

meen zal een verhuurder niet snel geneigd zijn tot het verstrekken van garanties. Breakopties bieden dan mogelijk een oplossing.

I.E. Hofhuis<sup>30</sup>

## TvHB 2018/18

Hoge Raad  
8 juni 2018

ECLI:NL:HR:2018:875

RvdW 2018/699

In cassatie op Hof Den Haag 14 februari 2017

ECLI:NL:GHDHA:2017:1910

Zeppelin B.V. c.s. / Soul-Inn B&B B.V. c.s.

Met noot van I.C.K. Mol

### Samenvatting

#### Kwalificatie, contractenrecht, ontbinding huurovereenkomst, huurachterstand, hennepkwekerij

*De huurder en de verhuurders hebben discussie over de kwalificatie van een overeenkomst. De huurder verdedigt dat de overeenkomst een koopovereenkomst is, hetgeen de verhuurders betwisten. De huurder meent dat de koopovereenkomst nietig is en vordert terugbetaling van de koopprijs (onder aftrek van de huurachterstand). Ondertussen laat de huurder in drie huurovereenkomsten aanzienlijke betalingsachterstanden ontstaan en is in één van de gehuurde panden een hennepkwekerij geëxploiteerd. Het hof wijst een deelarrest en oordeelt dat de betreffende overeenkomst niet een koopovereenkomst is. De vordering tot terugbetaling van de koopprijs wordt dan ook afgewezen en het hof ontbindt de huurovereenkomsten onder meer in verband met de betalingsachterstanden en de exploitatie van de hennepkwekerij. De Hoge Raad overweegt dat het hof zonder nadere motivering niet kon oordelen dat de betreffende overeenkomst niet een koopovereenkomst was en vernietigt daarom het gehele arrest van het hof onder terugverwijzing van de kwestie naar een ander hof. De Hoge Raad overweegt daarbij dat de vraag of de ontbinding van de huurovereenkomsten gerechtvaardigd is in het licht van de omstandigheden van het geval, bij het verwijzingshof opnieuw aan de orde zal moeten komen.*

#### Hoge Raad

Arrest

in de zaak van:

1. Zeppelin B.V.,  
gevestigd te Voorburg,

2. Scorpio Real Estate B.V.,  
wonende te Den Haag,  
eiseressen tot cassatie,  
hierna aan te duiden als Zeppelin c.s., afzonderlijk als Zeppelin en Scorpio,  
advocaat: mr. H.J.W. Alt  
tegen

1. Soul-Inn B&B B.V.,  
gevestigd te Delft,  
2. Exploitiemaatschappij Beach 's-Gravenzande B.V.,  
Gevestigd te Wateringen, gemeente Westland,  
3. Verweerder 3,  
wonende te [woonplaats],  
verweersters in cassatie, niet verschenen  
hierna te noemen: Verweerders, afzonderlijk als Soul-Inn, Beach en [Verweerder 3],  
niet verschenen.

#### 1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- het vonnis in de zaak 3239967/14-22011 van de kantonrechter te Den Haag van 18 mei 2015;
- het arrest in de zaak 200.179.320/01 van het gerechtshof Den Haag van 14 februari 2017.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

#### 2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben Zeppelin c.s. beroep in cassatie ingesteld. De procesinleiding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. Tegen [verweerders] is verstek verleend. De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging en verwijzing.

#### 3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerder 3] is bestuurder van Soul-Inn en Beach. In privé en met deze vennootschappen bezit hij in totaal negen panden in de binnenstad van Delft, waaronder panden aan de [a-straat 1] en aan de [c-straat 1].

(ii) In het pand aan de [a-straat 1] heeft Soul-Inn vanaf 2002 een hotel dan wel bed & breakfast geëxploiteerd. Het exploitatieconcept bestond uit de verhuur van kamers voor overnachting, een ontbijtruimte, een digitale check-in en een receptie die alleen 's ochtends bemand was. De kamers waren ingericht met tweedehands meubels in jaren 60- en 70-stijl en met Indonesische en Indiase invloeden. In de later aangekochte panden werd eveneens een bed & breakfast volgens dit concept (hierna: het 'concept Soul-Inn B&B') geëxploiteerd.

(iii) Eind 2008 hebben [verweerders] de exploitatie van de appartementen overgedragen aan het echtpaar [betrokkene 1 en 2]. De koopprijs is onbetaald gebleven en is omgezet in een geldlening. In 2010 of 2011 is [betrokkene 1] overleden en is de exploitatie door zijn echtgenote [betrokkene 2] voortgezet. Op 26 maart 2013 is [betrokkene 2] failliet verklaard. De inboedel van de panden is hierdoor in de faillissementsboedel terechtgekomen.

30. Irene Hofhuis is werkzaam als advocaat bij Fort Advocaten te Amsterdam.

(iv) Na het faillissement van [betrokkene 2] hebben [verweerders] met verschillende partijen gesprekken gevoerd over de overname van de exploitatie van de Bed & Breakfast. Zij stelden daarbij als voorwaarde dat de nog openstaande schuld van [betrokkene 2] ter hoogte van € 140.000,- zou worden voldaan.

(v) [verweerders] hebben uiteindelijk met Zeppelin c.s. overeenstemming bereikt over de overname. In dat kader hebben partijen op 23 april 2013 een drietal huurovereenkomsten gesloten ten aanzien van de hiervoor onder (i) bedoelde panden.

(vi) In de huurovereenkomsten is in de overwegingen onder 3 vermeld dat partijen een overeenkomst zullen sluiten "voor de overname van de overige activa welke verhuurder zal kopen uit het faillissement, zodra hierover overeenstemming is bereikt met de curator van de vorige exploitant."

(vii) Art. 1.2 van de huurovereenkomsten bepaalt dat het gehuurde door of vanwege de huurder uitsluitend zal worden gebruikt als Bed & Breakfast.

(viii) Art. 9.1 van de huurovereenkomsten luidt:

"Na ondertekening van de drie huurovereenkomsten (...) zal huurder eenmalig een garantiebedrag overmaken van € 20.000,- op een door [verweerder 3] aan te wijzen rekening. Het betreft een voorschot op de overnameprijs van de activa van Soul-Inn, zoals hierboven omschreven in de overwegingen onder 3."

(ix) Zeppelin c.s. hebben het genoemde bedrag van € 20.000,- betaald.

(x) [verweerders] hebben de activa uit het faillissement van [betrokkene 2] niet gekocht. De curator in het faillissement van [betrokkene 2] heeft hierover in mei 2013 aan de rechtbank Den Haag geschreven dat [verweerder 3] zich als geïnteresseerde partij heeft gemeld, maar dat hij, ondanks herhaalde uitnodigingen, geen redelijkerwijs voor acceptatie in aanmerking komende bieding heeft gedaan op de roerende zaken en de goodwill van de onderneming.

(xi) Op 17 mei 2013 is Scorpio opgericht als dochteronderneming van Zeppelin, met [betrokkene 3] als middellijk bestuurder.

(xii) Bij e-mail van 4 juni 2013 heeft [verweerder 3] een factuur verzonden aan Scorpio van in totaal € 162.400,-. De inhoud van de factuur luidt:

"Omschrijving: verkoop Concept Soul-Inn B&B overeengekomen door partijen; Verhuurder Soul-Inn B&B B.V. (...) en huurder Zeppelin B.V. (...)

Verkoopbedrag € 182.400,00

Eerste aanbetaling voldaan op 7 mei 2013 (zoals overeengekomen conform artikel 9.1 van de overeenkomst d.d. 26 april 2013)

€ 20.000,00

-----

Totaal € 162.400,00

(...)"

