

## WR 2016/75

Hoge Raad (Civiele kamer) 27 november 2015, nr. 14/05345  
(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp,  
M.V. Polak, V. van den Brink)  
m.nt. mr. J.A. van Strijen

(art. 6:228 lid 1 sub b BW)

ECLI:NL:HR:2015:3424

### **290-bedrijfsruimte – algemene voorwaarden: dwaling onderhuurder; bestemmingsplan staat gebruik als horecabedrijfsruimte in de weg; mededelingsplicht onderverhuurder; onderzoeksplicht onderhuurder**

*Onderhuurder beroept zich in het bijzonder op de in art. 6:228 lid 1 onder b BW besloten liggende mededelingsplicht van onderverhuurder. Of de onderverhuurder de onderhuurder had behoren in te lichten in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling van onderhuurder wist of behoorde te weten, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een verplichting tot 'preventief' inlichten mag niet te snel worden aangenomen. Van een 'behoren in te lichten' zal in het algemeen slechts sprake zijn als de wederpartij van de dwalende zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte was. Een dergelijke verplichting mag ook aangenomen worden indien die wederpartij, bijvoorbeeld vanwege haar deskundigheid ten aanzien van de omstandigheid waaromtrent gedwaald wordt, geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn. Dat onderverhuurder een grote professionele speler op de Nederlandse horecamarkt en hoofdhuurder van het bedrijfspand is, brengt op zichzelf niet mee dat zij geacht wordt op de hoogte te zijn van de precieze bestemming van het pand en de mogelijke problemen die deze bestemming kan opleveren als een verbouwing nodig zou zijn in het bedrijfspand, en dat zij daarom onderhuurder daarover behoorde te informeren.*

*Gezien de stellingen van onderverhuurder in de feitelijke instanties, verdiende nadere motivering waarom onderverhuurder de nadien voor onderhuurder gerezen problemen in verband met de verbouwing van het bedrijfspand had moeten voorzien en hem daarvoor had behoren te waarschuwen. In zijn algemeenheid mag een huurder van bedrijfsruimte niet ervan uitgaan dat met het oog op zijn belang door de professionele verhuurder bij de gemeente is nagegaan of eventuele verbouwingsplannen mogelijk problemen in verband met het bestemmingsplan opleveren. Het oordeel dat onderverhuurder onderhuurder had moeten informeren over de mogelijke problemen in verband met het bestemmingsplan, is bovendien onvoldoende gemotiveerd in het licht van het beroep dat onderverhuurder gedaan heeft op art. 6:8.2 van de tussen partijen toepasselijke algemene huurvoorwaarden, inhoudende dat de huurder zelf moet onderzoeken of het gehuurde geschikt is voor de bestemming die de huurder aan het gehuurde moet geven, en op haar stelling dat (ook) onderhuurder een professionele en deskundige partij is die zich bezighoudt met de exploitatie van horeca.*

*Eiseres tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep:*

Inbev Nederland N.V., gevestigd te Breda

Advocaat:

mr. S.M. Kingma

tegen

*Verweerder in cassatie, eiser in het incidenteel cassatieberoep:*

Jeroen van der Valk, wonende te Malden

Advocaat:

mr. M.A.J.G. Janssen

(...)

### **3 Uitgangspunten in cassatie**

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.2-1.17 vermelde feiten. Samengevat komen deze op het volgende neer.

