is geweest het gegeven dat de te bewijzen feiten en rechtsvragen niet de kern van de zaak betroffen. Deze feiten zouden niet tot een beslissing op de vordering van verzoeker hebben kunnen leiden.

25. E.F. de Groot/B. Krans, H. Snijders & J. Vranken, 'Het voorlopig getuigenverhoor', *Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XVII*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/377.

26. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 189 en HR 19 december 2003, NJ 2004, 584 (*Wustenhoff/Gebuis*). In laatstgenoemde procedure overwoog het hof dat het verzoek moest worden afgewezen wegens zwaarwichtige bezwaren dan wel de eisen van een goede procesorde.

27. Rechtbank Gelderland 12 juni 2017, NJF 2017, 542.

procedure zich bevindt een rol spelen, net als de complexiteit van de feiten in de hoofdzaak. Op het verweer dat sprake is van strijd met de goede procesorde moet in beginsel door de verweerder een beroep worden gedaan. Is er echter sprake van strijd met de goede procesorde omdat publieke belangen in het geding zijn, dan dient deze afwijzingsgrond ambtshalve te worden toegepast. Een voorbeeld treft men aan in het arrest van de Hoge Raad d.d. 13 november 1998, waarin werd geoordeeld dat de rechtbank ambtshalve had mogen beslissen of sprake was van strijd met de goede procesorde omdat het verweer van gedaagde en onaanvaardbare koerswijziging inhield.²⁸

3. De inzet van voorlopige bewijsverrichtingen in het huurrecht

In dit deel van dit artikel ga ik in op de mogelijkheden van de inzet van voorlopige bewijsverrichtingen in huurrechtelijke kwesties. Ik heb in het voorgaande deel veel aandacht besteed aan de mogelijke afwijzingsgronden voor dergelijke verzoeken. Ik zal hierna bij de verschillende kwesties hierop terugrijpen en dan ook tevens aangeven welk verweer tegen een gedaan verzoek kans van slagen heeft.²⁹

Aantonen van het bestaan van een huurovereenkomst

Een partij kan goede redenen hebben om bewijs te verkrijgen waaruit blijkt dat tussen hem en een andere partij een huurovereenkomst tot stand is gekomen of reeds bestaat. Men denkt in dit soort gevallen al snel aan afgebroken onderhandelingen waarbij partijen van mening verschillen over de vraag of zij het eens zijn geworden over de essentialia van een huurovereenkomst en dus of de overeenkomst tot stand is gekomen. Ook kan van belang zijn of de onderhandelingen in een dusdanig vergevorderd stadium waren gekomen dat de afbrekende partij schadeplichtig is jegens de ander omdat afbreken zonder meer niet meer mogelijk was. Een andere situatie waaraan gedacht kan worden is die van de huurder die een vergunning nodig heeft voor het exploiteren van de door hem gehuurde bedrijfsruimte en aan de vergunningverlenende instantie moet aantonen op welke titel hij gebruik maakt van het gehuurde. Zo deed zich ooit een situatie voor waarin een huurder zich in een onderhuursituatie bevond. Hij beschikte niet over een schriftelijke huurovereenkomst en voldeed zijn huur maandelijks contant aan zijn verhuurster. De verhuurster weigerde schriftelijk te

verklaren dat er sprake was van een huurovereenkomst. Het indienen van een verzoekschrift tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor was voldoende om die schriftelijke verklaring alsnog te verkrijgen; was die achterwege gebleven, dan was het proces-verbaal van het getuigenverhoor naar verwachting voldoende geweest om het benodigde bewijs aan de vergunningverlener te verstrekken. In deze zaken is een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht een logische zet, waartegen mijns inziens geen kansrijk verweer mogelijk is.

Overlast en/of onderhuur

De meest in het oog springende aanleiding voor het houden van een voorlopig getuigenverhoor is het aantonen van overlast die door een huurder (of degene voor wie hij verantwoordelijk is) wordt veroorzaakt. Een verhuurder die wil onderzoeken of hij voldoende bewijs heeft om een vordering tot het staken van overlast of het ontbinden van de huurovereenkomst heeft of die wil proberen het aanwezige bewijs uit te breiden, kan in een voorlopig getuigenverhoor de mogelijke getuigen laten horen. De huurder die zich tegen de eventuele vordering van de verhuurder wil verzetten en dus als verwerende partij bij het verzoek wordt aangemerkt, heeft zijnerzijds de mogelijkheid om getuigen te laten horen om zo bewijs ten behoeve van zijn verweer te verzamelen. De consequentie van het volgen van deze route is dat wanneer de getuigen eenmaal gehoord zijn, althans de huurder de mogelijkheid heeft gehad om zijnerzijds getuigen te horen, een aanbod tot het leveren van bewijs in de hoofdzaak door het horen van getuigen snel zal worden afgewezen. De partij die aanvullend bewijs wenst te leveren door middel van getuigen, zal moeten onderbouwen wat deze getuigen nog meer of anders zouden kunnen verklaren dan wat in het voorlopig getuigenverhoor reeds is verklaard.³⁰ Wanneer sprake is van geluidsoverlast, kan een voorlopig deskundigenonderzoek ook gebruikt worden voor het verbeteren van de bewijspositie van degene die de overlast wil aantonen. Geluidsmetingen kunnen immers objectieve gegevens over de mate van de overlast opleveren.

Tot slot zou overlast ook een reden kunnen zijn om een verzoek tot een voorlopige plaatsopneming te doen. Stel je een situatie voor waarin een huurder ernstige geluids- of stankoverlast ondervindt van een in de nabijheid gevestigde ondernemer die zijn bedrijfsruimte van dezelfde verhuurder huurt. Het laten voortduren van die overlast kan een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW opleveren waarop de huurder de verhuurder kan aanspreken. Zeker als het gaat om altijd aanwezige omstandigheden die de overlast veroorzaken, kan de huurder belang hebben bij een vastlegging van de waarneming daarvan door de rechter in een proces-verbaal. Hoewel bewijslevering door getuigen ook mogelijk

28. Zie bijvoorbeeld HR 13 november 1998, NJ 1999, 173.

29. Uiteraard is het altijd afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de inhoud van het verzoekschrift of het zinvol is verweer te voeren tegen een verzoek. Ik ga er in dit artikel vanuit dat de verzoekende partij ten minste heeft voldaan aan de wettelijke eisen en dat de te bewijzen feiten en de (beoogde) vordering voldoende duidelijk zijn omschreven.

30. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil).

is, kan naar mijn mening hier niet worden gezegd dat een voorlopig getuigenverhoor meer aangewezen is dan een voorlopige plaatsopneming en zou een verzoek daartoe moeten worden toegewezen.

Een voorlopig getuigenverhoor kan ook nuttig zijn als de verhuurder wil aantonen dat de huurder het gehuurde – in strijd met de huurovereenkomst – in gebruik heeft gegeven aan een derde, door het horen van omwonenden als getuigen.

Voorlopige bewijsverrichtingen die worden verzocht in verband met overlast kunnen een prima aanloop zijn naar een kort geding waarin het staken van de overlast of ontruiming van het gehuurde (voortuitlopend op de ontbinding van de huurovereenkomst) wordt gevorderd. De verzoekende partij zal veelal de verhuurder zijn. Het is echter niet uitgesloten dat iemand die juist de overlast ondervindt een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht verzoekt. Het daarbij te verzamelen bewijs kan hij gebruiken voor een eventuele procedure tegen de verhuurder van de overlastveroorzaker om zo te proberen af te dwingen dat de verhuurder op basis van de huurovereenkomst optreedt tegen de overlast veroorzakende huurder. Het is overigens ook voorgekomen dat de kantonrechter de verhuurder in een procedure die een huurder was gestart wegens ondervonden overlast van de zoon van een andere huurder gelastte om ofwel een ontbindingsprocedure, ofwel een voorlopig getuigenverhoor tegen de gestelde overlastveroorzaker te starten.³¹

Geschiktheid van het gehuurde

Huurder en verhuurder kunnen er belang bij hebben om te laten vaststellen of het gehuurde geschikt is voor het overeengekomen gebruik. Ingevolge de veel van toepassing verklaarde Algemene Bepalingen volgens het ROZ-model heeft de huurder een onderzoeksplicht als het om de geschiktheid van het gehuurde gaat.³² De huurder kan in het kader van deze onderzoeksplicht een deskundige inschakelen om de geschiktheid van het gehuurde te beoordelen. Als deze deskundige tot het oordeel komt dat het gehuurde niet geschikt is (en ook niet kan worden gemaakt) voor het overeengekomen gebruik en de huurder plaatst daar een deskundigenoordeel tegenover waaruit blijkt dat het gehuurde wel geschikt is of gemaakt kan worden, bestaat een geschil waarbij het van groot belang is dat zo snel mogelijk komt vast te staan of het gehuurde nu wel of niet geschikt is voor het overeengekomen gebruik. De huurder zal immers moeten vaststellen of hij kan weigeren het gehuurde in gebruik te nemen en de huurpenningen te voldoen; de verhuurder zal willen weten of hij de huurder kan dwingen tot

ingebruikname en of de huurder de overeengekomen huurprijs verschuldigd is. Met twee deskundigenrapporten die elkaar tegenspreken hebben beide partijen dan belang bij een derde deskundigenbericht over de geschiktheid van het gehuurde. Partijen kunnen gezamenlijk een derde deskundige benoemen, maar een van hen beiden zou ook een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht kunnen indienen bij de kantonrechter. Men zou ook nog kunnen denken aan een verzoek tot een voorlopige plaatsopneming, doch mijns inziens is dat niet de aangewezen weg in dezen. De rechter kan immers wel de feitelijke situatie vaststellen bij een voorlopige descente, doch als twee deskundigen het niet eens zijn over de vraag of een object geschikt is voor het overeengekomen gebruik, acht ik de kans zeer klein dat op basis van het proces-verbaal van de descente een oordeel kan worden geveld over dit twistpunt. Het voorlopig deskundigenbericht is dus de meest aangewezen weg. Ondanks dat er al twee deskundigenberichten aanwezig zijn, is er geen reden om aan te nemen dat dit verzoek zou moeten worden afgewezen omdat het te belastend is voor een van de partijen. Het gaat immers om een onderzoek van een object en niet van een partij, zoals in de eerder aangehaalde uitspraak in de zaak Wustenhoff/Gebuis het geval was.³³

Schade aan het gehuurde/gebreken

Alle voorlopige bewijsverrichtingen kunnen ook worden ingezet bij geschillen over schade en gebreken aan het gehuurde. De huurder kan er belang bij hebben om te bewijzen dat een bepaald gebrek al aanwezig was bij aanvang van de huurovereenkomst en dat de verhuurder hiervan op de hoogte was dan wel van op de hoogte had moeten zijn. Dit kan hij doen door middel van een deskundigenbericht of door het horen van getuigen. Beide partijen kunnen er belang bij hebben dat wordt vastgesteld wat de oorzaak is van een gebrek aan het gehuurde, in het kader van de toerekenbaarheid daarvan. De huurder die een verhuurder wil aanspreken op de schade die hij lijdt als gevolg van het gebrek, zal immers moeten onderbouwen waarom dit gebrek aan de verhuurder toerekenbaar is. Voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding is het van belang dat komt vast te staan wat het gevolg van de aanwezigheid van een gebrek voor de huurder is. In welke mate beïnvloedt de aanwezigheid van het gebrek de bedrijfsvoering van de huurder, welke gevolgschade is er door het gebrek ontstaan? Het voorlopig deskundigenbericht en het voorlopig getuigenverhoor lijken in veel gevallen de meest aangewezen middelen om in te zetten. Een voorlopige plaatsopneming zou verzocht kunnen worden als het gaat om het vaststellen van gebreken die moeilijk met andere middelen, zoals tekeningen, foto's of video's vast te leggen zijn, doch bewijslevering

31. Ktr. Rotterdam 7 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2739.

32. Als we de Algemene Bepalingen Huurovereenkomst Winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW erop naslaan, vinden we de onderzoeksplicht in de art. 4 (modellen 2003 en 2008) en 2.3 (model 2012).

33. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 189 en HR 19 december 2003, NJ 2004, 584.

door middel van deskundigen of getuigen ligt meer voor de hand. Een dergelijk verzoek zou dan ook (terecht) afgewezen kunnen worden wegens gebrek aan belang of strijd met de goede procesorde. Het moment waarop het verzoek wordt gedaan is uiteraard ook van invloed op de beoordeling van het verzoek. Een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenonderzoek is alleen zinvol als de deskundige op dat moment nog de feiten kan vaststellen die van belang zijn voor de beoordeling van de (eventuele) vordering van de verzoeker. Wordt het verzoek gedaan om onderzoek te doen naar een gebrek dat op dat moment al volledig verholpen is, dan is het maar de vraag of het deskundigenonderzoek nog iets zal opleveren. Ook heeft het geen zin om een deskundige de omvang van de schade te laten vaststellen als nog niet vast staat of er wel sprake is van een gebrek. In die gevallen is het voor de verweerder zinvol om een beroep te doen op gebrek aan belang van verzoeker. Een beroep op gebrek aan belang zou ook door de verhuurder kunnen worden gedaan als het onderzoek ziet op een gebrek dat evident tot de onderhoudsverplichting van de huurder behoort. Zoals hierboven toegelicht is een inhoudelijke beoordeling echter in beginsel niet toegelaten. Bij strikte toepassing van de wettelijke bepalingen kan een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht door de huurder in zo'n geval dus niet worden afgewezen.

Dringende werkzaamheden en renovatie

Een verhuurder die wil overgaan tot het uitvoeren van dringende werkzaamheden of een renovatie in de zin van art. 7:220 lid 1 of 2 BW, kan er belang bij hebben dat door een deskundige in een voorlopig deskundigenbericht wordt vastgelegd welke werkzaamheden exact moeten worden uitgevoerd, op welke wijze dat zal gebeuren en waarom de werkzaamheden nu moeten worden uitgevoerd. Een andere voorlopige bewijsverrichting dan een voorlopig deskundigenbericht lijkt mij hier niet aan de orde. Een voorlopig deskundigenbericht kan vervolgens worden gebruikt om – in kort geding – medewerking van de huurder aan de dringende werkzaamheden of de renovatie af te dwingen. Verweer tegen een dergelijk verzoek lijkt mij niet snel zinvol. Als huurder en verhuurder het niet eens zijn over de uit te voeren werkzaamheden, heeft verhuurder er belang bij om een deskundigenrapport te verkrijgen. De enige situatie waarin mijns inziens verweer tegen een dergelijk verzoek zou kunnen worden gedaan, is een situatie waarin al (een) deskundigenrapport(en) voorhanden zijn waarin alle te stellen vragen beantwoord zijn en een nieuw onderzoek te belastend zou zijn voor de (bedrijfsvoering van de) huurder. In dat geval zou een beroep kunnen worden gedaan op zwaarwichtige bezwaren.³⁴

34. Zie ook hier HR 30 maart 2007, NJ 2007, 189 en HR 19 december 2003, NJ 2004, 584 (*Wustehoff/Gebuis*).

Oplevering van het gehuurde na afloop van de huurovereenkomst

Tot slot kunnen voorlopige bewijsverrichtingen van nut zijn bij geschillen over de vraag of het gehuurde na afloop van de huurovereenkomst in de juiste staat door de huurder aan de verhuurder is opgeleverd.

Na afloop van de huurovereenkomst kunnen beide partijen er belang bij hebben dat een voorlopige bewijsverrichting plaatsvindt. Met een voorlopige plaatsopneming of een voorlopig deskundigenbericht kan de staat van oplevering van het gehuurde worden vastgelegd. Het moment waarop dit gebeurt is wel uiterst relevant. Zo werd een verzoek tot het houden van een voorlopige plaatsopneming dat pas een jaar na oplevering van het gehuurde werd gedaan afgewezen, omdat met een voorlopige plaatsopneming niet zou kunnen worden bewezen in welke staat het gehuurde zich bij de oplevering bevond en dus of het gehuurde destijds in de juiste staat was opgeleverd.³⁵ Het verzoek zou om deze reden niet aan de wettelijke eis voldoen dat met het bewijs de gestelde feiten bewezen zouden kunnen worden.³⁶ De kantonrechter voegde daar nog aan toe dat de verhuurder andere, meer geschikte, mogelijkheden had om aan zijn bewijs te komen.

Geschillen over de oplevering van het gehuurde na afloop van de huurovereenkomst vinden hun oorsprong vaak in de gang van zaken rondom de terbeschikkingstelling van het gehuurde aan de huurder bij aanvang. Zowel art. 7:224 (lid 2) BW als de Algemene Bepalingen volgens het ROZ-model gaan ervan uit dat partijen bij aanvang van de huurovereenkomst een beschrijving van het gehuurde opmaken. Dit gebeurt echter lang niet altijd. Als op de huurovereenkomst de Algemene Bepalingen Winkelruimte en andere bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW van toepassing zijn verklaard, is het de huurder die hier nadeel van ondervindt. In deze Algemene Bepalingen is namelijk opgenomen dat als geen beschrijving is opgemaakt, ervan uit wordt gegaan dat de huurder een goed onderhouden zaak zonder gebreken ter beschikking gesteld heeft gekregen. Dit is een (toegelaten) afwijking van art. 7:224 lid 2 BW, waardoor het aan de huurder is om te bewijzen dat de staat bij aanvang van het gehuurde anders is

35. Rechtbank Limburg 19 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6959.

36. De kantonrechter lijkt hier de afwijzingsgrond 'gebrek aan belang' te beschouwen als wettelijk vereiste in plaats van afwijzingsgrond. Naar mijn mening is dat onjuist. Aan de wettelijke vereisten is voldaan. De verhuurder heeft omschreven op welke feiten en omstandigheden hij zijn vordering wil baseren, wat de aard en het beloop van de vordering is en welke partijen betrokken zijn. De vraag of met de voorlopige bewijsverrichting het benodigde bewijs kan worden geleverd, is een vraag naar het belang van de verhuurder en gebrek aan belang is, zo blijkt uit de aangehaalde jurisprudentie, een afwijzingsgrond voor een verzoek dat overigens aan de eisen voldoet. Het is echter de vraag of dit onderscheid wel relevant is. Het resultaat is in beide gevallen afwijzing van het verzoek.

dan de goed onderhouden staat waar de Algemene Bepalingen vanuit gaan. Ik heb mij afgevraagd of de huurder een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming zou kunnen inzetten om de staat van het gehuurde bij aanvang van de huurovereenkomst te laten vastleggen. Ik ben van mening dat dat niet het geval is. Verzoeken tot het bevelen van voorlopige bewijsverrichtingen kunnen immers worden gedaan met het oog op een lopende of te starten procedure. Het doel is dat de verzoekende partij bewijs kan verzamelen voor zijn vordering of zijn positie kan bepalen. Bij aanvang van de huurovereenkomst staat geenszins vast of de huurder ooit een procedure tegen de verhuurder zal starten waarbij de staat van het gehuurde bij aanvang van de huurovereenkomst ter discussie staat. De huurder heeft dus bij aanvang van de huurovereenkomst nog geen belang bij een te verzoeken voorlopige bewijsverrichting. Zijn verzoek zal dus – zelfs ambtshalve – moeten worden afgewezen.³⁷

4. Afsluitend

Uit het voorgaande volgt dat het zeker zinvol kan zijn om een voorlopige bewijsverrichting in te zetten in het huurrecht. Zowel huurder als verhuurder kan een (mogelijke) vordering hebben waarbij hij belang kan hebben bij een voorlopig getuigenverhoor, voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming. De verzoekende partij zal in zijn verzoekschrift duidelijk moeten aangeven welke vordering hij eventueel tegen zijn verhuurder wil instellen en op welke feiten en omstandigheden de voorlopige bewijsverrichting ziet, waarom juist deze bewijsverrichting de aangewezen manier is om het bewijs te verkrijgen en waarom het verzoek op dit moment wordt gedaan. De verwerende partij zal vervolgens moeten toetsen of de verzoekende partij dit in voldoende mate (en op juiste gronden) heeft gedaan. Zo niet, dan kan hij in het verweerschrift naar voren brengen dat het verzoek moet worden afgewezen wegens gebrek aan belang, misbruik van bevoegdheid of strijd met de procesorde of een ander zwaarwichtig bezwaar.

37. De partij die de staat van het gehuurde bij aanvang van de huurovereenkomst wil laten vastleggen als de andere partij daar niet aan meewerkt, kan een deurwaarder inschakelen om een proces-verbaal van bevindingen op te maken waarin deze staat is vastgelegd.

Leegstandschade en bankgaranties: hoe zat het ook al weer? En hoe moet het verder?

mr. V.G.J. Boumans¹

Tot enkele jaren geleden was het voor verhuurders mogelijk om bij het faillissement van een huurder de zogenoemde 'leegstandschade' uitgekeerd te krijgen onder een door de huurder afgegeven bankgarantie. De verhuurder had op die manier de zekerheid dat hij zijn schade als gevolg van een faillissement van een huurder kon beperken. De banken hadden de zekerheid dat het aan de verhuurder uitgekeerde bedrag was gedekt door de contragarantie. Tegenwoordig geven Nederlandse banken dergelijke bankgaranties – waarbij de leegstandschade van de verhuurders is gedekt – niet meer af. Hoe komt het dat de banken deze dekking niet meer willen verlenen? Welke bankgaranties worden door banken nog wél afgegeven? Zijn deze nieuwe garanties nog wel interessant voor verhuurder? En, zijn er alternatieven voor verhuurders om het risico op leegstandschade af te dekken? Deze vragen komen in deze bijdrage aan bod.

1. Situatie voor 2011

Tot enkele jaren geleden bevatte het door de Raad voor Onroerende Zaken (ROZ) ontwikkelde bankgarantiemodel voor verhuurders voldoende zekerheid ter afdekking van de zogenoemde leegstandschade in het geval van het faillissement van een huurder. Onder leegstandschade moet worden verstaan: de huurpenningen die de verhuurder mistloopt na beëindiging van de huurovereenkomst op grond van art. 39 Faillissementswet (hierna: Fw) als ware het dat de huurovereenkomst zou zijn doorgelopen tot en met de contractueel overeengekomen einddatum van de huurovereenkomst.

Het ROZ bankgarantiemodel bevatte destijds onder meer de volgende bepaling: *'Ondergetekende verplicht zich voorts om als eigen schuld aan verhuurder of zijn rechtverkrijgende(n) te zullen vergoeden alle schade, door hem te lijden, doordat de huurovereenkomst in geval van faillissement, of aan huurder verleende surséance van betaling, ingevolge de opzegging door de curator of door huurder en de bewindvoerder, tussentijds zal worden beëindigd.'*

Gelet op het abstracte karakter van dergelijke bankgaranties, was de bank op basis van deze bepaling zondermeer gehouden om de leegstandschade aan de verhuurder uit te keren. De bank had daarbij geen mogelijkheid zich te verweren en de bank had daar in het algemeen ook geen behoefte aan. Bij een uitkering aan de verhuurder, kon de bank zich

eenvoudig verhalen op de boedel middels de door de huurder afgegeven contragarantie.

Deze handelswijze ging tot 2011 in een eventueel faillissement van de huurder goed voor de verhuurder (en de bank). Al in 2005 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een contractueel overeengekomen beding tot ontbinding van de huurovereenkomst bij een faillissement van de huurder, alsmede een schadevergoedingsbeding bij het faillissement van de huurder, rechtsgeldige bedingen zijn die niet in strijd zijn met het dwingende recht van de Faillissementswet.

In het BabyXL arrest² overweegt de Hoge Raad ondermeer:

*'De tekst en de strekking van de bepaling verzetten zich niet ertegen dat in de huurovereenkomst een bepaling als de onderhavige wordt opgenomen die, in aanvulling op de wettelijke regeling, ook aan de verhuurder de mogelijkheid biedt in geval van surséance de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen. De omstandigheid dat art. 238 Fw van dwingend recht is, verzet zich daartegen evenmin, omdat zulks slechts betekent dat de in art. 238 Fw opgenomen mogelijkheid tot beëindiging door de huurder niet bij overeenkomst kan worden uitgesloten.'*³

1. Mr. V.G.J. Boumans is advocaat bij Lexence Advocaten & Notarissen N.V., Amsterdam.

2. HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005, 406.

3. R.o. 3.4.1.

Dat art. 7:231 BW aan een buitengerechterlijke ontbinding van een huurovereenkomst ten aanzien van bedrijfsruimte in de weg kan staan, maakt deze overweging overigens niet anders. Over de schadevergoedingsafpraak overweegt de Hoge Raad:

*'Dat, zoals onderdeel 2.6 op zichzelf terecht aanvoert, bij een beëindiging van de huur op de voet van art. 39 Fw of 238 Fw de verhuurder geen recht op schadevergoeding heeft, staat niet in de weg aan de geldigheid van een beding zoals opgenomen in art. 13 lid 5 van de huurovereenkomst, dat een recht op schadevergoeding verbindt niet aan een beëindiging van de huur op grond van die artikelen, maar aan ontbinding van de huurovereenkomst ingevolge art. 13 lid 2 van die overeenkomst.'*⁴

Huurders, verhuurders en banken gingen er in die periode vanuit dat de leegstandschade door de verhuurder zonder risico kon worden geclaimd onder de bankgarantie. Hoewel het uitgangspunt van het BabyXL arrest feitelijk werd bevestigd door de Hoge Raad in het arrest Aukema q.q./Uni-Invest,⁵ betekende dit arrest ook een kentering in het leerstuk van de leegstandschade bij het faillissement van de huurder.

2. Aukema/Uni-Invest

De zaak die leidde tot het arrest Aukema/Uni-Invest lag als volgt. Info Opleiders B.V. huurde een kantoorruimte. Op basis van de huurovereenkomst was huurder gehouden tot vergoeding van alle schade, kosten en interesten als gevolg van een tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst. Ter nadere zekerheid had de huurder een bankgarantie van de ING Bank aan de verhuurder gesteld op basis van het ROZ bankgarantiemodel. Na het faillissement van de huurder, wordt de huurovereenkomst door de curator opgezegd. De verhuurder claimt uitkering van de bank onder de bankgarantie voor het maximale bedrag van de bankgarantie. Ongeveer de helft van het uitgekeerde bedrag ziet op de zogenoemde leegstandschade.

De curator vordert terugbetaling van een groot deel van het bedrag dat de verhuurder van de bank heeft ontvangen onder de bankgarantie. Het Hof wijst de vorderingen van de curator af, onder meer onder verwijzing naar het BabyXL arrest. De curator gaat van dit arrest in cassatie. De curator meent dat het niet past binnen het stelsel van art. 39 Fw dat de verhuurder aanspraak kan maken op een schadevergoeding.

De Hoge Raad overweegt onder meer:

'Op grond van dit laatste artikel is, kort gezegd, tussentijdse beëindiging op een termijn van

*ten hoogste drie maanden (tenzij de huur over een langere periode is vooruitbetaald) mogelijk, maar over die periode vormt de huurprijs een boedelschuld. Uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.5 vermelde totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling moet worden afgeleid dat de regeling van art. 39 berust op een afweging van enerzijds het belang van de boedel tot voorkoming van het oplopen van boedelschulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen, en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs.'*⁶

*'In een dergelijke wijze van beëindiging, waaraan voor de verhuurder in het kader van zojuist bedoelde afweging van belangen het voordeel is verbonden dat de huurschuld vanaf de faillissementsdatum boedelschuld is, heeft de wetgever 'niet de minste reden' gezien aan de verhuurder 'ook nog een recht op schadevergoeding te geven.' De door het onderdeel aan de orde gestelde vraag of desondanks op grond van het bepaalde in art. 73 van de huurovereenkomst jegens de boedel recht op schadevergoeding bestaat wegens gemis van de (na de opzeggingsperiode) verschuldigde huur, moet in dat licht ontkennend worden beantwoord. De opzegging op de voet van art. 39 is een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst, die niet tot schadevergoeding verplicht. Het resultaat van de bedoelde belangenafweging kan niet worden doorbroken door het bedingen van een recht op schadevergoeding ter zake van de huur die verschuldigd zou zijn geworden indien de huurovereenkomst niet tussentijds op de voet van art. 39 zou zijn beëindigd.'*⁷

*'Op grond van het vorenoverwogene moet worden geconcludeerd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat het schadevergoedingsbeding in dit geval effect sorteert.'*⁸

De Hoge Raad geeft met deze overwegingen duidelijk aan dat art. 39 Fw geen recht op enige schadevergoeding geeft. De verhuurder krijgt – kort gezegd – voldoende doordat de huur vanaf datum faillissement een boedelschuld is. De wetgever heeft daarbij geen reden gezien om de verhuurder ook nog een recht op schadevergoeding te geven.

Voor de juiste interpretatie van de latere arresten van de Hoge Raad, is de volgende overweging van belang: *'De door het onderdeel aan de orde gestelde vraag of desondanks op grond van het bepaalde in art. 73 van de huurovereenkomst jegens de boedel recht op schadevergoeding bestaat wegens gemis van de (na de opzeggingsperiode) verschuldigde huur, moet in dat licht ontkennend worden beantwoord.'* De overweging laat de mogelijkheid open dat een dergelijke schadevergoedingsplicht wel tegenover derden (niet zijde de boedel) geldend kan worden gemaakt door de verhuurder. Immers, alleen de vraag of een schadevergoeding jegens de boedel geldend gemaakt

4. R.o. 3.6.

5. HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011, 114, TvHB 2011, nr. 6.

6. R.o. 3.5.1.

7. R.o. 3.5.2.

8. R.o. 3.5.4.

kan worden, moet ontkennend worden beantwoord, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad verwijst daarbij uitdrukkelijk naar het BabyXL arrest: 'De Hoge Raad heeft daarvan niet willen afwijken in zijn arrest van 13 mei 2005, nr. CO4/075, LJN AT2650, NJ 2005/406.'⁹

Desondanks leidde het arrest Aukema/Uni-Invest bij verhuurders tot onzekerheid. Kennelijk was het niet meer mogelijk om via bankgaranties het risico op leegstandschade af te zekeren. De verhuurder kon zelfs gehouden worden om de ontvangen vergoeding terug te betalen aan de curator.

3. Romania Beheer

De Hoge Raad gaf op dit punt een beetje zekerheid aan de verhuurder terug door in het Romania arrest¹⁰ zijn overwegingen uit het Aukema/Uni-Invest nader toe te lichten.

Dit arrest betrof een exploitant van autogaragebedrijven met showrooms die failliet ging. In de huurovereenkomst was overeengekomen dat bij faillissement de huurovereenkomst kon worden beëindigd en dat de huurder aansprakelijk was voor alle schade, kosten en interesten als gevolg van de voortijdige beëindiging van de huurovereenkomst. Verschil met Aukema/Uni-Invest was dat – onder meer – deze verplichting niet werd afgedekt door een bankgarantie, maar door een concerngarantie van de moedermaatschappij van de huurder ten aanzien van alle verplichtingen uit de huurovereenkomst. De verhuurder sprak uit hoofde van deze garantie de moedermaatschappij (Romania Beheer) aan voor onder meer de leegstandschade.

Belangrijk om te realiseren is dat anders dan in het arrest Aukema/Uni-Invest betrof het hier niet een procedure tussen een verhuurder en de boedel, maar tussen een verhuurder en de garant.

Het Hof wijst de vorderingen af. Het Hof meent dat de garantie niet meer verplichtingen met zich mee kan brengen dan hetgeen waartoe de huurder verplicht is. Het Hof meende dat de huurder niet tot schadevergoeding verplicht kon worden, omdat Aukema/Uni-Invest daaraan in de weg stond.

In dit arrest herhaalt de Hoge Raad eerst de kernoverweging uit Aukema/Uni-Invest en overweegt dan:

'De in het arrest Aukema q.q./Uni-Invest bedoelde afweging heeft slechts betrekking op de verhouding tussen verhuurder en boedel. De op die afweging berustende regeling van art. 39 Fw strekt niet mede ter bescherming van het belang van de gefailleerde. Er is daarom geen reden om een beding waarbij de huurder zich heeft verplicht tot vergoeding van de schade die de verhuurder lijdt door een voortijdig einde van de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement van

*de huurder, nietig te achten jegens de gefailleerde huurder zelf, ingeval de huurovereenkomst wordt opgezegd op de voet van het artikel. Het arrest Aukema q.q./Uni-Invest moet dan ook aldus worden verstaan dat dit beding in het geval van opzegging op de voet van art. 39 Fw alleen geen effect sorteert jegens de boedel.'*¹¹

*'De opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw laat de rechtsgeldigheid van het hier bedoelde contractuele beding dus onverlet, maar de daaruit resulterende vordering komt niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder. Indien, zoals in deze zaak, een derde de nakoming van die vordering heeft gegarandeerd, brengen het faillissement van de huurder en een opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39 Fw dus geen verandering in de verplichtingen uit die garantie, tenzij anders is bedongen. Voor de eventueel uit de nakoming van de garantie voor de derde voortvloeiende regresvordering op de gefailleerde huurder geldt eveneens dat deze niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder. Indien de voorwaarden van de garantie dat toestaan, kan de garant hieraan een verweermiddel ontlenen jegens de verhuurder.'*¹²

Met deze overwegingen maakt de Hoge Raad expliciet duidelijk dat een schadevergoedingsverplichting tot leegstandschade contractueel nog kan worden overeengekomen. Deze contractuele afspraak is rechtsgeldig en afdwingbaar door de verhuurder jegens de huurder. De huurder wordt immers niet beschermd door art. 39 Fw en de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging. En als een derde (zoals de bank of een moedermaatschappij) deze verplichtingen afdekt, kan de verhuurder ook nakoming vorderen van deze derden. Het faillissement en de opzegging van de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw brengen geen verandering in deze verplichtingen onder een garantie.

De kanttkening die de Hoge Raad daarbij wel maakt – hoewel niet aan de orde in deze procedure – is dat de garantgever geen regresvordering heeft jegens de boedel. Een dergelijk regres sorteert geen effect jegens de boedel.

Dit arrest bood verhuurders een uitweg en duidelijkheid. Kennelijk bleef het mogelijk om te bedingen dat de huurder schadeplichtig was indien de huurovereenkomst als gevolg van een faillissement voortijdig zou komen te eindigen. Eveneens was het mogelijk dat deze schade afgedekt zou worden door derden, zoals een bank of een moedermaatschappij van de huurder. Dat die garant vervolgens geen verhaal kon halen bij de boedel, regardeerde de verhuurder in beginsel natuurlijk niet.

9. R.o. 3.5.3.

10. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, TvHB 2014, nr. 1.

11. R.o. 3.3.3.

12. R.o. 3.3.4.

4. Autodrôme

Deze duidelijkheid was voor verhuurders en de rechtspraak echter van korte duur. Slechts een week na het Romania arrest wees de Hoge Raad immers het zogenoemde Autodrôme arrest.¹³

De casus die tot dit arrest heeft geleid was vergelijkbaar met die van Aukema/Uni-Invest. Bij het Autodrôme arrest ging het om een sale-and-lease back situatie, waarbij wederom een leegstandschade beding was opgenomen in de huurovereenkomst. Deze verplichting was afgedekt met bankgaranties met een totale waarde van bijna 2 miljoen euro. Na het faillissement van de huurder, deed de verhuurder een beroep op de bankgarantie en claimde onder meer bijna 1,4 miljoen euro aan leegstandschade. De ABN AMRO keerde uit onder de bankgarantie en verrekende het uitgekeerde bedrag met het creditsaldo van de failliet op basis van de contragarantie.

De curator van de failliete huurder vorderde het uitgekeerde bedrag terug van de verhuurder. De verhuurder vordert in reconventie een verklaring voor recht dat hij de uitgekeerde gelden mag behouden. Het Gerechtshof oordeelt in de eerste plaats dat de verhuurder op basis van Aukema/Uni-Invest geen aanspraak kan maken op enige schadevergoeding als gevolg van het voortijdige einde van de huurovereenkomst.¹⁴ Daarnaast oordeelt het Hof dat de verhuurder door de uitkering van de bank is verrijkt en dat deze verrijking ongerechtvaardigd is. Bovendien oordeelt het Hof dat de boedel is verarmd doordat het aan de verhuurder uitgekeerde bedrag via de verrekening van de ABN AMRO ten laste van de boedel is gekomen.

In cassatie is helaas geen cassatiemiddel gericht tegen deze overweging van het Hof. De ongerechtvaardigde verrijking stond daarmee vast in cassatie. De Hoge Raad heeft de ongerechtvaardigde verrijking in cassatie niet (inhoudelijk) beoordeeld. De rechtsvragen in cassatie zagen enkel op de vraag of een sale-and-lease back transactie en de in dat kader afgegeven bankgaranties een omstandigheid waren die nopen tot een ander oordeel dan het oordeel gegeven in Aukema/Uni-Invest. Deze rechtsvraag – die overigens negatief werd beantwoord door de Hoge Raad – is voor de onderhavige bijdrage niet zo interessant.