(xiii) Bij de factuur is een omschrijving gevoegd die vermeldt:

"	Schuld [betrokkene 2]	€	140.000,00	
	Huren maand april	€	13.250,00	totale huur van verschillende panden
	Huren maand mei	€	7.900,00	huur Soul-Inn ad € 6000,00 en de te weinig betaalde huur
	Borg panden	€	13.250,00	deze is nog niet voldaan
	Advocaat-kosten	€	8.000,00	Afwikking faillissement
	Eind Totaal	€	182.400,00	
	Reeds voldaan	€	20.000,00	
	Eind Totaal	€	162.400,00	"

(xiv) Scorpio heeft op de factuur van 4 juni 2013 in totaal een bedrag van € 127.400,- betaald, waaronder een betaling van € 27.400,- op 2 juli 2013.

(xv) Omstreeks mei of juni 2013 zijn Zeppelin c.s. gestart met de exploitatie van de Bed & Breakfast. Kort daarna zijn zij door de curator in het faillissement van [betrokkene 2] aangesproken op het zonder toestemming van de curator gebruikmaken van de aan [betrokkene 2] toebehorende eenmanszaak Soul-Inn, inclusief goodwill. Naar aanleiding daarvan heeft Scorpio op 28 juni 2013 een vaststellingsovereenkomst met de curator gesloten, op grond waarvan Scorpio tegen betaling van € 10.000,- het recht verkreeg op het gebruik van de goodwill van Soul-Inn.

(xvi) Zeppelin c.s. hebben een huurachterstand doen ontstaan.

(xvii) Bij brief van 31 maart 2014 heeft (de advocaat van) Zeppelin c.s. de nietigheid van de tussen Soul-Inn en Zeppelin c.s. gesloten koopovereenkomst ingeroepen. Daaraan hebben Zeppelin c.s. ten grondslag gelegd dat Soul-Inn niet beschikkingsbevoegd was met betrekking tot de verkoop van het concept Soul-Inn B&B, omdat dit tot de boedel van [betrokkene 2] behoorde. Subsidiar hebben Zeppelin c.s. de vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling ingeroepen. In verband daarmee hebben Zeppelin c.s. aanspraak gemaakt op terugbetaling

van het hiervoor onder (xiv) vermelde bedrag van € 127.400,-, te verminderen met € 34.410,91 aan huurachterstand, zodat krachtens verrekening in hoofdsom een bedrag van € 92.989,09 resteerde.

(xviii) Op 17 augustus 2014 is in een van de gehuurde panden een wietplantage aangetroffen. Deze is na het ontdekken ervan ontmanteld en de schade is hersteld.

3.2.1 Zeppelin c.s. hebben – voor zover in cassatie van belang – in deze procedure hoofdelijke veroordeling van [verweerders] gevorderd tot terugbetaling van € 127.400,-.

Aan deze vordering hebben zij ten grondslag gelegd, kort samengevat, dat de koopovereenkomst met betrekking tot het concept Soul-Inn B&B nietig is, aangezien [verweerders] beschikkingsonbevoegd waren.

3.2.2 [verweerders] hebben de vordering bestreden. Zij betwisten dat er sprake is van een koopovereenkomst. Bovendien is het beroep op beschikkingsonbevoegdheid volgens hen te laat gedaan, omdat Zeppelin c.s. al in juni 2013 op de hoogte waren van de gestelde beschikkingsonbevoegdheid, maar daarop pas op 31 maart 2014 een beroep hebben gedaan.

In reconventie hebben [verweerders] – kort gezegd, en voor zover in cassatie van belang – ontbinding van de huurovereenkomsten en ontruiming gevorderd. Daarnaast hebben zij betaling gevorderd van de ontstane huurachterstand met rente en boete, en van schadevergoeding wegens de aanwezigheid van de wietplantage.

3.2.3 De kantonrechter heeft in conventie Soul-Inn veroordeeld tot terugbetaling van € 127.400,- omdat [verweerders] niet bevoegd waren te beschikken over het concept Soul-Inn B&B. In reconventie heeft zij Scorpio veroordeeld tot betaling van de huurachterstanden van respectievelijk € 21.780,-, € 8.200,- en € 15.600,-. De vorderingen tot ontbinding van de huurovereenkomst, ontruiming en betaling van boete heeft de kantonrechter afgewezen.

3.2.4 Het hof heeft – voor zover in cassatie van belang – bij deelarrest het vonnis van de kantonrechter vernietigd, met uitzondering van de veroordeling tot betaling van de huurachterstand. Het heeft de huurovereenkomsten ontbonden en Scorpio veroordeeld tot de ontruiming van het gehuurde. Verder heeft het hof de vordering uit onverschuldigde betaling van € 127.400,- afgewezen. Het heeft de zaak naar de rol verwezen om duidelijkheid te verkrijgen over de omvang van de huurachterstanden en over de omvang van de schade door de wietplantage.

Bij latere beslissing op grond van art. 32 Rv heeft het hof op verzoek van [verweerders] zijn arrest uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

3.2.5 Aan zijn beslissingen heeft het hof – voor zover in cassatie van belang – het volgende ten grondslag gelegd.

Met betrekking tot de vordering uit onverschuldigde betaling dient eerst met toepassing van de Haviltexmaatstaf te worden beoordeeld op welke rechtsgrond de betaling van € 127.400,- is gedaan, koop of huur. Voor het laatste pleit dat volgens het meegestuurde overzicht het bedrag is opgebouwd

uit posten (“Schuld [betrokkene 2]”, “Huren maand april”, “Huren maand mei”, “Borg panden” en “Advocaatkosten”) die wijzen op (afspraken in verband met de) huur en niet (ook) op koop. Anderzijds heeft de factuur als omschrijving: “verkoop Concept Soul-Inn BeB door partijen; Verhuurder Soul-Inn B.V. (...) en huurder Zeppelin B.V. (...)” en is het volledige factuurbedrag aangeduid als “Verkoopbedrag”. [verweerder 3] verklaart dat met de stelling dat hij had bedacht dat een factuur voor een koop van het concept Soul-Inn passend was omdat Zeppelin door de huurovereenkomsten in staat werd gesteld dit concept te exploiteren. Alles afwegende is het hof van oordeel dat er op basis van de tekst van de factuur van 4 juni 2013 met de daarbij behorende bijlage meer aanwijzingen zijn dat deze betrekking heeft op huur dan op koop. (rov. 15)

Hier komt nog bij dat tussen partijen vaststaat dat Zeppelin dan wel Scorpio de overige activa ten behoeve van de exploitatie van het gehuurde zou overnemen uit het faillissement van mevrouw [betrokkene 2]. Voor deze overname was de medewerking van de curator in dat faillissement vereist. Ten tijde van de factuur van 4 juni 2013 was die medewerking er echter nog niet. Deze kwam pas later, bij de vaststellingsovereenkomst tussen Scorpio en de curator van 28 juni 2013. Nu Scorpio voorts na deze vaststellingsovereenkomst, te weten op 2 juli 2013, nog aan Soul-Inn heeft afbetaald op de factuur van 4 juni 2013, behoefde de stelling van Zeppelin c.s. dat is betaald op grond van een koopovereenkomst nadere onderbouwing. (rov. 15)

