Jurisprudentiebespreking

TvHB 2016/01

Hoge Raad 27 november 2015
ECLI:NL:HR:2015:3424
Inbev/X

Samenvatting

Wilsgebreken, dwaling, mededelingsplicht, onderzoeksplicht, kennisvereiste, art. 6:228 BW, vernietiging, ingebrekestelling, restitutieverplichting.
Huurder beroept zich op vernietiging huurovereenkomst wegens dwaling: verhuurder had de bestemmingsplanproblemen die aan het voorgenomen gebruik in de weg staan moeten melden. De Hoge Raad oordeelt dat voor het bestaan van zo'n mededelingsplicht ten minste noodzakelijk is dat verhuurder met die problematiek bekend is of geacht mag worden bekend te zijn. Verder oordeelt de Hoge Raad dat voor het intreden van het verzuim ten aanzien van de restitutieverplichting na vernietiging ingebrekestelling vereist is.

INBEV NEDERLAND N.V.,
gevestigd te Breda,
Eiseres tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. S.M. Kingma,
tegen
[verweerder],
wonende te [woonplaats],
Verweerder in cassatie, eiser in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. M.A.J.G. Janssen.
Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Inbev en [verweerder].
(...)

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Inbev beroep in cassatie ingesteld. [verweerder] heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.
[verweerder] heeft in het principale cassatieberoep geconcludeerd tot verwerping. Inbev heeft in het incidentele cassatieberoep deels tot verwerping, deels tot referte geconcludeerd.
De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.
De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt:
- in het principale beroep tot verwerping met veroordeling van Inbev in de kosten;
- in het incidentele beroep tot vernietiging met reservering van de kosten tot het na verwijzing te wijzen eindarrest;
- en tot terugverwijzing naar het hof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en vooral ook afdoening.

De advocaat van Inbev heeft bij brief van 28 augustus 2015 op die conclusie gereageerd.

3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.2–1.17 vermelde feiten. Samengevat komen deze op het volgende neer.
i) Inbev is hoofdhuurder van de bedrijfsruimte gelegen aan de [a-straat] / [b-straat] te Nijmegen (hierna: het gehuurde). In de huurovereenkomst tussen de eigenaar/verhuurder en (de rechtsvoorganger van) Inbev is opgenomen dat het gehuurde uitsluitend mag worden gebruikt als horecabedrijfsruimte. Inbev heeft het gehuurde onderverhuurd aan derden. Vanaf maart 2005 werd in het gehuurde door de onderhuurder [betrokkene 1] een discotheek (Exxotic) geëxploiteerd.
ii) [A] B.V. (hierna: [A]), vertegenwoordigd door haar directeur [verweerder], heeft bij overeenkomst van 1 mei 2006 de inventaris en voorraad van Exxotic gekocht en overgenomen per 1 maart 2006. Bij akte indeplaatsstelling van 3 mei 2006 is tussen Inbev, [betrokkene 1], [A] en [verweerder] overeengekomen dat [A] en [verweerder] per 1 maart 2006 als huurder van het gehuurde in de plaats treden van [betrokkene 1]. Daarnaast is een aantal overeenkomsten gesloten op grond waarvan Inbev roerende zaken aan [A] en [verweerder] in bruikleen gaf en hun een geldbedrag ter leen verstrekte. [verweerder] is al kort na de overname in gebreke gebleven met het betalen van de aan Inbev verschuldigde huur.
iii) [A] en [verweerder] wilden in het gehuurde een Italiaans restaurant beginnen, dat geëxploiteerd zou worden door [C] B.V. (hierna: [B]), welke vennootschap op 13 juli 2006 is opgericht.
iv) [B] is het gehuurde pand in het najaar van 2006 gaan verbouwen om er een Italiaans restaurant in te kunnen uitoefenen. Nadat de gemeente Nijmegen (hierna: de gemeente) constateerde dat er voor de verbouwing een vergunning vereist was, heeft de gemeente in november 2006 een bouwstop opgelegd. Op 28 november 2006 heeft [verweerder] namens [B] een bouwvergunning aangevraagd bij de gemeente. Op 12 januari 2007 heeft de gemeente een drank- en horecavergunning verleend ten behoeve van het gehuurde.
v) De gemeente vermeldt in een op 27 januari 2007 aan [B]/ [verweerder] verzonden gedoogbeschikking onder meer:
"(...) Het perceel [a-straat] ligt in een gebied waarvoor het bestemmingsplan "Benedenstad XXIV" van toepassing is en heeft daarin de bestemming bijzondere doeleinden