- i) Inbev is hoofdhuurder van de bedrijfsruimte gelegen aan de Waalkade 67 / Steenstraat 23 te Nijmegen (hierna: het gehuurde). In de huurovereenkomst tussen de eigenaar/verhuurder en (de rechtsvoorganger van) Inbev is opgenomen dat het gehuurde uitsluitend mag worden gebruikt als horecabedrijfsruimte. Inbev heeft het gehuurde onderverhuurd aan derden. Vanaf maart 2005 werd in het gehuurde door de onderhuurder Musumeci een discotheek (Exxotic) geëxploiteerd.
- ii) Valky B.V. (hierna: Valky), vertegenwoordigd door haar directeur Van der Valk, heeft bij overeenkomst van 1 mei 2006 de inventaris en voorraad van Exxotic gekocht en overgenomen per 1 maart 2006. Bij akte indeplaatsstelling van 3 mei 2006 is tussen Inbev, Musumeci, Valky en Van der Valk overeengekomen dat Valky en Van der Valk per 1 maart 2006 als huurder van het gehuurde in de plaats treden van Musumeci. Daarnaast is een aantal overeenkomsten gesloten op grond waarvan Inbev roerende zaken aan Valky en Van der Valk in bruikleen gaf en hun een geldbedrag ter leen verstrekke. Van der Valk is al kort na de overname in gebreke gebleven met het betalen van de aan Inbev verschuldigde huur.
- iii) Valky en Van der Valk wilden in het gehuurde een Italiaans restaurant beginnen, dat geëxploiteerd zou worden door La Stalla Nijmegen B.V. (hierna: La Stalla), welke vennootschap op 13 juli 2006 is opgericht.
- iv) La Stalla is het gehuurde pand in het najaar van 2006 gaan verbouwen om er een Italiaans restaurant in te kunnen uitoefenen. Nadat de gemeente Nijmegen (hierna: de gemeente) constateerde dat er voor de verbouwing een vergunning vereist was, heeft de gemeente in november 2006 een bouwstop opgelegd. Op 28 november 2006 heeft Van der Valk namens La Stalla een bouwvergunning aangevraagd bij de gemeente. Op 12 januari 2007 heeft de gemeente een drank- en horecaverunning verleend ten behoeve van het gehuurde.
- v) De gemeente vermeldt in een op 27 januari 2007 aan La Stalla/ Van der Valk verzonden gedoogbeschikking onder meer:

“(…) Het perceel Waalkade 67 ligt in een gebied waarvoor het bestemmingsplan ‘Benedenstad XXIV’ van toepassing is en heeft daarin de bestemming bijzondere doeleinden I (BD-I). Deze gronden zijn bestemd voor de oprichting van bijzondere gebouwen en/of voor de oprichting van een speelcasino met de daarbij behorende ruimten ten behoeve van horeca-, kantoor- en opleidingsactiviteiten, parkeergelegenheid en andere binnen de normale exploitatie van een speelcasino behorende bijgebouwen, bouwwerken en werken. Horeca in het pand Waalkade 67 is slechts toegestaan indien deze horeca behoort bij het casino. De horeca in Waalkade 67 staat echter op zichzelf, is geen onderdeel van het casino en is dus strijdig met het bestemmingsplan.

### **Voorgeschiedenis**

In 2003 heeft ons College vrijstelling verleend van de gebruiksvoorschriften van genoemd bestemmingsplan ten behoeve van horecadoeleinden (i.c. gebruik als lounge-café). Tevens is toen bouwvergunning verleend ten behoeve van dat gewijzigde gebruik.

Uit latere jurisprudentie van de hoogste bestuursrechter bleek dat dit niet correct was. Vrijstelling van gebruiksvoorschriften kan slechts worden verleend, als er ten behoeve van dat gewijzigde gebruik geen verbouwing hoeft plaats te vinden. Als er wel verbouwd moet worden, is artikel 19, lid 2 WRO de aangewezen weg, aldus de bestuursrechter. Dit is inmiddels vaste jurisprudentie. Dat betekent dat er pas bouwvergunning voor uw bouwplan kan worden verleend, nadat vrijstelling is verleend ingevolge artikel 19, lid 2 WRO. Wij beschouwen uw bouwaanvraag als een verzoek die vrijstelling te verlenen.

### **Planologische vrijstelling nodig**

Zoals gezegd heeft de gemeente in 2003 geaccepteerd dat een gebruik in afwijking van het geldende bestemmingsplan aanvaardbaar is. Ook is toen een bouwvergunning verleend ten behoeve van horeca-doeleinden (i.c. een lounge-café). Zowel de gebruiksvrijstelling als de verleende bouwvergunning ten behoeve van gebruik als lounge-café zijn onherroepelijk.

Gebruik als restaurant is in ruimtelijke zin vergelijkbaar met een gebruik als lounge-café. Een dergelijk gebruik is daarom ook aanvaardbaar. Wij zijn bereid ten behoeve van het beoogde gebruik een artikel 19, lid 2 WRO procedure te starten. (...) Naar verwachting kan niet eerder dan medio 2007 een beslissing op de bouwaanvraag worden genomen. Als u pas daarna start met uitvoering van het bouwplan, komt u in de financiële problemen. U wilt daarom in januari 2007 starten met de uitvoering van het bouwplan.

### **Gedogen**

Als er zonder bouwvergunning wordt gebouwd, dienen Burgemeester en Wethouders daartegen handhavend op te treden. Uit jurisprudentie blijkt dat van handhaven kan en mag worden afgezien, als er sprake is van over-

macht of als er concreet zicht is op legalisatie. Voorts dient er een belangenafweging plaats te vinden.