Zelfs als geoordeeld zou worden dat sprake is geweest van een koopovereenkomst, is daarmee niet automatisch de rechtsgrond van de betaling vervalLEN. Daartoe dient de overeenkomst te zijn ontbonden of vernietigd. Om dat laatste te bereiken, hebben Zeppelin c.s. zich beroepen op vernietiging van de door hen gestelde koopovereenkomst op grond van dwaling dan wel bedrog dan wel misbruik van omstandigheden. Naar het oordeel van het hof schieten ook op dit punt de stellingen van Zeppelin c.s. tekort. In de huurovereenkomsten was immers opgenomen dat voor de overname van activa van mevrouw [betrokkene 2] de medewerking van de curator in haar faillissement vereist is. Zeppelin c.s. wisten dus dat ook [verweerder 3] voor de verkoop van de activa afhankelijk was van (een overeenkomst met) de curator. Niet gesteld of gebleken is dat [verweerder 3] vóór de verzending van de factuur van 4 juni 2013 had meegedeeld dat de curator zijn medewerking aan de overname zou verlenen dan wel dat [verweerder 3] toen wist dat de curator niet zou willen meewerken en ook [verweerder 3] zelf niet de activa kon overnemen om te kunnen overdragen aan Scorpio. Hierbij komt dat Zeppelin c.s. op de factuur zijn blijven afbetalen, ook nadat zij met de curator de vaststellingsovereenkomst hadden gesloten. Hiervoor hebben Zeppelin c.s. geen verklaring gegeven. (rov. 16) De vordering uit onverschuldigde betaling moet dan ook worden afgewezen. (rov. 17)

De vordering tot ontbinding van de huurovereenkomsten en ontruiming is gegrond op de stelling

dat Scorpio is tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst(en) door de huur (structureel) onbetaald te laten, de borg niet te betalen, het gehuurde aan de [c-straat 1] onder te verhuren zonder de onderhuurder te identificeren, inkomensgegevens op te vragen en een waarborg te vragen, door het feit dat dit gehuurde niet overeenkomstig de bestemming is gebruikt nu er een wietplantage is aangetroffen, en door het hotel in strijd met de bestemming hotel (permanent) te laten bewonen door de ex-vriendin van [verweerder 3] (met een kind). Scorpio heeft een en ander gemotiveerd bestreden. (rov. 18)

De kantonrechter heeft met juistheid en in hoger beroep onbestreden overwogen dat de huurachterstand op zichzelf de ontbinding van de huurovereenkomsten kan rechtvaardigen. Anders dan de kantonrechter ziet het hof wel degelijk grond voor ontbinding van de huurovereenkomsten en ontruiming van de gehuurde panden. Hierbij speelt naast de reeds vaststaande (al dan niet tijdelijke) huurachterstanden en overige tekortkomingen een belangrijke rol dat het hof de betaling van € 127.400,- niet onverschuldigd acht, zodat het beroep van Zeppelin c.s. op verrekening van hun vordering met de huurschulden niet opgaat. De vorderingen tot ontbinding en ontruiming zullen worden toegewezen. (rov. 19) Ook de vordering tot betaling van het onbetaalde deel van de (huur)factuur van 4 juni 2013 (€ 55.000,-) zal worden toegewezen. (rov. 21)

Wat betreft de vordering tot betaling van de achterstallige huur geldt dat de stellingen van partijen onduidelijk zijn. Enerzijds hebben Zeppelin c.s. gesteld dat de huurachterstanden inmiddels zijn ingelopen, maar niet duidelijk is of zij hiermee bedoelen dat dit heeft plaatsgevonden door middel van de (door het hof anders beoordeelde) verrekening met het reeds betaalde deel van de factuur van 4 juni 2013 of dat er daadwerkelijk is betaald. Anderzijds hebben Soul-Inn c.s. niet deugdelijk gereageerd op de stelling van Zeppelin c.s. dat de huurachterstanden zijn ingelopen. (rov. 22)

Ten aanzien van de gevorderde schadevergoeding overweegt het hof dat Scorpio aansprakelijk is voor schade aan het appartement aan de [c-straat 1] voor zover deze een gevolg is van de wietplantage, nu de aanwezigheid daarvan (mede) een tekortkoming is die aan Scorpio kan worden toegerekend. (rov. 28)

3.3.1 Onderdeel 1 bevat geen klacht. Onderdeel 2.1 is gericht tegen hetgeen het hof in rov. 15 heeft overwogen over de kwalificatie van de betaling van € 127.400,- en van de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst.

3.3.2 Onderdeel 2.1.1 voert aan dat het hof ten onrechte tot uitgangspunt heeft genomen dat dient te worden beoordeeld op welke rechtsgrond de betaling is gedaan. Het hof diende immers eerst aan de hand van de Haviltexmaatstaf vast te stellen wat partijen zijn overeengekomen, en pas daarna de betaling te kwalificeren, aldus het onderdeel.

Deze klacht kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Uit de bestreden overweging blijkt dat het hof de betaling heeft gekwalificeerd

na de overeenkomst tussen partijen te hebben uitgelegd aan de hand van de Haviltexmaatstaf.

3.3.3 De onderdelen 2.1.2-2.1.5 betogen evenwel terecht dat de uitleg die het hof aan de overeenkomst heeft gegeven zonder nadere motivering onbegrijpelijk is. Het hof heeft niet, dan wel onvoldoende (kenbaar) in zijn beoordeling betrokken dat Zeppelin c.s. aan hun standpunt – dat de overeenkomst de verkoop van het concept Soul-Inn B&B betrof – mede de volgende essentiële stellingen en omstandigheden ten grondslag hebben gelegd:

a. Scorpio heeft blijkens de factuur van 4 juni 2013 een betaling van € 20.000,- gedaan als voorschot op de overname van de activa van Soul-Inn.

b. De factuur verwijst naar art. 9.1 van de huurovereenkomsten (*“Eerste aanbetaling voldaan op 7 mei 2013 (zoals overeengekomen conform artikel 9.1 van de overeenkomst d.d. 26 april 2013)”*). Art. 9.1 van de huurovereenkomst ziet op een voorschot op de overnameprijs van de activa van Soul-Inn.

c. De huurovereenkomsten hangen samen met de beoogde overname van het concept Soul-Inn B&B, zoals blijkt uit zowel de considerans als uit art. 9.1 van de huurovereenkomsten.

d. Zeppelin c.s. hebben een verklaring gegeven voor de in de omschrijving bij de factuur van 4 juni 2013 opgenomen posten, te weten dat deze de hoogte van de koopprijs bepalen omdat [verweerdere] compensatie wilden voor de door hen als gevolg van het faillissement van [betrokkene 2] geleden verliezen.

e. Ook [verweerdere] hebben de overeenkomst opgevat als koopovereenkomst. Zo hebben zij het faillissement van Zeppelin aangevraagd en in het verzoekschrift daartoe aangevoerd dat dit mede erop berust dat Zeppelin niet volledig heeft voldaan aan haar verplichtingen uit de verkoop van het concept Soul-Inn B&B.

f. Ook uit latere facturen van [verweerdere] blijkt dat [verweerdere] zijn uitgegaan van de koop van het concept voor € 182.400,-.

3.3.4 Bovendien voert onderdeel 2.1.6 terecht aan dat het hof niet zonder motivering had mogen voorbijgaan aan hetgeen Zeppelin c.s. hebben gesteld over de mondelinge totstandkoming van de overeenkomst en aan het bewijsaanbod dat zij in dat verband hadden gedaan.

3.3.5 Ook slaagt de klacht van onderdeel 2.1.7 dat in het licht van de tekst van de huurovereenkomsten (zie hiervoor in 3.1 onder (vi)) onbegrijpelijk is de overweging van het hof dat Zeppelin dan wel Scorpio de activa uit de boedel van [betrokkene 2] zou overnemen. Uit de overeenkomst blijkt immers dat de verhuurder dit zou doen. Tot slot klaagt dit onderdeel terecht dat het hof bij zijn oordeel heeft laten meewegen dat Zeppelin c.s. op de factuur zijn blijven afbetalen, ook nadat zij met de curator de vaststellingsovereenkomst hadden gesloten en dus wisten dat [verweerdere] niet over de activa konden beschikken. Het hof is daarbij namelijk zonder motivering voorbijgegaan aan het betoog van Zeppelin c.s. dat zij door de bedreiging van haar exploitatie tot deze betaling waren gedwongen en de juridische consequenties daarvan niet doorzagen.