Omdat het oordeel van het Hof – dat de verhuurder ongerechtvaardigd was verrijkt en het uitgekeerde bedrag dus moest voldoen aan de boedel – in cassatie niet aan de orde is gekomen, bleef dit onderdeel van het arrest van het Hof in stand. Hierdoor ontstond voor verhuurders weer grote onzekerheid. Kon leegstandschade nu wel of niet worden geclaimd door verhuurders onder een bankgarantie of een concerngarantie? En als de claim werd gehonoreerd, liep de verhuurder dan het risico om het ontvangen bedrag terug te moeten betalen?

13. HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1381.

14. Let wel: het Romania arrest was nog niet gewezen ten tijde van deze uitspraak van het Hof.

5. Reactie van de banken

Onzekerheid naar aanleiding van de arresten Romania en Autodrôme bestond niet alleen bij verhuurders, maar ook bij banken. De Hoge Raad had bij Romania immers duidelijk aangegeven dat derden als garant gehouden waren tot uitkering van de leegstandschade. Art. 39 Fw bood een garant geen bescherming, terwijl de garant evenmin regres kon nemen op de boedel.

Het abstracte karakter van de bankgaranties bracht de banken dus in een lastige spagaat. Enerzijds kon de bank onder een bankgarantie niet weigeren om leegstandschade uit te keren aan de verhuurder. Anderzijds kon de bank kennelijk de uitgekeerde leegstandschade niet meer ten laste van de boedel brengen of verhaal halen op de boedel. De boedel mocht immers geen nadeel ondervinden. Om deze spagaat te voorkomen, waren banken niet langer bereid om deze leegstandschade af te dekken via bankgaranties. Hier kom ik verderop in deze bijdrage op terug.

Dat deze angst van banken wellicht terecht is, wordt onderstreept in het voorlopige sluitstuk van de Hoge Raad jurisprudentie over de leegstandschade, het arrest Hansteen/Verwiel q.q.¹⁵

6. Hansteen

Het betrof hier wederom een failliete huurder van verhuurder Hansteen. Anders dan bij het arrest Romania Beheer betrof het hier weer – net als bij Aukema/Uni-Invest – een procedure tussen een verhuurder en de boedel. Ten behoeve van Hansteen was een bankgarantie gesteld door de ABN AMRO ter grootte van een bedrag gelijk aan de betalingsverplichting van de huurder van één jaar (bijna € 900.000,-). Op basis van de bankgarantie was de ABN AMRO gehouden om de leegstandschade aan de verhuurder uit te keren. Na het faillissement van de huurder trok Hansteen de bankgarantie voor het volledige bedrag. Naast een aantal posten aan opleverschade werd een aanzienlijk deel van de bankgarantie aangewend ter dekking van de leegstandschade van Hansteen. ABN AMRO keert het volledige bedrag uit onder de bankgarantie en ABN AMRO verrekenet het uitgekeerde bedrag met het creditsaldo van de huurder/boedel op grond van de contragarantie. De curator vordert het gehele bedrag terug van de verhuurder op de grond dat Hansteen door de uitkering van ABN AMRO jegens de boedel ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de boedel.

Het Hof oordeelt – onder verwijzing naar het arrest Aukema/Uni-Invest – dat Hansteen een bedrag van iets meer dan € 500.000,- terecht had geclaimd. Het restant van bijna € 400.000,- moest Hansteen af-

15. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, NJ 2017, 142, TvHB 2017, nr. 5.

dragen aan de curator op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De Hoge Raad casseert het arrest van het Hof. De Hoge Raad begint met een uiteenzetting van de kernoverwegingen uit de arresten Aukema/Uni-Invest en Romania. Dan oordeelt de Hoge Raad ten aanzien van de opgeworpen cassatieklacht ten aanzien van de leegstandschade:

*'Hansteen heeft gesteld dat zij gerechtigd was de leegstandschade onder de bankgarantie te claimen. Het hof is in zijn rov. 3.3 (zie hiervoor in 3.2.3) van de juistheid van deze stelling uitgegaan, zodat deze ook in cassatie tot uitgangspunt dient. Gegeven dit uitgangspunt, brengt de omstandigheid dat ABN AMRO, nadat zij aan haar betalingsverplichting ter zake had voldaan, verhaal heeft genomen op de boedel van Bouwgros - dit in weerwil van hetgeen hiervoor in 4.1 is overwogen - en dat de curator zich hier tegen niet heeft verzet, niet mee dat Hansteen ongerechtvaardigd is verrijkt ten laste van de boedel. De ontvangst van een betaling waarop Hansteen (volgens genoemd uitgangspunt) in haar verhouding tot ABN AMRO gerechtigd was, werd immers niet ongerechtvaardigd doordat ABN AMRO verhaal nam op de boedel en de curator dit niet verhinderde. Het middel klaagt dan ook terecht dat het andersluidende oordeel van het hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.'*¹⁶

Dit oordeel van de Hoge Raad lijkt mij terecht en in lijn met de uitspraken Aukema/Uni-Invest en Romania.¹⁷ De vordering van Hansteen op de ABN AMRO vond haar grondslag en rechtvaardiging in de abstracte eigen verplichting van de ABN AMRO om de leegstandschade uit te keren. Van een ongerechtvaardigde verrijking was dus geen sprake. Bovendien werd door de vordering van Hansteen op de ABN AMRO de boedel niet benadeeld. Pas nadat de ABN AMRO een beroep deed op de contragarantie werd de boedel benadeeld. Deze benadeling vindt echter haar oorsprong in de rechtsverhouding tussen de ABN AMRO en de huurder op basis van de contragarantie en niet in de eigen rechtsverhouding tussen Hansteen en de ABN AMRO op basis van de bankgarantie. De boedel vormt ook geen partij bij die rechtsverhouding.

Deze uitspraak maakt dat de curator op grond van ongerechtvaardigde verrijking niet langer terugbetaling van de leegstandschade van de verhuurder kan vorderen. Door de Hoge Raad wordt overigens niet uitgesloten dat een verhuurder wellicht op een andere juridische grondslag wél gehouden kan worden tot (terug)betaling aan de boedel.

Het lijkt echter voor de hand te liggen dat een curator in een voorkomend geval de bank gaat aan-

spreken. Hoe een dergelijke vordering uitpakt voor een curator is nog niet uitgemaakt door de Hoge Raad, maar de uitkomst laat zich aan de hand van het arrest Romania en Hansteen raden. Art. 39 Fw strekt niet ter bescherming van derden en de leegstandschade mag niet ten laste van de boedel komen. Een dergelijk beding sorteert geen effect jegens de boedel. De bank mag zich derhalve niet 'omdraaien' naar de boedel. Zou de bank dus wel via verrekening of op andere wijze een beroep doen op de contragarantie, dan wordt de bank dus wél ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de boedel. Omdat een leegstandschadebeding geen effect sorteert jegens de boedel biedt een op basis van de contragarantie uitgeoefend pandrecht de bank waarschijnlijk geen soelaas. Evenmin is waarschijnlijk dat een verrekening door de bank op basis van art. 53 Fw mogelijk is. De Hoge Raad lijkt in het Hansteen arrest de deur voor de bank dicht te hebben gegooid om ook op maar enige manier de leegstandschade te laste van de boedel te laten komen:

*'Voor de eventueel uit de nakoming van de garantie voor de derde voortvloeiende regresvordering op de gefailleerde huurder geldt dat deze niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder. Daarbij maakt niet uit op welke wijze verhaal op de boedel wordt gezocht; de aard van de vordering staat – gelet op hetgeen hiervoor is overwogen over de afwijging die aan art. 39 Fw ten grondslag ligt – eraan in de weg dat deze ten laste van de boedel wordt gebracht.'*¹⁸

7. Reactie van de banken (2)

Inmiddels is duidelijk dat de banken hun beleid ten aanzien van het verstrekken van bankgarantie hebben gewijzigd. Kort gezegd komt het beleid van de banken er dus op neer dat zij niet langer een vordering uit hoofde van leegstandschade afdekken via een bankgarantie.

Door de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) is een tekst voorgesteld voor een nieuw bankgarantiemodel. Een aantal banken heeft deze modeltekst inmiddels overgenomen.¹⁹ De modeltekst bevat onder meer de volgende passage:

'verklaart zich door deze bij wijze van zelfstandige verbintenis tegenover verhuurder of zijn rechtverkrijgende(n) onherroepelijk en onvoorwaardelijk garant te stellen voor al hetgeen huurder ingevolge de bovengenoemde huurovereenkomst, of een eventuele verlenging daarvan (ten laste van huurder komende schadevergoedingen daaronder begrepen) of wegens voor huurder verrichte diensten aan verhuurder of zijn rechtverkrijgende(n) verschuldigd

16. R.o. 4.2.

17. Anders dan bijvoorbeeld Van Tamelen (TvHB 2017, nr. 5) meen ik dat er geen sprake is van het 'om gaan' van de Hoge Raad.

18. HR 17 februari 2017, NJ 2017, 142, r.o. 4.1.

19. Onder meer de Rabobank en ING.

zal zijn zulks met uitsluiting van vorderingen van verhuurder uit hoofde van schadevergoeding voor gederfde huurtermijnen, of andere vorderingen van de verhuurder die niet in aanmerking komen voor verificatie, die het gevolg zijn van de tussentijdse beëindiging van de huurovereenkomst op de voet van artikelen 39, 238 of 305 van de Faillissementswet of een andere insolventieregeling (hierna te noemen 'uitgesloten vorderingen').'

Deze modeltekst moet bij verhuurders op een principieel bezwaar stuiten daar waar in het bankgarantiemodel vorderingen die niet in aanmerking komen voor verificatie worden uitgesloten. In dat licht wordt er inmiddels al lange tijd onderhandeld tussen de NVB en de ROZ over een nieuwe bankgarantietekst. Deze onderhandelingen hebben nog niet tot overeenstemming geleid.

Waarom zou deze modeltekst bij verhuurders op bezwaar moeten stuiten? Niet alleen leegstandschade, maar ook boedelschulden komen niet voor verificatie in aanmerking. Boedelschulden zijn vorderingen die een onmiddellijke aanspraak op de boedel geven en ten volle door de curator voldaan moeten worden uit de voorhanden zijnde gelden in de boedel.²⁰ Boedelschulden dienen dus niet eerst geverifieerd te worden door de curator, maar moeten hoe dan ook direct uitgekeerd worden door de curator. Dit wordt bevestigd door de Hoge Raad in het arrest Hansteen, waarin de Hoge Raad overweegt:

*'Een beding waarbij de huurder zich heeft verplicht tot vergoeding van de schade die de verhuurder lijdt door een voortijdig einde van de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement van de huurder, is dan ook niet nietig jegens de gefaillieerde huurder zelf. Ingeval de huurovereenkomst wordt opgezegd op de voet van het artikel, heeft dit beding alleen geen effect jegens de boedel. De daaruit resulterende vordering komt niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder en kan evenmin op andere wijze ten laste van de boedel worden gebracht.'*²¹

Dit betekent dat – bij een letterlijke lezing van de bankgarantietekst – boedelschulden, zoals onder meer de huurpenningen vanaf datum faillissement en onder omstandigheden ook opleverschade, niet geclaimd kunnen worden onder de bankgarantie. Terwijl boedelschulden bij uitstek vorderingen zijn die nu juist wel onder de bankgarantie geclaimd moeten kunnen worden.

De ABN AMRO Bank is inmiddels afgestapt van het NVB model en zij gebruikt veelal een veel zuiverdere formulering voor de uitsluiting van de leegstand-

schade. In de bankgaranties van de ABN AMRO is nu onder meer opgenomen:

'Als sprake is van een faillissement van de huurder, als aan de huurder surséance van betaling is verleend, of als de huurder onder een wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (WSNP) valt (te noemen: 'insolventie'), dan kan de huurovereenkomst tussentijds door opzegging op grond van artikel 39, artikel 238 of artikel 305 van de Faillissementswet worden beëindigd. Wordt de huurovereenkomst door opzegging op grond van één van die artikelen beëindigd, dan zijn de volgende vorderingen uitgesloten van deze bankgarantie:

- a. de vorderingen tot schadevergoeding voor gemis van de huur die verschuldigd zou zijn na de beëindiging van de huurovereenkomst door opzegging op grond van artikel 39, artikel 238 of artikel 305 van de Faillissementswet, en*
- b. de tussen de huurder en de verhuurder overeengekomen (schade)vergoedingsvorderingen die zien op gemiste huur als bedoeld onder a.'*

Op basis van de tekst van de ABN AMRO kunnen boedelschulden wel worden geclaimd onder de bankgarantie. Enkel de vorderingen uit hoofde van de leegstandschade worden uitgesloten. De modeltekst van de ABN AMRO is daarmee duidelijker en zuiverder dan het NVB model. Voor verhuurders is het dan ook raadzaam om alleen akkoord te gaan met het ABN AMRO bankgarantiemodel, waarin voornoemde passage is opgenomen.

Mede doordat banken kennelijk verschillende modellen gebruiken en er niet langer sprake is van een uniform (ROZ) model dat ook wordt gedragen door de grote Nederlandse banken, komt het in de praktijk nogal eens voor dat verhuurder en huurder met elkaar een bepaald bankgarantiemodel zijn overeengekomen dat vervolgens niet door de bank van de huurder wordt verstrekt. Dit levert met enige regelmaat lastige discussies op tussen huurder en verhuurder, terwijl die partijen op dat moment vaak al overeenstemming hebben over de huurovereenkomst. Huurders kunnen hierdoor klem komen te zitten tussen enerzijds de verhuurder (die wijst op het overeengekomen model) en de bank (die alleen een haar conveniënt model wil verstrekken). Huurders doen er daarom goed aan om in vroeg stadium met de bank te bespreken hoe de bankgarantie eruit komt te zien. Verhuurders moeten er rekening mee houden dat banken het risico op leegstandschade niet meer afdekken via de reguliere bankgaranties.

Uiteraard geldt het bovenstaande alleen voor nieuwe huurovereenkomsten en nieuwe bankgaranties. Er is echter ook nog altijd een groot aantal oude bankgaranties in omloop op basis waarvan de banken gehouden zijn en blijven om een vordering uit hoofde van leegstandschade te voldoen aan een verhuurder. Verhuurders kunnen uiteraard blijven claimen onder deze oude bankgaranties. Verhuur-

20. MvT Van der Feltz I, p. 384; Wessels, *Insolventierecht V*, 2014, 5035 en 5036.

21. HR 17 februari 2017, NJ 2017, 142, r.o. 4.1.

ders hoeven niet bang te zijn dat zij het uitgekeerde bedrag moeten terugbetalen aan de curator op basis van ongerechtvaardigde verrijking. Verhuurders moeten er wellicht wel rekening mee houden dat een curator zal proberen op basis van een andere juridische grondslag een vordering tegen de verhuurder in te stellen, bijvoorbeeld op basis van een onrechtmatige daad. De banken blijven gehouden om naar aanleiding van een dergelijke claim van een verhuurder, de leegstandschade uit te keren aan verhuurders, waarbij het de banken echter niet vrijstaat om het uitgekeerde bedrag op een of andere manier ten laste te laten komen van de boedel.

8. Hoe nu verder voor de verhuurder?

Nu de banken in nieuwe bankgaranties geen dekking meer verlenen voor het risico op leegstandschade, komt de vraag op of er voor verhuurders nog een andere manier is om deze leegstandschade af te dekken. De Hoge Raad heeft in het Hansteen arrest duidelijk gemaakt dat de leegstandschade niet – ook niet via een omweg, bijvoorbeeld via een verrekening of een verpanding – op enige manier ten laste van de boedel kan komen. Mijns inziens zullen allerlei constructies die dat (indirect) toch doen, de toets der kritiek van de Hoge Raad niet doorstaan. Het risico blijft dan bestaan dat de curator deze leegstandschade terug kan vorderen van de verhuurder of de garant.

De enige mogelijkheid die mijns inziens wel werkt voor de verhuurder is dat de leegstandschade wordt gedekt door een derde via een (concern)garantie, waarbij die derde zich in de garantie als eigen zelfstandige verplichting verbindt tot het voldoen van de leegstandschade bij een opzegging van de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw. Daarbij is dan wel noodzakelijk dat de garantie expliciet uitsluit dat de garant ten aanzien van de leegstandschade regres kan nemen op de huurder/boedel bij een faillissement van de huurder. De garant is dan de partij die blijft zitten met de leegstandschade van de verhuurder. Nadeel voor de verhuurder is wel dat een (concern)garantie van een derde minder zekerheid biedt voor de verhuurder dan een bankgarantie. Het is immers niet zeker of de derde zal en kan uitkeren. Dit laatste risico kan wellicht worden afgedekt met een bankgarantie. Die bankgarantie is dan niet ter dekking van de vorderingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, maar ter dekking van de vorderingen van de verhuurder uit hoofde van de (concern)garantie. Bij het verstrekken van een dergelijke bankgarantie zal de bank ook geen contragarantie van de verhuurder verlangen, maar van de garant. Als de bank dan na uitkering een beroep doet op de contragarantie, dan komt die verrekening niet ten laste van de boedel, maar van de garant.

Een andere variant die mijns inziens juridisch werkt, maar die in de praktijk veelal niet haalbaar zal zijn, is dat de verhuurder met de huurder afsprekt dat deze de huur vooruit voldoet voor langere periode. Bijvoorbeeld, dat de huurder ieder jaar op 1 januari de huur voor het hele jaar bij vooruitbe-

taling voldoet. De huurovereenkomst kan dan niet gedurende dat jaar worden beëindigd op grond van art. 39 Fw. De huur kan dan pas tegen het einde van de periode waarvoor de huur al is voldaan, worden beëindigd. De verhuurder blijft dan een grondslag houden voor de reeds geïncasseerde huurpenningen en leegstandschade is voor dat jaar in ieder geval niet aan de orde. Huurders zullen hier in de meeste gevallen echter niet mee akkoord gaan, omdat een dergelijke afspraak een aanzienlijke inbreuk kan zijn op de liquiditeitspositie van de huurder. Voorstelbaar is nog wel dat deze variant haalbaar is bij een huurovereenkomst voor korte tijd of bij een kapitaalkrachtige huurder. Ook zou een dergelijke afspraak wellicht in sale-and-lease-back transacties enige zekerheid kunnen bieden aan de koper/nieuwe verhuurder.

Een andere oplossing kan zijn dat de leegstandschade wel wordt afgedekt door een bankgarantie, maar dat de bank geen contragarantie van de huurder ontvangt, maar van een derde, bijvoorbeeld een moedermaatschappij. De bank moet uiteraard wel bereid zijn om een dergelijke garantie en contragarantie aan te gaan. Aan deze oplossing is wel een nadeel verbonden indien de partij die de contragarantie afgeeft (ook) failliet gaat. In dat geval kan de bank zich immers opnieuw niet omdraaien naar de boedel van de partij van wie de contragarantie is verkregen. Of en onder welke voorwaarden een bank hiertoe eventueel bereid zou zijn, is mij niet bekend.

9. Conclusie

Met het Hansteen arrest is er weer een stukje gelegd van de puzzel op het gebied van de leegstandschade. De verhuurder wordt niet ongerechtvaardigd verrijkt door leegstandschade te claimen onder de bankgarantie. Dit is voor verhuurders met bestaande bankgaranties in beginsel goed nieuws. Tegelijkertijd is het voor verhuurders met nieuwe huurovereenkomsten steeds lastiger om het risico op leegstandschade bij een faillissement van huurders af te dekken. De banken dekken het risico op leegstandschade niet meer af in de bankgarantie, omdat banken zich niet kunnen omdraaien naar de boedel en dus – waarschijnlijk – met de schade blijven zitten.

Er missen feitelijk nog twee stukjes in de hiervoor bedoelde puzzel: Wat is de positie van de bank die zich geconfronteerd ziet met een vordering van de curator tot terugbetaling van hetgeen de bank heeft verrekend op basis van de contragarantie? En: zijn er grondslagen die de verhuurder wel nopen tot terugbetaling van leegstandschade die door de verhuurder is ontvangen van een derde op basis van een garantie en waarbij de boedel is benadeeld als gevolg van die uitbetaling aan de verhuurder? Het antwoord op deze vragen is in de rechtspraak nog niet gegeven.

Kraken gaat door. Een analyse van recente kraakjurisprudentie

mr. M.E. Voorrips¹

Op 1 oktober 2010 werd een algeheel verbod op kraken ingevoerd. Vóór dat moment was kraken slechts strafbaar indien het betreffende pand minder dan één jaar leegstond. Met de Wet Kraken en Leegstand moest zowel kraken als leegstand worden bestreden. Ontruiming van krakers zou met name een strafrechtelijke aangelegenheid moeten worden.²

Uit de rechtspraak blijkt echter dat er nog regelmatig civiele procedures over de ontruiming van krakers worden gevoerd. Mede door het huidige tekort aan woonruimte, de leegstand van niet-woonruimte en de stijgende woninghuren blijft kraken ook in 2018 actueel.^{3,4,5} In deze bijdrage wordt bekeken wat de recente ontwikkelingen zijn in de civiele kraakjurisprudentie.

1. Strafrechtelijk of civielrechtelijk ontruimen?

De eigenaar van een onroerende zaak die zijn eigendom 'gekraakt' ziet worden, staan twee manieren ter beschikking om de krakers te laten ontruimen. De eerste route is een strafrechtelijke, waarbij de eigenaar aangifte doet van kraken als strafbaar feit en het Openbaar Ministerie (hierna: OM) en politie tot ontruiming van de krakers overgaan. Vóór 1 oktober 2010 was kraken slechts strafbaar indien het betreffende pand minder dan één jaar leegstond. Het gevolg was dat panden vaak kort na die periode van één jaar werden gekraakt. Per 1 oktober 2010 werd kraken in art. 138a van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) op elk moment strafbaar gesteld. Daarmee hoeft het OM niet meer aan te tonen hoe lang een gekraakt pand al leeg staat. Bovendien wordt kraken inmiddels gekwalificeerd als een misdrijf in plaats van een overtreding en riskeert de kraker een gevangenisstraf van maximaal een jaar.

Ondanks de strafbaarheid van kraken dient het OM bij ontruiming rekening te houden met een eventueel 'huisrecht' van de krakers op grond van art. 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). In zijn arrest van 28 oktober

2011 oordeelde de Hoge Raad over het huisrecht van krakers in het kader van een strafrechtelijke ontruiming. De Hoge Raad oordeelde dat uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming van het huisrecht de ontruiming van de krakers in beginsel slechts kan plaatsvinden nadat de krakers het oordeel van de voorzieningenrechter in eerste aanleg hebben kunnen oproepen over de rechtmatigheid van de ontruiming. Voor de effectiviteit van het rechtsmiddel is vereist dat, behoudens bijzondere omstandigheden, de ontruiming op een zodanig tijdstip wordt aangekondigd dat er voldoende gelegenheid is om een kort geding aanhangig te maken.⁶

De tweede route is die van de civielrechtelijke ontruiming. Kraken is een inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar van de onroerende zaak en levert als zodanig een onrechtmatige daad op. Na een belangenafweging kan de rechter de krakers tot ontruiming veroordelen, veelal in kort geding. Wordt aan die veroordeling niet voldaan, dan kan de eigenaar de deurwaarder opdracht geven de onroerende zaak te ontruimen.

Het voordeel van een strafrechtelijke ontruiming boven een civielrechtelijke is voor de eigenaar dat de kosten voor rekening van het OM komen. Bij een civielrechtelijke ontruiming draagt de eigenaar zelf de kosten van de ontruimingsprocedure en de ontruiming door de deurwaarder. Die kosten kunnen in beginsel (deels) op de krakers worden verhaald, maar omdat hun identiteit vaak niet bekend wordt, is dat verhaal over het algemeen niet kansrijk. Een civielrechtelijke ontruiming kan daarentegen in korte tijd via een kort geding worden afgedwongen op initiatief van de eigenaar, terwijl men bij een strafrechtelijke ontruiming afhankelijk is

1. Marloes Voorrips is advocaat bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam.
2. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 560, nr. 6, p. 13-14.
3. De prijzen in vrije huursector blijven stijgen, aldus de cijfers van NVM en VGM over het tweede halfjaar van 2017. 7 februari 2018. Geraadpleegd van <https://www.nvm.nl/actueel/persberichten/2018/huurmarkt2017q2>.
4. Zie M. Sedee, 'Te hoge huren? De student kraakt weer', *NRC* 20 januari 2018.
5. Zie A. Kleynveld, 'NVM: Het tekort aan huizen blijft een probleem', *AD* 3 januari 2018.

6. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9880.

van de planning en de bereidheid van het OM om tot ontruiming over te gaan.

De minister van Veiligheid en Justitie heeft de Wet Kraken en Leegstand begin 2016 geëvalueerd. Hij concludeerde dat het met de strafbaarstelling van kraken eenvoudiger is geworden om krakers via de strafrechtelijke weg te ontruimen. Het 'juridische zwakkere middel' van de civielrechtelijke ontruiming zou inmiddels minder worden toegepast.⁷ Recentelijk inventariseerde de minister tevens de ervaringen van vastgoedeigenaren met deze wet. Daaruit volgde dat er in de huidige markt weinig sprake is van leegstand en dat kraken steeds minder voorkomt.⁸ Hoewel de minister aangeeft dat strafrechtelijk ontruimen eenvoudiger is geworden, constateren vastgoedeigenaren dat een strafrechtelijke ontruiming meestal langer duurt dan een civielrechtelijke, vanwege de afhankelijkheid van het OM.⁹

Hoewel de Wet Kraken en Leegstand van kraken met name een strafrechtelijke aangelegenheid moest maken, is een strafrechtelijke ontruiming van krakers niet vanzelfsprekend gebleken. Zo is mij bekend dat OM en politie in verschillende steden niet bereid zijn om tot strafrechtelijke ontruiming over te gaan indien het gekraakte pand na de ontruiming leeg komt te staan, of slechts indien er sprake is van bijzondere omstandigheden zoals ordeverstoringen of vernielingen.¹⁰

Uit de rechtspraak blijkt dan ook dat er nog steeds civiele procedures over ontruiming van krakers worden gevoerd. Daarin zijn de bovengenoemde ontwikkelingen op het gebied van het strafrecht eveneens zichtbaar. In het navolgende worden enkele veelvoorkomende en bijzondere onderwerpen uit de recente civielrechtelijke jurisprudentie besproken.

2. Dagvaardings- en betekeningssperikelen

2.1. Anoniem dagvaarden

Bij de beoordeling van een civielrechtelijke vordering tot ontruiming komt allereerst de dagvaarding en de wijze van betekening aan de orde. De

identiteit van de krakers is meestal niet bekend aan de eiser die ontruiming vordert. Art. 45 lid 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) voorziet in de mogelijkheid tot het anoniem dagvaarden van krakers, van wie naam en woonplaats in redelijkheid niet kunnen worden achterhaald. Art. 61 Rv voorziet in een betekening van een exploit aan krakers. In dat exploit worden gedaagden aangeduid als 'zij die verblijven in de desbetreffende onroerende zaak of een gedeelte daarvan.' Een uittreksel van het exploit dient eveneens te worden gepubliceerd in een landelijk dagblad.

Wanneer is sprake van het niet in redelijkheid kunnen achterhalen van naam en woonplaats? Het bevolkingsregister moet daarvoor geraadpleegd worden en de krakers moet vergeefs verzocht/gesommeerd zijn om hun identiteit kenbaar te maken teneinde hen bij name in rechte te kunnen betrekken.¹¹ Die eisen blijven actueel. Zo vorderde een kraker in een executie-kortgeding bij de Rechtbank Oost-Brabant in 2014 een verbod op de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis dat bij verstek was gewezen. De betreffende kraker stond ingeschreven in het bevolkingsregister maar was desondanks – en derhalve ten onrechte – anoniem gedagvaard. Dat betekende volgens de voorzieningenrechter dat de eigenaar misbruik maakte van zijn bevoegdheid indien hij tot tenuitvoerlegging van het verstekvonnis jegens deze kraker zou overgaan. Het verstekvonnis berustte in zoverre op een kennelijke misslag en de voorzieningenrechter verbood de tenuitvoerlegging daarvan.¹² Overigens had de eigenaar in dit executiegeschil in reconventie opnieuw ontruiming van de onroerende zaak gevorderd. Die vordering werd toegewezen, zodat de kraker alsnog tot ontruiming veroordeeld werd. In de bovengenoemde zaak was de ontruiming aanvankelijk bij verstek toegewezen. Indien een kraker weliswaar ten onrechte anoniem wordt gedagvaard, maar desondanks in het geding verschijnt, is de kans groot dat het beroep op nietigheid van de dagvaarding hem niet kan baten. Daarvoor moet op grond van art. 66 lid 1 Rv immers aannemelijk zijn dat de degene voor wie het exploit is bestemd, onredelijk is benadeeld.¹³

2.2. Anoniem dagvaarden in geval van kraak van een onbebouwde onroerende zaak

In het verleden is door krakers van onbebouwde onroerende zaken wel betoogd dat anoniem dagvaarden ten aanzien van hen niet mogelijk is, aangezien de tekst van art. 61 Rv spreekt van gedaagden die verblijven in 'een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan'. De voorzieningenrechter te

7. G.A. van der Steur, Aanbieding evaluatie-onderzoek Wet kraken en leegstand [Kamerbrief], 1 februari 2016. Geraadpleegd van <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/02/01/van-ontruimen-naar-inruimen>.

8. F. Grapperhaus, Afdoening van toezegging gedaan op 2 februari 2017 tijdens het AO evaluatie wet kraken en leegstand [Kamerbrief], 5 december 2017. Geraadpleegd van <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/12/05/tk-afdoening-van-toezegging-gedaan-op-2-februari-2017-tijdens-het-ao-evaluatie-wet-kraken-en-leegstand>.

9. Idem.

10. Zo wordt in Amsterdam niet (strafrechtelijk) 'ontnuimd voor leegstand,' zie bijv. M. Sedee, 'Te hoge huren? De student kraakt weer', NRC 20 januari 2018.

11. Zie bijv. Rechtbank Arnhem (pres.) 13 mei 1987, ECLI:NL:RBARN:1987:AH1700, KG 1987, 210.

12. Rechtbank Oost-Brabant (vzr.) 22 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2015:7458, r.o. 5.2.

13. Zie bijv. Rechtbank Den Haag (vzr.) 9 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5731, r.o. 3.2.

Utrecht paste die wetsbepaling in 2002 naar analogie toe op krakers van onbebouwde onroerende zaken.¹⁴ Het Hof Amsterdam oordeelde daarentegen dat de uitzondering van art. 45 lid 3 juncto art. 61 Rv restrictief moest worden uitgelegd.¹⁵ Het Hof Amsterdam overwoog dat deze wetsbepalingen zijn opgenomen bij invoering van de Leegstandswet, als reactie op het verschijnsel van het kraken van gebouwen in verband met de heersende woningnood in met name de grote steden en de juridische complicaties die daaruit voortvloeiden. Art. 61 Rv kon dan ook niet naar analogie worden toegepast bij de ontruiming van een onbebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan.

In 2009 was de uitkomst bij de Rechtbank Amsterdam anders. De voorzieningenrechter overwoog dat voor analogische toepassing van art. 61 Rv geen plaats was, maar dat dat 'voor een goede toepassing van het recht ook niet nodig is.' Bij een botsing van de fundamentele rechtsbeginselen, die door art. 45 lid 3 en art. 61 Rv worden gewaarborgd, geldt:

*'Het belang van de aansprekende partij om door tussenkomen van de rechter haar aanspraken geldend te kunnen maken is in beginsel echter gelijk, en niet ondergeschikt, aan het belang van de aangesproken partij om in rechte tot haar verdediging te kunnen worden gehoord. Onder omstandigheden is daarom sprake van twee botsende fundamentele beginselen en dient afhankelijk van de omstandigheden van het geval door de rechter te worden vastgesteld welk van die beginselen in dat geval prevaleert. Indien komt vast te staan dat de eisende partij zich heeft ingespannen om de identiteit van haar wederpartij te achterhalen en zich ook heeft ingespannen, ondanks onbekendheid met de naam en woonplaats van betrokkene, haar wederpartij te bereiken om haar in te lichten over dag, tijd en inhoud van het geding dat zij voor de rechter wil brengen, gaat haar belang om in rechte haar aanspraken geldend te maken boven het belang van degene die zich voor haar schuil houdt, hoewel niet kan worden gedagvaard volgens de hiervoor bedoelde betekendingsvoorschriften.'*¹⁶

De afweging viel uit in het voordeel van de perceelseigenaar, omdat die uitkomst in casu beter te aanvaarden viel. In dit geval was de krakers in ruime mate de mogelijkheid geboden om kennis te nemen van de procedure en ter zitting te verschij-

nen om zich te kunnen verweren. Daarmee had de perceelseigenaar op aanvaardbare wijze de anonieme dagvaarding betekend aan de niet verschenen, en bewust anoniem blijvende, gedaagden.¹⁷ Zie in dezelfde lijn een uitspraak van de bodemrechter te Den Haag in 2013.¹⁸ De voorzieningenrechter te Groningen paste art. 61 Rv overigens nog wel – ambtshalve – naar analogie toe op onbebouwde zaken.¹⁹

3. Onrechtmatigheid

3.1. Algemeen

Indien de krakers op juiste wijze zijn gedagvaard, komt de inhoudelijke beoordeling van de vordering tot ontruiming aan de orde. De rechter beoordeelt allereerst de onrechtmatigheid van het gebruik door de krakers van de onroerende zaak. De schending van het eigendomsrecht van art. 5:1 Burgerlijk Wetboek (BW) door de krakers zal in beginsel een onrechtmatige daad jegens de eigenaar opleveren. Nieuw is dat de algehele strafbaarstelling van kraken inmiddels ook (mede) een rol speelt ten aanzien van de civiele onrechtmatigheid van kraken. Zo overwoog de voorzieningenrechter te Den Haag in een civiele zaak:

*'Vooropgesteld wordt dat vaststaat dat [krakers] zonder recht of titel in het pand verblijven. Hiermee staat tevens vast dat zij zich schuldig maken aan overtreding van artikel 138a van het Wetboek van Strafrecht dat – kort gezegd – kraken als een misdrijf strafbaar stelt. Blijkens de wetsgeschiedenis is het belang van die bepaling vooral gelegen in de bescherming van het eigendomsrecht van de ander (zie o.a. Kamerstukken II 2007/08, 31560, nr. 3, p.1). Daarmee is de onrechtmatigheid van het kraken van het pand gegeven.'*²⁰

3.2. Onrechtmatigheid jegens hypotheekhouder

Kraken kan niet alleen jegens de eigenaar van een onroerende zaak, maar ook jegens de hypotheekhouder een onrechtmatige daad opleveren. De rechtspositie van de hypotheekhouder komt in jurisprudentie over kraken af en toe aan de orde. In civielrechtelijke zin kan een hypotheekhouder een recht toekomen om ontruiming van een met hypotheek bezwaard pand te vorderen. Hoewel het ge-

14. Rechtbank Utrecht (vzr.) 25 juli 2002, r.o. 3.3-3.7.

15. Gerechtshof Amsterdam 8 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA8013, NJF 2007, 300; zie tevens Rechtbank Amsterdam (vzr.) 29 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9619, r.o. 6, kennelijk bekrachtigd door het Gerechtshof Amsterdam 30 november 2006 (zoals volgt uit r.o. 4.1.5 van voornoemd arrest van 8 maart 2007).

16. Rechtbank Amsterdam (vzr.) 5 maart 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH7006, r.o. 4.5.

17. idem, r.o. 4.6.

18. Rechtbank Den Haag 6 maart 2013; ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7044, r.o. 4.3.

19. Rechtbank Groningen (vzr.) 5 november 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BQ4215, r.o. 4.1 en Rechtbank Groningen (vzr.) 13 juli 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX1536, r.o. 4.1.