I (BD-I). Deze gronden zijn bestemd voor de oprichting van bijzondere gebouwen en/of voor de oprichting van een speelcasino met de daarbij behorende ruimten ten behoeve van horeca-, kantoor- en opleidingsactiviteiten, parkeergelegenheid en andere binnen de normale exploitatie van een speelcasino behorende bijgebouwen, bouwwerken en werken. Horeca in het pand [a-straat] is slechts toegestaan indien deze horeca behoort bij het casino. De horeca in [a-straat] staat echter op zichzelf, is geen onderdeel van het casino en is dus strijdig met het bestemmingsplan.

Voorgeschiedenis

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

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

Planologische vrijstelling nodig

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

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

Gedogen

Als er zonder bouwvergunning wordt gebouwd, dienen Burgemeester en Wethouders daartegen handhavend op te treden. Uit jurisprudentie blijkt dat van handhaven kan en mag worden afgezien, als er sprake is van overmacht of als er concreet zicht is op legalisatie. Voorts dient er een belangenafweging plaats te vinden.

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

Gedoogvoorwaarden

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

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

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

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

vi) [A] en [B] hebben Inbev aansprakelijk gesteld voor geleden en nog te lijden schade en de huurbetalingen aan Inbev opgeschort. Zij hebben het traject om vrijstelling van het bestemmingsplan te verkrijgen in de loop van 2007 vervolgd.

vii) Bij brief van 29 februari 2008 aan Inbev is namens (onder meer) [verweerder] de buitengerechtelijke vernietiging wegens dwaling ingeroepen van de hiervoor onder (ii) genoemde overeenkomsten met Inbev.

viii) Op 28 april 2008 is de vrijstelling op grond van art. 19 lid 2 Wet Ruimtelijke Ordening (oud) verleend.

ix) Bij overeenkomst van 27 november 2008 tussen Inbev enerzijds en [verweerder] en [A] anderzijds is de onderhuurovereenkomst met betrekking tot het gehuurde tussentijds beëindigd per 15 oktober 2008.

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

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

3.4 Het hof heeft in zijn tussenarrest geoordeeld dat het rechtens aanvaardbaar is dat [verweerder] op 29 februari 2008 *"met het beroep op dwaling de*

handdoek in de ring gooide" (rov. 4.4). Het overwoog daartoe onder meer:

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

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

Met betrekking tot de vordering van [verweerder] op grond van onrechtmatige daad heeft het hof [verweerder] toegelaten te bewijzen dat Inbev ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst met [verweerder] (niet alleen behoorde te weten maar ook) wist van de precieze bestemming van het bedrijfspand en de mogelijke problemen die [verweerder] van de zijde van de gemeente zou kunnen ondervinden indien met het oog op de inrichting van het gehuurde als Italiaans restaurant een verbouwing in het gehuurde nodig zou zijn (rov. 4.7-4.12 en dictum).

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

4 Beoordeling van het middel in het principale beroep

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

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

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

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

4.2.2 Het antwoord op de vraag of Inbev [verweerder] had behoren in te lichten in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling van [verweerder] wist of behoorde te weten, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als uitgangspunt geldt dat voor de wederpartij van de dwalende bezwaarlijk een gehoudenheid tot het verschaffen van inlichtingen aangenomen kan worden met betrekking

tot omstandigheden waarvan zij niet op de hoogte is. Zoals in Parl. Gesch. Boek 6, p. 909, is vermeld, mag een verplichting tot 'preventief' inlichten niet te snel worden aangenomen, en zal van een 'behoren in te lichten' in het algemeen slechts sprake zijn als de wederpartij van de dwalende zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte was. Een dergelijke verplichting mag ook aangenomen worden indien die wederpartij, bijvoorbeeld vanwege haar deskundigheid ten aanzien van de omstandigheid waaromtrent gedwaald wordt, geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn.

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

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

5 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

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

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

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

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

6 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale en het incidentele beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 juli 2014;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

in het principale beroep:

veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Inbev begroot op € 928,70 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris;

in het incidentele beroep:

reserveert de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak;

begroot deze kosten tot op de uitspraak in cassatie aan de zijde van [verweerder] op € 68,07 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris, en aan de zijde van Inbev op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak en V. van den Brink, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot (...).

Commentaar

Inbev verhuurt als hoofdhuurder een Nijmeegs pand onder. Verweerder in cassatie en (naar ik aanneem) diens zakenpartner treden in mei 2006 in de plaats van de oorspronkelijke onderhuurder. Zij willen in het pand een Italiaans restaurant openen en daartoe verbouwen. Inbev sluit met hen naast de onderhuurovereenkomst ook een bruikleenovereenkomst voor de inboedel en verstrekt hen een

lening. Als zij najaar 2006 met de verbouwing beginnen, blijkt er een bestemmingsplanprobleem te bestaan. Het voorgenomen gebruik blijkt in strijd te zijn met het bestemmingplan en in verband met de verbouwing was voor de opheffing van die strijd daarvan een (toenmalige) art. 19 lid 2 WRO-vrijstelling vereist. Deze strijdigheid kwam als een verrassing, omdat eerder in het pand achtereenvolgens ook een met het bestemmingsplan strijdig café, discotheek en restaurant hadden gezeten. Die strijd was toen met de veel lichtere gebruiksvrijstelling opgelost. Dat strookte echter niet met (latere) jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.[1]

De onderhuurder laat de huurpenningen vervolgens onbetaald. Evenmin komt zij haar verplichtingen uit de geldlening na. In deze procedure vordert Inbev betaling van die onbetaald gebleven huurpenningen, alsmede bedragen uit hoofde van de geldlening en schadevergoeding. De onderhuurder verweert zich met een beroep op dwaling: Inbev had haar over de bestemmingsplanproblematiek moeten inlichten. Deze zaak spitst zich vervolgens toe op het voor de mededelingsplicht relevante wetenschapsvereiste en de verhouding van de mededelingsplicht tot de eigen (contractuele) onderzoeksplicht.

Voor een goed begrip van de zaak is van belang de tekst van art. 6:228 lid 1 sub b BW voor ogen te hebben: de wederpartij had de dwalende behoren in te lichten in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten. Deze mededelingsplicht strekt volgens de Hoge Raad mede ter bescherming van een onvoorzichtige wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling.[2] Art. 6:228 lid 2 BW vormt vervolgens de basis voor de eigen onderzoeksplicht van de dwalende: de aard van de overeenkomst, de verkeersopvatting of de omstandigheden van het geval kunnen de dwaling voor rekening van de dwalende laten. Beide verplichtingen kunnen, nu zij ieder een eigen grondslag kennen, op zichzelf naast elkaar bestaan. De redelijkheid en billijkheid brengen echter met zich dat een mededelingsplichtige zich als uitgangspunt niet kan verweren met een beroep op de onderzoeksplicht van de dwalende.[3] Dat is begrijpelijk, want de mededelingsplicht wil de dwalende juist tegen zijn eigen onvoorzichtigheid beschermen.

Of een mededelingsplicht bestaat, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een spontane mededelingsplicht mag echter niet te snel worden aangenomen. Iedereen mag in ons (liberale) rechtsstelsel als uitgangspunt immers zijn eigen belangen nastreven. Dat wordt pas anders als er gerechtvaardigde redenen zijn voor de bescherming van diens wederpartij. Waar die gerechtvaardigde redenen aanwezig zijn, ontstaat een mededelingsplicht. Daarbij spelen bijvoorbeeld de deskundigheid van partijen, de aard van de overeenkomst, de aard van het onvermelde feit en de vertrouwensrelatie tussen partijen een rol.[4]

Als een van de basisvereisten voor de mededelingsplicht geldt dat een partij *daadwerkelijk* op de hoogte was van de feiten waarover de dwalende partij dwaalde. Daarachter gaat de gedachte schuil dat men iemand lastig kan verwijten iets te hebben verzwegen wat hij zelf niet wist. Volgens de parlementaire geschiedenis moet de wederpartij in uitzonderingsgevallen echter zelf met het oog op de belangen van de dwalende een onderzoek naar de relevante feiten instellen.[5] Veel auteurs hebben op grond daarvan een meer of minder vergaande onderzoeksverplichting aangenomen.[6] Onder meer Jansen heeft zich hiertegen gekeerd.[7]

In dit arrest zet de Hoge Raad, in lijn met Jansens standpunt, op dit punt een (al eerder ingezette[8]) terughoudende koers uit. Van een 'behoren in te lichten' zal volgens de Hoge Raad *in het algemeen* slechts sprake zijn als de wederpartij van de dwalende zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte was (rov. 4.2.2). De Hoge Raad vereist dus *daadwerkelijke* kennis - hoewel de Hoge Raad de onderzoeksplicht niet helemaal uitsluit ('in het algemeen'). De Hoge Raad wijst er in rov. 4.2.2 op dat aan het kennisvereiste ook is voldaan als de wederpartij *geacht* moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn geweest. Sommige feiten moet een partij bijvoorbeeld vanwege haar deskundigheid kennen, aldus de Hoge Raad. Dit is zogenaamde 'normatieve wetenschap'. Met die methode blijft een normatieve benadering van het kennisvereiste dus wel mogelijk, zij het binnen strikte grenzen. Die benadering is wat mij betreft dogmatisch zuiverder dan het aannemen van een onderzoeksplicht: de mededelingsplicht blijft zo beperkt tot het vermelden van

1. Voor deze verbouwing was namelijk een bouwvergunning nodig. Die kon alleen worden verleend als wordt gebouwd conform het bestemmingsplan. Dat was echter niet het geval. De verleende 'lichte' gebruiksvrijstelling hief de strijd van het bouwplan met het bestemmingsplan niet op. Daarvoor was de 'uitgebreide' (art. 19 WRO-)vrijstelling nodig (thans: omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan, die is geregeld in art. 2.1 lid 1 onder c en artikel 2.12 lid 1 onder a onder 1o Wabo). Zie bv. ABRvS 9 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9430 (*X / Valkenswaard*).
2. Zie o.a. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, *NJ* 2007, 63 (*Kranendonk / De Vries*).
3. Zie hierover bv. HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 (*Offringa / Vinck*), HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559 (*L.E. Beheermaatschappij / Stijnman*) alsmede Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III (2014) nr. 230.
4. Zie hierover uitvoerig K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, nr. 5.3.4 e.v.
5. Parl. Gesch. boek 6, p. 909.
6. Bv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III (2014) nr. 231; J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2002, p. 212 en M.M. van Rossum *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 34-36 en 157-158.
7. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, nr. 3.6.2 en 3.6.4.
8. HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 747 (*Ernst en Latten / Crombag-Spaai*). De Hoge Raad verwijst in r.o. 4.3.2 van het onderhavige arrest ook naar dit arrest.

eigen (desnoods normatief vastgestelde) wetenschap.

Op een wederpartij kan onder omstandigheden overigens ook een verplichting liggen haar onwetendheid over bepaalde feiten kenbaar te maken. Zo'n mededelingsplicht kan bijvoorbeeld bestaan als de wederpartij over de juistheid van bepaalde feiten twijfel heeft, zoals de juistheid van een kilometerstand van een auto. Hoewel de wederpartij van de onjuistheid wellicht niet op de hoogte is, dient zij van haar twijfel wel mededeling te doen.[9] Naast de methode van normatieve wetenschap, krijgt feitelijke onwetendheid ook via dit leerstuk toch een plek binnen de mededelingsplicht.

Voor de praktijk is het ondertussen relevant met name te focussen op aanwezigheid van eigen (normatieve) wetenschap en een eventuele mededelingsplicht omtrent onwetendheid, en niet – of slechts als laatste strohalm – op een eventuele onderzoeksplicht van de wederpartij.

De Hoge Raad laat zich niet uit over de vraag op grond van welk criterium vastgesteld moet worden of een wederpartij geacht wordt bepaalde kennis te hebben. In r.o. 4.2.2 noemt de Hoge Raad bij wijze van voorbeeld de deskundigheid van partijen. In r.o. 4.2.3 oordeelt de Hoge Raad verder dat het feit dat Inbev een professionele speler is op de Nederlandse horecamarkt en hoofdhuurder van een bedrijfspand, op zichzelf niet het oordeel kan dragen dat zij geacht mag worden op de hoogte te zijn van de precieze bestemming van het pand en de mogelijke problemen die deze bestemming kan opleveren als een verbouwing nodig zou zijn. Een algemeen criterium formuleert de Hoge Raad niet.

Mijns inziens dient de vraag of bepaalde kennis aanwezig mag worden geacht, te worden beantwoord naar de daarover geldende verkeersopvatting. Dat (toegegeven: nog steeds vrij algemene) criterium wordt onder meer gebruikt om binnen een organisatie aanwezige kennis aan de organisatie toe te rekenen en om eenvoudigweg kennis van een organisatie zelf vast te stellen - dus zonder aan te haken bij de kennis van een aldaar werkzaam persoon.[10] De vaststelling van normatieve kennis bij een wederpartij is daaraan vrijwel gelijk en ik zie geen reden een onderscheid daartussen te maken. Bij de vaststelling van de verkeersopvatting spelen vervolgens de deskundigheid, maar bijvoorbeeld ook de aard van partijen en gebruikelijkheid van aanwezigheid van bepaalde kennis bij zo'n partij een rol. Dat maakt het oordeel van de Hoge Raad mijns inziens iets inzichtelijker. Een horecaondernemer/(onder)verhuurder is immers niet naar zijn aard deskundig op het gebied van ter plaatse geldende bestemmingsplannen en al helemaal niet met de zeer specifieke bestuursrechtelijke problemen die vanwege een voorgestane verbouwing kunnen ontstaan. In art. 6.8.2 van de geldende huurvoorwaarden – waarover zo meteen nog iets meer – was blijkens de laatste alinea van r.o. 4.2.3 bovendien afgesproken dat de huurder zelf moest onderzoeken of het gehuurde geschikt zou zijn voor de bestemming die de huurder aan het gehuurde moest geven.[11] Het ligt dan niet voor de hand aan te nemen dat Inbev van de bestemmingsplanproblematiek wist. Dat was wellicht anders geweest als de verhuurder een gemeente, provincie of een andere partij was geweest die zich naar aard bezighoudt met bestemmingsplannen en de daarmee samenhangende juridische problematiek.

In de ROZ-voorwaarden uit 2008 en 2012 is de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen en behouden van de vereiste vergunningen, ontheffingen en toestemmingen – waaronder ook bestemmingsplanvrijstellingen vallen – verdeeld over huurder en verhuurder. De verhuurder is verantwoordelijk voor zover de vergunningen etc. benodigd zijn voor het gebruik van het gehuurde als bedrijfsruimte zoals genoemd in art. 1.1 huurovereenkomst (art. 5.1 resp. 4.1 van de algemene bepalingen). De huurder is verantwoordelijk voor het verkrijgen van de daarbuiten vallende vergunningen etc. (art. 5.2 resp. 4.3 van de algemene bepalingen). Wie voor de bestemmingsplanvrijstelling verantwoordelijk is, hangt dus af van de omschrijving van het gehuurde en het overeengekomen gebruik. Als de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van een bestemmingsplanvrijstelling bij de verhuurder ligt, acht ik pleitbaar dat de verhuurder geacht mag worden op de hoogte te zijn van eventuele bestemmingsplanproblematiek. De bepaling veronderstelt dan immers dat de verhuurder zich daarin heeft verdiept. Overigens leidt schending van die verbintenis tot een tekortkoming die de ontbinding van de huurovereenkomst in de regel zal rechtvaardigen. Die route kan in die gevallen dus in ieder geval naast het dwalingsberoep worden bewandeld.

Interessant is verder nog dat de door het hof aangenomen mededelingsplicht van Inbev volgens de Hoge Raad onvoldoende gemotiveerd is in het licht van de op de huurder rustende contractuele onderzoeksplicht uit art. 6.8.2 van de toepasselijke

9. HR 11 juli 2008, *NJ* 2010, 258 (*Gomes / Rental*). Zie hierover K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, nr. 3.6.4.
10. Zie hierover uitvoerig R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001, p. 38-45. Vgl. ook het in HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (*Kleuterschool Babbel*) geformuleerde criterium dat geldt voor toerekening van gedragingen van een functionaris aan een rechtspersoon: bepalend is of die gedragingen in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de rechtspersoon hebben te gelden. Normatief bestaat er volgens mij geen verschil tussen toerekening van verrichte gedragingen en toerekening van aanwezige kennis. Tjittes noemt gedragingen en kennis bij de bespreking van het *Kleuterschool Babbel*-arrest op p. 31 van voornoemde publicatie ook in één adem.
11. De ROZ-voorwaarden uit 2003 bevatten overigens in art. 6.7.2 in plaats van 6.8.2 eenzelfde bepaling. Mogelijk gebruikte Inbev die destijds geldende voorwaarden en is sprake van een typefout. Het is ook mogelijk dat Inbev die ROZ-voorwaarden slechts deels heeft overgenomen. Ook dat kan de vernummering verklaren.

algemene voorwaarden (r.o. 4.2.3 slot). Daaruit lijkt zich te laten afleiden dat de eigen onderzoeksplicht van de dwalende in geval van een contractuele verplichting daartoe wél kan prevaleren boven de mededelingsplicht. In afwijking van het algemene uitgangspunt, kan de mededelingsplichtige de dwalende in die gevallen dus wel zijn eigen onderzoeksplicht tegenwerpen.

Ten aanzien van het dwalingsoordeel nog een cassatietechnisch punt. Het hof had geoordeeld, samengevat, dat Inbev als professionele speler *had behoren te weten* wat de precieze bestemming van het bedrijfspand was en wat de mogelijk te verwachten problemen waren. Daarmee kan het hof zowel het bestaan van normatieve wetenschap op het oog hebben gehad als het bestaan van een eigen onderzoeksplicht van Inbev. De cassatieadvocaat dient beide lezingen te bestrijden. De Hoge Raad laat deze onduidelijkheid voor wat zij is door te oordelen dat beide lezingen niet door de cassatiebeugel kunnen. In de eerste lezing is het arrest van het hof onvoldoende gemotiveerd: Inbev had immers allerlei door het hof onbehandelde omstandigheden aangevoerd die aan die normatieve kennisaanname in de weg stonden.[12] In de tweede lezing is 's hofs oordeel rechtens onjuist: zo'n onderzoeksplicht bestaat namelijk niet.

Interessant is ten slotte dat de Hoge Raad in r.o. 5.3 oordeelt dat niet direct het verzuim intreedt van de door de vernietiging van de leningsovereenkomst ontstane restitutieverplichting. Wettelijke rente over de terug te betalen geldsom kan dus pas worden gevorderd na ingebrekestelling (art. 6:119 lid 1 jo. 6:82 lid 1 BW). In geval van buitengerechtelijke vernietiging is het raadzaam de ingebrekestelling meteen op te nemen in die buitengerechtelijke vernietigingsverklaring. Immers, zodra die verklaring de wederpartij bereikt, is de overeenkomst vernietigd en ontstaat de opeisbare restitutieverplichting (art. 3:37 lid 3 jo. 3:50 lid 1 jo. 3:53 lid 1 BW). Van de (eventuele) niet-nakoming van de restitutieverplichting is de wederpartij dan meteen in gebreke gesteld.

P.A. Fruytier[13]

12. Overigens lijkt mij de overweging in r.o. 4.2.3 dat een grote professionele speler op de Nederlandse horecamarkt en hoofdhuurder van het bedrijfspand niet geacht kan worden op de hoogte te zijn van de precieze bestemming ervan en de mogelijke problemen die deze bestemming kan opleveren als daarvoor een verbouwing noodzakelijk is, een rechtsoordeel. De Hoge Raad acht in die omstandigheden normatieve wetenschap immers categorisch afwezig. 's Hofs oordeel is dan dus niet onvoldoende gemotiveerd, maar (rechtens) onjuist.
13. Philip Fruytier is werkzaam als (cassatie)advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam.