

Jurisprudentiebespreking

mr. N. Eeken en prof. mr. A.W. Jongbloed

21. Rechtbank Amsterdam (kort geding)

11 september 2012

Zaaknummer / rolnummer: 523508 / KG ZA 12-1106

SR/MRSB (niet gepubliceerd)

OBAM / Krakers Johann Siegerstraat Amsterdam

Samenvatting

Kraken

Na de uitspraak HR 28 oktober 2011, *LJN BQ9880*, is duidelijk dat op grond van de Wet kraken en leegstand uit 2010 de belangen van krakers van een pand vaak moeten wijken voor die van de eigenaar c.q. verhuurder. Er is echter geen sprake van een automatisme. De rechter dient te toetsen of er sprake is van voldoende (spoedeisend) belang. Op grond van de omstandigheden van dit geval oordeelt de voorzieningenrechter dat ontruiming gerechtvaardigd is.

Voorzieningenrechter

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

OBAM Beheer Bedrijfsauto's B.V.,

gevestigd te Eindhoven,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Truckland Noord-Holland B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

eiseressen,

advocaat: mr. R. de Vries te Rotterdam

tegen

Hen die verblijven in de onroerende zaak of een gedeelte

daarvan, plaatselijk bekend als Johann Siegerstraat 2-4 te Amsterdam,

gedaagden,

van wie is verschenen *M.M. Czenniak*,

die is bijgestaan door mr. S.W.T.R. Hermans, advocaat te Amsterdam

(Geen hoger beroep ingesteld)

Eiseressen zullen hierna waar afzonderlijk bedoeld 'Obam' en 'Truckland' worden genoemd. Waar gezamenlijk bedoeld zullen zij worden aangeduid als Obam c.s. Gedaagden zullen waar gezamenlijk bedoeld worden aangeduid als 'de krakers'.

(...)

2. De feiten

2.1. Obam is sinds 18 maart 1994 gerechtigd tot twee tijdelijke rechten van erfpacht op percelen grond, in eigendom van de Gemeente Amsterdam, gelegen aan de Johann-Siegerstraat 2-4 te Amsterdam, met de rechten van de erfpachter op de op de percelen grond (hierna ook: het perceel) aanwezige opstallen (nader aan te duiden met: het gebouw).

2.2. Truckland huurt het gebouw van Obam.

2.3. Obam en Truckland zijn voor 100% dochter van Pallieter Trucks B.V. Laatstgenoemde onderneming bestaat uit een groep bedrijfswagen dealers die onder de naam 'Truckland' bedrijfswagenmerken vertegenwoordigen op het gebied van verkoop en service. Truckland is gemachtigd Obam te vertegenwoordigen in alle zaken die de verkoop van het gebouw aangaan.

2.4. Het gebouw is door Truckland tot mei 2008 gebruikt als servicepunt voor vracht- en bestelauto's. In mei 2008 heeft Truckland dit servicepunt verplaatst naar een andere locatie.

2.5. Obam c.s. is na mei 2008 met de gemeente Amsterdam in onderhandeling getreden over de wijziging van de bestemming van het gebouw, alsmede over het verlenen van een voortdurend recht van erfpacht, in plaats van een tijdelijk recht.

2.6. Productie 4 zijdens Obam c.s., betreft een besluit van de Gemeente van 20 oktober 2010 waarin zij toestemming geeft voor het uitvoeren van saneringswerkzaamheden op het perceel. In het besluit staat dat "*Burgemeester en wethouders hebben beschikt dat er sprake is van drie gevallen van ernstige bodemverontreiniging en dat de sanering bij één geval spoedeisend is.*"

2.7. Na beëindiging van de saneringswerkzaamheden heeft Truckland op 7 juli 2011 een evaluatieverslag inclusief nazorgplan ingediend bij de Gemeente Amsterdam. Tussen Truckland en de Gemeente is vervolgens een geschil ontstaan omtrent de deugdelijke nakoming door Truckland van het saneringsplan.

2.8. Productie 8 zijdens Obam c.s. betreft een concept-akte getiteld 'conversie en bestemmingswijziging van erfpacht'. In deze akte, waarin als partijen staan vermeld de Gemeente Amsterdam en Obam, staat - voor zover voor deze procedure van belang - het volgende:

"(...)

- dat het tijdelijke erfpachtrecht op eenendertig augustus tweeduizend zes is verlopen;

(...)

- dat de erfpachter de gemeente heeft verzocht het tijdelijk erfpachtrecht te converteren naar een voortdurend erfpachtrecht;

- dat tussen de gemeente en de feitelijke gebruiker van het erfpachtrecht afspraken zijn gemaakt met betrekking tot de geconstateerde bodemverontreiniging van het terrein;

- dat geen dringend gemeentebelang zich tegen conversie verzet;

(...)

- dat de gemeente Amsterdam met de erfpachter overeenstemming heeft bereikt om het tijdelijk erfpachtrecht te converteren naar een tweetal rechten van voortdurende erfpacht en de bestemming te wijzigen onder voorbehoud van bestuurlijke goedkeuring.

(...)

BODEMONDERZOEK

Gelet op voormelde artikelen (...) wordt (...) verwezen naar een brief van de Dienst Milieu en Bouwtoezicht (...) de dato veertien juni tweeduizend twaalf (...) waarin is geconcludeerd dat het terrein voldoet aan de zogenaamde bodemkwaliteitsklasse Industrie. (...)"

2.9. Het gebouw is op of omstreeks 24 juni 2012 door de krakers gekraakt. Obam c.s. heeft van dit feit op 25 juni 2012 aangifte gedaan bij de politie.

2.10. In een door Obam c.s. overgelegde ondertekende, ongedateerde verklaring van J.D. Faber RT, werkzaam als makelaar/taxateur bij Blauwhof Makelaars staat voor zover

voor deze procedure relevant dat Truckland het makelaarskantoor in 2008 heeft benaderd voor de verkoop van het gebouw. Faber verklaart voorts dat hij geadviseerd heeft mede gelet op het feit dat de tijdelijke erfpacht was afgelopen, de zeer beperkte bestemming van het erfpachtrecht en de vervuilde grond, niet (onmiddellijk) tot verkoop van het gebouw over te gaan.

2.11. Obam c.s. heeft de krakers bij brief van 27 juli 2012 gesommeerd het gebouw te verlaten. De krakers hebben tot op heden aan deze sommatie niet voldaan.

3. Het geschil

3.1. Obam c.s. vordert - samengevat - de krakers op straffe van verbeurte van een dwangsom te veroordelen het gebouw binnen 24 uur na betekening van dit vonnis te ontruimen, een anti-herkraaktermijn vast te stellen van 1 jaar, en de krakers te veroordelen in de proceskosten.

3.2. Obam c.s. legt aan haar vordering samengevat het volgende ten grondslag. Nadat Truckland in mei 2008 is opgehouden het gebouw als servicepunt te gebruiken, had Obam het voornemen het gebouw te verkopen. Zij heeft hiertoe contact gezocht met Blauwhof Makelaars. Er speelde evenwel een aantal zaken op grond waarvan het makelaarskantoor het advies gaf niet tot onmiddellijke verkoop over te gaan. Zo was het tijdvak waarvoor het tijdelijke recht van erfpacht gold afgelopen, waardoor de gemeente de erfpacht op elk moment kon beëindigen en was de bestemming van het gebouw erg beperkt. Obam c.s. is vervolgens met de gemeente in onderhandeling getreden over conversie van het tijdelijk recht van erfpacht in een voortdurend recht van erfpacht en over de wijziging van de bestemming van het gebouw. De gemeente wenste hieraan haar medewerking pas te verlenen als de onder het gebouw verontreinigde grond zou zijn gesaneerd. Hiermee is Obam c.s. vervolgens aangevangen. Gedurende dit traject is Obam c.s. het gebouw blijven gebruiken voor de stalling van vrachtwagens en de opslag van inventaris. Nu een geschil met de gemeente over de uitvoering van de saneringswerkzaamheden recentelijk is opgelost en de gemeente, ingevolge de concept-akte, bereid is over te gaan tot de verzochte wijzigingen, kan worden overgegaan tot verkoop van het gebouw. De aanwezigheid van de krakers belemmert de verkoop. Nu de krakers in het gebouw zonder recht of titel verblijven, geen sprake is geweest van langdurige leegstand en evenmin te verwachten valt dat het pand nadat de krakers dit zullen hebben verlaten, nog lang ongebruikt zal blijven, is de vordering tot ontruiming in kort geding toewijsbaar.

3.3. Czenniak voert verweer. Op dit verweer wordt in het hiernavolgende, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Omdat in dit geval sprake is van een procedure waarin een voorlopige voorziening wordt gevorderd, zal de voorzieningenrechter artikel 127a lid 1 en lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) - waarin is bepaald dat aan het niet tijdig betalen van het griffierecht consequenties worden verbonden - buiten beschouwing laten. Toepassing van deze bepaling zou immers, gelet op het belang van één of beide partijen bij de toegang tot de rechter, leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.

4.2. In een kort geding is een vordering tot ontruiming slechts toewijsbaar indien voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter de vordering eveneens toewijst en indien van

eiser(es) niet kan worden gevergd dat hij/zij de uitkomst van een bodemprocedure afwacht.

4.3. Onbetwist is dat Czenniak zonder recht of titel in het gebouw verblijft. Het is dan ook voldoende aannemelijk dat de bodemrechter de vordering zal toewijzen. De vraag waar het in deze procedure om draait, is of Obam c.s. een spoedeisend belang heeft bij toewijzing van haar vordering. Czenniak heeft aangevoerd dat dit niet het geval is, aangezien ontruiming tot leegstand zal leiden.

4.4. De voorzieningenrechter overweegt dat het enkele feit dat een ontruiming tot leegstand leidt, nog niet maakt dat een eigenaar geen belang heeft bij ontruiming van zijn onroerend goed. De vraag is of de leegstand ongerechtvaardigd is. Obam c.s. heeft in de afgelopen jaren veel tijd en geld gestoken in het vergroten van de verkoopbaarheid van het gebouw door met de gemeente in onderhandeling te treden over een wijziging van de bestemming van het gebouw en conversie van het tijdelijk recht van erfpacht in een voortdurend recht. Uit de stukken blijkt dat deze onderhandelingen naar alle waarschijnlijkheid binnenkort met succes zullen worden afgerond. Dan kan daadwerkelijk begonnen worden met het verkooptraject. Aannemelijk is dat de aanwezigheid van krakers in het gebouw de verkoopmogelijkheden zullen verkleinen. In het algemeen doet de aanwezigheid van krakers in een pand immers afbreuk aan de verkoopbaarheid daarvan. Dat wordt in het onderhavige geval voorshands niet anders indien met Czenniak zou kunnen worden afgesproken dat zij bezichtigingen in het gebouw toestaat. Gelet op de neerwaartse trend in de huidige onroerend goed markt en gelet op de inspanningen die Obam c.s. heeft gepleegd om het gebouw verkooprijp te maken, heeft Obam c.s. een gerechtvaardigd belang om in ieder geval gedurende een jaar te kunnen proberen het gebouw onder optimale omstandigheden te verkopen. De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat de omstandigheid dat het gebouw na ontruiming gedurende het verkoopproces enige tijd leeg zal staan, niet leidt tot ongerechtvaardigde leegstand. Daar komt bij dat Obam c.s. heeft gesteld dat zij een deel van het gebouw per 1 september 2012 heeft verhuurd aan Hoogland en Obam c.s. een deel van het gebouw wil gebruiken als opslag voor onverkochte vracht- en bedrijfsauto's. Nu de voorzieningenrechter Obam c.s. de mogelijkheid wil geven het gebouw te verkopen zijn deze stellingen overigens niet doorslaggevend en doet het feit dat Czenniak betwist dat er zal worden verhuurd c.q. auto's zullen worden gestald niet aan de beslissing af. Aan Obam c.s. dient een redelijke termijn te worden gegund om het gebouw onder voor haar zo gunstig mogelijke omstandigheden te verkopen en de gevorderde anti-herkraaktermijn kan derhalve worden toegewezen. De gevorderde dwangsom zal worden beperkt als na te melden.

4.5. Op grond van het voorgaande kunnen de overige door Obam c.s. aan haar vordering ten grondslag gelegde stellingen en de daartegen door Czenniak gevoerde verweren onbesproken blijven.

4.6. De vordering jegens de niet verschenen gedaagden komt de voorzieningenrechter niet ongegrond voor en zal worden toegewezen op gelijke wijze als jegens Czenniak.

4.7. De krakers zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Obam c.s. worden begroot op:

- dagvaarding	EUR	76,17
- griffierecht		575,00
- salaris advocaat		<u>816,00</u>
Totaal	EUR	1.467,17

De proceskosten zullen worden vermeerderd met de kosten van de ingevolge artikel 61 Rv voorgeschreven advertentie.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt de krakers om binnen drie na de betekening van dit vonnis het gebouw en het terrein aan de Johann Siegerstraat 2-4 te Amsterdam met al de hunnen en het hunne te ontruimen en te verlaten,

5.2. bepaalt dat deze veroordeling binnen de in artikel 557a lid 3 Rv genoemde termijn van een jaar ook ten uitvoer zal kunnen worden gelegd tegen een ieder die zich ten tijde van de tenuitvoerlegging daar bevindt of daar binnentreedt en telkens wanneer dat zich voordoet,

5.3. veroordeelt de krakers om aan *Obam c.s.* een dwangsom te betalen van EUR 1.000,- voor iedere dag dat zij niet aan de in 5.1 uitgesproken veroordeling voldoen,

5.4. veroordeelt de krakers in de proceskosten, aan de zijde van *Obam c.s.* tot op heden begroot op EUR 1.467,17, te vermeerderen met de kosten gemaakt voor de in artikel 61 Rv voorgeschreven advertentie,

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. S.J.A. Rullmann (...).

Commentaar

Op 1 oktober 2010 is in werking getreden de Wet van 24 juli 2010 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Leegstandwet, en enige andere wetten in verband met het verder terugdringen van kraken en leegstand (Wet kraken en leegstand (*Stb.* 2010, 320)). De bedoeling was dat het daarmee gemakkelijker zou worden om een executoriale titel te verkrijgen jegens degenen die in gekraakte panden zouden verblijven. Zoals hierna zal blijken, was er nog een 'reparatie'-uitspraak van de Hoge Raad nodig om dat te bewerkstelligen.

Aan de invoering van de Wet kraken en leegstand is een periode van circa 40 jaar vooraf gegaan waarin (huis)eigenaren en krakers elkaar met juridische spitsvondigheden de loef probeerden af te steken. Startpunt was de uitspraak HR 2 februari 1971, *NJ* 1971, 385. In die uitspraak werd beslist dat er bij een leegstaande woning geen sprake van huisvredebreuk (vgl. art. 138 Wetboek van Strafrecht (Sr)) was. Verbleef de bewoner tijdelijk in het ziekenhuis of was hij met vakantie, dan bleef de woning juridisch gezien 'bewoond', ook al was de bewoner niet lijfelijk aanwezig. Maar was de woning verkocht en was de ex-eigenaar verhuisd of was een verhuurde woning nog niet aan een ander toegewezen, dan bood het Wetboek van Strafrecht de eigenaar geen bescherming.

Weliswaar werd in 1973 een ontwerp anti-kraakwet gepubliceerd om de strafrechtelijke leemte op te vullen, maar algemeen was men van mening dat een civielrechtelijke oplossing de voorkeur genoot. Enerzijds waren er eigenaren die hun pand uit speculatieve overwegingen leeg lieten staan, anderzijds waren er velen die geen betaalbare woonruimte konden vinden en noodgedwongen bij anderen inwoonden. De laatste groep bestond met name uit jongeren (jonge gezinnen al dan niet met kleine kinderen). Leidende gedach-

te was dat misbruik van het eigendomsrecht moest worden aangepakt.

In 1978 kwam de PvdA met een ontwerp Leegstandwet waarbij nieuwe bepalingen in de Woonruimtwet 1947 (vgl. thans de Huisvestingswet) moesten worden opgenomen. De focus was met name gericht op woonruimte. Een jaar later, in 1979, volgde een regeringsontwerp Leegstandwet. Er zou sprake moeten zijn van een aparte wettelijke regeling die ook betrekking had op bedrijfspanden. Conform de toen geldende opvattingen werd gesproken over woonconsumenten. Doel was te komen tot een depolarisering en er diende ook bescherming te worden geboden aan particulieren die in financiële problemen kwamen doordat hun woning werd gekraakt. Dat het een controversieel onderwerp was, blijkt uit de meer dan 100 amendementen die werden ingediend en uit de wijzigingsvoorstellen van de regering. Het leidde uiteindelijk tot de Wet van 21 mei 1981 houdende regelen omtrent leegstaande woningen en andere gebouwen (*Stb.* 1981, 337). Ingevoerd werd onder meer de anonieme dagvaarding in art. 4 sub 11 en 5 lid 1 sub 2 (vgl. thans art. 45 lid 4 en 61 Rv) en art. 438b (vgl. het huidige art. 557a lid 3 Rv), maar ook werd voorzien in een registratie van leegstaande woningen (art. 6 en 7) en werden bepalingen met betrekking tot de vordering van leegstaande woningen en gebouwen (art. 8 e.v.) opgenomen. Daarnaast werden in art. 13 en 14 strafbepalingen omtrent het wederrechtelijk gebruik van leegstaande woningen opgenomen. Een onverdeeld succes werd de wet niet. Pas circa vijf jaar later werden die delen van de wet ingevoerd waaraan weinig kosten waren verbonden. Zo werd er geen leegstandsregister ingevoerd omdat de gemeenten de daarvoor benodigde gelden niet van de rijksoverheid verkregen.

Daarnaast ontstond in de rechtspraak een 'schaakspel' waarbij krakers en eigenaren probeerden elkaar schaakmat te zetten. Nadat in HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 561 (*Hiep/Amro-bank*) was bepaald dat onder 'de zijnen' ook de andere krakers moesten worden begrepen,¹ volgden kraakacties waarbij een duidelijk onderscheid werd gemaakt tussen de deelnemers aan de kraakactie zelf en de latere deelnemers/bezitters. In HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 154 (*De Merel*)

1. Na te hebben vastgesteld dat zich te dezen een zorgvuldig gezamenlijk uitgevoerde kraakactie voordeed, heeft het hof - oordelend, dat in een zodanig geval tot "de zijnen" behoren al degenen die als gevolg van de kraakactie in de gekraakte lokaliteiten onderdak hebben gevonden en daarin en van daaruit geheel of grotendeels hun persoonlijke en maatschappelijke activiteiten vervullen, omdat van hen, tenzij het tegendeel aannemelijk is, moet worden aangenomen dat zij de toegang tot die lokaliteiten met wederzijdse hulp en toestemming hebben verkregen - tot uitdrukking gebracht, dat aan degenen die, door een gezamenlijke kraakactie als evenbedoeld, tot lokaliteiten, aan een ander toebehorende, zonder toestemming van die ander, toegang heeft verkregen, kan worden bevolen die lokaliteiten te ontruimen met een ieder die zich ten tijde van de executie van het bevel daar ophoudt als voormeld, zonder verlof van de eigenaar en zonder dat aannemelijk is dat hij staat buiten de groep van hen die met wederzijdse hulp of toestemming toegang tot die lokaliteiten hebben verkregen. Daarmede is volgens de Hoge Raad niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Knol) werd daarom beslist dat de latere bewoners niet onder het begrip 'de zijnen' vielen nu zij niet aan de oorspronkelijke kraakactie hadden deelgenomen.² Met de uitspraak HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 267 (*Sweelinck conservatorium*) sloeg de weegschaal weer door naar de eigenaar/verhuurder. Via een constructie³ werd bereikt dat de krakers tot ontruiming konden worden gedwongen zonder dat zij als partij in het geding werden betrokken. In de zaak *Sweelinck conservatorium* werd uitgemaakt dat die methode niet per definitie onrechtmatig was en dat een executorialie titel ook ten uitvoer kon worden gelegd jegens hen die geen partij waren, tenzij een eigen recht bestond. Daarbij werd aangetekend dat zo'n bewoner een kort geding kon starten uit hoofde van onrechtmatige daad c.q. misbruik van recht.⁴

Overigens vormde het toenmalige art. 438b/het huidige artikel 557a Rv een reactie op HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 154 (*De Merel/Knol*) door te bepalen dat een veroordeling tot ontruiming in dit soort gevallen gedurende een jaar ten uitvoer gelegd kon worden tegen de feitelijke bewoners, waardoor het onderscheid tussen deelnemers aan de kraakactie en de latere deelnemers/bezitters niet meer van belang was en de sterk wisselende bezetting zinloos werd. Al met al gold na HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 267 (*Sweelinck conservatorium*) dat de uitspraken niet langer betrekking hadden op 'de zijnen', maar zich richtten op alle zich in een pand bevindende personen en dat die zo nodig maar een executie kort geding moesten starten.

Hoewel vaak wordt gedacht dat de ME een kraakpand ontruimt, is het juridisch gezien de gerechtsdeurwaarder die ontruimt en daarvoor de hulp van de ME inroept. Het is ook daarom dat degene die de ontruiming van een kraakpand vordert in de regel domicilie kiest bij de gerechtsdeurwaarder. Op die wijze kan de geëxecuteerde/kraker over mogelijkheden beschikken om tegen de uitgesproken ontruiming op te komen. Door de gerechtsdeurwaarder zal bevel worden gedaan om binnen drie dagen aan het ontruimingsvonnis te voldoen, zodat art. 2 Algemene termijnenwet geldt in acht wordt genomen en ten minste twee dagen reteren die niet zijn een zater-, zon- of feestdag. Voorts dient de gerechtsdeurwaarder ex art. 14 Gerechtsdeurwaarderswet (Gdw) aan het gemeentebestuur de voorgenomen ontruiming te melden. Het is immers niet ondenkbaar dat zich relletjes zullen voordoen en dan dient de gemeente daarop voorbereid te zijn c.q. moet een alternatieve ontruimingsdatum worden bepaald.

In de loop der jaren bleek het systeem minder goed te werken dan was voorzien. Zo deden zich (onder meer) problemen voor met buitenlandse krakers. In de regel konden die niet in voorlopige hechtenis worden genomen, omdat het toenmalige art. 429sexies Sr (dat kraken gedurende het eerste jaar van leegstand als overtreding strafbaar stelde) een overtreding opleverde en daarmee niet de mogelijkheid van voorlopige hechtenis opende. Het was op grond van art. 61 Wetboek van Strafvordering (Sv) slechts mogelijk iemand zes uur (de periode tussen middernacht en negen uur in de morgen niet meegerekend) op te houden voor verhoor. In die periode kon de identiteit van de betrokkene vaak niet worden vastgesteld. Daarnaast ontstond discussie over de vraag of een pand wel meer dan één jaar leegstond nu art. 429sexies Sr kraken alleen gedurende het eerste jaar van leegstand strafbaar stelde. Waar de een betoogde dat het pand al 367 dagen leegstond, reageerde de ander daarop met de stelling dat nog maar 363 dagen waren verstreken. Directe aanleiding voor wetsvoorstel 31 560 (leidende tot de Wet

2. Op grond van 's hofs arrest moet ervan worden uitgegaan dat Knol c.s. niet hebben deelgenomen aan de kraakactie zelf, in die zin dat zij niet behoren tot hen die zelf, met wederzijdse hulp en toestemming, zich de toegang tot het pand hebben verschaft, bijv. door dit gezamenlijk open te breken, maar dat zij wel hebben deelgenomen aan het georganiseerde onrechtmatig gebruik daarvan als gevolg van die actie. Op grond hiervan kan niet gezegd worden dat de personen die na Knol's vertrek uit het pand zich in dat pand bleven bevinden, daar vanwege Knol verbleven, en derhalve ook niet dat Knol dit pand door middel van deze personen bleef gebruiken of occuperen. Daarnaast overwoog de Hoge Raad dat een vordering tot ontruiming niet kan worden toegewezen tegen iemand die van het betreffende pand een zo kortstondig, vluchtig of beperkt gebruik maakt dat ontruiming geen passend middel is om hem de voortzetting van het gebruik, aangenomen dat dit onrechtmatig is, te beletten.
3. De eigenaar gaf bijv. opdracht tot verbouwing van het pand. De aannemer vorderde vervolgens de nakoming van de overeenkomst teneinde de door hem beoogde winst te kunnen realiseren alsmede dat het pand leeg zou zijn in verband met de kans dat zich anders ongevallen zouden voordoen. Iets vergelijkbaars betrof de verkoop van het pand. De eigenaar voerde niet serieus verweer, waarna de vordering werd toegewezen. Vervolgens kon met behulp van de gerechtsdeurwaarder en de sterke arm van politie en justitie het pand worden ontruimd. Omdat deze constructie/methode/truc voor het eerst bij een pand uit de Amsterdamse Huidenstraat werd toegepast, werd de naam daarvan hieraan verbonden.
4. De samenvatting van dit arrest in de *NJ* luidt:
 1. *Zodanige veroordeling [een veroordeling tot ontruiming van onroerend goed met alle zich daarin bevindende personen] is niet in strijd met het recht. Zij strekt ertoe dat de koper bevoegd zal zijn zich met behulp van de sterke arm te verschaffen hetgeen waartoe de verkoper zich krachtens de koopovereenkomst jegens hem heeft verplicht. In het licht van de aard van de verplichting, die aan de veroordeling van de verkoper ten grondslag ligt, is geen plaats voor een beperking van die veroordeling tot 'de zijnen', dat wil zeggen tot degenen die in een rechtens relevante relatie tot de gedaagde staan.*
 2. *In het stelsel van de wet ligt opgesloten dat een executorialie titel, voor wat betreft de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging, in beginsel ook jegens derden die daarbij geen partij waren, binnen de grenzen die in het gegeven geval worden gesteld door de formulering van de veroordeling en door de uit de wet voortvloeiende regels werking heeft. Ter zake van een veroordeling tot ontruiming als de onderhavige moet worden aangenomen dat zij ook kan worden ten uitvoer gelegd tegen bewoners die daarbij geen partij waren, behoudens het geval dat de bewoner tegen de executant een eigen recht kan pretenderen. Voortzetting van de executie zal immers, indien dit recht komt vast te staan, een schending daarvan opleveren en derhalve onrechtmatig zijn. De bewoner zal zich voorts bij dreigende schending van dit recht door middel van een k.g. tegen de executie kunnen verzetten of zich bij de voorgenomen ontruiming beroepen op misbruik van recht.*
 3. *Ontruiming van derden d.m.v. een uitspraak die, zoals de onderhavige, door de koper tegen de verkoper is verkregen, kan in strijd komen met algemene beginselen, zoals die van een goede procesorde, nl. indien van de*

kraken en leegstand) was een ontruiming in Amsterdam in mei 2008, die gepaard ging met geweld en waarbij 51 krakers werden aangehouden en allerlei wapens werden aangetroffen. De indruk bestond dat in het buitenland de gedachte leefde dat men in Amsterdam gratis kon wonen en dat naast anti-globalisten, seizoensarbeiders en 'toeristische' krakers ook criminelen werden aangetrokken. De politie werd bij ontruiming van kraakpanden steeds vaker geconfronteerd met gewelddadige tegenwerking en gevaarstelling, bijvoorbeeld in de vorm van barricades en boobytraps.

Hoewel twijfel bestond aan het nuttig effect van het voorstel (was het niet symboolwetgeving gelet op het beperkte aantal overlast gevende situaties?) is het toch wet geworden. Het bestuur van diverse grote steden gaf aan dat handhaving geen prioriteit zou genieten, waarop werd gereageerd met de mededeling dat gemeenten ook de wet moeten volgen, zodat als een burger een beroep op deze wet deed er bijstand verleend diende te worden.⁵

Met de invoering van de Wet kraken en leegstand werden op 1 oktober 2010 de Leegstandwet en Huisvestingswet op een aantal plaatsen gewijzigd, maar het belangrijkste was de toevoeging van een nieuw artikel 138a⁶ aan het Wetboek van Strafrecht en het vervallen van art. 429sexies uit dat Wetboek. Een eerste complicatie deed zich al direct voor: moesten de krakers niet in de gelegenheid gesteld worden tegen een voorgenomen ontruiming op te komen in kort geding? In een uitspraak van Hof Amsterdam 8 november 2010, *LJN* BO3249, werd een door krakers gevorderd verbod, onder meer met beroep op artikel 8 EVRM,⁷ om een gekraakt gebouw op de voet van art. 551a Sv te ontruimen, als voorlopige voorziening tijdens de spoedappelprocedure toegewezen. Ook Hof 's-Gravenhage 8 november 2010, *LJN* BO3682, kwam tot een verbod. In dit arrest oordeelde het hof dat bij een ontruiming van een woning op grond van art. 551a Sv, de ontruiming tijdig vooraf aan de kraker moet worden medegedeeld, want alleen dan zal voor deze kraker voldoende duidelijk zijn dat binnen afzienbare tijd zijn huisrecht feitelijk wordt beëindigd. Daarnaast krijgt de kraker op deze wijze de mogelijkheid om de ophanden zijnde ontruiming te laten toetsen door de (voorzieningen)rechter. Een vergelijkbare argumentatie is terug te vinden in Hof Amsterdam 1 maart 2011, *LJN* BP6209 waarin het hof het door de krakers gevorderde verbod om tot ontruiming over te gaan ook toeweest, zij het op andere gronden. Het hof overwoog hierin onder meer dat een deugdelijke voorafgaande aankondiging van de ontruiming ook van belang is voor eventueel afwezige krakers in verband met de door art. 1 Eerste Protocol EVRM gegeven bescherming van het (ongestoorde genot van het) eigendomsrecht.⁸

Deze arresten leidden tot een beleidsbrief van het College van procureurs-generaal over het voorlopig te volgen beleid bij voorgenomen strafrechtelijke ontruiming. (*Stcrt.* 2010, 19500). Aangegeven werd dat het beleid zou gelden tot nader bericht van het College en dat het College het beleid zou herbezielen nadat de Hoge Raad uitspraak had gedaan. Op 28 oktober 2011 (*LJN* BQ9880) heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in het door de staat ingestelde cassatieberoep tegen het hierboven besproken arrest van Hof 's-Gravenhage van 8 november 2010. De Hoge Raad heeft hierbij het arrest van het hof in stand gelaten en expliciet overwogen dat de in de brief vervatte, op art. 551a Sv gebaseerde beleidsregels voldoen aan de door het hof geformuleerde (en door de Hoge Raad gesanctioneerde) eisen.⁹

bevoegdheid om de hier bedoelde weg te volgen misbruik wordt gemaakt. Hiervan zal onder meer sprake zijn, indien de koopovereenkomst die aan de veroordeling van de verkoper ten grondslag ligt een schijnhandeling was, die uitsluitend ten doel had om in het belang van de verkoper zelf tot ontruiming te geraken, of indien deze weg slechts is gevolgd teneinde de betreffende derden niet in het geding te hoeven betrekken, terwijl er geen in redelijkheid te respecteren belang bestond om niet jegens henzelf ontruiming te vorderen."

5. Vgl. kamerstuk 31 560, nr. 30, brief van de minister van Justitie d.d. 24 juni 2010 over het handhavingsbeleid van de Wet kraken en leegstand; kamerstuk 31 560, nr. 32, brief van de minister van Binnenlandse Zaken d.d. 9 mei 2011 over de uitvoering van de motie-Anker (kamerstuk 31 560, nr. 26) om te bevorderen dat gemeenten werk maken van een actief leegstandsbeleid, en 31 560, nr. 33, Rapport Eén jaar Wet kraken en leegstand. Deze wet en de gevolgen daarvan worden uitgebreid besproken door H.J. Moné & N. Eeken 'Kraken en leegstand: genezen en voorkomen', *TBR* 2010, 20 (deel I), *TBR* 2010, 42 (deel II) en *TBR* 2012, 4 (nawoord).
6. Art. 138a BW luidt: '1. Hij die in een woning of gebouw, waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd, wederrechtelijk binnendringt of wederrechtelijk aldaar vertoeft, wordt, als schuldig aan kraken, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie. 2. Indien hij bedreigingen uit of zich bedient van middelen geschikt om vrees aan te jagen, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie. 3. De in het eerste en tweede lid bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien twee of meer verenigde personen het misdrijf plegen.'
7. Inhoudende het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven.
8. Zie voor een bespreking van dit arrest de uitgebreide noot van B.N. Cammelbeeck (*TvHB* 2011, 13).
9. Aan de krakers komt het huisrecht toe en zij kunnen uit hoofde van hun, ook door art. 12 Gw gewaarborgde, huisrecht aanspraak maken op bescherming op grond van art. 8 EVRM. Art. 551a Sv (dat een ontruimingsbevoegdheid schept o.g.v. de enkele verdenking van wederrechtelijk binnendringen of vertoeven) voldoet aan de eisen van voldoende kenbaarheid, voorzienbaarheid en nauwkeurigheid. De wetgever heeft binnen de grenzen van de hem toekomende 'margin of appreciation' in overeenstemming met art. 8 lid 2 EVRM kunnen oordelen dat deze ontruimingsbevoegdheid een legitiem doel dient en in een democratische samenleving noodzakelijk is. Naar het oordeel van de Hoge Raad had het hof terecht geoordeeld dat het de wetgever vrijstond het wederrechtelijk vertoeven afzonderlijk, los van het wederrechtelijk binnendringen, strafbaar te stellen en dat geen strijd met art. 7 EVRM optreedt in een geval waarin het verblijf dat voor de inwerkingtreding is aangevangen, en nadien wordt voortgezet, strafbaar wordt gemaakt. Aan de omstandigheid dat het verblijf wederrechtelijk is, kan niet de gevolgtrekking worden verbonden dat een kraker geen verdedigbare klacht ('arguable claim' of 'arguable complaint') kan hebben over (dreigende) schending van zijn huisrecht. Het is de onafhankelijke rechter die zal dienen te onderzoeken of de in abstracto door de wetgever gegeven voorrang aan het belang van de openbare orde, het beëindigen van strafbare feiten en de

De beleidsregels houden onder meer het volgende in:

- het kraakverbod zal door zowel politie als Openbaar Ministerie onverkort worden gehandhaafd;
- krakers hebben de mogelijkheid om tegen een voorgenomen ontruiming een kort geding aan te spannen;
- ontruiming op basis van art. 551a Sv zullen in beginsel aan de bewoners van een kraakpand worden aangekondigd;
- in beginsel zal worden gewacht met ontruimen totdat de voorzieningenrechter zich over een voorgenomen ontruiming heeft uitgelaten;
- een ontruiming wordt door of namens het Openbaar Ministerie in beginsel schriftelijk bij de bewoners van het te ontruimen pand aangekondigd;
- in de aankondiging wordt vermeld dat de ontruiming zal plaatsvinden binnen acht weken na de aankondiging (eventueel, maar niet noodzakelijk, met vermelding van de precieze voorgenomen ontruimingsdatum), doch niet binnen de eerste zeven dagen van die termijn, teneinde de krakers in de gelegenheid te stellen binnen die zeven dagen een kort geding aanhangig te maken door middel van het uitbrengen van een dagvaarding tegen de Staat met daarin een datum en tijd van behandeling;
- indien (tijdig) van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, zal het vonnis van de voorzieningenrechter worden afgewacht;
- indien (en zodra) zich een of meer bijzondere omstandigheden voordoen, kan het wederrechtelijk bewoonde pand terstond - en dus zonder dat een eventueel kort geding wordt afgewacht - worden ontruimd. Dit betreft de volgende situaties:
 - de krakers worden verdacht van huisvredebreuk (art. 138 Sr) waarbij het huisrecht van een ander wordt geschonden;
 - de krakers worden verdacht van andere strafbare feiten, tengevolge waarvan de rechthebbende van het pand ernstig wordt getroffen (bijvoorbeeld: een bedrijf kan door de kraak niet meer functioneren of er worden ernstige vernielingen aangericht);
 - door de wederrechtelijke bewoning ontstaat een gevaarlijke situatie of blijft deze in stand voor de krakers zelf, voor hun omgeving (bijvoorbeeld brandgevaar of instortingsgevaar) of voor bij ontruiming betrokken personen (bijvoorbeeld door het barricaderen van panden of het aanbrennen van boobytraps);
 - er is sprake van (ernstige vrees voor) verstoring van de openbare orde en veiligheid door de krakers, in het wederrechtelijk bewoonde pand of in de omgeving daarvan.

Met de hiervoor genoemde uitspraak van de Hoge Raad van 28 oktober 2011 is er de nodige duidelijkheid ontstaan. Maar de uitspraak betekent niet dat krakers per definitie tot ontruiming worden veroordeeld. In de praktijk wordt onder meer het (spoedeisend) belang van degene die de ontruiming wenst, getoetst. In de hier aan de orde zijnde uitspraak van Rechtbank Amsterdam (kort geding) van 11 september 2012, doet de voorzieningenrechter dat ook. Weliswaar is onbetwist dat Czenniak zonder recht of titel in het gebouw verblijft en is het voldoende aannemelijk dat de bodem-

rechter de vordering zal toewijzen, maar – zo overweegt de voorzieningenrechter onder 4.3 - de vraag waar het in deze procedure om draait, is of Obama c.s. een spoedeisend belang heeft bij toewijzing van haar vordering. De als enige verschenen kraker Czenniak heeft aangevoerd dat dit niet het geval is, aangezien ontruiming tot leegstand zou leiden. De voorzieningenrechter komt onder 4.4 tot de conclusie dat op korte termijn mogelijk leegstand zal ontstaan, maar dat Obama c.s. de afgelopen jaren veel tijd en geld heeft gestoken in het vergroten van de verkoopbaarheid van het gebouw door met de gemeente in onderhandeling te treden over een wijziging van de bestemming van het gebouw en dat naar het zich laat aanzien op korte termijn kan worden begonnen met het verkooptraject. Verder is aannemelijk dat de aanwezigheid van krakers in het gebouw de verkoopmogelijkheden verkleinen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Obama c.s. een gerechtvaardigd belang om in ieder geval gedurende een jaar te kunnen proberen het gebouw onder optimale omstandigheden te verkopen en dat betekent dat de omstandigheid dat het gebouw na ontruiming gedurende het verkoopproces enige tijd leeg zal staan, niet leidt tot ongerechtvaardigde leegstand.

Dat de balans niet altijd ten gunste van de eigenaar van het pand doorslaat, bewijst de uitspraak van Rechtbank Groningen (kort geding) 5 oktober 2012, *LJN BX9276*. Overwogen werd:

“4.10. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter dient het woonrecht van [A] voorshands zwaarder te wegen dan het belang van de Staat bij ontruiming van de woning. De Staat heeft weliswaar toegelicht dat een vergunning voor de sloop is verkregen en het terrein is bestemd voor ontwikkeling maar concrete plannen daartoe zijn in de ijskast gezet. Voorts is niet inzichtelijk gemaakt of en op welke termijn tot exploitatie van het gebied zal worden overgegaan. Dat de Staat bij het niet nakomen van haar contractuele verplichtingen - sloop van de woning binnen zes maanden na levering (artikel 9 van de koopovereenkomst) - met nadelige rechtsgevolgen zal worden geconfronteerd is naar het oordeel van de voorzieningenrechter evenmin aannemelijk ge-

bescherming van de rechten van derden boven het huisrecht van de kraker, in het concrete geval de proportionaliteitstoets kan doorstaan. Het hof heeft zonder miskennen van art. 13 EVRM geoordeeld dat een kort geding in één instantie een voldoende effectief rechtsmiddel vormt ter bescherming van het huisrecht van de krakers en dat voor een verdergaande bescherming geen noodzaak bestaat. 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 en dat, bij gebreke van een regeling terzake in de Wet kraken en leegstand, slechts nauwkeurig omschreven en deugdelijk gepubliceerde beleidsregels van het OM een voldoende waarborg dienaangaande bieden. De beleidsbrief van het College van procureurs-generaal (*Stcr.* 2010, nr. 19500) voldoet aan de hiervoor geformuleerde vereisten. Bij een deugdelijk vooraf aangekondigde ontruiming op de voet van art. 551a Sv zal in het algemeen zijn voldaan aan de door art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM verlangde procedurele waarborgen ter bescherming van (het ongestoorde genot van) het eigendomsrecht van aan de kraker toebehorende zaken.

maakt. De stelling van de Staat dat omwonenden hebben geklaagd over een onveilig gevoel door de aanwezigheid van [A] in de woning is niet onderbouwd met redengevende stukken. Het door de Staat gevoerde verweer dat de sloop ter voorkoming van leegstand en verloedering moet worden doorgezet is onbegrijpelijk nu het bewuste pand juist door [A] wordt bewoond. Onder de gegeven omstandigheden is de voorzieningenrechter van oordeel dat de aangekondigde ontruiming de proportionaliteitstoets niet kan doorstaan.” Tot slot wijs ik op rov. 4.6 van de hierboven genoemde Amsterdamse uitspraak: “De vordering jegens de niet verschenen gedaagden komt de voorzieningenrechter niet ongegrond voor en zal worden toegewezen op gelijke wijze als jegens Czenniak.”

Op grond van art. 140 Rv geldt dat als niet alle gedaagden in rechte zijn verschenen er één uitspraak wordt gedaan tegen alle gedaagden die als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd. Daarvoor is vereist dat de voorgeschreven formaliteiten en termijnen jegens de niet verschenen gedaagden in acht zijn genomen (vgl. art. 139 Rv).

Onder 1 (de procedure), laatste zin was al uitgesproken dat tegen de niet verschenen gedaagden verstek was verleend. Thans moest de voorzieningenrechter nog beoordelen of de vordering jegens die niet verschenen gedaagden haar onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Dat blijkt niet het geval te zijn en dat resulteert in de hier bedoelde overweging.