20. Rechtbank Den Haag (vzr.) 15 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:11244, r.o. 4.2. In gelijke zin bijv. Rechtbank Gelderland (vzr.) 23 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3844, r.o. 4.2.

bruik door krakers in beginsel niet onrechtmatig is jegens de hypotheekhouder, die immers geen eigenaar is, kan dat gebruik toch onrechtmatig jegens de hypotheekhouder zijn indien die laatste door het gebruik schade lijdt. Daarvan is sprake indien aannemelijk is dat krakers schade veroorzaken aan de onroerende zaak door deze uit te wonen of indien de onroerende zaak bij executoriale verkoop minder opbrengt door het feit dat de krakers daarin verblijven.²¹

De wens van de hypotheekhouder om tot (bij voorkeur onderhandse) verkoop over te gaan en daartoe het pand zodanig op te knappen dat het verkoopbaar is, kan overigens ook meespelen indien de eigenaar – en niet de hypotheekhouder – ontruiming vordert. De voorzieningenrechter te Den Haag ging in het geval van het gekraakte Huis ter Horst te Wassenaar voorbij aan de stelling van de krakers dat slechts sprake was van een belang van de bank, dat niet rechtstreeks in de belangenafweging betrokken diende te worden. Het verlies als gevolg van een executoriale verkoop in plaats van een onderhandse verkoop komt immers in beginsel voor rekening van de eigenaar.²²

Het feit dat de hypotheekhouder tot executoriale verkoop overgaat kan tevens leiden tot een discussie over de vraag of krakers aan de strafbaarstelling van art. 138a Sr voldoen. In de strafzaak rondom de kraak van een leegstaande bioscoop te Zaandam ging het om de uitleg van de delictsomschrijving van art. 138a Sr: het ‘wederrechtelijk binnendringen of wederrechtelijk vertoeven in een woning of gebouw, waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd.’ In deze zaak had de hypotheekhouder opdracht gegeven tot executoriale verkoop van het gebouw, omdat de eigenaar zijn verplichtingen jegens de bank niet was nagekomen. De verdachte stelde dat daarmee de bank rechthebbende was en dat de bank het gebruik, gelet op de voorbereidingen voor de executieverkoop, niet had beëindigd, zodat niet aan de delictsomschrijving van 138a Sr werd voldaan. Het Hof gaat in dat verweer niet mee en de Hoge Raad bekrachtigt die uitspraak.

‘Hoewel de FGH Bank voorbereidingen trof om over te gaan tot de executoriale verkoop van het pand, mag hieruit niet worden afgeleid dat de FGH Bank als rechthebbende van het pand kon worden aangemerkt. Immers de bevoegdheid van de FGH Bank strekte uitsluitend tot het verrichten van handelingen met betrekking tot die (gedwongen) verkoop en niet tot het in gebruik geven van het pand aan een derde. [De eigenaar] en dus niet de bank was daarom ten tijde van het ten laste gelegde feit de rechthebbende op het pand.’²³

De eigenaar had het gebruik van het pand beëindigd, zodat aan de delictsomschrijving van art. 138a Sr was voldaan.

3.3. Verkrijging door extinctieve verjaring?

In de casus van de ontruimingsvordering met betrekking tot het ‘Slangenpand’ in Amsterdam werd de onrechtmatigheid van het gebruik door krakers betwist met een (kennelijk) beroep op extinctieve verjaring (art. 3:105 BW).²⁴ Op grond van dat wetsartikel kan een bezitter van een goed de eigendom daarvan verkrijgen op het moment dat de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid.²⁵ Het Hof overwoog onder meer dat de krakers niet kunnen worden aangemerkt als bezitters, maar slechts als houders. Op grond van art. 6:174 lid 5 BW wordt degene die als eigenaar van de opstal in de registers staat ingeschreven vermoed de bezitter daarvan te zijn. Op grond van het enkele feit dat de krakers zichzelf toegang tot het Slangenpand hebben verschaft, kan niet worden geconcludeerd dat zij dat pand voor zichzelf zijn gaan houden, aldus het Hof.²⁶

3.4. Verjaring van de vordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand

In de voornoemde casus van het Slangenpand deden de krakers een beroep op verjaring van de vordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand. Eén van de krakers woonde al sinds 1983 in het Slangenpand, zodat de in dit opzicht geldende verjaringstermijn van twintig jaar ten aanzien van deze kraker zou zijn verstreken. Het Hof Amsterdam overwoog dat – voor zover de krakers zich als houders van het Slangenpand op die verjaring zouden mogen beroepen – die verjaring van de vordering erop neer zou komen dat de eigenaar van het Slangenpand de inbreuk op haar subjectieve recht blijvend zou moeten dulden. Dat zou betekenen dat een toestand zou ontstaan waarin de eigenaar van het pand – waarvoor zij een koopsom heeft betaald – blijvend aansprakelijk zou zijn voor dit pand en de daarmee verband houdende lasten, terwijl het pand zonder enige beperking in de tijd door de huidige bewoners en/of hen die het gebruik voortzetten kan worden bewoond en gebruikt, zonder dat daar enigerlei vergoeding of andere verplichting van dezen tegenover zou staan. Onder deze omstandigheden leverde het beroep van de krakers op verjaring misbruik van bevoegdheid als bedoeld in art. 3:13 lid 2 BW op. De krakers hadden niet tot de uitoefening van dat recht kunnen komen, gelet op de

21. Rechtbank Haarlem (vzr.) 12 mei 2009, ECLI:NL:RB-HAA:2009:BI7758, NJF 2009, 433, r.o. 4.5.

22. Rechtbank Den Haag (vzr.) 15 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:11244, r.o. 4.5.

23. Hoge Raad 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:212 r.o. 2.2.2. en de conclusie, ECLI:NL:PHR:2016:29, par. 15-16.

24. Gerechtshof Amsterdam 7 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:37. Het cassatieberoep is verworpen op grond van art. 81 lid 1 RO.

25. Gerechtshof Amsterdam 7 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:37, r.o. 2.1 en 2.2.

26. Overigens strandt dit beroep van de krakers op extinctieve verjaring reeds omdat het tardief is gedaan.

onevenredigheid tussen hun belang bij uitoefening ervan en het belang van de eigenaar dat hierdoor wordt geschaad. Dit betekent dat aan de krakers geen beroep op verjaring toekwam.²⁷

4. Spoedeisend belang en belangenafweging

4.1. Algemeen

Met de vaststelling dat sprake is van onrechtmatig handelen door krakers, is de vordering tot ontruiming nog niet zonder meer toewijsbaar. De meeste ontruimingsvorderingen worden ingesteld in kort geding, zodat het belang van eiser tot ontruiming spoedeisend dient te zijn. Bij de beoordeling van het spoedeisend belang dient de eiser over het algemeen een concreet plan met het gekraakte pand voor ogen te hebben dat binnen afzienbare tijd wordt uitgevoerd. Vervolgens dienen de belangen van de eigenaar te worden afgewogen tegen de belangen van de krakers. De jurisprudentie is casuïstisch en diverse belangen spelen in de afweging een rol. Om die reden categoriseer ik hierna enkele van de belangen of onderwerpen die in recente jurisprudentie aan de orde zijn gekomen.

4.2. (Spoedeisend) belang van eigenaar

Verkoop

Voldoende spoedeisend was het feit dat een professionele belegger een gekraakt woonhuis wenste te verkopen. Eiser had concrete activiteiten ondernomen om tot verkoop van het woonhuis te komen en deed serieuze pogingen om het woonhuis te verkopen. Het stond eiser vrij om er voor te kiezen het woonhuis in lege staat aan te bieden en hij had voldoende aannemelijk gemaakt dat de aanwezigheid van de krakers potentiële kopers zou kunnen afschrikken. Leegstand na ontruiming is in dat geval niet ongerechtvaardigd, aldus de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland.²⁸

Vergunning

Veel plannen van eigenaren met gekraakte panden bestaan uit sloop en herbouw of herontwikkelingen, waarvoor (omgevings)vergunningen nodig zijn. Aan het aannemen van een spoedeisend belang staat niet noodzakelijkerwijs in de weg dat nog geen (onherroepelijke) omgevingsvergunning is verkregen. Zo oordeelde het Hof Den Haag dat er weliswaar beroep was ingesteld tegen de afwijzing van een bezwaar tegen de verlening van een omgevingsvergunning aan de eigenaar, maar dat de krakers niet aannemelijk hadden gemaakt dat er sprake was van beroepsgronden die slagen en, indien ze slagen, tot gevolg hebben dat het project

niet, althans niet dan na lange tijd kan worden gerealiseerd.²⁹ Gelet op deze jurisprudentie doet men er goed aan de civiele rechter duidelijk te maken dat een eventuele bestuursrechtelijke procedure tegen de omgevingsvergunning niet hoeft te leiden tot (significante) vertraging van het project. In de eerste plaats kan de eigenaar betogen dat (en waarom) de bezwaar-/beroepsgronden geen kans van slagen hebben. Daarnaast kan het mijns inziens nuttig zijn te wijzen op de mogelijkheid dat de bestuursrechter eventuele formele gebreken in de besluitvorming passeert, respectievelijk diens bevoegdheid om, bij het slagen van een of meer beroepsgronden, de zogenaamde bestuurlijke lus toe te passen en/of (de rechtsgevolgen van) de omgevingsvergunning in stand te laten.

Een alternatief werd gekozen door de eigenaar die ontruiming vorderde onder voorwaarde van het verkrijgen van de benodigde vergunningen. De voorzieningenrechter wees de vordering inclusief die voorwaarde toe, hetgeen werd bekrachtigd in hoger beroep.³⁰

In het geval van het gekraakte ADM-terrein in Amsterdam waren de plannen van de eigenaar nog onvoldoende concreet en waren de vergunningen nog niet gereed. De vordering tot ontruiming werd niet toegewezen, maar wel werden de krakers veroordeeld om de eigenaar en zijn adviseurs of potentiële huurders toegang te verlenen tot het terrein, nadat zij daartoe minimaal 24 uur van tevoren over waren geïnformeerd, op straffe van een dwangsom. Het Hof overwoog dat de eigenaar haar plannen alleen maar concreter en overtuigender kon maken wanneer zij in de gelegenheid was om deze verder uit te werken. Als eigenaar had zij daarbij een gerechtvaardigd belang. Dat de krakers deze bezichtigingen ervaren als een inbreuk op hun privacy was onvoldoende om de mogelijkheden van de eigenaar verder in te perken.³¹

Verplichtingen eigenaar jegens derden

Indien de eigenaar verplichtingen jegens derden moet nakomen, die hij alleen kan nakomen na ontruiming van krakers, kan dat een spoedeisend belang opleveren. Dat was het geval bij de eigenaar van een gekraakt terrein met opstallen, die jegens een ontwikkelaar verplicht was om het terrein tijdig bouwrijp te maken, waarna de ontwikkelaar bouwplannen op het terrein zou realiseren en waarvoor tevens een planning was opgesteld.³² Ook het feit dat (het risico bestaat dat) de eigenaar schade lijdt, bijvoorbeeld als gevolg van het niet tijdig

27. Gerechtshof Amsterdam 7 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:37, r.o. 2.3.

28. Rechtbank Gelderland (vzr.) 23 juni 2014, ECLI:NL:RB-GEL:2014:3844, r.o. 4.3.

29. Gerechtshof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2333, r.o. 9.

30. Gerechtshof Amsterdam 7 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:37, r.o. 2.6.

31. Gerechtshof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2392, r.o. 3.8.4 en 3.8.5.

32. Gerechtshof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2333, r.o. 9.

kunnen opleveren van een pand aan een nieuwe huurder, kan een spoedeisend belang opleveren.³³ Ten aanzien van de eerder genoemde krakers van het ADM-terrein in Amsterdam werd een ander oordeel gegeven. De eigenaar van het terrein met opstallen had een huurovereenkomst met een derde gesloten voor een gedeelte van het terrein, maar de plannen van huurder waren volgens de bodemrechter nog onvoldoende concreet, terwijl het terrein nog niet geschikt was voor ingebruikname – daarvoor waren aanzienlijke werkzaamheden en vergunningen vereist. De enkele omstandigheid dat er een huurovereenkomst was gesloten sloot derhalve niet uit dat de ontruiming alsnog tot ongerechtvaardigde leegstand zou leiden.³⁴ Ook de intentieovereenkomst met een andere potentiële huurder, die een huuroptie betrof maar nog nader moest worden uitgewerkt, was zonder nadere concrete informatie onvoldoende om de vordering tot ontruiming toe te wijzen.³⁵

Onbebouwde onroerende zaak

De vraag of al dan niet wordt 'ontruimd voor leegstand' achtte de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland bij een onbebouwd perceel niet relevant.³⁶ In dat kader verwijst de voorzieningenrechter onder meer naar een uitspraak van de voorzieningenrechter te Amsterdam uit 2006, waarin wordt overwogen:

*[De opvatting van krakers] miskent dat het hier geen ontruiming van woonruimte betreft waarbij moet worden voorkomen dat wordt ontruimd voor leegstand. Dat is hier niet het geval omdat het terrein niet is bestemd voor woondoeleinden.*³⁷

Eerder stuurde de voorzieningenrechter te Utrecht daar ook al op aan:

'De vraag kan gesteld worden of een eigenaar van een perceel grond wel een zelfde inbreuk op zijn eigendomsrecht moet dulden als de eigenaar van gebouwde onroerende zaken, nu voor percelen grond, anders dan voor bewoonbare ruimten, niet geldt dat zij direct verband houden met het bestaande tekort aan woonruimte en aldus het langdurig ongebruikt laten van een perceel grond, anders dan het langdurig leeg laten staan van een bewoonbare ruimte, niet

33. Rechtbank Zeeland-West-Brabant (vzr.) 11 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5351, r.o. 3.7.
34. Rechtbank Amsterdam 13 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2016:27, r.o. 6.9.
35. Gerechtshof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2392, r.o. 3.6.5. Het betreft het hoger beroep van een in dezelfde zaak en gelijktijdig met de bodemprocedure (zie voetnoot 34) aanhangige kortgedingprocedure.
36. Rechtbank Midden-Nederland (vzr.) 7 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:4748, r.o. 4.3.
37. Rechtbank Amsterdam (vzr.) 29 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9619, r.o. 8.

*dan wel in mindere mate als maatschappelijk onaanvaardbaar gekwalificeerd kan worden.*³⁸

Boete voor eigenaar na ontruiming

In een zaak uit 2015 trachtte een kraker de spoedeisendheid van het belang van de eigenaar te gebruiken voor een (voorwaardelijke) vordering in reconventie. De kraker vorderde een boete van EUR 500.000,- van de eigenaar voor het geval na de ontruiming niet snel zou worden overgegaan tot uitvoering van de plannen. De voorzieningenrechter te Den Haag wees deze vordering af, reeds nu niet aannemelijk was dat de eigenaar na de ontruiming niet snel zou overgaan tot uitvoering van de plannen.³⁹ In hoger beroep is het Hof stelliger gesteld noch gebleken is dat de eigenaar contractueel of anderszins jegens de krakers gehouden is tot daadwerkelijke (en spoedige) uitvoering van de bouwplannen. Voor het opleggen van een boete is dan ook geen rechtsgrond.⁴⁰

Asbestsanering

Het gevaar van asbest levert al gauw een spoedeisend belang van eigenaar op. Het moet dan wel duidelijk worden dat een asbestonderzoek of asbestsanering zodanig ingrijpend en risicovol zijn dat dat een onmiddellijke en volledige ontruiming rechtvaardigt.⁴¹ Voor het spoedeisend belang kunnen onder meer relevant zijn de noodzaak van een asbestsanering, de vraag of de werkzaamheden inzake de asbestsanering en een eventueel daaropvolgende verbouwing al zijn opgedragen en of de aanvangsdatum van die werkzaamheden al bekend is.⁴² Indien sprake is van een acuut asbestgevaar lijkt overigens ook het belang van de kraker gediend bij een vertrek uit de woning.⁴³

Verzekering

Het feit dat een gekraakt pand niet kan worden verzekerd of dat de verzekeraar de dekking dreigt te beëindigen door de aanwezigheid van krakers, kan

38. Rechtbank Utrecht (vzr.) 25 juli 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AL9252, r.o. 3.10.
39. Rechtbank Den Haag (vzr.) 30 juli 2015, ECLI:NL:RBD-HA:2015:8799, r.o. 4.20.
40. Gerechtshof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2333, r.o. 13.
41. Rechtbank Amsterdam (vzr.) 11 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7423, r.o. 4.3 – in dit tussenvonnissen met betrekking tot het gekraakte Spinhuis van de UvA was er onvoldoende spoedeisend belang om de voorziening toe te wijzen, maar werd de zaak pro forma aangehouden omdat denkbaar was dat het spoedeisend belang binnen afzienbare tijd alsnog zou ontstaan en kon worden aangetoond. Dat was het geval, zodat de voorziening in het eindvonnis alsnog werd toegewezen (Rechtbank Amsterdam (vzr.) 19 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9337, r.o. 2.2).
42. Rechtbank Amsterdam (vzr.) 19 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9337, r.o. 2.2.
43. Rechtbank Den Haag (vzr.) 9 mei 2014, ECLI:NL:RBD-HA:2014:5731, r.o. 3.11, bekrachtigd in hoger beroep: Gerechtshof Den Haag 28 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:968, r.o. 5.

meewegen bij het vaststellen van een spoedeisend belang van eiser en in de daarop volgende belangenafweging.⁴⁴ De zwaarte van deze wegingsfactor blijkt niet duidelijk uit de door mij bekende jurisprudentie.⁴⁵ Gelet op de opstalaansprakelijkheid van de eigenaar (art. 6:174 BW) ligt het mijns inziens voor de hand om de onverzekerbaarheid van een gekraakt pand zwaar te wegen.

4.3. Belangen van krakers

Huisrecht

Ook in civiele ontruimingszaken wordt door krakers regelmatig een beroep gedaan op het huisrecht. In beginsel hebben de grondrechten uit het EVRM slechts verticale werking, oftewel werking tussen overheid en burger, maar er kan ook sprake zijn van horizontale werking. Zie bijvoorbeeld de voorzieningenrechter te Zutphen:

*'Onder bepaalde omstandigheden kan horizontale werking toekomen aan grondrechten, in die zin dat het onrechtmatig kan zijn als een burger een andere burger al te zeer beperkt in de uitoefening van zijn grondrechten. Daarvan is hier evenwel geen sprake. Het belang van [eiser] als eigenaar bij de verkoop- en verhuuractiviteiten weegt zwaarder dan het met eigenrichting afgedwongen huisrecht van de krakers.'*⁴⁶

Het Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog over de horizontale werking van het huisrecht in civiele ontruimingen als volgt:

*'[Onder omstandigheden kan sprake zijn van een huisrecht van krakers], waarbij ontruiming van het perceel een ernstige inbreuk daarop vormt. Daarbij geldt dat een beroep op het huisrecht niet hoeft af te stuiten op de enkele omstandigheid dat de bewoning nog maar van korte duur was. Doorgaans zal het zo zijn dat het belang van de eigenaar zwaarder weegt, maar niet kan worden uitgesloten dat gelet op de zeer ernstige inbreuk op het huisrecht en de onomkeerbare gevolgen van de ontruiming, het belang van de kraker in het concrete geval zwaarder weegt.'*⁴⁷

44. Zie bijv. Rechtbank Zeeland-West-Brabant (vzr.) 11 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5351, r.o. 3.7 en Rechtbank Den Haag (vzr.) 15 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:11244, r.o. 4.9.

45. Wel blijkt bijvoorbeeld uit een arrest van het Gerechtshof Den Haag (28 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:968, r.o. 8) dat ook zonder de kwestie van de onverzekerbaarheid van het pand, die in eerste aanleg was meegewogen, de conclusie dat de kraker dient te ontruimen zelfstandig kan worden gedragen door de overige gronden.

46. Rechtbank Gelderland (vzr.) 23 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3844, r.o. 4.4.

47. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3417, r.o. 4.3.

De voorzieningenrechter te Den Haag deed een beroep op de horizontale werking van het huisrecht in een civiele ontruimingszaak wel erg snel af. De rechter kwam aan de beoordeling van die horizontale werking niet toe, reeds omdat de proportionaliteit van de ontruiming getoetst werd door diezelfde rechter. Dat is mijns inziens een cirkelredenering: de rechter moet dat beroep op een huisrecht vervolgens immers wel meenemen in de belangenafweging, anders is die rechterlijke toetsing een lege huls. In casu stelde de rechter dat de inhoudelijke beoordeling van het huisrecht in het midden kon blijven:

'De wel-verschenen gedaagde heeft zich voorts beroepen op het 'huisrecht' ex artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. Dat artikel geldt overigens in beginsel slechts in verhouding tot de overheid ('verticale werking'). In het midden kan blijven of het artikel in de onderhavige situatie ook 'horizontale werking' heeft. Daarvoor is het navolgende van belang.

*Uit rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot het huisrecht moet worden afgeleid dat het gedwongen verlies van iemands huis ('home') de meest vergaande vorm van inmenging in de uitoefening van het huisrecht is en dat een ieder die het risico loopt op een dergelijke inmenging in beginsel de mogelijkheid moet hebben de proportionaliteit te laten toetsen door de rechter voordat de ontruiming wordt geëffectueerd. Door middel van de onderhavige procedure wordt de wel-verschenen gedaagde in staat gesteld de proportionaliteit van de voorgenomen ontruiming te laten toetsen door de (onafhankelijke) rechter, zodat aan voormelde voorwaarde is voldaan.'*⁴⁸

Geen beroep op het huisrecht kan worden gedaan in geval van het kraken van een onbebouwd terrein in plaats van een gebouwde onroerende zaak, aldus het Hof Leeuwarden.⁴⁹

Asielzoekers

In 2013 kraakte een groep uitgeprocedeerde asielzoekers een ruimte in een parkeergarage die in eigendom was van de gemeente Amsterdam. De gemeente wenste over die parkeergarage te beschikken om de concrete renovatieplannen voor de betreffende buurt verder vorm te geven. De krakers vorderden een verbod voor de Staat om tot ontruiming over te gaan. De voorzieningenrechter te Amsterdam sprak het verbod uit voor de periode tot 1 mei 2015. De voorzieningenrechter overwoog dat de situatie van de uitgeprocedeerde asielzoekers uitzichtloos was en achtte het in het licht hiervan inhumain om deze groep onder de winterse weers-

48. Rechtbank Den Haag (vzr.) 9 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5731, r.o. 3.10.

49. Gerechtshof Leeuwarden 15 november 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU4705, r.o. 3.5.

omstandigheden van destijds te ontruimen. Tegen die uitspraak ging de Staat in hoger beroep. Het Hof Amsterdam overwoog dat art. 8 EVRM geen recht geeft om door de Staat te worden voorzien van huisvesting in algemene zin:

*'Naar voorlopig oordeel van het hof valt aan art. 8 EVRM vooralsnog slechts een verplichting tot opvang te ontlenen door personen, die zijn aan te duiden als kwetsbaar als gevolg van medische en/of andere bijzondere factoren. De enkele omstandigheid dat [de krakers] zijn aan te merken als afgewezen asielzoekers, die in beginsel geen aanspraak kunnen maken op sociale voorzieningen en dergelijke, maakt hen echter, hoe schrijnend die situatie op zich beschouwd mogelijk ook is, nog niet zonder meer tot een kwetsbaar persoon in de hiervoor bedoelde zin.'*⁵⁰

Het Hof overwoog vervolgens dat de gemeente een 'bed-bad-brood'-voorziening in het leven heeft groepen die tegemoet komt aan de meest elementaire levensbehoeften van personen als deze krakers en wees het gevorderde verbod op strafrechtelijke ontruiming alsnog af.⁵¹

Een andere groep uitgeprocedeerde asielzoekers die een pand in Amsterdam hadden gekraakt trof een ander lot. Zij vorderden voor een periode van enkele maanden een verbod voor de Staat om tot ontruiming van de krakers over te gaan, om zich op hun vertrek voor te bereiden, ander onderdak te vinden en niet tijdens de Ramadan op straat te hoeven staan. De voorzieningenrechter te Amsterdam was van oordeel dat het belang van de Staat bij ontruiming vóór 3 juli 2017 dient te wijken voor het huisrecht van de krakers. In de uitspraak van 24 mei 2017 werd als volgt overwogen:

'De bewoners dient nog een korte termijn te worden gegund om andere woonruimte te vinden. Daarbij is in aanmerking genomen dat eisers behoren tot een kwetsbare groep uitgeprocedeerde asielzoekers met een uitzichtloos bestaan in Nederland, waarvan aannemelijk is dat die na de ontruiming (wederom) op straat zal komen te staan.' (...) *'De Staat heeft weliswaar gesteld dat voor deze groep opvang bestaat in een vrijheidsbeperkende locatie (VBL), maar eisers hebben dit betwist. (...) Daarnaast is tussen partijen niet in geschil dat zelfs de juist door de gemeente Amsterdam voor deze kwetsbare groep in het leven geroepen opvang in de vorm van de bed-bad-brood regeling op het moment geen of onvoldoende plekken beschikbaar heeft.'*⁵²

Idealen van de kraakbeweging

In het kader van de belangenafweging komt ook de meer idealistische invalshoek van het kraken aan de orde. Zo werd een beroep door een kraker op woningnood in een casus in Roosendaal niet gehonoreerd. De eigenaar had onweersproken gesteld dat Roosendaal geen specifiek probleem van woningnood kent, zodat er zich geen bijzondere omstandigheden voordeden die het rechtvaardigden dat een (bedrijfs)pand in de gemeente Roosendaal werd gekraakt.⁵³

Een algemeen maatschappelijk belang om leegstand te voorkomen is eveneens onvoldoende. Zo oordeelde de voorzieningenrechter te Arnhem op een vordering van een kraker om de Staat en het OM te verbieden tot ontruiming over te gaan:

*'[Eiser] heeft voorts nog een beroep gedaan op zijn recht om te kunnen beschikken over een woning. Ter zitting is evenwel gebleken dat het [eiser] niet zozeer gaat om zijn eigen huisrecht, maar meer om leegstand/braakliggende percelen te voorkomen. Dat blijkt ook uit de omstandigheid dat [eiser] heeft verklaard dat hij het pand zou verlaten als de buurtbewoners met de stichting een bruikleenovereenkomst zouden sluiten. [Eiser] hecht er dus meer aan dat het pand wordt gebruikt, maar dat hoeft niet persé door hemzelf te zijn. Dit betekent dat het [eiser] dus gaat om een ander belang dan zijn individuele belang om onderdak te hebben (het in artikel 8 EVRM gewaarborgde huisrecht) dat in de jurisprudentie ten aanzien van dit onderwerp speelt en bescherming verdient. [Eiser] acht dit recht kennelijk van ondergeschikt belang, zodat dit huisrecht ook niet als een bijzondere omstandigheid kan worden aangemerkt, die maakt dat de Staat (en daarmee de stichting) geen (enkel) belang heeft bij ontruiming van het pand/perceel.'*⁵⁴

Onder omstandigheden kunnen krakers echter wel een geslaagd beroep doen op 'burgerlijke ongehoorzaamheid,' aldus de voorzieningenrechter te Amsterdam ten aanzien van de bezetting van het Spinhuis van de UvA:

'Uitgangspunt is (...) dat de UvA als eigenaar kan beschikken over het Spinhuis en krakers daarin niet hoeft te dulden.

Dat kan evenwel anders zijn voor zover de bezetting van het Spinhuis kan worden beschouwd als daad van 'burgerlijke ongehoorzaamheid'. Alhoewel er geen vastomlijnde definitie van dit begrip is, wordt dit in het algemeen gebruikt voor situaties waarbij op een geweldloze wijze wordt geprotesteerd tegen een bestaande situatie, waarbij men een politiek-maatschappelijk

50. Gerechtshof Amsterdam 31 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1121, r.o. 3.9.

51. Het cassatieberoep is verworpen op grond van art. 81 lid 1 RO.

52. Rechtbank Amsterdam (vzr.) 24 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3901, r.o. 4.4.

53. Rechtbank Zeeland-West-Brabant (vzr.) 11 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5351, r.o. 3.8.

54. Rechtbank Gelderland (vzr.) 18 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1848, r.o. 4.8.

doel, en niet het eigenbelang, op het oog heeft. Veelal wordt tevens gesteld dat het moet gaan om een wijze van actievoeren die in het openbaar geschiedt en waarbij de gevolgen van een eventueel strafrechtelijk ingrijpen alsmede de mogelijke aansprakelijkheid voor schadevergoeding, worden aanvaard.

De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat de bezetting van het Spinhuis aan deze eisen voldoet. De krakers protesteren daarmee tegen bepaalde aspecten van het door de UvA gevoerde beleid in het bijzonder inzake de common room en zij ontplooiën in het Spinhuis activiteiten in het algemeen belang, zoals lezingen, debatavonden en filmavonden. Een en ander speelt zich in de openbaarheid af. Dit betekent dat de UvA binnen zekere grenzen een dergelijke actie heeft te dulden, in ieder geval zolang zij geen zwaarderwegend belang heeft bij gebruik van het Spinhuis. Dat zwaarderwegend belang zal dan bovendien voldoende spoedeisend moeten zijn om een voorziening in kort geding te rechtvaardigen.’⁵⁵

5. Conclusie

Ondanks de uitbreiding van de strafbaarstelling van kraken in de Wet Kraken en Leegstand blijkt dat ook de civielrechtelijke route van ontruimen in de praktijk nog regelmatig wordt gevolgd.

Waar bij de strafrechtelijke ontruiming in de praktijk regelmatig geldt dat niet wordt ontruimd voor leegstand of alleen in geval van bijzondere omstandigheden, is dat in beginsel ook bij civiele ontruimingsvorderingen het geval. De rechter heeft dus oog voor woningnood en ongerechtvaardigde leegstand. Het is dan ook de vraag of de afschrikwekkende werking die de wetgever met de strafbaarstelling van kraken beoogde, in de praktijk wel voldoende doel treft.

Wanneer een eigenaar echter concrete plannen heeft met een gekraakt pand, is de civiele ontruimingsvordering veelal effectief. Maar ook bij leegstand na ontruiming wordt in een aantal gevallen geoordeeld dat die leegstand niet ongerechtvaardigd is en de vordering tot ontruiming toch toewijsbaar is.

De conclusie op grond van recente jurisprudentie is dan ook: kraken gaat door – net als de civiele route tot ontruiming.

55. Rechtbank Amsterdam (vzr.) 11 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7423, r.o. 4.2 – overigens woog het belang van eigenaar ten tijde van het na dit tussenvonnis uitgesproken eindvonnis wél zwaarder dan dat van de krakers. Zie voetnoot 41.

Jurisprudentiebespreking

TvHB 2018/5

Hoge Raad
27 oktober 2017

ECLI:NL:HR:2017:2789

JB 2018, 2; WR 2018, 3; AB 2017, 420

De STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van
Veiligheid en Justitie)/Verweerder

Samenvatting

**Strafrecht, aansprakelijkheid Staat jegens
verhuurder voor schade aan het gehuurde bij een
inval bij huurder, beginsel van gelijkheid voor
de openbare lasten (égalité devant les charges
publiques)**

Tussen de huurder en de verhuurder is een huurovereenkomst voor 230a-ruimte gesloten. Vanwege verdenking van aanwezigheid van harddrugs is de politie het gehuurde binnengetrokken, waarbij heroïne is aangetroffen. Tijdens de inval is schade veroorzaakt aan de pui. De verhuurder spreekt voor deze schade de Staat aan op grond van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten (égalité devant les charges publiques). Op grond van dit beginsel kan de Staat aansprakelijk zijn voor aan derden veroorzaakte schade, als die schade buiten het normale bedrijfsrisico van de derde (in dit geval de verhuurder) valt. In eerste aanleg en in hoger beroep wordt de vordering toegewezen op grond van voornoemd beginsel. Ook de Hoge Raad oordeelt dat de Staat op grond hiervan in beginsel jegens de verhuurder aansprakelijk is. De Staat doet evenwel een beroep op art 6:101 BW ('eigen schuld') en specifiek op lid 2. Daarin is bepaald dat als de vergoedingsplicht ziet op schade aan een zaak die een derde voor de benadeelde in zijn macht had, voor de toepassing van de eigen schuld van lid 1 de omstandigheden die aan die derde kunnen worden toegerekend aan de benadeelde moeten worden toegerekend. Volgens de Staat dient de eigen schuld van de huurder (de derde) (waarbij rechtmatig is ingevallen) derhalve aan de verhuurder (de benadeelde) te worden toegerekend en is van aansprakelijkheid geen sprake op grond van art. 6:101 lid 1 jo. lid 2 BW. De Hoge Raad oordeelt dat het beroep op art. 6:101 lid 2 BW door de Staat het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten te zeer ondergraaft en niet voor dergelijke situaties is geschreven. In gevallen waarin de Staat wegens rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is voor schade aan zaken van een ander dan de verdachte, dient bij de beoordeling van de vraag of de vergoedingsplicht van de Staat op de voet van art. 6:101 lid 1 BW moet worden verminderd of vervalft, art. 6:101 lid 2 BW buiten toepassing blijven.

De STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Veiligheid en Justitie),
zetelende te Den Haag,
EISER tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaten: mr. K. Teuben en mr. G.C. Nieuwland,
tegen
[verweerder],
wonende te [woonplaats], Zwitserland,
VERWEERDER in cassatie, eiser in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaten: mrs. D. Rijpma en voorheen C.J.A. Seinen.
Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de Staat en [verweerder].
(...)

3 Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i) [verweerder] is eigenaar van bedrijfsruimte te Rotterdam. Hij heeft deze bedrijfsruimte (hierna: het gehuurde) vanaf 15 september 2011 verhuurd tegen een jaarlijkse huurprijs van € 26.000,- exclusief btw. De huurder heeft bij aanvang van de huur een waarborgsom voldaan van € 15.900,- als zekerheid voor de nakoming van zijn huurdersverplichtingen. De huurovereenkomst had een looptijd tot 15 september 2014, met de mogelijkheid van verlenging.

ii) Op grond van de huurovereenkomst (art. 1.2) diende de huurder het gehuurde uitsluitend te gebruiken ten behoeve van een groothandel in horecabehoeften en dranken.

iii) In art. 8.2 van de huurovereenkomst is het volgende bepaald:

“Het is huurder niet toegestaan om het gehuurde anders te gebruiken dan aangegeven bij artikel 1.2. Het is huurder verboden in het gehuurde verdovende middelen, drugs etc. te verhandelen of te produceren, dan wel gelegenheid te geven tot handel / productie in deze middelen, dan wel het gebruik op enigerlei wijze toe te staan. (...) Indien in het pand bovenstaande activiteiten plaatsvinden of illegale stoffen, waaronder drugs (...) worden aangetroffen, zal deze overeenkomst van rechtswege zijn ontbonden. Huurder zal het pand dan met onmiddellijke ingang ontruimen en opleveren. De bankgarantie/waarborgsom zal dan toekomen aan de verhuurder. Huurder is aansprakelijk voor alle schaden die verhuurder zou kunnen lijden door het illegale gebruik.”

iv) In opdracht van de officier van justitie is de politie op 11 juni 2012, wegens verdenking van aanwezigheid van harddrugs, het gehuurde binnengetrokken ter doorzoeking en inbeslagneming. In het gehuurde is een partij van 325 kilogram heroïne aangetroffen. De huurder is in verband hiermee

strafrechtelijk veroordeeld. Door het binnentreden is schade veroorzaakt aan de pui van het gehuurde. v) Op 28 juni 2012 heeft (de beheerder namens) [verweerder] de huur opgezegd per 31 december 2012 en is aan de huurder te kennen gegeven dat hij het gehuurde niet meer mag gebruiken. De huurpenningen over de periode juli tot en met december 2012 zijn verrekend met de waarborgsom.

3.2.1 In dit geding vordert [verweerder] dat voor recht wordt verklaard dat de Staat jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld, alsmede dat de Staat wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hem geleden schade van € 6.537,60, met rente en kosten. [verweerder] heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd, kort gezegd, dat de wijze van binnentreden disproportionele schade aan het gehuurde heeft toegebracht, welke schade bovendien buiten zijn normale maatschappelijke risico en zijn normale bedrijfsrisico valt. Op grond van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten ('égalité devant les charges publiques') acht [verweerder] de Staat voor deze schade aansprakelijk.

3.2.2 De kantonrechter heeft de vordering van [verweerder] toegewezen.

Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd en heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

Tussen partijen is niet in geschil dat de door [verweerder] geleden schade buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico van [verweerder] valt, zoals bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615 (Staat/Lavrijsen). Daarmee is gegeven dat de Staat in beginsel aansprakelijk is voor de door [verweerder] geleden schade. Vervolgens moet op de voet van art. 6:101 BW worden beoordeeld of de vergoedingsplicht van de Staat moet worden verminderd. (rov. 6)

Het primaire standpunt van de Staat dat de ratio van art. 6:101 lid 2 BW in een geval als het onderhavige in de weg staat aan de toepassing van de billijkheidscorrectie op de voet van art. 6:101 lid 1 BW, dient te worden verworpen. Dit standpunt van de Staat is niet verenigbaar met het uitgangspunt dat de schade van [verweerder] buiten diens normale maatschappelijke risico of normale bedrijfsrisico valt en dus in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt. Wanneer het standpunt van de Staat zou worden gevolgd, betekent dit een zodanige uitholling van het égalité-leerstuk dat het in veruit de meeste gevallen feitelijk illusoir wordt voor een verhuurder die zich buiten zijn schuld geconfronteerd ziet met een huurder die strafbare handelingen verricht en aldus schadetoebrengend handelen van de overheid uitlokt. Uit de ratio van art. 6:101 lid 2 BW kan niet worden afgeleid dat in een geval als het onderhavige de derde en de benadeelde ook voor de toepassing van de billijkheidscorrectie met elkaar moeten worden vereenzelvigd. Art. 6:101 lid 1 BW laat immers toe "andere omstandigheden van het geval" in aanmerking te nemen.