Zoals gezegd is ons College bereid ten behoeve van dit bouwplan vrijstelling te verlenen als bedoeld in artikel 19, tweede lid van de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Voorts voldoet het bouwplan aan alle andere wettelijke toetsingsgronden. Er is dus concreet zicht op legalisatie. Het gedogen is tijdelijk en wel tot het moment dat er een beslissing op het vrijstellingsverzoek en op de bouw-aanvraag is genomen. U wordt financieel gedupeerd als er niet gedoogd wordt. Voor omwonenden verandert er niets aan de sinds 1990 bestaande situatie en sinds 2003 is, met het verlenen van een gebruiksvrijstelling en bouwvergunning, de band met het casino al verbroken. Gelet op het vorenstaande is gedogen mogelijk en aanvaardbaar.

### **Gedoogvoorwaarden**

Als u start met uitvoering van het bouwplan, zonder over de vereiste bouwvergunning te beschikken, zullen wij de bouw niet stilleggen, indien u zich houdt aan onderstaande gedoogvoorwaarden:

U dient te bouwen met inachtneming van het gestelde in bijgevoegd advies van de Brandweer (...) Dat advies maakt integraal en onverkort onderdeel uit van deze beschikking.

U dient te bouwen conform de bij deze gedoogbeschikking behorende en als zodanig gewaarmerkte bouwtekeningen en andere bescheiden.

Het bouwen geschiedt voor eigen rekening en risico. (...)

- vi) Valky en La Stalla hebben Inbev aansprakelijk gesteld voor geleden en nog te lijden schade en de huurbetalingen aan Inbev opgeschort. Zij hebben het traject om vrijstelling van het bestemmingsplan te verkrijgen in de loop van 2007 vervolgd.
- vii) Bij brief van 29 februari 2008 aan Inbev is namens (onder meer) Van der Valk de buitengerechtelijke vernietiging wegens dwaling ingeroepen van de hiervoor onder (ii) genoemde overeenkomsten met Inbev.
- viii) Op 28 april 2008 is de vrijstelling op grond van art. 19 lid 2 Wet Ruimtelijke Ordening (oud) verleend.
- ix) Bij overeenkomst van 27 november 2008 tussen Inbev enerzijds en Van der Valk en Valky anderzijds is de onderhuurovereenkomst met betrekking tot het gehuurde tussentijds beëindigd per 15 oktober 2008.

3.2 Inbev vordert in deze procedure (in conventie) onder meer betaling door Van der Valk van achterstallige huur, van bedragen uit hoofde van geldlening en van schadevergoeding. Van der Valk verweert zich onder meer met een beroep op dwaling, op de grond dat het door hem gehuurde bedrijfspand niet overeenkomstig de bestemming als horecabedrijfsruimte gebruikt kon worden. In reconventie vordert Van der Valk een verklaring voor recht dat de huurovereenkomst en de andere met Inbev gesloten overeenkomsten op grond van dwaling buitengerechtelijk zijn vernietigd, terugbetaling van hetgeen hij onverschuldigd heeft betaald,

en schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, op te maken bij staat.

3.3 De kantonrechter heeft het beroep op dwaling verworpen, de vordering in conventie grotendeels toegewezen en die in reconventie afgewezen.

3.4 Het hof heeft in zijn tussenarrest geoordeeld dat het rechtens aanvaardbaar is dat Van der Valk op 29 februari 2008 “met het beroep op dwaling de handdoek in de ring gooide” (rov. 4.4). Het overwoog daartoe onder meer:

“4.5 Wat er ook zij van het met het bestemmingsplan strijdige gebruik van het gehuurde door exploitanten-onderhuurders vóór Van der Valk, te weten een Gauchosrestaurant, een discotheek en een lounge-café, naar 's hofs oordeel had Inbev, als grote professionele speler op de Nederlandse horecamarkt en hoofdhuurder van het bedrijfspan, behoren te weten van de precieze bestemming van het litigieuze bedrijfspan en de mogelijke problemen die Van der Valk van de zijde van de gemeente zou kunnen ondervinden indien met het oog op de inrichting van het gehuurde als Italiaans restaurant een verbouwing in het gehuurde nodig zou zijn. Inbev had Van der Valk daaromtrent moeten informeren, alvorens mee te werken aan (onder)verhuur aan Van der Valk en met hem de daaraan gelieerde andere overeenkomsten aan te gaan. Dat Van der Valk deze overeenkomsten niet zou hebben gesloten, indien hij op de hoogte was geweest van de mogelijk bestemmingsplanproblemen, is naar 's hofs oordeel buiten twijfel. Inbev had dit ook behoren te begrijpen. Van der Valk wilde immers in het gehuurde een Italiaans restaurant exploiteren, in verband waarmee in het najaar van 2006 de verbouwing gerealiseerd zou worden. Weliswaar had Van der Valk ook zelf onderzoek moeten doen bij de gemeente naar de geldende bestemming van het door hem gewenste bedrijfspan, mede gedachtig artikel 6.8.2 van de algemene huurvoorwaarden, maar het hof rekent Inbev de schending van haar spreekplicht bepaald zwaarder aan dan de schending van de eigen onderzoeksplicht zijdens Van der Valk.”

Op grond van het voorgaande concludeerde het hof dat de vorderingen van Inbev in conventie zullen worden afgewezen en dat de vorderingen van Van der Valk in reconventie toewijsbaar zijn voor zover zij betrekking hebben op de overeenkomsten ten aanzien van het gehuurde bedrijfspan. Het overwoog dat Van der Valk wel het van Inbev uit hoofde van geldlening ontvangen bedrag, met wettelijke rente vanaf de datum van de vernietiging, zal moeten restitueren, hetgeen aan de orde zal worden gesteld in een door het hof te gelasten comparitie. (rov. 4.6)

Met betrekking tot de vordering van Van der Valk op grond van onrechtmatige daad heeft het hof Van der Valk toegelaten te bewijzen dat Inbev ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst met Van der Valk (niet alleen behoorde te weten maar ook) wist van de precieze bestemming van het bedrijfspan en de mogelijke problemen die Van der Valk van de zijde van de gemeente zou kunnen ondervinden

indien met het oog op de inrichting van het gehuurde als Italiaans restaurant een verbouwing in het gehuurde nodig zou zijn (rov. 4.7-4.12 en dictum).

Het hof heeft bij afzonderlijke beslissing verlov verleend voor het instellen van tussentijds cassatieberoep tegen het tussenarrest.

## 4 Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1 Met onderdeel 1 komt Inbev op tegen het oordeel dat Inbev als professionele partij had behoren te weten van de afwijkende bestemming en de mogelijke problemen die dat voor Van der Valk zou opleveren. Volgens onderdeel 1.1 brengt het enkele feit dat de onderverhuurder van een bedrijfspan een grote professionele marktspeler is, nog niet mee dat deze partij ook behoort te weten van de precieze bestemming van het bedrijfspan, althans van de mogelijke problemen die deze bestemming kan opleveren als een verbouwing nodig zou zijn in het bedrijfspan dat verhuurd is voor een van de gemeentelijke bestemming afwijkende contractuele bestemming. Volgens onderdeel 1.2 had Inbev bovendien geen reden de mogelijke problemen te voorzien, maar mocht zij er juist op vertrouwen dat het bedrijfspan net als in het verleden voor horecadoeleinden kon worden gebruikt.

Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel dat Inbev een spreekplicht heeft geschonden en dat die spreekplicht zwaarder weegt dan de onderzoeksplicht van Van der Valk. Volgens onderdeel 2.1 maakt het enkele feit dat Inbev een professionele partij is, nog niet dat zij zich met het oog op de belangen van de onderhuurder ervan op de hoogte behoort te stellen wat de bestemming is van het te onderverhuren bedrijfspan, en evenmin dat zij de onderhuurder vervolgens ervan op de hoogte moet brengen als die bestemming niet strookt met de bestemming die de onderhuurder volgens de huurovereenkomst aan het bedrijfspan moet geven en zulks tot mogelijke problemen bij een eventuele verbouwing zou kunnen leiden. Daartoe beroept onderdeel 2.2 zich op de omstandigheid dat met de onderhuurder is overeengekomen dat deze zelf dient te onderzoeken of het gehuurde geschikt is voor de contractuele bestemming van het bedrijfspan. Voorts wijzen de onderdelen 2.2 en 2.4 erop dat (Inbev gesteld heeft dat) ook Van der Valk een deskundige en professionele partij is.

De hier weergegeven klachten van de onderdelen 1 en 2 lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

4.2.1 Van der Valk heeft zich in verband met zijn beroep op dwaling in het bijzonder beroepen op de in art. 6:228 lid 1, onder b, BW besloten liggende mededelingsplicht. Inbev heeft in feitelijke instanties gesteld dat zij niet wist van de precieze bestemming van het pand en van de mogelijke problemen die deze bestemming zou kunnen opleveren als een verbouwing nodig zou zijn. Het hof heeft bij de beoordeling van het beroep op dwaling de juistheid van deze stelling van Inbev in het midden gelaten, zodat in cassatie veronderstellenderwijs daarvan moet worden uitgegaan.

4.2.2 Het antwoord op de vraag of Inbev Van der Valk had behoren in te lichten in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling van Van der Valk wist of behoorde te weten, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als uitgangspunt geldt dat voor de wederpartij van de dwalende bezwaarlijk een gehoudenheid tot het verschaffen van inlichtingen aangenomen kan worden met betrekking tot omstandigheden waarvan zij niet op de hoogte is. Zoals in Parl. Gesch. Boek 6, p. 909, is vermeld, mag een verplichting tot 'preventief' inlichten niet te snel worden aangenomen, en zal van een 'behoren in te lichten' in het algemeen slechts sprake zijn als de wederpartij van de dwalende zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte was. Een dergelijke verplichting mag ook aangenomen worden indien die wederpartij, bijvoorbeeld vanwege haar deskundigheid ten aanzien van de omstandigheid waaromtrent gedwaald wordt, geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn.

4.2.3 In het licht van het voorgaande geeft het oordeel van het hof hetzij blijk van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij is dat oordeel onvoldoende gemotiveerd. Dat Inbev een "grote professionele speler op de Nederlandse horecamarkt en hoofdhuurder van het bedrijfspand" is, brengt op zichzelf niet mee dat zij geacht wordt op de hoogte te zijn van de precieze bestemming van het pand en de mogelijke problemen die deze bestemming kan opleveren als een verbouwing nodig zou zijn in het bedrijfspand, en dat zij daarom Van der Valk daarover behoorde te informeren. Inbev verwijst in cassatie naar haar stellingen in de feitelijke instanties, samengevat hierop neerkomende dat met betrekking tot het bedrijfspand in 2003 vrijstelling is verleend van de gebruiksvoorschriften van het bestemmingsplan ten behoeve van horecadoeleinden, dat toen ook een bouwvergunning ten behoeve van dat gewijzigde gebruik is verleend, en dat het pand nadien door opvolgende exploitanten/onderhuurders steeds is gebruikt voor horecadoeleinden (namelijk een restaurant, een discotheek en een lounge-café). In dat licht verdiende nadere motivering waarom Inbev de nadien voor Van der Valk gerezen problemen in verband met de verbouwing van het bedrijfspand had moeten voorzien en hem daarvoor had behoren te waarschuwen. Mocht het hof hebben geoordeeld dat van Inbev verwacht mocht worden nader onderzoek bij de gemeente te doen, dan geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In zijn algemeenheid mag een huurder van bedrijfsruimte niet ervan uitgaan dat met het oog op zijn belang door de professionele verhuurder bij de gemeente is nagegaan of eventuele verbouwingsplannen mogelijk problemen in verband met het bestemmingsplan opleveren (vgl. bij een koopovereenkomst HR 18 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9306, NJ 1986/747). Het oordeel dat Inbev Van der Valk had moeten informeren over de mogelijke problemen in verband met het bestemmingsplan, is bovendien onvoldoende gemotiveerd in het licht van het beroep dat Inbev gedaan heeft op art. 6.8.2 van de tussen partijen toepasselijke algemene huurvoorwaarden, inhoudende dat de huurder zelf moet onderzoeken of het gehuurde geschikt is voor de bestemming die de huurder aan het gehuurde moet geven, en op haar stelling dat

(ook) Van der Valk een professionele en deskundige partij is die zich bezighoudt met de exploitatie van horeca.

4.2.4 Op grond van het voorgaande slagen de hiervoor in 4.1 weergegeven klachten. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

## 5 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1 Het middel is gericht tegen de overweging dat Van der Valk als gevolg van de vernietiging van de overeenkomst van geldlening het door hem ontvangen bedrag aan Inbev zal moeten restitueren en dat daarbij de wettelijke rente is verschuldigd vanaf de vernietiging van de overeenkomst (rov. 4.6).

5.2 Voor zover het middel klaagt dat het hof heeft miskend dat Van der Valk aanspraak maakt op schadevergoeding waaromtrent het hof nog moet beslissen, zodat Van der Valk zich ter zake van de verplichting tot restitutie mogelijk op verrekening of opschorting kan beroepen, kan het bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het hof is aan een veroordeling van Van der Valk terzake immers nog niet toegekomen, zodat van een beletsel voor verrekening geen sprake is.

5.3 Het middel komt echter terecht op tegen het oordeel dat Van der Valk wettelijke rente verschuldigd is vanaf de vernietiging van de overeenkomst. Het hof heeft immers niet vastgesteld dat en op grond waarvan Van der Valk in verzuim is geraakt met betrekking tot het voldoen aan de restitutieplichting.

Nu Inbev deze beslissing van het hof niet heeft uitgelokt of verdedigd, zullen de kosten van het incidentele beroep worden gereserveerd.

## 6 Beslissing

De Hoge Raad:

### *in het principale en het incidentele beroep:*

vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 juli 2014;  
verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

### *in het principale beroep:*

veroordeelt Van der Valk in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Inbev begroot op € 928,70 aan verschotten en € 2600 voor salaris;

### *in het incidentele beroep:*

reserveert de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak;  
begroot deze kosten tot op de uitspraak in cassatie aan de zijde van Van der Valk op € 68,07 aan verschotten en € 2600 voor salaris, en aan de zijde van Inbev op € 68,07 aan verschotten en € 2200 voor salaris.



## Noot

Op 3 mei 2006 is huurder het gehuurde gaan huren door middel van een akte van indeplaatsstelling. Daarnaast zijn Inbev en huurder op die datum enkele andere overeenkomsten aangegaan, zoals een bruikleenovereenkomst voor roerende zaken, een bruikleenovereenkomst voor de kelderbierinstallatie, een pandovereenkomst en een overeenkomst van geldlening. Huurder heeft de inventaris en andere roerende zaken gekocht van de vorige huurder, die vanuit het gehuurde een discotheek exploiteerde. Huurder wilde in het gehuurde een Italiaans restaurant beginnen, dat door een derde zou worden geëxploiteerd. Om het Italiaanse restaurant in het gehuurde te kunnen exploiteren moest eerst een verbouwing worden uitgevoerd. Voor het verkrijgen van de voor de verbouwing benodigde vergunning stuitte de huurder op de nodige problemen. Kort samengevat lijkt de conclusie te kunnen worden getrokken dat het Italiaanse restaurant niet paste in het bestemmingsplan. In het kader van deze annotatie ga ik niet in op het publiekrechtelijke traject dat door de huurder is doorlopen, maar ga ik ervan uit dat het Italiaanse restaurant niet paste in het bestemmingsplan.

Huurder heeft op 29 februari 2008 met een beroep op dwaling de handdoek in de ring gegooid. Huurder heeft niet alleen de huurovereenkomst vernietigd op grond van dwaling, maar ook de andere tussen Inbev en huurder gesloten overeenkomsten.

Vernietiging van een overeenkomst is mogelijk als deze tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten. Vernietiging kan op grond van artikel 6:228 BW alleen:

- a. indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten;
- b. indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten;
- c. indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is uitgegaan, tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden<sup>1</sup>.

In deze procedure spitst de zaak zich toe op de vraag of Inbev op grond van artikel 6:228 lid 1 sub b BW huurder had moeten informeren. In cassatie wordt ervan uitgegaan dat Inbev niet op de hoogte was van de precieze bestemming van het pand en van de mogelijke problemen die deze bestemming zou kunnen opleveren als een verbouwing nodig zou zijn. Huurder is van mening dat Inbev als professionele partij had behoren te weten van de afwijkende bestemming en mogelijke problemen en in het verlengde daarvan haar

mededelingsplicht heeft geschonden van hetgeen zij 'behoorde te weten'. In feite stelt huurder zich op het standpunt dat de verplichting van Inbev als professionele partij zo verstrekt dat op haar een onderzoeksplicht rust om vast te stellen wat zij 'behoort te weten' om vervolgens haar bevindingen mee te kunnen delen aan de huurder.

De Hoge Raad volgt de huurder niet in zijn standpunt en oordeelt:

“In zijn algemeenheid mag een huurder van bedrijfsruimte niet ervan uitgaan dat met het oog op zijn belang door de professionele verhuurder bij de gemeente is nagegaan of eventuele verbouwingsplannen mogelijk problemen in verband met het bestemmingsplan opleveren.”

In de parlementaire geschiedenis bij boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is vermeld dat een verplichting tot 'preventief' melden niet te snel mag worden aangenomen en dat van een 'behoren in te lichten' in het algemeen slechts sprake zal zijn als de wederpartij van de dwalende zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte was. Een spreekplicht op grond van enkel 'behoren te kennen' wordt in de jurisprudentie dan ook niet snel aangenomen. De Hoge Raad verwijst in dit arrest naar zijn arrest van 18 april 1986<sup>1</sup> dat is gewezen in het kader van een koopovereenkomst. In dat arrest heeft De Hoge Raad geoordeeld:

“Aantekening verdient daarbij nog dat voor zover deze onderdelen er onder 3b en 5 van uitgaan dat 'een ter zake kundig onroerend goed-handelaar' zich met het oog op de belangen van de koper ervan op de hoogte behoort te stellen of een door hem te koop aangeboden onroerend goed in een bestemmingsplan ligt en dat de koper er, behoudens bijzondere omstandigheden, van mag uitgaan dat de verkoper dat heeft gedaan, zij zijn gebaseerd op een stelling die in haar algemeenheid geen steun vindt in het recht.”

Het oordeel van De Hoge Raad is dan ook in lijn met de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie over artikel 6:228 BW. Aangezien huurder door middel van een akte van indeplaatsstelling huurder was geworden, lag het voor huurder wellicht minder voor de hand om het geschil in te steken vanuit de gebrekenregeling zoals die is opgenomen in artikel 7:204 BW e.v. De dwingendrechtelijke bepalingen uit de gebrekenregeling hebben immers betrekking op hetgeen de verhuurder wist of behoorde te weten bij het aangaan van de huurovereenkomst. Het aangaan van de huurovereenkomst is niet het moment van indeplaatsstelling. Het geschil hield ook geen verband met een eventuele verplichting van de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst. In deze zaak wilde de huurder na de indeplaatsstelling het gebruik van het gehuurde immers wijzigen, voor welke wijziging een verbouwing nodig was. Een succesvol beroep op dwaling zou in deze zaak bovendien voor huurder tot ge-

<sup>1</sup> HR 18 april 1986, NJ 1986/747.

volg hebben gehad dat het samenstel van overeenkomsten op dezelfde grond zou kunnen worden vernietigd in plaats van dat op grond van een tekortkoming alleen de huurovereenkomst zou worden ontbonden.

Niettemin is het aardig om stil te staan bij de vraag of vanuit de gebrekenregeling tot dezelfde terughoudende beoordeling zou zijn gekomen, waarbij ik de vergelijking dan wel trek met een nieuwe huurovereenkomst en dus voorbij ga aan de indeplaatsstelling waarvan hier sprake was.

'Behoren te kennen' komt in het huurrecht ook voor. Verhuurder kan aansprakelijkheid voor gebreken immers niet uitsluiten voor zover het gaat om gebreken die hij bij het aangaan van de huurovereenkomst "*kende of had behoren te kennen*" (artikel 7:209 BW). Ook in artikel 7:208 BW wordt melding gemaakt van 'behoren te kennen'.

Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:209 blijkt dat de wetgever dit heeft toegevoegd ter bescherming van de huurder. Dit is nodig geacht omdat de omschrijving van een gebrek in artikel 7:204 lid 2 meebrengt dat de verhuurder door een behoorlijke voorlichting op het punt van wat de huurder aan genot van de verhuurde zaak kan verwachten, (deels) kan voorkomen dat hij aansprakelijk is. Dit neemt niet weg dat partijen een regeling kunnen afspreken die de verhuurder van zijn verplichting tot onderzoek naar mogelijke tekortkomingen van de zaak voor het sluiten van de overeenkomst ontheft en in plaats daarvan aan de huurder de verplichting tot een zodanig onderzoek oplegt.<sup>2,3</sup> Volgens de wetgever is de verhuurder echter in het algemeen beter dan de huurder in staat zich inzicht in de werkelijke toestand van de zaak te verschaffen. De verhuurder beschikt immers over de zaak en kan eenvoudig onderzoek uitvoeren. Welk onderzoek van de verhuurder kan worden gevergd, hangt mede af van de vraag of hij in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt en van de positie van de huurder (bijvoorbeeld of dit een natuurlijke persoon is).

Als partijen geen aanvullende afspraken hebben gemaakt, dan is vanuit het huurrecht bezien de kans dus groot dat het niet kunnen gebruiken van de zaak omdat dit niet past binnen het bestemmingsplan, moet worden gekwalificeerd als gebrek dat de verhuurder 'had behoren te kennen'. Met andere woorden: wordt door verhuurder een restaurant verhuurd, dan moet het gehuurde in beginsel ook geschikt zijn om als restaurant te worden gebruikt.

Over het algemeen maken partijen wel afwijkende afspraken. Enerzijds door de beschrijving van het gehuurde en anderzijds door een onderzoeksplicht bij de huurder neer te leggen. In de verschillende ROZ-modellen wordt bijvoorbeeld uitgegaan van een knip waarbij de verhuurder aansprakelijk is voor de bedrijfsruimte (als het ware een functioneel gebouw) en de huurder voor alles dat samenhangt

met het daadwerkelijke gebruik van het gehuurde, waaronder of dit gebruik past binnen het bestemmingsplan. Dit is gedaan door het gehuurde in artikel 1.1 te beperken tot een 'bedrijfsruimte' en in artikel 1.2 (of 1.3 afhankelijk van het model) te bepalen waarvoor het door huurder moet worden bestemd om te worden gebruikt. In de algemene bepalingen is vervolgens geregeld dat huurder zelf moet onderzoeken of het gebruik in de zin van artikel 1.2 past binnen het bestemmingsplan en zelf moet zorgen voor de benodigde toestemmingen, vergunningen etc.

Uit het arrest van De Hoge Raad blijkt dat op de huurovereenkomst algemene huurvoorwaarden van toepassing waren. Op grond van artikel 6.8.2 van die algemene huurvoorwaarden diende huurder zelf te onderzoeken of het gehuurde geschikt is voor de bestemming die huurder aan het gehuurde moet geven. In het arrest wordt het niet met zoveel woorden genoemd, maar het lijkt er gelet op de nummering op dat de ROZ-bepalingen voor winkelruimte uit 2003 op de huurovereenkomst van toepassing waren. De Hoge Raad ziet in dit artikel uit de algemene huurvoorwaarden een extra argument waarom het hof haar oordeel dat Inbev de huurder had moeten informeren niet voldoende heeft gemotiveerd.

De jurisprudentie op grond van de gebrekenregeling laat (nog) een wisselend beeld zien ten aanzien van de beantwoording van de vraag of sprake is van een gebrek als huurder het gehuurde niet kan gebruiken voor het tussen partijen in de huurovereenkomst overeengekomen gebruik op grond van het bestemmingsplan. Ter illustratie verwijs ik naar mijn artikel '(Gewijzigde) overheidsvoorschriften bij bedrijfsruimte; gebrek of geen gebrek', *WR 2010/87*, Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) 25 oktober 2011, *WR 2012/123*, Hof Arnhem 4 september 2012, *WR 2013/14* met annotatie van mijn hand, Rechtbank Gelderland 10 juni 2014, *WR 2014/116* en Hof Amsterdam 20 januari 2015, *WR 2015/130*, de laatste twee uitspraken met annotatie van mr. J.M. Winter-Bossink.

De Hoge Raad heeft in deze zaak de overweging over artikel 6.8.2 van de huurvoorwaarden opgenomen in het kader van het beroep op dwaling en de in dat kader toepasselijke terughoudende benadering. Hierin kan naar mijn mening geen verder strekkend oordeel worden gelezen. Ik verwacht dat de kans op succes voor de huurder groter is als deze ageert op basis van de gebrekenregeling dan op grond van dwaling. Zeker wanneer partijen geen van de wet afwijkende afspraken hebben gemaakt, maar ook als door middel van algemene bepalingen een onderzoeksplicht bij de huurder is gelegd. Waar de wetgever de gebrekenregeling heeft opgenomen ter bescherming van de huurder geldt bij dwaling een grotere terughoudendheid als het gaat om 'behoren te kennen'.<sup>4</sup>

*mr. J.A. van Strijen*

<sup>2</sup> MvT *Kamerstukken II* 1997/98, 26089, 3, p. 20.

<sup>3</sup> Zie ook: mr L. Vrakking, *Contractueel afwijken in het huurrecht: over verwachtingen, risico's en exoneratie in de gebrekenregeling*, *WR 2015/1*.

<sup>4</sup> Zie over dit arrest ook het artikel van mr J.J. Dammingh, *Wanneer rust op een verhuurder (of verkoper) een mededelingsplicht?*, *ORP 2016/113*.