Prof. mr. A.W. Jongbloed¹⁰

22. Gerechtshof Arnhem

4 september 2012

LJN BX6413, JHV 2012, 186

hoger beroep van Rechtbank Arnhem, sector kanton, locatie Arnhem, 29 maart 2010, 10 januari 2011, 11 juli 2011 en 7 november 2011, niet gepubliceerd.
RE-BS B.V. / Grand Café du Sport XEL B.V.

Samenvatting

Gebrekenregeling, bedrijfsruimte, publiekrechtelijke voorschriften, exploitatievergunning
Huurder heeft een bedrijfsruimte gehuurd die op grond van de contractuele bestemming dient te worden gebruikt als horecabedrijf c.q. grand café. Voor die exploitatie blijkt huurder geen exploitatievergunning te kunnen krijgen aangezien een dergelijke exploitatie in strijd is met het bestemmingsplan. Het hof oordeelt dat dit een tekortkoming door verhuurder oplevert die ontbinding van de overeenkomst door huurder rechtvaardigt.

Gerechtshof

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid RE-BS B.V. (voorheen Bent Sports Zevenaar B.V.), gevestigd te Zevenaar, appellante, advocaat: mr. M.H.M. Deppenbroek, hierna: Bent Sports, tegen: de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Grand Café du Sport XEL B.V., gevestigd te Giesbeek, geïntimeerde, advocaat: mr. J. van Schaik, hierna: Grand Café.

(...)

3 De vaststaande feiten

Bent Sports exploiteert een sportcomplex aan de Hunneveldweg 6b te [woonplaats]. Bestuurder en enig aandeelhouder van Bent Sports is Bent Holding B.V.

3.2 Tussen Bent Sports als verhuurder enerzijds en Bent Sports Dependances B.V. en [X] (hierna: [X]) als huurders anderzijds is een huurovereenkomst gesloten, gedateerd 25 maart 2008. Deze overeenkomst luidt – voor zover thans relevant – als volgt (productie 6 bij dagvaarding in eerste aanleg):

“(…)

Verhuurder verklaart te hebben verhuurd aan huurder, die verklaart te hebben gehuurd:

Het horecabedrijf onderdeel van het onroerend goed staande en gelegen aan de [adres] te [woonplaats]

(...)

Artikel 1

1) (...)

2) Het verhuurde mag door de huurder alleen geëxploiteerd worden als grand-café c q horecabedrijf conform de horeca-c q gebruiksvergunning van de Gemeente Zevenaar

(...)

Artikel 3

1) Het verhuurde is bestemd om te worden gebruikt als horecabedrijf c q. grand-café.

(...)

3.3 Bij notariële akte van 27 maart 2008 heeft Bent Holding B.V. aan [X] de aandelen in Bent Sports Dependances B.V. geleverd. Bij notariële akte van 16 april 2008 is de statutaire naam van Bent Sports Dependances gewijzigd in Grand Café du Sport XEL B.V.

3.4 Een in samenspraak met Bent Sports opgesteld ondernemingsplan voor Grand Café luidt – voor zover thans relevant – als volgt (productie 13 bij dagvaarding in eerste aanleg):

“(…)

Korte termijn doelstellingen

(...)

• Het schrijven van een salesplan om meer bedrijfsfeesten binnen te halen.

Lange termijn doelstelling.

• Op de langere termijn heb ik als doel meer evenementen binnen te halen. De doelgroep zijn o.a. bedrijven die hun bedrijfsuitje door ons willen laten verzorgen.

• (...) Uitbreiding van het aantal kinderfeestjes behoort ook tot de mogelijkheden.

• (...)

• Voor al het bestaande publiek onderzoeken of er animo is voor activiteiten zoals kaarttoernooi en darttoernooi in de wintermaanden. (...)

(...)

Rechtsvorm

Gekozen is voor een besloten vennootschap.

De redenen hiervoor voor zijn:

• (...)

• (...)

10. Ton Jongbloed is redacteur van dit blad en raadsheer-plaatsvervanger in de Gerechtshoven Amsterdam en Leeuwarden.

- *mogelijkheid tot het overnemen van de B.V. Bent Sports dependances*
- *in deze B.V. is al het personeel onder gebracht en er is een drank en horecaverunning aanwezig.*
(...)"

3.5 Een brief d.d. 17 juni 2009 van de gemeente Zevenaar aan de advocaat van Grand Café luidt – voor zover thans relevant – als volgt (productie 20 bij dagvaarding in eerste aanleg):

"(...)

Op 16 juni ontving ik van u een verzoek tot bestemmingsplaninformatie met betrekking tot [adres], waar Grand Café X-EL B.V./Bent Sports Zevenaar BV gevestigd is.

(...)

Het perceel valt onder het bestemmingsplan 'Techno-parc Mercurion' en heeft daar de bestemming: 'Sport- en recreatiegebied'. In de doeleindenomschrijving staat aangegeven dat deze grond bestemd is voor sport en recreatiegebied. Voor het vestigen van een horecabedrijf is op grond van artikel 2:28 van de Algemene Plaatselijke Verordening Zevenaar ook een exploitatievergunning noodzakelijk. Bij de behandeling van die aanvraag wordt het ter plaatse geldende bestemmingsplan getoetst. (...)

(...)

Het probleem hierbij is dat hier ook een exploitatievergunning voor moet worden aangevraagd zoals boven omschreven. Daarbij wordt gekeken naar de bestemming. De bestemming luidt: Sport en recreatiegebied. De gronden behorende tot deze bestemming zijn bestemd voor Sport- en recreatiedoeleinden. Er geldt geen horecabestemming. Conclusie is dat wanneer er een Drank- en horecaverunning verleend gaat worden, de horeca-inrichting niet geëxploiteerd mag worden. Daarom is er ook gekeken naar de mogelijkheid van een niet-commerciële Drank- en horecaverunning. Paracommerciële instellingen zijn instellingen die weliswaar bedrijfsmatig of anders dan om niet alcoholhoudende dranken verstrekken, maar dit doen als nevenactiviteit. De hoofdactiviteit ligt op een ander vlak. Het moet dan gaan om activiteiten van recreatieve, sportieve, sociaal-culturele of godsdienstige aard. Aan deze vergunningen kunnen voorschriften of beperkingen verbonden worden, bijvoorbeeld dat de vergunning niet geldt voor het houden van bijeenkomsten van persoonlijke aard zoals bruiloften en partijen. (...)"

3.6 Een brief d.d. 23 maart 2010 van de gemeente Zevenaar aan [Y], op dat moment de exploitant van het gehuurde, luidt – voor zover thans relevant – als volgt (productie 32 bij conclusie van antwoord in reconventie tevens akte houdende producties):

"(...)

Op 30 september 2009 hebben wij uw aanvraag om exploitatievergunning ontvangen voor het exploiteren van een sportkantine op het perceel [adres] te [woonplaats]. (...) Het perceel valt in het bestemmingsplan Techno-park Mercurion en heeft daar de bestemming Sport en recreatiegebied. De gronden op de kaart aangewezen zijn bestemd voor sport- en recreatiegebied. De kantine moet ondergeschikt blijven aan de sportbestemming. De kantine mag alleen geopend zijn wanneer er sportactiviteiten plaatsvinden en moet gesloten zijn als het sportpark dicht is. Iedere exploitatie die niet geënt is op de sportactiviteiten is in strijd met het bestemmingsplan. Hierop zal gehandhaafd worden. (...)"

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

Met haar drie grieven richt Bent Sports zich in de kern genomen tegen het oordeel van de kantonrechter dat zij is tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de huurovereenkomst jegens Grand Café, dat Grand Café de overeenkomst gerechtvaardigd heeft kunnen ontbinden en dat zij aansprakelijk is voor de door Grand Café daardoor geleden schade. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.2 Bij de beoordeling van de grieven stelt het hof voorop dat ook de aanwezigheid van een wettelijk voorschrift dat een bepaald gebruik verbiedt een gebrek kan zijn in de zin van artikel 7:204 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en mitsdien een tekortkoming in de nakoming van de huurovereenkomst door de verhuurder kan opleveren (Kamerstukken II 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 13-15). Hieruit volgt dat indien voor het overeengekomen gebruik van het gehuurde een vergunning is vereist terwijl die vergunning gelet op de geldende wettelijke voorschriften voor het gehuurde niet kan worden verleend, die onmogelijkheid een gebrek kan opleveren in de zin van artikel 7:204 lid 2 BW.

4.3 Uit de vaststaande feiten en de stellingen van partijen over en weer volgt dat het gehuurde aan Grand Café is verhuurd met het oog op de exploitatie door Grand Café van een horecabedrijf in de vorm van een grand café. In de huurovereenkomst is deze bestemming ook genoemd. Tevens staat tussen partijen, als niet althans onvoldoende gemotiveerd betwist, vast dat voor de exploitatie van een horecabedrijf een exploitatievergunning en een vergunning in het kader van de Drank- en Horecawet vereist zijn. Uit de grieven van de gemeente Zevenaar aan (de advocaat van) Grand Café en aan de huidige exploitant van het gehuurde, zoals onder de vaststaande feiten weergegeven, volgt genoegzaam dat de exploitant van het gehuurde niet in aanmerking komt voor een (commerciële) exploitatievergunning, omdat een dergelijke exploitatie op de gehuurde locatie in strijd zou zijn met het bestemmingsplan. Door Bent Sports is daar tegenover onvoldoende gesteld om iets anders te kunnen concluderen. Het hof merkt daarbij op dat Bent Sports zich in haar grieven in dit verband alleen richt op de vereiste vergunning in het kader van de Drank- en Horecawet en niet op de exploitatievergunning.

4.4 Dit betekent dat Bent Sports aan Grand Café een ruimte heeft verhuurd die niet geschikt is voor het beoogde, overeengekomen gebruik en dat zij mitsdien aan Grand Café niet het huurgenot kon verschaffen dat Grand Café op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Dat het gehuurde wel als sportkantine mag worden geëxploiteerd, maakt dat niet anders. Partijen hadden immers, blijkens de omschrijving in de huurovereenkomst ("horecabedrijf c.q. grand-café") en ook blijkens het in samenspraak opgemaakte ondernemingsplan van Grand Café, een ander en ruimer commercieel horecagebruik voor ogen dan uitsluitend een aan de sportbeoefening gelieerde kantine. Of Bent Sports niet alleen de bedrijfsruimte maar ook de onderneming (het horecabedrijf) aan Grand Café heeft verhuurd, kan daarbij in het midden blijven. Door aan Grand Café een ruimte te verhuren die ingevolge de geldende wettelijke voorschriften niet legaal overeenkomstig de overeengekomen bestemming kan worden geëxploiteerd, is Bent Sports tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichten jegens Grand Café. De vraag

of ook Bent Holding B.V. wanprestatie heeft geleverd valt buiten dit geding.

4.5 Deze tekortkoming, die rechtstreeks de (beoogde) bedrijfsvoering door Grand Café raakt en Grand Café belemmert om een deel van de beoogde bedrijfsactiviteiten en daarmee samenhangende omzet te realiseren, is van voldoende gewichtige aard en ernst om de ontbinding van de overeenkomst met haar gevolgen te rechtvaardigen. Dat de gemeente nog niet handhavend optrad, zoals Bent Sports aanvoert, maakt dat niet anders. Van Grand Café mag niet worden verwacht dat zij een met publiekrechtelijke voorschriften strijdig gebruik voortzet. Voor het oordeel dat er een concreet vooruitzicht op legalisering bestond, is (mede gelet op de inhoud van voormelde brieven van de gemeente Zevenaar) onvoldoende gesteld. Voor het in verband daarmee aannemen van eigen schuld of schuldeisersverzuim aan de zijde van Grand Café of voor toepassing van de derogende werking van de redelijkheid en billijkheid, zoals door Bent Sports bepleit, bestaat dan ook onvoldoende grond.

4.6 Gelet op het voorgaande heeft Grand Café de overeenkomst op goede gronden kunnen ontbinden en is Bent Sports in beginsel aansprakelijk voor de daardoor door Grand Café geleden schade. De grieven falen dus. Tegen de overige oordelen van de kantonrechter, zoals ten aanzien van de schadevaststelling, zijn geen, althans geen voldoende duidelijke en gemotiveerde, grieven gericht. De bestreden vonnissen zullen dan ook worden bekrachtigd.

4.7 De vermeerdeerde eis van Bent Sports tot ontbinding van de huurovereenkomst wegens achterstallige betalingen en schadevergoeding ligt voor afwijzing gereed. Gelet op het voorgaande was Grand Café immers bevoegd haar betalingsverplichtingen jegens Bent Sports op te schorten en zelf tot ontbinding van de overeenkomst over te gaan.

4.8 Bent Sports zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Grand Café worden begroot op € 1.815,- voor griffierecht en op € 1.631,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief (1 punt x tarief IV). Voor een volledige proceskostenveroordeling zoals door Grand Café gevorderd, ziet het hof onvoldoende aanleiding. De door Grand Café in dit verband genoemde omstandigheden zijn, indien al juist, daartoe onvoldoende.

5 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep: bekrachtigt de tussen partijen gewezen vonnissen van 10 januari 2011, 11 juli 2011 en 7 november 2011 van de kantonrechter (rechtbank Arnhem, sector kanton, locatie Arnhem); veroordeelt Bent Sports in de kosten van het hoger beroep (...);

verklaart dit arrest wat betreft voormelde proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad; wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. H.E. de Boer, L.F. Wiggers-Rust en F.J.P. Lock (...).

Commentaar

Op grond van de meeste huurovereenkomsten voor 290-bedrijfsruimte is de huurder verplicht het gehuurde te gebruiken conform de ten aanzien van het gehuurde overeengekomen bestemming. Onder andere is dit het geval in huurovereenkomsten die zijn gesloten overeenkomstig de modellen van de Raad voor Onroerende Zaken (hierna:

ROZ). In zowel het (nieuwe) ROZ-model 2012 (art. 1.3), het ROZ-model 2008 (art. 1.3) als het ROZ-model 2003 (art. 1.3) is de verplichting voor de huurder opgenomen om het gehuurde te gebruiken conform de overeengekomen bestemming. Indien in de huurovereenkomst geen verplichting is opgenomen om het gehuurde te gebruiken conform de overeengekomen bestemming dan kan deze verplichting een grondslag vinden in art. 7:214 BW.¹¹ Van de contractuele bestemming dient uitdrukkelijk te worden onderscheiden de publiekrechtelijke bestemming, die van overheidswege op het pand rust en dus niet ter vrije bepaling staat van partijen. Voor de huurder is van belang dat hij aan de contractuele bestemming kan voldoen zonder dat daaraan van overheidswege afkomstige bezwaren in de weg staan. Indien de huurder immers niet voldoet aan zijn verplichting om het gehuurde conform de overeengekomen bestemming te gebruiken schiet hij tekort in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst. De huurder kan hierdoor door verhuurder aangesproken worden, maar dit kan tevens leiden tot ontbinding van de huurovereenkomst. Bovendien wordt in huurovereenkomsten veelvuldig gebruik gemaakt van bedingen op grond waarvan de huurder verplicht is om het gehuurde daadwerkelijk gedurende de gehele duur van de huurovereenkomst te gebruiken overeenkomstig de overeengekomen bestemming. Kortom: het niet verkrijgen van de benodigde vergunning(en) heeft doorgaans de nodige gevolgen voor een huurder.

Tegenover de verplichtingen van de huurder staat de verplichting van de verhuurder om het gehuurde ter beschikking te stellen voor zover dat voor het overeengekomen gebruik noodzakelijk is (art. 7:203 BW). Het gebruik van het gehuurde is immers één van de essentialia van de huurovereenkomst.¹² De verhuurder dient de huurder niet te hinderen in zijn gebruik tijdens de huurperiode. Een beperking in het gebruik waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat de huurder bij het aangaan van de overeenkomst had mogen verwachten kwalificeert in beginsel als een gebrek dat verhuurder op verlangen van de huurder dient te verhelpen (art. 7:204 BW). Indien het huurovereenkomst door het gebrek geheel onmogelijk is gemaakt hebben zowel de huurder als de verhuurder het recht de huurovereenkomst te ontbinden (art. 7:210 BW jo. 2:267 BW). Dit laat de verplichting tot schadevergoeding door verhuurder onverlet (art. 7:210 BW jo. 7:208 BW jo. 6:74 BW).

De vraag die in deze uitspraak voorligt, is voor wiens rekening het komt indien het gehuurde niet kan worden gebruikt conform de overeengekomen bestemming. In het kort was er in de onderhavige zaak het volgende aan de hand. Bent Sports verhuurde aan Grand Café een horecabedrijf dat door Grand Café alleen geëxploiteerd mocht worden als grand-café c.q. horecabedrijf conform de horeca c.q. gebruiksvergunning van de Gemeente Zevenaar. De contractuele bestemming is horecabedrijf c.q. grand-café. Het perceel waarop het gehuurde ligt, heeft op grond van het bestemmingsplan de (publiekrechtelijke) bestemming 'sport en re-

11. Art. 7:214 BW luidt: "De huurder is slechts bevoegd tot het gebruik van de zaak dat niet is overeengekomen, en, zo daaromtrent niets is overeengekomen, tot het gebruik waartoe de zaak naar zijn aard bestemd is."

12. De tegenprestatie voor het gebruik van de zaak door huurder is het andere essentiële element voor het aannemen van een huurovereenkomst (art. 7:201 BW).

creatiegebied'. Voor het vestigen van een horecabedrijf is op grond van de algemene plaatselijke verordening ook een exploitatievergunning noodzakelijk die bij de aanvraag aan het bestemmingsplan wordt getoetst. Grand café komt dan ook niet in aanmerking voor een exploitatievergunning aangezien het exploiteren van een grand café c.q. horecabedrijf op de gehuurde locatie in strijd is met de publiekrechtelijke bestemming. Grand Café kon het gehuurde hierdoor niet overeenkomstig de contactuele bestemming gebruiken. Grand Café ontbindt hierop de overeenkomst.

In de uitspraak wordt niet gesproken over een huurovereenkomst die is gesloten op basis van een ROZ-model, zodat wij het ervoor moeten houden dat daar geen sprake van is. Indien de huurovereenkomst wél zou zijn gesloten overeenkomstig (één van) de ROZ-modellen geldt, zoals hiervoor besproken, voor de huurder de verplichting het gehuurde te gebruiken conform de overeengekomen bestemming. Ten aanzien van de modellen 1994, 2003 en 2008 geldt dat verhuurd zou zijn de bedrijfsruimte als in art. 1.1 van de huurovereenkomst omschreven. De (contractuele) bestemming van het gehuurde is separaat omschreven in art. 1.3. In de ROZ contracten gaat het om het genot dat de huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst specifiek van die gehuurde zaak mocht verwachten. Dit in afwijking van het wettelijke begrip 'gebrek' waarbij het gaat om het genot dat de huurder mag verwachten van een soort zaak waarop de overeenkomst betrekking heeft.¹³ Bij de ROZ contracten is het begrip 'gebrek' dus beperkt doordat de objectivering eruit is gehaald. In dat kader dient huurder het gehuurde bij het aangaan van de huurovereenkomst grondig te inspecteren om na te gaan of het gehuurde geschikt is of kan worden gemaakt voor de bestemming die de huurder daaraan moet geven.¹⁴ Op grond van het ROZ-model 2003 dient de verhuurder de huurder slechts op de hoogte te stellen van de hem bekende gebreken, maar hij hoeft het gehuurde niet te inspecteren. Tevens is huurder verantwoordelijk voor het verkrijgen van alle benodigde vergunningen die nodig zijn voor het gebruik van het gehuurde en kan de weigering of intrekking daarvan geen aanleiding geven tot beëindiging van de huurovereenkomst of enige andere actie tegen de verhuurder.¹⁵ In het ROZ-model 2008 is daarop een wijziging aangebracht in die zin dat de verhuurder verantwoordelijk is voor het verkrijgen en het behouden van de vereiste vergunningen die nodig zijn voor het gebruik van het gehuurde als bedrijfsruimte¹⁶ en de huurder verantwoordelijk is voor het verkrijgen en behouden van alle overige vereiste vergunningen, waaronder gebruiksvergunningen.¹⁷ Voorts is expliciet opgenomen dat de weigering of intrekking van een vergunning geen gebrek oplevert¹⁸ en dat de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst geen feiten of omstandigheden bekend zijn waardoor huurder het gehuurde niet kan gebruiken conform de overeengekomen bestemming.¹⁹ In het ROZ-model 2012 is afgeweken van de ROZ-modellen 2003 en 2008 in die zin dat daarin in art. 1.1 de keuze dient te worden gemaakt tussen de verhuur van bedrijfsruimte dan wel 290-bedrijfsruimte. De verhuurder is verantwoordelijk voor de vergunningen die vereist zijn voor hetgeen is verhuurd op grond van art. 1.1 (art. 4.1 algemene bepalingen) en de huurder is verantwoordelijk voor alle overige vereiste vergunningen die benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde overeenkomstig de overeengekomen bestemming (art. 4.3 algemene bepalingen). De huurder dient het gehuurde grondig te (doen) inspecteren om na te gaan of het gehuurde ge-

schikt is, of kan worden gemaakt, voor het gebruik conform de overeengekomen bestemming (art. 2.3 algemene bepalingen). De weigering of intrekking van een vergunning levert ook hier geen gebrek op (art. 4.4 algemene bepalingen). Ten slotte is expliciet een mededelingsplicht opgenomen voor de verhuurder die kennis heeft van feiten of omstandigheden die in de weg staan aan het gebruik van het gehuurde door huurder conform de overeengekomen bestemming (art. 2.2). Kortom: op basis van de ROZ-modellen dient de huurder grondig te onderzoeken of het gehuurde geschikt is voor het overeengekomen gebruik aangezien het anders voor zijn rekening kan komen indien het overeengekomen gebruik niet mogelijk blijkt te zijn.