Niet valt in te zien waarom de omstandigheid dat de verhuurder geen verwijt kan worden gemaakt van het gedrag van zijn huurder of van de keuze voor

een bepaalde huurder, niet een dergelijke omstandigheid is. (rov. 8)

Ook het subsidiaire en meer subsidiaire standpunt van de Staat met betrekking tot de verdeling op grond van de billijkheid dient te worden verworpen op de door de kantonrechter gebezigde gronden. Voorts geldt dat de vraag of in een bepaald geval de gevolgen van een overheidshandeling buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Van belang kan hierbij zijn – enerzijds – de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende belang, alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die schade lijdt, en – anderzijds – de aard en de omvang van de toegebrachte schade. Bij beoordeling van de vraag of de verplichting tot schadevergoeding moet worden verminderd of geheel kan vervallen, is naast de toepassing van art. 6:101 BW noch plaats voor, noch behoefte aan een afzonderlijke toetsing aan de hand van de vraag of bepaalde omstandigheden al dan niet tot het maatschappelijk risico van de benadeelde behoren. Anders dan de Staat stelt, is het feit dat aan [verweerder] als verhuurder geen verwijt kan worden gemaakt van de keuze van zijn huurder, echter geen gegeven dat uitsluitend meespeelt bij beantwoording van de vraag of sprake is van een schade die niet behoort tot zijn normale maatschappelijke risico of normale bedrijfsrisico; deze factor speelt ook een rol bij de toepassing van de billijkheidscorrectie. Voorts verdient opmerking dat het hier gaat om schade die door de Staat bij de behartiging van het algemeen belang is toegebracht aan een derde. Daarbij past dat de Staat in de verhouding tot de verhuurder de schade draagt die het gevolg is van zijn optreden, behoudens in die gevallen waarin de verhuurder enig verwijt valt te maken ten aanzien van de keuze van zijn huurder of ten aanzien van het handelen van zijn huurder. (rov. 9)

Bij de beoordeling van het betoog van de Staat dat [verweerder] zijn schade had kunnen verhalen op de waarborgsom die de huurder had gestort, dient tot uitgangspunt dat [verweerder] in zijn contractuele relatie tot de huurder de vrijheid had die waarborgsom te benutten voor de nog te vervallen huurtermijnen na de opzegging van de huur, zodat de door de Staat veroorzaakte schade nog niet is vergoed. Verder heeft te gelden dat het feit dat [verweerder] zijn schade op de huurder kan verhalen, niet in de weg staat aan de aansprakelijkheid van de Staat, tenzij [verweerder] deze door de Staat veroorzaakte schade daadwerkelijk heeft verhaald op de waarborgsom. Hierbij komt dat de huurovereenkomst een looptijd had tot 15 september 2014 en dat [verweerder] onweersproken heeft gesteld dat hij na de politie-inval te kampen heeft gehad met leegstand gedurende ruim een jaar. Ondanks de verrekening van de waarborgsom met de huurtermijnen, is [verweerder] geconfronteerd met een forse schade door de beëindiging van de huurovereenkomst. (rov. 10)

3.3 Onderdeel 1.1 klaagt onder meer dat het hof (in rov. 8) heeft miskend dat in een geval als het onderhavige, waarin de huurder van de beschadigde zaak op grond van (de causaliteitsafweging en de billijkheidscorrectie als bedoeld in) art. 6:101 lid 1 BW 100% 'eigen schuld' zou kunnen worden tegengeworpen, geen ruimte meer bestaat voor een billijkheidscorrectie die ertoe leidt dat de Staat toch enige schade aan de verhuurder moet vergoeden. In ieder geval bestaat geen ruimte voor een billijkheidscorrectie waarbij omstandigheden aan de zijde van de benadeelde verhuurder worden betrokken. De toerekeningsregel van art. 6:101 lid 2 BW noopt als het ware tot vereenzelviging van de derde (huurder) en de benadeelde (verhuurder).

Onderdeel 1.2 voert aan dat – als in een geval als het onderhavige al ruimte zou bestaan voor toepassing van de billijkheidscorrectie – daarbij niet de omstandigheid in aanmerking kan worden genomen dat de verhuurder geen verwijt kan worden gemaakt ter zake van het ontstaan van de schade. Aan de regel van art. 6:101 lid 2 BW is immers inherent dat de benadeelde omstandigheden die aan de derde kunnen worden toegerekend, tegengeworpen krijgt, hoewel hem ter zake van die omstandigheden geen verwijt kan worden gemaakt.

3.4.1 Art. 6:101 lid 1 BW ziet op het geval dat de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. In zodanig geval wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen (de zogenoemde 'causaliteitsafweging'), met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist (de zogenoemde 'billijkheidscorrectie').

Art. 6:101 lid 2 BW ziet op het geval dat de vergoedingsplicht schade betreft die is toegebracht aan een zaak die een derde voor de benadeelde in zijn macht had. In zodanig geval worden bij toepassing van art. 6:101 lid 1 BW omstandigheden die aan de derde toegerekend kunnen worden, toegerekend aan de benadeelde (de zogenoemde 'toerekeningsregel').

3.4.2 Blijkens de wetsgeschiedenis van art. 6:101 lid 2 BW (MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 353) berust deze regel op de volgende argumenten (vgl. HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708, NJ 2010/95 (Wherestad), rov. 3.5). Enerzijds is er geen reden waarom het voor de aansprakelijke verschil zou moeten maken of de zaak die hij beschadigde, toebehoorde aan de medeschuldige die haar in zijn macht had of dat deze haar voor een ander onder zich had. Anderzijds strekt de bepaling ertoe te voorkomen dat een onwenselijke opeenvolging van verhaalsacties ('circuit d'actions') ontstaat.

3.4.3 Het hof heeft – in cassatie onbestreden – tot uitgangspunt genomen dat de door [verweerder] geleden zaakschade buiten het normale maat-

schappelijke risico of het normale bedrijfsrisico van [verweerder] valt, zoals bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003, 615 (Staat/Lavrijsen), en op grond daarvan geoordeeld dat de Staat in beginsel aansprakelijk is voor de door [verweerder] geleden zaakschade.

In cassatie is slechts aan de orde of de vergoedingsplicht van de Staat moet worden verminderd op de voet van het bepaalde in art. 6:101 BW, en in het bijzonder of art. 6:101 lid 2 BW in het onderhavige geval dan meebrengt dat omstandigheden die kunnen worden toegerekend aan de derde (de huurder), worden toegerekend aan de benadeelde (verhuurder [verweerder]).

3.4.4 Aangenomen moet worden dat de wetgever bij de invoering van het tweede lid van art. 6:101 BW niet (mede) het oog heeft gehad op gevallen waarin de Staat voor schade als gevolg van rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is. Uitgangspunt is dat schade die bij rechtmatig strafvorderlijk optreden is veroorzaakt aan zaken van een ander dan de verdachte, niet tot het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico van die ander hoort, zodat de overheid in beginsel gehouden is die schade te vergoeden (vgl. HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392, rov. 3.3). Daarmee verdraagt zich niet de toerekeningsregel van art. 6:101 lid 2 BW, die immers in een geval als het onderhavige juist zou meebrengen dat omstandigheden die toerekenbaar zijn aan de verdachte die de beschadigde zaak in zijn macht heeft, (toch) voor rekening van die ander als benadeelde komen. Het hiervoor in 3.4.2 genoemde argument dat het voor de aansprakelijke geen verschil mag maken of de beschadigde zaak toebehoort aan degene die haar in zijn macht had of aan een ander, gaat in een dergelijk geval dan ook niet op. Ook het hiervoor in 3.4.2 genoemde argument van voorkoming van een 'circuit d'actions' legt in zodanig geval onvoldoende gewicht in de schaal.

Het voorgaande brengt daarom mee dat – anders dan nog tot uitgangspunt is genomen in HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ708, NJ 2010/95 (Wherestad) – in gevallen waarin de Staat wegens rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is voor schade aan zaken van een ander dan de verdachte, bij beoordeling van de vraag of de vergoedingsplicht van de Staat op de voet van art. 6:101 lid 1 BW moet worden verminderd of zelfs geheel vervalt (op grond van de causaliteitsafweging dan wel de billijkheidscorrectie), het tweede lid van die bepaling buiten toepassing moet blijven.

3.5 De klachten van de onderdelen 1.1 en 1.2 stuiten op het vorenstaande af.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.7 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, be-

hoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, (...).

Dit arrest is gewezen door de vice-president C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron en M.J. Kroeze, (...).

Commentaar

1. Dit arrest past in een reeks beslissingen over schade geleden door anderen dan de verdachte(n), als gevolg van strafvorderlijk optreden van de Staat (OM en politie). Misschien vormt het wel het sluitstuk van deze reeks, althans: als het gaat om schade toegebracht aan verhuurders in verband met strafvorderlijk optreden tegen hun huurder(s) en tegen “de zijnen”.

De reeks begint met beslissingen over de vraag – het ligt voor de hand – of de Staat “überhaupt” wel aansprakelijk gesteld kan worden voor het legitieme strafvorderlijke optreden van zijn organen. Dat optreden is immers, zou je (kunnen) denken, niet “onrechtmatig”: het gaat om rechtmatige uitoefening van overheidsmacht bij de behartiging van een alleszins wezenlijke overheidstaak. Dan spreekt het toch niet vanzelf dat het teweeg brengen van schade bij deze handelwijze (mits de Staat “legitiem” handelt, een bijstelling die ik niet telkens zal herhalen), onrechtmatig zou zijn. Maar al geruime tijd staat vast dat dit inderdaad zo is, zie bijvoorbeeld HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 m.nt. M. Scheltema, rov. 3.8. Als de Staat bij de overigens rechtmatige uitoefening van zijn strafvorderlijke taken schade bewerkstelligt die ten opzichte van de getroffen derde (dus niet: de verdachte) onevenredig nadeel oplevert, is dat jegens die getroffene onrechtmatig. En onevenredig is dergelijke schade als die valt buiten het kader van het “normale” maatschappelijke- of bedrijfsrisico.¹

De regel die we in het arrest van 30 maart 2001 lezen kwam overigens niet uit de lucht vallen: die greep terug op eerdere rechtspraak van de Hoge Raad en van de ABRvS, zie zowel de conclusie voor het arrest als de noot van Scheltema.

2. So far, so good.² Maar het blijkt nogal eens mogelijk te zijn dat de aangesproken Staat een beroep

doet op het leerstuk van de “eigen schuld” aan de kant van de benadeelde, oftewel op de regel die in art. 6:101 BW staat. De schade is dan – volgens de Staat – mede, of zelfs in overwegende mate, te wijten aan oorzaken die moeten worden toegerekend aan de benadeelde zelf. En in dat geval moet de schade tussen de verschillende veroorzakende partijen worden verdeeld naar de mate waarin de aan die partijen toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen (de zogenaamde “causaliteitsafweging”). Maar de uitkomst van die afweging kan weer worden gecorrigeerd aan de hand van een nadere weging van billijkheidsargumenten. Dat alles staat (al) in art. 6:101 lid 1 BW. Men denkt allicht dat dat een lastig reeksje afwegingen is; en dat is ook zo, zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II, 2017, nrs. 107-124.

En dan wordt het nog iets lastiger door de regel van art. 6:101 lid 2 BW: als de schade intreedt aan een zaak die een derde voor de benadeelde in zijn macht heeft, mogen de omstandigheden die aan die derde toerekenbaar zijn (en die de schade mede hebben veroorzaakt), ook aan de benadeelde worden toegerekend.

3. Na het arrest uit 2001 heeft de Staat meer dan eens geprobeerd om met een beroep op de uitzonderingsregels die art. 6:101 BW mede inhoudt, te ontkomen aan de aansprakelijkheid die bij – onder meer – dat arrest werd aangenomen. Het gaat dan onder andere om HR 17 september 2004, NJ 2005, 392, m.nt. J.B.M. Vranken: *zaaksbeschadiging* als gevolg van strafvorderlijk optreden valt niet (zonder meer, zegt de Hoge Raad voorzichtig) onder het normale maatschappelijke- of bedrijfsrisico, anders dan sommige minder ingrijpende schadesoorten zoals (enige) hinder; dus voor schade in de vorm van zaaksbeschadiging draait de Staat in beginsel op. Het ging overigens (ook) in deze zaak niet om schade van een verhuurder als gevolg van het politieoptreden tegen de huurder, maar om schade van een medebewoonster van de verdachte. In die zaak had het hof wel aan de benadeelde als “eigen schuld” toegerekend dat de verdachte bij haar inwoonde (en dat werd in cassatie niet bestreden).

4. Een volgende zaak waarnaar ook in het hier besproken arrest (het arrest van 27 oktober 2017) wordt verwezen, is HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708, NJ 2010, 95, m.nt. C. E. Du Perron. Hier was de benadeelde wél een verhuurder, en wel: een grote corporatie, Wherestad. De Staat verdedigde (dus) dat bij een dergelijke partij zaaksbeschadiging als gevolg van strafvorderlijk optreden tegen de huurder(s) wél tot het normale bedrijfsrisico is te rekenen; maar dat aanvaardde de Hoge Raad niet. Maar de Hoge Raad casseerde de

1. In laatstgenoemd arrest verschilde de casus overigens op enigszins verrassende wijze van het “normaaltje” van wat we aan schade in de verhouding huurder/verhuurder gewend zijn: de benadeelde was een huurder, die schade leed als gevolg van een politie-inval die gericht was op criminele activiteiten van de verhuurder. De praktijk blijkt toch telkens weer gekker dan de theoretici (kunnen) bedenken.
2. Nu ja. Op de hier neergeschreven constructie dat de handelwijze van de Staat daadwerkelijk als “onrechtmatig” moet worden aangemerkt (en niet, bijvoorbeeld, als een vorm van rechtmatig optreden waar-

voor desondanks met het oog op de “égalité devant les charges publiques” aansprakelijkheid moet worden aangenomen) bestaat veel kritiek, zie bijv. alinea 15 van de noot van Vranken onder HR 17 september 2004, NJ 2005, 392. Die kritiek geldt dan echter veelal niet de uitkomst – namelijk dat de Staat aansprakelijk is –, maar de weg die de Hoge Raad daarvoor aanwijst.

voor de verhuurder positieve beslissing van het hof toch, omdat het hof ervan was uitgegaan dat een beroep op art. 6:101 lid 2 BW (Weet U het nog? Toerekening van omstandigheden aan de kant van een derde die de zaak voor de benadeelde in zijn macht heeft, aan die benadeelde) hier niet op ging, omdat er geen sprake van was dat in de verhouding tussen de derde en de benadeelde vrijwaring was overeengekomen (of overigens gold). Dat beoordeelde de HR als een te beperkte uitleg van het desbetreffende artikel.

U vraagt zich misschien af wat het hof tot deze bijzondere uitleg had gebracht, maar dat valt wel te begrijpen: de parlementaire geschiedenis bij art. 6:101 lid 2 BW noemt met name het geval dat er wél aansprakelijkheids-uitsluiting (“vrijwaring”) tussen de derde en de benadeelde geldt, als een geval waarin de hier gegeven regel beoogt te voorzien. Vergezocht, inderdaad, maar zo luidde de toelichtende tekst toch echt. Vandaar.

5. Met deze beslissing in de hand, kon de Staat er allicht op hopen dat het criminele gedrag van huurders dat tot politioptreden (met zaaksbeschadiging als gevolg) leidde, wél aan de verhuurder, of in elk geval aan de professionele verhuurder, mocht worden toegerekend. Ga maar na: de verhuurder heeft het huurobject in de macht van de huurder gebracht, en dat die huurder de verdenking van criminele activiteit op zich laadt, is toch echt een aan deze toe te rekenen omstandigheid (nu ja: een vindingrijke jurist kan misschien een uitzonderingsgeval bedenken, maar het uitgangspunt is toch heel verdedigbaar).

Intussen putte de Staat ook moed uit de zaak van HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, en verdedigde op de voet daarvan dat aan de levenspartner en het (piepjonge) kind van een verdachte mocht worden toegerekend dat deze verdachte, tevens huisgenoot van de levenspartner en het kind, strafvorderlijk optreden over zich had afgeroepen; maar die vlieger ging niet op, HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7396, NJ 2014, 467, m.nt. J.B.M. Vranken.

6. Als U vindt dat de hier in grote trekken geschetste ontwikkeling geen erg duidelijk beeld oplevert, is dat U niet kwalijk te nemen. Wel duidelijk is de (vuist)regel dat zaaksbeschadiging géén normaal maatschappelijk- of bedrijfsrisico oplevert, ook niet bij grote verhuurders die dat risico allicht van tijd tot tijd zich zien verwezenlijken (en, zo verdedigde de Staat: die zich daartegen kunnen “indekken”, bijvoorbeeld door een reserve voor dit soort schade te vormen). Maar hoe het nu zit met de regeling van de “eigen schuld”, was na de besproken reeks beslissingen verre van duidelijk. Ook grote professionele verhuurders behoeften dus zaaksbeschadiging niet als “normaal” risico voor hun rekening te nemen – maar hoe zat het nu met de toerekening van het risico dat de huurder wel eens een crimineel zou kunnen blijken te zijn (of van criminaliteit verdacht kan worden)?

Na het arrest van 27 oktober 2017 weten we dat dus. De regel van art. 6:101 lid 2 BW, toerekening van de omstandigheden bij de derde-houder aan de bena-

deelde eigenaar, is niet bedoeld voor het geval van veroorzaking van beschadiging van zaken door strafvorderlijk optreden – aan dat geval heeft de wetgever hierbij niet gedacht, oordeelt de Hoge Raad in rov. 3.4.4. En anders dan het arrest van 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708 zou kunnen doen denken, mag in dit kader een huurder niet worden aangemerkt als iemand wiens handelen (of wiens “omstandigheden” overigens) aan de benadeelde verhuurder mag/mogen worden toegerekend.

Een onduidelijkheid die Du Perron in zijn noot onder het arrest van 2009 bespreekt, wordt daarmee opgehelderd. Du Perron las in dit arrest – ik denk: met recht – dat de Staat zich in beginsel als het om strafvorderlijk optreden tegen een huurder gaat, wél op art. 6:101 lid 2 BW mag beroepen; wat zou betekenen dat het vervolgens van de toepassing van de “billijkheidscorrectie” van art. 6:101 lid 1 BW zou afhangen, wie uiteindelijk voor (welk deel van) de schade zou opdraaien – en dit zonder dat er noemenswaardige aanwijzingen bestaan over hoe de billijkheidscorrectie in gevallen als deze zou moeten worden toegepast, zodat de uitkomst in elk concreet geval meer weg zou hebben van een loterij, dan met een behoorlijke rechtstoepassing te verenigen is. De plv. PG oordeelde overigens in zijn conclusie voor het arrest van 27 oktober in nrs. 2.17 en 2.18 – als ik het goed lees: met tegenzin – voor de weg die ook in de noot van Du Perron wordt beschreven –, maar de Hoge Raad heeft dus anders beslist; en in rov. 3.4.4 neemt de Hoge Raad ook expliciet afstand van het uitgangspunt dat men in het arrest van 2009 zou kunnen lezen.

7. Meer duidelijkheid dus. Bij zaaksbeschadiging als gevolg van strafvorderlijk optreden is de kans dat de Staat zich er op kan beroepen dat dit tot het normale risico van de benadeelde (die niet de verdachte is) behoort, inmiddels als verwaarloosbaar klein aan te merken. Dat geldt ook als de benadeelde een verhuurder is, of die nu groot is of klein, en commercieel of “sociaal”. In het cassatiemiddel dat in het arrest van 27 oktober 2017 werd beoordeeld, had de Staat (ook) verdedigd dat het feit dat het in die zaak niet om een “sociale” verhuurder ging, in aanmerking had moeten worden genomen om tot een andere beoordeling te komen, maar die klacht is door de Hoge Raad met toepassing van art. 81 RO – dus: ongemotiveerd – verworpen.

En vervolgens: art. 6:101 lid 2 BW is dus niet van toepassing op de verhouding verhuurder/huurder.

Dan lijkt de conclusie gerechtvaardigd die Du Perron in de noot bij HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708 heeft aanbevolen: pas als de verhuurder zelf, dan wel personen wier bemoeienissen aan de verhuurder toerekenbaar zijn, enige betrokkenheid had(den) bij de gebeurtenissen die tot strafvorderlijk optreden aanleiding vormden, is er plaats voor het afdingen op de aansprakelijkheid van de Staat voor bij dat optreden teweeg gebrachte beschadiging. Maar ik denk wel dat “betrokkenheid” in dit verband ook het geval insluit, dat aan de verhuurder (of “de zijnen”) wezenlijk tekortschieten bij het kiezen van personen aan wie verhuurd wordt, is toe te rekenen – al is de mate van zorgvul-

digheid die hier verlangd mag worden ongetwijfeld niet heel ruim. Er moet, zal ik maar zeggen, van een “koe van een fout” sprake zijn.

8. De casuïstiek laat zien dat zaaksbeschadiging met enige regelmaat voorkomt als het om strafvorderlijk optreden gaat. De aansprakelijkheid van de Staat daarvoor is dus inmiddels wel verduidelijkt. Maar de oplettende lezer vraagt zich allicht af hoe het dan zit met andere denkbare gevallen waarin de overheid zich in de uitoefening van haar taken en bevoegdheden genoodzaakt ziet om andermans spullen te beschadigen. Ik noem maar een voorbeeld: de brandweer veroorzaakt (zaaks-)schade bij de bestrijding van brand of bij het redden van hulpbehoevenden. Hulpdiensten rukken uit naar het verkeerde adres, en forceren daar de deur (ik was toevallig bij dit geval betrokken, het kan echt). Ligen de verhoudingen daar anders? In de besproken reeks arresten is overwogen dat de beoordeling van wanneer risico's aan de benadeelden moeten worden toegerekend en wanneer die als “risico van ons allen” voor rekening van de Staat moeten komen, aan de hand van een weging van alle omstandigheden moet plaatsvinden, waaronder bijvoorbeeld: het gewicht van de belangen die met het optreden van de Staat gemoeid zijn. Het is dus op zichzelf denkbaar dat deze afweging in andere gevallen dan die van strafvorderlijk optreden, anders uitvalt. Maar ik ben bereid het gokje te wagen dat zo'n geval zich tot in de verre toekomst niet gaat aandienen. Het risico van zaaksbeschadiging moet in de hier veronderstelde gevallen dus waarschijnlijk net zo worden beoordeeld als in het geval van strafvorderlijk optreden. En de regel van art. 6:101 lid 2 BW? In het arrest van 27 oktober 2017 neemt de Hoge Raad in aanmerking dat de wetgever bij het aanvaarden van die regel niet aan strafvorderlijk optreden heeft gedacht. Wéér een gokje: ik denk dat die wetgever ook niet heeft gedacht aan de gevallen die wij hier onder ogen zien. Dus ook wat dat betreft verwacht ik niet dat er al gauw een uitzonderingsgeval zal worden gesignaleerd.

J.L.R.A. Huydecoper³

TvHB 2018/6

Hof 's-Hertogenbosch
2 januari 2018

ECLI:NL:GHSHE:2018:41

Samenvatting

Opzegging, niet tijdig, 230a-ruimte, redelijkheid & billijkheid

Het gaat in dit arrest om de niet-tijdige opzegging van een huurovereenkomst door een huurder van

3. Toon Huydecoper is tot 1 januari 2013 Advocaat-Generaal geweest bij de Hoge Raad.

230a-ruimte. De verhuurder stelt dat de huurder de huurovereenkomst te laat heeft opgezegd, zodat deze conform de huurovereenkomst met een jaar is verlengd. De verhuurder vordert veroordeling van de huurder tot betaling van een bedrag aan huur over de periode van de voortzetting van de huurovereenkomst. In eerste aanleg heeft de kantonrechter geoordeeld dat niet was komen vast te staan dat de huurovereenkomst tijdig was opgezegd. Daarbij deed zich volgens de kantonrechter niet de situatie voor dat een beroep op de iets te late ontvangst van de opzeggingsbrief naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Anders dan de kantonrechter, acht het hof een verkorting van de opzegtermijn van zes maanden met twee tot tien dagen een zo minimale overschrijding, dat het belang van de verhuurder bij het hebben van voldoende tijd om een nieuwe huurder te vinden niet of slechts in beperkte mate is geschaad.

Gerechtshof

[de vennootschap],
gevestigd te Duitsland,
appellante in het principaal appel,
geïntimeerde in het incidenteel appel,
advocaat: mr. D.M. Lamers te Eindhoven,
tegen
1. geïntimeerde,
wonende te België,
geïntimeerde in het principaal appel,
appellant in het incidenteel appel,
verder te noemen geïntimeerde sub 1,
advocaat: mr. F.M.A. Rooijackers te Eindhoven,
2. geïntimeerde,
wonende te [woonplaats],
geïntimeerde in het principaal appel,
verder te noemen geïntimeerde sub 2,
in het hoger beroep niet verschenen.
(...)

De beoordeling

In het principaal appel en in het incidenteel appel

- 4.1 Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.
- [appellante] heeft een onderneming gedreven die busstoelen leverde aan [onderneming] te [plaats] (verder: [onderneming]). In verband hiermee huurde [appellante], na een eerdere huurovereenkomst tussen partijen, van [geïntimeerden] met ingang van 1 januari 2013 bedrijfsruimte en kantoorruimte aan de [adres] te [plaats].
 - Deze huurovereenkomst is aangegaan voor de duur van een jaar, met verlenging met telkens een jaar behoudens opzegging - bij deurwaardersexploot of per aangetekend schrijven - tegen het einde van een huurperiode met inachtneming van een termijn van ten minste 6 maanden. De huurprijs bedroeg € 9.075,- per kwartaal.
 - [appellante] heeft de huurovereenkomst bij ongedateerde brief opgezegd ‘zum nächst möglichen Zeitpunkt’. Deze brief is door [geïntimeerden] ontvangen, volgens [appellante] op 28 juni 2013, volgens [geïntimeerden] eerst (kort) na 1 juli 2013.

d. Bij brief van 15 mei 2013 heeft [onderneming] haar overeenkomst met [appellante] inzake de levering van stoelen tegen 5 augustus 2013 opgezegd.

e. [appellante] heeft de verschuldigde huur betaald tot en met december 2013.

4.2 Bij dagvaarding van 30 december 2013 heeft [geïntimeerden] de onderhavige procedure tegen [appellante] aanhangig gemaakt. In deze procedure stelt [geïntimeerden] dat [appellante] de huurovereenkomst niet vóór 1 juli 2013 rechtsgeldig heeft opgezegd, zodat deze per 1 januari 2014 met een jaar is verlengd en eerst op 31 december 2014 eindigt. [appellante] is daarom ook over 2014 huur verschuldigd, wat neerkomt op een bedrag van € 36.300,- inclusief btw. Op grond daarvan vordert [geïntimeerden] bij dagvaarding in eerste aanleg, samengevat, een verklaring voor recht dat de huurovereenkomst na 31 december 2013 voor een periode van ten minste 12 maanden wordt voortgezet, veroordeling van [appellante] tot betaling van € 36.300,- inclusief btw aan huur over die periode, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente en een bedrag van € 2.522,94 aan buitengerechtelijke incassokosten. Bij akte van 16 juni 2014 heeft [geïntimeerden] zijn vordering vermeerderd met een bedrag van € 3.569,- aan schadevergoeding wegens beschadiging van het gehuurde.

4.3 De kantonrechter heeft een comparitie van partijen bepaald, die op 16 juni 2014 heeft plaatsgevonden. Bij tussenvonnis van 17 juli 2014 heeft de kantonrechter geoordeeld dat de vordering tot schadevergoeding wegens beschadiging van het gehuurde niet toewijsbaar is; deze vordering is in hoger beroep niet meer aan de orde. Verder heeft de kantonrechter geoordeeld dat het aan [appellante] is om te bewijzen dat de heer [toenmalig directeur van appellante] de opzeggingsbrief op 28 juni 2013 aan (een van de medewerkers van) [geïntimeerden] heeft afgegeven. Met de heer [toenmalig directeur van appellante] is bedoeld de toenmalig directeur [toenmalig directeur van appellante]. Nadat over en weer getuigen waren gehoord, heeft de kantonrechter bij eindvonnis van 10 maart 2016 geoordeeld dat [appellante] het bewijs niet heeft geleverd zodat niet is komen vast te staan dat [appellante] de huurovereenkomst tijdig heeft opgezegd. De kantonrechter heeft vervolgens geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat [geïntimeerde sub 1] al voor de uiterste datum waartegen opgezegd kon worden wist dat de huurovereenkomst niet zou worden voortgezet, zodat zich niet de situatie voordoet dat een beroep op de iets te late ontvangst van de opzeggingsbrief naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De inmiddels vervallen huurtermijnen over 2014 heeft de kantonrechter daarom toegewezen, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf de vervaldata ervan. De buitengerechtelijke incassokosten zijn afgewezen. Een vordering van [geïntimeerden] toegevoegd bij conclusie/akte van 14 januari 2016, inzake een verklaring voor recht dat [appellante] misbruik van procesrecht heeft gemaakt en tot veroordeling van [appellante] tot betaling van € 14.003,43 aan scha-

devergoeding voor daadwerkelijk gemaakte advocaatkosten, is afgewezen.

4.4 In het principaal appel komt [appellante] op tegen de gedeeltelijke toewijzing van de vorderingen van [geïntimeerden] (verklaring voor recht, de huurtermijnen over 2014 met rente en proceskosten). Het incidenteel appel van [geïntimeerde sub 1] betreft de afwijzing van de bij akte van 14 januari 2016 toegevoegde vordering tot afgifte van een verklaring voor recht en veroordeling van [appellante] tot betaling van schadevergoeding (op grond van misbruik van procesrecht). Voor het overige zijn de vorderingen van [geïntimeerden] in dit hoger beroep niet meer aan de orde.

4.5 [geïntimeerde sub 1] woont in België en [appellante] is gevestigd in Duitsland, zodat het geschil internationale aspecten heeft. De kantonrechter is in het tussenvonnis van 17 juni 2014 terecht en onbestreden uitgegaan van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter (r.o. 4.10) en van toepasselijkheid van Nederlands recht (r.o. 4.2).

4.6 Het hof stelt vast dat beide partijen de door de wederpartij voorgebrachte getuigen van meened betichten. [appellante] stelt dit in haar akte van 12 maart 2015, [geïntimeerden] legt dit ten grondslag aan zijn vermeerdering van eis bij conclusie/akte van 14 januari 2016. Het hof stelt dienaangaande voorop dat de vraag of in eerste aanleg bij de getuigenverhoren daadwerkelijk meened is gepleegd door een of meer getuigen in eerste instantie door het Openbaar Ministerie dient te worden beantwoord. Het gaat hierbij immers om een strafbaar feit, waarvoor het strafrecht en niet het civiele recht is aangewezen. Meened zal wettig en overtuigend moeten worden bewezen in een strafrechtelijke procedure, waarna het resultaat daarvan een rol kan spelen in een civiele procedure. Nu een dergelijk resultaat niet voorhanden is, gaat het hof voorbij aan de stellingen van beide partijen daarover. De daarop gebaseerde vordering van [geïntimeerden] is door de kantonrechter terecht afgewezen, zodat het incidenteel appel niet slaagt.

4.7 De bewijsopdracht die bij tussenvonnis van 17 juni 2014 aan [appellante] is verstrekt is niet bestreden, zodat deze het hof tot uitgangspunt strekt. De opzeggingsbrief die in de bewijsopdracht is vermeld, is de brief die hiervoor in 4.1 onder c) is vermeld. Tussen partijen is niet in discussie dat de strekking van deze brief is om de huurovereenkomst tegen 31 december 2013 op te zeggen. Beide partijen hebben zowel in eerste aanleg als in hoger beroep uitvoerig betoogd dat en waarom volgens hen de verklaringen van de getuigen die door de wederpartij zijn voorgebracht inconsistent en onaanneemelijk, zo niet ronduit gelogen, zijn. In de kern komt dit debat erop neer dat door de getuigen van de kant van [appellante] uitdrukkelijk is verklaard dat de heer [toenmalig directeur van appellante] de brief op vrijdag 28 juni 2013 rond 16.00 uur aan een medewerkster van [geïntimeerde sub 1] heeft afgegeven, terwijl de door de getuigen van de kant van [geïntimeerden] even uitdrukkelijk is verklaard dat dit niet het geval is geweest. Het hof deelt het oordeel van de kantonrechter dat er geen

aanleiding is om de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van de ene getuige hoger aan te slaan dan die van een andere getuige, zodat het bewijsrisico dat met de bewijslast gepaard gaat meebrengt dat [appellante] niet in het bewijs is geslaagd. Voor aanvullende bewijslevering als door [appellante] voorgesteld ziet het hof geen grond aanwezig aangezien dit aanbod niet rechtsreeks ziet op de feiten die te bewijzen zijn gesteld.

4.8 Het dient er voor gehouden te worden dat de opzeggingsbrief [geïntimeerden] niet vóór 1 juli 2013 heeft bereikt. Over het moment waarop deze brief hem wel heeft bereikt, is [geïntimeerde sub 1] niet duidelijk. Een exacte datum wordt door hem niet genoemd. Getuige [getuige] verklaart dat zij de brief na 1 juli op een dinsdag of een woensdag van de heer [toenmalig directeur van appellante] heeft ontvangen en dat zij die later op de dag aan [geïntimeerde sub 1] heeft gegeven. [geïntimeerde sub 1] heeft als getuige verklaard dat hij de brief in de eerste twee weken van juli van mevrouw [getuige] heeft gekregen. Enig later moment is niet genoemd, zodat uitgaande van deze twee verklaringen aangenomen kan worden dat de opzeggingsbrief minimaal twee en maximaal tien dagen te laat is overhandigd. De omstandigheid dat niet aan de vormvereisten voor de opzeggingsbrief is voldaan, is in dit verband niet beslissend. Deze vereisten hebben de strekking buiten twijfel te stellen dat en wanneer is opgezegd, maar brengen niet mee dat niet op een andere manier rechtsgeldig kan worden opgezegd. Dat is in de huurovereenkomst in ieder geval niet uitgesloten.

4.9 Uit de stellingen van partijen blijkt dat de samenwerkingsovereenkomst tussen [appellante] en [onderneming] bepalend was voor de huurovereenkomst tussen [appellante] en [geïntimeerden] en dat [geïntimeerden] daarvan op de hoogte was. Ook blijkt daaruit dat het verloop van de overeenkomst tussen [onderneming] en [appellante] in het verleden al consequenties had gehad voor de inhoud van de huurovereenkomst met [geïntimeerden]. Onder meer uit de getuigenverklaring van [geïntimeerde sub 1] blijkt dat hij met enige spanning uitzag naar het einde van de termijn waarop [appellante] nog kon opzeggen, te weten 1 juli 2013. Een en ander houdt in dat [geïntimeerden] er kennelijk serieus rekening mee hield dat de huurovereenkomst tegen 31 december 2013 zou kunnen worden opgezegd.

4.10 Dat neemt niet weg dat opzeggingsbrief die de schriftelijke bevestiging van het einde van de huurovereenkomst inhield twee tot tien dagen te laat door [appellante] aan [geïntimeerden] is overhandigd. Het belang van tijdige opzegging is dat de verhuurder bijtijds op zoek kan gaan naar een nieuwe huurder. In dit geval is de termijn van een half jaar die partijen daarvoor hadden afgesproken met twee tot tien dagen verkort. Naar het oordeel van het hof is dit een zo minimale overschrijding dat daarmee het belang van [geïntimeerden] bij het hebben van voldoende tijd om een nieuwe huurder te vinden niet of slechts in zeer beperkte mate is geschaad. Omstandigheden die meebrengen dat in dit geval het niet exact voldoen aan de volledige opzegtermijn van zes maanden moet leiden tot het

voorbijgaan aan de opzegging, zijn naar het oordeel van het hof niet voldoende gesteld of gebleken.

4.11 De consequentie hiervan is dat [geïntimeerden] zich niet op de iets te late ontvangst van de opzeggingsbrief mag beroepen, zodat de grieven van [appellante] in het principaal appel doel treffen en de vorderingen van [geïntimeerden], voor zover door de kantonrechter toegewezen, alsnog moeten worden afgewezen. Door [geïntimeerden] zijn voor het overige geen feiten of omstandigheden aangevoerd die op andere gronden tot toewijzing van zijn vordering zouden kunnen leiden. Voor verdere bewijslevering is bij deze stand van zaken ook geen aanleiding.

4.12 Het eindvonnis van 10 maart 2016 zal worden vernietigd met afwijzing van de vorderingen van [geïntimeerden] en met veroordeling van [geïntimeerden] in de kosten van beide instanties (met uitzondering van het herstelexploit in hoger beroep dat voor rekening van [appellante] blijft).

Belissing

Het hof:

in het principaal appel en in het incidenteel appel bekrachtigt het eindvonnis van 10 maart 2016, voor zover bij dat vonnis de hiervoor in rechtsoverweging 4.4 genoemde vordering van [geïntimeerde sub 1] is afgewezen;

vernietigt het eindvonnis van 10 maart 2016, voor zover bij dat vonnis vorderingen van [geïntimeerden] zijn toegewezen en [appellante] in de proceskosten is veroordeeld, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

wijst de vorderingen van [geïntimeerden] voor zover toegewezen in dat vonnis, af; veroordeelt [geïntimeerden] in de kosten van het geding (...), verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. B.A. Meulenbroek, I.B.N. Keizer en M.G.W.M. Stienissen (...).

Commentaar

Inleiding

Bovenstaand arrest van het Hof 's-Hertogenbosch, biedt een mooi aanknopingspunt om stil te staan bij de rechtspraak met betrekking tot de (te) late opzegging van huurovereenkomsten voor bedrijfsruimten en de eventuele gevolgen hiervan. Concreet gaat het in deze zaak om het volgende. De verhuurder stelt dat de huurder de tussen hen van kracht zijnde huurovereenkomst niet tijdig, met inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn van zes maanden (te weten vóór 1 juli 2013), heeft opgezegd, zodat de huurovereenkomst per 1 januari 2014 met een jaar zou zijn verlengd. De huurder stelt dat wel tijdig is opgezegd. Door de getuigen van de huurder is uitdrukkelijk verklaard dat de brief op vrijdag 28 juni 2013 rond 16:00 uur aan een medewerkster van de verhuurder is afgegeven, terwijl door getuigen van de kant van de verhuurder even uitdrukkelijk is verklaard dat dit niet het geval is geweest. Aangezien er voor het hof geen aanleiding is de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van de ene getuige hoger aan te slaan dan die van de andere

partij, concludeert het hof dat huurder niet in het bewijs is geslaagd. Het hof stelt vast dat (het ervoor moet worden gehouden dat) de opzegingsbrief de verhuurder niet vóór 1 juli 2013 heeft bereikt. Uitgaande van de verklaringen van de getuigen, neemt het hof aan dat de opzegingsbrief minimaal twee en maximaal tien dagen te laat is overhandigd. Het hof acht de omstandigheid dat niet aan de vormvereisten voor de opzegingsbrief (per deurwaarders-exploot of bij aangetekend schrijven) is voldaan niet beslissend. Deze vereisten brengen namelijk niet mee dat er niet op een andere wijze rechtsgeldig kan worden opgezegd, nu deze zijn bedoeld om buiten twijfel te stellen dat en wanneer is opgezegd. In dit geval is het overigens niet gelukt om buiten twijfel te trekken wanneer precies is opgezegd, maar er is wel een tijdspanne vastgesteld waar binnen dat moet zijn gebeurd. Het hof oordeelt dat het belang van tijdige opzegging is dat de verhuurder bijtijds op zoek kan gaan naar een nieuwe huurder. In onderhavig geval is de termijn van een half jaar die partijen daarvoor hadden afgesproken met twee tot tien dagen verkort. Het hof acht dit een zo minimale overschrijding dat daarmee het belang van de verhuurder bij het hebben van voldoende tijd om een nieuwe huurder te vinden niet of slechts in zeer beperkte mate is geschaad. Ook overweegt het hof naar aanleiding van de getuigenverklaring van de verhuurder dat deze er kennelijk ook rekening mee hield dat de huurovereenkomst tegen 31 december 2013 zou worden opgezegd (de verhuurder had verklaard dat hij met enige spanning uitzag naar het einde van de termijn waarop huurder nog kon opzeggen, te weten 1 juli 2013). Kort gezegd, de conclusie van het hof is dat de verhuurder zich niet op de te late ontvangst van de opzegingsbrief kan beroepen.

Terugblik

Alvorens ik inga op de vraag of het arrest een kader kan schetsen voor de praktijk, behandel ik eerst twee andere recente arresten. In het eerste arrest kwam het Hof (wederom) 's-Hertogenbosch tot hetzelfde oordeel als in het onderhavige geval. Hof Amsterdam kwam echter tot het tegenovergestelde oordeel.

Eind 2015 oordeelde Hof 's-Hertogenbosch⁴ dat onder de specifieke omstandigheden van het geval het beroep van de verhuurder op het niet in acht nemen van de opzegtermijn door de huurder en op het daardoor voortduren van de huurovereenkomst, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. In dat geval hadden partijen een huurovereenkomst gesloten met betrekking tot bedrijfsruimte voor de duur van tien jaar, ingaande op 1 juni 2007 en lopende tot en met 31 mei 2017. Partijen waren overeengekomen dat beëindiging van de overeenkomst plaats zou vinden door opzegging tegen het einde van een huurperiode met inachtne-

ming van een termijn van ten minste één jaar, met een eenmalige breakmogelijkheid na vijf jaar (per 1 juni 2012). Indien de huurder gebruik zou maken van deze zogenaamde breakoptie, diende de huurder een afkoopsom te voldoen van € 12.500. Opzegging diende te geschieden bij deurwaarders-exploot of bij aangetekend schrijven. De huurder had geen (tijdig) beroep gedaan op de breakmogelijkheid, zodat de huurovereenkomst ten minste voortduurde tot en met 31 mei 2017. De kantonrechter ging er echter van uit dat de verhuurder ruim voor 1 juni 2011 op de hoogte was van het feit dat de huurder geen onderneming meer exploiteerde in het gehuurde en dat de huurder een vervangende huurder zocht. Het moest de verhuurder dus al voor 1 juni 2011 duidelijk zijn geweest dat de huurder niet voornemens was de huur per 1 juni 2012 nog voort te zetten, aldus de kantonrechter. Bij die stand van zaken was het volgens de kantonrechter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de verhuurder zich erop beriep dat de aangetekende brief van 14 juli 2011, waarin de huurder had medegedeeld gebruik te maken van de mogelijkheid de huur per 1 juni 2012 op te zeggen, na 1 juni 2011 was verzonden en daarom geen werking zou hebben. De huurovereenkomst was dus door opzegging geëindigd per 1 juni 2012, aldus de kantonrechter. Het hof begint met vast te stellen dat bij de opzegging de contractuele regeling niet in acht is genomen. De opzegingsbrief had de verhuurder voor 1 juni 2011 moeten hebben bereikt. De huurder stelde zich – net als bij de kantonrechter – op het standpunt dat het beroep van de verhuurder op de overschrijding van de opzegtermijn in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moest worden geacht. De huurder had daartoe gesteld dat hij in december 2010 al kenbaar had gemaakt de huurovereenkomst in elk geval per 1 juni 2012 te willen beëindigen. De verhuurder had aangegeven dat een eerder einde aanvaardbaar had kunnen zijn als er een geschikte nieuwe huurder zou worden gevonden, aldus huurder. Naar het oordeel van het hof had de huurder zijn stellingen voldoende onderbouwd. Het hof achtte het beroep van de verhuurder op de relatief beperkte overschrijding van de opzegtermijn derhalve naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Het had de verhuurder immers duidelijk moeten zijn dat het niet tijdig verzenden van de opzegingsbrief door de huurder op een kennelijke vergissing of kennelijke onachtzaamheid berustte. De verhuurder had bij deze stand van zaken aan het gedurende zes weken uitblijven van de opzegging geenszins het vertrouwen mogen ontlenen dat de huur niet per 1 juni 2012 zou eindigen. Tot slot stelde de verhuurder dat de redelijkheid en billijkheid in elk geval mee zou moeten brengen dat de huurovereenkomst vanwege de te late opzegging een aantal maanden zou moeten doorlopen na 1 juni 2012, althans dat de huurder vanwege de termijnoverschrijding een vergoeding aan de verhuurder verschuldigd was ter hoogte van de huurpenningen over enkele maanden. Het hof stelt dat het de verhuurder volstrekt

4. Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4336.

duidelijk had moeten zijn dat de huurder de overeenkomst in elk geval per 1 juni 2012 wilde laten eindigen. Daarom is naar het oordeel van het hof geen aanleiding om de huurder gehouden te achten over de periode na 1 juni 2012 nog bepaalde betalingen aan de verhuurder te doen.

In 2014 oordeelde Hof Amsterdam juist in het voordeel van de verhuurder, waarna de Hoge Raad het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO verwierp.⁵ In dat geval stond volgens het hof vast dat de huurder de huurovereenkomst niet tijdig had opgezegd. In verband met het beroep van de huurder op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, heeft het hof onderzocht of het de verhuurder desondanks nog vóór de uiterste opzegdatum (31 maart 2011) ondubbelzinnig duidelijk was dat de huurder de huurovereenkomst na het verstrijken daarvan niet wilde verlengen. Het hof stelde voorop dat bij het honoreren van een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid de nodige terughoudendheid betracht dient te worden. Daarbij dienen als omstandigheden (onder meer) te worden meegevoegd de financiële en maatschappelijke positie van partijen. Aangezien in dit geval beide partijen professionele contractspartijen waren met de nodige financiële armslag, gold voornoemde bij de rechterlijke toetsing in acht te nemen terughoudendheid in versterkte mate. Het hof kwam tot het oordeel dat het de verhuurder niet op of voor de uiterste opzegdatum (van 31 maart 2011) ondubbelzinnig duidelijk was dat de huurder de huurovereenkomst niet wenste voort te zetten. Uit de enkele omstandigheid dat de huurder vanaf 2008 het gehuurde geheel had onderverhuurd, volgde niet noodzakelijkerwijs dat voor de verhuurder daarmee duidelijk had moeten zijn (laat staan: ondubbelzinnig duidelijk was) dat de huurder de huurovereenkomst niet wenste voort te zetten. Partijen hadden in 2008 en 2009 onderhandelingen gevoerd over afkoop van de huurovereenkomst, doch toen eind juli 2009 geen resultaat was bereikt, heeft de huurder vervolgens geen bericht gestuurd aan de verhuurder dat zij de huurovereenkomst met ingang van 31 maart 2012 wilde beëindigen. Tot slot impliceert het feit dat de verhuurder via zijn makelaar aan de onderverhuurder een voorstel heeft gedaan tot het rechtstreeks huren van de ruimte niet dat de verhuurder handelde vanuit de veronderstelling dat de huurder de huurovereenkomst per 31 maart 2012 wilde beëindigen, aldus het hof. In het voorstel van de verhuurder was een uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt van onvoorwaardelijke schriftelijke overeenstemming tussen de verhuurder en de huurder. De Hoge Raad oordeelt dat de in het middel aangevoerde klachten niet tot cassatie konden leiden en verwierp daarom het beroep.

5. HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:755 en Hof Amsterdam 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3544.

Aanknopingspunten

In zijn motivering in het onderhavige arrest, is het hof redelijk kort door de bocht en daarmee is de rechtszekerheid niet gediend. Het hof concludeert, kort gezegd, dat het beroep van de verhuurder op het ontbreken van een tijdige opzegging, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁶ Het lijkt alsof het hof met deze uitspraak geen vastomlijnd kader heeft willen scheppen. Het oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk, echter valt uit de korte motivering geen duidelijke rechtsregel te destilleren. Dit heeft tot gevolg dat huurders en verhuurders in de praktijk in het duister tasten. Voor partijen is het lastig om te beoordelen welke termijnoverschrijding wel of niet geoorloofd is. De wet bevat geen bepalingen waarin met zoveel woorden is geregeld hoe een dergelijke kwestie dient te worden beoordeeld. Het antwoord op de vraag of een beroep van de verhuurder op het ontbreken van een tijdige opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dient daarom te worden gezocht in de rechtspraak en is uiteraard aan casuïstiek onderhevig. Het woord 'onaanvaardbaar' impliceert dat de rechter terughoudendheid moet betrachten bij het terzijde leggen van een contractueel beding; in dit geval de overeengekomen opzegtermijn.⁷ De rechter dient een afweging te maken tussen enerzijds de mate waarin de verhuurder in zijn belangen wordt geschaad doordat hij de opzegging te laat heeft ontvangen en anderzijds de mate waarin de huurder in zijn belangen wordt geschaad indien de huurovereenkomst wordt verlengd. Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan alleen slagen indien tussen beide belangen een te grote onevenredigheid bestaat. Uit de rechtspraak volgt dat de omstandigheden van het geval van belang zijn. Allereerst valt op dat de wetenschap van de verhuurder omtrent het voornemen van de huurder om de huurovereenkomst al dan niet voort te zetten, belangrijk is bij de beoordeling. Indien het voor de verhuurder ondubbelzinnig duidelijk was dat de huurder de huurovereenkomst niet wenste voort te zetten, is de rechter geneigd te oordelen dat het beroep van de verhuurder op de termijnoverschrijding onaanvaardbaar is.⁸ Het be-

6. Art. 6:248 lid 2 BW luidt: "Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn."

7. PHR 27 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1178, r.o. 2.12.

8. Hof Amsterdam 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3544, r.o. 3.5.3; Hof 's-Hertogenbosch 2 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:41, r.o. 4.9; Rb. Noord-Holland 20 december 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10563, r.o. 5.9, zie ook het jurisprudentieoverzicht in TvHB 2017, nr. 2 – UDH:TvHB/14139; Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4336, r.o. 3.7.2, zie ook het jurisprudentieoverzicht in TvHB 2016, nr. 1 – UDH:TvHB/12744; Rb. Noord-Nederland 15 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1186, zie ook het jurisprudentieoverzicht in TvHB 2016, nr. 5 – UDH:TvHB/13563;

lang van de verhuurder bij de opzegtermijn is het tijdig weten van de opzegging zodat de verhuurder de tijd heeft een nieuwe huurder te vinden. Op het moment dat bij de verhuurder de wetenschap bestaat dat de huurder de huurovereenkomst niet wenst voort te zetten, kan de verhuurder in principe direct op zoek gaan naar een nieuwe huurder. Indien daarbij de termijnoverschrijding minimaal is, is de verhuurder niet snel in zijn belangen geschaad.⁹ De rechtbank Noord-Holland ging zelfs nog een stap verder.¹⁰ In dat geval stond het vast dat de verhuurder niet op de hoogte was van het voornemen tot beëindiging van de huurovereenkomst. De rechter vond de termijnoverschrijding minimaal en in het licht van de belangenafweging was de rechter van oordeel dat die in het voordeel van de huurder moest uitvallen. Daarbij werd ook van belang geacht dat het ging om een zorginstelling, een organisatie met een belangrijke maatschappelijke functie, aldus de kantonrechter. Voorts geldt dat een partij met genoeg financiële middelen een financiële tegenslag (het voortduren van de huurovereenkomst) gemakkelijker kan dragen dan een partij die in financieel zwaar weer verkeert.¹¹ Daarnaast kan het ook een rol spelen dat de activiteiten die vanuit de bedrijfsruimte plaats vinden voortijdig werden beëindigd.¹² Vervolgens staat inmiddels

ook wel vast dat de verhuurder geen beroep kan doen op het vormvereiste dat de opzegging per aangetekende brief of bij exploit dient te geschieden indien het voor hem in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om zich te beroepen op de termijnoverschrijding.¹³ Het gaat erom dat de opzegging de verhuurder tijdig heeft bereikt. Tot slot kan worden geconcludeerd dat de huurder niet gehouden is nog betalingen in de trant van een vergoeding te voldoen aan de verhuurder in verband met de termijnoverschrijding, indien het voor de verhuurder ondubbelzinnig duidelijk had moeten zijn dat de huurder de huurovereenkomst niet wenste voort te zetten.¹⁴

Praktische punten

Het is (dus) lastig om generieke regels te destilleren uit de rechtspraak inzake te late opzegging. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of een beroep van de verhuurder op de te late opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Uitgangspunt zou moeten zijn dat een verhuurder zich op termijnoverschrijding mag beroepen. Ook in het geval de verhuurder niet direct door de termijnoverschrijding is geschaad. Alleen in uitzonderlijke gevallen kan een beroep op de redelijkheid en de billijkheid soelaas bieden indien de huurder de opzegtermijn heeft overschreden. Daarbij is ten eerste van belang dat het voor de verhuurder ondubbelzinnig duidelijk was dat de huurder de huurovereenkomst niet wenste voort te zetten, zodat hij op zoek had kunnen gaan naar een nieuwe huurder. Ten tweede is de verhuurder niet in zijn belang geschaad in het geval dat de termijnoverschrijding minimaal is.¹⁵ Uit het onderhavige arrest blijkt dat een opzeggingsbrief die de verhuurder twee tot tien dagen te laat heeft bereikt in dat geval acceptabel was en in het hierboven aangehaalde arrest van (eveneens) Hof 's-Hertogenbosch redde de huurder het zelfs nog met een opzeggingsbrief die zes weken te laat was aangekomen. In dat geval stond echter wel vast dat de verhuurder had moeten weten dat de huurder de huurovereenkomst wenste te beëindigen.¹⁶ Ten derde kan het in het kader van de ondubbelzinnigheid een rol spelen dat de activiteiten die vanuit de bedrijfsruimte plaatsvonden werden beëindigd. Tot slot dient er bij de beoordeling of het beroep van de verhuurder op het ontbreken van een tijdige opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, te worden gekeken

-
- Hof Leeuwarden 17 november 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK3641, r.o. 11; Hof 's-Gravenhage 26 april 2011, ECLI:GHSGR:2011:BQ3175, r.o. 6.5; Rb. Zwolle-Lelystad 20 december 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BV0203, r.o. 8.3; Rb. Oost-Brabant 17 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1769, r.o. 2.7 (hier stond vast dat de verhuurder niet van die wetenschap kennis had; de verhuurder werd in het gelijk gesteld); Rb. Alkmaar 30 mei 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AT8259, r.o. 27 (ook hier was niet aanneemelijk dat de verhuurder op de hoogte was van het voornemen van de huurder om de huurovereenkomst te beëindigen; de verhuurder werd in het gelijk gesteld); PHR 27 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1178, r.o. 2.13 (andere casus) en Rb. Arnhem 24 juli 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ4956, r.o. 5.3 (wetenschap bij de verhuurder niet vastgesteld; de huurder veroordeeld tot het blijven in gebruik houden).
9. Hof 's-Hertogenbosch 2 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:41, r.o. 4.10; Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4336, r.o. 3.7.1; Hof Arnhem 10 juli 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX4703, r.o. 4.8 en Rb. Noord-Holland 8 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5989.
 10. Rb. Noord-Holland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5640, zie ook het jurisprudentieoverzicht in *TvHB* 2016, nr. 5 – UDH:TvHB/13562.
 11. Hof Amsterdam 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3544, r.o. 3.5.2; Rb. Noord-Holland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5640, r.o. 5.6 & 5.10; Rb. Noord-Holland 20 december 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10563, r.o. 5.10; Rb. Zwolle-Lelystad 20 december 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BV0203, r.o. 10; Rb. Oost-Brabant 17 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1769, r.o. 2.5 en PHR 27 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1178, r.o. 2.13.
 12. Hof Leeuwarden 17 november 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK3641, r.o. 14 (in deze uitspraak stond wel vast dat de verhuurder op de hoogte had kunnen zijn van het voornemen van de huurder om de huurovereenkomst te beëindigen).

-
13. Hof 's-Gravenhage 26 april 2011, ECLI:GHSGR:2011:BQ3175, r.o. 6.6 en Rb. Noord-Holland 8 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5989, r.o. 2.9.
 14. Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4336, r.o. 3.8.1 en 3.8.2.
 15. Rb. Noord-Holland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5640, vaststond dat de verhuurder geen wetenschap had van het feit dat de huurder de huurovereenkomst wenste te beëindigen, zie r.o. 5.4.
 16. Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4336.

naar de financiële en maatschappelijke positie van partijen.

Kortom, een huurder heeft niet direct een kansloze zaak indien hij te laat heeft opgezegd en andersom kan een verhuurder zich niet direct rijk rekenen indien de opzegingsbrief te laat wordt ontvangen.

Marlies van Schoonhoven-Sloot¹⁷

TvHB 2018/7

Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden
31 oktober 2017

ECLI:NL:GHARL:2017:9454

NJF 2018, 13

Dinami Sports / Grenkefinance N.V.

Samenvatting

Tekortkoming, samenhangende overeenkomsten, franchiseovereenkomst, leaseovereenkomst, opschorting

Sportschool Dinami, de franchisenemer, sluit een franchiseovereenkomst met een franchisegever voor een bodycheck-project. Een van de verplichtingen voor franchisenemer Dinami was om een cardioscan aan te schaffen, bijvoorbeeld door middel van een leaseconstructie. Vervolgens is een huur-/leaseovereenkomst tot stand gekomen inzake de cardioscan tussen Dinami en een door de franchisegever aangezochte leasemaatschappij (Grenke). De franchisegever schiet enige tijd later tekort jegens de franchisenemer in de nakoming van zijn verplichtingen. In reactie daarop schort Dinami zijn betalingen richting de leasemaatschappij op. De vraag is of hij daartoe gerechtigd was. Daarbij is van belang of er voldoende samenhang bestaat tussen de franchiseovereenkomst en de leaseovereenkomst. Het gerechtshof oordeelt dat van voldoende samenhang geen sprake is en dat franchisenemer Dinami dus niet gerechtigd was tot opschorting.

Gerechtshof

Dinami Sports en haar vennoten, gevestigd te Steenberg, appellanten in het principaal hoger beroep, geïntimeerden in incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. P.A. de Lange, kantoorhoudend te Barendrecht, tegen Grenkefinance N.V., geïntimeerde in het principaal hoger beroep, appellante in het incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. O.J.W. Reijnders, kantoorhoudend te Eindhoven, (...)

17. Marlies van Schoonhoven-Sloot is advocaat-partner bij Wintertaling Advocaten & Notarissen te Amsterdam, met dank aan Alessandra Oving.

2. De vaststaande feiten

In het principaal en incidenteel appel

2.1 Tussen partijen staat als enerzijds gesteld en anderzijds niet dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken het volgende vast.

2.2 Dinami exploiteert een sportschool in de regio Bergen op Zoom.

2.3 Verzekerd Fit Polis B.V. (hierna: Verzekerd Fit Polis) was een onderneming die zich toelegde op zakelijke dienstverlening aan sportscholen en fitnesscentra. Enig bestuurder en aandeelhouder was de heer [B] (hierna: [B]).

2.4 Touch 'n Lease B.V., kantoorhoudende te Zeist, (hierna: Touch 'n Lease) is een onderneming die volgens het handelsregister van de Kamer van Koophandel diensten als tussenpersoon verleent tussen partijen die een huur/verhuurovereenkomst met elkaar willen aangaan en ook zelfstandig optreedt als leasemaatschappij.

2.5 Dinami is op enig moment in 2010 benaderd door Verzekerd Fit Polis over het volgende. Verzekerd Fit Polis had een concept ontwikkeld, dat eruit bestond in samenwerking met zorgverzekeraars zogenaamde bodychecks aan te bieden aan leden en potentiële leden van sportscholen/fitnesscentra en kortingen te geven op fitnessabonnementen. Dinami kon hierin participeren middels een franchise-/samenwerkingsovereenkomst. Dinami zou op grond van deze overeenkomst gebiedsbescherming krijgen en Verzekerd Fit Polis zou de marketing verzorgen. Voorwaarde voor deelname aan het zogenoemde bodycheck-project was dat Dinami een cardioscan met toebehoren zou aanschaffen of leasen. Daartoe heeft Verzekerd Fit Polis een leverancier, Meditronics, en een financieringsmaatschappij, Grenke, aangezocht.

2.6 Op of omstreeks 1 juli 2010 is een franchiseovereenkomst tussen Verzekerd Fit Polis en Dinami tot stand gekomen. Deze overeenkomst bevat voor Verzekerd Fit Polis (onder meer) de verplichting om aan Dinami een maandelijks vergoeding van € 150,- (exclusief btw) voor de (huur van de) cardioscan met toebehoren te betalen en voor Dinami (onder meer) de verplichting om als een goed huisvader voor de hard- en software te zorgen.

2.7 Nadat Dinami een door Meditronics ingevuld leasecontract had ondertekend, is op of omstreeks 1 oktober 2010 een lease/huurovereenkomst ter zake van een cardioscan met toebehoren tussen Grenke en Dinami tot stand gekomen. Grenke heeft in dat kader de cardioscan inclusief software en toebehoren, alsmede een computer met toebehoren, bestaande uit onder meer een monitor, printer, muis, toetsenbord, verschillende software, computermeubel, alsmede een bloeddrukmeter, lengtemeter, personenweegschaal en elektroden van Meditronics gekocht. Blijkens een door Dinami ondertekende afgiftebevestiging d.d. 1 oktober 2010 heeft Meditronics op of omstreeks die datum het leaseobject, omschreven als "desktop met toebehoren" en "cardioscan incl. software", bij Dinami afgeleverd.

2.8 In het leasecontract staat, voor zover hier van belang, het volgende:

"Basishuurperiode:

maanden 60 maandelijks leasetermijn netto 150,00 EUR
 plus wettelijke BTW 28,50 EUR
 maandelijks bruto leasetermijn 178,50 EUR
 (...)

Ik ga / wij gaan akkoord met de algemene leasevoorwaarden zoals hierboven en op de keerzijde beschreven. (...)

Er zijn geen andere, afwijkende regelingen of nevenakkoorden overeengekomen. De lessor wijst erop dat de leverancier of andere derden niet het recht hebben afspraken te maken die afwijken van de contractuele tekst of toezeggingen te doen of de lessor op een andere manier te vertegenwoordigen. (...)"

2.9 In de op de leaseovereenkomst toepasselijke algemene voorwaarden staan, voor zover hier van belang, de volgende bepalingen:

"(...)

Art. 8 Facturering en betaling

(...)

8.4 Het door de Lessee toepassen van korting of compensatie op de verschuldigde leasetermijnen, dan wel opschorting van de betaling is niet toegestaan.

(...)

8.7 Indien de Lessee in gebreke of in verzuim is in de (tijdige) nakoming van haar verplichtingen of indien Lessee Lessor ten onrechte in rechte heeft aangesproken of indien de kosten om andere redenen voor rekening van Lessee komen, dan komen alle redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte voor rekening van de Lessee. De buitengerechtigde kosten worden berekend op basis van de berekeningsmethode volgens Rapport Voorwerk II, en worden begroot op 2 punten van het liquidatietarief, welke kosten conform hetzelfde Rapport Voorwerk gemaximeerd worden tot 15% van de hoofdsom, met een absoluut minimum van € 250,- exclusief BTW. (...)

(...)

Art. 17 Redenen voor ontbinding

Indien Lessee niet, niet behoorlijk of niet tijdig nakomt dan wel indien gegronde vrees bestaat dat Lessee niet in staat is of zal zijn enige verplichting, welke voor hem uit de overeenkomst voortvloeit, na te komen, (...), is Lessee van rechtswege in verzuim en is Lessor gerechtigd zonder enige verplichting tot schadevergoeding en onverminderd de aan Lessor verder toekomende rechten, zonder dat ingebrekestelling of rechterlijke tussenkomst daartoe vereist is, het Leasecontract geheel of gedeeltelijk te ontbinden dan wel de (verdere) uitvoering van de overeenkomst op te schorten. Lessor is in die gevallen voorts gerechtigd onmiddellijke voldoening van het ons toekomende te vorderen.

Art. 18 Gevolgen van ontbinding

18.1 Bij beëindiging van het Leasecontract verliest Lessee onmiddellijk het recht op gebruik van het Leaseobject.

18.2 Indien de Lessor gebruik maakt van zijn recht op ontbinding (...), dan heeft de Lessor recht

op betaling van de voor de totale leasetijd nog uitstaande leasetermijnen. (...)

18.3 De Lessee is verplicht na ontbinding het Leaseobject onmiddellijk op zijn kosten en op eigen risico terug te geven. (...)
 (...)"

2.10 Dergelijke lease/huurcontracten hebben Meditronics en Grenke met diverse sportscholen in Nederland gesloten.

2.11 In een e-mail van 3 mei 2011 schrijft de heer [C] van Touch 'n Lease aan mevrouw [D] van SHK, één van de andere betrokken sportscholen, (onder meer) het volgende:

"(...) Wij hebben inderdaad wel contact gehad met een aantal van uw collega's maar wij zijn niet de leasemaatschappij. Wij worden ingehuurd door Verzekerd Fit Polis en Meditronics om de afhandeling van de leasecontracten te verzorgen.

Daar wij zijdelings zijn betrokken kunnen wij alleen signaleren en doorgeven aan de betreffende partijen om tot oplossingen te komen. Ook GrenkeFinance, de leasemaatschappij is in zoverre betrokken dat zij de investering rond de Cardioscan in een lease onderbrengen. Zij zijn dus ook niet deel van het Franchiseconcept van VerzekerdFitPolis.

Wat ik u wel kan melden is dat er afgelopen week op initiatief van Grenke een meeting is geweest met VerzekerdFitPolis over de voortgang van het concept wat betreft de leasecontracten die daarbij worden gebruikt en zijn er duidelijk afspraken gemaakt. Vanuit ons moet ik ook alleen bevestigen dat Grenke een direct leasecontract afsluit wat losstaat van het Franchisemodel. (...)"

2.12 Bij e-mail van 17 mei 2011 heeft [B] aan Dinami meegedeeld dat de activiteiten, alsmede alle rechten en plichten van Verzekerd Fit Polis met terugwerkende kracht per 1 januari 2011 zijn overgenomen door Bodycheck Nederland B.V. (hierna: Bodycheck Nederland). Ook van deze vennootschap was [B] enig bestuurder en aandeelhouder.

2.13 Bij e-mail van 23 mei 2011 heeft Bodycheck Nederland aan Dinami meegedeeld dat het bodycheck-concept is veranderd en dat voor deelname aan het nieuwe concept een nieuwe overeenkomst moet worden ondertekend. Dinami heeft dit contract niet ondertekend.

2.14 Bij brief van 23 maart 2012 heeft de gemachtigde van Dinami aan Grenke (onder meer) het volgende geschreven:

"Tot mij hebben zich diverse sportscholen en fitnesscentra gewend met het verzoek hun belangen te behartigen. Cliënten zijn (via Verzekerd Fit Polis B.V. dan wel Bodycheck Nederland B.V., althans via de heer [B]) met u een leaseovereenkomst aangegaan. Namens cliënten deel ik u hierbij mede dat zij tot nader bericht de nakoming van hun verplichtingen uit hoofde van de overeenkomsten opschorten in verband met de toerekenbare tekortkoming aan de zijde van

resp. Verzekerd Fit Polis B.V. dan wel Bodycheck Nederland B.V., althans de heer [B] in de met die leaseovereenkomsten samenhangende overeenkomsten. (...)"

2.15 Vanwege het uitblijven van de betaling van de maandelijkse leasetermijnen heeft Grenke de leaseovereenkomst met Dinami bij brief van 17 juli 2012 buitengerechtelijk ontbonden. Daarbij is Dinami aangemaand om binnen vijf dagen over te gaan tot betaling van het aan Grenke verschuldigde bedrag ad € 7.455,-.

2.16 Blijkens een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel handelt Bodycheck Nederland sinds 14 januari 2013 onder de naam BAZ Invest B.V.

2.17 Bij brief van 7 mei 2013 heeft de gemachtigde van Dinami, mede namens diverse andere sport-scholen en fitnesscentra, aan [B], Verzekerd Fit Polis en BAZ Invest B.V. (onder meer) het volgende geschreven:

"(...) Cliënten hebben u eerder reeds afzonderlijk en gezamenlijk aangesproken op diverse tekortkomingen aan de kant van u en uw ondernemingen, waaronder in het bijzonder (maar niet uitsluitend beperkt tot) het niet uitkeren van de maandelijkse vergoedingen voor de leasekosten, het niet verlenen van de overeengekomen gebiedsbescherming en het uitblijven van de door u, althans uw ondernemingen, toegezegde effectieve marketingcampagne.

U heeft cliënten meermalen beterschap beloofd zonder daadwerkelijk uw verplichtingen jegens cliënten na te komen. In diverse e-mails heeft u erkend dat niet aan de verplichtingen is voldaan. Voorts heeft u cliënten geen juiste voorstelling van zaken gegeven met betrekking tot het bodycheck-concept, de daaraan wel of niet gelieerde ondernemingen, de samenhang tussen de diverse ondernemingen en het kostenplaatje.

Cliënten hebben bij het aangaan van zowel de overeenkomsten met uw ondernemingen als die met de leasemaatschappijen op de hiervoor genoemde voor cliënten essentiële punten gedwaald als gevolg van de daarover door dan wel namens u gedane mededelingen. Indien cliënten een juiste voorstelling van zaken zouden hebben gehad, hadden zij de overeenkomsten met zowel uw ondernemingen als de leasemaatschappijen niet, althans niet onder de huidige voorwaarden gesloten.

Primair stellen cliënten zich op het standpunt dat de overeenkomsten middels bedrog tot stand zijn gekomen, dan wel dat zij bij het aangaan van de overeenkomsten hebben gedwaald, op grond waarvan zij middels dit schrijven buitengerechtelijk overgaan tot vernietiging van die overeenkomsten, met dien verstande dat de vernietiging zich niet uitstrekt tot de in de overeenkomsten opgenomen vrijwaringsbedingen.

Subsidiair stellen cliënten zich op het standpunt dat u reeds (lang) in verzuim verkeert. Slechts voor zover nodig verzoek en sommeer ik u langs

deze weg nogmaals uw verplichtingen uit de met cliënten gesloten overeenkomsten, in het bijzonder maar niet beperkt tot de uitbetaling van de gehele vergoedingen ter zake van de leasekosten, terstond, althans binnen 2 dagen na heden, na te komen. (...)

Reeds nu voor alsdan gaan cliënten middels dit schrijven over tot buitengerechtelijke ontbinding van de met uw onderneming(en) gesloten overeenkomsten met dien verstande dat de ontbinding zich niet uitstrekt tot de in de overeenkomsten opgenomen vrijwaringsbedingen. (...)"

2.18 Verzekerd Fit Polis is per 20 maart 2012 uitgeschreven uit het handelsregister, BAZ Invest B.V. per 2 januari 2015.

3. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3.1 Grenke heeft in eerste aanleg bij dagvaarding in de hoofdzaak in conventie gevorderd:

"(...) bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, gedaagden hoofdelijk en ieder voor het geheel aldus dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, te veroordelen:

I. om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Grenke te voldoen een bedrag van € 8.452,76

(zegge: achtduizend vierhonderdtweënvijftig euro en zesenzeventig cent), vermeerderd met de wettelijke rente ex art. 6:119a BW althans 6:119 BW over € 7.455,00 vanaf 5 december 2012 tot aan de dag der algehele voldoening, althans een door u in goede justitie te bepalen bedrag;

II. om de door Grenke aan Noordijk c.s. [hof: Dinami] geleasede apparatuur zoals hiervoor onder punt 4 omschreven, binnen 2 dagen na betekening van het te wijzen vonnis aan Grenke af te geven

en/of ter beschikking te stellen,

a. a) zulks op straffe van een dwangsom van € 250,00 voor iedere dag dat gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft, met een maximum van €10.000,= althans door u in goede justitie te bepalen bedragen;

en

b) bij gebreke waarvan Noordijk c.s. dient te gehangen en te gedogen dat Grenke zich de feitelijke macht over vorenbedoelde aan gedaagde geleasede apparatuur zal verschaffen, desnoods met behulp van de sterke arm van justitie en politie, met de kosten daarvan ten laste van Noordijk c.s.;

III. in de kosten van deze procedure, het salaris van de gemachtigde van Grenke daaronder begrepen."

3.2 Dinami heeft in eerste aanleg in (voorwaardelijke) reconventie gevorderd (bij vonnis voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad):

"primair:

- te verklaren voor recht dat de overeenkomst tussen Dinami en Grenke is vernietigd c.q. ontbonden, dan wel deze overeenkomst bij dit vonnis te vernietigen dan wel te ontbinden.;

- te verklaren voor recht dat al hetgeen Dinami in het kader van de alsdan vernietigde overeenkomst aan Grenke heeft voldaan onverschuldigd is betaald;
- Grenke te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Dinami te betalen een bedrag van € 2.7000,00 exclusief BTW, zijnde € 3.213,00 inclusief BTW;
- althans te verklaren voor recht dat ingeval van ontbinding van de overeenkomst partijen over en weer hun verplichtingen zijn bevrijd en op Dinami geen betalingsverplichting meer rust; subsidiair:
- te verklaren voor recht dat tussen partijen geen rechtshandeling tot stand is gekomen en dat evenmin een overeenkomst tot stand is gekomen op grond waarvan op Grenke een verplichting tot ongedaanmaking rust;
- Grenke te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Dinami te betalen een bedrag van € 2.700,00 exclusief BTW, zijnde € 3.213,00 inclusief BTW; zowel primair als subsidiair:
- Grenke te veroordelen de cardioscan met toebehoren op eigen kosten bij Dinami op te halen;
- Grenke te veroordelen tot ongedaanmaking c.q. opheffing van de door haar ten laste van Dinami bij het BKR gedane registratie, zulks op straffe van het verbeuren van een dwangsom van € 1.000,00 per dag, althans gedeelte van een dag, dat Grenke in gebreke blijft ter zake aan het ten deze te wijzen vonnis te voldoen.
- Grenke te veroordelen in de kosten van deze procedure, salaris gemachtigde daaronder begrepen."

3.3 Bij conclusie van repliek in conventie tevens conclusie van antwoord in reconventie heeft Grenke aanvullende vorderingen ingesteld voor het geval de leaseovereenkomst als vernietigd dan wel ontbonden moet worden beschouwd of wordt vernietigd dan wel ontbonden.

3.4 De kantonrechter heeft bij vonnis van 18 december 2013 de vorderingen van Grenke in conventie grotendeels toegewezen en de vorderingen van Dinami in reconventie afgewezen. Ook de vordering in vrijwaring (tegen Verzekerd Fit Polis, BAZ Invest B.V. en [B]) is toegewezen.

4. De omvang van de rechtsstrijd in het principaal appel

4.1 Het principaal appel is ingesteld tegen het vonnis in het vrijwaringsincident d.d. 5 juni 2013 en tegen het eindvonnis in de hoofdzaak d.d. 18 december 2013. Aangezien Dinami geen grieven heeft opgeworpen tegen het vonnis in het vrijwaringsincident, dient haar hoger beroep in zoverre te worden verworpen. Daarbij leest het hof grief II als gericht tegen het eindvonnis van 18 december 2013, aangezien in het vonnis in het vrijwaringsincident van 5 juni 2013 de beslissing omtrent de kosten van het incident is aangehouden tot de beslissing in de hoofdzaak.

4.2 De veroordeling in de vrijwaringszaak tegen Verzekerd Fit Polis, BAZ Invest en [B], zoals uitgesproken in het bestreden vonnis van 18 december 2013, is in appel niet aangevochten.

5. De beoordeling van de grieven en de vorderingen in hoger beroep

5.1 Grief I klaagt over de feitenvaststelling door de kantonrechter.

5.2 Aangezien het hof de feiten zelf opnieuw heeft vastgesteld, waarbij rekening is gehouden met de in grief I vervatte klachten, heeft Dinami geen belang bij een afzonderlijke bespreking van deze grief.

Kern van het geschil

5.3 Kern van het geschil betreft de vraag of de franchiseovereenkomst tussen Verzekerd Fit Polis en Dinami enerzijds en de leaseovereenkomst tussen Grenke en Dinami anderzijds zodanig samenhangen dat tekortkomingen in de nakoming van de franchiseovereenkomst door Verzekerd Fit Polis, in het bijzonder het gestelde door Grenke betwiste niet betalen van de overeengekomen maandelijkse vergoeding van € 150,- exclusief btw, meebrengen dat Dinami bevoegd was tot opschorting van haar betalingsverplichtingen uit hoofde van de leaseovereenkomst met Grenke. De kantonrechter heeft deze vraag ontkennend beantwoord. Tegen dit oordeel zijn de grieven IV en V gericht.

5.4 Dinami beroept zich, samengevat, op de volgende door Grenke niet dan wel onvoldoende gemotiveerde betwiste omstandigheden.

De lease van een cardioscan door Dinami was gekoppeld aan de deelname door Dinami aan het bodycheck-concept van Verzekerd Fit Polis, vastgelegd in de franchiseovereenkomst. Verzekerd Fit Polis heeft Meditronics ingeschakeld voor de levering van de bodyscan. Meditronics beschikte over aanvraagformulieren voor een leaseovereenkomst met Grenke en heeft via Verzekerd Fit Polis ([B]) een voorgevuld leasecontract aan Dinami ter hand gesteld. Dinami heeft het leasecontract ondertekend en heeft dit via Verzekerd Fit Polis ([B]) aan Meditronics doen toekomen. Er is in die fase nooit rechtstreeks contact geweest tussen Dinami enerzijds en Meditronics en/of Grenke anderzijds. Ter uitvoering van de aldus tot stand gekomen leaseovereenkomst heeft Grenke de aan Dinami te verhuren cardioscan gekocht van Meditronics. Verzekerd Fit Polis was krachtens de franchiseovereenkomst jegens Dinami verplicht tot maandelijkse vergoeding aan Dinami van een bedrag dat overeenkwam met de leaseprijs.

5.5 Bij de beantwoording van de onderhavige vraag neemt het hof tot uitgangspunt de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de samenhang tussen een huurkoopovereenkomst en een financieringsovereenkomst waarbij de derde/financier zich heeft verbonden rechtstreeks aan de huurverkoper te betalen. Deze overeenkomsten kunnen, ook indien zij als afzonderlijke overeenkomsten moeten worden beschouwd, zozeer met elkaar zijn verbonden dat vernietiging of ontbinding van de huurkoopovereenkomst noodzakelijkerwijs

tot gevolg heeft dat de financieringsovereenkomst evenmin in stand kan blijven. Aan de hand van uitleg van de rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden moet worden vastgesteld of die verbondenheid in het gegeven geval moet worden aanvaard. Aangenomen moet worden dat ook een opschortingsrecht vanwege een tekortkoming van de leverancier tegen de financier kan worden ingeroepen ingeval een zodanige verbondenheid moet worden aanvaard (HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279). Bepalend is of er een zodanig nauwe feitelijk-economische samenhang bestaat tussen de huurkoopovereenkomst en de financieringsovereenkomst, dat de tekortkoming in de huurkoopovereenkomst naar redelijkheid en billijkheid de door de lessee gevorderde ontbinding van de financieringsovereenkomst rechtvaardigt, ook al is de ontbinding van de huurkoopovereenkomst niet uitdrukkelijk mede gevorderd (HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162).

5.6 In het onderhavige geval staat als niet dan wel onvoldoende (gemotiveerd) weersproken vast dat Grenke niet betrokken was bij het bodycheck-project en dat Meditronics en/of Verzekerd Fit Polis en/of [B] niet bevoegd waren om in het kader van het bodycheck-project namens Grenke afspraken te maken die het bestek van de leaseovereenkomst te buiten gingen. Beoordeeld dient te worden of niettemin sprake is geweest van een jegens Dinami opgewekte en aan Grenke toe te rekenen schijn daarvan. Anders dan Grenke betoogt, staat het enkele feit dat in het leasecontract staat dat "*de leverancier of andere derden niet het recht hebben afspraken te maken die afwijken van de contractuele tekst of toezeggingen te doen of de lessor op een andere manier te vertegenwoordigen*" op zich niet in de weg aan het toerekenen van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Bepalend hiervoor zijn alle omstandigheden ten tijde van de totstandkoming van de leaseovereenkomst.

5.7 Het hof is, anders dan Dinami betoogt, van oordeel dat de omstandigheid dat Grenke blanco aanvraagformulieren voor een leaseovereenkomst aan Meditronics ter beschikking heeft gesteld en daarmee "het risico heeft genomen" dat deze in handen zouden komen van een derde, te weten Verzekerd Fit Polis ([B]), op zichzelf ontoereikend is om te kunnen oordelen dat ten opzichte van Dinami sprake is van een aan Grenke toe te rekenen schijn van betrokkenheid bij het bodycheck-concept en/of een aan Grenke toerekenbare schijn van bevoegdheid van Verzekerd Fit Polis ([B]) om haar in dat kader te vertegenwoordigen. Ook het feit dat Grenke een vaste relatie met Meditronics had, en dat Meditronics op haar beurt een vaste relatie met Verzekerd Fit Polis zou hebben, is daarvoor niet voldoende. Dat Grenke mogelijk in een betrekkelijk korte periode een groot aantal aanvragen voor de lease van cardioscans heeft ontvangen, maakt dit niet anders. Grenke hoefde zich naar het oordeel van het hof bij de totstandkoming van de afzonderlijke leaseovereenkomsten niet te verdiepen in de achtergrond van die aanvragen en de wijze waarop die

aanvragen tot stand zijn gekomen. Een dergelijke onderzoeksplicht gaat de rol van Grenke als financier/verhuurder van de cardioscans te buiten. Dat Grenke op een gegeven moment op de hoogte is geraakt van de connectie tussen Verzekerd Fit Polis, althans [B], en Meditronics en de wijze waarop zij de leaseovereenkomst van Grenke "verkochten" in samenhang met de overeenkomst van Verzekerd Fit Polis, brengt in het voorgaande geen verandering. Dit feit is naar het oordeel van het hof ontoereikend voor het aannemen van een aan Grenke toe te rekenen schijn van betrokkenheid bij het bodycheck-project.

5.8 Ook de overige omstandigheden rechtvaardigen niet het oordeel dat in dit geval sprake is van een zodanig feitelijk-economische samenhang tussen de beide overeenkomsten, dat (een) tekortkoming(en) van Verzekerd Fit Polis in de nakoming van haar verplichtingen uit de franchiseovereenkomst opschorting door Dinami van haar verplichtingen uit de leaseovereenkomst met Grenke kon(den) rechtvaardigen. De leaseovereenkomst staat in de omstandigheden van dit geval daarvoor in een te ver verwijderd verband met de franchiseovereenkomst, hetgeen Dinami als professionele marktpartij redelijkerwijs heeft dienen te begrijpen. Dat bij Dinami de - door Verzekerd Fit Polis gewekte - indruk bestond dat sprake was van een totaalpakket, bestaande uit de franchiseovereenkomst en de leaseovereenkomst, dient dan ook in de verhouding tussen Dinami en Grenke voor rekening van Dinami te blijven.

5.9 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Dinami niet bevoegd was tot opschorting van de nakoming van haar betalingsverplichtingen jegens Grenke vanwege het uitblijven van de betaling van de maandelijkse vergoeding door Verzekerd Fit Polis.

5.10 De grieven IV en V falen.

5.11 Uit het voorgaande volgt dat de gestelde - door Grenke betwiste - vernietiging dan wel ontbinding van de franchiseovereenkomst wegens dwaling respectievelijk een tekortkoming, niet tot gevolg heeft dat de leaseovereenkomst hetzelfde lot is beschoren. De *primaire* onderdelen van grief VII en van grief VIII falen derhalve eveneens.

5.12 Grief VI is gericht tegen de verwerping door de kantonrechter van het beroep op wilsontbreken. Dinami betoogt, kort weergegeven, dat haar wil niet gericht is geweest op een 'zelfstandige' overeenkomst met Grenke, en dat Grenke er evenmin gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat Dinami de leaseovereenkomst 'los' van de franchiseovereenkomst wilde aangaan.

5.13 Het hof overweegt dienaangaande dat van wilsontbreken in eigenlijke zin geen sprake is. De wil van Dinami was immers gericht op het aangaan van een leaseovereenkomst met Grenke, zodat deze overeenkomst door wilsovereenstemming tot stand is gekomen (art. 3:33 BW). Het betoog van Dinami komt in wezen neer op een beroep op dwaling: zij is de leaseovereenkomst met Grenke aangegaan in de (achteraf gezien onjuiste) veronderstelling dat het bodycheck-concept zou slagen, dat de cardioscan haar niets zou kosten en dat zij daarvan

uiteindelijk eigenaar zou worden. Ook het beroep op dwaling is door de kantonrechter verworpen. Hiertegen is het *subsidiare* gedeelte van grief VII gericht.

5.14 Het hof overweegt dat van (rechtens relevante) dwaling sprake is, indien kort weergegeven sprake is van een onjuiste voorstelling van zaken bij het aangaan van de overeenkomst, zonder welke de dwalende de overeenkomst niet zou hebben gesloten, hetgeen aan de wederpartij kenbaar was, en voorts (a) de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, en/of (b) aan een schending van diens spreekplicht en/of (c) sprake is van wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 BW). Geen van de genoemde dwalingsgronden doet zich hier voor. Anders dan Dinami betoogt, kunnen handelingen en gedragingen van Verzekerd Fit Polis in dit verband niet worden toegerekend aan Grenke. Verzekerd Fit Polis handelde niet krachtens een volmacht van Grenke, zodat deze toerekening in ieder geval niet krachtens art. 3:66 BW plaatsvindt. Ook bieden de omstandigheden waaronder de leaseovereenkomst tot stand is gekomen, geen dan wel onvoldoende grond om Verzekerd Fit Polis wat dit betreft te vereenzelvigen met Grenke. Dat Verzekerd Fit Polis aan Dinami zou hebben meegedeeld dat zij aan het einde van de overeenkomst eigenaar zou kunnen worden van de cardioscan-apparatuur, hetgeen niet zo bleek te zijn, kan derhalve niet aan Grenke worden toegerekend.

Voor zover Dinami de dwaling baseert op onjuiste verwachtingen ten aanzien van de deugdelijke nakoming door Verzekerd Fit Polis, stuit dit reeds af op het feit dat het gaat om dwaling die een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft (art. 6:228 lid 2 BW).

5.15 Grief VI en het *subsidiare* gedeelte van grief VII falen derhalve.

5.16 Het *subsidiare* gedeelte van grief VIII houdt in dat, ook bij gebrek aan voldoende samenhang met de franchiseovereenkomst, de leaseovereenkomst moet worden ontbonden, gelet op de aan Grenke toerekenbare tekortkomingen, onder meer bestaande uit het niet naar behoren functioneren van de geleasede apparatuur. Grief IX is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat ten aanzien van het door Dinami gestelde niet (goed) functioneren van de cardioscan niet tijdig is geklaagd en dat de gestelde gebreken niet voldoende zijn onderbouwd.

5.17 Het hof overweegt dienaangaande dat, nu Grenke zich heeft beroepen op schending van de zogenoemde klachtplicht (art. 6:89 BW), het op de weg van Dinami ligt om gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat, wanneer en bij wie zij heeft geklaagd over de gestelde ondeugdelijkheid van de cardioscan (HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593). Dinami heeft dienaangaande gesteld dat zij heeft geklaagd bij [B] en Meditronics, omdat zij die als aanspreekpunten beschouwde en redelijkerwijs ook als zodanig mocht beschouwen. Het hof is van oordeel dat Dinami hiermee niet dan wel onvoldoende aan haar stelplicht heeft voldaan. Zij geeft immers niet aan op welk moment en over

welke gebreken zij geklaagd heeft. De verwijzing door Dinami naar (onder meer) de mail van Touch 'n Lease van 3 mei 2011 (zie hiervoor onder 2.11) volstaat niet. Over klachten ten aanzien van de ondeugdelijkheid van de cardioscans met toebehoren wordt in deze mail niet gerept. De stelling van Dinami dat het "volstrekt onaannemelijk" is, dat tijdens de bijeenkomst tussen Grenke en Meditronics, waarbij ook [B] aanwezig was, niet over de gebreken aan de apparatuur is gesproken (memorie van grieven onder 149), acht het hof dan ook een ontoereikende onderbouwing voor de stelling dat zij bij [B] en/of Meditronics heeft geklaagd over de ondeugdelijkheid van de cardioscan. Het hof voegt hier nog aan toe dat in de brief aan Grenke d.d. 23 maart 2012 (zie hiervoor onder 2.14) in het geheel geen melding wordt gemaakt van gebreken aan de cardioscan. Als reden voor de opschorting van de nakoming van de verplichtingen uit de leaseovereenkomst wordt slechts genoemd "*de toerekenbare tekortkoming aan de zijde van resp. Verzekerd Fit Polis B.V. dan wel Bodycheck Nederland B.V., althans de heer [B] in de met die leaseovereenkomsten samenhangende overeenkomsten*".

5.18 Aldus is niet komen vast te staan dat en wanneer Dinami over gebreken van de cardioscan heeft geklaagd, terwijl zij het bestaan van deze gebreken evenmin voldoende heeft onderbouwd. Hierop stuit het beroep van Dinami op non-conformiteit van de cardioscan af.

5.19 Het *subsidiare* gedeelte van grief VIII en grief IX falen derhalve.

5.20 Het voorgaande leidt tot de tussentijdse conclusie dat er voor Dinami geen rechtsgeldige grond bestond om de nakoming van haar betalingsverplichting jegens Grenke op te schorten. Dientengevolge heeft Dinami geen belang bij een bespreking van grief X, die betrekking heeft op het opschortingsverbod in de algemene voorwaarden van Grenke. Grenke heeft de leaseovereenkomst met Dinami met succes (buitengerechtelijk) ontbonden en de uit die ontbinding voortvloeiende vorderingen zijn toewijsbaar.

5.21 Grief III houdt in dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat het leaseobject bestaat uit alle door Grenke in de inleidende dagvaarding onder 4 genoemde zaken. Volgens Dinami bestond het leaseobject uit de cardioscan inclusief software en een desktop met toebehoren. De andere door Grenke genoemde zaken, zoals een bloeddrukmeter, lengtemeter, personenweegschaal en elektroden, worden niet in de leaseovereenkomst noch in de afgiftebevestiging genoemd en vallen derhalve niet te kwalificeren als toebehoren bij de desktop, aldus Dinami.

5.22 Welke zaken behoorden tot de leaseovereenkomst, is een kwestie van uitleg van de leaseovereenkomst in samenhang met de koopovereenkomst tussen Grenke en Meditronics. Het hof stelt daarbij voorop dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het im-

mers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (ECLI:NL:HR:1981:AG4158). Het enkele feit dat zaken zoals een bloeddrukmeter, lengtemeter, personenweegschaal en elektroden niet (afzonderlijk) in de leaseovereenkomst genoemd worden, betekent derhalve niet zonder meer dat deze zaken geen onderdeel van het leaseobject uitmaken. Dinami heeft niet dan wel onvoldoende gemotiveerd betwist dat zij naast de cardioscan inclusief software en een desktop met toebehoren tevens een bloeddrukmeter, lengtemeter, personenweegschaal en elektroden heeft ontvangen. Dat deze zaken niet op de afgiftebevestiging worden vermeld, vormt op zich een onvoldoende gemotiveerde betwisting. Naar het oordeel van het hof had Dinami, gelet op de aard van het concept waarin de bodyscan een centrale rol speelde, redelijkerwijs dienen te begrijpen dat alle zaken die zij in het kader van de leaseovereenkomst ter beschikking gesteld heeft gekregen, tot het geleasede behoorden. Een andere grond voor de levering van deze producten heeft Dinami ook niet gesteld. Wat betreft de elektroden doet hier niet aan af dat deze om hygiënische redenen bestemd waren voor *verbruik*; de niet gebruikte elektroden lenen zich immers voor teruggave. Dinami dient deze zaken, behoudens de gebruikte elektroden, dan ook krachtens de leaseovereenkomst (art. 18.3 van de algemene voorwaarden) aan Grenke terug te geven.

5.23 Grief III faalt derhalve.

5.24 Grief XI richt zich tegen de overweging van de kantonrechter in het eindvonnis dat de vordering van Grenke betreffende de dwangsom kan worden toegewezen.

5.25 Het hof is van oordeel dat, aangezien Dinami zich in eerste instantie op het standpunt stelde dat Grenke de geleasede apparatuur op eigen kosten diende op te halen, de kantonrechter een dwangsom aan de veroordeling tot afgifte van de apparatuur heeft kunnen verbinden.

5.26 Grief XI faalt derhalve.

5.27 Grief XII is gericht tegen de afwijzing door de kantonrechter van de in eerste aanleg in reconventie ingestelde vorderingen.

5.28 Aangezien de vorderingen in reconventie behoudens de vordering tot doorhaling van de BKR-registratie waarover hierna (zie grief XIII) steunen op dezelfde feiten en grondslagen als de (hiervoor verworpen) verweren in de oorspronkelijke conventie, faalt deze grief op de hiervoor weergegeven gronden.

5.29 Grief XIII richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter en de daarmee samenhangende overwegingen in het eindvonnis dat de reconventionele vordering van Dinami tot ongedaanmaking c.q. opheffing van de BKR-registratie moet worden afgewezen. Dinami betoogt, kort weergegeven, dat het BKR-reglement hier toepassing mist, omdat Grenke geen 'zakelijke klant' zou zijn en de leaseovereenkomst geen overeenkomst is als bedoeld in het reglement CKI.

5.30 Het hof overweegt hieromtrent dat de kantonrechter deze vordering van Dinami heeft afgewezen omdat Dinami ten onrechte haar betalingsverplichting jegens Grenke heeft opgeschort (zie overweging 22 van het bestreden vonnis). Gelet op hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen, is dit oordeel van de kantonrechter juist. Voor zover Dinami met deze grief wil betogen dat de bedoelde registratie in strijd met het Algemeen Reglement CKI heeft plaatsgevonden, valt die vraag buiten het kader van deze procedure. Het hof gaat er vanuit dat Grenke, zodra haar vordering is voldaan, het BKR zal verzoeken om de registratie door te halen.

5.31 Grief XIII faalt derhalve.

5.32 Grief XIV is gericht tegen het passeren door de kantonrechter van het bewijsaanbod van Dinami. Tevens breidt Dinami dit bewijsaanbod uit met het horen van de heren [E] en [F], (voormalig) vennoten van All4Fit, ter zake van de (wijze van) totstandkoming van de overeenkomsten, de contacten met Grenke en [B], alsmede ter ontkrachting van de stelling van Grenke dat zij [B] niet kende (memorie van grieven onder 197). Ter onderbouwing van dit laatste beroept Dinami zich op het vonnis d.d. 16 januari 2015 van de kantonrechter te Nijmegen (productie 7 bij de memorie van grieven).

5.33 Op de gronden die hiervoor zijn weergegeven, met name onder 5.7, passeert het hof het door Dinami gedane bewijsaanbod als niet ter zake dienend.

5.34 Grief XIV faalt derhalve.

5.35 Grief XV klaagt over de proceskostenveroordeling. Grief II heeft betrekking op de veroordeling van Dinami in de kosten van het vrijwaringsincident.

5.36 Aangezien Dinami in het principaal appel volledig in het ongelijk zal worden gesteld, dient de proceskostenveroordeling in eerste aanleg in stand te blijven. Dit geldt ook ten aanzien van de kosten in het vrijwaringsincident. Weliswaar is Dinami in het vrijwaringsincident in het gelijk gesteld, maar het verlies in de hoofdzaak brengt mee dat zij in de hoofdzaak tevens in de kosten van dit incident dient te worden veroordeeld.

5.37 De grieven II en XV falen derhalve.

In het incidenteel appel

5.38 Grief I is gericht tegen de afwijzing van de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten. Grenke vordert op grond van art. 8 lid 7 van de algemene voorwaarden (zie hiervoor onder 2.9) ter zake van buitengerechtelijke incassokosten een bedrag van € 768,- (2 punten in liquidatietarief I).

5.39 Het hof stelt vast dat het Besluit van 27 maart 2012, houdende regels ter normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten) niet van toepassing is, aangezien het verzuim van Dinami dateert van vóór 1 juli 2012. Dit brengt mee dat het hof de toewijsbaarheid van het gevorderde bedrag van € 768,- conform art. 8 lid 7 van de algemene voorwaarden zal beoordelen aan de hand van de voordien geldende normen. Naar het oordeel van het hof heeft Grenke voldoende aannemelijk gemaakt dat zij kosten heeft gemaakt als bedoeld in art. 6:96 lid 1

sub c BW, bestaande uit (onder meer) het versturen van diverse brieven en het voeren van een bespreking door haar gemachtigde. Het hof is van oordeel dat Grenke deze kosten in redelijkheid heeft kunnen maken. Het hof zal dan ook op grond van art. 8 lid 7 van de algemene voorwaarden ter zake van buitengerechtelijke incassokosten een bedrag van € 768,- toewijzen.

5.40 Grief I slaagt derhalve.

5.41 Grief II houdt in dat de kantonrechter ten onrechte geen omzetbelasting over de ontbindingsvergoeding heeft toegewezen. Volgens Grenke heeft zij over het door de kantonrechter toegewezen bedrag € 1.001,17 aan btw afgedragen.

5.42 Het hof overweegt dienaangaande dat voor het antwoord op de vraag of omzetbelasting verschuldigd is over een ontvangen schadevergoeding, bepalend is of de schadevergoeding moet worden aangemerkt als de vergoeding voor een door de ontvangende partij verrichte prestatie. De vergoeding die Grenke heeft ontvangen is gebaseerd op art. 18.2 van de algemene voorwaarden (zie hiervoor onder 2.9), dat bepaalt dat zij na gebruikmaking van haar recht op ontbinding recht heeft op betaling van de over de totale leasetijd nog uitstaande leasetermijnen. Anders dan Grenke betoogt, maakt het feit dat zij de overeenkomst heeft ontbonden en daarmee 'vrijwillig' afstand heeft gedaan van het wettelijk recht nakoming van de overeenkomst te eisen, naar het oordeel van het hof nog niet dat de door haar gevorderde schadevergoeding dient te worden beschouwd als betrekkelijk tot een door haar verrichte dienst waarvoor zij een (belaste) (ontbindings)vergoeding ontvangt (vergelijk HvJ EU 18 juli 2007, C-277/05, ECLI:EU:C:2007:440). Het hof zal het gevorderde btw-bedrag dan ook niet toewijzen. Dat Grenke omzetbelasting, zoals zij stelt, wel heeft afgedragen, geeft geen aanleiding voor een ander oordeel. Het hof passeert het in dit verband door Grenke gedane bewijsaanbod (memorie van antwoord in principaal appel tevens houdende grieven in incidenteel appel onder 326) als niet ter zake dienend.

5.43 Grief II faalt derhalve.

De slotsom in het principaal en incidenteel appel

5.44 Het hof zal het hoger beroep tegen het vonnis in het vrijwaringsincident d.d. 5 juni 2013 verwerpen. De grieven tegen het eindvonnis in de hoofdzaak falen, met uitzondering van grief I in het incidenteel appel. Het hof zal het bestreden vonnis bekrachtigen voor zover in de hoofdzaak geweest, met dien verstande dat het vonnis zal worden vernietigd voor zover de vordering tot betaling van buitengerechtelijke kosten is afgewezen. Het hof zal in zoverre opnieuw rechtdoen en – in aanvulling op hetgeen de kantonrechter aan Grenke heeft toegewezen – een bedrag van € 768,- aan buitengerechtelijke kosten toewijzen.

5.45 Het hof zal Dinami als de in het ongelijk te stellen partij veroordelen in de kosten van het principaal appel. Deze kosten worden aan de zijde van Grenke vastgesteld op € 704,- wegens verschotten en op € 1.264,- voor salaris van de advocaat volgens het liquidatietarief (2 punten in tarief I à € 632,- per

punt), te vermeerderen met de nakosten en wettelijke rente zoals in het dictum vermeld.

Aangezien partijen in het incidenteel appel elk deels in het ongelijk zullen worden gesteld, zal het hof de kosten van het incidenteel appel compenseren zoals in het dictum vermeld.

6. De beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep:

In het principaal en incidenteel appel

verwerpt het beroep tegen het vonnis in het vrijwaringsincident d.d. 5 juni 2013;

bekrachtigt het vonnis van 18 december 2013 van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad voor zover in de hoofdzaak geweest, behoudens voor zover de buitengerechtelijke kosten zijn afgewezen;

(...)

Dit arrest is gewezen door mr. J.H. Kuiper, mr. O.E. Mulder en mr. D.J. Keur (...).

Commentaar

Deze zaak gaat over Dinami, die een sportschool exploiteert in de regio Bergen op Zoom. Zij sluit in juli 2010 een franchiseovereenkomst met een franchisegever, waarmee zij franchisenemer wordt van diens zogenoemde bodycheck-project. Dit project zou nieuwe leden voor de sportschool van de franchisenemer moeten trekken en de band met bestaande leden moeten versterken. Een voorwaarde voor het sluiten van deze franchiseovereenkomst was dat Dinami een cardioscan met toebehoren zou aanschaffen of huren. Hiervoor had de franchisegever een leverancier, Meditronics, en een financieringsmaatschappij, Grenke, aan de franchisenemer aangeraden. In de franchiseovereenkomst was onder andere bepaald dat de franchisegever aan Dinami een maandelijkse vergoeding van € 150,- zou betalen als vergoeding voor de kosten voor huur of aankoop van de cardioscan.

In oktober 2010 is tussen Dinami en Grenke een huur-/leaseovereenkomst inzake de cardioscan tot stand gekomen. Op basis daarvan heeft Grenke bij Meditronics een cardioscan met toebehoren gekocht en deze vervolgens verhuurd aan Dinami. Op verzoek van Grenke heeft Meditronics de cardioscan met toebehoren bij Dinami afgeleverd.

De franchisegever schiet echter tekort in haar verplichtingen richting Dinami, waaronder de verplichting tot betaling van de vergoeding van € 150,- per maand. Als gevolg daarvan heeft Dinami zich tegenover Grenke beroepen op een opschortingsrecht en haar verplichting tot huurbetaling uit de huurovereenkomst met Grenke opgeschort. Andere sportscholen¹⁸ die franchisenemer waren

18. Grenke heeft vergelijkbare procedures gestart tegen andere sportscholen die onder vergelijkbare omstandigheden een cardioscan hadden gehuurd en hun verplichting tot huurbetaling eveneens hadden opgeschort. Een groot aantal uitspraken is gepubliceerd. Deze uitspraken hebben voor het overgrote deel een soortgelijke uitkomst, zie bijv. Hof Arnhem-Leeu-

van dezelfde franchisegever en onder vergelijkbare omstandigheden een huurovereenkomst met Grenke hadden gesloten, deden datzelfde.

De kernvraag in de procedure was of Dinami gerechtigd was om haar verplichtingen jegens Grenke op te schorten. Voor de beantwoording van deze vraag was in deze zaak van belang in hoeverre de franchiseovereenkomst en de huurovereenkomst zodanig samenhangen dat een tekortkoming in de nakoming van de franchiseovereenkomst meebrengt dat Dinami haar betalingsverplichtingen uit de huurovereenkomst mocht opschorten.

Ter beantwoording van deze vraag haakte het gerechtshof aan bij bestaande jurisprudentie over de samenhang tussen een huurkoopovereenkomst en een financieringsovereenkomst. Of er sprake is van een zo vergaande verbondenheid, moet worden getoetst aan de hand van uitleg van de rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden van het geval. Indien een zodanige verbondenheid tussen beide overeenkomsten wordt aangenomen, kan een opschortingsrecht worden ingeroepen tegen de financier indien er sprake is van een tekortkoming van de leverancier, zoals volgt uit de door het gerechtshof aangehaalde arresten.¹⁹

Uit het in 2012 door de Hoge Raad gewezen *Afga-Photo Finance / Foto Noort* arrest,²⁰ naar welk arrest ook door het gerechtshof wordt verwezen in zijn uitspraak, volgt dat voor het aannemen van verbondenheid, bepalend is of er sprake is van een zodanig nauwe feitelijk-economische samenhang, dat de tekortkoming in de huurkoopovereenkomst naar redelijkheid en billijkheid de ontbinding van de financieringsovereenkomst door de huurkoper rechtvaardigt, ook al is ontbinding van de huurkoopovereenkomst niet uitdrukkelijk gevorderd.

Het gerechtshof oordeelt in onze casus vervolgens dat Grenke als financier niet betrokken was bij het bodycheck-project en dat de franchisegever niet bevoegd was om in het kader van het bodycheck-project namens Grenke afspraken te maken die het bestek van de huurovereenkomst te buiten gingen. Vervolgens wordt beoordeeld of desondanks sprake is geweest van een jegens Dinami opgewekte schijn daarvan die aan Grenke kan worden toegerekend. Daarbij zijn alle omstandigheden ten tijde van de totstandkoming van de huurovereenkomst bepalend. Het feit dat Grenke blanco aanvraagformulieren voor een leaseovereenkomst aan Meditronics ter beschikking heeft gesteld en daarmee het risico heeft genomen dat deze in handen zouden komen van een derde, te weten de franchisegever, is op zichzelf ontoereikend om toerekenbare schijn van betrokkenheid/bevoegdheid te kunnen aannemen,

zo oordeelt het gerechtshof. Ook het feit dat Grenke een vaste relatie met Meditronics had en dat Meditronics op haar beurt een vaste relatie had met de franchisegever, is daarvoor volgens het gerechtshof niet voldoende. Het gegeven dat Grenke in een betrekkelijk korte periode een groot aantal aanvragen voor de lease van cardioscans heeft ontvangen, leidde evenmin tot een ander oordeel.

Het gerechtshof oordeelde verder dat Grenke zich niet hoefde te verdiepen in de achtergrond van de aanvragen tot huur van de cardioscans. Voor het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht bestaat geen grond. Dat Grenke op enig moment op de hoogte is geraakt van de connectie tussen franchisegever en Meditronics en de manier waarop de huurovereenkomsten werden gesloten (door tussenkomst van Meditronics en de franchisegever), is volgens het gerechtshof eveneens onvoldoende om schijn van betrokkenheid toe te rekenen aan Grenke. Dat bij Dinami de indruk bestond dat er sprake was van een totaalpakket, dient voor haar rekening te blijven. Het gerechtshof oordeelt dat Dinami dit als professionele marktpartij had moeten begrijpen. De conclusie van dit arrest is dan ook dat Dinami geen opschortingsbevoegdheid had jegens Grenke.

In deze uitspraak werd dus geen verbondenheid aangenomen inzake de twee overeenkomsten tussen ten dele verschillende partijen. Wij menen dat deze uitkomst te billijken valt en komen daar later in deze noot nog op terug.

Er zijn ook situaties denkbaar waarin een dergelijke verbondenheid wel kan worden aangenomen. In verschillende uitspraken is dat ook het geval geweest. Zo ook in de hiervoor al genoemde arresten van de Hoge Raad uit 1998 en 2000.²¹ Dit betrof twee baanbrekende arresten²² waarin werd aangenomen dat nauwe samenhang tussen twee overeenkomsten kan meebrengen dat een tekortkoming in de ene overeenkomst, de ontbinding (of opschorting) ten aanzien van de nadere overeenkomst rechtvaardigt.

In 2012 wees de Hoge Raad vervolgens een arrest, het hiervoor al genoemde *AfgaPhoto Finance / Foto Noort* arrest²³, waarin de lijn van de arresten uit 1998 en 2000 werd voortgezet. In die zaak ging het om een huurkoopconstructie tussen AfgaPhoto Europe en Foto Noort ter zake een zogenoemd minilab met bijhorende software die door een derde, Afga Photo Finance, werd gefinancierd. Het gerechtshof nam in die zaak verbondenheid aan omdat 1) de huurovereenkomst was gesloten nádat overeenstemming was bereikt over de financieringsovereenkomst, 2) Foto Noort, ook wat de financierings-

warden 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9456. Anders: Ktr. Gelderland d.d. 22 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:377.

19. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555 (*Jans/FCN*) en HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279 (*Meissner/Arenda*).

20. HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162 (*Afga-Photo Finance/Foto Noort*).

21. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555 (*Jans/FCN*) en HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279 (*Meissner/Arenda*).

22. Vgl. ook E.-J. Zippo, 'Samenhangende overeenkomsten en de gevolgen voor de mogelijkheden van ontbinding en opschorting', *MvV* 2012, 4.3, p. 101-106.

23. HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162 (*Afga-Photo Finance/Foto Noort*).

overeenkomst betreft, enkel contact had gehad met AfgaPhoto Europe en 3) aan Foto Noort niet duidelijk was gemaakt dat het om twee afzonderlijke overeenkomsten ging. Omdat AfgaPhoto Europe was tekortgeschoten in haar verplichtingen op grond van de huurkoopovereenkomst kon de financieringsovereenkomst, vanwege de nauwe samenhang, door Foto Noort worden ontbonden. De Hoge Raad overwoog dat dit oordeel van het gerechtshof niet onjuist was. De feitelijk-economische samenhang tussen beide overeenkomsten was zodanig dat ontbinding van de financieringsovereenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid gerechtvaardigd was, aldus de Hoge Raad.

In een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uit 2016²⁴ was sprake van een overeenkomst tot dienstverlening tussen enerzijds Reef, een onderneming die zich bezighoudt met wegenbouw, en anderzijds JPB, een transport- en opslagbedrijf voor vloeibare stoffen. Partijen waren voornemens om op exclusieve basis samen te werken ten behoeve van onder andere het inkopen van bitumen²⁵ van Lotos, een in Polen gevestigde producent van bitumen. Tussen JPB en Lotos is vervolgens een Letter of Intent (hierna: de "LOI") tot stand gekomen met betrekking tot de levering van bitumen. De rechtbank oordeelde dat de overeenkomst tot dienstverlening en de LOI zodanig onlosmakelijk met elkaar verbonden waren, dat op het moment dat partijen besloten om voor 2012 en 2013 geen bitumen meer bij Lotos af te nemen, de samenwerking zoals opgenomen in de overeenkomst tot dienstverlening feitelijk eindigde. Het gerechtshof oordeelde echter dat een koppeling tussen beide overeenkomsten ontbrak. De overeenkomst tot dienstverlening zag op het inkopen, transporteren, opslaan en distribueren van bitumen, terwijl de overeenkomst tussen JPB en Lotos (de LOI) uitsluitend zag op inkoop van bitumen. Een rechtstreekse koppeling tussen de LOI en de overeenkomst tot dienstverlening ontbrak, aldus het gerechtshof in deze kwestie. Daarbij was verder van belang dat Reef na het sluiten van de overeenkomst tot dienstverlening in juni 2010 zich ook niet meer heeft bemoeid met de totstandkoming en de inhoud van het inkoopcontract. De enkele omstandigheid dat in de considerans en art. 1 en 5 van de overeenkomst van dienstverlening werd gerefereerd aan "bitumen van Lotos", was volgens het gerechtshof onvoldoende om te spreken over onlosmakelijke overeenkomsten als bedoeld in de relevante rechtspraak van de Hoge Raad, waarmee het gerechtshof onder andere doelde op de hiervoor genoemde arresten uit 1998 en 2000.

De vraag of een tekortkoming in de nakoming van de ene overeenkomst de ontbinding van de andere overeenkomst rechtvaardigt, kwam ook al aan de orde in het geval van een franchiseovereenkomst

en een huurovereenkomst.²⁶ Dat was ook de situatie in het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 9 januari 2007.²⁷ In deze zaak ging het om de vraag of een tussen partijen gesloten huurovereenkomst onlosmakelijk verbonden was met een op dezelfde datum tussen partijen gesloten franchiseovereenkomst waardoor een tekortkoming in de nakoming van de franchiseovereenkomst de ontbinding van de huurovereenkomst rechtvaardigde. In de huurovereenkomst was uitdrukkelijk opgenomen dat deze aan de franchiseovereenkomst was gekoppeld. Aan de hand daarvan oordeelde het gerechtshof dat er sprake was van zodanige verbondenheid dat de tekortkoming in de franchiseovereenkomst tevens een tekortkoming in de huurovereenkomst opleverde. Een wezenlijk verschil in deze situatie was dus dat er een zogenaamd koppelbeding was opgenomen in de huurovereenkomst. In de hiervoor besproken rechtspraak, was van een dergelijke expliciet koppelbeding geen sprake.

Voor de lezer van dit tijdschrift is van belang dat de Hoge Raad in april 2017²⁸ heeft bevestigd dat een koppelbeding, waarin wordt geregeld dat een toerekenbare tekortkoming in de franchiseovereenkomst kwalificeert als een toerekenbare tekortkoming in de huurovereenkomst van bedrijfsruimte, niet valt onder de bedingen als bedoeld in art. 7:291 lid 1 BW en dus niet door de huurder vernietigd kan worden. In deze zaak had Kippersluis een winkelruimte in Amersfoort in onderhuur van Super de Boer voor de exploitatie van een supermarkt. Nadien spraken partijen via een franchiseovereenkomst af dat Kippersluis de supermarkt zou gaan exploiteren volgens de Super de Boer-formule. In de onderhuurovereenkomst stond een koppelbeding opgenomen waarin was bepaald dat een tekortkoming in de franchiseovereenkomst een tekortkoming in de onderhuurovereenkomst zou betekenen. Super de Boer ontdekt op enig moment dat Kippersluis heeft gefraudeerd. Zij doet een beroep op het koppelbeding en vordert op grond daarvan ontbinding van de onderhuurovereenkomst. Kippersluis voerde onder andere het verweer dat het koppelbeding vernietigbaar is op grond van art. 7:291 BW. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden²⁹ oordeelde echter dat dit niet het geval is omdat in de afdeling over 290-bedrijfsruimte geen bepalingen zijn opgenomen die betrekking hebben op de vraag wanneer een huurder tekortschiet in zijn verplichtingen en welke rechten de verhuurder dan heeft tegenover de huurder. Het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep werd door de Hoge Raad afgewe-

24. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9299.

25. Bitumen is een op aardolie gebaseerde substantie die bijvoorbeeld wordt gebruikt voor asfaltering.

26. Zie bijv. Ktr. Dordrecht 21 juni 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM8461.

27. Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ6753.

28. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:752. Zie daarover ook: K.M. Verdurmen & M.H. Boomsma, 'De samenloop van de franchise- en huurovereenkomst', *TvHB* 2017, nr. 6, p. 412-418.

29. Hof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6591.

zen zonder inhoudelijke beoordeling. Art. 7:291 BW hoeft het opnemen van een koppelbeding dus niet in de weg te staan.

Geconcludeerd kan worden dat de in deze noot centraal staande uitspraak tussen Grenke en Dinami in lijn is met eerdere rechtspraak over het onderwerp van samenhangende overeenkomsten en ook verdedigbaar is gelet op de omstandigheden in die zaak. In dergelijke kwesties is van belang of er sprake is van een nauwe feitelijk-economische samenhang en dient de rechtsverhouding te worden bezien in het licht van de omstandigheden van het geval. Zoals is gebleken, kunnen verschillende omstandigheden een rol spelen en laat de praktijk ook zien dat diverse rechterlijke instanties tot verschillende conclusies kunnen komen. In een uitspraak van de rechtbank Gelderland werd bijvoorbeeld wel samenhang tussen beide overeenkomsten aangenomen in een soortgelijke situatie die ook betrekking had op het bodycheck-project. In hoger beroep werd dat vonnis van de rechtbank Gelderland overigens vernietigd en bepaalde het gerechtshof alsnog dat er geen sprake was van samenhang tussen de overeenkomsten.³⁰

Wie meer zekerheid wil hebben over het aannemen van verbondenheid tussen twee verschillende overeenkomsten, doet er goed aan om in ieder geval een koppelbeding op te nemen, zoals ook het geval was in het hiervoor genoemde arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch uit 2007. Een goed uitgewerkte considerans waarin de verbondenheid wordt beschreven, zal ook van toegevoegde waarde zijn. Een keiharde garantie dat hiermee verbondenheid zal worden aangenomen, geeft dat echter niet omdat de rechter ook dan alle omstandigheden van het geval bij zijn oordeel kan betrekken. Overigens zal voor het opnemen van een koppelbeding in de huurovereenkomst welke afwijkt van de bepalingen in BW 7, titel 4, afdeling 6 waarschijnlijk een verzoekschrift tot goedkeuring van een afwijkend beding bij de rechtbank moeten worden ingediend. Het is dus zaak om daar goed op te letten.³¹

K.M. Verdurmen en M. Davelaar³²

30. Ktr. Arnhem 22 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:377 en Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9468.

31. Zie bijv. Ktr. Rotterdam 2 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1152 en Ktr. Rotterdam 9 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1151.

32. Katinka Verdurmen en Mirjam Davelaar zijn advocaten bij Fort Advocaten N.V.

TvHB 2018/8

**Rechtbank Zeeland-West-Brabant, sector kanton,
locatie Breda
12 oktober 2016**

ECLI:NL:RBZWB:2016:8696

Zaaknummer: 4580974 CV EXPL 15-6474

Samenvatting

Contractsovername, branchebeschermingsbeding, geen "onmiddellijk verband", onvoorziene omstandigheden, deskundigenbenoeming

De verhuurder van een winkelcentrum heeft met de huurder afgesproken dat gedurende de eerste zes jaar na de huuringsdatum geen ruimte in het winkelcentrum aan een andere drogisterij verhuurd zal worden. Vervolgens is het gehuurde verkocht en geleverd aan een derde en partijen twisten over de vraag of het branchebeschermingsbeding bij de verkoop is overgegaan op de voet van het bepaalde in art. 7:226 BW. De kantonrechter oordeelt dat de verkrijger enkel gebonden is aan de bedingen van de huurovereenkomst die onmiddellijk verband houden met het gebruik van de zaak tegen de door de huurder te betalen tegenprestatie. Het branchebeschermingsbeding zou hier niet onder vallen en het beding is daarom niet overgegaan bij de verkoop en levering van het gehuurde. De huurder voert vervolgens aan dat de huurovereenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden moet worden aangepast, nu hij mocht verwachten dat hij gedurende zes jaar geen concurrentie hoefde te duchten in het winkelcentrum. De verhuurder verweert zich met de stelling dat de huurder had moeten verwachten dat het winkelcentrum zou worden verkocht, met als gevolg dat het branchebeschermingsbeding zou vervallen. Bovendien wordt aangevoerd dat het beding in strijd is met de Mededingingswet. De kantonrechter gaat niet met deze verweren mee en oordeelt dat het feit dat de verhuurder geen uitvoering geeft aan het branchebeschermingsbeding is aan te merken als een onvoorziene omstandigheid. De kantonrechter benoemt een deskundige om vast te stellen of de gewijzigde omstandigheden een aanpassing van de huurprijs rechtvaardigen.

Kantonrechter

1 [eiseres sub 1],
gevestigd en kantoorhoudende te ([adres 1]),
2. [eiser sub 2],
wonende te ([adres 2]),
3. [eiseres sub 3],
wonende te ([adres 2]),
eisers,
gemachtigde: mr. A. van den Heuvel en mr. F.W. Barendrecht, advocaten te Rotterdam,
tegen
[gedaagde],
gevestigd te ([adres 3]),
gedaagde,
gemachtigde: mr. M.H.L. van Dijkman en mr. S.G. Tichelaar, advocaten te Rotterdam.

Partijen zullen hierna worden aangeduid als “[eiseres sub 1]”, dan wel “[eiser sub 2]” en “[eiseres sub 3]”, en “[gedaagde]”.

3 De beoordeling

3.1 Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend, dan wel niet of onvoldoende betwist, staat met betrekking tot de inhoud van de zaak tussen partijen het volgende vast:

- [eiser sub 2] en [eiseres sub 3] zijn met ingang van 1 februari 2005 de vennootschap onder firma [eiseres sub 1] aangegaan. [eiseres sub 1] exploiteert een winkel in drogisterij artikelen, parfums en cosmetica conform de [naam 3] -formule. De drogisterij is overgenomen van de heer [naam 1] en is gelegen in het winkelcentrum [naam 2] te Breda (verder te noemen: het winkelcentrum);

- met ingang van 1 februari 2005 heeft [eiseres sub 1] ook de huurovereenkomst tussen de heer [naam 1] en Stichting Pensioenfonds [naam 4] (verder te noemen: [naam 4]) overgenomen tegen een huurprijs van € 33.623,00 per jaar (exclusief btw en servicekosten);

- in het jaar 2010 heeft [naam 4] aan [eiseres sub 1] kenbaar gemaakt dat zij wil overgaan tot renovatie van het winkelcentrum en daarom een nieuwe huurovereenkomst met haar wil aangaan;

- op 27 augustus 2010 heeft de heer [naam 5] (verder te noemen: [naam 5]) namens [naam 4], aan [eiseres sub 1] een huuraanbieding gedaan (verder te noemen: de aanbieding) in het kader van de op handen zijnde renovatie c.q. herontwikkeling van het winkelcentrum. In de aanbieding is opgenomen:

“(...) Verhuurder committeert zich gedurende de eerste 6 jaar na de huuringangsdatum geen winkelruimte binnen het winkelcentrum aan een andere drogisterijspecialzaak te verhuren. (...)”;

- op 8 september 2010 heeft [eiseres sub 1] de huuraanbieding voor akkoord ondertekend;

- op 27 december 2012 is het winkelcentrum door [naam 4] verkocht en geleverd aan [gedaagde];

- in juli 2014 is in het winkelcentrum een Kruitvat filiaal gevestigd;

- op 14 augustus 2014 heeft [naam 5] (namens [gedaagde]) aan [eiseres sub 1] een eerste concept-huurovereenkomst gezonden;

- artikel 10.18 van de eerste concept-huurovereenkomst (verder te noemen: het branchebeschermingsbeding) luidt als volgt:

“(...) Verhuurder committeert zich gedurende de eerste 6 jaar na huuringangsdatum geen winkelruimte binnen het winkelcentrum aan een andere drogisterijspecialzaak te verhuren (...)”;

- bij e-mails van 12 september 2014 en 29 september 2014 van [eiseres sub 1] aan [naam 5] heeft [eiseres sub 1] laten weten dat zij niet akkoord gaat met de eerste concept-huurovereenkomst en zij verzoekt om de huurovereenkomst op te stellen conform de gemaakte afspraken;

- in september 2014 is in het winkelcentrum een Op=Op filiaal gevestigd;

- op 3 november 2014 heeft [naam 5] aan [eiseres sub 1] een tweede concept-huurovereenkomst gezon-

den. In deze overeenkomst is het branchebeschermingsbeding niet opgenomen;

- op 22 november 2014 is het winkelcentrum heropend;

- bij e-mail van 27 november 2014 zijn namens [eiseres sub 1] aan [naam 5] diverse vragen en opmerkingen gemaakt naar aanleiding van de tweede concept-huurovereenkomst;

- bij e-mail van 30 december 2014 van [naam 5] aan [eiseres sub 1] heeft [naam 5] aan [eiseres sub 1] laten weten dat de ingangsdatum van de nieuwe huurovereenkomst 1 december 2014 is en dat artikel 10.18 van de eerste concept-huurovereenkomst (inderdaad) ten onrechte niet is opgenomen in de tweede concept-huurovereenkomst van 3 november 2014;

- op 26 februari 2015 heeft [naam 5] aan [eiseres sub 1] een derde concept-huurovereenkomst gezonden. Ook in deze overeenkomst is het branchebeschermingsbeding niet opgenomen;

- bij brief van 12 maart 2015 is namens [eiseres sub 1] aan [naam 5] laten weten dat zij niet akkoord gaat met de derde concept-huurovereenkomst.

3.2 Alvorens in te gaan op de standpunten van partijen overweegt de kantonrechter dat, gelet op de hoeveelheid geschilpunten in deze zaak, de standpunten van partijen per geschilpunt zullen worden behandeld.

Geldigheid van het branchebeschermingsbeding

3.3 [eiseres sub 1] stelt dat zij de aanbieding zijdens [naam 4] van 27 augustus 2010 op 8 september 2010 heeft geaccepteerd, zodat op dat moment tussen partijen het branchebeschermingsbeding is overeengekomen. Vervolgens is het gehuurde verkocht en geleverd aan [gedaagde], zodat [gedaagde] ex artikel 7:226 van het Burgerlijk Wetboek (BW) gehouden is aan dit beding. [Gedaagde] stelt zich op het standpunt dat het beding bij de verkoop niet op haar is overgegaan, nu artikel 7:226 lid 3 BW bepaalt dat enkel kernbedingen over gaan op de nieuwe eigenaar van het gehuurde object. Ter onderbouwing van haar standpunt verwijst zij naar een uitspraak van de rechtbank Leeuwarden van 23 juli 1981 (KG 1981, 118).

3.4 De kantonrechter overweegt dat niet tussen partijen in geschil is dat tussen [eiseres sub 1] en [naam 4] (de vorige eigenaar van het gehuurde) het branchebeschermingsbeding is overeengekomen en dat het gehuurde daarna is verkocht aan [gedaagde]. Enkel is tussen partijen in geschil of het branchebeschermingsbeding bij de verkoop is overgegaan op [gedaagde].

3.5 In artikel 7:226 lid 1 BW is – kort gezegd – opgenomen dat de rechten en verplichtingen uit een huurovereenkomst overgaan op de nieuwe eigenaar van het huurobject bij overdracht van dat huurobject. Volgens lid 3 van voornoemd artikel is de verkrijger echter enkel gebonden aan de bedingen van de huurovereenkomst die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen de door de huurder te betalen tegenprestatie. De term “onmiddellijk verband houden” ziet volgens de literatuur (bv. GS Huurrecht artikel 226

Boek 7 BW, aant. 25) op bedingen die directe doorwerking hebben op de eigenlijke verhuring van het gehuurde. Daarbij is niet van belang of de met de vorige eigenaar overeengekomen huurprijs is bepaald mede naar aanleiding van het tussen partijen overeengekomen beding, dat niet onmiddellijk verband houdt met de eigenlijke verhuring van het huurobject. Gelet op het voorgaande is de kantonrechter dan ook van oordeel dat het branchebeschermingsbeding niet kan worden gekwalificeerd als een beding ex artikel 7:226 lid 3 BW en is het beding niet op [gedaagde] overgegaan bij de verkoop en levering van het gehuurde.

3.6 Nu, zoals hiervoor overwogen, is komen vast te staan dat het branchebeschermingsbeding niet tussen partijen geldt, behoeven de volgende stellingen en weren niet meer te worden behandeld:

- het verweer met betrekking tot de eventuele nietigheid van het beding in relatie tot artikel 6 van de mededingingswet;

- de vraag of er sprake is van een gebrek als bedoeld in artikel 7:204 BW;

- de stelling dat [gedaagde] toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van de tussen partijen geldende huurovereenkomst;

Het voorgaande betekent vervolgens dat de onder 3 gevorderde verklaring voor recht niet toewijsbaar is. Deze is immers gegrond op de stelling dat er sprake zou zijn van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst wegens het niet naleven van het branchebeschermingsbeding, terwijl hiervoor is vastgesteld dat dit beding geen onderdeel meer uitmaakt van de overeenkomst.

3.7 Het verweer met betrekking tot de uitsluiting van huurprijzvermindering en schadevergoeding op grond van de algemene voorwaarden behoeft dan ook niet meer te worden behandeld. In de artikelen 11.5, 11.6 en 11.8 van de ter discussie gestelde algemene voorwaarden wordt schadevergoeding, dan wel huurprijzvermindering, uitgesloten indien daarom wordt verzocht op grond van een gebrek of een toerekenbare tekortkoming, waarvan, zoals hiervoor overwogen, geen sprake is. Gelet hierop dient de gevorderde verklaring voor recht onder 4 te worden afgewezen bij gebrek aan belang. Thans resteren aan de zijde van [eiseres sub 1] enkel het beroep op (gedeeltelijke) vernietiging van de overeenkomst tussen [eiseres sub 1] en thans Evastate op grond van dwaling en het beroep op (gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst tussen [eiseres sub 1] en thans Evastate op grond van onvoorziene omstandigheden. Deze twee opties worden niet uitgesloten op grond van de tussen partijen geldende algemene voorwaarden.

Dwaling

3.8 Vervolgens doet [eiseres sub 1] een beroep op (wederzijdse) dwaling. De kantonrechter overweegt echter dat er van dwaling enkel sprake kan zijn als het gaat om feiten en omstandigheden, dan wel foutieve inlichtingen van [naam 4] die kenbaar waren bij het sluiten van de afspraak tussen [eiseres sub 1] en [naam 4] in 2010. Het voorgaande zou betekenen dat in augustus en september 2010 al bekend

zou moeten zijn bij [naam 4] (en [eiseres sub 1]) dat [naam 4] het gehuurde zou verkopen aan [gedaagde] en dat [gedaagde] vervolgens geen gevolg zou geven aan het tussen partijen overeengekomen branchebeschermingsbeding. Niet is gesteld of gebleken dat op dat moment het voor [naam 4] bekend was dat zij het gehuurde zou verkopen aan [gedaagde] of een andere derde en/of dat het ook al bekend was dat [gedaagde] dan wel die andere derde, zich niet zou houden aan het tussen partijen overeengekomen branchebeschermingsbeding. De omstandigheid dat [gedaagde] geen uitvoering geeft aan het branchebeschermingsbeding is dus een na het sluiten van de overeenkomst kenbaar geworden, zodat deze omstandigheid niet kan leiden tot vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling.

3.9 Het voorgaande betekent dat de verdere stellingen en verweren, die samenhangen met het beroep op dwaling, niet behoeven te worden behandeld.

Onvoorziene omstandigheden

3.10 Tot slot beroept [eiseres sub 1] zich op onvoorziene omstandigheden. Zij voert aan dat zij heeft ingestemd met de hogere huurprijs in de veronderstelling dat zij, gedurende zes jaar, geen concurrentie te duchten zou hebben in het winkelcentrum. Zij verwachtte dan ook een hogere omzet, die het voldoen van de hogere huurprijs en servicekosten financieel haalbaar zou maken. Zij heeft op dat moment niet kunnen voorzien dat [gedaagde] zich niet zou houden aan het branchebeschermingsbeding en dat zij te maken zou krijgen met twee concurrenten, zijnde de Op=Op voordeelschop en het [naam 4]. Gelet op die omstandigheden kan [gedaagde] ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet verwachten, aldus [eiseres sub 1].

3.11 [gedaagde] voert aan dat het branchebeschermingsbeding nooit zou worden overgedragen op een koper van het winkelcentrum op grond van de wet. [eiseres sub 1] had mogen verwachten dat een investeerder, als [naam 4], op enig moment het winkelcentrum zou verkopen, zodat in dat geval het branchebeschermingsbeding geen toepassing zou hebben. Daarnaast is het beding altijd nietig geweest op grond van de mededingingswet, zodat ook op die grond het beding nimmer toepassing zou hebben gevonden. Bovendien is de Op=Op voordeelschop geen drogisterijspeciaalzaak, zoals bedoeld in het branchebeschermingsbeding. Ook het [naam 4] is geen overtreding van het branchebeschermingsbeding, nu de [naam 4] is geopend voordat de huurovereenkomst met [eiseres sub 1] in ging. Er is gelet op het voorgaande geen sprake van onvoorziene omstandigheden en, voor zover de kantonrechter oordeelt dat dit wel het geval is, kunnen deze omstandigheden niet leiden tot een wijziging van de huurovereenkomst, aldus [gedaagde].

3.12 De kantonrechter overweegt dat hij, op basis van artikel 6:258 lid 1 BW, op verlangen van een partij de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde in-

standhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Dat er voor [eiseres sub 1] sprake is van onvoorziene omstandigheden heeft [eiseres sub 1], naar het oordeel van de kantonrechter, voldoende onderbouwd. Immers, misschien had het wel voor de hand gelegen dat [naam 4] op enig moment het winkelcentrum zou verkopen, maar [eiseres sub 1] mocht er wel vanuit gaan dat [naam 4] zou bewerkstelligen dat het branchebeschermingsbeding, waar [eiseres sub 1] en [naam 4] kort voor de verkoop van het gehuurde specifiek over onderhandeld hadden en overeenstemming over hadden bereikt, zou overgaan naar de volgende eigenaar/verhuurder. De vraag of het branchebeschermingsbeding ingevolge artikel 6 van de mededingingswet nietig is, maakt het voorgaande, naar het oordeel van de kantonrechter, niet anders. Het is immers niet uit te sluiten dat contractspartijen overeenkomsten sluiten die (bedingen bevatten die) in strijd zijn met de openbare orde, maar beide contractspartijen voordeel opleveren. Partijen kunnen er in dat geval voor kiezen uitvoering te geven aan die afspraken zolang derden daar geen bezwaar tegen maken. Bovendien heeft het Hof van Justitie in haar uitspraak van 26 november 2015 bepaald dat een branchebeschermingsbeding niet onder het "strekking"-criterium valt van artikel 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, zodat ook dient te worden aangenomen dat een dergelijk beding niet onder het "strekking"-criterium van artikel 6 lid 1 mededingingswet valt. Het voorgaande betekent dat in dat geval dient te worden beoordeeld of het branchebeschermingsbeding aanzienlijk bijdraagt tot een mogelijke afscherming van de betrokken referentiemarkt en daarom kan worden beschouwd als een overeenkomst die "tot gevolg" heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU, dan wel artikel 6 mededingingswet. Dit is pas vast te stellen na een grondige analyse van de economische en juridische context, waarin de huurovereenkomst met dit branchebeschermingsbeding geldt, en van de bijzonderheden van die markt (zie ook: gerechtshof Den Haag 26 april 2016 ECLI:GHDHA:2016:2018), zodat [eiseres sub 1] er, naar het oordeel van de kantonrechter, bij het sluiten van het beding niet vanuit hoefde te gaan dat het beding zonder meer nietig is. Het voorgaande betekent dat het feit dat [gedaagde] geen uitvoering geeft aan het branchebeschermingsbeding is aan te merken als een onvoorziene omstandigheid.

3.13 Vervolgens dient de kantonrechter de vraag te beantwoorden of die onvoorziene omstandigheid van dien aard is dat [gedaagde] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Om dat te kunnen beoordelen dient de kantonrechter vast te stellen in hoeverre het verschil tussen de huurprijs in de huidige huurovereenkomst en de huurprijs in de vorige huurovereenkomst is te rechtvaardigen, rekening houdende met:

- het feit dat het winkelcentrum is verbouwd;
- de huurprijsontwikkelingen in de markt an sich;

- de marktpositie van [eiseres sub 1] in het gehuurde, rekening houdende met de markt waarbinnen het gehuurde ligt en de hoeveelheid concurrentie [eiseres sub 1] te duchten heeft van de Op=Op Voordeelshop en het [naam 4].

3.14 Gelet op de specifieke kennis, die benodigd is om voornoemde vaststelling te kunnen doen, ziet de kantonrechter aanleiding een deskundige te benoemen en hem de volgende vragen voor te leggen:

1. In hoeverre is de thans overeengekomen huurprijs van het gehuurde marktconform naar de maatstaven van artikel 7:303 lid 2 BW?

2. Welke invloed hebben de volgende factoren op de huurprijs? De markt waarbinnen het gehuurde ligt en, of en in hoeverre, [eiseres sub 1] concurrentie te duchten heeft van de Op=Op Voordeelshop en het [naam 4].

3. Zijn er wat u betreft nog andere voor deze zaak relevante opmerkingen?

3.15 De kantonrechter is voornemens om als deskundige te benoemen:

- [naam 6], werkzaam ten kantore van [naam 6];
- [adres 4];
- [adres 4];
- Email: [naam 6];

3.16 De kantonrechter ziet aanleiding in de omstandigheden van het geval om te bepalen dat beide partijen ieder de helft van het voorschot van de deskundige dienen te voldoen. De deskundige heeft te kennen gegeven dat de kosten van het onderzoek door hem worden begroot op een bedrag van € 5.000,00 (exclusief btw) op basis van een uurtarief van € 175,00 (exclusief btw).

3.17 De kantonrechter zal de zaak verwijzen naar na te melden rolzitting opdat partijen zich bij akte kunnen uitlaten over de persoon van de deskundige, de aan deze voor te leggen vragen en de omvang van het te storten voorschot.

3.18 Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

4 De beslissing

De kantonrechter:

beveelt dat een onderzoek door een deskundigen zal worden ingesteld en formuleert voorlopig de volgende vraagpunten:

1. In hoeverre is de thans overeengekomen huurprijs van het gehuurde marktconform naar de maatstaven van artikel 7:303 lid 2 BW?

2. Welke invloed hebben de volgende factoren op de huurprijs? De markt waarbinnen het gehuurde ligt en, of en in hoeverre, [eiseres sub 1] concurrentie te duchten heeft van de Op=Op Voordeelshop en het [naam 4].

3. Zijn er wat u betreft nog andere voor deze zaak relevante opmerkingen?

stelt voor om tot deskundige te benoemen:

- (...);
- deelt mee dat het voorschot voor de deskundige, waarvan beide partijen de helft dienen te dragen, wordt begroot op een bedrag van € 5.000,00 (exclusief btw) op basis van een uurtarief van € 175,00 (exclusief btw);
- verwijst de zaak naar (...);

houdt iedere verdere beslissing aan.
Dit vonnis is gewezen door mr. A.G.M. Zander (...).

Commentaar

Eén van de kernvragen in de onderhavige zaak luidt of het branchebeschermingsbeding dat in de huurovereenkomst was opgenomen ingevolge art. 7:226 BW bij eigendomsoverdracht was overgegaan op de nieuwe eigenaar/verhuurder van de verhuurde zaak.

Op grond van art. 7:226 lid 1 BW gaan de rechten en verplichtingen van de verhuurder die na overdracht van de verhuurde zaak opeisbaar worden, over op de verkrijger.³³ Dit wordt wel samengevat in het bekende adagium “koop breekt geen huur”. Art. 7:226 lid 1 BW resulteert erin dat de huurovereenkomst een zeker goederenrechtelijk effect krijgt, omdat de nieuwe eigenaar (of beperkt gerechtigde) de huurovereenkomst waar hij geen partij bij is, toch dient te respecteren. De rechtvaardiging hiervoor wordt gevonden in de gedachte dat de huurder bescherming verdient in de verhouding jegens de nieuwe eigenaar of beperkt gerechtigde.³⁴ Enerzijds speelt hierbij een rol dat de huurbescherming zonder een regeling als die van art. 7:226 BW wel gemakkelijk zou kunnen worden omzeild en anderzijds dat een koper (met name bij een onroerende zaak) erop bedacht dient te zijn dat de zaak verhuurd is, aangezien dit regelmatig voorkomt.³⁵ Niet alle rechten en verplichtingen van de huurder gaan bij overdracht van de zaak echter over, maar slechts die rechten en verplichtingen (bedingen) die *onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie*, zo volgt uit het derde lid van art. 7:226 BW. De vraag rijst dan uiteraard wanneer er van zo'n “onmiddellijk verband” sprake is.

In het zogenaamde Vendex-arrest uit 2007³⁶ heeft de Hoge Raad een uitleg gegeven aan dit “onmiddellijk verband-vereiste”, in het kader van een koopoptie die was opgenomen in de huurovereenkomst. De Hoge Raad oordeelde dat een koopoptie in een huurovereenkomst in beginsel niet onder het toepassingsbereik van de wettelijke regeling valt. De Hoge Raad oordeelde eveneens dat als het door de huurder periodiek te betalen bedrag naast de gebruiksvergoeding, ook een vergoeding voor de uiteindelijke verkrijging in zich bergt (zoals in leaseovereenkomsten), een koopoptie wél van rechtswege geldt tussen de huurder en de opvolgende verhuurder,

omdat dan wél aan de eis van voldoende verband is voldaan.³⁷

In de onderhavige zaak exploiteerde de huurder een winkel in drogisterijartikelen. In 2010 hadden de huurder en de oorspronkelijke verhuurder onderhandeld over een (nieuwe) huurovereenkomst met daarin de volgende clausule: “(...) verhuurder committeert zich gedurende de eerste zes jaar na de huuringsdatum geen winkelruimte binnen het winkelcentrum aan een andere drogisterijspecialzaak te verhuren (...)”. Op 8 september 2010 heeft de huurder de huuraanbieding (inclusief voornoemd beding) voor akkoord ondertekend. Ruim twee jaar later is het winkelcentrum door de oorspronkelijke verhuurder verkocht en geleverd aan de huidige eigenaar/verhuurder. In juli 2014 is in het winkelcentrum een Kruidvat filiaal gevestigd. De huurder heeft gesteld dat de huurprijs mede is bepaald naar aanleiding van het overeengekomen branchebeschermingsbeding.

In verband met de vraag of het betreffende branchebeschermingsbeding is overgegaan op de nieuwe eigenaar en verhuurder, overweegt de kantonrechter dat de term “onmiddellijk verband houden” volgens de literatuur ziet op bedingen die *directe doorwerking hebben op de eigenlijke verhuring van het gehuurde*. Daarbij is, volgens de kantonrechter, niet van belang of de met de vorige eigenaar overeengekomen huurprijs mede is bepaald naar aanleiding van het tussen partijen overeengekomen beding dat niet onmiddellijk verband houdt met de eigenlijke verhuring van het huurobject. Gelet daarop is de kantonrechter van oordeel dat het branchebeschermingsbeding niet kan worden gekwalificeerd als een beding ex art. 7:226 lid 3 BW en dat het beding daarom niet is overgegaan op de nieuwe eigenaar bij verkoop en levering van het gehuurde.³⁸

37. Dit is herhaald in HR 26 maart 2010, NJ 2010, 368. Zie ook Gerechtshof Arnhem 14 juni 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR1266, TvHB 2011, 19.

38. In het verleden heeft Rb. Leeuwarden ook geoordeeld dat een branchebeschermingsbeding niet een kernbeding is als bedoeld in het derde lid van art. 7:226 BW en niet overgaat op een nieuwe eigenaar van het gehuurde (23 juli 1981, KG 1981, 118). In dat geval was in de huurovereenkomst opgenomen dat de verhuurder aan de huurder exclusiviteit gaf voor de verkoop van kruidenierswaren en dergelijke en geen ruimtes in hetzelfde centrum zou verhuren aan winkeliers met dezelfde verkoopbranches. De president van de rechtbank oordeelde dat deze verplichting door de huurder weliswaar was aanvaard in samenhang met de overige afspraken die tot het huurcontract hadden geleid, maar dat deze verplichtingen niet konden worden geacht een onverbrekelijk deel uit te maken van het huurcontract als zodanig. Daarom viel het beding volgens de president niet onder het (destijds geldende) art. 7A:1612 (oud) BW. Rb. Zwolle-Lelystad oordeelde anders op 22 maart 2012 (ECLI:NL:RBZLY:2012:BW0582) over een zaak waarbij een kapsalon ruimte huurde in een winkelcentrum en waarbij Provast, die het winkelcentrum voor de verhuurder ontwikkelde, met de kapsalon was overeengekomen dat in het winkelcentrum slechts plaats zou zijn voor één kapsalon, dat deze branche zou worden ingevuld door

33. Hetzelfde geldt in geval van de vestiging van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft.

34. Kamerstukken II 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 35.

35. Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 28.

36. HR 15 juni 2007, NJ 2007, 445, waarbij de Hoge Raad aansluit bij het door haar reeds op 5 januari 1923 (onder het oude recht) gewezen arrest (NJ 1923, p. 305). Zie over dit arrest ook uitgebreid N. Eeken en A.M. de Visser ‘Koop breekt geen huur’, TvHB 2017, nr. 4, p. 106-112.

De kantonrechter is van mening dat er alleen sprake kan zijn van een onmiddellijk verband als bedoeld in lid 3 van art. 7:226 BW, als het betreffende beding betrekking heeft op de "eigenlijke verhuring van het huurobject". Kennelijk interpreteert de kantonrechter dat als betreffende "het gehuurde zelf". Zo niet, dan houdt het op en is niet meer van belang of de huurprijs mede is bepaald naar aanleiding van het betreffende beding. Dit lijkt mij een te beperkte (en daarmee onjuiste) uitleg van het wettelijk criterium (die ook niet in lijn is met rechtspraak van de Hoge Raad). Ook als een beding niet direct het gehuurde object zelf betreft, kan het mijns inziens nog wel *onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie*, zoals lid 3 bepaalt, namelijk als de huurovereenkomst zonder het betreffende beding niet of niet op dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan.³⁹

Vervolgens sorteert het branchebeschermingsbeding echter – mogelijk – alsnóg (op een bepaalde manier) effect, te weten via de band van onvoorziene omstandigheden. De huurder had zich namelijk ook beroepen op onvoorziene omstandigheden en in dat verband aangevoerd dat hij had ingestemd met de hogere huurprijs (dan voorheen) in de veronderstelling dat hij gedurende zes jaar geen concurrentie te duchten zou hebben in het winkelcentrum. Hij verwachtte daarom een hogere omzet dan thans voor hem realiseerbaar is, die het voldoen van de hogere huurprijs en servicekosten financieel haalbaar zou maken. Hij had op dat moment niet kunnen voorzien dat de opvolgend verhuurder niet zou zijn gebonden aan het branchebeschermingsbeding en dat hij te maken zou krijgen met concurrenten. De kantonrechter volgt deze redenering en overweegt dat de rechter op basis van art. 6:258 lid 1 BW, op verlangen van een partij, de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze overeenkomst geheel of gedeeltelijk kan ontbinden, op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Volgens de kantonrechter heeft de huurder voldoende onderbouwd dat van onvoorziene omstandigheden sprake is. Het had dan mis-

schien voor de hand gelegen dat de oorspronkelijke verhuurder het winkelcentrum op enig moment zou verkopen, maar de huurder mocht ervan uitgaan dat de oorspronkelijke verhuurder dan zou bewerkstelligen dat het branchebeschermingsbeding waar de huurder en de oorspronkelijke verhuurder kort voor de verkoop van het gehuurde specifiek over onderhandeld hadden en overeenstemming over hadden bereikt, zou overgaan naar de volgende eigenaar/verhuurder.^{40,41} Vervolgens dient de kantonrechter de vraag te beantwoorden of die onvoorziene omstandigheid van dien aard is dat de huidige verhuurder naar maatstaven en redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Om dat te kunnen beoordelen dient de kantonrechter vast te stellen in hoeverre het verschil in de huurprijs in de huidige huurovereenkomst en de huurprijs in de vorige huurovereenkomst is te rechtvaardigen, re-

de huurder en dat in het kader van de herontwikkeling niet aan andere kapsalons verhuurd zou worden. Op enig moment is het winkelcentrum verkocht en overgedragen aan een andere partij. De kantonrechter oordeelt (zonder nadere motivering) dat de nieuwe eigenaar gebonden is aan het hiervoor weergegeven beding.

39. Vergelijk ook het ontwerp Houwing dat uiteindelijk geleid heeft tot het huidige art. 7:226 BW, waarin wordt opgemerkt: "(...) een beding in een huurovereenkomst dat niet rechtstreeks met de huurverhouding als omschreven in art. 1584 (art.7.4.1.1) verband houdt, kan nochtans een integrerend deel van de overeenkomst uitmaken, ook in dier voege dat de huur zonder dat beding niet of niet op dezelfde huurvoorwaarden zou zijn gesloten; (...)"

40. De vraag of het branchebeschermingsbeding ingevolge art. 6 van de Mededingingswet nietig is, maakt het voorgaande naar het oordeel van de kantonrechter anders. Het is immers volgens de kantonrechter niet uit te sluiten dat contractspartijen overeenkomsten sluiten die (bedingen bevatten die) in strijd zijn met de openbare orde, maar beide contractspartijen voordeel opleveren. Partijen kunnen er in dat geval voor kiezen uitvoering te geven aan die afspraken zolang derden daar geen bezwaar tegen maken, aldus de kantonrechter. Bovendien heeft het Hof van Justitie in zijn uitspraak van 26 november 2015, C-345/14; ECLI:EU:C:2015:784, TVHB 2016, 2 "Maxima/Latvija"/Konkurences padome bepaald dat een branchebeschermingsbeding niet onder het "strekkingcriterium" valt van art. 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), zodat ook dient te worden aangenomen dat een dergelijk beding niet onder het "strekkingcriterium" van art. 6 lid 1 Mededingingswet valt. Dat betekent dat dient te worden beoordeeld of het branchebeschermingsbeding aanzienlijk bijdraagt tot een mogelijke afscherming van de betrokken referentiemarkt en daarom kan worden beschouwd als een overeenkomst die "tot gevolg heeft" dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin van art. 101 lid 1 VWEU, dan wel art. 6 Mededingingswet. Dit is pas vast te stellen na een grondige analyse van de economische en juridische context, waarin de huurovereenkomst met dit branchebeschermingsbeding geldt en van de bijzonderheden van die markt (zie ook Hof Den Haag 26 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2018). De huurder hoefde er daarom naar het oordeel van de kantonrechter bij het sluiten van het beding niet vanuit te gaan dat het beding zonder meer nietig was.

41. Enerzijds valt wel te begrijpen dat de kantonrechter oordeelt dat de huurder hiervan uit mocht gaan, nu de huurder het branchebeschermingsbeding niet lang geleden met de verhuurder had uitonderhandeld, maar anderzijds is het uitgangspunt (zeker bij professionele partijen) dat als men wil dat een beding ook voor opvolgende verkrijgers gaat gelden, men dat uitdrukkelijk dient te bepalen (en daarbij bijvoorbeeld een kettingbeding opneemt). Door daaraan voorbij te gaan, wordt (in dit geval) mijns inziens echter wel afbreuk gedaan aan het principe van art. 7:226 lid 3 BW dat niet alleen 'kernbedingen' mee overgaan en dit komt (meer in het algemeen) de rechtszekerheid evenmin ten goede.

kening houdend met een aantal omstandigheden.⁴² In dit verband wenst de kantonrechter een deskundige te benoemen.

De onderhavige uitspraak draagt niet bij aan het creëren van meer duidelijkheid over de vraag welke bedingen wel en welke niet (op de voet van het bepaalde in art. 7:226 lid 3 BW) overgaan op een opvolgend eigenaar/verhuurder. Het blijft daarom onverminderd belangrijk voor huurders die zeker willen stellen dat bepaalde specifieke bedingen c.q. alle bedingen van de huurovereenkomst in geval van overdracht van het gehuurde overgaan op de nieuwe eigenaar, om dit expliciet te regelen. Bijvoorbeeld door in de huurovereenkomst te bepalen (in de vorm van een kettingbeding met eventueel een boetebepaling) dat de verhuurder gehouden is om de volledige huurovereenkomst op zijn rechtsopvolgers te doen overgaan op de voet van het bepaalde in art. 6:159 BW.⁴³

E.T. de Boer⁴⁴

42. Het onderhandelen over/sluiten van de nieuwe huurovereenkomst had overigens niet te maken met c.q. werd niet ingegeven door (de wens tot het overeenkomen van) het branchebeschermingsbeding maar met de wens van de verhuurder om het winkelcentrum te renoveren.

43. Zie ook L.M. Rooseboom, 'Artikel 7:226 vs. 6:159 BW', *TvHB* 2014, nr. 4, p. 226-229.

44. Ester de Boer is als advocaat-counsel werkzaam bij Houthoff te Rotterdam.

Jurisprudentieoverzicht

mr. J.M. Winter-Bossink en mr. N. Amiel¹

Jurisprudentieoverzicht betreffende een selectie van voor de verhuur van bedrijfsruimte relevante uitspraken gepubliceerd – of aan de redactie ter hand gesteld – in de periode 1 december 2017 tot en met 31 januari 2018.

Hoge Raad

Hoge Raad 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3252 en conclusie AG 27 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1178 (duur, huurbescherming)

Het hof heeft geconcludeerd dat het beroep van de huurder van 290-bedrijfsruimte op huurbescherming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en dat dit beroep misbruik van recht oplevert. Daarbij acht het hof de volgende omstandigheden van belang: (i) er was expliciet een contract van minder dan twee jaar gesloten om huurbescherming te voorkomen en de termijn van art. 7:301 lid 1 BW is met slechts drie maanden overschreden, (ii) de huurder was altijd op de hoogte van de intentie van de verhuurder om geen huurbescherming te doen ontstaan, omdat hij voornemens was het gehuurde zelf te gaan gebruiken voor omvangrijke werkzaamheden waarmee de huurder bekend was, (iii) de huurder had laten blijken deze intentie te kennen en had laten weten er alle begrip voor te hebben, (iv) de verhuurder kwam met genoemde laatste verlenging van drie maanden de huurder tegemoet uit welwillendheid, (v) de huurder had zijn beroep op huurbescherming pas duidelijk gemaakt op het moment dat de termijn van art. 7:301 lid 1 BW was verstreken. Volgens de AG is de waardering van deze omstandigheden van feitelijke aard en in ieder geval voldoende gemotiveerd en niet onbegrijpelijk. De Hoge Raad verwerpt het beroep, waarvoor gelet op art. 81 lid 1 RO geen nadere motivering nodig is.

Hof

Gerechtshof Amsterdam 5 december 2017 (kort geding), ECLI:NL:GHAMS:2017:5034 (ontruiming, schadevergoeding, omzethuur, spoedeisend belang)

Partijen hebben een exploitatieovereenkomst met betrekking tot een restaurant gesloten, op grond waarvan 15 tot 18% van de netto omzet aan vergoeding betaald moet worden door de exploitant. In een eerdere procedure is vastgesteld dat de rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door een exploitatieovereenkomst en een huurovereenkomst en dat een aanzienlijk deel van de vergoeding een tegenprestatie voor het gebruik betreft. De exploitatieovereenkomst is geëindigd, maar dit betekent niet dat de huurder moet ontruimen

nu de huurovereenkomst nog niet geëindigd is. In dit kort geding vordert de verhuurder ontruiming omdat over 2015 en 2016 een betalingsachterstand van € 173.000 is ontstaan, hetgeen volgens de verhuurder een dermate grote achterstand is dat die een onmiddellijke ontruiming van het pand rechtvaardigt. In eerste aanleg is de ontruiming toegewezen. Het hof concludeert dat een aanzienlijk deel van de betalingsachterstand is te beschouwen als een huurachterstand. Het hof bevestigt in hoger beroep dat een verhuurder een spoedeisend belang heeft bij een ontruiming op korte termijn, indien de huurder een dergelijke betalingsachterstand heeft laten ontstaan. Hieraan doet niet af dat achteraf kan worden vastgesteld dat het pand alweer geruime tijd leeg staat doordat het na de ontruiming niet is gelukt om het pand voor langere tijd te verhuren of te verkopen. Hieraan doet bovendien niet af dat de achterstand zo hoog heeft kunnen oplopen doordat de verhuurder lange tijd geen aanspraak heeft gemaakt op een jaarlijkse afrekening.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2017, zknr. 200.181.251 (niet gepubliceerd),² (huurprijs, indexering, uitleg)

Een gezondheidscentrum dat gedreven wordt door enkele huisartsen huurt een praktijkruimte in het winkelcentrum van de verhuurder. Het gehuurde is medio 2013 opgeleverd. De verhuurder stelt zich op het standpunt dat de huur bij oplevering dient te worden geïndexeerd nu de huurovereenkomst, na de huurprijs woordelijk vermeldt: 'prijsspeil huur is 1 januari 2011'. Het hof overweegt onder meer dat de huurder nooit eerder bedrijfsruimte heeft gehuurd en zich heeft laten bijstaan door een adviseur die niet gespecialiseerd is in commercieel vastgoed (maar in samenwerkingsverbanden voor huisartsen). Verhuurder is daarentegen eigenaar van een winkelcentrum en heeft zich laten bijstaan door een vastgoedadviseur. Na alle omstandigheden tegen elkaar te hebben afgewogen, oordeelt het hof dat de enkele vermelding 'prijsspeil huur is 1 januari 2011' onvoldoende is om aan te kunnen nemen dat de huisartsen bedacht moesten zijn op een verhoging van de huurprijs reeds bij ingang van de huur.

1. Jolanda Winter-Bossink en Nathalie Amiel zijn beiden advocaat bij Houthoff in respectievelijk Rotterdam en Amsterdam.

2. Deze uitspraak wordt gepubliceerd als extra bijlage bij dit artikel op <https://denhollander.info/HuurrechtBedrijfsruimte>.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden 19 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11497 (ongerechtvaardigde verrijking, koop breekt geen huur, waarschuwingsplicht)

De verhuurder heeft het verhuurde pand gekocht en is derhalve door rechtsopvolging verhuurder geworden. Deze rechtsopvolgend verhuurder spreekt de bestuurders en het moederbedrijf van de failliete huurder aan op grond van onder andere bestuursaansprakelijkheid, misbruik van faillissementsrecht, concernaansprakelijkheid, de verstrekte concerngarantie en ongerechtvaardigde verrijking. Het hof oordeelt dat de verhuurder zijn vorderingen niet baseert op rechten die voortvloeien uit de huurovereenkomst, maar op buitencontractuele grondslagen. Deze vorderingen zijn daarom niet door de eigendomsoverdracht van het gehuurde op de verhuurder overgegaan. Voor zover de vorderingen zijn ontstaan na het moment van overdracht zien deze op het verwijt dat de huurder de verhuurder niet heeft gewaarschuwd over het feit dat de continuïteit van zijn onderneming bedreigd werd omdat huurderlicentie wellicht zou eindigen. Het hof oordeelt dat er geen sprake is van een algemene waarschuwingsplicht en dat ook in dit geval niet valt in te zien waarom de huurder had moeten waarschuwen. Wellicht had het in de rede gelegen om de verhuurder over de mogelijke intrekking van de licentie te informeren, maar de schending van een dergelijke informatieverplichting is onvoldoende om onrechtmatig handelen van de huurder aan te nemen. Nu de concerngarantie niet meer geldt en evenmin sprake is van ongerechtvaardigde verrijking, worden de vorderingen van de verhuurder afgewezen.

Gerechtshof Den Haag (kort geding) 16 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:17 (tekortkoming, opschorting, omzetbelasting)

De huurder schort zijn betaling jegens de verhuurder deels op omdat hij de verhuurder ervan verdenkt geen omzetbelasting af te dragen. De huurder is bang dat hij door de belastingdienst zal worden aangesproken tot betaling van deze achtergehouden omzetbelasting. Dit is echter onvoldoende onderbouwd en in kort geding oordeelt het hof daarom dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat de huurder dit risico loopt. Er bestaat voor de huurder daarom geen rechtvaardiging voor het achterwege laten van btw-betaling, aldus het hof.

Gerechtshof Den Haag, kort geding, 16 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:29 (indeplaatsstelling, overdracht)

Bij notariële akte is de onderneming van de huurder overgedragen. De onderneming drijft een strandtent die gelegen is op grond die gehuurd wordt van de gemeente Den Haag. Tussen de huurder en de nieuwe eigenaar van de onderneming is in geschil of uit de notariële akte volgt dat de huurder verplicht is zijn medewerking te verlenen aan een indeplaatsstelling. De nieuwe eigenaar van de onderneming vordert in dit kort geding medewerking van de verkoper/ huurder aan een indeplaatsstel-

ling. Het hof acht aannemelijk dat partijen hadden afgesproken dat huurder ook na de overdracht de strandtent zoveel mogelijk zou blijven runnen en dat het niet de bedoeling was om al bij de notariële akte tot overdracht van de onderneming een verplichting tot indeplaatsstelling te regelen. Omdat de gemeente (verhuurder) bovendien inmiddels heeft aangegeven dat zij haar medewerking niet (meer) wil verlenen aan een indeplaatsstelling, worden de vorderingen van koper afgewezen.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5799 (schadevergoeding, ontruiming, aansprakelijkheid, art. 6:76 BW, art. 6:171 BW)

De huurder stelt de verhuurder aansprakelijk voor schade aan de inboedel die volgens de huurder is ontstaan als gevolg van de ontruiming van de woning door een door de verhuurder ingeschakeld bedrijf. De huurder baseert deze vordering op art. 6:76 BW (aansprakelijkheid voor hulppersonen) en/of art. 6:171 BW (aansprakelijkheid voor ondergeschikten). Volgens het hof was het aan de huurder om de woning te ontruimen en was het duidelijk dat indien de huurder dit niet tijdig zou doen, de verhuurder zelf zou overgaan tot ontruiming en daarbij geen aansprakelijkheid zou aanvaarden. Volgens het hof was het maatschappelijk onbetaamelijk geweest als de verhuurder de ontruiming had laten uitvoeren door een bedrijf waarvan hij op voorhand wist of had moeten begrijpen dat het bij de uitvoering van de ontruiming onzorgvuldig zou optreden en onnodige schade zou toebrengen aan de zaken van de huurder. Uit de feiten blijkt echter niet dat de verhuurder in strijd met deze zorgvuldigheidsverplichting heeft gehandeld. In casu is art. 6:76 BW niet van toepassing omdat de verhuurder, toen hij de woning liet ontruimen, niet bezig was met de nakoming van een contractuele verbintenis die hij op grond van de huurovereenkomst had, maar met ontruiming op basis van het ontruimingsvonnis. Ook art. 6:171 BW levert in dit geval geen grondslag voor aansprakelijkheid op nu het bedrijf dat de ontruiming heeft uitgevoerd deze werkzaamheden niet verricht heeft ter uitoefening van het bedrijf van de verhuurder. De verhuurder is daarom niet aansprakelijk voor de schade.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5804 (gebreken, oplevering, krakers, opleveringsverplichting)

In deze procedure staat vast dat de gehuurde bedrijfsruimte na het einde van de huurovereenkomst in gebrekkige staat is opgeleverd door de hoofdhuurder. Partijen zijn het erover eens dat dit met name het gevolg was van het feit dat het complex, sinds het faillissement van de onderhuurder in 2013 tot aan het einde van de huurovereenkomst in 2015 leeg heeft gestaan en gedurende die periode van leegstand tot twee maal toe in gebruik is genomen door krakers. De vraag die partijen verdeeld houdt is of de hoofdhuurder aansprakelijk is voor deze gebrekkige staat van het gehuurde. Het hof is van oordeel dat de hoofdhuurder aansprakelijk is voor de ontstane schade. Het hof overweegt dat de

verplichting van de huurder, om zich als een goed huurder te gedragen, meebrengt dat een huurder van bedrijfsruimte, in geval van tijdelijke leegstand, toereikende maatregelen moet nemen ten einde het gehuurde in goede staat te houden en om schade aan het gehuurde te voorkomen. Volgens het hof heeft de hoofdhuurder geen toereikende maatregelen genomen en de hoofdhuurder moet daarom herstelkosten betalen.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5908 (totstandkoming huurovereenkomst, optieperiode)

De gemeente heeft een optie genomen om een bedrijfspand te gaan huren van X. De optie ging in op 1 maart 2014 en zou lopen tot het moment waarop de huur zou ingaan, met een maximale termijn tot september 2014. X stelt vervolgens dat er met ingang van 1 september 2014 een huurovereenkomst tot stand is gekomen en vordert huurbetaling. Volgens het hof blijkt uit de overeenkomst tussen de gemeente en X slechts dat de gemeente het voornemen had om te gaan huren en niet dat de gemeente is gaan huren. Voor het in optie houden van het object betaalde de gemeente maandelijks een oplopende vergoeding aan X. Na het eind van de overeengekomen optieperiode, heeft de gemeente nog drie maanden een optievergoeding betaald aan X die gelijk was aan de beoogde huursom. Dat de optieperiode na september 2014 nog kon voortduren, is in de overeenkomst voorzien doordat vanaf 1 september 2014 een bedrag overeenkomend met de voorgenomen huurprijs als optievergoeding is afgesproken. Het hof concludeert dat geen huurovereenkomst tot stand is gekomen.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:41 (opzegging, minimale overschrijding, opzegtermijn)

Het gaat in dit arrest om de niet-tijdige opzegging van een huurovereenkomst door een huurder van 230a-ruimte. De verhuurder stelt dat de huurder de huurovereenkomst te laat heeft opgezegd, zodat deze conform de huurovereenkomst met een jaar is verlengd. De verhuurder vordert veroordeling van de huurder tot betaling van een bedrag aan huur over de periode van de voortzetting van de huurovereenkomst. In eerste aanleg heeft de kantonrechter geoordeeld dat niet was komen vast te staan dat de huurovereenkomst tijdig was opgezegd. Daarbij deed zich volgens de kantonrechter niet de situatie voor dat een beroep op de iets te late ontvangst van de opzeggingsbrief naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Anders dan de kantonrechter, acht het hof een verkorting van de opzegtermijn van zes maanden met twee tot tien dagen een zo minimale overschrijding, dat het belang van de verhuurder bij het hebben van voldoende tijd om een nieuwe huurder te vinden niet of slechts in beperkte mate is geschaad.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:246 (schadevergoeding, verzwegen side letters bij verkoop)

Bij de verkoop van verhuurd vastgoed zijn door verkoper enkele side letters van huurovereenkomsten niet gedeeld met de koper. In deze side letters waren incentives overeengekomen, waardoor de uiteindelijke huuropbrengst van het gehuurde voor de koper lager uitviel dan op basis van de huurovereenkomsten gedacht. In een tussenarrest heeft het hof al geoordeeld dat de verkoper in de nakoming van zijn verplichtingen tekort is geschoten. In de onderhavige schadestaatprocedure vordert de koper vergoeding van de schade die het gevolg is van deze toerekenbare tekortkoming ter grootte van het verschil in de koopprijs, zoals die hypothetisch zou zijn vastgesteld als de incentives waren meegenomen in de toekomstige huuropbrengsten. De koopprijs was gebaseerd op een overeengekomen rendement van 7,65% over de huursom en kwam neer op 13,07 (100/7,65) x de huursom. Nu onvoldoende vast is komen te staan dat de koper daadwerkelijk schade heeft geleden over de eerste vijf jaar na verkoop, onder andere gezien het feit dat de verkoper een huurgarantie voor vijf jaar heeft gegeven, wordt over deze vijf jaren geen schadevergoeding toegekend. Nu de koper mocht uitgaan van een rendement van 7,65% over 13 jaar, begroot het hof de schade over de resterende 8 jaar op 8/13 x de gemiste koopprijsverrekening (welke verrekening neerkomt op het bedrag van de totale huurkortingen per jaar, vermenigvuldigd met een factor 13,07).

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:248 (beëindiging, dringend eigen gebruik, verhuis- en inrichtingskosten)

In een tussenarrest heeft het hof de vordering tot beëindiging van de huurovereenkomst met betrekking tot een café reeds toegewezen. In dit arrest gaat het om de verhuis- en inrichtingskosten. De huurder vordert onder andere kosten die zien op de door de huurder gedane investeringen in het gehuurde. Deze schade valt volgens het hof niet onder verhuis- en inrichtingskosten als bedoeld in art. 7:297 lid 1 BW, nu laatstgenoemde bepaling alleen voorziet in de kosten die in verband met de verplaatsing van het bedrijf naar een andere locatie gemaakt worden. Het hof overweegt dat het gaat om een tegemoetkoming en niet om een volledige vergoeding van de verhuis- en inrichtingskosten. De huurder moet bovendien aannemelijk maken dat de kosten daadwerkelijk zullen worden gemaakt. Het hof wijst een bedrag van € 30.000,- toe, onder de voorwaarde dat de huurder daadwerkelijk binnen één jaar elders een nieuw café zal exploiteren.

Rechtbank

Rechtbank Amsterdam, sector kanton 22 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7764 (schadevergoeding, onrechtmatige daad)

De huurder huurt een restaurant in hetzelfde gebouw waarin ook een hotel wordt geëxploiteerd. De huurder knipt een kabel door in de meterkast, waardoor de brandmeldinstallatie van het hotel

onklaar is geraakt. De huurder heeft volgens de kantonrechter onrechtmatig gehandeld jegens het hotel en is aansprakelijk jegens het hotel voor de geleden schade omdat de huurder erop bedacht had moeten zijn dat delen van de technische installatie in het gehuurde verbonden waren met die van het hotel. Hierbij overweegt de kantonrechter dat de huurovereenkomst bepaalt dat de huurder zonder toestemming van de verhuurder geen wijzigingen in de technische installatie mag aanbrengen en dat de huurder er zorg voor moet dragen dat andere gebruikers in hetzelfde gebouw geen schade onderkennen van de aangebrachte veranderingen.

Rechtbank Amsterdam, sector kanton 8 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:46 (beëindiging, ontbinding, veiligheidsrisico)

De huurder huurt een winkelruimte in Amsterdam Zuidoost. Op grond van de huurovereenkomst mag de huurder ontbinden indien de huurder kan aantonen dat aan de exploitatie van het gehuurde in vergelijking met de overige vestigingen van de huurder een disproportioneel veiligheidsrisico is verbonden. De gemeente heeft het gebied waarin de winkelruimte is gelegen aangemerkt als overlastgebied en heeft binnen dit gebied een messenverbod opgelegd. In de afgelopen vijf maanden hebben er in het gehuurde en in naastgelegen winkels meerdere overvallen plaatsgevonden, waarbij personeel is bedreigd met messen en vuurwapens. De winkel van de huurder is éénmaal overvallen, waarbij personeel is bedreigd met een vuurwapen. De huurder heeft vervolgens de exploitatie gestaakt en het gehuurde ontruimd. De verhuurder vordert bij wijze van voorlopige voorziening de huurder te veroordelen om het gehuurde, kort gezegd, te exploiteren overeenkomstig de huurovereenkomst. De kantonrechter wijst de provisionele vordering van de verhuurder af, omdat niet onaannemelijk is dat de huurder de huurovereenkomst buitengerechtelijk heeft mogen ontbinden. In de hoofdzaak wordt iedere verdere beslissing aangehouden.

Rechtbank Amsterdam, 10 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:68 (Kort geding) (totstandkoming, uitleg)
In 2014 en 2015 zijn een intentieovereenkomst en een samenwerkingsovereenkomst getekend met betrekking tot de huisvesting van geboortecentra van een stichting van zelfstandige verloskundigen (binnen het AMC en het VUmc).

In dit kort geding vordert de stichting dat het AMC en het VUmc, uit hoofde van de tussen partijen gesloten samenwerkingsovereenkomst, een huurovereenkomst aan de stichting aanbieden welke dient in te gaan per 1 maart 2018.

De voorzieningenrechter oordeelt dat niet voldoende aannemelijk is dat afdwingbare afspraken tot stand zijn gekomen op basis waarvan een huurovereenkomst zou moeten worden aangeboden, dan wel daar verder over zou moeten worden dooronderhandeld.

Rechtbank Den Haag, sector kanton, locatie Den Haag 9 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14510 (faillissement)

De huurder had een huurschuld bij de verhuurder en heeft ter voldoening daarvan een aantal voertuigen in eigendom overgedragen aan de verhuurder. De huurder is vervolgens failliet verklaard. De curator stelt dat de overdracht van de voertuigen onverplicht geschiedde en heeft de overdracht op grond van art. 42 Faillissementswet vernietigd. De kantonrechter overweegt dat betaling van de huur op grond van art. 6:45 BW een verbintenis is waarvoor geldt dat met instemming van de crediteur een vervangende prestatie ook tot kwijting kan leiden. De waarde van de voertuigen was in dit geval lager dan de huurschuld. Het voornemen van de huurder tot toepassing van art. 6:45 BW en de instemming door de verhuurder met een andere prestatie, zijn niet aan te merken als een rechtshandeling maar als een feitelijke handeling. Nu het niet gaat om een rechtshandeling valt de overdracht van de voertuigen niet onder de reikwijdte van art. 42 Faillissementswet en heeft de vernietiging door de curator geen effect.

Rechtbank Den Haag, sector kanton, locatie Den Haag, (kort geding) 1 december 2017, zknr. 6593142 (niet gepubliceerd),³ (ontruiming, onderverhuur, afnameverplichting).

De verhuurder, een bierbrouwer, vordert ontruiming van het gehuurde omdat de huurder al geruime tijd de huur niet betaalt en niet voldoet aan zijn afnameverplichtingen. De huurder weerspreekt dat sprake is van een spoedeisend belang, omdat de huur inmiddels is voldaan en ook nog geen nieuwe huurder is gevonden. De kantonrechter oordeelt dat de juistheid van de stellingen van partijen in dit kort geding niet kan worden beoordeeld, nu daarvoor nader bewijs moet worden geleverd. Hoewel de te late betaling in beginsel ontbinding van de huurovereenkomst in een bodemprocedure zou kunnen rechtvaardigen, is toewijzing van de vordering tot ontruiming in kort geding te voorbarig, nu de huurachterstand is ingelopen en de verhuurder geen bijzondere omstandigheden heeft gesteld die zo zwaarwegend zijn dat in redelijkheid de uitkomst van een bodemprocedure niet kan worden afgewacht.

Rechtbank Midden-Nederland, sector kanton, locatie Utrecht 1 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:840 (beëindiging, duur break optie, tussentijdse beëindiging, stelplicht)

In de onderhavige zaak speelt de vraag of door de huurder geldig gebruik is gemaakt van de breakoptie. De breakoptie kon uitsluitend door de huurder worden ingeroepen indien de huurder uit Nederland zou vertrekken vanwege negatieve resultaten

3. Deze uitspraak wordt gepubliceerd als extra bijlage bij dit artikel op <https://denhollander.info/HuurrechtBedrijfsruimte>

en economische problemen. De verhuurder stelt dat er sprake is van bedrog en dat de huurder niet uit Nederland is vertrokken. De verhuurder vordert daarom doorbetaling van de huur. De huurder stelt dat hij wel degelijk is verhuisd uit Nederland. De huurder stelt bovendien dat het gehuurde pand maar voor de helft aan eiser toekomt en dat hij niet namens de andere verhuurders kan procederen. De kantonrechter stelt dat het beheer van een gemeenschappelijk goed weliswaar op grond van art. 3:170 lid 2 BW plaatsvindt door de deelgenoten samen, maar dat iedere deelgenoot gerechtigd is tot het instellen van een rechtsvordering ter verkrijging van een vonnis ten behoeve van de gemeenschap, tenzij een beheersregeling anders bepaalt. Omdat van een afwijkende beheersregeling niet is gebleken, gaat de kantonrechter ervan uit dat eiser zelfstandig bevoegd is. De kantonrechter oordeelt dat op de verhuurder de stelplicht en de bewijslast rust van de stellingen dat de huurder zich schuldig heeft gemaakt aan bedrog en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. De verhuurder heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat de huurder niet uit Nederland zou zijn vertrokken. Hierdoor staat vast dat de huurder de huurovereenkomst in overeenstemming met de breakoptie heeft opgezegd.

Rechtbank Midden-Nederland, sector kanton, locatie Almere 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6219 (kwalificatie, exploitatieovereenkomst, huurovereenkomst, stationsfietsenstalling)

Tussen partijen is in geschil hoe de tussen hen gesloten exploitatieovereenkomst, op grond waarvan een stationsfietsenstalling met winkel/reparatieruimte wordt geëxploiteerd, dient te worden gekwalificeerd. De kantonrechter is van oordeel dat de exploitatieovereenkomst een gemengde overeenkomst is die voldoet aan de omschrijving van huur in de zin van art. 7:290 BW en aan de omschrijving van opdracht en lastgeving. De overeenkomst is volgens de kantonrechter niet te splitsen, omdat dit te veel afbreuk zou doen aan hetgeen partijen (steeds) voor ogen stond, namelijk dat het beheer van de stalling en de bedrijfsvoering van de ondernemer in de gehuurde bedrijfsruimte onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Noch de overeenkomst van opdracht/lastgeving, noch de huurovereenkomst overheerst. Bij de beoordeling welke (opzeggings)bepalingen dienen te prevaleren, dient daarom de opzeggingsbepaling die het meeste bescherming biedt aan de exploitant/huurder voor te gaan. Dat betekent dat voor de opzegging van de exploitatieovereenkomst als geheel de bepalingen van art. 7:290 e.v. BW dienen te worden toegepast.

Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht 29 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5964 (schade, partij, uitleg, toekomstig gebruiker)

Door een onjuist bevestigde ringleiding van de sprinklerinstallatie in een pand ontstaat ernstige waterschade voor een advocatenkantoor dat enkele maanden na de werkzaamheden huurder werd van het pand. De verzekeraar van de huurder keert

hierop een bedrag uit ter dekking van de schade. Vervolgens stelt de verzekeraar de installateur van het sprinklersysteem aansprakelijk. De verzekeraar stelt dat het feit dat het advocatenkantoor ten tijde van het uitvoeren van de werkzaamheden nog geen huurder was, niets af doet aan het feit dat de installateur in strijd heeft gehandeld met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid. De installateur bestrijdt echter dat onrechtmatig is gehandeld ten opzichte van de huurder. De kantonrechter benadrukt dat een tekortschietende contractspartij in beginsel enkel tegenover zijn wederpartij aansprakelijk is. In casu leidt dat tot de conclusie dat de installateur enkel schadeplichtig is tegenover de eigenaar van het pand en niet tegenover de huurder. Het enkele feit dat voorzienbaar is dat de tekortkoming een derde zal schaden is niet genoeg om aansprakelijkheid jegens de derde aan te nemen. Aansprakelijkheid jegens derden zou enkel kunnen worden aangenomen indien de belangen van een derde zo nauw bij de overeenkomst zijn betrokken dat de wanpresterende partij die belangen had behoren te ontzien. De rechtbank oordeelt dat daar in casu geen sprake van is. Dit zou anders zijn indien de installateur (bijvoorbeeld) opzettelijk fouten zou hebben gemaakt of gekozen had voor materialen of een werkwijze waarbij schade op enig moment onvermijdelijk was, maar daarvan is niet gebleken. De installateur hoeft de schade van de verzekeraar van de huurder derhalve niet te vergoeden.

Rechtbank Midden-Nederland, sector kanton, locatie Utrecht, 20 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6314 (procesrecht, relatieve en absolute bevoegdheid kantonrechter)

De verhuurder, tevens de franchisegever, stelt dat de kantonrechter absoluut onbevoegd is om van de vordering van de huurder kennis te nemen nu het in de kern om de franchiseovereenkomst gaat en niet om de huurovereenkomst. De kantonrecht wijst op de artikelen 93 onder c en 94, tweede lid Rv. en oordeelt dat er voldoende samenhang bestaat tussen de huur- en de franchiseovereenkomst en dat de kantonrechter daarom wel degelijk absoluut bevoegd is. De relatieve bevoegdheid moet ambtshalve getoetst worden (109 Rv). Voor huur van bedrijfsruimte betekent dit dat uitsluitend de (kanton-)rechter bevoegd is binnen wiens rechtsgebied het gehuurde of het grootste gedeelte daarvan is gelegen (art. 103 Rv). Een forumkeuzebeding doet hier niets aan af. Het gehuurde bevindt zich binnen de jurisdictie van de rechtbank Oost-Brabant, locatie Den Bosch. De kantonrechter verwijst de zaak dan ook door naar de kantonrechter van de betreffende rechtbank.

Rechtbank Noord-Holland, sector kanton, locatie Haarlem 27 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11434 (kwalificatie, afwijkende bedingen)

De verhuurder verzoekt primair niet-ontvankelijk te worden verklaard en subsidiair goedkeuring van afwijkende bedingen als bedoeld in art. 7:291 lid 2 BW. In de huurovereenkomst is bepaald dat de

huurder een bebouwd stuk grond huurt, waarbij de bebouwing bestaat uit een vloeistofdichte vloer en een ondergrondse tank. De brandstoffenpomp die daarop is aangebracht maakt geen onderdeel uit van het gehuurde. De kantonrechter overweegt dat een ondergrondse tank met vloeistofdichte vloer naar normaal spraakgebruik geen 'gebouw' is en ook niet aangemerkt wordt als een gebouwde onroerende zaak in de zin van art. 7:230a en 7:290 BW. De omstandigheid dat de huurovereenkomst vermeldt dat sprake is van 290-bedrijfsruimte en spreekt over 'bebouwde grond' is in de gegeven omstandigheden niet bepalend voor de kwalificatievraag. Slotsom is dat sprake is van onbebouwde grond en de verhuurder wordt daarom niet-ontvankelijk verklaard.

Rechtbank Noord-Holland, locatie Alkmaar 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11385 (faillissement, wegbreekrecht, natrekking)

De gemeente verhuurt enkele percelen grond aan de huurder, de beheerder van enkele zonneparken. De huurder heeft op zijn beurt de percelen onderverhuurd aan een dochtermaatschappij, die weer heeft onderverhuurd aan een coöperatie van particuliere investeerders. Er zijn zonnepanelen op het gehuurde geïnstalleerd. Er is geen recht van opstal voor de zonnepanelen gevestigd. De huurder en de onderhurende dochtermaatschappij zijn failliet gegaan, de gemeente heeft de huurovereenkomst opgezegd en de curator heeft de zonnepanelen verkocht. In deze zaak gaat het onder andere om de vraag of de onderhuurder een wegbreekrecht heeft. Gelet op de ratio van art. 7:216 BW (ongerechtvaardigde verrijking van de verhuurder ten koste van de huurder voorkomen) oordeelt de rechtbank dat het wegbreekrecht niet alleen tegen de (hoofd)verhuurder kan worden uitgeoefend door de hoofdhuurder, maar ook door de onderhuurder indien deze op zijn kosten veranderingen aan het gehuurde heeft aangebracht. Het wegbreekrecht is hier dan ook rechtsgeldig uitgeoefend door de huurder dan wel de onderhuurder. Dit wegbreekrecht heeft natrekking doorbroken.

Actualiteiten

mw. mr. C. Otte¹

Wet- en Regelgeving

■ Gedragsregels advocatuur

Gedragsregels 2018 (vastgesteld door de algemene raad op 14 februari 2018)

Publicaties

■ Artikelen

M.H. Wissink, 'Onroerend goed en algemene voorwaarden, De betekenis van Richtlijn 1993/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten', *WPNR* 2018/7179, p. 71-78.

H.W. Heyman, 'Faillissement en beslag aan de zijde van de verkoper', *WPNR* 2018/7180, p. 85-92.

M.B.J. Thijssen, 'De wettelijke bepaling in de praktijk: artikel 7:296 lid 1 sub a BW', *HIP* 2018-1, p. 27-28 (*HIP* 2018/23).

J.H.M. Spanjaard, 'Schuld en boete in het ambtshalve consumentenrecht', *TOR* 2018/2 (*TOR* 2018/66).

A. Kolder, 'Op wie rust binnen het stelsel van art. 6:174 en 6:181 BW de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen? HR 2 november 2017, *RvdW* 2017/1278 (Schavemaker Transport BV en Schademaker Logistics BV/Planet c.s.)', *AVeS* 2018-1, p. 9-15 (*AVeS* 2018/3).

M.H. Wissink, 'Vernietiging en verjaring: wanneer is een beroep op een vernietigingsgrond 'aanvallen' of 'verwerend', *WR* 2018 – 2, p. 67-80 (*WR* 2018/18)

1. Cathelijne Otte is advocaat bij Simmons & Simmons LLP te Amsterdam.

Heeft u een abonnement op Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte?



Registreer dan nu via <https://denhollander.info> voor veel extra voordelen!

Zo kunt u:

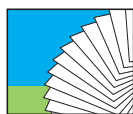
- als eerste via emailnotificatie de volledige inhoud van iedere nieuwe editie raadplegen,
- gelijk doorlinken naar gerelateerde artikelen in het archief,
- inloggen zonder wachtwoord en gebruikersnaam via uw linkedIn-account, en nog veel meer!



Registreren op de vernieuwde website

Om succesvol te kunnen inloggen op deze nieuwe website dienen abonnees zich eenmalig te registreren en een nieuw profiel aan te maken door een nieuwe gebruikersnaam en een nieuw wachtwoord te kiezen. De gegevens hiervoor vindt u in een aan u toegezonden brief. Bent u die kwijt of hebt u de brief niet ontvangen? Mail ons dan even met uw naam en adresgegevens op ict@denhollander.info.

DEN HOLLANDER



UITGEVERIJ

Uitgeverij Den Hollander B.V.
Postbus 325
7400 AH Deventer
T. 0570-751 225
E. info@denhollander.info
<https://denhollander.info>