3.4 Onderdeel 2.2 bestrijdt het oordeel van het hof in rov. 16 dat het beroep van Zeppelin c.s. op vernietiging onvoldoende is onderbouwd omdat Zeppelin c.s. niet hebben gesteld dat [verweerder 3] vóór de verzending van de factuur van 4 juni 2013 wist dat de curator niet zou willen meewerken. Het onderdeel voert terecht aan dat Zeppelin deze stelling wel degelijk hebben betrokken (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.21), zodat de overweging van het hof onbegrijpelijk is. Eveneens terecht wijst het onderdeel erop dat het hof in rov. 16 evenmin mocht voorbijgaan aan de verklaring die Zeppelin c.s. ervoor hebben gegeven dat zij ook na de vaststellingsovereenkomst met de curator op de factuur hebben betaald (zie hiervoor in 3.3.5).

3.5 Uit het voorgaande volgt dat de oordelen van het hof over de uitleg van de overeenkomst, de kwalificatie van de betaling en het beroep op vernietiging niet in stand kunnen blijven. Dat geldt, zoals onderdeel 2.2 voorts aanvoert, ook voor de op de genoemde oordelen voortbouwende oordelen in rov. 17 dat de vordering tot onverschuldigde betaling moet worden afgewezen, in rov. 19 dat de huurovereenkomsten moeten worden ontbonden, en in rov. 21 dat de vordering van het nog onbetaalde deel van de factuur van 4 juni 2013 voor toewijzing in aanmerking komt.

3.6.1 Onderdeel 2.3 is in de eerste plaats gericht tegen de overweging van het hof in rov. 19 dat de kantonrechter met juistheid en in hoger beroep onbestreden heeft overwogen dat de huurachterstand op zichzelf de ontbinding van de huurovereenkomst kan rechtvaardigen. Het klaagt terecht dat het hof over het hoofd heeft gezien dat Zeppelin c.s. bij memorie van antwoord dit oordeel van de kantonrechter wel hebben bestreden (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.29). Voor het overige behoeven de tegen de overwegingen over de huurachterstand gerichte klachten van het onderdeel geen behandeling, nu, gelet op het slagen van de klachten van onderdeel 2.1 en 2.2, de vraag of sprake was van huurachterstand die ontbinding rechtvaardigde, na verwijzing opnieuw aan de orde zal moeten komen. Om dezelfde reden behoeven ook geen behandeling de klachten van het onderdeel tegen hetgeen het hof in rov. 22 over huurachterstanden overweegt.

3.6.2 Voorts klaagt onderdeel 2.3 (onder 2.3.8-2.3.11) dat onduidelijk is wat het hof in rov. 19 heeft bedoeld met “overige tekortkomingen” die meewegen bij zijn oordeel dat de huurovereenkomsten moeten worden ontbonden. Ervan uitgaande dat het hof heeft verwezen naar de stellingen die [verweerders] volgens rov. 18 aan hun vordering tot ontbinding ten grondslag hebben gelegd, voert het onderdeel verder aan dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is in het licht van de stellingen van Zeppelin c.s.

3.6.3 Deze klachten falen voor zover zij zien op de aanwezigheid van een wietplantage in een van de gehuurde panden. Het hof heeft in rov. 28 overwogen dat die aanwezigheid als een tekortkoming aan Scorpio kan worden toegerekend. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, mede gelet op hetgeen in het algemeen van een onderverhuurder van bedrijfs-

ruimte aan toezicht mag worden verwacht jegens de hoofdverhuurder. Het heeft die aanwezigheid in rov. 19 klaarblijkelijk meegewogen bij zijn oordeel dat ontbinding gerechtvaardigd is. Ook het laten meewegen van deze omstandigheid is niet onbegrijpelijk. Voor het overige behoeven de klachten geen behandeling. Het oordeel van het hof over de ontbinding bouwt immers voort op zijn oordeel over de onverschuldigde betaling, dat niet in stand kan blijven (zie hiervoor in 3.5). Na verwijzing kan de vraag of de huurovereenkomsten moeten worden ontbonden in het licht van de omstandigheden van dit geval, waaronder de aanwezigheid van een wietplantage, opnieuw aan de orde komen.

3.6.4 Onderdeel 2.3 is (onder 2.3.13) tevens gericht tegen hetgeen het hof in rov. 28 overweegt over de vordering tot schadevergoeding in verband met de aanwezigheid van een wietplantage. Het faalt op de in 3.6.3 genoemde grond.

3.7.1 Tot slot klaagt onderdeel 2.3 (onder 2.3.14) over de beslissing tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Deze beslissing miskent volgens het onderdeel dat uitvoerbaarverklaring bij voorraad alleen kan worden uitgesproken indien er geen serieus verweer mogelijk is.

3.7.2 Hoewel Zeppelin c.s. bij dit onderdeel geen belang hebben, gelet op de hierna te geven beslissing, wordt daarover ten overvloede het volgende overwogen. De klacht van het onderdeel berust kennelijk op de slotzin van art. 7:295 lid 1 BW. Deze bepaling is echter alleen van toepassing bij een vordering tot beëindiging in het kader van huuropzegging.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:  
vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 14 februari 2017;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing; veroordeelt [verweerders] in de kosten van het geding in cassatie (...).

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, C.E. du Perron en C.H. Sieburgh, (...).

#### Commentaar

##### Inleiding

Eiseressen tot cassatie (hierna gezamenlijk ‘Zeppelin c.s.’ of afzonderlijk ‘Scorpio’ en ‘Zeppelin’) en verweerders (hierna gezamenlijk ‘Soul-Inn c.s.’ of afzonderlijk ‘Soul-Inn’, ‘Beach’ en ‘Verweerder’) hebben verschillende conflicten met elkaar die terug te voeren zijn tot drie afzonderlijke huurovereenkomsten die zij met elkaar hebben gesloten voor een negental onroerende zaken. Scorpio is onder alle drie de huurovereenkomsten huurder; de verhuurder kent evenwel onder iedere huurovereenkomst een andere identiteit: Soul-Inn, Beach en Verweerder treden afzonderlijk op als verhuurder. In deze kwestie staat centraal een discussie over de kwalificatie van een overeenkomst: kwalificeert deze als een koopovereenkomst of niet. Het hof

wijst een deelarrest, waarvan Zeppelin c.s. in casu komt; Soul-Inn c.s. laat verstek gaan. Het deelarrest houdt kort gezegd en in hoofdzaak in: gedeeltelijke vernietiging van het vonnis in eerste aanleg (het vernietigde deel zag onder meer op de kwalificatie dat de overeenkomst een koopovereenkomst is), een veroordeling van Scorpio tot betaling van de huurachterstanden, een ontbinding van alle drie huurovereenkomsten en een verplichting tot ontruiming van de door Scorpio gehuurde panden. De Hoge Raad vernietigt het deelarrest van het hof omdat het hof essentiële stellingen niet in zijn oordeel rondom de kwalificatie heeft betrokken. Deze vernietiging heeft ook effect op de door het hof uitgesproken ontbinding van de huurovereenkomsten (en de ontruimingsveroordeling); de vraag dringt zich op of dat nu een bevredigende uitkomst is, te meer nu Scorpio onder alle huurovereenkomsten ernstig toerekenbaar tekort was geschoten of zelfs nog schiet.

#### *Schets van de kwestie*

Voor een uitvoerige uiteenzetting van het feitencomplex wordt verwezen naar overweging 3.1 van het arrest van de Hoge Raad en naar overwegingen 1.1 t/m 1.19 van de conclusie van de advocaat-generaal.<sup>31</sup> Voor een goed begrip van de kwestie is bestudering van deze feiten een must, reden waarom er voor is gekozen ook hier een beperkte uiteenzetting van het feitenkader te geven. Het verdient overigens ook aanbeveling om het arrest van het Hof Den Haag<sup>32</sup> te bestuderen.

Het geschil draait om de vraag of partijen een koopovereenkomst zijn overeengekomen; Zeppelin c.s. heeft in ieder geval een prijs betaald. Tussen partijen staat vast dat er drie huurovereenkomsten zijn gesloten. De afspraak rondom de vermeende koop lag vast in de considerans in deze huurovereenkomsten. Zeppelin c.s. stelde dat er een koopovereenkomst bestond welke nietig zou zijn in verband waarmee zij onverschuldigd de koopprijs zou hebben betaald. Zeppelin c.s. verlangde terugbetaling van de door haar betaalde prijs. Zeppelin c.s. gaf wel aan dat op die prijs in mindering zou moeten strekken de huurachterstand van Scorpio onder de verschillende huurovereenkomsten. Soul-Inn c.s. betwistte dat sprake was van een koopovereenkomst. In reconventie vorderde Soul-Inn c.s. dan ook ontbinding van de huurovereenkomsten, onder meer omdat Scorpio aanzienlijke betalingsachterstanden had laten ontstaan en zij (althans haar onderhuurder) in één van de gehuurde panden een hennepkwekerij had geëxploiteerd (voor welke omstandigheid Scorpio aansprakelijk was voor de schade aan het pand).

In eerste aanleg nam de sector kanton in conventie aan dat er een koopovereenkomst bestond. Soul-Inn c.s. diende de onverschuldigd betaalde koopsom aan Zeppelin c.s. terug te betalen omdat

de koopovereenkomst geen stand hield; in reconventie werd Zeppelin c.s. veroordeeld tot betaling van de huurachterstanden (welke konden worden verrekend met de, aldus de kantonrechter, onverschuldigd betaalde gelden). De ontbinding van de huurovereenkomsten werd niet uitgesproken "(...) gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, waarbij Soul-Inn zich ten onrechte als beschikkingsbevoegd ten aanzien van de verkoop van het 'concept Soul-Inn B&B' heeft voorgedaan."<sup>33</sup> In hoger beroep werd (in een deelarrest) evenwel juist niet aangenomen dat sprake was van een koopovereenkomst, zodat Soul-Inn c.s. helemaal niets terug hoefde te betalen aan Zeppelin c.s. Daarmee kwam ook de in eerste aanleg aangenomen verrekeningsmogelijkheid met de huurschulden te vervallen. Het hof zag (dan ook) "wel degelijk grond voor ontbinding van de (...) huurovereenkomsten (...)." Onder meer op grond van "(...) de reeds vaststaande (al dan niet tijdelijke) huurachterstanden en overige tekortkomingen (...)." De op dat moment vast staande betalingsachterstanden in combinatie met de 'overige tekortkomingen' (zoals het hof dat zei) vormden voldoende reden om tot onder meer een ontbinding van de huurovereenkomsten te komen. De 'overige tekortkomingen' werden door het hof niet nader toegelicht, zodat niet duidelijk was wat hieronder werd verstaan, noch hoe het verweer van Zeppelin c.s. (dat zij in hoger beroep kennelijk wel had gevoerd) tegen deze 'tekortkomingen' door het Hof Den Haag werd gewaardeerd. De ontruiming van de panden werd toegewezen, alsook betaling van de vaststaande huurachterstanden. Ten aanzien van de betalingsachterstanden die nog niet vast stonden, mochten partijen zich nog uitlaten.

De Hoge Raad overwoog anders en vernietigde het gehele deelarrest van het hof, met verwijzing naar het Hof Amsterdam, omdat "het beroep op onverschuldigde betaling, dat volgens rov. 1934 in belangrijke mate meeweegt in het oordeel van het hof dat de gevorderde ontbinding en ontruiming toewijsbaar zijn, tot

33. Zie concl. A-G H.J.W. Alt, ECLI:NL:PHR:2018:250, par. 2.5 bij HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:875.

34. R.o. 19. luidt als volgt: "(...) De kantonrechter heeft in het vonnis onder 4.9 met juistheid en in hoger beroep onbestreden overwogen dat de huurachterstand op zichzelf de ontbinding van de huurovereenkomsten kan rechtvaardigen. Anders dan de kantonrechter ziet het hof wel degelijk grond voor ontbinding van de (ook in de visie van beide partijen samenhangende) huurovereenkomsten en ontruiming van de gehuurde panden. Hierbij speelt naast de reeds vaststaande (al dan niet tijdelijke) huurachterstanden en overige tekortkomingen een belangrijke rol dat het hof de betaling van € 127.400,- niet onverschuldigd acht, zodat het beroep van Zeppelin c.s. op verrekening van haar vordering met de huurschulden niet opgaat. Voor zover Zeppelin c.s. een beroep hebben gedaan op het slot van artikel 6:265, eerste lid BW (kort gezegd: de geringe ernst en omvang van de tekortkoming), wordt dit beroep verworpen. De betalingsachterstanden zijn daartoe te ernstig. Nu de (al dan niet tijdelijke) huurachterstanden betrekking hebben op alle gehuurde panden, is ontbinding van alle huurovereenkomsten aangewezen. De overige gronden voor ontbinding behoeven geen bespreking. (...)"

31. Concl. A-G H.J.W. Alt, 16 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:250, bij HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:875.

32. Zie hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1910.

gevolg heeft dat het ook op dit punt een nieuwe beoordeling moet plaatsvinden. (...)” (zie r.o. 3.24).

Op zichzelf is het niet opmerkelijk dat deze strijd tot aan het hoogste rechtscollege voortduurt: voor Zeppelin c.s. hing er namelijk veel van af, te weten het al dan niet voortbestaan van de huurovereenkomsten tussen Scorpio en Soul-Inn c.s.

In deze bijdrage zal ik niet stil staan bij de kwalificatievraag of het al dan niet gaat om een koopovereenkomst. Ik zal mij concentreren op de huurrechtelijke elementen en de vraag of de vernietiging van het gehele dealarrest de meest bevredigende uitkomst is.

#### Aanwezigheid hennepkwekerij

Zeppelin c.s. werpt een cassatiemiddel op tegen de overweging van het hof dat niet duidelijk is wat wordt verstaan onder ‘de overige tekortkomingen’ welke bijdragen aan het oordeel dat de huurovereenkomsten dienen te worden ontbonden. Volgens de Hoge Raad falen deze klachten voor zover deze zien op de aanwezigheid van de wietplantage in één van de gehuurde panden. De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is; het hof heeft die aanwezigheid kennelijk *meegewogen* bij zijn oordeel dat ontbinding gerechtvaardigd is, “(...) mede gelet op hetgeen in het algemeen van een onderverhuurder van bedrijfsruimte aan toezicht mag worden verwacht jegens de hoofdverhuurder. (...)” (zie r.o. 3.6.3.).

Voor de Hoge Raad was het evident dat het hof deze aanwezigheid relevant vond bij de beantwoording van de ontbindingsvraag. En hoewel de Hoge Raad overwoog dat de klacht van Zeppelin c.s. op dit onderdeel faalde, overwoog de Hoge Raad wel dat de vraag of de ontbinding van de huurovereenkomsten gerechtvaardigd was, behoorde te worden herbeoordeeld in het licht van de succesvolle klacht dat het hof niet behoorlijk had gemotiveerd dat en waarom er geen koopovereenkomst tot stand was gekomen.

Op het eerste oog, verrast dat. Het is immers vaste rechtspraak dat de enkele aanwezigheid van een hennepkwekerij in het gehuurde al voldoende grond oplevert om de ontbinding van een huurovereenkomst te rechtvaardigen (uitzonderingen daargelaten).<sup>35</sup> Het hof bood de Hoge Raad evenwel niet veel ruimte om anders te overwegen: het hof had de aanwezigheid van de hennepkwekerij namelijk enkel ‘laten meewegen’ bij zijn oordeel dat de huurovereenkomsten dienden te worden ont-

bonden; het hof heeft de aanwezigheid van de hennepkwekerij niet als zelfstandige grond aanwezig geacht om tot ontbinding van (in ieder geval) deze huurovereenkomst over te gaan.

Had Hof Den Haag de enkele aanwezigheid van een hennepkwekerij als zelfstandige ontbindingsgrond voor de betreffende huurovereenkomst kunnen (en wellicht zelfs moeten) aanmerken? Ik zou menen van wel. De tekortkoming was zwaar genoeg en de uitkomst van de kwalificatievraag over de koopovereenkomst zou daarbij toch irrelevant moeten zijn geweest?

Uit de conclusie van de advocaat-generaal volgt dat in art. 1.2 is bepaald dat de gehuurde panden uitsluitend bestemd waren om te worden gebruikt als Bed & Breakfast (welke bestemming partijen niet zonder toestemming van de verhuurder mochten wijzigen, aldus art. 1.3 van die huurovereenkomsten).<sup>36</sup> Deze omstandigheid is dan ook een zelfstandige grond om tot ontbinding van die betreffende huurovereenkomst te geraken: niet alleen heeft men het gehuurde in strijd met de overeengekomen bestemming gebruikt (zijnde in strijd met art. 1.2 huurovereenkomst jo. art. 7:214 BW), men heeft zich ook in strijd gedragen met zijn verplichting zich als een goed huurder te gedragen (ex art. 7:213 BW).

Het is een feit van algemene bekendheid dat de exploitatie van een hennepkwekerij de nodige gevaren voor de omgeving met zich brengt<sup>37</sup> en alleen daarom al een ontbinding van de huurovereenkomst zal rechtvaardigen.

Een element dat meer dan eens ten onrechte niet wordt onderkend zijn de risico’s die een verhuurder / juridisch eigenaar van een onroerende zaak loopt als een huurder / gebruiker de onroerende zaak exploiteert als hennepkwekerij.<sup>38</sup> De verhuurder / juridisch eigenaar van een onroerende zaak kan van

35. Zie bijv. Hof Amsterdam 20 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2424, waarin de vraag zich voordeed of de aanwezigheid van de hennepkwekerij van zo’n bijzondere aard of geringe betekenis was dat de ontbinding niet was gerechtvaardigd. Hier verdedigde de huurder dat zijn psychische toestand (die hem tot zelfmoord zou drijven als hij uit zijn woning zou worden gezet) zodanig was dat de ontbinding niet mocht worden uitgesproken. Het hof legde deze omstandigheid ter zijde. Zie voor een geval waarin zich bijzondere omstandigheden voordeden welke (wel) maakten dat de ontbinding niet werd uitgesproken: Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4966.

36. Concl. A-GHJ.W. Alt, 16 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:250, par. 1.6, bij HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:875. Wat betreft de nummering van de relevante artikelen uit de huurovereenkomsten: in de ROZ 7:290 BW model huurovereenkomsten (versies 2003 / 2008 / 2012) is de bestemmingsbepaling geregeld in art. 1.3 en het verbod om zonder voorafgaande toestemming van de verhuurder deze bestemming te wijzigen, geregeld in art. 1.4. Uit de gepubliceerde uitspraken volgt niet waar dit vandaan komt; het is zonder meer mogelijk dat partijen geen gebruik hebben gemaakt van een ROZ model huurovereenkomst of zij een 7:230a ROZ model huurovereenkomst hebben gebruikt (in welke huurovereenkomst de bestemmingsbepaling in art. 1.2 is opgenomen) of zij wel een 7:290 BW ROZ model huurovereenkomst hebben gebruikt maar zij een eerder artikel hebben geschrappt, dan wel er een andere reden voor is.

37. Denk aan brandgevaar. Daarbij gaat de aanwezigheid van hennepplanten of exploitatie van een hennepkwekerij doorgaans gepaard met criminele activiteiten, althans werkt dat in de hand. Zie bijv. Hof Amsterdam 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5371, WR 2017/119, m.nt. E. de Bie.

38. Zie E.H.H. Schelhaas, ‘Bestuursrechtelijke complicaties voor de verhuurder en hoe hennep telende huurders bestuursrechtelijke risico’s voor verhuurders opleveren’, *TvHB* 2016/6, p. 363-370 (UDH:TvHB/13785).

uit bestuursrechtelijk perspectief op verschillende gronden hierop worden aangesproken. Zo kan de verhuurder / juridisch eigenaar worden aangesproken op overtreding van het gebruik in strijd met het bestemmingsplan. Van de eigenaar van een pand mag volgens vaste rechtspraak namelijk worden geveerd "(...) dat hij zich tot op zekere hoogte informeert over het gebruik dat van het door hem verhuurde pand wordt gemaakt. De eigenaar dient aannemelijk te maken dat hij niet wist en niet kon weten dat de woning als hennepkwekerij werd gebruikt. Dat in het huurcontract (...) een verbod is opgenomen om een hennepkwekerij aan te leggen en andere met de Opiumwet strijdige activiteiten te ontplooiën, maakt dat niet anders."<sup>39</sup> Het gevolg hiervan is dat de verhuurder in beginsel kan worden aangesproken op de kosten die verbonden zijn aan de toepassing van bestuursdwang, of de voorbereiding daarvan,<sup>40</sup> alsook de schade die het bestuursorgaan veroorzaakt bij het binnentreden van het litigieuze pand.<sup>41</sup>

Daarnaast kan de burgemeester tot sluiting voor een bepaalde periode van het gehuurde besluiten in verband met een verstoring van de openbare orde, omdat er zich in het gehuurde gedragingen hebben afgespeeld die in strijd zijn met art. 2 of 3 van de Opiumwet (zie art. 174a Gemeentewet of op grond van een verordening als bedoeld in art. 174 Gemeentewet). Een minder verstrekkende maatregel is het besluit dat het gehuurde niet wordt gesloten, maar dat daartoe wel zal worden overgegaan als zich binnen een bepaalde periode wederom een dergelijke handeling in het pand afspeelt.<sup>42</sup> In voorkomende omstandigheden heeft de verhuurder de mogelijkheid om buiten rechte de huurovereenkomst te ontbinden (zie art. 7:231 lid 2 BW).

39. Zie ABRvS 9 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY7996, AB 2016/328, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, r.o. 3.1.

40. <sup>8</sup> Zie art. 5:25 lid 1 Awb. Zie bijv. ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7084. Deze hoofdregel mist toepassing als de kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen.

41. Zie art. 5:25 lid 5 Awb. Jo. art. 5:27 lid 6 Awb.

42. Verlies daarbij ook niet art. 11a Opiumwet uit het oog dat bepaalt dat: "Hij die stoffen of voorwerpen bereidt, bewerkt, verwerkt, te koop aanbiedt, verkoopt, aflevert, verstrekt, vervoert, vervaardigt of voorhanden heeft dan wel vervoermiddelen, ruimten, gelden of andere betaalmiddelen voorhanden heeft of gegevens voorhanden heeft, waarvan hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat zij bestemd zijn tot het plegen van een van de in artikel 11, derde en vijfde lid, strafbaar gestelde feiten, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaar of geldboete van de vijfde categorie." Op grond van het bepaalde in dit artikel kan een verhuurder dus ook een strafbaar feit worden verweten als hij een pand ter beschikking stelt waarvan hij (ernstige redenen heeft om te) vermoed(t)en dat een dergelijk strafbaar feit zich er afspeelt. Of denk aan de omstandigheid dat de nutsleverancier de verhuurder aanspreekt op de illegaal afgetapte energie: zie bijv. Rb. Limburg 1 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1873, Prg. 2017/93. Zie ook Rb. 's-Hertogenbosch 16 juli 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD8247, TvHB 2008/22 (UDH:TvHB/7553), m.nt. I.C.K. Mol.

Het Hof Den Haag heeft in deze kwestie als een soort sluitstuk ter onderbouwing van de ontbinding van de huurovereenkomsten overwogen dat 'overige tekortkomingen' ook een belangrijke rol speelden. Het hof had evenwel juist deze omstandigheid als zelfstandige grond kunnen (en zo meen ik behoren te) aanmerken voor de ontbinding van de huurovereenkomst betreffende het gehuurde waar deze kwekerij werd geëxploiteerd. Gelet op de ernst van de tekortkoming was dat een betrekkelijk eenvoudige onderbouwing geweest.

#### Huurachterstand

Alvorens nader in te gaan op de huurachterstand, is het onontbeerlijk om toch (weliswaar gecompri-meerd) enkele in dit verband relevante omstandigheden te adresseren:

de huurovereenkomsten zijn gesloten op 23 april 2013. Op alle huurovereenkomsten zijn de ROZ voorwaarden 'ex art. 7:290 BW' van toepassing verklaard.<sup>43</sup> Hieruit lijkt te volgen dat in ieder geval de versie van 2003, van 2008 of van 2012 van toepassing is verklaard (uit het hof arrest, noch uit het arrest van de Hoge Raad volgt welke versie van toepassing is; het is wel een gegeven dat in alle versies vanaf 2003 opschorting van huurpenningen is uitgesloten. Dit geldt ook voor verrekening, behoudens in geval van een beroep op art. 7:206 lid 3 BW); de hoogte van de maandelijkse huurpenningen per huurovereenkomst is niet bekend;

na het vonnis in eerste aanleg waren Zeppelin c.s. en Soul-Inn c.s. kennelijk verrekeningsafspraken betreffende de achterstallige huur overeengekomen;

de totale betalingsachterstand ten tijde van het instellen van hoger beroep was (ondanks de eerder aangestipte verrekeningsafspraken) € 45.580, welke als volgt diende te worden verdeeld: € 21.780 aan Soul-Inn, € 8.200 aan Beach en € 15.600 aan Verweerder; een aanzienlijke betalingsachterstand, aldus de advocaat-generaal, die daarbij tevens opmerkte dat het op zichzelf niet onbegrijpelijk was dat het hof en de sector kanton concludeerden dat deze achterstanden (in beginsel) de ontbinding van de huurovereenkomsten rechtvaardigden.<sup>44</sup> Toen Zeppelin c.s. de procedure in eerste aanleg tegen Soul-Inn c.s. aanhangig maakte, erkende zij dat de huurachterstand € 34.410,91 was.<sup>45</sup> Hieruit lijkt te volgen dat de huurachterstand tijdens de procedure is toegenomen.<sup>46</sup> Over andere huurachterstanden, naast de zojuist genoemde, bestond in hoger beroep onduidelijkheid. Als ik het goed begrijp waren juist over die onduidelijke achterstanden verrekenings-

43. Concl. A-G H.J.W. Alt, ECLI:NL:PHR:2018:250, par. 1.7, bij HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:875.

44. Concl. A-G H.J.W. Alt, ECLI:NL:PHR:2018:250, par. 3.29, bij HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:875.

45. Zie HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:875, r.o. 3.1, onder xvii.

46. Wellicht dat deze toename van de huurachterstand te maken had met het feit dat in eerste aanleg de conventionele vordering tot terugbetaling van het bedrag van € 127.400 was toegewezen.



afspraken gemaakt. Omdat de hoogtes van deze achterstanden voor het hof niet duidelijk waren, heeft het hof in het deelarrest partijen de mogelijkheid geboden zich nader hierover uit te laten;

uit de gepubliceerde arresten lijkt niet te volgen dat huurder een beroep doet op opschorting van zijn betalingsverplichtingen onder de huurovereenkomst. Huurder verdedigt wel dat hij zijn huurachterstand mag verrekenen met de gelden die hij onverschuldigd zou hebben voldaan.

Zeppelin c.s. klaagt erover dat het hof ten onrechte heeft overwogen dat de kantonrechter met juistheid en in hoger beroep onbestreden heeft overwogen dat de huurachterstand op zichzelf de ontbinding kan rechtvaardigen en dat het hof ten onrechte als feit heeft aangenomen dat de huurder in februari 2014 een aanzienlijke achterstand in de verschuldigde huurbetalingen had. Zeppelin c.s. voert aan dat zij juist wél heeft bestreden dat de ontbinding en ontruiming gerechtvaardigd zouden zijn: de achterstand zou vóór het wijzen van het vonnis zijn ingelopen en de huurachterstand zou in de aanloopfase mede door toedoen van Verweerder zijn ontstaan (beroept zij zich aldus op opschorting?). De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.6.1 dat Zeppelin c.s. bij memorie van antwoord inderdaad het genoemde oordeel van de kantonrechter heeft bestreden zodat haar klacht slaagt. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.6.1 evenwel ook dat de overige klachten die zien op de huurachterstand en de vraag of deze achterstanden de ontbinding rechtvaardigen, geen nadere behandeling behoeven nu de klachten (die zien op de kwalificatie van de koopovereenkomst en op de overweging van het hof dat het beroep op vernietiging van die koopovereenkomst door Zeppelin c.s. niet voldoende zou zijn onderbouwd) slagen (zie r.o. 3.3 en 3.4). Na verwijzing zullen deze aspecten opnieuw aan de orde moeten komen bij Hof Amsterdam.

Is dit terecht?

Op grond van art. 7:212 BW is een huurder gehouden de tegenprestatie op de overeengekomen wijze en tijdstippen te voldoen. Alle ROZ voorwaarden die van toepassing zouden kunnen zijn op de voorliggende huurovereenkomsten, bepalen dat betaling van onder meer huurpenningen uiterlijk op de vervaldatum behoort te geschieden.<sup>47</sup> Het is niet bekend wanneer de huurpenningen door Zeppelin c.s. moesten zijn voldaan (per maand, per kwartaal, anderszins) maar er is geen aanleiding om te veronderstellen dat de betaling van de huurpenningen anders dan per maand of per kwartaal moest

geschieden. Dit opgemerkt hebbende, staat vast dat als een huurder deze betalingsverplichting niet stipt nakomt, huurder van rechtswege in verzuim is (zonder ingebrekestelling) nu een voor de voldoening bepaalde termijn is verstreken (zie art. 6:83 sub a BW).

Als één der partijen haar verbintenis niet nakomt, dan is de wederpartij bevoegd de nakoming van haar daartegenover staande verplichting op te schorten, aldus art. 6:262 lid 1 BW (als *lex specialis* van art. 6:52 BW).<sup>48</sup>

Opschorting moet gelet op de tekortkoming wel gerechtvaardigd zijn. Als men een beroep doet op opschorting, maar indien komt vast te staan dat dat beroep ten onrechte is gedaan, is het gevolg dat de opschortende partij terstond en zonder ingebrekestelling in verzuim is. Opschorting kan dan ook riskant zijn.

Bij overeenkomst kan de bevoegdheid tot opschorting evenwel worden uitgesloten. De mogelijk van toepassing zijnde ROZ voorwaarden bepalen dat opschorting van onder meer de huurpenningen is uitgesloten. Uit de voorliggende feiten volgt niet dat partijen op dit onderdeel contractueel zijn afgeweken van deze ROZ bepalingen. Opschorting van enige betalingsverplichting levert in beginsel dan ook terstond een tekortkoming op onder de huurovereenkomsten; de toets of al dan niet terecht een beroep hierop wordt gedaan, is een gepasseerd station (vanwege die contractuele uitsluiting).

Een huurder zou zich ook kunnen beroepen op verrekening, zo voldaan wordt aan de criteria van art. 6:127 BW, ware het niet dat ook de mogelijkheid tot verrekening is uitgesloten in de ROZ voorwaarden (behoudens in het geval van art. 7:206 lid 3 BW). Zo achteraf wordt vastgesteld dat verrekening ten onrechte heeft plaatsgevonden, dan is de huurder (net als bij opschorting) ook terstond en zonder ingebrekestelling in verzuim. Ook verrekening brengt derhalve de nodige risico's met zich.

Het is een gegeven dat Zeppelin c.s. op het moment van aanvang van de procedure bij de sector kanton een huurachterstand had van € 34.410,91, welke was toegenomen tot € 45.580 toen de hoger beroep procedure werd geïnitieerd. Weliswaar bestond in hoger beroep kennelijk onduidelijkheid over de hoogte van een verdere achterstand (het hof gaf partijen immers de gelegenheid om daarover nadere informatie te verstrekken), maar de genoemde achterstanden stonden vast.

Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van één van haar verbintenissen rechtvaardigt de ontbinding van de huurovereenkomst, behoudens indien de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt (aldus art. 6:265 lid 1 BW). Het is in dit geval een gegeven dat de achterstanden aanzienlijk waren en dat deze op zichzelf al de ontbinding van de huurovereen-

47. Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW kenmerk 59/2012 (hierna ROZ 59/2012), art. 25.1; Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW, kenmerk 67/2008 (hierna ROZ 67/2008), art. 26.1 en Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW 73/2003 (hierna ROZ 73/2003), art. 18.1.

48. Zie opnieuw: ROZ 59/2012, art. 25.1; ROZ 67/2008, art. 26.1 en ROZ 73/2003, art. 18.1.

komsten rechtvaardigden. Daar komt bij dat (naar het zich laat aanzien) Zeppelin c.s. ook nog eens tot opschorting of verrekening van de huurpenningen overging, terwijl dit (naar het zich laat aanzien) contractueel was uitgesloten. Zeppelin c.s. viel derhalve ten aanzien van de betaling van de huurpenningen een tekortkoming te verwijten (ten onrechte een beroep op opschorting / verrekening van de huurpenningen, omdat de huurpenningen niet op de vervaltermijn zijn voldaan).

Met uitzondering van het beroep op verrekening door Zeppelin c.s. voor een beperkt deel van de huurachterstand (in de eerste aanleg procedure vorderde Scorpio het onverschuldigd betaalde bedrag terug verminderd met de op dat moment bestaande huurachterstand) volgt nergens uit dat Zeppelin c.s. zich op verrekening of opschorting beriep. In de verschillende instanties leek het debat zich hier dan ook niet op te hebben geconcentreerd. Dit gezegd hebbende, komt het onbegrijpelijk voor dat het Hof Den Haag niet reeds op grond van de enkele huurachterstanden als zelfstandige grond heeft overwogen dat de ontbinding van de huurovereenkomst gerechtvaardigd was. Daartoe lijkt voldoende ruimte te bestaan.

*Door het oog van de naald*

In mijn beleving zou het feitencomplex, zoals geschetst in de arresten van de Hoge Raad en het hof, instandhouding van een deel van het arrest van het hof tot meer tevredenheid hebben gestemd. Laat mij dit toelichten.

Zeppelin c.s. valt een aantal ernstige toerekenbare tekortkomingen te verwijten. In ieder geval de vaststaande huurachterstanden en de exploitatie van de hennepkwekerij in één van de gehuurde panden zijn op zichzelf genomen al zodanig ernstige tekortkomingen dat deze (gelet op het uit de processtukken kenbare feitencomplex) de ontbinding van de huurovereenkomsten hadden gerechtvaardigd. Echter, de Hoge Raad heeft het geding niet zelf afgedaan (ondanks dat dit de hoofdregel is uit art. 420 Rv als tot vernietiging wordt overgegaan). De Hoge Raad kan het geding alleen zelf afdoen als uit het slagen van de cassatiemiddelen volgt wat de uitkomst in dat geval wel zou moeten zijn, dan wel als de onbesliste feitelijke punten van ondergeschikte aard zijn (zie art. 421 Rv) en als er onbesliste rechtspunten zijn (zie art. 422 Rv).<sup>49</sup>

De Hoge Raad heeft geen ruimte gezien om het geding wat betreft de ontbinding van de huurovereenkomsten (al dan niet deels) zelf af te doen; wellicht nu het hof heeft gemeend dat de ontbinding van de huurovereenkomsten enkel gerechtvaardigd was nu "(...) naast de reeds vaststaande (al dan niet tijdelijke) huurachterstanden en overige tekortkomingen een belangrijke rol" speelde "dat het hof de betaling van € 127.400,- niet onverschuldigd acht, zodat het beroep van Zeppelin c.s. op verrekening van haar vordering met de huurschulden niet opgaat. (...)" Mogelijk bedoel-

de het hof te zeggen dat enkel de huurachterstanden al zodanig ernstig waren dat deze als zelfstandige grond de ontbinding van de huurovereenkomsten al rechtvaardigde. De Hoge Raad heeft het in ieder geval niet zo gelezen en heeft gemeend het gehele deelarrest te moeten vernietigen. Het had juist voor de hand gelegen dat het hof had geoordeeld dat de verschillende tekortkomingen op zichzelf al voldoende ernstig waren om de ontbinding uit te spreken. Als het hof het aldus had overwogen, was de kans meer reëel geweest dat de Hoge Raad de ontbinding (met de daarmee samenhangende veroordelingen) in stand zou hebben gelaten. Zeppelin c.s. is mijns inziens dan ook door het oog van de naald gekropen, met dank aan het hof.

Een vraag waarop ik geen antwoord heb gekregen bij het bestuderen van de processtukken is waarom partijen er zo veel belang aan hechten om vast te stellen hoe de gewraakte overeenkomst kwalificeert. Immers, zelfs als vast zou komen te staan dat de overeenkomst een koopovereenkomst zou zijn, en zelfs al zou komen vast te staan dat de door Zeppelin c.s. betaalde vergoeding onverschuldigd zou zijn, levert dat in beginsel nog altijd geen rechtvaardiging op om tot opschorting of verrekening van de huurbetalingsverplichting over te gaan en een aanzienlijke (zoals de advocaat-generaal dat zelf noemde) betalingsachterstand te laten ontstaan: Zeppelin c.s. had namelijk (ongeacht de uitkomst rondom het vraagstuk over de onverschuldigde betaling) zelfstandig de verplichting om huurbetalingen stipt op de vervaldagen, zonder opschorting of verrekening, te voldoen. Na verwijzing zal de overeenkomst opnieuw moeten worden gekwalificeerd aan de hand van de Haviltex-maatstaf, een en ander met inachtneming van het gedane bewijsaanbod. Zeppelin c.s. heeft, door niet (tijdig) de huurpenningen te betalen en door de hennepkwekerij te laten exploiteren, een gevaarlijk 'spel' gespeeld, hetgeen haar nog altijd zal kunnen worden aangerekend door Hof Amsterdam dat zich zal moeten buigen over het vervolg.

I.C.K. Mol<sup>50</sup>

## TvHB 2018/19

**Hof Den Haag**  
17 april 2018

**ECLI:NL:GHDHA:2018:1103**

**Appellant / Geïntimeerde**

**Met noot van T.W. de Waard**

50. Ivette Mol is werkzaam als advocaat / partner bij VMBS Advocaten in Eindhoven en is redacteur van dit blad.

49. Zie Winters, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 420 Rv, aant. 2a, digitaal: actueel t/m januari 2018.