Illustratief in dit kader is de uitspraak van het Hof Amsterdam van 24 februari 2009.²⁰ De zaak die hieraan ten grondslag lag was een huurovereenkomst ten aanzien van een pand dat (contractueel) bestemd was om te worden gebruikt als restaurant. Op deze huurovereenkomst waren de algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte ROZ model 1994 van toepassing verklaard. Uit de uitspraak blijkt niet of de huurovereenkomst zelf ook was opgesteld overeenkomstig het ROZ model 1994. Het gehuurde werd al jaren als restaurant geëxploiteerd en de huurder had het restaurantbedrijf van de verhuurder gekocht. Vervolgens werd de afgifte van de gebruiksvergunning aan huurder bemoeilijkt door een lijst van tekortkomingen. Het hof diende de vraag te beantwoorden voor wiens rekening de tekortkomingen dienden te worden opgeheven c.q. hersteld. Het hof oordeelde dat de verhuurder een bedrijfsruimte aan de huurder had verhuurd en, niet een restaurant. De bestemming van die bedrijfsruimte was volgens het hof niet relevant voor de beoordeling van de vraag of sprake was van een gebrek. In dit kader was van belang dat in de bij de huurovereenkomst behorende algemene bepalingen een artikel was opgenomen op grond waarvan de huurder onderhouds- en herstelverplichtingen had aanvaard. Daarin stond dat niet alle onderhoud en herstel contractueel voor rekening van de verhuurder kwam. Het hof kwam tot het oordeel dat geen sprake was van een gebrek en dat de aanvullende investeringen die noodzakelijk waren om het gehuurde conform de overeengekomen bestemming te kunnen gebruiken, op grond van het artikel in de algemene bepalingen voor rekening van huurder kwamen.

Het in het ROZ-model gemaakte onderscheid tussen het gehuurde en de bestemming lijkt in de onderhavige uitspraak niet te worden gevolgd. Hierbij dient echter wel opgemerkt

13. Art: 7:204 lid 2 BW.

14. Art. 4 en art. 6.8.2 algemene bepalingen ROZ 2003 en art. 4.1 algemene bepalingen ROZ 2008.

15. Art. 6.8.1 algemene bepalingen ROZ 2003.

16. Art. 5.1 algemene bepalingen ROZ 2008. Dit ziet op hetgeen is verhuurd, zoals opgenomen in art. 1.1 van de huurovereenkomst. Indien in art. 1.1 meer dan bedrijfsruimte staat opgenomen, is de verhuurder tevens verantwoordelijk voor het verkrijgen en behouden van de vergunningen die nodig zijn voor het gebruik als omschreven in art. 1.1 van de huurovereenkomst.

17. Art. 5.2 algemene bepalingen ROZ 2008.

18. Art. 5.2 algemene bepalingen ROZ 2008.

19. Art. 4.2 algemene bepalingen ROZ 2008.

20. Hof Amsterdam 24 februari 2009, *WR* 2009, 80.

te worden dat het gehuurde niet alleen de bestemming horecabedrijf c.q. Grand Café heeft, maar dat tevens een horecabedrijf is verhuurd.²¹ Aangezien er vanuit wordt gegaan dat de huurovereenkomst geen ROZ-model betreft, dient te worden uitgegaan van de wettelijke algemeen verbintenisrechtelijke bepalingen en de wettelijke bepalingen die specifiek op het huurrecht zijn toegesneden. Op grond van de algemeen verbintenisrechtelijke regels geldt dat sprake is van wanprestatie, aangezien de verhuurder zijn verplichtingen uit hoofde van de met de huurder gesloten overeenkomst niet nakomt. De verhuurder kan de gehuurde zaak immers niet aan de huurder ter beschikking stellen conform de huurovereenkomst, dan wel kan aan de huurder niet het overeengekomen huurgenot verschaffen. Op grond van art. 6:265 lid 1 BW geeft iedere tekortkoming van de verhuurder in de nakoming van de huurovereenkomst de huurder de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Niet elke wanprestatie rechtvaardigt derhalve de gevolgen van de ontbinding. In casu is van een bijzondere aard van de overeenkomst geen sprake. Voorts wordt aan het criterium geringe betekenis niet toegekomen vanwege de ernst van de tekortkoming. De tekortkoming van de verhuurder staat immers aan de uitvoering van de overeenkomst in de weg, aangezien in de huurovereenkomst expliciet staat opgenomen dat de huurder het gehuurde alleen mag exploiteren als grand-café c.q. horecabedrijf en dit onmogelijk is gebleken. Bovendien blijkt uit de jurisprudentie dat indien de tekortkoming de ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, geen rechtsregel meebrengt dat daarvan terughoudend gebruik dient te worden gemaakt.²² De huurder was dus gerechtigd de huurovereenkomst te ontbinden. Afgezien van de algemeen verbintenisrechtelijke regels is de huurder op basis van de huurrechtelijke gebrekenregeling eveneens gerechtigd de huurovereenkomst te ontbinden, aangezien sprake is van een gebrek dat de verhuurder onmogelijk kan verhelpen en dit gebrek niet aan de huurder is toe te rekenen.²³ In dit kader overweegt het hof: *“Bij de beoordeling van de grieven stelt het hof voorop dat ook de aanwezigheid van een wettelijk voorschrift dat een bepaald gebruik verbiedt een gebrek kan zijn in de zin van art. 7:204 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en mitsdien een tekortkoming in de nakoming van de huurovereenkomst door de verhuurder kan opleveren (kamerstukken II 1997/98, 26089, nr. 3, p. 13-15). Hieruit volgt dat indien voor het overeengekomen gebruik van het gehuurde een vergunning is vereist terwijl die vergunning gelet op de geldende wettelijke voorschriften voor het gehuurde niet kan worden verleend, die onmogelijkheid een gebrek kan opleveren in de zin van art. 7:204 lid 2 BW.”* Het hof oordeelt vervolgens: *“Dit betekent dat Bent Sports aan Grand Café een ruimte heeft verhuurd die niet geschikt is voor het beoogde, overeengekomen gebruik en dat zij mitsdien aan Grand Café niet het huurgenot kon verschaffen dat Grand Café op grond van de overeenkomst mocht verwachten.”* en: *“Gelet op het voorgaande heeft Grand Café de overeenkomst op goede gronden kunnen ontbinden en is Bent Sports in beginsel aansprakelijk voor de daardoor door Grand Café geleden schade.”* Ten aanzien van de veroordeling van Bent Sports in de door Grand Café geleden schade geldt dat in beginsel iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht tot vergoeding van de schade door de schuldenaar (vgl. art. 6:74 BW). Dit

is anders indien de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend wegens overmacht (vgl. art. 6:75 BW). Op grond van de huurrechtelijke gebrekenregeling levert de enkele aanwezigheid van een gebrek een tekortkoming op, maar is voor schadevergoeding tevens vereist dat deze tekortkoming toerekenbaar is aan de verhuurder (vgl. art. 7:208 BW). Toerekening van een gebrek kan op verschillende gronden aan de verhuurder plaatsvinden, te weten: indien het gebrek na het aangaan van de overeenkomst is ontstaan en aan hem is toe te rekenen en indien het gebrek bij het aangaan van de overeenkomst aanwezig was en de verhuurder het gebrek toen kende of had behoren te kennen of toen aan huurder heeft te kennen gegeven dat de zaak het gebrek niet had. Een belangrijk verschil tussen de toerekenbaarheid op grond van art. 7:208 BW en 6:74 BW is gelegen in de stel- en bewijslast ten aanzien van de toerekenbaarheid van de tekortkoming. Op grond van art. 6:74 BW dient de schuldenaar (in casu dus de verhuurder) te stellen en zo nodig te bewijzen dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Art. 7:208 BW gaat ervan uit dat de schuldeiser (de huurder) dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend. Uit de onderhavige uitspraak blijkt niet dat de huurder wist van het wettelijk voorschrift dat het gebruik overeenkomstig de bestemming verbodt. Voorts blijkt uit de uitspraak niet of in de huurovereenkomst een verplichting voor de huurder was opgenomen om het gehuurde te inspecteren op geschiktheid voor het overeengekomen gebruik. Uit de jurisprudentie vloeit voort dat behoudens bijzondere omstandigheden die de huurder aanleiding hadden moeten geven om het gehuurde vooraf op gebreken te inspecteren, de huurder niet gehouden is om het gehuurde op gebreken te onderzoeken alvorens over te gaan tot het sluiten van de huurovereenkomst.²⁴ Het is in beginsel aan de verhuurder om, voor zover daartoe aanleiding is, het door hem te verhuren pand te (doen) onderzoeken op gebreken alvorens het te verhuren.²⁵ Terecht wordt dan ook geoordeeld dat voor het aannemen van eigen schuld van Grand Café onvoldoende grond bestaat. De aansprakelijkheid van Bent Sports voor de schade van Grand Café lijkt dus terecht. Naar aanleiding van het voorgaande is de conclusie dan ook dat dit arrest van Hof Arnhem zowel op grond van de algemeen verbintenisrechtelijke, als specifiek huurrechtelijke bepalingen een logische uitspraak is.

A. de Fouw en K. Keij²⁶

21. Zie in de uitspraak onder de feiten 3.2.

22. Hof Amsterdam 13 maart 2012, *LJN* BW2008.

23. Art. 7:210 jo. 7:206 jo. 7:204 lid 2 BW.

24. HR 3 september 2010, *NJ* 2010, 474 (*KPN/Tamminga*).

25. HR 3 september 2010, *NJ* 2010, 474 (*KPN/Tamminga*).

26. Anneloes de Fouw en Katja Keij zijn beide werkzaam als advocaat bij BRICKS advocaten te Amsterdam.

23. Rechtbank Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht

11 juli 2012

WR 2012, 136, PRG 2012, 245, LJN BX3528

Stichting Vestia Groep / Symphony Groep B.V.

(geen hoger beroep ingesteld)

Samenvatting

Overdracht, koop breekt geen huur, feitelijk bezit

Voor de werking van art. 7:226 BW is niet vereist dat de huurder het feitelijk genot van het gehuurde heeft ten tijde van de overdracht.

Kantonrechter

In de hoofdzaak

de stichting Stichting Vestia Groep,

gevestigd te Rotterdam,

eisende partij in conventie,

verwerende partij in (voorwaardelijke) reconventie,

gemachtigde: mr. R. van der Hoeff,

verder ook te noemen: Vestia,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Symphony Groep B.V.,

gevestigd te Huis ter Heide,

gedaagde partij in conventie,

eisende partij in (voorwaardelijke) reconventie,

gemachtigde: mr. E.M. van Zelm,

verder ook te noemen: Symphony Groep,

In de vrijwaringszaak

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Symphony Groep B.V.,

gevestigd te Huis ter Heide,

eisende partij in conventie,

verwerende partij in voorwaardelijke reconventie,

gemachtigde: mr. E.M. van Zelm,

tegen

1. *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

Scin B.V.,

gevestigd te Eindhoven,

verder ook te noemen: Scin,

2. *de maatschap Maatschap [M] en [O] Huisartsen h.o.d.n.*

Huisartsenpraktijk Artois,

gevestigd te [vestigingsplaats],

verder ook te noemen: Huisartsenpraktijk Artois,

3. *[K] h.o.d.n. eenmanszaak Praktijk voor Kinderfysiotherapie Eindhoven Noord,*

wonende te [woonplaats],

verder ook te noemen: Praktijk voor Kinderfysiotherapie,

4. *de maatschap maatschap Verloskundigenpraktijk Clair de Lune,*

gevestigd te Eindhoven,

verder ook te noemen: Clair de Lune,

gezamenlijk gedaagde partijen in conventie,

gezamenlijk eisende partijen in voorwaardelijke reconventie,

gemachtigde: mr. M. van Heeren,

verder gezamenlijk ook te noemen: Scin c.s.,

5. *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

Symphony Gezondheidsdiensten Eindhoven B.V.,

gevestigd te Eindhoven,

gedaagde partij (in conventie),

verder ook te noemen: Symphony Eindhoven,

niet verschenen.

(...)

2. De vaststaande feiten

Hoofdzaak in conventie en (voorwaardelijke) reconventie en vrijwaring in conventie en voorwaardelijke reconventie

2.1. Op 18 november 2008 hebben Symphony Groep en Symphony Eindhoven een huurovereenkomst gesloten met betrekking tot een praktijkruimte in het, op dat moment, nog te ontwikkelen gezondheidscentrum, gelegen aan de Artoislaan 2-4 in Eindhoven, verder ook te noemen het Gezondheidscentrum. De huurovereenkomst is aangegaan onder de opschortende voorwaarde dat Symphony Groep de eigendom van het Gezondheidscentrum verwerft (artikel 10.1).

2.2. Op 12 december 2008 hebben Symphony Groep en Huisartsenpraktijk Artois een huurovereenkomst gesloten met betrekking tot een praktijkruimte in het, op dat moment, nog te ontwikkelen Gezondheidscentrum. De huurovereenkomst is aangegaan onder de opschortende voorwaarde dat Symphony Groep de eigendom van het Gezondheidscentrum verwerft (artikel 10.1).

2.3. Op 15 december 2008 hebben Symphony Groep en Scin een huurovereenkomst gesloten met betrekking tot een praktijkruimte in het, op dat moment, nog te ontwikkelen Gezondheidscentrum. De huurovereenkomst is aangegaan onder de opschortende voorwaarde dat Symphony Groep de eigendom van het Gezondheidscentrum verwerft (artikel 10.1).

2.4. Bij notariële akte van 26 juni 2009 heeft Symphony Groep het recht van eigendom van het Gezondheidscentrum verworven. Vervolgens heeft Symphony Groep op dezelfde dag het Gezondheidscentrum aan Vestia geleverd.

2.5. Op 20 augustus 2010 heeft Symphony Groep op een door Vestia in concept opgestelde huurovereenkomst een aantal handgeschreven aanvullingen/wijzigingen gedaan en deze ondertekend, onder voorbehoud van de aanvaarding van de wijzigingen retour gestuurd.

2.6. Op 2 februari 2011 heeft Vestia derdenbeslag onder de gebruikers van het Gezondheidscentrum laten leggen. In een brief van dezelfde datum geeft Vestia uitleg aan de gebruikers van het Gezondheidscentrum over de gerezen situatie.

2.7. Bij brief van 22 maart 2011 van haar gemachtigde, informeert Symphony Groep de gebruikers van het Gezondheidscentrum dat zij Vestia heeft aangewezen als nader te noemen meester.

3. Het geschil tussen partijen

Hoofdzaak in conventie

3.1. Vestia vordert, na vermeerdering van eis, voor zo ver mogelijk uitvoerbaar bij voorraad: (i) de huurovereenkomst tussen haarzelf en Symphony Groep te ontbinden; en Symphony Groep te veroordelen: (ii) het gehuurde te ontruimen; (iii) tot betaling van een geldsom van € 382.562,88 aan achterstallige huur, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 125.559,76 vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening; (iv) tot betaling van de wettelijke rente over elke vervallen huurtermijn van € 23.252,94 per maand in de periode vanaf maart 2011 tot en met december 2011 en vanaf januari 2012 over een bedrag van € 23.866,86 per maand; (v) betaling aan Vestia van een bedrag aan meer-/minderwerk van € 65.694,02 te vermeerderen met wettelijke rente; (vi) tot betaling van de maandelijkse huurprijs vanaf februari 2012 tot met de maand waarin Vestia het gehuurde opnieuw ver-

huurt; (vii) tot betaling van € 38.184,37 aan verschuldigde boetes, te vermeerderen met wettelijke rente; (viii) tot betaling van de buitengerechtigde incassokosten; met veroordeling van Symphony Groep in de proceskosten, waaronder de kosten van het beslag.

Hoofdzaak in (voorwaardelijke) reconventie

3.2. Symphony Groep vordert, voor zo ver mogelijk uitvoerbaar bij voorraad: (i) voor recht te verklaren dat tussen Vestia en Symphony Groep geen huurovereenkomst tot stand gekomen is, althans, niet de overeenkomst waar Vestia zich in deze procedure op beroept; (ii) voor recht te verklaren dat de door Symphony Groep met de gebruikers afgesloten overeenkomsten zijn overgegaan met alle rechten en verplichtingen op Vestia; (iii) de door Vestia ten laste van Symphony Groep gelegde beslagen op te heffen; en indien geoordeeld wordt dat Symphony Groep als huurster van Vestia moet worden beschouwd:

(iv) de gevorderde boetes en wettelijke rente af te wijzen en Symphony Groep te veroordelen tot betaling van de huur over te gaan nadat deze aan het in (voorwaardelijk) reconventie sub (v) gevorderde heeft voldaan; en (v) Vestia te veroordelen binnen één maand na betekening van het in dezen te wijzen vonnis de gebreken als weergegeven in productie 8c te verhelpen en te herstellen onder verbeurte van een dwangsom; met veroordeling van Vestia in de proceskosten.

Vrijwaring in conventie

3.3. Symphony Groep vordert, voor zo ver mogelijk uitvoerbaar bij voorraad: (i) te verklaren voor recht dat door de gebruikers van het Gezondheidscentrum met Symphony Groep namens nader te noemen meester gesloten individuele huurovereenkomsten met de overdracht van de onroerende zaak waarop de overeenkomst betrekking heeft zijn overgegaan op Vestia; en (ii) om gebruikers te veroordelen om aan Symphony Groep datgene te betalen waartoe Symphony Groep als gedaagde in de hoofdzaak jegens Vestia mocht worden veroordeeld met inbegrip van rente en (proces)kosten; met veroordeling van gebruikers in de proceskosten, te betalen binnen 14 dagen na betekening van het vonnis te vermeerderen met de verschuldigde wettelijke rente.

(...)

4. De beoordeling

Hoofdzaak in conventie en (voorwaardelijke) reconventie Rechtsverhouding tussen partijen

4.1. Allereerst dient beantwoord te worden of er thans een rechtsverhouding tussen Vestia en Symphony Groep bestaat. Vestia stelt zich op het standpunt dat zij de (hoofd)verhuurder en dat Symphony Groep de huurder/onderverhuurder van het (gehele) Gezondheidscentrum is. Vestia doet in dit verband onder meer een beroep op de huurovereenkomst die Symphony Groep op 20 augustus 2010 – met een aantal voorbehouden – getekend heeft. Symphony Groep betwist dat tussen partijen een huurovereenkomst tot stand gekomen is.

4.2. Symphony Groep stelt zich voorts op het standpunt dat rechtstreeks een huurovereenkomst tussen Vestia en de gebruikers van het Gezondheidscentrum tot stand gekomen is. Hoewel Symphony Groep in de hoofdzaak geen expliciet beroep heeft gedaan op de toepasselijkheid van artikel 7:226 BW ('koop breekt geen huur'), heeft Symphony Groep wel feiten gesteld ter onderbouwing van een dergelijk verweer. Bovendien heeft Vestia deze stelling ook zo opgevat, nu zij in haar conclusie van antwoord in reconventie verweer voert

tegen de toepasselijkheid van artikel 7:226 BW in onderhavig geval. Voorts heeft Symphony Groep gesteld dat zij de huurovereenkomst namens een nader te noemen meester (i.c. Vestia) is aangegaan.

4.3. De kantonrechter zal bij zijn beoordeling de chronologische volgorde van de totstandkoming van de overeenkomsten aanhouden. Dit betekent dat eerst beoordeeld zal worden of tussen Vestia en (een deel van) de huidige gebruikers van het Gezondheidscentrum een rechtstreekse rechtsverhouding ontstaan is. Vervolgens zal beoordeeld worden of op of omstreeks 20 augustus 2010 Vestia en Symphony Groep een huurovereenkomst gesloten hebben.

Huurovereenkomsten Symphony Groep en Scin c.s.

4.4. Onbetwist is dat tussen Symphony Groep en Scin respectievelijk Huisartsenpraktijk Artois respectievelijk Symphony Eindhoven in het najaar van 2008 een huurovereenkomst tot stand gekomen is. Deze huurovereenkomsten zijn onder de opschortende voorwaarde aangegaan dat Symphony Groep de eigendom van het Gezondheidscentrum zou verwerven. Het staat vast dat Symphony op 26 juni 2009 de eigendom van Gezondheidscentrum verworven heeft (zie 2.4.), waarmee de opschortende voorwaarde in voornoemde huurovereenkomsten is vervallen, en, zo oordeelt de kantonrechter, tussen voornoemde partijen onvoorwaardelijke huurovereenkomsten tot stand gekomen zijn. Vervolgens heeft op dezelfde dag (26 juni 2009) aansluitend levering aan Vestia plaatsgevonden (zie 2.5.) en is de eigendom van het Gezondheidscentrum overgegaan van Symphony Groep naar Vestia.

4.5. Vestia heeft bij conclusie van antwoord in reconventie betwist dat tussen Symphony Groep en de Praktijk voor Kinderfysiotherapie respectievelijk Claire de Lune (onder) huurovereenkomsten gesloten zijn en voert daartoe aan dat de in het geding gebrachte huurcontracten niet ondertekend zijn en bovendien, zo stelt Vestia, betalen de Praktijk voor Kinderfysiotherapie en Claire de Lune geen huur. De kantonrechter stelt voorop dat voor een rechtsgeldige totstandkoming van een huurovereenkomst niet vereist is dat deze op schrift gesteld wordt. Aan de enkele omstandigheid dat de betreffende huurovereenkomsten niet getekend zijn, kan dan ook, anders dan Vestia lijkt te stellen, geen rechtsgevolg verbonden worden. Bovendien heeft Vestia derdenbeslag onder zowel de Praktijk voor Kinderfysiotherapie als onder Claire de Lune gelegd en beide partijen op 2 februari 2011 aangeschreven in hoedanigheid van huurder van Symphony Groep (zie 2.7.). Tegen de achtergrond van dit feitencomplex, waaruit juist moet worden afgeleid dat Vestia de Praktijk voor Kinderfysiotherapie en Claire de Lune als huurders (van Symphony Groep) erkent, had het op de weg van Vestia gelegen om meer feiten en omstandigheden te stellen ter onderbouwing van haar verweer dat betreffende partijen geen huurders zijn. Meer in het bijzonder kan de kantonrechter niet goed te volgen dat Vestia zelf in haar brief van 2 februari 2011 betrokken (onder)huurders geadviseerd heeft géén huurbetalingen te verrichten aan Symphony Groep maar tegelijkertijd in onderhavig geding de Praktijk voor Kinderfysiotherapie en Claire de Lune tegenwerpt dat zij geen huurpenningen hebben betaald. Bij gebrek aan voldoende gemotiveerd verweer staat dan ook vast dat tussen Symphony Groep en de Praktijk voor Kinderfysiotherapie respectievelijk Claire de Lune huurovereenkomsten tot stand gekomen zijn.

Reikwijdte 'koop breekt geen huur'

4.6. In artikel 7:226 lid 1 BW is bepaald dat bij een overdracht van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft door de verhuurder de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, overgaan op de verkrijger. De rechtsvraag die beantwoord moet worden, is of voornoemde regel ook van toepassing is in onderhavige casus. De kantonrechter overweegt als volgt.

4.7. De regeling van artikel 7:226 BW heeft de strekking om de huurder te beschermen in de situatie dat de verhuurder de zaak aan een ander overdraagt. Om te voorkomen dat de huurder het genot van de gehuurde zaak kwijtraakt doordat de verhuurder hem dat niet meer kan verschaffen, geldt op grond van artikel 7:226 lid 1 BW dat in die gevallen de huurovereenkomst overgaat op de nieuwe eigenaar ('koop breekt geen huur'). De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 5 maart 2005 (NJ 2004, 316) deze beschermingsfunctie onderstreept: "Art. 7A:1612 (oud) [= artikel 7:226 BW; ktr] behelst een bepaling ter bescherming van de huurder voor de situatie dat de verhuurder de verhuurde zaak aan een ander overdraagt. Om te voorkomen dat de huurder het genot van de gehuurde zaak kwijtraakt doordat de verhuurder dit niet meer aan hem kan verschaffen, houdt deze bepaling in dat in zodanig geval de huurovereenkomst overgaat op de nieuwe eigenaar."

4.8. De kantonrechter overweegt dat in het licht van de ratio en strekking van artikel 7:226 BW ('koop breekt geen huur') geen principiële onderscheid gemaakt kan worden tussen de huurder aan wie op het moment van de eigendomsoverdracht van het gehuurde het genot reeds verschaft is en de huurder aan wie dat genot nog niet verschaft is. Met de regel 'koop breekt geen huur' wordt immers het persoonlijke recht van de huurder (gebruik van het gehuurde) boven het zakelijke recht van de verkrijger (eigendom van het gehuurde) gesteld. Hiermee heeft de wetgever beoogd, zo blijkt ook uit de toelichting bij 1612 BW (oud), het belang van de huurder bij de continuering van het gebruik van het gehuurde zwaarder te laten wegen dan het belang van de koper/verkrijger bij de onbelemmerde en onbezwaarde eigendom van het gehuurde. De kantonrechter overweegt dat de enkele omstandigheid dat op het moment van de eigendomsoverdracht van het gehuurde, het gehuurde nog niet in gebruik gegeven is aan de huurder, niet tot een andere wegging van belangen moet leiden.

4.9. Bovendien staat in onderhavige casus vast dat Vestia ermee bekend was dat het Gezondheidscentrum verhuurd was aan Scin c.s.. De literatuur waarop Vestia in haar conclusie van antwoord in reconventie een beroep gedaan heeft ter onderbouwing van haar standpunt dat artikel 7:226 BW niet van toepassing is op onderhavige geval (Asser-Abas, Bijzondere overeenkomsten, 5-IIA, nr.71 en G.R. Krepesstein, Huurrecht bedrijfsruimte, p. 419) stelt echter de situatie waarin de verkrijger onwetend is over de aanwezigheid van de huurders centraal. Betreffende auteurs concluderen de onwetende verkrijger een grotere bescherming verdient dan de (onwetende) huurder. Nu er in onderhavige geval geen sprake is van een onwetende verkrijger, komt Vestia niet de door voornoemde auteurs bepleitte bescherming toe.

Overgang van rechtswege

4.10. Vestia heeft voorts aangevoerd dat zij het verhuurderschap jegens Scin c.s. weer verloren heeft, nu betrokken partijen zich gedragen hebben ware Symphony Groep de

huurder van Vestia en de onderverhuurder van Scin c.s. De kantonrechter overweegt in dit verband dat de overgang van rechten en verplichtingen op grond van artikel 7:226 BW van rechtswege plaats vindt en derhalve niet ter vrije bepaling van partijen is (HR 15 juni 2007, NJ 2007, 245). In onderhavige geval heeft de eigendomsoverdracht van het Gezondheidscentrum plaatsgevonden op 26 juni 2009. Op deze datum is Vestia van rechtswege verhuurder geworden. Binnen het stelsel van het Burgerlijk Wetboek kan slechts een wijziging in de onderlinge verhouding tot stand gebracht worden na een (nieuwe) eigendomsoverdracht op grond van artikel 7:226 BW of na een contractoverneming op grond van artikel 6:159 BW. De omstandigheid dat betrokkenen zich nadien gedragen hebben als huurder respectievelijk onderhuurders, zoals Vestia stelt, en daarmee de (schijn van) een stilzwijgende wijziging van de onderlinge verhoudingen in het leven hebben geroepen, past niet in dit stelsel en kan dan ook geen rechtsgevolg hebben.

4.11. Ook heeft Vestia gesteld dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Symphony Groep achteraf, als dat haar kennelijk beter uitkomt, stelt dat zij geen huurder/onderverhuurder is, terwijl partijen zich eerder wel zo gedragen hebben. De kantonrechter overweegt, onder verwijzing naar rechtsoverweging 4.8, dat de overgang van de rechten en plichten onder een huurovereenkomst op grond van artikel 7:226 BW van rechtswege geschiedt en niet ter vrije bepaling van partijen is. Hieruit volgt dan ook dat ook de (proces)opstelling van Symphony Groep in dezen geen invloed heeft en bij de beoordeling verder buiten beschouwing gelaten moet worden.

Tussenconclusie

4.12. De kantonrechter concludeert op basis van het voorgaande dat met de levering van het Gezondheidscentrum aan Vestia alle rechten en verplichtingen onder de huurovereenkomst tussen Symphony Groep en de gebruikers van het Gezondheidscentrum van rechtswege zijn overgegaan op Vestia.

Huurovereenkomst Vestia en Symphony Groep

4.13. Vervolgens dient beoordeeld te worden of nadien nog een huurovereenkomst tussen Vestia en Symphony Groep tot stand gekomen is. De kantonrechter overweegt dat de enkele omstandigheid dat reeds onvoorwaardelijke huurovereenkomsten tussen Vestia en de gebruikers van het Gezondheidscentrum tot stand gekomen zijn, Vestia en Symphony Groep in beginsel niet belemmert in het sluiten van een huurovereenkomst met betrekking tot het Gezondheidscentrum. Het volgende beoordelingskader is van toepassing. Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan (artikel 6:217 lid 1 BW). Een aanvaarding die van het aanbod afwijkt, geldt als een nieuw aanbod en als een verwerping van het oorspronkelijke. Wijkt een tot aanvaarding strekkend antwoord op een aanbod slechts op onder geschikte punten af, dan geldt dit antwoord als aanvaarding en komt de overeenkomst overeenkomstig deze aanvaarding tot stand, tenzij de aanbieder onverwijld bezwaar maakt tegen de verschillen (artikel 6:225 lid 1 en 2 BW).

4.14. Vestia heeft eind juli 2010 de definitieve versie van de huurovereenkomst met betrekking tot het Gezondheidscentrum naar Symphony Groep gezonden. Symphony Groep heeft in het contract een aantal handgeschreven wijzigingen aangebracht. Deze wijzigingen hebben betrekking op de hoogte van de huurprijs, de huurperiode, de hoogte van de

bankgarantie en het zorg dragen voor de te leveren diensten. Symphony Groep heeft vervolgens op 20 augustus 2010 de toegezonden huurovereenkomst ondertekend "onder voorbehoud van nog door te voeren correcties". Vestia heeft gesteld slechts akkoord te kunnen gaan met het voorstel om een lagere bankgarantie te stellen. De overige wijzigingsvoorstellen heeft zij afgewezen.

4.15. De kantonrechter overweegt dat de huurprijs en de te leveren diensten tot de kern van een huurovereenkomst moeten worden gerekend. Op het moment dat partijen nog geen overeenstemming hebben over de kern van de huurovereenkomst, kan nog geen sprake zijn overeenstemming tussen partijen. Nu Vestia niet akkoord gegaan is met de wijzigingsvoorstellen van Symphony Groep, die beschouwd moeten worden als een tegenbod in de zin van artikel 6:225 lid 1 BW, is geen huurovereenkomst tot stand gekomen. De stelling van Vestia, die zij onderbouwt met een verwijzing naar artikel 3 van (concept)huurovereenkomst, dat de huurovereenkomst ingaat op het moment van ingebruikname, kan niet tot een andere conclusie leiden. De kantonrechter overweegt dat voor deze stelling onvoldoende steun is in het recht, immers, nu tussen partijen geen overeenkomst tot stand gekomen is, worden partijen evengoed niet gebonden door de inhoud van de andere bepalingen uit de huurovereenkomst.

Conclusie

4.16. Uit voorgaande overwegingen volgt dat Symphony Groep niet kan worden aangemerkt als de huurder en derhalve niet kan worden veroordeeld in het door Vestia gevorderde. Het gevorderde in conventie wordt afgewezen en de gevorderde verklaring voor recht in reconventie dat tussen Vestia en Symphony Groep geen huurovereenkomst tot stand gekomen is, wordt toegewezen.

4.17. Uit voorgaande overwegingen volgt tevens dat tussen Vestia en de gebruikers van het Gezondheidscentrum een huurovereenkomst tot stand gekomen is. De door Symphony Groep gevorderde verklaring voor recht dienaangaande wordt toegewezen.

4.18. Nu de gevorderde hoofdsom (integraal) wordt afgewezen, ontbreekt een grondslag voor het beslag onder Symphony Groep. Vestia wordt veroordeeld om het beslag op te heffen.

Proceskosten

4.19. Vestia zal als in het ongelijk gestelde partij veroordeeld worden in de kosten in conventie. De proceskosten aan de zijde van Symphony Groep worden begroot op een bedrag € 2.000,00 (gebaseerd op twee punten van € 1.000,00).

4.20. Vestia zal als in het ongelijk gestelde partij veroordeeld worden in de kosten in de reconventionele procedure. De proceskosten aan de zijde van Symphony Groep worden begroot op een bedrag € 100,00 (gebaseerd op een half punt van € 200,00).

4.21. Voorts zal Vestia worden veroordeeld in de door Symphony Groep gevorderde nakosten, welke begroot worden op de hieronder genoemde wijze.

Vrijwaring in conventie en voorwaardelijke reconventie

4.22. Symphony Groep vordert een verklaring voor recht dat de door Scin c.s. met Symphony Groep, namens een nader te noemen meester gesloten huurovereenkomst met alle daaraan verbonden verplichtingen met de overdracht van de onroerende zaak waar de overeenkomst betrekking op heeft is overgegaan op Vestia. De kantonrechter begrijpt dit on-

derdeel van de vordering zodat Symphony Groep een verklaring voor recht wenst dat de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomsten tussen Symphony Groep en Scin c.s. in november 2010 zijn overgegaan op Vestia nadat Symphony Groep bij brief van 22 maart 2011 Vestia heeft aangewezen als nader te noemen meester.

4.23. De kantonrechter overweegt, onder verwijzing naar rechtsoverweging 4.12 van dit vonnis, dat de rechten en verplichting onder de huurovereenkomst op 26 juni 2009 op grond van artikel 7:226 BW van rechtswege zijn overgegaan op Vestia. Vanaf die datum is Symphony Groep geen partij meer bij de huurovereenkomst en is dus ook niet meer bevoegd om een derde aan te wijzen als nader te noemen meester. De gevorderde verklaring voor recht wordt derhalve afgewezen.

4.24. Uit het voorgaande volgt niet dat Scin c.s. gehouden is tot betaling van huurpenningen aan Symphony Groep, zodat de kantonrechter niet toekomt aan de beoordeling van hetgeen in voorwaardelijke reconventie gevorderd is.

4.25. Symphony Groep zal als in het ongelijk gestelde partij, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeeld worden in de kosten aan de zijde van Scin c.s. De proceskosten in de conventionele procedure worden begroot op een bedrag van € 2.000,00 (gebaseerd op twee punten van € 1.000,00), te vermeerderen met de wettelijke rente, te berekenen vanaf de veertien dagen na het in dezen te wijzen vonnis vanaf de dag der algehele voldoening.

5. De beslissing

De kantonrechter:

Hoofdzak in conventie

- wijst de vordering af;
- veroordeelt Vestia tot betaling van de proceskosten in de hoofdzak in conventie aan de zijde van Symphony Groep, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 2.000,00 aan salaris gemachtigde;

Hoofdzak in (voorwaardelijke) reconventie

- verklaart voor recht dat:
- (i) tussen Vestia en Symphony Groep geen huurovereenkomst tot stand gekomen is, althans niet de huurovereenkomst die waarop Vestia zich in deze procedure beroept;
- en
- (ii) de door Symphony Groep met de gebruikers van het Gezondheidscentrum gesloten huurovereenkomsten op Vestia zijn overgegaan met alle rechten en verplichtingen;
- veroordeelt Vestia tot opheffing van de ten laste van Symphony Groep gelegde beslagen;
- veroordeelt Vestia tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Symphony Groep, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 100,00 (...).

Vrijwaring in conventie

wijst de vordering af; veroordeelt Symphony Groep tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Scin c.s., tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 2.000,00 (...); wijst het meer of anders gevorderde af. Dit vonnis is gewezen door mr. R.C. Hartendorp (...).

Commentaar

Reeds sinds 1838 geniet een huurder bescherming als zijn verhuurder het gehuurde overdraagt aan een derde.²⁷ Tot 1 augustus 2003 was deze regeling (die ook wel bekend staat als 'koop breekt geen huur')²⁸ te vinden in art. 7A:1612 BW. Vanaf 1 augustus 2003 is deze beschermingsregel neergelegd in art. 7:226 BW. Kort gezegd, komt de regel erop neer dat bij overdracht van de eigendom van het gehuurde dan wel bij vestiging of overdracht van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal²⁹ de huurovereenkomst van kracht blijft; de verkrijger wordt van rechtswege verhuurder. Ondanks dat art. 7:226 BW geen zakelijk recht is, heeft het wel zakelijke werking (het werkt immers tegen een derde, de verkrijger).³⁰ Hierna staat de eigendomsoverdracht van het gehuurde en niet de vestiging of overdracht van de genoemde beperkte rechten centraal.

In de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 11 juli 2012 komt (onder meer) de vraag aan de orde of de regeling van art. 7:226 BW ook werking heeft als de huurder weliswaar een huurovereenkomst heeft gesloten met de juridisch eigenaar, doch de huurder ten tijde van de overdracht van de verhuurde zaak nog niet het genot daarvan heeft. Met andere woorden: is een verkrijger van een (in dit geval) onroerende zaak gebonden aan een huurovereenkomst welke is aangegaan tussen de juridisch eigenaar en de huurder vóórdat de overdracht heeft plaatsgevonden, doch waarvan de huurder eerst ná de overdracht het genot van het gehuurde krijgt. In deze noot zal ik zowel bij deze vraag stilstaan als bij de vragen of het nog verschil maakt als de huurder het genot van het gehuurde heeft gehad en dat genot voor de eigendomsoverdracht heeft beëindigd en als de huurder voor de eigendomsoverdracht het genot van het gehuurde heeft, doch de ingangsdatum van de huurovereenkomst ligt na de eigendomsoverdracht.

Samengevat weergegeven is de casus waarover de Kantonrechter Utrecht oordeelde als volgt.³¹ Symphony Groep sloot met een drietal partijen schriftelijke huurovereenkomsten (respectievelijk op 18 november 2008, 12 december 2008 en 15 december 2008), telkens onder de opschortende voorwaarde³² dat zij de juridische eigendom daarvan verwierf.³³ Op 26 juni 2009 werd Symphony Groep juridisch eigenaar, waarna zij, op dezelfde dag, deze verhuurde onroerende zaken in eigendom overdroeg aan Stichting Vestia Groep. Stichting Vestia Groep zond Symphony Groep na de overdracht (wanneer dat was volgt niet uit de uitspraak) een concept huurovereenkomst voor verhuur van de onroerende zaak welke Symphony Groep eerder in delen had verhuurd. Symphony Groep leverde op 20 augustus 2010 haar inhoudelijke commentaar op dat concept; zij maakte bezwaar tegen de hoogte van de huurprijs, de huurperiode, de hoogte van de bankgarantie en het zorg dragen voor de te leveren diensten. Stichting Vestia Groep stemde enkel in met een verlaging van de hoogte van de bankgarantie.³⁴

In de literatuur komt de vraag of art. 7:226 BW van toepassing is op een overdracht van een verhuurde zaak, overwegend zijdelings aan de orde. Desondanks lijken twee stromingen te bestaan. De ene stroming stelt dat art. 7:226 BW enkel werking heeft indien op het moment van de overdracht de huurder het genot heeft van het gehuurde.³⁵ De andere stroming neemt een ruimere werking van art. 7:226 BW aan en betoogt dat het reeds werking heeft op het moment dat de huurovereenkomst is gesloten; het genot van het gehuurde is volgens deze stroming geen vereiste.³⁶ Ge-

let op deze twee tegenstrijdige uitgangspunten in de literatuur wekt het mijns inziens verbazing dat dit onderwerp niet meer uitvoerig aandacht heeft gekregen in de literatuur.

27. Deze regeling ziet zowel op roerende als op onroerende zaken. Zie A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 368 (Toelichting ontwerp Houwing, art. 7.4.4.1, onderdeel 2).
28. Dit begrip dekt niet geheel de lading, nu art. 7:226 BW van toepassing is als het gehuurde in eigendom wordt overgedragen (enkel koop volstaat niet). Verder is deze regeling ook van toepassing als het gehuurde wordt bezwaard met zelfstandige beperkte rechten of als deze rechten worden overgedragen (zie art. 7:226 lid 1 BW).
29. Vestiging van een huurrechtafhankelijk recht van opstal voldoet derhalve niet.
30. Zie A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 375 e.v. (Nota naar aanleiding van het verslag, onderdeel 5a e.v.) voor de parlementaire discussie over de vraag of art. 7:226 BW formeel diende te wijzigen in een zakelijk recht.
31. De huurders waren in deze procedure betrokken via een vrijwaring. Nu de kernvraag die in deze noot centraal staat werd beantwoord in de hoofdzaak, zal ik niet ingaan op de vrijwaringskwestie.
32. Een zorgvuldige formulering van de opschortende voorwaarde is van groot belang, met name in de onderhavige casus waarin Symphony Groep de eigendom van het gehuurde overdroeg aan Stichting Vestia Groep op dezelfde dag dat zij de juridische eigendom had verkregen. Voor de werking van art. 7:226 BW is het in dergelijke gevallen van belang dat op het moment van de eerste overdracht de huurovereenkomst tussen de overdragende partij en de huurder tot stand komt, zodat ten tijde van de tweede overdracht de vervreemder onvoorwaardelijk verhuurder is.
33. Symphony Groep sloot verder mondelinge huurovereenkomsten met een tweetal andere partijen. In de procedure kwam met betrekking tot deze overeenkomsten de vraag aan de orde of deze werkelijk gesloten waren. In deze noot zal hieraan geen aandacht worden besteed, zodat in het feitenkader hierover geen opmerking is gemaakt.
34. Reden waarom de kantonrechter oordeelde dat de huurovereenkomst tussen Stichting Vestia Groep en Symphony Groep niet tot stand was gekomen, zie r.o. 4.13 - 4.15.
35. Huydecoper 2012, (T&C Huurrecht), art. 7:226 BW, aant. 2a – noot: dit betreft de digitale versie die dateert van september 2012; de laatste papieren versie is van 2011 –; P. Abas, Asser serie *Bijzondere Overeenkomsten 5-IIA, Huur*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 73; Rueb, *GS Huurrecht*, art. 7:226 BW, aant. 16; F.C. Borst, 'Koop breekt geen huur...', *TvHB* 2005, nr. 3, p. 76-79 (in het bijzonder p. 77, rechterkolom).
36. Zie H.J. Rossel, *Huurrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2011, p. 430; A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 367-396; P.L. Visser, 'Werkt artikel 7:226 BW in de situatie dat het gehuurde niet in gebruik is genomen?', *TvHB* 2010, nr. 3, p. 101-104; G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 421; A.S. Rueb, e.a., *Memo Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 37; A.S. Rueb e.a., *Het nieuwe huurrecht per artikel verklaard*, Deventer: Kluwer 2003, p. 50.

Maar ook in de rechtspraak is het al jarenlang stil op dit gebied. Aan het begin van de 20e eeuw is een aantal uitspraken geweest door rechtbanken en heeft de Hoge Raad zich in één arrest uitgelaten over dit onderwerp.³⁷ De lagere instanties namen aan dat art. 1612 BW³⁸ uitsluitend gelding had, indien de huurder ten tijde van de overdracht het genot van de zaak had. In de casus waarover de Hoge Raad zich boog in 1929 had de huurder het gehuurde in zijn bezit vanaf de inwerkingtreding van de huurovereenkomst. Echter, deze had het gebruik van het gehuurde nadien gestaakt. Toen het gehuurde werd overgedragen aan een derde had de huurder derhalve niet (meer) het gehuurde feitelijk in gebruik. Vaststond dat de huurovereenkomst nog altijd van kracht was. Toen de huurder aan de nieuwe juridisch eigenaar verzocht om hem het genot van het gehuurde te verschaffen, wees deze dit verzoek af en een juridische procedure volgde. De rechtbank stelde de huurder in het ongelijk, doch het gerechtshof vernietigde de uitspraak van de rechtbank en wees de vordering van de huurder toe nu art. 1612 BW van toepassing was op deze overdracht, ondanks dat de huurder ten tijde van de 'verkoop' niet, immers niet meer, het feitelijk genot van het gehuurde had. En onder andere hiertegen richtte de eigenaar zijn cassatieberoep.

De Hoge Raad overwoog evenwel dat "(...) omdat uit het enkele feit dat de huurder niet meer is in het feitelijk bezit van het gehuurde, zij het met goedvinden van den verhuurder, geenszins kan worden afgeleid, dat de huurovereenkomst is geëindigd en de daaruit ontstane verbintenissen niet meer bestaan; (...)".

De overweging van de Hoge Raad zoekt aansluiting bij de feitelijke omstandigheid: de huurder had het feitelijk genot niet meer. Verdedigd zou daarom kunnen worden dat deze overweging enkel ziet op die casus en niet op de omstandigheid dat de huurder het gehuurde nog niet in gebruik heeft. Toch meen ik dat dit arrest ook op die omstandigheid ziet en de reden daarvoor vind ik in de conclusie van A-G Berger bij dit arrest en de noot van Meijers onder dit arrest. Zij betogen, onder verwijzing naar oudere rechtspraak van de Hoge Raad, dat de Hoge Raad wel degelijk de stelling heeft ingenomen dat het feitelijk genot niet vereist is voor de toepasselijkheid van art. 1612 en dat die uitleg toen ook al gold. Meijers stelt: "*Gelijk echter thans niet meer betwist is en ook door Nelissen verdedigd is, heeft de regel, koop breekt geen huur, in ons recht de strekking om alle eigenlijke huurverbintenissen op den koper te doen overgaan. Ook het ontwerp 1829 (art. 2606) liet de verbintenissen uit huur van onroerend goed op den koper overgaan zonder daarbij, gelijk bij roerend goed, te verlangen, dat de huurder de zaak onder zich had. Nochtans is de wettelijke regeling zeker voor verbetering vatbaar. Het blijft voor den koper een gevaar, dat het gekochte wellicht voor langen tijd verhuurd is, zonder dat hij op eenige wijze op het spoor van deze huur kan komen, terwijl desniettemin de huur gestand zal moeten doen. (...)*"

Uit dit arrest van de Hoge Raad, de conclusie van de Advocaat-Generaal en de noot van Meijers (die het risico voor de koper / verkrijger onderkende) volgt mijns inziens dat in 1929 reeds vast stond dat 'feitelijk bezit' van het gehuurde door een huurder ten tijde van de overdracht niet als een vereiste gold voor de toepasselijkheid van het bepaalde in art. 1612 BW. De overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest behoeven dan ook niet met enige nuance te worden gelezen.³⁹ Relevant in dit arrest is in mijn beleving dat de

huurder ten tijde van de overdracht het bezit niet had en dat de Hoge Raad die omstandigheid niet in de weg vond staan voor de toepasselijkheid van (destijds) art. 1612 BW.

Vele jaren later is de reikwijdte en de werking van (thans) art. 7:226 BW in de parlementaire geschiedenis van titel 7.4 BW uitvoerig aan bod gekomen. Omdat het in beginsel niet de bedoeling van de wetgever was deze werking en reikwijdte met de invoering van titel 7.4. te wijzigen ten opzichte van het op dat moment geldende art. 7A:1612 BW, werd in de Memorie van Toelichting volstaan met een verwijzing naar het voorontwerp van titel 7.4 en de daarin neergelegde technische verduidelijkingen (ook wel 'Ontwerp Meijers', 'OM' en 'Toelichting Meijers', 'TM' genoemd).⁴⁰ Het thans besproken onderwerp kwam uitvoerig aan bod en de wetgever was daarover vrij duidelijk. (Vanwege de relevantie van de betreffende passage voor deze noot, neem ik het belangrijkste deel van deze toelichting over):⁴¹ "*Tot verschil van mening heeft met betrekking tot artikel 1612 aanleiding gegeven de vraag of de verkrijger ook dan gebonden is aan een door de vervreemder vóór de eigendomsovergang gesloten huurovereenkomst, indien de aflevering van het gehuurde aan de huurder ten tijde van de vervreemding nog niet had plaatsgevonden. (...) De koper is aan de huurovereenkomst gebonden onverschillig de mate waarin hij voor het verkrijgen van gegevens omtrent deze overeenkomst van de verkoper afhankelijk was. Aan dit artikel ligt nu eenmaal de opvatting ten grondslag, dat het billijk is het belang van de huurder zwaarder te doen wegen dan dat van de koper. Daar komt dan als grond om de koper ook met het risico van onjuiste en onvolledige gegevens te belasten bij, dat het te dezen gaat om door de verkoper-verhuurder jegens de koper en niet jegens de huurder gepleegd bedrog. Die overwegingen hebben geen mindere kracht voor het geval dat op het tijdstip van de koopovereenkomst wel reeds de huurovereenkomst was tot stand gekomen, doch de terbeschikkingstel-*

37. Zie Rb. Amsterdam 18 juli 1917, *NJ* 1918, p. 557; Rb. Amsterdam, 10 mei 1921, *NJ* 1922, p. 730; Rb. Amsterdam 3 januari 1928, *NJ* 1928, p. 1309; Rb. Amsterdam 11 mei 1928, *NJ* 1928, p. 725; HR 22 januari 1929, *NJ* 1929, p. 1339.
38. De voorganger van art. 7A:1612 BW en het huidige art. 7:226 BW.
39. De Hoge Raad heeft zich reeds in 1869 uitgesproken tegen een 'enge' uitleg van art. 7A:1612, zie de conclusie van A-G Berger bij het arrest HR 22 januari 1929, *NJ* 1929, p. 1339.
40. *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 35, onder 1: "*Het artikel regelt de materie van het huidige art. 7A:1612 en volgt in hoofdzaak de versie van het daarin neergelegde beginsel <<koop breekt geen huur >> die is uitgewerkt in art. 7.4.4.1 OM. De vele technische verduidelijkingen die deze versie ten opzichte van art. 1612 brengt zullen hieronder niet afzonderlijk worden toegelicht. Daarvoor moge worden verwezen naar de bijgevoegde TM, p. 939-943.*" Het ontwerp van destijds is geformuleerd door mr. Ph.A.N. Houwing en is gepubliceerd in 1972, onder redactie van mr. F.J. de Jong, zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 1.
41. Zie A.R. de Jonge en E.E. de Wijckerslooth, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 368 (Toelichting ontwerp Houwing, art. 7.4.4.1, delen van onderdelen 6/7).

ling van het gehuurde aan de huurder nog niet had plaatsgevonden. (...) Bij gebreke van deze aflevering aan de huurder ontbrak in dit geval voor de koper de waarschuwing dat het verkochte wellicht verhuurd is, die gelegen kan zijn in de omstandigheid dat het gekochte bij die huurder in gebruik is. Maar dat is dan ook het enige waarin het onderhavige geval zich onderscheidt van het normale onder artikel 1612 vallende geval dat huur en aflevering aan de huurder vóór de verkoop zijn geschied. Dat de koper in het onderhavige geval in sterkere mate van door zijn verkoper verstrekte inlichtingen afhankelijk is, vormt geen reden het risico van onjuiste inlichtingen op de huurder over te brengen of het belang van de koper hier zwaarder te doen wegen dan dat van de huurder. Het ontwerp maakt daarom geen uitzondering voor dit geval en handhaaft daarmee het door H.R. 22 februari 1929,⁴² N.J. 1929, p.1339 (noot E.M.M.). W. 11988, met betrekking tot artikel 1612 ingenomen standpunt (...) dat ook beschermd wordt de huurder die ten tijde van de verkoop of de eigendomsovergang het gehuurde (nog) niet onder zich heeft (...). Dezelfde overwegingen hebben er toe geleid in het ontwerp geen uitzondering te maken ten aanzien van ná de verkoop doch vóór de eigendomsoverdracht door de vervreemder nog gesloten huurovereenkomsten (...) Artikel 1612 houdt in dat door verkoop een 'tevorens' aangegane huur niet verbroken wordt. Volgens H.R. 4 juni 1880, W 4520, valt onder 'tevorens' ook vóór de levering'.

In de parlementaire behandeling is naar aanleiding van deze toelichting geen discussie geweest over de vraag of het vereiste van feitelijk bezit ten tijde van de overdracht geldt voor de toepasselijkheid van art. 7:226 BW. Wel is de vraag gerezen of de verkrijger een beroep op art. 3:36 BW toekomt als deze niet bekend was en ook niet bekend hoorde te zijn met het feit dat de zaak verhuurd was als de huurder jegens de verkrijger de schijn heeft gewekt dat de zaak niet verhuurd was.⁴³ Het antwoord luidde als volgt: "(...) dat zich inderdaad het geval kan voordoen dat de huurder zich jegens de koper niet op de huurovereenkomst kan beroepen, omdat de koper op grond van een verklaring of gedraging van de huurder heeft aangenomen dat er geen huurovereenkomst bestond en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld. Het enkele feit dat nog geen aflevering aan de huurder heeft plaats gevonden, kan moeilijk worden gezien als een gedraging in de hier bedoelde zin. Maar anders kan het worden wanneer de koper en de huurder over de voorgenomen koop contact hebben gehad en de huurder bij die gelegenheid de indruk heeft gewekt dat geen huurovereenkomst bestond of dat deze was geëindigd of voor het tijdstip van overdracht zou eindigen. Ook zal de koper de huurder kunnen houden aan diens mededeling omtrent de inhoud van de huurovereenkomst."⁴⁴

Het antwoord wekt mijns inziens geen verbazing. Interessant is wel dat de wetgever er opnieuw op wijst dat het ontbreken van het feitelijk genot ten tijde van de overdracht niet in de weg staat aan toepasselijkheid van art. 7:226 BW; dit is immers, aldus de wetgever, geen omstandigheid op grond waarvan de verkrijger met succes een beroep kan doen op het bepaalde in art. 3:36 BW.

Dit gezegd hebbende kan mijns inziens niet anders worden geconcludeerd dan dat art. 7:226 BW, voor de vraag over de toepasselijkheid ervan, een ruime werking heeft. Dit volgt niet enkel uit de rechtspraak en de parlementaire geschiedenis, doch ook – niet onbelangrijk – uit het feit dat de huidige redactie van art. 7:226 BW niet bepaalt dat de huurder

vóór de overdracht het feitelijk genot moet hebben. Ik meen dan ook dat een huurder ook een beroep toekomt op dit artikel als de huurovereenkomst is gesloten met de juridisch eigenaar (de vervreemder) vóór de overdracht van het gehuurde en hij:

- op het moment van de overdracht nog niet het feitelijke genot heeft van het gehuurde;
- voor de overdracht het feitelijke genot van het gehuurde heeft gehad en dit heeft gestaakt, mits hij voor de overdracht niet het vertrouwen heeft gewekt dat de huurovereenkomst nimmer heeft bestaan of is geëindigd;
- voor de overdracht het feitelijk genot krijgt van het gehuurde, maar de huurovereenkomst eerst in werking treedt na de overdracht; het moment van inwerkingtreding is namelijk evident nimmer als vereiste gesteld.

Vanuit de beschermingsgedachte van art. 7:226 BW is dit mijns inziens ook niet een wonderlijke conclusie.

Feit blijft wel dat enkele (en niet de minste) auteurs een andere mening (lijken te) zijn toegedaan, ondanks het in mijn ogen duidelijke standpunt van de Hoge Raad, de wetgever en de wet. Zo stelt Huydecoper in de laatste druk van Tekst & Commentaar Huurrecht: "Zoals ook onder de gelding van art. 7A:1612 het geval was, gaan de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst over op degene die door levering of vestiging van een recht van erfpacht, opstap of vruchtgebruik rechthebbende met betrekking tot het gehuurde is geworden; en wel op het ogenblik waarop de betreffende rechten goederenrechtelijk worden overgedragen of gevestigd. (Zogenaamde 'economische eigendomsoverdracht' brengt daarom niet het in art. 7:226 geregelde effect teweeg, HR 5 maart 2004, NJ 2004, 316 (Vagobel/Geldnet).) De regel geldt, met het oog hierop, dan ook niet voor huurovereenkomsten die vóór een goederenrechtelijke overgang/vestiging van rechten zijn aangegaan, maar die pas daarna ingaan (dat wil zeggen: waarbij het gehuurde op het ogenblik van de goederenrechtelijke rechtshandeling nog niet aan de huurder ter beschikking is gesteld). De huurder wordt in dat geval dus niet door art. 7:226 beschermd."⁴⁵

Ook Abas en Rueb⁴⁶ nemen een dergelijk standpunt in. On-

42. Bedoeld zal zijn 'januari'.

43. Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 5, p. 15 (Verslag van de vaste commissie voor justitie).

44. Kamerstukken II 1999/2000, 26 089, nr. 6, p. 27, onder 1 (Nota naar aanleiding van het verslag).

45. Huydecoper 2012, (T&C Huurrecht), art. 7:226 BW, aant. 2a: Daarbij merk ik op dat Huydecoper in de eerste druk van deze uitgave een tegenovergesteld standpunt innam: "De regel geldt, met het oog hierop, ook voor huurovereenkomsten die vóór een goederenrechtelijke overgang / vestiging van rechten zijn aangegaan, maar die pas daarna ingaan (dat wil zeggen: waarbij het gehuurde op het ogenblik van de goederenrechtelijke rechtshandeling nog niet aan de huurder ter beschikking is gesteld)."

46. Rueb neemt overigens uitsluitend in zijn bijdrage in GS Huurrecht (art. 7:226 BW, aant. 16) het standpunt in dat als het feitelijk genot van het gehuurde aanvangt na de overdracht van het gehuurde, de huurder geen beroep toekomt op de bescherming van art. 7:226 BW. In *Memo Huurrecht* (A.S. Rueb, e.a., Deventer: Kluwer 2012, p. 37) en in *Het nieuwe huurrecht per artikel verklaard* (A.S. Rueb e.a., Deventer: Kluwer 2003, p. 50) daarentegen wordt het standpunt verdedigd dat ook als het feitelijk genot eerst aanvangt na de overdracht art. 7:226 BW van toepassing is.

der verwijzing naar de eerder gegeven argumenten, zal het niet verbazen dat ik het standpunt van deze auteurs niet deel. De Kantonrechter Utrecht is bij het schrijven van dit vonnis er goed voor gaan zitten en dat is te prijzen. Hij heeft een onderwerp bij de hoorns gevat dat in de literatuur twee stromingen kent; zonder goed onderzoek is de vraag over de toepasselijkheid van art. 7:226 BW niet eenvoudig te beantwoorden. Het verheugt mij dat de kantonrechter op deze wijze vonnis heeft gewezen. Het vonnis is goed gemotiveerd en de Kantonrechter Utrecht heeft naar mijn overtuiging een juist oordeel geveld. Ten overvloede overweegt de Kantonrechter Utrecht in r.o. 4.9 overigens nog dat Stichting Vestia ermee bekend was dat huurovereenkomsten waren gesloten met Scin c.s. Stichting Vestia is terecht aangemerkt als verhuurder vanaf 26 september 2009.

Ondanks het voorgaande is het wel aan te bevelen contractueel voorbereidende maatregelen te treffen, teneinde te voorkomen dat discussies over art. 7:226 BW en de reikwijdte daarvan ontstaan rondom een overdracht van het gehuurde. Enerzijds teneinde discussie te voorkomen over de vraag of art. 7:226 BW wel werkt en anderzijds teneinde te bewerkstelligen, zo gewenst, dat alle bepalingen uit de huurovereenkomst mee over gaan op de verkrijger met een overdracht. Art. 7:226 lid 3 BW bepaalt namelijk dat de verkrijger slechts wordt gebonden door die bedingen van de huurovereenkomst die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie. Niet alle bepalingen gaan derhalve van rechtswege mee over op een verkrijger met een overdracht. Het is daarom te adviseren in de huurovereenkomst een contractuele bepaling op te nemen die bepaalt dat de huurder ex art. 6:156 BW bij voorbaat zijn toestemming verleent aan de overdracht van de huurovereenkomst ex art. 6:159 BW aan de koper van de verhuurde onroerende zaak en dat de koper ermee instemt dat alle bepalingen uit de huurovereenkomst onverkort mee over gaan op deze verkrijger. Met de verkrijger dient eveneens duidelijk te worden overeengekomen dat alle – bij voorkeur gespecificeerde – huurovereenkomsten, en alle daarin neergelegde condities, waarmee de over te dragen zaak is bezwaard, over gaan op de verkrijger.

I.C.K. Mol⁴⁷

24. Rechtbank Almelo (kort geding)

30 juli 2012

RVR 2012, 108, RI 2012, 93, LJN BX3143

Daniëls q.q. / X

(hoger beroep ingesteld, zie naschrift)

Samenvatting

Tussentijdse beëindiging, faillissement verhuurder

De voorzieningenrechter oordeelt dat een curator van een failliete verhuurder op grond van het Nebula-arrest ontroofing mag vorderen van een huurder van woonruimte. Voorts gaat de voorzieningenrechter in op de vraag of er sprake is van een huurovereenkomst die naar zijn aard van korte duur is.

Voorzieningenrechter

1. *mr. Jacques Aloysius Dominicus Maria Daniëls* in hoedanigheid van curator in de faillissementen van De Baron Projectontwikkeling B.V. en Avabouw B.V., kantoorhoudende te Almelo,

hierna te noemen: de curator,
2. *de coöperatieve vereniging Coöperatieve Rabobank West-Twente U.A.*,
gevestigd te Nijverdal (gemeente Hellendoorn),
hierna te noemen: de Rabobank,
advocaat mr. G.J. Hollema te Almelo,
tegen
[gedaagde]
wonende te [plaats]
hierna te noemen: [gedaagde],
advocaat mr. D.F. Briedé te Almelo.
(...)

2. De vaststaande feiten

2.1. In oktober 2006 heeft Avabouw B.V., met toestemming van De Baron Projectontwikkeling B.V., een woning aan de [adres] en [plaats] in eigendom bij De Baron Projectontwikkeling B.V., aan [gedaagde] verhuurd. De huurprijs bedroeg aanvankelijk € 400,00 per maand. In de huurovereenkomst is onder meer opgenomen:

“1.1. Deze overeenkomst heeft betrekking op (...) een woning die op de nominatie staat te worden gesloopt, plaatselijk bekend: ‘het achterhuis’ van [adres] (...).

1.2. Het gehuurde is uitsluitend bestemd om te worden gebruikt als woonruimte en wordt aan huurder in gebruik gegeven voor zich. Een ander of verdergaand gebruik is aan de huurder niet toegestaan (...).

2.1 Deze overeenkomst verplicht partijen tot naleving van de bepalingen van de wet met betrekking tot huur en verhuur van woonruimte voor de aard naar korte duur voor zover daarvan bij deze overeenkomst niet wordt afgeweken. (...)

2.2 Van deze huurovereenkomst maken deel uit de algemene bepalingen huurovereenkomst woonruimte (...).

3.1 Deze overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van 9 maanden, ingaande op 31 oktober 2006 en lopende tot en met 31 juli 2007 of zoveel korter als de huurder andere woonruimte zal hebben gevonden en zal kunnen betrekken. (...)

3.4 De verhuurder en huurder stellen hierbij vast, dat zij deze huurovereenkomst met elkaar zijn aangegaan met het oog op:

- het feit, dat de huurder door verlies van de beschikking over andere woonruimte voor zich, in een acute noodsituatie is komen te verkeren en zich tot verhuurder heeft gewend met het verzoek hem in deze acute noodsituatie, waarin hij niet over andere woonruimte de beschikking heeft kunnen krijgen, tijdelijk te helpen en hem daartoe tijdelijk de onderhavige woonruimte tegen betaling ter beschikking te stellen (...). De huurder neemt op zich al datgene te (blijven) doen wat in zijn vermogen ligt om de beschikking over andere woonruimte te verkrijgen en deze te betrekken. Zodra hij daarin geslaagd zal zijn, zal hij verhuurder daarvan direct schriftelijk bericht geven en zal hij de onderhavige woonruimte volledig ontruimen (...).

- het feit, dat het gehuurde op de nominatie staat te worden gesloopt, maar deze sloop nu nog niet kan worden geëffectueerd wegens fiscale en financiële overwegingen. Deze sloop zal, naar thans redelijkerwijs te verwachten valt, over één jaar worden gerealiseerd. Gedurende dit ene jaar is de ver-

47. Ivette Mol is werkzaam als advocaat bij VMBS Advocaten BV te Eindhoven.

huurder bereid de woonruimte aan huurder ter beschikking te stellen, in afwachting van de sloop."

2.2. Bij akte van 14 mei 2007 is aan de Rabobank een hypotheek op voornoemde woning verleend van € 607.500,00.

2.3. De huurovereenkomst is telkens verlengd voor de periode van een half jaar. Op 6 januari 2010 hebben Avabouw B.V. en [gedaagde] een aanvullende verklaring getekend, waarbij de duur van de huurovereenkomst is verlengd tot 30 juni 2010 en de huurprijs is verhoogd naar € 440,00 per maand.

2.4. Op 27 januari 2010 zijn De Baron Projectontwikkeling B.V., Avabouw B.V. en J.W. Baron Beheer B.V. in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. A.E. Zweers tot rechter-commissaris en met aanstelling van de curator tot curator.

2.5. Bij brief van 10 maart 2010 heeft de curator de huurovereenkomst opgezegd tegen 30 juni 2010. Vervolgens heeft de curator bij brief van 9 juli 2010 [gedaagde] toegestaan om de woning tegen betaling van een gebruiksvergoeding overeenkomstig de laatstelijk door haar verschuldigde huur nog enige tijd te gebruiken.

2.6. Bij brief van 30 maart 2012 heeft de curator [gedaagde] verzocht om de woning uiterlijk op 30 april 2012 te verlaten en te ontruimen. De curator geeft in die brief aan dat hij wenst over te gaan tot verkoop van de woning in het kader van de afwikkeling van het faillissement. In een e-mailbericht van 12 april 2012 heeft [gedaagde] te kennen gegeven aan dit verzoek geen gehoor te zullen geven.

3. De vordering en het verweer

3.1. De curator en de Rabobank vorderen bij vonnis in kort geding, uitvoerbaar bij voorraad – kort samengevat – ontruiming van voornoemde huurwoning aan de [adres] en [plaats] binnen twee dagen na de betekening van het te wijzen vonnis, met machtiging aan de curator en de Rabobank om de ontruiming zelf te bewerkstelligen met behulp van de sterke arm. Tevens vorderen zij de veroordeling van [gedaagde] in de proceskosten.

3.2. De curator en de Rabobank stellen daartoe – kort samengevat – dat de huurovereenkomst op 30 juni 2010 rechtsgeldig is geëindigd. Het betreft een huurovereenkomst van woonruimte die naar zijn aard van korte duur is in de zin van artikel 7:232 lid 2 BW, zodat [gedaagde] zich niet op huurbescherming kan beroepen. In ieder geval dient een zodanig beroep op huurbescherming volgens de curator naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te worden geacht.

Voorts beroept de curator zich op het Nebula-arrest (HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155). Uit dat arrest blijkt volgens de curator dat in het onderhavige geval ontruiming kan worden gevorderd. Subsidiair stellen de curator en de Rabobank zich op het standpunt dat [gedaagde] zich schuldig maakt aan wanprestatie. [gedaagde] woont namelijk in strijd met artikel 1.2 van de huurovereenkomst samen met haar partner in de huurwoning. Tevens heeft zij zonder recht of titel het voorhuis van de woning aan [adres] in gebruik, althans laat dat voorhuis door derden gebruiken. Bovendien diende [gedaagde] ingevolge de huurovereenkomst op zoek te gaan naar andere woonruimte, maar dat heeft zij niet gedaan. De door [gedaagde] gepleegde wanprestatie is volgens de curator zo ernstig, dat vooruitlopend op een ontbindingsprocedure de gevorderde ontruiming gerechtvaardigd is.

3.3. [gedaagde] brengt hiertegen in – kort samengevat – dat er geen sprake is van een spoedeisend belang van de cura-

tor en de Rabobank bij hun vorderingen. Overigens betwist [gedaagde] in het geheel het belang van de Rabobank bij de vordering, nu zij geen (huur)overeenkomst heeft met de Rabobank. Voorts betwist [gedaagde] dat sprake is van een huurovereenkomst naar zijn aard van korte duur. Volgens [gedaagde] is de huurovereenkomst dan ook niet per 30 juni 2010 geëindigd.

In het Nebula-arrest heeft de Hoge Raad als uitzondering uitdrukkelijk in de wet geregelde gevallen genoemd. Volgens [gedaagde] is in dit geval sprake van een dergelijke uitzondering, nu er specifieke bepalingen in de wet zijn opgenomen met betrekking tot (het opzeggen van) de huur van woonruimte.

Dat sprake zou zijn van wanprestatie, betwist [gedaagde] eveneens. Zij heeft recht op family life (artikel 6 EVRM)⁴⁸ en mag samenwonen wanneer zij dat wil. Verder maakt zij geen gebruik van het voorhuis. Bovendien is [gedaagde] nimmer in gebreke gesteld en dus ook niet in verzuim geraakt.

4. De beoordeling

Belang Rabobank

4.1. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft de Rabobank onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij een (juridische) grondslag heeft voor haar vordering tot ontruiming, nu zij geen verhuurder is van de woning of eventueel op grond van een huurbeding een zelfstandige vordering jegens de huurder zou kunnen invoeren. Als medeschuldeiser in het faillissement heeft zij niet het recht om ontruiming te vorderen van de huurwoning die zich in de faillissementsboedel bevindt. Dat recht is in dit geval voorbehouden aan de curator. De vordering van de Rabobank zal dan ook worden afgewezen.

Spoedeisend belang

4.2. De vraag of een eisende partij in kort geding voldoende spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening, dient te worden beantwoord aan de hand van onder meer een afweging van de belangen van partijen. Spoedeisend belang heeft de eisende partij in ieder geval, indien van hem niet kan worden geveerd dat hij een bodemprocedure afwacht.

4.3. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft de curator zijn spoedeisend belang bij de gevorderde ontruiming voldoende aannemelijk gemaakt. De curator heeft voldoende gesteld dat het voor de afwikkeling van het faillissement van groot belang is dat de (gehele) woning zo spoedig mogelijk wordt verkocht. Nu hij zich verder op het standpunt stelt dat de huurovereenkomst reeds rechtsgeldig is geëindigd, kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet van de curator worden verwacht dat hij een bodemprocedure afwacht.

Huurovereenkomst naar zijn aard van korte duur

4.4. Allereerst dient de voorzieningenrechter te beoordelen of het aannemelijk is dat een bodemrechter tot het oordeel komt dat de onderhavige huurovereenkomst naar zijn aard van korte duur is en daarmee (rechtsgeldig) is geëindigd op 30 juni 2012. De voorzieningenrechter stelt bij die beoordeling voorop dat ingevolge artikel 7:232 lid 2 BW de huurbeschermingsbepalingen van Boek 7 BW, titel 7, afdeling 5 met betrekking tot de huur van woonruimte niet van

48. Bedoeld zal zijn artikel 8 EVRM.

toepassing zijn op huur welke een gebruik van woonruimte betreft dat naar zijn aard van korte duur is. Blijkens de parlementaire geschiedenis dient deze uitzonderingsbepaling zeer restrictief te worden opgevat en gaat het om gevallen waarin voor iedereen duidelijk is dat er geen sprake kan en mag zijn van een beroep op huurbescherming (Handelingen II 1978/1979, pagina 5026 en Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 26 089, nr. 3, pagina 38). Bij de beantwoording van de vraag of een dergelijk uitzonderingsgeval zich voordoet, past dan ook terughoudendheid. Bij beantwoording van die vraag moet voorts worden gelet op de aard van het gebruik en die van de woning alsmede op hetgeen partijen omtrent de duur van het gebruik voor ogen heeft gestaan (HR 8 januari 1999, NJ 1999, 495).

4.5. In het onderhavige geval bewoont [gedaagde] de woning vanaf 2006. Zij heeft daar haar hoofdverblijf en elk half jaar is de huurovereenkomst met een door partijen getekende standaardbrief verlengd. [gedaagde] heeft aanneemelijk gemaakt dat er van meet af aan bezwaren zijn geuit door de provincie tegen de herontwikkeling van het gebied en dat er nimmer een definitief besluit tot herontwikkeling en de sloop van de woning tot stand is gekomen. Zelfs nadat de provincie meerdere malen in 2007 bij brief heeft aangegeven dat zij geen vrijstelling zal verlenen voor de plannen van de gemeente, wordt de voorzijde van de woning met exact dezelfde tekst omtrent de (binnen een jaar) verwachte sloop van de woning in april 2008 verhuurd aan de heer [O]. Na diverse procedures tussen de gemeente en de provincie is er in ieder geval in 2010 definitief een streep gezet door de herontwikkelingsplannen en daarmee de sloop van de woning. Mede gelet op het feit dat de huurovereenkomst vele malen 'standaard' is verlengd, [gedaagde] daar nu al zes jaar haar hoofdverblijf heeft en er in ieder geval sedert begin 2007 – derhalve bijna vanaf het begin van de huurovereenkomst – geen reëel uitzicht is geweest op de sloop van de woning, acht de voorzieningenrechter voorshands niet aanneemelijk dat sprake is van een huurovereenkomst naar zijn aard van korte duur. Het enkele feit dat de huurovereenkomst die bewoondingen wel gebruikt, doet daaraan niet af. De huurbeschermingsbepalingen uit boek 7 BW worden derhalve op de onderhavige huurovereenkomst van toepassing geacht.

4.6. Dat het beroep op huurbescherming door [gedaagde] in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is onvoldoende onderbouwd en gelet op hetgeen hiervoor is overwogen ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding om een dergelijk beroep te honoreren.

4.7. Vaststaat dat de curator de huurovereenkomst niet conform de opzegbepalingen uit Boek 7 BW, titel 4, afdeling 5, onderafdeling 4 heeft opgezegd en [gedaagde] als huurder de opzegging niet heeft aanvaard. Er is thans dan ook nog naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter sprake van een rechtsgeldige huurovereenkomst van woonruimte tussen partijen.

Nebula-arrest

4.8. Vervolgens staat ter beoordeling de vraag of de curator desondanks ontruiming van de woning kan vorderen op grond van de uitgangspunten zoals de Hoge Raad deze heeft verwoord in het Nebula-arrest (HR 3 november 2006, NJ 2007, 155). Hoewel de betreffende zaak geen betrekking had op de rechtstreekse verhouding tussen verhuurder-

gefaillieerde en huurder heeft de Hoge Raad in dit arrest algemene uitgangspunten geformuleerd die als volgt op deze plaats worden geciteerd:

“Zoals ondermeer is gesteld in de memorie van toelichting op artikel 37 Fw oefent de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet de minste invloed uit; de verbintenissen van de gefaillieerde en diens medecontractant worden er niet door gewijzigd. Het feit dat het voortbestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement van één van de contractanten, betekent echter niet dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen als of er geen faillissement ware. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat het aan de faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken. Dit geldt ook voor gevallen waarin de gefaillieerde krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst niet is gehouden een bepaalde prestatie te verrichten, maar het gebruik van een aan hem in eigendom toebehorende zaak te dulden. Indien de wederpartij van de gefaillieerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt zou deze wederpartij immers in feite bevoegd zijn het faillissement in zoverre te negeren. Voor dat laatste is echter slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Bovendien zou door aanvaarding van een zodanige regel een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt.”

4.9 De voorzieningenrechter overweegt dat de conclusie van A-G Huydecoper bij dit arrest nadrukkelijk is dat ook in de rechtstreekse relatie tussen de verhuurder-gefaillieerde en de huurder laatstgenoemde geen nakoming van de huurovereenkomst kan afdwingen omdat dit de gelijkheid van schuldeisers in het faillissement en de afwikkeling van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in de weg zou staan. De voorzieningenrechter kan het arrest niet anders lezen dan dat, ondanks het feit dat de Faillissementswet in artikel 39 slechts een beëindigingbepaling geeft indien de gefaillieerde huurder is en ondanks het feit dat de huurder van woonruimte een verregaande vorm van huurbescherming heeft de gelijkheid van schuldeisers moet prevaleren boven het individuele belang van de huurder zodat de huurder zich tegen ontruiming niet kan verzetten. De voorzieningenrechter verwijst ondermeer naar het handboek “Wessels Insolventierecht II, 3e druk, 2012 bladzijde 223 e.v.” waarin Wessels uitgebreid aandacht aan het Nebula arrest besteedt en verwijst naar de vele commentaren op dit arrest.

4.10 De conclusie moet naar het oordeel van de voorzieningenrechter derhalve zijn dat de curator op juiste gronden de ontruiming van het gehuurde door [gedaagde] vordert. Gelet op de duur van de overeenkomst en de periode die is verstreken sedert het faillissement van verhuurder alsmede gelet op het feit dat de curator gedurende geruime tijd bereid is geweest de gebruiksrelatie te continueren acht de voorzieningenrechter een ruime ontruimingstermijn redelijk. Die termijn zal worden bepaald op twee maanden na betekening van dit vonnis. De overige door de curator opgeworpen stellingen met betrekking tot beweerdelijke wanprestatie door

[gedaagde] behoeven in dat licht gezien nadere bespreking. (...)

Dit vonnis is gewezen te Almelo door mr. G.G. Vermeulen, voorzieningenrechter, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 30 juli 2012 in tegenwoordigheid van de griffier.

Commentaar

In de onderhavige zaak gaat het – kort gezegd – over het volgende. De Baron Projectontwikkeling (hierna: De Baron) is juridisch eigenaar van een woning in het oosten des lands. De Baron heeft Avabouw B.V. (hierna: Avabouw) toestemming gegeven deze woning met ingang van oktober 2006 te verhuren aan gedaagde (hierna: de huurder). De huurovereenkomst is in eerste instantie aangegaan voor een periode van negen maanden, waarbij uitdrukkelijk is bepaald dat de woning op korte termijn zal worden gesloopt en dat het gehuurde slechts dient als tijdelijke (nood)woonruimte voor de huurder. Vervolgens is de huurovereenkomst steeds in onderlinge overeenstemming met perioden van zes maanden verlengd. Voor de laatste keer gebeurt dit op 6 januari 2010, waarbij partijen tevens een huurprijsverhoging overeenkomen.

Op 27 januari 2010 gaan De Baron en Avabouw failliet. Per brief van 10 maart 2010 zegt de curator van De Baron en Avabouw (hierna: de curator) de huurovereenkomst op tegen het eind van de dan lopende huurperiode (30 juni 2010). Vervolgens heeft de curator per brief d.d. 9 juli 2010 aan de huurder te kennen gegeven dat hij het gehuurde tot nader order mag blijven gebruiken tegen een gebruiksvergoeding die gelijk is aan de laatst geldende huur.

Per brief van 30 maart 2012 heeft de curator de huurder verzocht het gehuurde uiterlijk op 30 april 2012 te ontruimen. De huurder heeft dit geweigerd. De curator (samen met de Rabobank, die niet-ontvankelijk wordt verklaard) is vervolgens een kort geding gestart waarin hij ontruiming van het gehuurde vordert. De curator beroept zich in dit kort geding – voor zover hier van belang – op twee gronden. Allereerst voert hij aan dat er sprake is van een huurovereenkomst die naar zijn aard van korte duur is, zodat de huurder zich niet kan beroepen op huurbescherming. Verder stelt de curator dat hij mag wanpresteren op grond van het Nebula-arrest.⁴⁹ Uiteindelijk wijst de voorzieningenrechter de ontruimingsvordering op deze laatste grond toe.

De voorzieningenrechter gaat eerst in op de vraag of er sprake is van een huurovereenkomst die naar zijn aard van korte duur is. De voorzieningenrechter overweegt dat bij de beoordeling of hier sprake is van is terughoudendheid past. Voorts dient rekening te worden gehouden met de aard van het gebruik van de woning en hetgeen partijen omtrent de duur van het gebruik voor ogen heeft gestaan.⁵⁰ De voorzieningenrechter oordeelt dat geen sprake is van een huurovereenkomst die naar zijn aard van korte duur is, ondanks het feit dat dit wel uitdrukkelijk in de huurovereenkomst is bepaald. Hiertoe overweegt hij dat er al sinds 2007 (vrijwel het begin van de huurovereenkomst) geen reëel uitzicht is op sloop van de woning.⁵¹ Voorts neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat de huurovereenkomst vele malen “standaard” is verlengd met zes maanden, waardoor de huurder nu al zes jaar zijn hoofdverblijf heeft in het gehuurde. De voorzieningenrechter komt dan ook tot de conclusie dat geen sprake is van een huurovereenkomst die naar zijn aard van korte duur is en dat derhalve de huurbeschermingsregels van Boek 7 BW van toepassing zijn.

Op grond van de (zeer summiere) omschrijving van de feiten in het vonnis, is het lastig een goede analyse te maken van dit oordeel van de voorzieningenrechter. Ervan uitgaande dat er inderdaad al in 2007 geen reëel uitzicht meer was op de sloop van het pand (en dit ook aan partijen duidelijk was), kan ik mij echter vinden in het oordeel van de voorzieningenrechter. Hierbij telt ook mee dat Avabouw er blijkbaar nooit enig probleem van heeft gemaakt dat de huurder zijn in de huurovereenkomst vastgelegde verplichting zo snel mogelijk andere woonruimte te vinden niet is nagekomen. Als partijen desondanks de huurovereenkomst steeds hebben verlengd (en zelfs de huurprijs hebben verhoogd), mag worden aangenomen dat (inmiddels) geen sprake (meer) is van een huurovereenkomst die naar zijn aard van korte duur is. Wat mij overigens in dit kader opviel, is dat de curator na zijn opzeggingsbrief d.d. 30 juni 2010 heeft aangeboden dat de huurder voorlopig in het gehuurde mocht blijven tegen een ‘gebruiksvergoeding’. Nu deze gebruiksvergoeding gelijk was aan de laatst betaalde huur is het lastig te bepalen of de huurder de opzegging en dit aanbod al dan niet heeft aanvaard. Indien de huurder de opzegging en het aanbod niet heeft aanvaard, is de vorige huurovereenkomst voortgezet (nu opzegging door de curator niet mogelijk is).⁵² Indien de huurder de opzegging en het aanbod wel heeft aanvaard, zou dit echter ook hebben geleid tot een huurovereenkomst. Ervan uitgaande dat de laatst geldende huur hoger ligt dan de daadwerkelijke kosten die de curator maakt met betrekking tot het gehuurde is namelijk aan alle voorwaarden van art. 7:201 BW voldaan. Ik zou menen dat in dit geval een nieuwe, zelfstandige huurovereenkomst overeen is gekomen. De oude huurovereenkomst is namelijk met wederzijdse overeenstemming beëindigd en partijen zijn een nieuwe huurovereenkomst aangegaan, er is dus sprake geweest van nieuwe wilsovereenstemming.

Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad zou echter ook kunnen worden bepleit dat er sprake is van voortzetting van de huurovereenkomst. De Hoge Raad heeft namelijk in een andere situatie bepaald dat het voor het antwoord op de vraag of sprake is van een nieuwe, zelfstandige huurovereenkomst of van een voortgezette huurovereenkomst belangrijk is in hoeverre de latere overeenkomst wijzigingen van belang bevat.⁵³ In het onderhavige geval lijkt echter

49. HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (*Nebula*).

50. Zoals de Hoge Raad heeft bepaald in HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 495.

51. De provincie wilde namelijk niet meewerken aan de herontwikkeling van het gebied waarvan het gehuurde deel uitmaakt. Derhalve kreeg de gemeente geen toestemming om het gehuurde te slopen (en de eigenaar dus evenmin). In dit kader zijn blijkbaar meerdere procedures gevoerd tussen de gemeente en de provincie.

52. De kantonrechter lijkt hier ook van uit te gaan.

53. Zie bijv. HR 4 mei 1979, *NJ* 1979, 509 en HR 2 oktober 1981, *NJ* 1982, 186 betreffende de vraag wat het toepasselijke huurregime is indien initieel onbebouwde grond tijdens de huurovereenkomst wordt bebouwd en vervolgens na het einde van de huurovereenkomst de contractuele relatie wordt voortgezet. Zie omtrent deze kwestie ook HR 13 juli 2012, *RvdW* 2012, 958 en HR 13 juli 2012, *RvdW* 2012, 962, welke arresten door C.F.J. Heemskerk zijn geannoteerd in de vorige editie van dit tijdschrift (*TvHB* 2012, 19).

sprake te zijn van substantiële wijzigingen in de huurovereenkomst. Zo is de curator van de verhuurder in zijn hoedanigheid als curator de huurovereenkomst met de huurder aangegaan in plaats van de verhuurder zelf. Bovendien lijkt er naast de overeengekomen ‘gebruiksvergoeding’ niets anders te zijn afgesproken (terwijl dit in de originele huurovereenkomst wel het geval was) en zou kunnen worden verdedigd dat uit het feit dat de curator een gebruiksvergoeding in plaats van huur wenste overeen te komen, impliceert dat het gebruik van het gehuurde van tijdelijke aard was in plaats van voor (inmiddels)⁵⁴ onbepaalde tijd. Een en ander lijkt te wijzen op een substantiële wijziging van de huurovereenkomst en dus een nieuwe, zelfstandige huurovereenkomst. Echter, ongeacht of sprake is van een voortzetting van de huurovereenkomst of van een nieuwe huurovereenkomst, het aanbod van een gebruiksvergoeding die gelijk is aan de laatst geldende huur leidt tot een (al dan niet voortgezette) huurrelatie tussen de curator van de verhuurder en de huurder. Dit zal ongetwijfeld niet de bedoeling van de curator zijn geweest.⁵⁵

Overigens zou je je kunnen afvragen of een nieuwe huurovereenkomst tussen de curator van de verhuurder en de huurder kan worden aangemerkt als een huurovereenkomst die naar zijn aard van korte duur is (voor de duur van de afwikkeling van het faillissement). In het geval van een failliete huurder lijkt mij dit over het algemeen het geval, nu de huurder de huurovereenkomst normaliter inderdaad zal aangaan in het kader van de afwikkeling van het faillissement. Dit zal veelal bekend zijn bij zijn verhuurder, zodat de curator van een huurder dit ook kan betogen indien hij niet uitdrukkelijk opneemt dat er sprake is van een huurovereenkomst die naar zijn aard van korte duur is. In het geval van een faillissement van een verhuurder zal dit echter niet altijd het geval zijn. Indien de curator van de verhuurder een huurovereenkomst aangaat om de verkoopwaarde van een kantoorgebouw of winkelpand te verhogen, zal bijvoorbeeld niet snel sprake zijn van een huurovereenkomst die naar zijn aard van korte duur is.⁵⁶ Een curator van een verhuurder zal derhalve expliciet moeten opnemen dat het een huurovereenkomst betreft die naar zijn aard van korte duur is, waardoor de huurder zich niet kan beroepen op huurbescherming en de (nieuw ontstane) huurovereenkomst kan worden opgezegd door de curator van de verhuurder. In het onderhavige geval speelde dit echter niet.

Naast dit kwalificatievraagstuk is deze uitspraak tevens interessant vanwege de overweging van de voorzieningenrechter dat de curator (van de verhuurder) de ontruiming van het gehuurde kan vorderen op grond van het Nebula-arrest. In het Nebula-arrest was – kort gezegd – het volgende aan de hand. Nebula B.V. (hierna: Nebula) had het economisch eigendom van haar pand overgedragen aan Walton B.V. (hierna: Walton). Dit hield in dit specifieke geval⁵⁷ in dat Walton het exclusieve gebruiksrecht van het pand verkreeg. Walton heeft (een deel van) het pand vervolgens verhuurd aan E.W. Mulders en H.J.P. Welleman (hierna: Mulders en Welleman). De kernvraag in het Nebula-arrest was of de curator het gebruiksrecht van Walton moest dulden (en in het verlengde daarvan de huurovereenkomst tussen enerzijds Walton en anderzijds Mulders en Welleman).

De Hoge Raad overwoog dat de hoofdregel is dat de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet de minste invloed uitoefent.⁵⁸ Dit betekent, aldus de Hoge Raad, niet dat de schuldeiser van een duurovereenkomst

wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement is. Anders zou het beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze worden doorbroken. Dit geldt ook voor gevallen waarin de gefailleerde krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst het gebruik van een aan hem in eigendom toebehorende zaak heeft te dulden. Indien de wederpartij van de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt, zou deze wederpartij immers in feite bevoegd zijn het faillissement in zoverre te negeren. “Voor dat laatste is echter slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen.” De Hoge Raad overwoog dat indien dit anders zou zijn, een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate zou worden bemoeilijkt.⁵⁹

Kortom: de curator hoeft het gebruik van de aan de gefailleerde toebehorende zaak slechts te dulden in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Deze regel heeft een veel ruimer toepassingsgebied dan enkel de overeenkomst van economisch eigendom.⁶⁰ Een van de vragen die de literatuur⁶¹ (en de rechtspraak⁶²) bezighoudt, is of ook de curator van een gefailleerde verhuurder de Nebula-regel tegen zijn huurder kan invoeren.⁶³ Hierbij speelt onder meer de vraag of de huurovereenkomst valt in de voornoemde categorie van “uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen.”

In de literatuur is een tweedeling te onderscheiden. Enerzijds zijn er schrijvers (waaronder A-G Huydecoper) die ervoor pleiten dat de Nebula-regel kan worden ingeroepen door de curator van de gefailleerde verhuurder. Deze schrijvers verwijzen naar het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers en stellen dat dit beginsel voortgaat op het individuele recht van een huurder op huurbescherming. Verder stellen zij dat in de (Faillissements)wet geen uitdrukkelijke uitzondering is opgenomen voor een gefailleerde verhuur-

54. Aangezien de huurovereenkomst is verkleurd van een huurovereenkomst die naar zijn aard van tijdelijke duur is naar een ‘gewone’ huurovereenkomst.
55. Anders had de curator niet gekozen voor de term ‘gebruiksvergoeding’.
56. In tegenstelling tot een woning, is een winkelpand of kantoorgebouw in verhuurde staat over het algemeen meer waard dan in niet-verhuurde staat.
57. De Hoge Raad overweegt dat het begrip ‘economisch eigendom’ geen zelfstandige betekenis heeft.
58. Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (*Nebula*), r.o. 3.5.
59. Vgl. HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661.
60. Waarover het in het Nebula-arrest ging.
61. Zie voor een overzicht van een groot deel van de betreffende literatuur: B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (I)* (Wessels Insolventierecht, deel II), Deventer: Kluwer 2012, par. 2489-2491g.
62. Bijv. Rb. Dordrecht 14 juni 2007, *JOR* 2008, 133.
63. Soortgelijke vragen zijn gesteld voor de curator van een failliete licentiegever. Zie bijv. Th.C.J.A. van Engelen, ‘Intellectuele Eigendom en Reclamerecht, Licenties in faillissement na het Nebula-arrest: schuifelen tussen de scherven’, *IER* 2009, 75.

der, zoals de Hoge Raad wel vereist voor het buiten toepassing laten van de Nebula-regel.

Anderzijds zijn er schrijvers die stellen dat de Nebula-regel niet door de curator van de gefailleerde verhuurder kan worden ingeroepen. Zij verwijzen veelal naar het arrest Tiethoff q.q./NMB.⁶⁴ In die kwestie wilde de huurder de na het faillissement verschenen huurtermijnen verrekenen met een vordering die hij had op de gefailleerde verhuurder. In dat arrest overweegt de Hoge Raad hieromtrent dat op art. 53 Fw een uitzondering moet worden gemaakt “wanneer de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten(...)”.⁶⁵ Uit deze overweging lijkt te volgen dat de curator van de verhuurder gehouden kan zijn om het huurgenot te blijven verschaffen in faillissement. Verder wijst een aantal schrijvers op art. 7:226 BW, waarin het beginsel ‘koop breekt geen huur’ is vervat.⁶⁶ De huurder (van de juridische eigenaar)⁶⁷ kan haar rechten tegen een opvolgende koper inroepen, ook indien de huurder reeds is ontruimd door de curator van de gefailleerde. De ontruiming doet de huurovereenkomst namelijk niet eindigen. Hierdoor zou, volgens deze schrijvers, de opmerkelijke situatie kunnen ontstaan dat de ontruimde huurder zijn huurrechten weer kan inroepen tegen de verkrijger van het door de curator verkochte pand. De voorzieningenrechter kiest voor de lijn van Huydecoper en overweegt dat uit het Nebula-arrest volgt dat de curator (van de verhuurder) de ontruiming van het gehuurde kan vorderen omdat de gelijkheid van schuldeisers moet voorgaan op het individuele belang van de huurder. Dit, zo stelt de voorzieningenrechter, ondanks het feit dat art. 39 Fw enkel een beëindigingmogelijkheid geeft indien de gefailleerde huurder is en ondanks de vergaande huurbescherming die een huurder geniet.⁶⁸ De voorzieningenrechter verzucht welhaast dat hij het Nebula-arrest niet anders kan lezen.

Mijns inziens kan de voorzieningenrechter het Nebula-arrest wel degelijk anders lezen. Met – onder meer – Verstijlen⁶⁹ en Boekraad⁷⁰ meen ik namelijk dat de huurder een wettelijk beschermde contractant is tegenover wie de curator van de verhuurder niet mag wanpresteren. In tegenstelling tot – onder meer – Borst⁷¹ meen ik dat deze bescherming niet is gelimiteerd tot de huurders van een verhuurder die tevens juridisch eigenaar is (m.a.w. de huurders die zich op art. 7:226 BW kunnen beroepen). De beschermde positie van de huurder vloeit mijns inziens voort uit het gehele wettelijke systeem van huurbescherming en niet enkel uit art. 7:226 BW.⁷² De vraag of de curator in een geval als de onderhavige mag wanpresteren, dient dan ook niet enkel te worden beantwoord op grond van de toepasselijkheid van art. 7:226 BW in een bepaalde casus.⁷³ Ik meen juist dat alle huurders zich jegens (de curator van) hun verhuurder kunnen beroepen op huurbescherming.

Het is vervolgens evenwel de vraag of (de curator van) hun verhuurder aan hen het huurgenot kan blijven verschaffen. In het Nebula-arrest kon de verhuurder/economisch eigenaar (Walton) dit niet, omdat de juridisch eigenaar (Nebula) mocht wanpresteren jegens Walton (en nu Walton niet langer het genot van de onroerende zaak mocht genieten, kon Walton dit ook niet aan Mulders en Welleman verschaffen). In een onderhuursituatie kan dit ook niet, indien de hoofdverhuurder de hoofdhuurovereenkomst opzegt op grond van artikel 39 Fw en de curator van de hoofdhuurder/onderverhuurder als gevolg van het einde van de hoofdhuurovereen-

komst geen huurgenot meer aan zijn onderhuurder kan verschaffen.⁷⁴

Ook in de onderhavige kwestie kan de curator van de verhuurder m.i. de huurder niet het genot blijven verschaffen. De verhuurder van het pand (Avabouw) was namelijk niet de juridisch eigenaar. Avabouw verhuurde het pand met toestemming van De Baron (de juridisch eigenaar). Net als in het Nebula-arrest kan de curator van De Baron derhalve ontruiming vorderen van de huurder.⁷⁵ De voorzieningenrechter heeft dit onderscheid tussen (de curator van) De Baron en (de curator van) Avabouw echter niet in zijn oordeel meegenomen, aangezien hij uitdrukkelijk ingaat op het feit dat het Nebula-arrest niet ziet op de relatie tussen de gefailleerde verhuurder en de huurder.⁷⁶ Voor de uitkomst van de kwes-

64. HR 22 december 1989, NJ 1990, 661.

65. Voor zover relevant luidt art. 53 lid 1 Fw: “Hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, kan zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht.”

66. Zie bijv. F.C. Borst, ‘De failliete verhuurder’, *TvHB* 2009, 5, p. 187-191.

67. Art. 7:226 BW geldt enkel voor huurders van een verhuurder die tevens juridisch eigenaar is.

68. Hetgeen overigens des te meer geldt voor een huurder van woonruimte.

69. F.M.J. Verstijlen, ‘De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement’, in: W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2006.

70. G.A.J. Boekraad, ‘Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator naar aanleiding van het Nebula-arrest (HR 3 november 2006, *RvdW* 2006 1033)’ *MvV* 2007, 3, p. 46-53.

71. F.C. Borst, ‘De failliete verhuurder’, *TvHB* 2009, 5, p. 187-191.

72. Art. 7:226 BW is een onderdeel van de wettelijk geregelde huurbescherming, niet de basis ervan.

73. Indien dit wel het geval zou zijn, zou een curator die het gehuurde na de ontruiming van de huurder niet wil verkopen of opnieuw verhuren zich niet kunnen beroepen op de Nebula-regel. Verkoop of vernieuwde verhuur van het gehuurde hoeft m.i. echter niet de reden te zijn dat de curator de huurder wil ontruimen. Ontruiming voor daaropvolgend ‘eigen’ gebruik (door de failliet of de curator ten behoeve van afwikkelingswerkzaamheden), sloop of herontwikkeling kan m.i. onder omstandigheden ook in het voordeel van de boedel zijn.

74. Het is de vraag of de curator van de onderverhuurder/hoofdhuurder de hoofdhuurovereenkomst zelf op grond van artikel 39 Fw mag opzeggen en zich vervolgens tegen zijn (onder)huurder mag verweren op grond van het Nebula-arrest. Ik zou menen dat dit verweer waarschijnlijk niet slaagt.

75. De curator van Avabouw kan naar mijn mening dus géén ontruiming van het gehuurde vorderen. Als gezegd, kan de curator van De Baron dit wel. De huurder kan zijn schadevordering vervolgens ter verificatie indienen in het faillissement van Avabouw.

76. Het heeft er alle schijn van dat partijen dit ook niet hebben gesteld in de procedure.

tie maakt het echter niet uit; de huurder kon worden ont-ruimd. De voorzieningenrechter had in mijn ogen echter op andere gronden tot deze slotsom moeten komen.⁷⁷ De vordering van de curator van De Baron had in lijn met het Nebula-arrest moeten worden toegewezen omdat de verhuurder (Avabouw) niet de juridisch eigenaar is. Dit in plaats van de keuze om de vordering van de curator van Avabouw toe te wijzen door de werking van het Nebula-arrest zodanig te verruimen dat deze de wettelijke huurbescherming geheel opzijzet.

Arrest Gerechtshof Arnhem 6 november 2012, zaaknummer 200.111.632 (niet gepubliceerd)

Bij het ter perse gaan van dit tijdschrift is gebleken dat het Gerechtshof Arnhem op 6 november 2012 arrest heeft gewezen in het door de gedaagde ingestelde hoger beroep in de onderhavige procedure. Dit arrest is vooralsnog niet gepubliceerd. Het hof vernietigt hierin het vonnis van de voorzieningenrechter voor zover daarbij de vordering van de curator is toegewezen.

Het hof oordeelt dat de onderhavige kwestie in relevante mate afwijkt van de zaak die aan de orde was in het Nebula-arrest. Het hof overweegt hierbij: *“Zo is in deze zaak geen sprake van een economisch eigenaar die woonruimte verhuurt, van een huurovereenkomst die is gesloten na faillietverklaring van de juridisch eigenaar en van een ontbreken van toestemming voor verhuur van de curator van de failliete juridisch eigenaar. Gelet hierop is het hof van oordeel dat voormelde overwegingen van de Hoge Raad in dit geval niet kunnen worden toegepast.”*⁷⁸ Aldus resteert de hoofdregel van artikel 37 Fw, te weten dat het voortbestaan van duurovereenkomsten niet wordt beïnvloed door het faillissement van een der contractanten, waarop de Fw in geval van faillissement van een verhuurder (van woonruimte) geen uitzondering maakt.

Voorshands moet er derhalve van worden uitgegaan dat de faillissementen van Avabouw B.V. en De Baron Projectontwikkeling B.V. de huurovereenkomst met [huurder] niet beïnvloeden en dat [huurder] derhalve voorlopig aanspraak kan blijven maken op verschaffing van het genot van het gehuurde.”

In tegenstelling tot de voorzieningenrechter legt het hof het Nebula-arrest derhalve zeer beperkt uit. Het hof lijkt van oordeel te zijn dat de door de Hoge Raad gegeven rechtsregel van het Nebula-arrest enkel geldt voor de specifieke feiten van dat geval. Voorts lijkt het hof, net als de voorzieningenrechter, geen onderscheid te maken tussen (de curator van) De Baron en (de curator van) Avabouw.⁷⁹ Het hof bevestigt vervolgens dat de huurovereenkomst niet naar zijn aard van korte duur is en dat de huurder zich met succes kan beroepen op huurbescherming.

Gezien de zeer korte periode tussen de kennisneming van het arrest van het hof en de deadline voor deze editie van het *TvHB*, ontbreekt de tijd voor een uitgebreide analyse van het arrest van het hof. Wel teken ik aan dat, hoewel ik (ook) niets voel voor de ruime uitleg van de voorzieningenrechter, ik betwijfel of het hof het Nebula-arrest hier juist interpreteert. De wijze waarop de Hoge Raad in het Nebula-arrest zijn rechtsregel formuleert, lijkt in ieder geval op een ruim(er) toepassingsbereik te duiden.⁸⁰

Het is afwachten of cassatie zal worden ingesteld tegen het arrest van het hof. Voor de praktijk zou dit wenselijk zijn, nu nog steeds veel onduidelijkheid bestaat over het toepassingsbereik van het Nebula-arrest. Indien de kwestie inderdaad

aan de Hoge Raad wordt voorgelegd, of indien zich anderszins nieuwe ontwikkelingen voordoen, zal hierop uiteraard in dit tijdschrift worden teruggekomen.

G. Elst⁸¹

77. Het is echter de vraag in hoeverre dit de voorzieningenrechter op grond van de stellingen van partijen vrij stond.

78. Het hof verwijst naar r.o. 3.5 van de Hoge Raad in het Nebula-arrest (HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155), dat het hof als volgt citeert: *“(…) 3.5 (…) Het feit dat het (voort)bestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement van een van de contractanten, betekent echter niet dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende (…) beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken. Dit geldt ook voor gevallen waarin de gefailleerde krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst niet is gehouden een bepaalde prestatie te verrichten, maar het gebruik van een aan hem in eigendom toebehorende zaak te dulden. Indien de wederpartij van de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt, zou deze wederpartij immers in feite bevoegd zijn het faillissement in zoverre te negeren. Voor dat laatste is echter slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Bovendien zou door aanvaarding van een zodanige regel een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt (…).”*

79. Ook hier heeft het er overigens de schijn van dat partijen dit verschil niet uitdrukkelijk naar voren hebben gebracht.

80. Vgl. echter ook de noot van P. van Schilfgaarde bij HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (*Nebula*).

81. Gijs Elst is werkzaam als advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam.